

# 7 Règlement des différends

---

Une nation qui vous prive de la faculté de commercer chez elle, vous fait tort incontestablement: elle vous prive des avantages du commerce extérieur par rapport à elle; et en conséquence, si, en lui faisant craindre pour elle-même un tort pareil, vous pouvez la déterminer à renverser les barrières qu'elle vous oppose, sans doute on peut approuver un tel moyen comme une mesure purement politique. Mais cette représaille, qui est préjudiciable à votre rivale, est aussi préjudiciable à vous-même. Ce n'est point une défense de vos propres intérêts que vous opposez à une précaution intéressée prise par vos rivaux; c'est un tort que vous vous faites pour leur en faire un autre. (...) Il ne s'agit plus que de savoir à quel point vous chérissez la vengeance, et combien vous consentez qu'elle vous coûte.

Jean-Baptiste Say  
*Traité d'économie politique* (1803)

## Introduction

Jean-Baptiste Say pensait comme Adam Smith que les pays avaient raison de prendre des mesures de rétorsion à l'encontre des partenaires commerciaux qui les excluaient de leurs marchés, dans l'espoir que, en prenant ces mesures, ou simplement en menaçant de le faire, ces partenaires seraient incités à lever leurs restrictions. Mais, alors que Smith était prêt à s'en remettre «à l'habileté de cet être insidieux et rusé qu'on appelle vulgairement homme d'État ou politique» pour déterminer si de telles mesures de rétorsion étaient justifiées dans un cas donné<sup>1</sup>, Say était moins enthousiaste à l'idée d'avoir recours à cette solution. Il a souligné à la fois les coûts qu'un pays s'imposait à lui-même lorsqu'il prenait ce genre de mesures et le fait que cela pourrait le dissuader de lever ces sanctions. À cet égard, on pourrait dire que le système de règlement des différends de l'OMC s'inspire davantage de la pensée de Say que de celle de Smith, car même s'il repose en fin de compte sur la possibilité de prendre des mesures de rétorsion, il est conçu de façon à ce que les membres ne choisissent cette solution qu'en dernier recours après avoir épuisé toutes les autres voies.

La fonction de règlement des différends a gagné en importance dans le cadre de l'OMC par rapport à la période du GATT. En effet, au cours de cette période qui aura duré un peu moins d'un demi-siècle, 101 affaires sont allées jusqu'au bout de la procédure de règlement des différends, soit un peu plus de 2 par an, alors que, au cours des 18 premières années d'existence de l'Organe de règlement des différends de l'OMC (ORD), le nombre d'affaires traitées a explosé, 25 plaintes

étant déposées en moyenne chaque année. Cette augmentation considérable peut s'expliquer en partie par la diversité croissante des sujets visés par les Accords de l'OMC (comme cela est examiné au chapitre 2) et plus encore par l'augmentation du nombre de membres de l'Organisation (comme cela est examiné ci-après). Mais c'est peut-être le changement des règles du jeu qui est la principale cause de cette progression. En effet, le système du GATT était favorable aux défendeurs, ce qui dissuadait probablement d'emblée les plaignants potentiels d'engager une action. Il fonctionnait sur la base du consensus, ménageant ainsi à toutes les parties (y compris le défendeur) la possibilité de bloquer la procédure pratiquement à n'importe quel stade. Le système de l'OMC ne prévoit pas cette possibilité. Fondé sur le principe du « consensus inverse », ce qui signifie concrètement que la procédure ne peut être suspendue qu'avec l'accord du plaignant (par exemple, lorsque les parties parviennent à un règlement à l'amiable), il est bien plus attractif pour les plaignants par rapport à l'ancien système du GATT. Le changement qui s'est opéré n'était pas seulement quantitatif, il était aussi qualitatif : de branche auxiliaire de la diplomatie, le système est devenu un processus plus judiciairisé. Cette double évolution était déjà en cours, bien qu'inachevée, au moment où l'OMC a succédé au GATT. Le système réformé de l'OMC a généralement un caractère plus juridictionnel, mais il continue à privilégier néanmoins la consultation et la médiation par rapport à la confrontation juridique.

Le présent chapitre examine tout d'abord les différences entre les négociations et le règlement des différends en tant que solutions pour gérer les tensions qui existent entre les membres, l'accent étant mis sur la manière dont les Membres de l'OMC abordent ce choix en fonction de leurs différentes cultures politiques et traditions juridiques. Vient ensuite un résumé succinct des modifications apportées au fonctionnement du système par le Cycle d'Uruguay et au cours de la période qui a suivi. L'analyse passe ensuite en revue l'expérience acquise jusqu'à présent dans le cadre du Mémoire d'accord sur le règlement des différends (Mémoire d'accord), principalement au moyen de statistiques descriptives concernant les affaires, et en examinant l'évolution du nombre de plaintes, les sujets couverts par ces plaintes ainsi que les pays qui figurent le plus souvent parmi les plaignants et les défendeurs. Le lecteur notera que cet examen est axé sur les aspects quantifiables de l'expérience acquise dans le cadre du Mémoire d'accord, l'espace dont nous disposons ici ne permettant pas d'examiner les questions plus nuancées relatives à la jurisprudence de l'OMC et les implications des interprétations des Accords de l'OMC données par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel. Enfin, en conclusion de ce chapitre, nous établirons le profil des membres des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel en examinant leur nationalité et leur parcours.

## **Procédure juridictionnelle, conciliation et négociation**

Les procédures de règlement des différends du système commercial multilatéral qui suivaient auparavant une approche fondée sur la médiation dans des litiges survenant principalement entre les membres d'un cercle restreint de pays développés se réclamant des mêmes idées, ont progressivement évolué vers un système davantage fondé sur des règles auquel participe activement un cercle plus large de pays – toutefois bien loin de représenter l'ensemble des membres. À l'évidence, certains membres demeurent beaucoup plus actifs que d'autres dans le

système, de sorte que les différends sont, en grande majorité, engagés par un nombre relativement faible d'entre eux et que le rôle le plus important joué par environ la moitié des membres est celui de tierce partie. Plusieurs facteurs différents peuvent expliquer les divers niveaux de participation des membres : la taille de leur économie (pour les membres plus importants, les secteurs et les questions concernés sont susceptibles d'être plus nombreux), leurs différences de capacités (les membres disposant de missions importantes bien dotées en personnel sont plus à même d'engager une procédure de règlement des différends). En plus de ces facteurs et d'autres considérations pratiques, il est aussi important de tenir compte des différences qui existent entre les cultures politiques et les traditions juridiques des membres. Pour dire les choses simplement, dans certains pays, les responsables politiques sont plus procéduriers que leurs homologues dans d'autres régions du monde.

D'un point de vue plus abstrait, il est possible d'établir deux distinctions principales entre les cultures politiques et les traditions juridiques des Membres de l'OMC. On peut tout d'abord opposer la culture procédurière à la culture de conciliation, comme on pourrait les appeler. Dans la première, la survenue d'un différend est largement perçue comme normale, le tribunal étant l'endroit le plus approprié pour régler ces différends, alors que, dans la seconde, prédomine la préoccupation selon laquelle la confrontation est dommageable, source de ressentiment entre les gagnants et les perdants et devrait être évitée autant que possible. L'autre grande distinction qu'il convient d'établir oppose les traditions juridiques fondées sur la *common law* anglaise, qui souligne l'importance du précédent, aux traditions du droit codifié ou droit romano-civiliste (parfois associées à d'autres sources du droit) qui mettent l'accent sur les termes de la loi spécifique en question. La première de ces grandes distinctions permet d'expliquer pourquoi les divers membres n'ont pas recours dans la même mesure au système de règlement des différends ; ainsi, les pays de tradition plus procédurière en Europe et en Amérique (du Nord et du Sud) sont généralement ceux qui déposent le plus grand nombre de plaintes auprès de l'ORD, alors que les membres d'Afrique, du Moyen-Orient et d'Asie déposent rarement des plaintes. La seconde distinction peut avoir une influence sur l'issue de ces affaires, même s'il s'agit davantage d'une supposition que d'un fait avéré. Un nombre disproportionné de juristes composant ce que nous pourrions appeler de manière générale le « barreau de l'ORD » étaient originaires de membres appartenant à la tradition juridique de la *common law*, comme en témoignent les nationalités des membres des groupes spéciaux ainsi que celles des personnes ayant occupé des postes clés de direction au sein de l'OMC et comme en témoigne également la formation juridique des membres de l'Organe d'appel.

Dans la présente section, nous examinons la première de ces distinctions, en mettant en évidence les différences qui existent entre, d'une part, l'approche plus procédurière, et d'autre part, l'approche plus conciliatrice, en matière d'élaboration de la politique commerciale. Plus loin dans ce chapitre, nous reviendrons sur les différences entre la *common law* et le droit codifié, qui sont des sous-catégories de la tradition plus procédurière.

### ***Culture politique et opposition entre procédure juridictionnelle et conciliation***

Le système commercial multilatéral est devenu plus procédurier au fil du temps, le volume d'affaires soumises à l'OMC dépassant largement celles traitées dans le cadre du GATT, de

nombreux observateurs ayant remarqué que la fonction judiciaire de l'OMC l'emportait désormais sur sa fonction législative. On peut considérer cette transition de la négociation à l'action en justice soit comme une avancée soit comme un recul, en fonction de ce que l'on attend du système, ces attentes pouvant être influencées par les différentes cultures politiques des membres. Dans l'optique traditionnelle du GATT, qui reflète les cultures juridiques et politiques de l'Europe et de l'Amérique, les différends juridiques sont considérés comme naturels voire comme un gage de bonne santé du système. D'après Petersmann (2005b: 141), «le recours fréquent aux procédures de règlement des différends de l'OMC est le signe du bon fonctionnement des systèmes juridique et judiciaire et non celui de conflits préjudiciables d'un point de vue social». En revanche, ceux qui pensent que le système devrait être fondé sur la coopération plutôt que sur la confrontation ont tendance à considérer que les différends sont des signes indésirables de l'échec du système. Ce point de vue est particulièrement répandu chez les membres qui ne faisaient pas partie encore du système à l'époque du GATT ou bien qui ne jouaient pas un rôle très actif dans ce système.

La deuxième approche, qui privilégie la conciliation par rapport à la confrontation, est souvent associée aux pays asiatiques. Le Directeur général Supachai Panitchpakdi voyait les différends d'un mauvais œil, estimant qu'il serait préférable tant pour les membres parties à ces différends que pour le système dans son ensemble de régler les problèmes par la voie de la négociation et de la médiation. Il a indiqué que, lorsqu'il dirigeait l'OMC, il avait «essayé de promouvoir la solution de la médiation, mais celle-ci n'était pas très populaire et les gens semblaient lui reprocher de vouloir éviter le recours au règlement des différends et de ne pas utiliser le Mémoire d'accord».<sup>2</sup> Faisant part au contraire de son souhait de «créer une atmosphère de paix et de collégialité», M. Supachai a aussi souligné qu'en évitant les actions en justice, «on gagnait du temps, de l'argent, en s'épargnant une bonne dose de confrontation». Les membres ont déposé moins de plaintes au cours du mandat de M. Supachai (27,3 plaintes par an) qu'au cours de la période précédente (34,6 par an), mais le nombre de plaintes déposées a aussi diminué après son mandat (14,7 par an). Le recours moins fréquent au système au cours de son administration pourrait donc s'inscrire dans une évolution à long terme et ne pas être le résultat des efforts qu'il a déployés pour promouvoir d'autres approches.

En fin de compte, ce sont les membres et non le Directeur général qui déterminent la fréquence des plaintes déposées et, à cet égard, il n'est pas clairement établi que les membres asiatiques aient une moindre propension à engager des différends. Liyu et Gao (2010: 165) ont souligné que, dans la pensée confucéenne, il est important d'éviter les litiges qui «causent des dommages irréparables aux relations et ne devraient être engagés qu'en dernier recours». Ce facteur et d'autres facteurs historiques ont amené les juges chinois «à privilégier la médiation pour régler les différends afin d'éviter l'affrontement dans les litiges conflictuels». Un anthropologue a étudié le recours par la Chine au Mémoire d'accord en replaçant la question dans un contexte culturel, notant qu'avant de pouvoir participer activement au système, Beijing avait d'abord dû s'affranchir de la tradition selon laquelle la nécessité de «sauver la face» dissuadait de participer directement à un affrontement juridique. Et même si l'on écarte

l'argument de l'obstacle culturel, il faut tenir compte d'un fait très concret : ayant peu d'expertise nationale dans ce domaine et encore moins d'expérience au niveau international, la Chine a mis des années pour se doter des compétences juridiques nécessaires pour pouvoir participer, efficacement et fréquemment, aux différends. Cai (2011 : 220) distingue trois étapes dans l'approche de la Chine : de 2002 à 2003, « l'idée qui prévalait dans la délégation chinoise était qu'il fallait régler les différends à l'amiable », puis la Chine a commencé à jouer un rôle plus actif entre 2003 et 2007, et, depuis 2007, c'est l'un des principaux participants aux procédures. Dans ce nouveau contexte, non seulement la Chine engage elle-même des différends, mais elle participe aussi à ceux qui concernent d'autres pays :

En ce qui concerne les différends entre pays occidentaux, il n'est pas nécessaire que la Chine intervienne. En ce qui concerne ceux qui opposent pays émergents et en développement et pays développés, la Chine peut se mettre du côté des premiers, quant à ceux entre pays émergents et en développement, le seul choix est de garder le silence (*Ibid.* : 220).<sup>3</sup>

Les obstacles culturels et pratiques à l'action en justice ne sont pas propres à l'Asie. D'après Kidane (2012 : 66), « la Chine et l'Afrique se heurtent aux mêmes obstacles, mais les États africains sont beaucoup plus désavantagés ». Et, alors que la Chine a fini par surmonter sa réticence à soumettre des différends à l'OMC, tout comme les autres Membres de l'OMC l'avaient fait avant elle, les pays d'Afrique et du Moyen-Orient n'ont pas encore déposé une seule plainte.

Ces différences sont illustrées par le tableau 7.1, qui montre la fréquence des plaintes déposées par différents groupes de membres auprès de l'ORD. Les données font une distinction entre les pays développés et les pays en développement, puis entre les pays en développement en fonction de la région, et chacun de ces groupes sont encore subdivisés en fonction des traditions juridiques des pays qui les composent. Certains pays appartiennent à la tradition de la *common law* (il s'agit principalement des anciennes colonies britanniques), d'autres à la tradition du droit codifié (issue essentiellement des systèmes juridiques romain, espagnol ou français) et d'autres à une tradition pluraliste (combinant les deux précédentes). La première conclusion que l'on peut en tirer est que les distinctions entre la *common law*, le droit codifié et le pluralisme ne sont pas importantes pour expliquer pourquoi les membres n'ont pas tous la même propension à engager une procédure. Dans tout groupe économique ou géographique, le nombre de plaintes déposées par les membres se réclamant de l'une de ces traditions était du même ordre de grandeur que pour les autres membres du même groupe. Les distinctions entre les groupes eux-mêmes sont plus significatives qu'entre les sous-catégories de traditions juridiques au sein d'un groupe. Les pays développés sont les plus procéduriers et, parmi les pays en développement, le spectre va des pays d'Amérique latine plutôt légalistes (qui se réclament tous de la tradition du droit codifié) aux pays d'Afrique et du Moyen-Orient. Les pays en développement d'Asie et du Pacifique se situent au milieu du spectre, de même que les pays des Caraïbes et les États de l'ex-Union soviétique et de l'ex-Yougoslavie.

**Tableau 7.1.** Fréquence des différends par plaignant, 1995-2012

	Nombre de membres	Nombre de plaintes	Plaintes par membre
<b>Pays développés</b>	<b>10</b>	<b>271</b>	<b>27,1</b>
<i>Common law</i>	4	150	37,5
Droit codifié	6	121	20,2
<b>Amérique latine (droit codifié)</b>	<b>20</b>	<b>119</b>	<b>6,0</b>
<b>Asie/Pacifique</b>	<b>26</b>	<b>88</b>	<b>3,4</b>
<i>Common law</i>	10	28	2,8
Système pluraliste	3	19	6,3
Droit codifié	13	41	3,2
<b>Ex-Union soviétique/Ex-Yougoslavie (droit codifié)</b>	<b>7</b>	<b>4</b>	<b>0,6</b>
<b>Caraïbes</b>	<b>11</b>	<b>1</b>	<b>0,1</b>
<i>Common law</i>	9	1	0,1
Système pluraliste	2	0	0,0
<b>Afrique/Moyen-Orient</b>	<b>57</b>	<b>0</b>	<b>0,0</b>
<i>Common law</i>	2	0	0,0
Système pluraliste	10	0	0,0
Droit codifié	45	0	0,0

Source : Résumé des données figurant à l'appendice 7.1.

Note : L'Union européenne est comptée ici comme un seul membre et est classée comme appartenant à la tradition du droit codifié.

### Intérêts économiques et capacité

Le caractère plus procédurier des pays développés peut s'expliquer aussi par le fait qu'ils ont plus de commerce à défendre et qu'ils disposent des compétences juridiques nécessaires pour engager des procédures. De même, le cas de la Chine donne à penser que la croissance économique peut amener un pays à mieux percevoir ses enjeux dans une affaire et que sa meilleure connaissance du système accroît sa capacité d'agir en fonction de cette perception. Une culture politique asiatique ne semble pas avoir dissuadé le Japon de tirer parti du système de règlement des différends et, avec le temps, la Chine est devenue plus semblable au Japon, à plusieurs égards : par sa part croissante des exportations mondiales, par le nombre et le haut niveau de compétence de ses responsables de la politique commerciale et par le fait qu'elle n'hésite pas à porter plainte contre d'autres membres. Mais ce n'est pas une règle universelle dans la mesure où même de grandes économies comme l'Afrique du Sud et le Royaume d'Arabie saoudite n'ont jamais déposé de plainte auprès de l'ORD.

Les ressources et les capacités peuvent expliquer en partie cette différence. Il y a, en effet, de nombreux obstacles pratiques à la participation des pays en développement au système de règlement des différends. Les difficultés les plus couramment citées sont la complexité et le coût du système, le fait que les pays en développement (en particulier en dehors de l'Amérique latine) ne sont pas convenablement représentés dans les groupes spéciaux et le

fait que le système a pour but non pas le développement, mais le respect du droit.<sup>4</sup> Un autre facteur lié à la capacité peut expliquer la réticence des pays en développement : les pays ayant une mission dédiée à l'OMC sont plus enclins à engager des différends. Vingt-six des 36 membres ayant déposé des plaintes auprès de l'ORD entre 1995 et 2012 avaient leurs propres missions en 2012, alors que seul 1 membre sans représentation avait déposé une plainte. Seulement un quart des membres ont une mission dédiée, mais ces membres ont été à l'origine de près des trois quarts des plaintes. Le lien de causalité va aussi dans l'autre sens, l'augmentation du nombre d'actions contribuant à l'augmentation de la taille des missions.<sup>5</sup>

Ces problèmes sont en partie surmontés grâce à l'assistance fournie aux pays en développement par le Centre consultatif sur la législation de l'OMC (voir l'encadré 7.1) et grâce au recours à des conseillers extérieurs qui peuvent être rémunérés par le secteur privé. Néanmoins, aucune assistance technique ne peut remédier au fait que les pays qui ne représentent qu'une petite part du commerce ont moins de poids quand il s'agit d'imposer des mesures de rétorsion. Par exemple, dans l'affaire *États-Unis – Jeux*, les mesures de rétorsion qu'Antigua-et-Barbuda a été autorisée à prendre à l'encontre des États-Unis ont eu peu d'impact sur Washington, mais le pouvoir de rétorsion conféré au Brésil dans l'affaire du coton (dont il est question plus loin) a été beaucoup plus persuasif. Les pays africains du groupe « Coton-4 » n'avaient pas la même « force de frappe » potentielle que le Brésil, ce qui explique en partie pourquoi ils ont choisi de négocier quand le Brésil a choisi d'engager une action.

### ***Le choix entre la voie juridictionnelle et la négociation***

Même les membres qui ont une culture procédurière, ou qui ont pu surmonter les obstacles culturels à l'engagement d'une procédure, sont toujours confrontés au même choix quand ils doivent décider comment régler des problèmes particuliers : faut-il engager des poursuites ou négocier ? La réponse à cette question dépend de plusieurs facteurs.

L'évolution aux États-Unis a été l'inverse de celle de la Chine, les responsables politiques étant devenus un peu plus mesurés avec le temps. Du point de vue des États-Unis, la principale différence en matière de règlement des différends entre l'époque du GATT et celle de l'OMC est le passage de la menace unilatérale à la procédure juridictionnelle multilatérale. Comme on l'a vu au chapitre 2, les lois de réciprocité des États-Unis étaient l'une des principales causes de frictions à la fin de la période du GATT. Ces lois conféraient au Bureau du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales (USTR) le pouvoir de mener des enquêtes et de prendre des mesures de rétorsion lorsqu'il jugeait que des lois, des politiques et des pratiques de pays étrangers étaient contraires aux droits des États-Unis, sans obtenir au préalable l'autorisation du GATT d'imposer de telles mesures. L'USTR usait souvent de ce pouvoir pour défendre les positions des États-Unis sur ce qu'on appelait, dans les années 1980, les « nouvelles questions », à savoir les services, l'investissement et les droits de propriété intellectuelle. Les États-Unis ont donc choisi la voie juridictionnelle plutôt que celle de la négociation, jouant tous les rôles sauf celui de défendeur ; l'USTR était donc à la fois le plaignant, le juge et l'agent d'exécution des décisions. C'était du moins le choix tactique fait dans certaines affaires, mais plus généralement, cela

### Encadré 7.1. Centre consultatif sur la législation de l'OMC

Le Centre consultatif sur la législation de l'OMC (CCLO) fournit une aide juridique aux pays en développement du règlement des différends. Cette institution, dont la création a été décidée à la Conférence ministérielle de Seattle en 1996, a vu le jour en 2001. Indépendante de l'OMC, elle a pour mission de fournir aux pays les moins avancés (PMA) et aux autres pays en développement les moyens juridiques dont ils ont besoin pour faire respecter leurs droits au titre du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends. Outre les contributions versées par les membres, qui vont de 50 000 dollars EU pour les pays les moins avancés à 1 million de dollars EU pour les pays industrialisés, les pays en développement peuvent bénéficier de services de conseil dont les tarifs varient en fonction de leur niveau de revenu. Le Centre fournit notamment des avis juridiques sur la législation de l'OMC (gratuits pour les membres et les PMA) et une aide dans les procédures de règlement des différends (pour un tarif horaire allant de 25 dollars EU pour les PMA à 350 dollars EU pour les pays en développement non membres à revenu élevé), et il organise des séminaires et des stages. En 2012, le Centre employait 12 avocats et il avait des contrats avec 20 cabinets juridiques et 2 juristes indépendants. Trente pays en développement membres et 31 PMA avaient droit aux services du CCLO.

Cette institution s'occupe plus d'aider les bénéficiaires à attaquer qu'à se défendre. Dans les 41 premières affaires auxquelles le CCLO a participé, son rôle a été le plus souvent de fournir une assistance au pays plaignant ; il n'a conseillé la partie défenderesse que dans 3 affaires (d'après les chiffres du CCLO 2012 : 36-37). Mis à part le Canada, les États-Unis et l'Union européenne, c'est le CCLO qui a joué le rôle le plus actif aux côtés des plaignants dans 29 affaires.

Le CCLO suscite généralement des avis favorables. Certains pensent, comme Mshomba (2009 : 91), que « c'est un brillant exemple de la façon dont l'assistance technique peut et doit être fournie ». Bown (2009 : 174) a une opinion plus nuancée, estimant, d'une part, que le CCLO « améliore le respect du droit dans les cas où il n'est pas possible de recourir à des avocats parce que l'accès au marché en jeu pour les exportateurs des pays pauvres est trop limité », mais que, d'autre part, « son efficacité est limitée du fait des services qu'il ne peut pas fournir », tels que la collecte de renseignements, l'organisation au niveau politique et l'incitation à la réforme.

faisait partie d'une stratégie implicite, mais très efficace, consistant à utiliser cette forme de procédure agressive et unilatérale pour encourager la négociation. Cette grande stratégie a abouti à un grand compromis dans le Cycle d'Uruguay : les États-Unis allaient renoncer à la politique de réciprocité et allaient donc soumettre leurs plaintes à l'ORD, en échange de l'acceptation par leurs partenaires d'accords substantiels et exécutoires sur les nouvelles questions. Ce compromis a été confirmé par le résultat d'un différend engagé par l'Union européenne en 1998 contre la principale loi de réciprocité des États-Unis. Dans l'affaire *États-Unis – Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur*, le Groupe spécial a partagé l'avis de l'Union européenne selon lequel il n'appartenait pas aux Membres de l'OMC, pris individuellement, de déterminer si les mesures adoptées par un autre Membre étaient contraires à ses obligations dans le cadre de l'OMC. Le Groupe spécial a cependant conclu que le fait d'avoir une loi écrite n'était « pas incompatible » avec les obligations des États-Unis, même si le dispositif législatif de cette loi constituait en soi une menace grave de déterminations unilatérales, parce que les États-Unis s'étaient engagés à rendre les déterminations conformes à leurs obligations dans le cadre de l'OMC. Le Groupe spécial a



aussi indiqué que, si les États-Unis reniaient ou rompaient leurs engagements d'une manière ou d'une autre, la constatation de conformité ne serait plus justifiée.

Il est désormais interdit de faire respecter les règles de manière unilatérale, mais un Membre doit encore choisir entre la voie législative et la voie juridictionnelle à l'OMC pour régler ses problèmes avec d'autres membres. Il ne faut pas penser que cette dernière exclut la négociation et réciproquement, car il est possible d'y recourir successivement pour atteindre le même objectif. Avec suffisamment de recul, on peut considérer que ces deux options peuvent se renforcer mutuellement. John Weekes (2004: 1) a fait observer qu'« un bon accord peut persuader les gouvernements d'accepter un système de règlement des différends permettant de rendre rapidement des jugements impartiaux et définitifs » de même qu'un « bon système de règlement des différends renforce les obligations énoncées dans l'accord et peut jouer un rôle important dans une renégociation de cet accord ». Ce résultat positif peut toutefois être compromis si la fonction judiciaire de l'institution semble être en décalage par rapport à ses pouvoirs législatifs. Selon certains, la judiciarisation de l'OMC peut dissuader les membres d'élaborer des accords selon l'ancienne pratique de l'ambiguïté constructive, qui permettait aux négociateurs de trouver, non sans quelque réticence, des compromis qui permettaient à chaque camp de clamer victoire, mais qui laissaient planer le doute sur le sens précis. Ce n'est plus le cas aujourd'hui. Selon Stuart Harbinson, « les négociateurs ne sont plus disposés à trouver des compromis comportant une certaine ambiguïté parce qu'ils savent que, tôt ou tard, un groupe spécial rendra une décision qui sera contraignante et ils ne veulent pas prendre de risque ». <sup>7</sup> Ou pour dire les choses autrement, il y a eu un temps où les négociateurs étaient prêts à laisser leur travail à moitié fait dans l'intention d'y revenir ultérieurement, mais, sachant que les instances juridictionnelles ont le pouvoir de reprendre le travail là où ils l'ont laissé, les négociateurs préfèrent peut-être aujourd'hui la sécurité d'une impasse au risque d'une solution approximative.

Deux praticiens expérimentés ont formulé le choix en ces termes: « les négociations commerciales multilatérales visent à modifier les règles existantes afin d'établir un système mondial fondé sur de nouveaux principes (changements pour l'avenir) », alors que les procédures juridictionnelles « visent à faire appliquer les règles déjà en vigueur, mais qui ne sont pas respectées par certains membres de l'Organisation mondiale du commerce » (Imboden et Nivet-Claeys, 2008: 127). Parfois, la première étape consiste à élaborer le droit par la négociation, et la seconde à le perfectionner au moyen d'une procédure sélective; mais il arrive aussi que la nécessité de nouvelles négociations soit mise en évidence par les résultats imparfaits de la procédure. Dans le même esprit, Petersmann (2005b: 139) a constaté qu'il existait un lien stratégique entre la procédure juridictionnelle et la négociation, notant que :

le calendrier et les cibles juridiques des procédures de règlement des différends de l'OMC donnent à penser que les plaintes et les procédures de groupe spécial et d'appel à l'OMC servent également à clarifier les obligations existant dans le cadre de l'OMC, à identifier la nécessité d'élaborer de nouvelles règles, à améliorer la position de négociation des pays ou à faire pression sur les autres membres pour qu'ils engagent des négociations sur des règles et des engagements additionnels.

Aucun principe universellement applicable ne permet de choisir entre ces options. En fait, le choix se résume plutôt à un calcul tactique pour déterminer laquelle permettra, le plus probablement, d'atteindre l'objectif souhaité par les parties ou les négociateurs dans un contexte particulier. Par exemple, dans le cas des subventions des États-Unis qui portent préjudice aux intérêts des producteurs de coton d'Amérique latine et d'Afrique, le Brésil a choisi d'engager une procédure en alléguant que ces subventions étaient contraires aux engagements des États-Unis au titre de l'Accord sur l'agriculture, alors que les PMA africains du groupe « Coton-4 » ont choisi de négocier dans le cadre du Cycle de Doha. Les PMA ont choisi de ne pas participer à la procédure en tant que coplaignants pour plusieurs raisons. Le Brésil avait déjà engagé la procédure et les PMA n'avaient aucun élément nouveau à apporter. Si l'affaire aboutissait à des mesures de rétorsion, le groupe « Coton-4 » avait moins de poids face aux États-Unis qu'un grand pays comme le Brésil, et le cycle multilatéral déjà en cours leur donnait la possibilité d'exercer des pressions. Ces options ne s'excluaient pas mutuellement. En choisissant de négocier, les PMA conservaient la possibilité d'engager une procédure en cas d'échec des négociations.

## **Fonctionnement du Mémoire d'accord sur le règlement des différends**

Le Mémoire d'accord fait partie du grand compromis trouvé dans le cadre du Cycle d'Uruguay. Aux termes de ce compromis, le GATT devait être remplacé par l'OMC ; les compétences de la nouvelle organisation devaient englober, outre le commerce des marchandises, les nouvelles questions préconisées par les États-Unis ; les membres renonçaient à faire respecter leurs droits de manière unilatérale et le système de règlement des différends devait être réformé pour être plus efficace, moins facile à bloquer et plus cohérent dans ses décisions (grâce à l'Organe d'appel). Cependant, le nouveau système ne représentait pas une rupture complète avec le passé car les principes juridiques fondamentaux étaient inchangés.

### ***Principes fondamentaux du règlement des différends***

Le processus de règlement des différends commence quand un ou plusieurs Membres de l'OMC contestent formellement des mesures prises par un autre Membre en alléguant qu'elles sont contraires à ses engagements. Ces allégations reposent souvent sur l'affirmation que la mesure en question enfreint, par exemple, les grands principes de non-discrimination (voir le tableau 7.4). Pour dire les choses simplement, le principe du traitement de la nation la plus favorisée (NPF) (article premier du GATT) empêche un pays d'établir une discrimination entre deux partenaires commerciaux à la frontière, alors que le principe du traitement national (article III du GATT) empêche un pays d'établir une discrimination entre ses propres produits et ceux d'un autre pays sur son territoire. Par exemple, en vertu du principe NPF, l'Australie doit appliquer les mêmes droits aux importations de saumon norvégien et aux importations de saumon chilien similaire.<sup>8</sup> En vertu du principe du traitement national, le Brésil ne peut pas appliquer à des produits français une taxe sur les ventes ou une autre mesure qui serait plus restrictive que celles qu'il applique aux produits des entreprises brésiliennes.<sup>9</sup> En outre, les plaignants allèguent souvent que les mesures

contestées sont contraires aux règles de l'OMC relatives à une autre question visée par le GATT de 1994 ou par les nombreux Accords de l'OMC. Il est courant qu'un plaignant formule plusieurs allégations et cite de nombreuses dispositions de plusieurs accords différents lorsqu'il explique en quoi les lois ou politiques d'un partenaire sont contraires à ses engagements. Une allégation peut aussi être fondée sur une plainte en situation de non-violation, dans laquelle un Membre fait valoir qu'il a été privé d'un avantage attendu du fait d'une action d'un autre gouvernement même si cette action n'est pas en soi incompatible avec les règles de l'OMC.

En contestant les faits de la cause ou l'interprétation du ou des accord(s) en question donnée par le plaignant, le défendeur fera souvent valoir que les mesures en cause sont autorisées au titre d'une ou plusieurs exceptions générales. Ces exceptions sont prévues à l'article XX du GATT ou, dans le cas des services, à l'article XIV de l'AGCS. Elles portent, entre autres, sur les points suivants<sup>10</sup> :

- protection de la moralité publique
- protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou préservation des végétaux
- articles fabriqués dans les prisons
- protection de trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique
- conservation des ressources naturelles épuisables
- accords intergouvernementaux sur un produit de base
- restrictions à l'exportation de matières premières produites à l'intérieur du pays
- produits pour lesquels se fait sentir une pénurie générale ou locale.

Des mesures qui sont par ailleurs illégales au regard des règles de l'OMC peuvent être justifiées au titre de ces exceptions, mais celles-ci ne donnent pas aux pays un blanc-seing pour appliquer toute restriction qu'ils jugent politiquement nécessaire et qui relève, selon eux, d'un ou plusieurs de ces principes. Les exceptions sont en fait limitées par le texte introductif de l'article XX, qui précise que des mesures peuvent être prises « [s]ous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifié entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international ». Plusieurs de ces exceptions sont en outre limitées par un « critère de nécessité », qui veut que la mesure soit nécessaire pour atteindre l'objectif déclaré et qu'aucune autre mesure compatible avec les règles de l'OMC ou moins restrictive pour le commerce n'est possible techniquement et financièrement. L'affirmation qu'une mesure est justifiée par une ou plusieurs de ces exceptions est en fait une proposition réfutable qui peut être contestée par un autre Membre de l'OMC et sur laquelle un groupe spécial peut se prononcer sur la base des arguments des deux parties et de son interprétation des règles et de la jurisprudence de l'OMC.

Un jugement défavorable au défendeur n'entraîne pas automatiquement l'invalidation de ses lois. En effet, les décisions d'un groupe spécial de l'OMC ne sont pas comparables aux décisions rendues par un tribunal national qui a le pouvoir d'abroger les lois qu'il juge inconstitutionnelles. Les dispositions relatives au règlement des différends reposent avant tout sur la volonté des parties de respecter les décisions. Si un groupe spécial constate que la législation d'un pays est contraire à ses obligations au titre du GATT, les rapports du groupe

spécial et de l'Organe d'appel formuleront la même recommandation contraignante, à savoir que le Membre doit mettre la mesure contestée en conformité avec les règles de l'OMC. Il appartient ensuite à ce Membre de décider ce qu'il fera. Le mieux est qu'il mette ses lois en conformité avec la décision, ce qui peut impliquer l'abrogation ou la modification de la loi, ou son remplacement par une loi entièrement nouvelle. Ce n'est que dans des cas extrêmes que la partie lésée peut demander, obtenir et exercer le droit de prendre des mesures de rétorsion. Les parties contractantes au GATT n'ont autorisé un pays à prendre de telles mesures à l'encontre d'un autre pays que dans une affaire, avant le Cycle d'Uruguay (il s'agissait d'une plainte des Pays-Bas contre les États-Unis dans les années 1950), et les mesures de rétorsion n'ont jamais été appliquées. Cet ordre de préférence est resté inchangé même après la réforme des règles relatives au règlement des différends dans le cadre de l'OMC. Malgré l'explosion du nombre d'affaires soumises à l'OMC, l'autorisation de prendre des mesures de rétorsion n'a été donnée que dans 17 cas jusqu'à la fin de 2012, soit environ 1 cas sur 25 pour l'ensemble des plaintes déposées jusqu'en 2011. Les membres qui obtiennent cette autorisation n'appliquent pas tous les mesures. Pour certains, il existe une troisième option, qui est d'offrir une compensation aux parties lésées (par exemple, en réduisant les droits de douane sur certains produits qu'elles exportent), mais d'autres juristes rejettent fermement l'idée que ce serait une solution légitime pour la partie perdante.

### *Les réformes du Cycle d'Uruguay*

La judiciarisation du système de règlement des différends résulte en partie du Cycle d'Uruguay, et les changements ne se sont pas arrêtés avec la conclusion du cycle et l'inauguration de la nouvelle organisation. L'évolution de la jurisprudence des groupes spéciaux et, en particulier, de l'Organe d'appel a accentué cette tendance, mettant en place un système dans lequel le règlement des différends est considéré plus comme une fonction juridictionnelle indépendante que comme la conduite de la diplomatie sous une autre forme. Les négociations sur le Mémorandum d'accord ont cependant été un élément essentiel de ce processus et ont abouti à des profonds changements dans le fonctionnement du système. Au début du Cycle d'Uruguay, il était généralement admis qu'une réforme était nécessaire. Personne ne pensait à l'époque que le système de règlement des différends fonctionnait bien ; les vues divergeaient seulement sur la meilleure façon de remédier aux défauts bien connus du système.

Le principal défaut du système de règlement des différends du GATT était qu'il permettait aux pays de bloquer les procédures. L'application de la règle du consensus dans les différends posait un problème assez évident. Comment imaginer qu'une règle de ce genre fonctionne dans une procédure pénale si toutes les personnes présentes au tribunal, y compris l'accusé et son avocat, ont la faculté de stopper la procédure à tout moment. Le plus surprenant dans les différends au temps du GATT, ce n'est pas que les défenseurs aient abusé de ce privilège, mais c'est plutôt qu'ils aient attendu des décennies pour le faire de façon quasi systématique. Ce défaut systémique a déjà été examiné au chapitre 2, où il a été question aussi de l'exigence de disciplines exprimée par les parties contractantes pour empêcher les États-Unis de définir et de faire respecter unilatéralement leurs droits commerciaux. Cette évolution, conjuguée à l'élargissement du champ des questions négociées dans le cadre du Cycle d'Uruguay, a fait de

la réforme du système de règlement des différends l'un des principaux objectifs de ce cycle. Les négociations ont abouti à un système beaucoup plus solide, qui corrigeait bon nombre des défauts des règles du GATT. Dans le cadre du Mémorandum d'accord, un pays ne peut pas, à lui seul, retarder ou bloquer une procédure car il n'a plus le pouvoir d'empêcher l'établissement d'un groupe spécial, l'adoption d'un rapport de groupe spécial ou l'octroi du droit de prendre des mesures de rétorsion. La procédure doit aussi être plus rapide. Il doit normalement s'écouler 12 mois et demi entre le dépôt d'une plainte et l'adoption du rapport d'un groupe spécial, ou 15 mois et demi en cas d'appel auprès du nouvel Organe d'appel, un délai raisonnable étant ensuite prévu pour la mise en œuvre. Dans les faits, la durée des procédures a tendance à être un peu plus longue que ce qui est prévu dans le Mémorandum d'accord.

Comme d'autres aspects du passage du GATT à l'OMC, les réformes du Cycle d'Uruguay se sont faites par étapes. La première s'est achevée avec la Conférence ministérielle de Montréal en 1988, quand les parties contractantes ont adopté, à titre provisoire, une série de réformes élaborées au sein du Groupe de la Paix (voir le chapitre 3). La réforme la plus importante adoptée alors a été l'instauration du consensus inverse pour l'établissement des groupes spéciaux. Les parties contractantes n'étaient pas encore prêtes à accepter l'application du même principe pour l'adoption des rapports de groupes spéciaux. Les autres réformes consistaient en l'établissement d'un calendrier précis pour chaque étape de la procédure de règlement des différends, dont la durée totale était limitée à 15 mois ; la fixation de délais plus courts pour les affaires concernant des produits périssables et de délais plus longs pour certains aspects des affaires concernant des pays en développement ; la possibilité de recourir à l'arbitrage plutôt qu'aux groupes spéciaux ; l'élargissement de la liste des experts sans attaches avec des administrations nationales pouvant faire partie des groupes spéciaux ; la fourniture d'avis juridiques aux pays en développement et l'examen de la mise en œuvre des décisions des groupes spéciaux après une période de six mois (Weston et Delich, 2000). C'était les « premiers résultats », les plus faciles à obtenir, les questions plus épineuses étant laissées pour la seconde partie du Cycle d'Uruguay. La plus importante de ces questions concernait le fait que les défenseurs pouvaient bloquer l'adoption des rapports de groupes spéciaux ; les réformateurs souhaitaient mettre fin à l'usage abusif du consensus, en rendant l'adoption automatique. Un négociateur canadien se souvient que « c'est à cette époque, après la Conférence de Montréal, que les discussions sur l'Organe d'appel ont commencé ».<sup>11</sup> Il restait à régler la question essentielle de l'adoption automatique des rapports de groupes spéciaux et à « faire en sorte qu'elle soit acceptée par les « grands », en particulier les Américains et les Européens. C'est ainsi qu'est née l'idée de l'Organe d'appel. Il devait veiller à l'adoption des rapports des groupes spéciaux ».

### *L'Organe d'appel*

L'Organe d'appel constitue l'une des principales différences entre le système de règlement des différends de l'OMC et celui du GATT. Il est composé de sept membres désignés pour un mandat de quatre ans (renouvelable une fois), qui ont tous une réputation de probité et d'intégrité et qui comptent parmi les personnalités les plus expérimentées et les plus reconnues de la communauté du commerce international. Quand il est fait appel des décisions

des groupes spéciaux, trois membres de l'Organe d'appel sont désignés de manière aléatoire et ils disposent d'un délai précis de 90 jours pour rendre leur décision. Selon Ujal Bhatia, membre de l'Organe d'appel (voir l'appendice biographique, page 608), « cela nous oblige à nous tenir prêts avant même qu'un appel soit formé ». Ainsi, « nous sommes censés, tous les sept, lire tous les rapports des groupes spéciaux dès leur parution ».<sup>12</sup> Les trois membres désignés consultent les autres membres de l'Organe d'appel avant de rendre leur décision afin d'éviter les contradictions et dans un souci de cohérence et de collégialité. Bien que, techniquement, l'Organe d'appel n'applique pas la règle du *stare decisis*, dans la pratique, ses décisions constitue une jurisprudence cohérente. Pour paraphraser ce que Charles Evans Hughes, juge à la Cour suprême des États-Unis, a dit en 1907 au sujet de la Constitution, « nous sommes dans un système d'accords commerciaux, mais ce sont les membres de l'Organe d'appel qui disent ce qu'est le droit du commerce ».<sup>13</sup>

Les affaires sont attribuées de manière aléatoire et par roulement. L'article 6 des Procédures de travail pour l'examen en appel dispose que les membres sont choisis « par roulement, compte tenu des principes de la sélection aléatoire et de l'imprévisibilité et du principe selon lequel tous les membres doivent avoir la possibilité de siéger quelle que soit leur origine nationale ». Said El Naggari (voir l'appendice biographique, page 622), un des tout premiers membres de l'Organe d'appel, a élaboré une méthode pour procéder à cette sélection aléatoire. Les membres de l'Organe d'appel tirent des jetons numérotés dans un sac, ces numéros sont ensuite enregistrés et servent à les identifier et à leur attribuer les affaires selon une formule mathématique. Grâce à cette méthode, aucun ne sait à l'avance quelle affaire lui sera attribuée ni lequel de ses six collègues sera désigné pour siéger dans le même groupe spécial d'appel. Un membre de l'Organe d'appel à qui une affaire a été attribuée ne peut la refuser qu'en cas de conflit d'intérêt; un ressortissant d'un pays partie au différend peut quand même participer au groupe spécial d'appel chargé de cette affaire. Les membres de l'Organe d'appel ne peuvent pas invoquer d'autres affaires urgentes. Les avances qui leur sont versées sont destinées à garantir leur disponibilité pour s'acquitter de leurs fonctions au sein de l'Organe d'appel, quelques que soient leurs autres activités ailleurs – comme l'enseignement ou la participation à des groupes spéciaux d'arbitrage.

Alors qu'ils ont défini en détail les fonctions des groupes spéciaux, les négociateurs n'ont pas donné beaucoup d'indications dans le Mémoire d'accord sur les procédures et le fonctionnement de l'Organe d'appel. Le Mémoire d'accord indique simplement que l'Organe d'appel « recevra le soutien administratif et juridique dont il aura besoin » (article 17 :7), que les frais de ses membres « seront mis à la charge du budget de l'OMC » (article 17 :8) et que « [l']Organe d'appel, en consultation avec le Président de l'ORD et le Directeur général, élaborera des procédures de travail qui seront communiquées aux membres pour leur information » (article 17 :9). Debra Steger, qui a été la première directrice du secrétariat de l'Organe d'appel, se souvient des nombreuses difficultés rencontrées lors de la mise en place du nouvel organe en 1995. Bien qu'un petit budget ait été attribué initialement à l'Organe d'appel, le Secrétariat de l'OMC s'attendait à ce qu'il y ait peu d'appels et à ce que les membres de l'Organe d'appel ne soient qu'occasionnellement à Genève. Mais, dès le début, Mme Steger a jugé qu'il fallait que l'Organe d'appel ait son propre secrétariat afin de maintenir et de garantir son indépendance

par rapport aux fonctionnaires du Secrétariat de l'OMC qui travaillaient avec les groupes spéciaux. Il a fallu élaborer très rapidement la procédure d'assermentation des nouveaux membres de l'Organe d'appel et les procédures de travail pour l'examen en appel car le premier appel était prévu au début de 1996.

Ceux qui ont proposé de créer l'Organe d'appel lors du Cycle d'Uruguay pensaient qu'il ne serait sollicité que dans de rares cas, par exemple, s'il était allégué qu'un groupe spécial subissait une influence inappropriée ou que son interprétation du droit comportait des erreurs manifestes. John Jackson, qui a été l'un des premiers partisans de ce mécanisme (qu'il appelait « tribunal d'appel »), avait insisté sur la nécessité d'établir des règles pour faire en sorte que « chaque affaire ne fasse pas l'objet d'un appel », car cela risquerait « de rallonger la procédure, sans apporter de véritables avantages ».<sup>14</sup> Rétrospectivement, il est clair que cette attente n'était pas réaliste. En effet, n'importe quel ministre du commerce qui doit expliquer pourquoi une affaire a été perdue devant l'ORD au Président ou au Premier Ministre, sans parler de ses collègues au gouvernement, du Parlement et des groupements professionnels concernés, voudra prouver qu'il a fait tout son possible pour défendre les lois de son pays, en particulier s'il est dans l'obligation de demander au parlement d'abroger ou de réviser une loi. Il serait politiquement intenable de ne pas opter pour une défense vigoureuse et exhaustive. Ce calcul simple semble avoir échappé aux négociateurs pendant le Cycle d'Uruguay.

Il est apparu très vite que l'idée qu'il y aurait peu d'appels était totalement erronée. Dans les premières années, chaque rapport de groupe spécial a fait l'objet d'un appel et comme les questions de droit traitées étaient souvent nouvelles, la charge de travail de l'Organe d'appel a considérablement augmenté. Il était aussi demandé à ses membres d'agir en qualité d'arbitres dans les affaires concernant « le délai raisonnable » au titre de l'article 21 :3 c), avec l'assistance du personnel du secrétariat de l'Organe d'appel. Compte tenu des courts délais prévus pour les appels, les membres de l'Organe d'appel devaient rester à Genève pour travailler ensemble et pour pouvoir délibérer et échanger des vues de manière efficace. Bien que l'Organe d'appel soit un « organe permanent », ses membres sont rémunérés à temps partiel. Une provision leur est versée pour s'assurer de leur disponibilité tout au long de l'année, à quoi s'ajoutent des honoraires journaliers pour chaque jour de travail sur une affaire et une indemnité journalière de subsistance pour couvrir leurs frais pendant leur séjour à Genève. Certains ont choisi de louer un logement à Genève pour la durée de leur vacation.

L'Organe d'appel a influencé directement et indirectement la jurisprudence de l'OMC. Son influence directe, qui est la plus visible, résulte des décisions qu'il rend, dans lesquelles il se prononce sur le sens des Accords de l'OMC et sur la conduite des différends eux-mêmes, comme c'est le cas dans ses décisions concernant les conseils extérieurs et les mémoires d'*amici curiae* (voir ci-après). L'Organe d'appel a aussi une influence indirecte sur les affaires en incitant les membres de groupes spéciaux à rendre des décisions « qui ne donnent pas lieu à un appel ». Dans le système de l'OMC, les membres des groupes spéciaux sont plus enclins à s'investir dans leurs décisions et veulent éviter les critiques que susciterait l'infirmité de leurs décisions. Cela peut expliquer la longueur et la complexité croissantes des décisions rendues par les groupes spéciaux. Des considérations analogues encouragent aussi les pays à demander qu'au moins un des

membres des groupes spéciaux chargés d'affaires dans lesquelles ils sont parties soit un juriste de profession et que le président soit lui aussi juriste. Dans le système du GATT, les membres des groupes spéciaux étaient, pour la plupart, des diplomates en poste dans les missions locales et non des juristes (quoi qu'en disent leurs diplômes).

### ***Ajustement du fonctionnement du Mémoire d'accord***

Les règles et procédures régissant le règlement des différends ont été ajustées depuis le Cycle d'Uruguay à travers la pratique, notamment avec certaines décisions marquantes de l'Organe d'appel, et à travers ce qu'on appelle le « Processus Jara ». L'Organe d'appel a établi un précédent important lorsqu'il a décidé que les groupes spéciaux pouvaient examiner les mémoires d'*amici curiae* (amis de la cour). Il a affirmé ce principe en 1998 dans l'affaire *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*<sup>15</sup>, et il l'a réaffirmé dans plusieurs affaires ultérieures. L'Organe d'appel a estimé que le pouvoir étendu des groupes spéciaux de demander des renseignements à toute source qu'ils jugeront appropriée (article 13 du Mémoire d'accord) et de compléter les procédures de travail énoncées dans l'Appendice 3 du Mémoire d'accord ou de s'en écarter (article 12:1) permettait aux groupes spéciaux d'accepter ou de rejeter des renseignements et des avis, y compris ceux qui n'étaient pas demandés. Cela reste un point litigieux entre les Membres de l'OMC qui sont nombreux à considérer que les différends sont des procédures qui ne concernent que les membres et qu'aucune autre partie – parties prenantes ou experts – n'a un rôle à jouer, et qui se méfient de toute implication d'organisations non gouvernementales. Les pays en développement en particulier se montrent circonspects sur ce point.

La détermination établie par l'Organe d'appel en 1997 dans l'affaire *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution de bananes* (plus connue sous le nom de *Bananes III*) a été encore plus importante, car elle permettait aux membres d'être représentés par des conseils extérieurs. La première tentative de Sainte-Lucie de recourir à des conseils privés au cours des délibérations du Groupe spécial a été largement contestée et rejetée, mais l'Organe d'appel a autorisé cette pratique, ce qui a modifié la nature du règlement des différends. Il a dit que l'Accord sur l'OMC, le Mémoire d'accord et les Procédures de travail ne contenaient pas de dispositions « indiquant qui [pouvait] représenter un gouvernement pour faire des représentations lors d'une audience de l'Organe d'appel », et qu'il ne voyait aucun « rapport de groupe spécial [du GATT] antérieur qui trait[ait] spécifiquement de cette question dans le contexte des réunions des groupes spéciaux avec les parties ». Il a en outre indiqué ce qui suit :

la représentation par les conseils choisis par un gouvernement peut fort bien revêtir une importance particulière – surtout pour les pays en développement membres – lesquels doivent pouvoir être pleinement associés aux procédures de règlement des différends. En outre, comme l'Organe d'appel a pour mandat de n'examiner que des questions de droit ou des interprétations du droit figurant dans les rapports de groupes spéciaux, il est particulièrement important que les gouvernements soient représentés par des conseils qualifiés dans les procédures de l'Organe d'appel.<sup>16</sup>



Cette décision a conduit les délégations des membres auprès de l'OMC à accréditer des avocats privés spécialisés en droit commercial pour des affaires particulières. Cela a aussi amené l'OMC à assouplir en partie et de manière indirecte la règle générale selon laquelle les différends ne peuvent être soulevés que par des États, et non par des parties privées. Les entreprises privées et les associations professionnelles n'ont toujours pas qualité pour agir de manière indépendante à l'OMC, mais elles peuvent demander aux gouvernements membres de déposer des plaintes en leur nom. Dans ce cas, elles peuvent désormais s'engager à prendre à leur charge les frais juridiques parfois considérables afférents à une affaire. Cela peut expliquer en partie pourquoi les pays en développement sont moins réticents à déposer des plaintes formelles auprès de l'OMC. À l'époque du GATT, il se pouvait qu'un pays en développement n'ait pas de mission permanente à Genève, et encore moins une mission employant un juriste expérimenté, mais les choses sont très différentes quand l'expertise et les ressources financières peuvent être trouvées à l'extérieur.

Le « Processus Jara » est un autre moyen de réformer le système. Ainsi appelé d'après l'ancien Directeur général adjoint Alejandro Jara, ce processus a pour but de rendre la procédure de règlement des différends plus efficace et moins coûteuse. Ce qui est en cause ici, c'est la charge imposée par un système plus judiciairisé, en termes de temps passé par les membres des groupes spéciaux et en termes de coûts budgétaires liés à la traduction et même au transport des documents. Selon certains membres de groupes spéciaux, le volume des documents qu'ils reçoivent des parties est excessif. L'un d'eux a d'ailleurs fait observer qu'« elles jouent parfois le jeu de l'avocat en vous inondant de toutes sortes de documents non pertinents ».<sup>17</sup> Le Processus Jara vise à ramener cela à un niveau gérable et à faire d'autres réformes complémentaires.

Cela montre comment les réformes et les innovations peuvent amener à demander de nouveaux changements. La réforme a entraîné une augmentation du nombre d'affaires ; la création de l'Organe d'appel a encouragé les plaignants, les défendeurs et les membres des groupes spéciaux à adopter une approche plus légaliste des différends ; et l'intervention d'avocats privés n'a pas découragé de produire toujours plus de documents. Cela s'est traduit au final par une augmentation du coût individuel et global des affaires traitées. Comme le Directeur général Pascal Lamy lui en avait fait la demande, M. Jara a engagé, en 2010, un processus de collecte de renseignements et de consultations en vue d'accroître l'efficacité du travail des groupes spéciaux et de réduire la charge financière et humaine. Il a sollicité des idées de toutes parts, tout en soulignant qu'une réforme devait être compatible avec les règles existantes et ne pouvait être envisagée que si elle n'impliquait pas un amendement du Mémoire d'accord. Il a aussi insisté sur le fait que les modifications ne devaient pas compromettre la réputation et les résultats du système. Dans ce processus, M. Jara s'est appuyé principalement sur la flexibilité prévue à l'article 12:1 et 12:2, qui exige que les groupes spéciaux suivent les procédures énoncées à l'Appendice 3 du Mémoire d'accord « à moins qu'ils n'en décident autrement après avoir consulté les parties au différend », et qui indique que la procédure des groupes spéciaux « devrait offrir une flexibilité suffisante pour que les rapports des groupes soient de haute qualité, sans toutefois retarder indûment les travaux des groupes ».

L'une des réformes proposées est la double présentation, c'est-à-dire la transmission au groupe spécial avant la première audition, des premières communications écrites des parties, des réfutations et des communications des tierces parties. Jara (2012) a fait observer que cette réforme «retarderait probablement la première audition des parties», mais qu'elle pourrait aussi «accélérer les travaux du groupe spécial en faisant avancer les discussions des parties sur les questions pertinentes, ce qui éliminerait probablement certains échanges dans la phase des questions et réponses écrites». Elle pourrait aussi éviter une deuxième audition. Une autre réforme proposée est la présentation préalable de questions (indicatives) en vue de la réunion du groupe spécial. Les groupes spéciaux utilisent généralement la première réunion de fond pour déterminer les questions factuelles et juridiques de base et, parfois, les parties ne sont pas préparées à répondre aux questions posées par les membres du groupe spécial à ces réunions. Il a donc été suggéré que les groupes spéciaux fournissent à l'avance la liste des questions susceptibles d'être posées. Une autre réforme particulièrement importante prévoit le dépôt électronique. Parmi les autres réformes envisagées, on peut citer la limitation de la durée des déclarations orales, la distribution préalable de l'ordre du jour proposé ou de la structure de la réunion, la limitation du nombre de pages des résumés analytiques et la réduction du nombre d'annexes. Ces réformes ont permis non seulement d'accélérer les travaux, mais aussi de réduire le nombre de pages déposées qui doivent être traduites et transmises aux membres des groupes spéciaux à grands frais. Dans le cadre d'une initiative connexe, l'OMC a créé en 2010 une base de données numérique qui rassemble les renseignements sur toutes les affaires antérieures examinées par des groupes spéciaux et par l'Organe d'appel. Cette base de données vise à faciliter la recherche et l'accès aux rapports de règlement des différends et aux documents connexes.

## Recours au Mémoire d'accord sur le règlement des différends

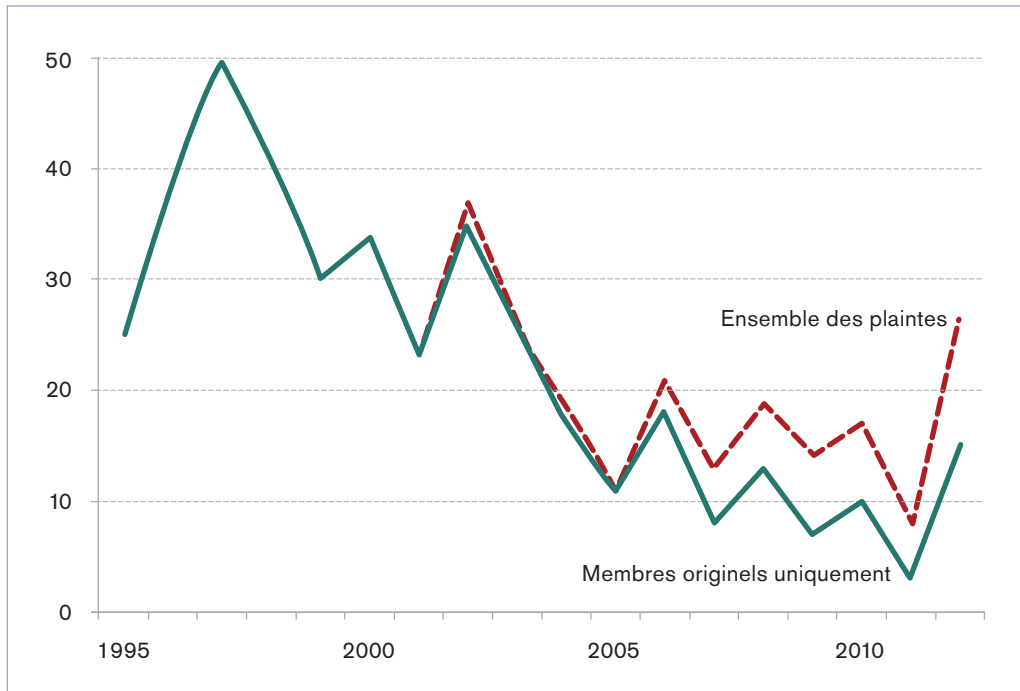
Dans les pages qui suivent, nous passons en revue les statistiques descriptives relatives aux affaires de règlement des différends. Avant d'examiner les chiffres, il faut d'abord souligner le caractère parfois singulier de ces statistiques. L'unité de mesure utilisée ci-après est la plainte, première étape formelle d'une procédure engagée par un membre, et parfois par un groupe de membres agissant conjointement, à l'encontre d'un autre membre. Les plaintes ne passent pas toutes par chaque étape de la procédure, c'est-à-dire, après le dépôt de la plainte, l'établissement d'un groupe spécial, la remise du rapport du groupe spécial, son adoption, et (si l'une des parties ou les deux font appel des conclusions) l'examen par l'Organe d'appel. Le taux d'abandon des affaires est en fait assez élevé, en particulier au début de la procédure. Sur les 427 demandes de consultations présentées entre 1995 et 2011, seulement 232 ont abouti à une décision d'établir un groupe spécial. Cela signifie soit que le plaignant et le défendeur sont parvenus à régler le différend à ce stade, soit que le plaignant (pour une raison quelconque) a choisi de ne pas donner suite à l'affaire. Dans 29 de ces 232 affaires, le groupe spécial n'a en fait jamais été établi. Sur les 204 affaires dans lesquelles un groupe spécial a été établi, 96 ont abouti à des solutions convenues d'un commun accord ou au retrait des plaintes à un moment donné de la procédure, ce qui représente 22,5% des plaintes. En fin de compte, seulement 146 rapports de groupes spéciaux ont été distribués, ce qui veut dire qu'à peine plus d'un tiers (34,2%) des affaires ont suivi toutes les étapes de la procédure, du dépôt de la plainte jusqu'au rapport du groupe spécial.

Les choses sont encore compliquées par le fait que plusieurs affaires peuvent se rapporter à une seule question. Il arrive en effet que plusieurs membres déposent une plainte conjointe ou des plaintes distinctes contre un même Membre. Dans ce dernier cas, il est courant que les plaintes soient regroupées en une seule affaire traitée par un seul groupe spécial. Il arrive aussi qu'un différend donne naissance à d'autres différends, en particulier si le plaignant dans l'affaire initiale n'est pas satisfait des mesures prises par le défendeur pour se mettre en conformité. Dans le cas de l'Union européenne, il se peut qu'un Membre dépose plusieurs plaintes analogues contre plusieurs États membres de l'UE, au lieu de déposer une plainte unique contre l'Union européenne dans son ensemble. Pour toutes ces raisons, certaines questions occupent une place plus importante que d'autres dans les statistiques. On n'a pas tenté ici de regrouper les procédures multiples en affaires uniques car il y a trop de raisons pour lesquelles des questions apparemment liées donneront lieu à des affaires uniques ou en série et aucune règle de décision unique ne permet de les regrouper de manière satisfaisante. Le lecteur doit donc savoir que, comme cela est souvent le cas dans l'examen de statistiques descriptives, les chiffres indiqués ci-après doivent être considérés comme une représentation générale de tendances larges plutôt que comme une représentation mathématiquement précise de la réalité.

Il faut souligner aussi que l'on ne tente pas ici d'évaluer les affaires en fonction de leur valeur économique ou de leur importance juridique. À l'évidence, les flux commerciaux concernés sont plus importants dans certaines affaires que dans d'autres. Par exemple, si l'on additionnait les milliards de dollars et d'euros en jeu dans le différend entre Boeing et Airbus, le résultat dépasserait probablement la valeur totale de la plupart des autres affaires portées devant l'ORD. De même, certaines affaires sont plus importantes que d'autres du fait des questions en jeu et des précédents qui pourraient être établis. Mais nous n'allons pas ici procéder à une analyse détaillée de ces distinctions.

### *Diminution du nombre de plaintes*

Cela étant dit, nous observerons tout d'abord que le nombre de plaintes a eu tendance à diminuer depuis les premières années de l'OMC, comme le montre la figure 7.1, qui indique que le nombre de plaintes a culminé en 1997 et a nettement baissé ensuite. En gros, il y avait en moyenne un peu plus de trois plaintes par mois entre 1995 et 2000, puis leur nombre est tombé à un peu moins de deux par mois entre 2001 et 2006 et il a encore diminué entre 2007 et 2012, passant à environ une plainte toutes les cinq semaines. Autrement dit, il y a eu pratiquement autant de plaintes dans les 6 premières années de l'OMC, de 1995 à 2000, que dans les 12 années suivantes, entre 2001 et 2012. La baisse est encore plus nette si l'on considère uniquement les différends soulevés par ou contre des pays qui étaient membres originels de l'OMC, en excluant par conséquent les affaires concernant des pays qui ont accédé à l'OMC. Si l'on examine uniquement les affaires dans lesquelles les membres originels de l'OMC étaient défendeurs ou plaignants, en comparant donc ce qui est comparable, la fréquence des plaintes est passée de 36,5 par an en moyenne entre 1995 et 2000 à 9,2 par an entre 2007 et 2012. Certains membres ayant accédé plus récemment, comme l'Ukraine, le Viet Nam et, surtout, la Chine, ont participé de plus en plus à des différends, en tant que plaignants ou défendeurs, prenant ainsi le relais des membres originels.

**Figure 7.1. Plaintes déposées au titre du Mémorandum d'accord, 1995-2012**

Source: Graphique établi sur la base des données consultées à l'adresse suivante : [http://www.wto.org/french/tratop\\_f/dispu\\_f/dispu\\_status\\_f.htm](http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/dispu_status_f.htm).

Note: La catégorie «membres originels uniquement» ne comprend aucune affaire dans laquelle le défendeur ou un seul plaignant était un Membre ayant accédé à l'OMC entre 1996 et 2012.

Les données montrent aussi que le nombre de plaintes déposées en 2012 a fortement augmenté, la moitié environ étant déposée par ou contre des membres ayant accédé depuis 1995 (en particulier la Chine). Cette progression a été telle qu'il a fallu réaffecter des ressources au sein du Secrétariat de l'OMC pour faire face à cette charge de travail supplémentaire. Au moment où ce livre est rédigé, il est bien trop tôt pour savoir si l'année 2012 représente une anomalie ou le début d'une nouvelle tendance. Pour l'instant, on peut considérer qu'elle s'inscrit dans une période plus longue caractérisée par une baisse notable du nombre moyen de différends par rapport aux périodes précédentes. Dans l'enquête statistique qui suit, les chiffres de 2012 sont inclus dans la période 2007-2012 et les données montrent qu'au cours de ces six années, le nombre de plaintes déposées a été, globalement, inférieur à celui des périodes de six ans précédentes.

Il y a au moins deux raisons à cette baisse. La première est que les affaires opposant l'Union européenne et les États-Unis sont beaucoup moins fréquentes. Cette observation peut cependant amener à se demander pourquoi les deux membres les plus importants soulèvent moins de différends, ce qui n'est pas clair de prime abord. L'autre raison est que les autres membres déposent moins de plaintes contre ces deux membres, car il y a eu un ralentissement

de l'activité antidumping des uns et des autres, celle-ci étant l'une des principales causes des plaintes déposées contre Bruxelles et contre Washington.

### *Qui porte plainte contre qui*

Les Membres de l'OMC ne sont pas tous plaignants ou défendeurs devant l'ORD. Au total, 44 membres, soit près d'un tiers des membres, n'ont jamais participé à quelque titre que ce soit à une procédure de règlement des différends entre 1995 et 2012 (voir les données sur la participation des pays dans l'appendice 7.2). Trente-cinq autres membres ont participé, exclusivement en qualité de tierces parties, à au moins un différend, mais jamais en tant que plaignant ou défendeur. Dans certains cas, ils l'ont fait parce qu'il y avait un intérêt national précis dans l'affaire et, dans d'autres cas, ils ont suivi le conseil du Secrétariat de l'OMC selon lequel il est bon de participer en tant que tierce partie pour acquérir une expérience pratique de la conduite des différends. La Chine, par exemple, a participé à 92 affaires en tant que tierce partie jusqu'en 2012, dans le but notamment de former ses fonctionnaires. Mais, de ce fait, très peu de ressortissants chinois ont siégé dans des groupes spéciaux. En somme, la moitié des 158 Membres de l'OMC n'avaient pas ou presque pas d'expérience du règlement des différends.

Ce sont les pays de la Quadrilatérale (Canada, États-Unis, Japon et Union européenne) qui sont à l'origine du plus grand nombre d'affaires; c'est donc là qu'il faut d'abord chercher l'explication du recul du nombre de différends. La logique des représailles est ici imparable. Si un membre A porte plainte contre le membre B, il y a de bonnes chances que ce membre B lui rende la pareille. À l'inverse, si le membre A porte moins fréquemment plainte contre le membre B, la tendance à la baisse peut être accentuée par la réduction réciproque du nombre de plaintes déposées par le membre B. Il semble que c'est cela qui explique la moindre fréquence des litiges entre l'Union européenne et les États-Unis. Comme le montre le tableau 7.2, le nombre de plaintes réciproques déposées par ces deux membres a évolué de manière à peu près parallèle pendant trois périodes, passant d'un niveau élevé entre 1995 et 2000 à un niveau beaucoup plus bas entre 2007 et 2012.

Ce qui est peut-être le plus étonnant, c'est que le nombre total de plaintes déposées par l'Union européenne contre les États-Unis et par les États-Unis contre l'Union européenne est exactement le même, soit 32, ce qui n'est sans doute pas dû au hasard. Les plaintes réciproques entre ces deux membres représentaient plus du cinquième du nombre total de plaintes au cours des six premières années d'existence de l'OMC. Cette part a diminué de moitié dans les six années suivantes et encore plus dans la période qui a suivi. Dans l'absolu, le recul du nombre de plaintes a été encore plus important. Entre 1995 et 2000, l'un de ces deux grands membres avait déposé plainte contre l'autre presque une fois toutes les six semaines, contre seulement une fois tous les deux ans entre 2007 et 2012. Toutes choses étant égales par ailleurs, si ces deux membres avaient engagé autant d'affaires l'un contre l'autre entre 2007 et 2012 qu'entre 1995 et 2000, il y aurait eu au total 140 plaintes auprès de l'OMC et non 98 pendant la période 2007-2012. Les 42 affaires de moins entre l'Union européenne et les États-Unis expliquent environ un tiers de la diminution du nombre de différends soumis à l'OMC.

**Tableau 7.2.** Participation de l'Union européenne et des États-Unis au règlement des différends de l'OMC, 1995-2012

	1995-2000	2001-2006	2007-2012	Total
<b>Affaires UE – États-Unis</b>	<b>46 (21,0 %)</b>	<b>15 (11,0 %)</b>	<b>3 (3,1 %)</b>	<b>64 (14,1 %)</b>
Plaintes de l'UE contre les États-Unis	22 (10,0 %)	9 (6,6 %)	1 (1,0 %)	32 (7,0 %)
Plaintes des États-Unis contre l'Union européenne	24 (11,0 %)	6 (4,4 %)	2 (2,0 %)	32 (7,0 %)
<b>Affaires contre d'autres membres</b>	<b>77 (35,2 %)</b>	<b>22 (16,1 %)</b>	<b>27 (27,6 %)</b>	<b>126 (27,8 %)</b>
Plaintes de l'UE contre d'autres membres	33 (15,1 %)	12 (8,8 %)	10 (10,2 %)	55 (12,1 %)
Plaintes des États-Unis contre d'autres membres	44 (20,1 %)	10 (7,3 %)	17 (17,3 %)	71 (15,6 %)
<b>Affaires engagées par d'autres membres</b>	<b>47 (21,5 %)</b>	<b>57 (40,6 %)</b>	<b>37 (37,8 %)</b>	<b>141 (31,1 %)</b>
Plaintes déposées contre l'Union européenne	19 (8,7 %)	20 (14,6 %)	15 (15,3 %)	54 (11,9 %)
Plaintes déposées contre les États-Unis	28 (12,8 %)	37 (26,0 %)	22 (22,4 %)	87 (19,2 %)
<b>Participation de l'UE/des États-Unis en tant que tierces parties</b>	<b>18 (8,2 %)</b>	<b>16 (11,7 %)</b>	<b>15 (15,3 %)</b>	<b>49 (10,8 %)</b>
Union européenne uniquement dans des affaires ne concernant pas les États-Unis	2 (0,9 %)	1 (0,7 %)	3 (3,1 %)	6 (1,3 %)
États-Unis uniquement dans des affaires ne concernant pas l'UE	6 (2,7 %)	3 (2,2 %)	1 (1,0 %)	10 (2,2 %)
Union européenne et États-Unis ensemble	10 (4,6 %)	12 (8,8 %)	11 (11,2 %)	33 (7,3 %)
<b>Participation totale de l'UE et/ou des États-Unis</b>	<b>188 (85,8 %)</b>	<b>110 (80,3 %)</b>	<b>82 (83,6 %)</b>	<b>380 (83,7 %)</b>
En tant que plaignants et/ou défendeurs	170 (77,6 %)	94 (68,6 %)	67 (68,4 %)	331 (72,9 %)
En tant que tierces parties	18 (8,2 %)	16 (11,7 %)	15 (15,3 %)	49 (10,8 %)
<b>Affaires auxquelles ni l'UE ni les États-Unis n'ont participé</b>	<b>31 (14,2 %)</b>	<b>27 (19,7 %)</b>	<b>16 (16,3 %)</b>	<b>74 (16,3 %)</b>
<b>Total des affaires</b>	<b>219 (100,0 %)</b>	<b>137 (100,0 %)</b>	<b>98 (100,0 %)</b>	<b>454 (100,0 %)</b>

Source: Tableau établi sur la base des données consultées à l'adresse suivante: [http://www.wto.org/french/tratop\\_f/dispu\\_f/dispu\\_status\\_f.htm](http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/dispu_status_f.htm).

Note: Sur la base de l'année où une plainte formelle a été déposée. Les données concernant l'Union européenne comprennent les affaires dans lesquelles celle-ci agit collectivement ainsi que les affaires dans lesquelles des États membres de l'UE agissent individuellement en tant que défendeurs. Il n'est jamais arrivé qu'un État membre participe seul à une affaire en tant que plaignant. Certaines affaires dans lesquelles l'Union européenne et/ou les États-Unis interviennent en tant que plaignants l'un contre l'autre ou contre des tiers font aussi intervenir un ou plusieurs autres Membres de l'OMC en tant que plaignants.

Ce n'est pas parce que les affaires opposant les États-Unis et l'Union européenne sont moins nombreuses que ces deux membres sont moins actifs dans les procédures de règlement des différends. Ensemble, ils ont participé à 80 ou 85 % des affaires soumises depuis la création de l'OMC, mais avec le temps, ils ont participé de moins en moins à des affaires transatlantiques (qui représentaient 21,0 % du total entre 1995 et 2000, contre 3,1 % entre 2007 et 2012) et à des affaires contre d'autres membres (35,2 % entre 1995 et 2000, contre 27,8 % entre 2007 et 2012) pour intervenir de plus en plus en tant que tierces parties dans des différends entre d'autres membres (8,2 % entre 1995 et 2000, contre 15,5 % entre 2007 et 2012). Autre changement important, les différends transpacifiques ont pris le pas sur les différends transatlantiques. Le tournant a eu lieu en mars 2004, quand les États-Unis ont pour la première fois déposé une plainte contre la Chine. Avant cela, 17,2 % des différends portés devant l'OMC opposaient directement les États-Unis à l'Union européenne (ou

inversement). Jusqu'à la fin de 2012, les plaintes déposées par les États-Unis contre la Chine ou l'inverse (ce qui est moins courant) ont représenté 11,4 % de l'ensemble des affaires.

### *Objet des plaintes et accords visés*

Quelles sont les questions prédominantes dans les affaires de règlement des différends à l'OMC ? Comme on l'a déjà dit dans le chapitre 2, l'introduction de nouvelles questions dans le système n'a pas eu une incidence aussi grande qu'on aurait pu le penser sur les différends. Comme le montre le tableau 7.3, la grande majorité des affaires portent toujours sur les questions classiques concernant le commerce des marchandises. Plus d'un tiers des plaintes ont trait à la législation en matière de mesures correctives commerciales, un peu plus d'un quart portent sur des questions relatives au commerce des produits agricoles et un autre quart sur des questions concernant le commerce des produits non agricoles, de sorte que ces trois séries de questions ont représenté 88 % des affaires pendant les 18 premières années d'existence de l'OMC.

L'objet du litige varie en fonction du défendeur. Entre 1995 et 2012, la législation des États-Unis en matière de mesures correctives commerciales, en particulier leur loi antidumping, a été la principale source de plaintes, plus d'une affaire sur six concernant ce Membre et cette question. Venait ensuite la politique agricole de l'Union européenne. Il y avait donc une véritable continuité avec les différends de la période du GATT. La Chine n'était pas encore Membre pendant la période 1995-2000 et elle n'a participé qu'à un petit nombre de différends entre 2001 et 2006, mais elle a été souvent la cible de plaintes entre 2007 et 2012. Les plaintes déposées contre la Chine dans cette dernière période concernaient principalement le commerce des produits non agricoles, représentant un différend sur neuf soumis à l'OMC pendant la dernière période de six ans. Les « autres pays en développement », grand groupe comprenant tous les pays en développement sauf la Chine, ont été défendeurs dans un peu plus d'un tiers des affaires, différends qui portaient presque en proportions égales sur les mesures correctives commerciales, les produits agricoles et les produits non agricoles. Les défendeurs dans plus des deux cinquièmes de ces affaires étaient les quatre pays suivants : Argentine, Inde, République de Corée et Mexique.

On peut également classer les affaires en fonction des accords visés et, plus précisément, des articles de ces accords cités dans les plaintes. Les données du tableau 7.4 ne donnent qu'un aperçu de la situation d'ensemble, car elles ne portent que sur certaines des dispositions en question dans les affaires. Il est intéressant de noter que le traitement national est plus souvent invoqué que le traitement NPF, ce qui est vrai à la fois pour les marchandises (l'article III du GATT est plus cité que l'article premier) et pour les services (l'article XVII de l'AGCS est plus cité que l'article II). Ces données montrent aussi qu'il y a beaucoup plus d'affaires concernant l'accès aux marchés pour les marchandises que pour les services. Il n'est pas surprenant que la législation relative aux mesures correctives commerciales soit fréquemment à l'origine de plaintes, mais il y a en fait plus de plaintes concernant des manquements allégués dans la publication et l'application des règlements relatifs au commerce (complétant généralement des plaintes portant sur une autre question) qu'une disposition particulière de la législation en matière de mesures correctives commerciales.

**Tableau 7.3.** Différends portés devant l'OMC par objet et par défendeur, 1995-2012

	1995-2000	2001-2006	2007-2012	Total
<b>Mesures correctives commerciales et questions connexes</b>	<b>57 (26,0 %)</b>	<b>69 (50,3 %)</b>	<b>31 (31,6 %)</b>	<b>157 (34,6 %)</b>
Chine	–	0 (0,0 %)	6 (6,1 %)	6 (1,3 %)
Union européenne	3 (1,4 %)	6 (4,4 %)	4 (4,1 %)	13 (2,9 %)
États-Unis	29 (13,2 %)	37 (27,0 %)	13 (13,3 %)	79 (17,4 %)
Autres pays développés	2 (0,9 %)	2 (1,5 %)	0 (0,0 %)	4 (0,9 %)
Autres pays en développement	23 (10,5 %)	24 (17,5 %)	8 (8,2 %)	55 (12,1 %)
<b>Produits non agricoles</b>	<b>64 (29,2 %)</b>	<b>29 (21,2 %)</b>	<b>29 (39,6 %)</b>	<b>122 (26,9 %)</b>
Chine	–	4 (2,9 %)	11 (11,2 %)	15 (3,3 %)
Union européenne	10 (4,6 %)	8 (5,8 %)	5 (5,1 %)	23 (5,1 %)
États-Unis	12 (5,5 %)	4 (2,9 %)	2 (2,0 %)	18 (4,0 %)
Autres pays développés	11 (5,0 %)	2 (1,5 %)	2 (2,0 %)	15 (3,3 %)
Autres pays en développement	31 (14,2 %)	11 (8,0 %)	9 (9,2 %)	51 (11,2 %)
<b>Agricultural goods</b>	<b>58 (26,5 %)</b>	<b>37 (27,0 %)</b>	<b>26 (26,5 %)</b>	<b>121 (26,7 %)</b>
Chine	–	0 (0,0 %)	3 (3,1 %)	3 (0,7 %)
European Union	18 (8,2 %)	12 (8,8 %)	6 (6,1 %)	36 (7,9 %)
États-Unis	4 (1,8 %)	3 (2,2 %)	8 (8,2 %)	15 (3,3 %)
Autres pays développés	11 (5,0 %)	8 (5,8 %)	1 (1,0 %)	20 (4,4 %)
Autres pays en développement	25 (11,4 %)	14 (10,2 %)	8 (8,2 %)	47 (10,4 %)
<b>Intellectual property rights</b>	<b>20 (9,1 %)</b>	<b>1 (0,7 %)</b>	<b>7 (7,1 %)</b>	<b>28 (6,2 %)</b>
Chine	–	0 (0,0 %)	2 (2,0 %)	2 (0,4 %)
Union européenne	9 (4,1 %)	0 (0,0 %)	2 (2,0 %)	11 (2,4 %)
États-Unis	1 (0,5 %)	1 (0,7 %)	0 (0,0 %)	2 (0,4 %)
Autres pays développés	4 (1,8 %)	0 (0,0 %)	3 (3,1 %)	7 (1,5 %)
Autres pays en développement	6 (2,7 %)	0 (0,0 %)	0 (0,0 %)	6 (1,3 %)
<b>Services</b>	<b>7 (3,2 %)</b>	<b>1 (0,7 %)</b>	<b>4 (4,1 %)</b>	<b>12 (2,6 %)</b>
Chine	–	0 (0,0 %)	4 (4,1 %)	4 (0,9 %)
Union européenne	3 (1,4 %)	0 (0,0 %)	0 (0,0 %)	3 (0,7 %)
États-Unis	0 (0,0 %)	1 (0,7 %)	0 (0,0 %)	1 (0,2 %)
Autres pays développés	2 (0,9 %)	0 (0,0 %)	0 (0,0 %)	2 (0,4 %)
Autres pays en développement	2 (0,9 %)	0 (0,0 %)	0 (0,0 %)	2 (0,4 %)
<b>Other</b>	<b>13 (5,9 %)</b>	<b>0 (0,0 %)</b>	<b>1 (1,0 %)</b>	<b>14 (3,1 %)</b>
Chine	–	0 (0,0 %)	0 (0,0 %)	0 (0,0 %)
Union européenne	5 (2,3 %)	0 (0,0 %)	0 (0,0 %)	5 (1,1 %)
États-Unis	4 (1,8 %)	0 (0,0 %)	0 (0,0 %)	4 (0,9 %)
Autres pays développés	2 (0,9 %)	0 (0,0 %)	0 (0,0 %)	2 (0,4 %)
Autres pays en développement	2 (0,9 %)	0 (0,0 %)	1 (1,0 %)	3 (0,7 %)
<b>Total</b>	<b>219 (100,0 %)</b>	<b>137 (100,0 %)</b>	<b>98 (100,0 %)</b>	<b>454 (100,0 %)</b>
Chine	–	4 (2,9 %)	26 (26,5 %)	30 (6,6 %)
Union européenne	48 (21,9 %)	26 (19,0 %)	17 (17,3 %)	91 (20,0 %)
États-Unis	50 (22,8 %)	46 (33,6 %)	23 (23,5 %)	119 (26,2 %)
Autres pays développés	32 (14,6 %)	12 (8,8 %)	6 (6,1 %)	50 (11,0 %)
Autres pays en développement	89 (40,6 %)	49 (35,7 %)	26 (26,5 %)	164 (36,1 %)

Source: Tableau établi sur la base des données consultées à l'adresse suivante [http://www.wto.org/french/tratop\\_f/dispu\\_f/dispu\\_status\\_f.htm](http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/dispu_status_f.htm).

Note: Les données pour l'Union européenne concernent l'ensemble du groupe et ses différents États membres. Les affaires sont classées en fonction de la première catégorie dans laquelle elles apparaissent ici. Par exemple, les affaires antidumping concernant des produits agricoles sont classées ici dans la catégorie des mesures correctives commerciales et non dans celle de l'agriculture; de même, les affaires concernant les bananes sont classées parmi les différends sur l'agriculture et non sur les services.



**Tableau 7.4.** Fréquence à laquelle certaines dispositions des Accords de l'OMC sont invoquées dans les différends, 1995-2012

	1995-2000	2001-2006	2007-2012	Total
<b>Non-discrimination</b>				
Traitement national (article III du GATT)	68 (31,1 %)	41 (29,9 %)	10 (10,2 %)	149 (32,8 %)
Traitement NPF (article premier du GATT)	59 (26,9 %)	36 (26,3 %)	24 (24,5 %)	119 (26,2 %)
Services : traitement national (article XVII de l'AGCS)	9 (4,1 %)	3 (2,2 %)	6 (6,1 %)	18 (4,0 %)
Services : traitement NPF (article II de l'AGCS)	9 (4,1 %)	1 (0,7 %)	1 (1,0 %)	11 (2,4 %)
<b>Accès aux marchés et questions connexes</b>				
Restrictions quantitatives (article XI du GATT)	57 (26,0 %)	26 (19,0 %)	24 (24,5 %)	107 (23,6 %)
Liste de concessions (article II du GATT)	42 (19,2 %)	26 (19,0 %)	17 (17,3 %)	85 (18,7 %)
Agriculture : Accès aux marchés (article 4)	31 (14,2 %)	13 (9,5 %)	6 (6,1 %)	50 (11,0 %)
Licences d'importation : Licences non automatiques (article 3)	22 (10,0 %)	5 (3,6 %)	4 (4,1 %)	31 (6,8 %)
Valeur en douane (article VII du GATT)	9 (4,1 %)	3 (2,2 %)	5 (5,2 %)	17 (3,7 %)
Services : Accès aux marchés (article XVI)	7 (3,2 %)	1 (0,7 %)	6 (6,1 %)	14 (3,1 %)
<b>Législation relative aux mesures correctives commerciales et subventions</b>				
Droits antidumping et droits compensateurs (article VI du GATT)	21 (9,6 %)	44 (32,1 %)	25 (25,5 %)	90 (19,8 %)
Antidumping : Détermination de l'existence d'un dumping (article 2)	25 (11,4 %)	27 (19,7 %)	16 (16,3 %)	68 (15,0 %)
Antidumping : Éléments de preuve (article 6)	24 (11,0 %)	25 (18,2 %)	16 (16,3 %)	65 (14,3 %)
Antidumping : Engagement de la procédure et enquête (article 5)	23 (10,5 %)	26 (19,0 %)	12 (12,2 %)	61 (13,4 %)
Antidumping : Détermination de l'existence d'un dommage (article 3)	24 (11,0 %)	24 (17,5 %)	12 (12,2 %)	60 (13,2 %)
SMC : Subventions prohibées (article 3)	24 (11,0 %)	18 (13,1 %)	13 (13,3 %)	55 (12,1 %)
Antidumping : Imposition et recouvrement (article 9)	11 (5,0 %)	20 (14,6 %)	15 (15,3 %)	46 (10,1 %)
<b>Autres</b>				
Publication et application des règlements relatifs au commerce (article X du GATT)	35 (16,0 %)	37 (27,0 %)	28 (28,6 %)	100 (22,0 %)
OTC : Règlements techniques (article 2)	23 (10,5 %)	9 (6,6 %)	11 (11,2 %)	43 (9,5 %)
Mesures SPS : Droits et obligations fondamentaux (article 2)	17 (7,8 %)	12 (8,8 %)	10 (10,2 %)	39 (8,6 %)
Mesures SPS : Évaluation des risques (article 5)	17 (7,8 %)	11 (8,0 %)	10 (10,2 %)	38 (8,4 %)

Source : Tableau établi sur la base des données consultées à l'adresse suivante : [http://www.wto.org/french/tratop\\_f/dispu\\_f/dispu\\_status\\_f.htm](http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/dispu_status_f.htm).

Note : Les données pour l'Union européenne comprennent les affaires concernant l'UE dans son ensemble et celles concernant certains de ses États membres. Le tableau n'inclut aucune référence aux articles des accords relatifs à l'incorporation des engagements dans les listes et les accords, tels que l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC ou l'article 3 de l'Accord sur l'agriculture, ni aux articles qui portent sur un accord de manière générale (par exemple, l'article premier de l'Accord antidumping).

Les plaintes varient aussi en fonction du plaignant et on constate là quelques différences importantes dans l'approche adoptée par les pays développés et par les pays en développement. Bown (2009) a classé les affaires en fonction du degré d'« observabilité » de la mesure dont un plaignant allègue qu'elle est incompatible avec les règles de l'OMC, en utilisant une échelle à quatre niveaux allant des mesures les plus manifestement observables (ordonnances en matière de droits antidumping et de droits compensateurs) aux mesures les moins observables (subventions, autres mesures internes, restrictions à l'exportation). Il a constaté deux tendances intéressantes dans les données. Premièrement, l'Union européenne et les États-Unis se concentrent sur les mesures moins observables, l'essentiel des plaintes qu'ils ont déposées entre 1995 et 2008 visant des mesures dont le degré d'observabilité était faible ou moyen. Cela pourrait donner à penser que le Mémorandum d'accord était pour eux un moyen de définir la portée des engagements des pays et de résoudre les ambiguïtés dans les « zones grises ». C'est une façon d'utiliser la voie judiciaire comme complément de la négociation. En revanche, les pays en développement ont déposé davantage de plaintes concernant des mesures manifestement ou moyennement observables. Leur utilisation du Mémorandum d'accord est moins axée sur des objectifs systémiques que sur la nécessité de remédier à des problèmes particuliers dans leurs relations commerciales avec certains partenaires.

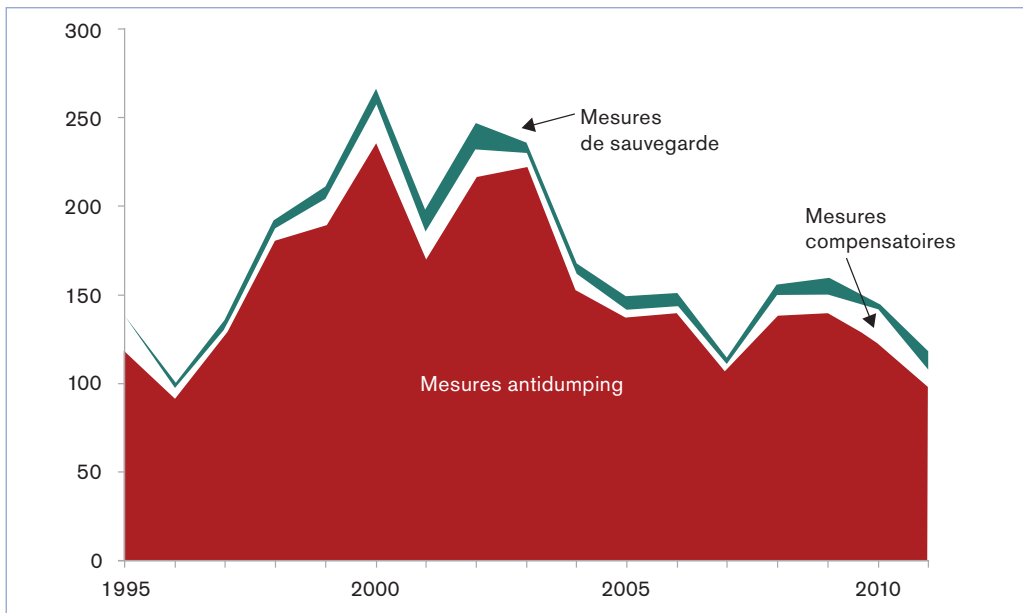
### ***Les différends relatifs aux affaires concernant des mesures correctives commerciales***

Comme on l'a dit plus haut, un tiers des différends concernent les lois en matière de droits antidumping, de droits compensateurs et de sauvegardes. Ces lois sont appelées collectivement « législation en matière de mesures correctives commerciales », mais on pourrait aussi parler de lois sur les pratiques commerciales déloyales<sup>18</sup> (expression qui a un double sens) ou de mécanismes de protection contingente. Chacune de ces mesures permet d'imposer temporairement des restrictions à l'importation : des droits antidumping peuvent être imposés pour compenser la différence entre le prix de vente des produits et leur juste valeur ; des droits compensateurs peuvent l'être pour corriger l'effet des subventions et des mesures de sauvegarde peuvent être prises pour imposer des droits de douane sur les importations qui causent un dommage grave aux branches de production nationales. Quel que soit le nom donné à ces lois, elles étaient largement utilisées par les pays développés et par certains pays en développement pour restreindre les importations à l'époque du GATT, et, à l'époque de l'OMC, elles sont employées plus souvent par les pays en développement, ce qui peut s'expliquer en partie par le fait que le Cycle d'Uruguay a restreint leur recours aux dispositions relatives à la balance des paiements figurant aux articles XII et XVIII:B du GATT.<sup>19</sup> Leur accès à ces protections étant désormais limité par les termes du Mémorandum d'accord sur les dispositions du GATT de 1994 relatives à la balance des paiements, et du fait de l'accroissement de leurs importations (en particulier en provenance d'autres pays en développement), ces pays ont recours à d'autres moyens pour faire face aux importations dommageables et prétendument déloyales. Cette évolution peut aussi être en partie le contrecoup de la libéralisation opérée par certains pays au niveau du commerce de gros (libéralisation des taux de change) et au niveau du commerce de détail (dans des secteurs auparavant soumis à des restrictions).

Le nombre de différends résultant de l'imposition de mesures correctives commerciales est généralement en rapport avec le recours effectif à ces lois. D'après les données du tableau 7.3, le nombre de différends de ce type à l'OMC est passé de 57 entre 1995 et 2000 à 69 entre 2001 et 2006, puis il est tombé à 31 entre 2007 et 2012. On observe à peu près la même évolution dans la figure 7.2. Pour les trois types de mesures pris ensemble, les Membres de l'OMC ont engagé une action, en moyenne, 155,4 fois par an entre 1995 et 1999, cette fréquence atteignant 223,4 fois par an entre 2000 et 2004 (soit une augmentation de 43,8 %), et 146,2 fois par mois entre 2005 et 2009 (soit 5,9 % de moins que le niveau de 1995 à 1999). Cette augmentation suivie d'une diminution est une tendance qui vaut pour les trois types de mesures. Les données confirment donc ce que chacun avait pressenti, à savoir que les activités de l'ORD reflètent ce qui se passe dans le monde extérieur.

Il est intéressant mais plus difficile de déterminer si cette diminution parallèle indique l'existence d'un lien de causalité dans un sens ou dans l'autre. Autrement dit, y a-t-il moins de plaintes auprès de l'ORD parce que le nombre de mesures correctives commerciales est en baisse, ou bien ces mesures sont-elles moins nombreuses en raison des décisions rendues par l'ORD ? Nous ne pouvons pas nous étendre ici sur cette question, mais les statistiques descriptives présentées ci-après permettent de penser raisonnablement que le recours au Mémorandum d'accord a limité les actions en matière de sauvegardes, en particulier de la

**Figure 7.2.** Mesures prises par les Membres de l'OMC en vertu de la législation en matière de mesures correctives commerciales, 1995-2011



Source: Calculs effectués sur la base des données de l'OMC disponibles aux adresses suivantes : [www.wto.org/english/tratop\\_e/adp\\_e/AD\\_MeasuresByRepMem.xls](http://www.wto.org/english/tratop_e/adp_e/AD_MeasuresByRepMem.xls) (antidumping), [http://www.wto.org/french/tratop\\_f/scm\\_f/scm\\_f.htm](http://www.wto.org/french/tratop_f/scm_f/scm_f.htm) (droits compensateurs) et [www.wto.org/english/tratop\\_e/safeg\\_e/SG-Measures\\_By\\_Reporting\\_Member.xls](http://www.wto.org/english/tratop_e/safeg_e/SG-Measures_By_Reporting_Member.xls) (sauvegardes).

part des pays développés. Toutefois, dans le cas de la législation en matière de droits antidumping et de droits compensateurs, les données semblent indiquer que c'est le recours à ces lois qui détermine le nombre de différends et non l'inverse.

### *Législation en matière de droits antidumping et de droits compensateurs*

Les droits antidumping sont de loin la mesure corrective commerciale la plus utilisée, tant par les pays développés que par les pays en développement. Les données de l'Appendice 3 résument l'utilisation de ces droits par onze Membres de l'OMC à la fin de la période du GATT et pendant la période de l'OMC. On voit que ces pays ont imposé à peu près le même nombre de droits antidumping pendant les deux périodes. Si l'on fait abstraction de la Chine, qui n'avait même pas de législation antidumping avant 1997, les pays mentionnés dans le tableau ont engagé une action 98,5 fois par an entre 1989 et 1994 et 98,6 fois par an entre 1995 et 2010. Avec la Chine, la fréquence pendant la période de l'OMC atteint 107,7 fois par an. Cependant, la répartition des actions a considérablement changé : les quatre pays développés qui, à la fin de la période du GATT, imposaient 89,8 % des droits, n'en imposaient plus que 38,7 % pendant la période de l'OMC. Tous les pays développés mentionnés dans le tableau ont enregistré une diminution du nombre annuel de dossiers et d'ordonnances antidumping. Dans le cas de l'Union européenne, par exemple, le nombre de dossiers déposés est passé de 36,7 par an entre 1989 et 1994 à 26 entre 1995 et 2010, le nombre d'ordonnances est tombé de 20,7 à 15,4 dans les mêmes périodes. Il y eu aussi une diminution de ces deux chiffres en Australie, au Canada et aux États-Unis. C'est aussi le cas pour le Mexique, mais c'est l'exception qui confirme la règle : le nombre de dossiers déposés et (dans la plupart des cas) d'ordonnances a augmenté dans tous les autres pays en développement.

Cette augmentation a été particulièrement importante en Chine et en Inde. Après avoir adopté sa première loi antidumping en 1997, la Chine est devenue le cinquième utilisateur de ce mécanisme dans la période de l'OMC. L'Inde, qui était l'un des pays qui utilisaient le moins la législation antidumping dans les dernières années de la période du GATT, est devenue l'utilisateur le plus fréquent dans la période de l'OMC. De l'avis de Stuart Harbinson, il était « tout à fait prévisible » que les pays en développement utiliseraient de plus en plus la législation antidumping. M. Harbinson était chargé des négociations sur l'antidumping pour le compte de Hong Kong lors du Cycle d'Uruguay, au cours duquel les pays développés avaient choisi cette option pour eux-mêmes – et donc pour tout le monde – tout en limitant l'utilisation des autres mécanismes de protection privilégiés jusque-là par les pays en développement. « Les pays développés qui utilisaient des mesures antidumping avaient engagé une série d'actions concertées à l'encontre des économies émergentes, et ces dernières en avaient tiré la leçon. Mais les premiers refusaient toujours d'admettre qu'une profonde réforme était nécessaire. »<sup>20</sup> Cela a abouti moins à la suppression des initiatives protectionnistes qu'à leur réorientation.

Les données brutes donnent une idée assez confuse de l'effet des accords du Cycle d'Uruguay sur le recours des pays à la législation antidumping. Il se peut que les disciplines imposées par l'Accord antidumping (appelé formellement Accord sur la mise en œuvre de

l'article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994) expliquent en partie l'utilisation moins fréquente de cette législation par les pays développés. L'interdiction des mesures d'autolimitation des exportations prévue dans l'Accord sur les sauvegardes a peut-être aussi réduit indirectement l'activité antidumping aux États-Unis dans la mesure où elle empêche d'utiliser la tactique auparavant privilégiée consistant à inonder le système de requêtes en matière de droits antidumping ou de droits compensateurs pour obliger les enquêteurs surchargés à demander plutôt des mesures d'autolimitation des exportations. Cependant, dans le cas des pays en développement, la réforme des dispositions relatives à la balance des paiements a peut-être eu pour effet imprévu (pour les raisons examinées plus haut) d'encourager le recours à la législation antidumping. Il convient également de souligner que, quels qu'aient pu être les autres effets de l'Accord antidumping, le fait est que les requérants ont eu davantage gain de cause après le Cycle d'Uruguay qu'avant. Les données montrent que, en moyenne, moins de la moitié (47,1 %) des requêtes antidumping déposées à la fin de la période du GATT ont abouti à l'imposition d'ordonnances, alors que plus des trois cinquièmes (62,7 %) ont abouti à ce résultat entre 1995 et 2010. Le taux a augmenté aussi bien dans les pays développés que dans les pays en développement.

Aux fins de la présente analyse, les statistiques les plus intéressantes dans le tableau sont celles qui concernent la part des ordonnances antidumping qui ont été contestées au titre du Mémorandum d'accord. Bien que les mesures correctives commerciales constituent la principale cause de plaintes, dans la période de l'OMC, seulement 3,9 % des ordonnances antidumping imposées par ces dix membres ont été contestées de cette manière. Cela représente certes une augmentation considérable par rapport à la fin de la période du GATT, où seulement 0,8 % de ces ordonnances ont été contestées, mais cela signifie aussi qu'un requérant ayant obtenu l'imposition de mesures en vertu de l'une de ces lois avait moins d'une chance sur 25 d'être confronté au coût supplémentaire et à l'incertitude qu'implique le fait de devoir plaider sa cause auprès de l'ORD (ou de compter sur le gouvernement pour le faire).<sup>25</sup> Cette statistique met en doute l'idée que les nouvelles règles en matière de règlement des différends ont pu limiter les actions au titre de la législation antidumping.

Il faut nuancer davantage cette observation dans le cas des États-Unis, et ce pour deux raisons. Premièrement, les ordonnances antidumping imposées par les États-Unis sont beaucoup plus souvent contestées. Alors que seulement 1,4 % de ces ordonnances avaient fait l'objet d'une procédure de règlement des différends à la fin de la période du GATT, ce pourcentage a été exactement multiplié par dix au cours de la période de l'OMC. Deuxièmement, certaines des constatations formulées dans des procédures de règlement des différends à l'OMC ont conduit à d'importantes modifications dans la législation des États-Unis en matière de mesures correctives commerciales. Par exemple, l'Amendement Byrd, Loi de 2000 qui affectait à la branche de production lésée les recettes provenant des droits antidumping et des droits compensateurs, et qui incitait donc à demander l'imposition de tels droits, a été jugée contraire aux règles de l'OMC par un groupe spécial en septembre 2002. Bien que le Congrès des États-Unis n'ait abrogé cet amendement qu'en février 2006 (et encore, l'Amendement Byrd est-il resté en vigueur jusqu'au

1<sup>er</sup> octobre 2007), cette décision a démontré que l'OMC avait un droit de regard sur les arrangements du Congrès avec la législation en matière de mesures correctives commerciales. La même observation peut être faite au sujet d'une autre décision, rendue en avril 2004, concernant la pratique de la « réduction à zéro » des États-Unis, consistant à éliminer les marges de dumping négatives du calcul du dumping. Une fois encore, les États-Unis ont mis des années pour se mettre en conformité avec cette décision. Le Département du commerce a annoncé en février 2012 qu'il allait généralement mettre fin à la pratique de la réduction à zéro non seulement pour les enquêtes antidumping, mais aussi dans les réexamens administratifs des ordonnances existantes.

Le bilan est donc assez mitigé. Dans le cas des États-Unis, on pourrait dire que la corrélation est à double sens : il y a moins de procédures de règlement des différends parce qu'il y a moins de requêtes et d'ordonnances antidumping, et il y a peut-être moins de requêtes parce que les décisions rendues par l'ORD dans certaines affaires importantes ont obligé les États-Unis à modifier leur législation. Toutefois, pour les Membres de l'OMC dans leur ensemble, les données indiquent que les demandes des requérants aboutissent plus souvent, qu'il n'y a pas de réduction nette du nombre d'ordonnances antidumping imposées et que ces ordonnances sont peu contestées devant l'ORD. Le nombre d'actions antidumping a reculé après 2003, et donc le nombre d'affaires soumises à l'ORD, mais on ne peut pas vraiment dire que les accords du Cycle d'Uruguay ont eu pour effet net d'éliminer le recours à la législation antidumping.

Les lois en matière de droits compensateurs n'ont pas autant d'effets que les lois antidumping. Le nombre moyen d'ordonnances en matière de droits compensateurs imposées par les neuf Membres de l'OMC mentionnés dans le tableau 7.5 était de 8,1 par an, ce qui est bien en deçà du niveau des actions antidumping. Malheureusement, les données concernant ces lois sont beaucoup moins complètes que celles concernant les lois antidumping, de sorte qu'il est difficile de faire le même type de comparaisons. Il faut cependant noter que les pays utilisent moins la législation en matière de droits compensateurs, mais quand ils le font, leur action a plus de chances d'être contestée au titre du Mémoire d'accord. Un bon cinquième des ordonnances imposées par ces pays ont fait l'objet d'un différend. On pourrait penser que cela est dû au fait que les ordonnances en matière de droits compensateurs visent les pratiques commerciales déloyales des gouvernements et non celles des entreprises comme c'est le cas dans les affaires antidumping. Ce sont les États-Unis qui ont le plus recours à cette législation, représentant près de la moitié (47,7 %) des affaires, et plus du quart de leurs ordonnances en matière de droits compensateurs ont été contestées. Les observations faites plus haut au sujet de l'incidence des accords du Cycle d'Uruguay et du Mémoire d'accord sur l'activité antidumping des États-Unis s'appliquent aussi généralement, *mutatis mutandis*, à la législation en matière de droits compensateurs.

**Tableau 7.5.** Utilisation des droits compensateurs par certains membres et différends y relatifs portés devant l'OMC, 1995-2011

	Actions engagées	Ordonnances imposées	Actions ayant abouti à des ordonnances (%)	Contestations à l'OMC	Ordonnances contestées (%)
Argentine	3	3	100,0	2	66,7
Australie	13	4	30,8	0	0,0
Brésil	3	2	66,7	2	100,0
Canada	25	17	68,0	0	0,0
Chili	6	2	33,3	0	0,0
Chine	4	4	100,0	2	50,0
Union européenne	57	30	52,6	2	6,7
Afrique du Sud	13	5	38,5	0	0,0
États-Unis	113	63	55,8	18	28,6
<b>Total</b>	<b>237</b>	<b>130</b>	<b>54,9</b>	<b>26</b>	<b>20,0</b>
<b>Moyenne annuelle</b>	<b>14,8</b>	<b>8,1</b>		<b>1,6</b>	

Source: Chad P. Bown «Global Antidumping Database», disponible à l'adresse: <http://econ.worldbank.org/ttbd/gad/>; les renseignements sur les affaires portées devant l'OMC sont tirés de Chad P. Bown, à l'adresse: <http://econ.worldbank.org/ttbd/dsud/>.

Note: Sur la base de l'année où une plainte formelle a été déposée. L'année 1995 a été choisie comme année de départ pour des raisons de disponibilité et de cohérence des données concernant les principaux utilisateurs mentionnés.

### Sauvegardes

Les sauvegardes sont la mesure corrective commerciale qui semble avoir été le plus affectée par les accords du Cycle d'Uruguay et le Mémoire d'accord. Cela est vrai, au moins, en ce qui concerne l'invocation de la législation en matière de sauvegardes par les pays développés, pratique qui a presque disparu depuis le début de la période de l'OMC. L'explication est simple: les plaintes contre l'utilisation de cette législation ont toujours abouti au point que les requérants potentiels des pays développés ne voient guère d'intérêt à utiliser cette option.

Il faut faire ici une distinction essentielle entre les pays développés et les pays en développement, car, dans chaque cas, le niveau de contestation est très différent. Comme le montrent les données du tableau 7.6, depuis la création de l'OMC, des actions en matière de sauvegardes ont été engagées dans les quatre pays de la Quadrilatérale, mais elles n'ont abouti à l'imposition effective de restrictions à l'importation que dans l'Union européenne et aux États-Unis. Sur les neuf mesures de sauvegarde prises par l'UE et par les États-Unis, huit ont été contestées avec succès devant l'ORD. Cela a mis fin, de fait, à un instrument qui faisait partie du droit commercial des États-Unis depuis 1942, année où il a été inscrit pour la première fois dans un accord bilatéral avec le Mexique, avant d'être intégré directement dans la législation des États-Unis et dans le GATT. Les États-Unis ont invoqué cette législation sur les sauvegardes pour la dernière fois en 2001, lorsque l'administration Bush l'a utilisée pour restreindre les importations d'acier. Quinze autres Membres de l'OMC ont contesté ces restrictions dans huit plaintes distinctes, et depuis que le Groupe spécial et l'Organe d'appel ont donné tort aux États-Unis dans l'affaire conjointe *États-Unis – Mesures de sauvegarde définitives à l'importation de certains produits en acier*, aucune demande de sauvegardes n'a été déposée dans le pays.

**Tableau 7.6.** Utilisation des lois générales en matière de sauvegardes par certains membres et différends y relatifs portés à l'OMC, 1995-2012

	Actions engagées	Sauvegardes imposées	Actions ayant abouti à des sauvegardes (%)	Contestations à l'OMC	Sauvegardes contestées (%)
<b>Quadrilatérale</b>	<b>21</b>	<b>9</b>	<b>42,9</b>	<b>8</b>	<b>88,9</b>
États-Unis	10	6	60,0	5	83,3
Union européenne	5	3	60,0	3	100,0
Canada	3	0	0,0	0	—
Japon	3	0	0,0	0	—
<b>Tous les autres membres</b>	<b>219</b>	<b>105</b>	<b>47,9</b>	<b>12</b>	<b>11,4</b>
Inde	28	12	42,9	0	0,0
Indonésie	18	10	55,6	0	0,0
Jordanie	16	7	43,8	0	0,0
Turquie	16	13	81,3	1	7,7
Chili	13	7	53,8	5	71,4
République tchèque	9	5	55,6	0	0,0
Philippines	9	7	77,8	0	0,0
Ukraine	9	2	22,2	0	0,0
Venezuela, République bolivarienne du	9	0	0,0	0	—
Reste du monde	92	42	45,7	6	14,3
<b>Total</b>	<b>240</b>	<b>114</b>	<b>47,5</b>	<b>20</b>	<b>17,5</b>

Source: Données sur les actions en matière de sauvegardes tirées de «<http://econ.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/EXTDEC/EXTRESEARCH/0,,contentMDK:22574935~pagePK:64214825~piPK:64214943~theSitePK:469382,00.html>»; données sur les affaires portées devant l'OMC obtenues à l'adresse suivante: [http://www.wto.org/french/tratop\\_f/dispu\\_f/dispu\\_status\\_f.htm](http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/dispu_status_f.htm).

Note: Sur la base de l'année où une plainte formelle a été déposée.

Alors que les mesures de sauvegarde des pays de la Quadrilatérale sont presque toujours contestées, les pays en développement et les petits pays développés ont généralement pu utiliser ce mécanisme en toute impunité. Le tableau 7.6 montre que, dans seulement un cas sur dix (11,4 %), les mesures de sauvegarde imposées par des pays autres que ceux de la Quadrilatérale ont fait l'objet d'une plainte devant l'ORD. Les juristes spécialistes du droit commercial semblent s'accorder à penser que les groupes spéciaux interprètent l'Accord sur les sauvegardes d'une manière qui rend pratiquement impossible l'utilisation de ce mécanisme, sauf dans les cas où les pays concernés décident de ne pas porter plainte.

Outre ces cas généraux concernant les sauvegardes, onze Membres de l'OMC ont engagé chacun au moins une procédure, entre 2001 et 2012, au titre d'un mécanisme de sauvegarde spéciale qui s'applique aux importations en provenance de Chine. Seuls quatre d'entre eux<sup>21</sup> semblent être allés jusqu'au bout de la procédure, c'est-à-dire jusqu'aux déterminations positives finales de l'existence d'un dommage: la République dominicaine (concernant les cuvettes d'aisance et les lavabos), l'Inde (concernant le carbonate de soude et les produits laminés plats en aluminium et les feuilles et bandes minces en aluminium), la Turquie (concernant le verre flotté) et les États-Unis (concernant les pneumatiques). La Chine a saisi l'ORD uniquement pour la dernière de ces



affaires, dans laquelle le Groupe spécial et l'Organe d'appel ont tous deux rejeté les allégations de la Chine contre les États-Unis. La sauvegarde spéciale pour la Chine est donc une exception à la règle générale de l'abandon des sauvegardes, mais elle est limitée dans le temps. Il est en effet indiqué dans les modalités d'accèsion de la Chine que ce mécanisme ne doit durer que 12 ans, ce qui veut dire qu'il a cessé de s'appliquer à la fin de 2013.

## Composition des groupes spéciaux de règlement des différends et de l'Organe d'appel

Comme ce sont les juges qui disent le droit, il faut savoir qui sont les membres des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel. Les membres des groupes spéciaux sont habituellement choisis sur une liste tenue par le Secrétariat mais, si les parties ne parviennent pas à s'entendre sur la composition du groupe spécial dans un délai de 20 jours, l'une ou l'autre des parties peut demander au Directeur général de désigner ses membres. Entre 1995 et 2012, 245 personnes ont siégé dans des groupes spéciaux, souvent dans 2 affaires ou plus. Ces personnes étaient originaires de 61 pays différents, dont beaucoup n'en ont fourni que 1 ou 2, alors que d'autres en ont fourni jusqu'à 12 (Chili), 15 (Suisse), 16 (Australie), voire 20 (Canada et Nouvelle-Zélande).

Toutefois, ces contributions ne se font pas au hasard et elles sont fortement influencées par deux facteurs déterminants. Le premier est une simple considération d'ordre pratique : comme il faut éviter toute influence indue, les membres des groupes spéciaux ne viennent jamais de pays qui sont parties à un différend. La fréquence à laquelle un Membre de l'OMC est partie à un différend est inversement proportionnelle à la participation de ses ressortissants à des groupes spéciaux.<sup>22</sup> L'Union européenne est souvent partie plaignante ou défenderesse et, quand elle ne participe pas directement, elle peut le faire en tant que tierce partie (voir le tableau 7.2). De ce fait, il est rare que ses ressortissants siègent dans des groupes spéciaux. Entre 1995 et 2012, il n'y a eu qu'un membre de groupe spécial originaire : d'Allemagne, d'Autriche, de France, des Pays-Bas et du Portugal. Seuls quelques autres États membres de l'UE ont été plus représentés (1,6 % pour la Suède, 1,0 % pour la Belgique et 0,4 % pour l'Italie), et plusieurs autres États membres n'ont jamais été représentés dans des groupes spéciaux. Le Royaume-Uni et l'Irlande font en partie exception à la règle générale qui veut que les ressortissants de l'UE soient absents des groupes spéciaux, avec, respectivement, 1,4 % et 0,6 % des membres de groupes spéciaux. Ces pays sont d'ailleurs les deux seuls pays de *common law* de l'Union européenne. L'autre facteur déterminant, indiqué par le fait que de nombreux membres de groupes spéciaux sont originaires de trois anciennes colonies britanniques, est la tendance manifeste à privilégier une tradition juridique particulière. Ces deux facteurs ont façonné un système que l'on peut décrire, au risque d'exagérer un peu, comme un système dans lequel des juristes venant de pays de taille moyenne dont le droit est hérité de Rome, de Paris et, surtout de Londres, rendent des jugements concernant l'Union européenne et d'autres membres importants d'Amérique du Nord et d'Asie.

Les règles qui président au choix des membres des groupes spéciaux semblent privilégier ceux qui viennent de pays dans lesquels prévaut la *common law* britannique. Ce point ressort

clairement des données du tableau 7.7. Treize des Membres de l'OMC, dont des ressortissants ont siégé dans des groupes spéciaux, sont des pays de *common law*. Bien qu'ils représentent moins du douzième de l'ensemble des Membres de l'OMC, ces 13 pays ont fourni près des deux cinquièmes des membres des groupes spéciaux. Cette disparité est encore plus marquée si l'on considère six d'entre eux, dont trois pays développés (Australie, Canada et Nouvelle-Zélande) et deux économies en développement (Hong Kong, Chine; et Inde). Ces cinq membres, qui représentent ensemble tout juste 3,2 % des Membres de l'OMC, ont fourni 28,3 % des membres des groupes spéciaux entre 1995 et 2012. Ou, si l'on se concentre uniquement sur le pays d'où est venu le plus grand nombre de membres des groupes spéciaux, près d'un groupe spécial sur dix a inclus un ressortissant néozélandais, assez souvent en qualité de président. Pendant cette période, 20 néozélandais ont siégé dans des groupes spéciaux, dont 1 (Crawford Falconer; voir l'appendice biographique, page 611) 13 fois. Huit d'entre eux ont présidé au moins un groupe spécial et, ensemble, 20 membres ont présidé pas moins de 18 des 44 groupes spéciaux dans lesquels ils ont siégé entre 1995 et 2012.

Comment expliquer cette disparité? On peut d'abord considérer la liste des personnes parmi lesquelles les membres des groupes spéciaux sont choisis. L'appendice biographique du présent ouvrage peut être utile à cet égard car, bien qu'il ne porte pas expressément sur les membres des groupes spéciaux, il donne une idée des personnes qui sont importantes dans le système commercial multilatéral et qui peuvent, par conséquent, être appelées à siéger dans un groupe spécial. Il est intéressant de noter que, parmi les 93 personnes qui sont mentionnées dans l'appendice avec les détails de leur formation, beaucoup ont étudié en Amérique du Nord ou au Royaume-Uni, et nombre d'entre elles y ont étudié le droit. Cinq sont diplômées de la faculté de droit de Harvard, cinq de celle de l'Université du Michigan, trois de la faculté de droit de Georgetown<sup>23</sup> et onze d'autres facultés de droit américaines. Deux ont étudié le droit dans une université britannique et une au Canada. Au total, 29,0% des personnalités dans ce domaine ont étudié le droit en Amérique du Nord ou au Royaume-Uni. Le tableau est un peu différent si l'on ne prend pas en compte les ressortissants du Canada, du Royaume-Uni et des États-Unis. Sur les 66 personnes venant d'autres pays pour lesquelles on dispose de renseignements, 13 (19,7%) ont étudié le droit dans l'un de ces 3 pays et 23 (34,8%) ont étudié une autre matière dans une université nord-américaine ou britannique. Au total, 37 des 93 personnes (39,8%) ont fait des études aux États-Unis, 19 (20,4%) au Royaume-Uni et 3 (3,2%) au Canada, de sorte que presque 3 personnalités de l'OMC sur 4 ont étudié dans l'un de ces 3 pays. En somme, la formation des dirigeants du GATT et de l'OMC reflète toujours les origines anglo-américaines du système.

Cela ressort aussi de l'examen du personnel clé des sections juridiques du Secrétariat de l'OMC. Sur les quatre personnes qui ont dirigé la Division des affaires juridiques entre 1995 et 2012, trois étaient de nationalité canadienne ou américaine. De même, deux des trois directeurs du secrétariat de l'Organe d'appel étaient d'origine canadienne. Ces deux postes de directeurs ont été occupés par des Nord-Américains pendant la période de 1995 à 2012. Plus de la moitié des membres des groupes spéciaux venaient de pays de droit civil (ou droit codifié). Les pays d'Amérique latine ont été particulièrement bien représentés, avec près d'un quart des membres de groupes spéciaux (24,3%) entre 1995 et 2012 et près de la moitié (44,5%) des membres de groupes spéciaux venant de pays sans système de *common law*.

**Tableau 7.7.** Nationalité des membres des groupes spéciaux de l'OMC, 1995-2012, en %

	1995-2000	2001-2006	2007-2012	Total
<b>Systèmes juridiques de <i>common law</i></b>	<b>37,4</b>	<b>41,1</b>	<b>34,8</b>	<b>38,3</b>
Nouvelle-Zélande	10,6	8,3	6,7	9,1
Australie	6,9	8,9	4,5	7,2
Canada	6,0	2,8	12,4	6,0
Inde	2,8	5,0	0,0	3,1
Hong Kong, Chine	5,1	1,7	0,0	2,9
Autres pays en développement	2,3	7,2	11,2	5,7
Autres pays développés	3,7	7,2	0,0	4,3
<b>Systèmes juridiques pluralistes</b>	<b>9,6</b>	<b>9,5</b>	<b>15,7</b>	<b>10,7</b>
Afrique du Sud	4,1	5,6	5,6	4,9
Autres pays en développement	5,5	3,9	10,1	5,8
<b>Droit ou autres systèmes juridiques</b>	<b>56,9</b>	<b>49,4</b>	<b>49,5</b>	<b>51,0</b>
Amérique latine	16,5	30,6	30,4	24,3
<i>Chili</i>	3,2	5,6	4,5	4,3
<i>Brésil</i>	5,5	2,8	3,4	4,1
<i>Autres pays d'Amérique latine</i>	7,8	22,2	22,5	15,9
Suisse	9,7	3,9	7,9	7,2
Autres pays développés	21,6	10,0	5,6	13,9
Autres pays en développement	6,2	4,9	5,6	5,6
<b>Total</b>	<b>100,0</b>	<b>100,0</b>	<b>100,0</b>	<b>100,0</b>
<i>Pour mémoire :</i>				
<i>Ensemble des pays en développement</i>	42,7	58,9	62,9	52,4
<i>Ensemble des pays développés</i>	57,3	41,1	37,1	47,6

Source: Secrétariat de l'OMC.

Note: Pourcentage des membres des groupes spéciaux jusqu'en septembre 2012 par pays d'origine; les membres sont comptabilisés pour chaque groupe spécial auquel ils ont participé. Les autres pays en développement ayant un système de *common law* représentés dans les groupes spéciaux sont le Bangladesh, la Jamaïque, la Malaisie, le Pakistan et Singapour. Les autres pays développés ayant un système de *common law* représentés dans les groupes spéciaux sont les États-Unis, l'Irlande et le Royaume-Uni. Les autres pays en développement ayant un système juridique pluraliste représentés dans les groupes spéciaux sont Israël, les Philippines et la Thaïlande. Les autres pays d'Amérique latine représentés dans les groupes spéciaux sont l'Argentine, la Colombie, le Costa Rica, l'Équateur, le Mexique, le Panama, le Pérou, la République bolivarienne du Venezuela et l'Uruguay. Les autres pays développés ayant un système de droit civil ou un autre système juridique représentés dans les groupes spéciaux sont les suivants: Allemagne, Autriche, Belgique, Bulgarie, Finlande, France, Hongrie, Islande, Italie, Japon, Norvège, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République tchèque, Slovaquie et Suède. Les autres pays en développement ayant un système de droit civil ou un autre système juridique représentés dans les groupes spéciaux sont les suivants: Chine, Égypte, Indonésie, Maroc, Maurice, République de Corée, Taipei chinois et Zambie.

Les autres membres des groupes spéciaux étaient, pour la plupart, originaires de pays européens qui n'étaient pas, ou pas encore, membres de l'Union européenne au moment où ils ont exercé leurs fonctions. La Suisse est à cet égard le pays non membre de l'UE qui est le plus représenté, avec 7,2% des membres de groupes spéciaux. On peut raisonnablement penser que la proximité est l'un des facteurs expliquant la forte participation de juristes suisses. Parmi les autres pays non membres de l'UE qui ont été assez bien représentés au sein des groupes spéciaux, figurent la Norvège (1,8%) et l'Islande (0,6%). Plusieurs membres

de groupes spéciaux étaient originaires de pays qui étaient en cours d'adhésion à l'Union européenne, mais qui n'ont pour ainsi dire plus été représentés au sein des groupes spéciaux après leur adhésion. Entre 1995 et 2000, par exemple, il y a eu plusieurs membres venus de la République tchèque (3,7 % du total des membres ayant siégé pendant cette période) et de Pologne (2,8 %). Ces deux pays ont adhéré à l'Union européenne en 2004 et, entre 2007 et 2012, ils n'ont plus envoyé de membres de groupes spéciaux. Le schéma est le même avant et après l'adhésion de la Bulgarie, de la Hongrie et de la Slovaquie.

Les données concernant les membres de l'Organe d'appel montrent que la surreprésentation des pays de *common law* n'est pas aussi marquée à ce niveau. Comme l'indique le tableau 7.8, moins du tiers des membres de l'Organe d'appel entre 1995 et 2012 venaient de pays de *common law*. Le lien est quelque peu atténué par la règle voulant que les membres de l'Organe d'appel n'aient « aucune attache avec une administration nationale », même si la composition de l'Organe d'appel doit être « dans l'ensemble, représentative de celle de l'OMC » (article 17 :1 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends). Ce qui est peut-être plus significatif, c'est que, de par leur formation, les membres de l'Organe d'appel ont pu introduire indirectement des concepts de *common law*. Sur les 20 membres de l'Organe d'appel pour lesquels ces renseignements sont disponibles, pas moins de 15 ont obtenu un diplôme ou (dans un cas) fait de la recherche dans une faculté de droit américaine, et 2 autres étaient titulaires d'un diplôme de droit d'une université britannique. Au total, 85,0 % des membres de l'Organe d'appel pour lesquels on dispose de renseignements ont étudié le droit dans l'un des deux grands pays de *common law*. Mais plusieurs l'ont fait à la fin de leur formation juridique, ce qui n'a peut-être pas eu le même impact que leurs études initiales.

Tout cela amène à se demander si ces différences de tradition juridique ont vraiment une incidence ? Un membre d'un groupe spécial ou de l'Organe d'appel venant d'un pays de *common law* aura-t-il une approche des questions soulevées, des lois (nationales et internationales) et des implications de ses décisions différente de celle d'un membre d'un pays de droit civil ? Au moins un observateur du processus a estimé que c'était le cas à la fin de la période du GATT. Plank (1987 : 81) a examiné en quoi les origines différentes des membres des groupes spéciaux pouvaient influencer leur approche des affaires particulières et du système dans son ensemble :

Certains ont une approche plus « expansionniste » dans leur interprétation du droit. Considérant les objectifs généraux des dispositions spécifiques du GATT, et l'évolution de sa jurisprudence, ils cherchent à adapter les dispositions, en cas de besoin, aux nouvelles circonstances de manière à favoriser la création d'échanges et l'élimination des mesures ayant des effets de distorsion des échanges. D'autres ont une approche plus « strictement constructionniste », examinant avec soin le libellé précis de l'Accord général. En cas d'ambiguïté, ils estiment que la jurisprudence n'a pas à se substituer au travail des rédacteurs.

On peut supposer que les membres des groupes spéciaux venant de pays de droit civil ont davantage tendance à se concentrer sur les termes spécifiques des lois et des accords visés

**Tableau 7.8.** Nationalité des membres de l'Organe d'appel, 1995-2012

	Nombre	Part (%)
<b>Ressortissants de pays de <i>common law</i></b>	<b>12</b>	<b>30.8</b>
États-Unis	5	12.8
Inde	3	7.7
Australie	2	5.1
Nouvelle-Zélande	2	5.1
<b>Ressortissants de pays ayant un système juridique pluraliste</b>	<b>5</b>	<b>12.8</b>
Philippines	3	7.7
Afrique du Sud	2	5.1
<b>Ressortissants de pays dotés de droit civil</b>	<b>22</b>	<b>56.4</b>
Japon	5	12.8
Égypte	4	10.3
Brésil	2	5.1
Chine	2	5.1
Allemagne	2	5.1
Italie	2	5.1
Uruguay	2	5.1
Belgique	1	2.6
Corée, République de	1	2.6
Mexique	1	2.6
<b>Total</b>	<b>39</b>	<b>100.0</b>
<i>Pour mémoire :</i>		
<i>Ensemble des pays en développement</i>	20	51.3
<i>Ensemble des pays développés</i>	19	48.7

Source: Tableau établi sur la base des données disponibles à l'adresse suivante : [http://www.wto.org/french/tratop\\_f/dispu\\_f/ab\\_members\\_descrp\\_f.htm](http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/ab_members_descrp_f.htm).

Note: Le nombre de membres de l'Organe d'appel correspond au nombre de mandats.

dans un différend, alors que ceux qui viennent de pays de *common law* ou qui y ont étudié sont peut-être plus enclins à compléter, voire à remplacer, cet aspect de leurs délibérations par un examen des précédents établis dans d'autres affaires examinées par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel. Pour dire les choses simplement, un membre d'un groupe spécial ou de l'Organe d'appel qui se place du point de vue de la *common law* peut être plus prédisposé à examiner comment une décision peut contribuer, ou nuire, à la réalisation des objectifs plus généraux du système commercial multilatéral. On ne peut cependant citer aucune preuve concrète pour étayer ou réfuter cette hypothèse. Les délibérations des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel étant hautement confidentielles, il n'est pas possible d'obtenir des juristes des renseignements suffisamment détaillés pour déterminer si ceux qui viennent de tel ou tel groupe de pays ont une approche différente des affaires.

Plusieurs éléments viennent aussi contredire l'affirmation selon laquelle les traditions juridiques des membres des groupes spéciaux peuvent influencer leurs délibérations et leurs conclusions. Tout d'abord, les membres des groupes spéciaux ne sont pas tous des juristes,

ce qui signifie qu'ils ne sont pas tous influencés par ces différentes traditions juridiques. En outre, le fonctionnement des groupes spéciaux de l'OMC n'obéit pas aux mêmes règles que celui des groupes spéciaux du GATT, de sorte que les observations faites par Plank en 1987 ont peut-être plus une valeur historique qu'une valeur actuelle. D'après l'article 3:2 du Mémorandum d'accord, « [l]e système de règlement des différends de l'OMC est un élément essentiel pour assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral », et il « a pour objet ... de clarifier les dispositions existantes [des] accords [de l'OMC] conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public ». Pour certains juristes, ces termes justifient expressément que l'on s'écarte des traditions de *common law* qui prévalaient dans la jurisprudence du GATT, pour aligner le droit de l'OMC sur le droit international qui met l'accent sur l'interprétation de droit civil. Pour d'autres, les décisions rendues par l'Organe d'appel comportent des éléments de *common law*. D'après Bhala (1999 : 151), qui fait référence au principe de base de la *common law* (à savoir la règle du précédent), « le fait est que, dans les décisions rendues par l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), le principe du *stare decisis* est appliqué *de facto*, mais pas encore *de jure* ».

## Notes finales

---

- 1 Smith fait effectivement observer ensuite que, quand « il n'y a pas probabilité » qu'une mesure de rétorsion puisse forcer un partenaire commercial à ouvrir son marché, « c'est, à ce qu'il semble, une mauvaise méthode pour compenser le dommage fait à quelques classes particulières du peuple, que de faire nous-mêmes un autre dommage, tant à ces mêmes classes qu'à presque toutes les autres ». Voir *La Richesse des Nations*, livre IV, chapitre 2.
- 2 Entretien de l'auteur avec M. Supachai, 27 septembre 2012.
- 3 Sans objet en français.
- 4 Voir, par exemple, Mshomba (2009 : 46-59).
- 5 Considérons le cas des États-Unis. À l'époque du GATT, la mission des États-Unis ne comptait qu'un avocat qui consacrait la plupart de son temps à des questions autres que le règlement des différends. En 2013, elle employait trois avocats et deux auxiliaires à plein temps qui se consacraient exclusivement au règlement des différends. La plupart des pays en développement n'ont pas autant de moyens à consacrer aux différends.
- 6 Le texte de l'Accord instituant le Centre consultatif sur la législation de l'OMC peut être consulté en anglais à l'adresse suivante : [www.acwl.ch/e/documents/agreement\\_estab\\_e.pdf](http://www.acwl.ch/e/documents/agreement_estab_e.pdf).
- 7 Entretien de l'auteur avec M. Harbinson, 24 janvier 2013.
- 8 Il y a de nombreuses exceptions à ces règles générales. Par exemple, si l'Australie a conclu un accord de libre-échange avec le Chili, elle n'est pas obligée d'accorder à la Norvège les mêmes avantages qu'au Chili.
- 9 L'obligation de traitement national prévue à l'article III du GATT s'applique uniquement aux questions expressément mentionnées dans cet article, en particulier aux taxes sur les ventes et aux réglementations affectant les ventes intérieures. Les accords négociés ensuite dans le cadre du Cycle d'Uruguay prévoyaient le traitement national dans d'autres domaines, comme le commerce des services (article XVII de l'AGCS) et les mesures concernant les investissements et liées au commerce (article 2 de l'Accord sur les MIC).
- 10 C'est un résumé simplifié du texte. Voir l'article XX pour le texte intégral.
- 11 Entretien de l'auteur avec Mme Elaine Feldman, 19 décembre 2012.
- 12 Entretien de l'auteur avec M. Bhatia, 27 septembre 2012.
- 13 Citation originale en anglais, [www.bartleby.com/73/328.html](http://www.bartleby.com/73/328.html).
- 14 Voir « GATT Dispute Settlement – Appeals Procedure », mémorandum de John Jackson et Eric Canal – Forges adressé aux « personnes intéressées », 29 août 1990, page 1.
- 15 Voir *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes : rapport de l'Organe d'appel*, document de l'OMC WT/DS58/AB/R du 12 octobre 1998.
- 16 Voir *Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes : rapport de l'Organe d'appel*, document de l'OMC WT/DS27/AB/R du 9 septembre 1997, page 7.
- 17 Entretien de l'auteur avec M. Elbio Rosselli, 20 décembre 2012.

- 18 À proprement parler, cette expression s'applique à la législation sur les droits antidumping et les droits compensateurs, mais pas à celle sur les sauvegardes, puisque cette dernière vise à faire face à des importations dommageables, qu'il soit allégué ou non qu'elles constituent un commerce déloyal.
- 19 Pour le point de vue des pays africains sur les nouvelles possibilités d'utiliser les dispositions relatives à la balance des paiements pour restreindre les importations, voir Oyejide *et al.* (2005).
- 20 Correspondance de l'auteur avec M. Harbinson, 30 janvier 2013.
- 21 Le terme « semble » est essentiel ici car on manque de données sur l'issue de plusieurs affaires mentionnées dans la base de données sur les sauvegardes visant la Chine (« China-Specific Safeguards Database ») de Chad P. Bown, qui peut être consultée sur le site Web de la Banque mondiale à l'adresse suivante : <http://econ.worldbank.org/ttbd/csgd/>. Les autres membres qui ont ouvert des enquêtes au titre de cette sauvegarde spéciale ayant abouti à des déterminations négatives ou à des résultats qui ne figurent pas dans la base de données, sont les suivants : Canada, Colombie, Équateur, Pérou, Pologne, Taipei chinois et Union européenne. Au total, 30 enquêtes de ce type ont été ouvertes entre 2001 et 2012.
- 22 Cette affirmation s'applique uniquement aux Membres de l'OMC qui participent à au moins quelques différends. Les membres qui ne participent jamais à des différends en tant que plaignants ou défendeurs ne sont généralement pas représentés dans les groupes spéciaux.
- 23 Il faut noter que John Jackson est diplômé de la faculté de droit de l'Université du Michigan, où il a enseigné le droit commercial avant d'aller à Georgetown. Plusieurs de ses étudiants, diplômés de ces deux facultés de droit, ont fait une brillante carrière dans le domaine du commerce.



## Appendice 7.1. Plaintes des Membres de l'OMC dans les différends, 1995-2012

	Nombre de membres	Nombre de plaintes	Plaintes par Membre
<b>Common law</b>	<b>25</b>	<b>179</b>	<b>7,2</b>
Pays développés	4	150	37,5
Amérique du Nord	2	136	68,0
<i>États-Unis</i>	1	103	103,0
<i>Canada</i>	1	33	33,0
Pacifique	2	14	7,0
<i>Australie</i>	1	7	7,0
<i>Nouvelle-Zélande</i>	1	7	7,0
Pays en développement	21	29	1,4
Asie/Pacifique	10	28	2,8
<i>Inde</i>	1	21	21,0
<i>Pakistan</i>	1	3	3,0
<i>Autres</i>	8	4	0,5
Caraïbes	9	1	0,1
Afrique/Moyen-Orient	2	0	0,0
<b>Système pluraliste</b>	<b>15</b>	<b>19</b>	<b>1,3</b>
Caraïbes	2	0	0,0
Afrique/Moyen-Orient	10	0	0,0
Asie/Pacifique	3	19	6,3
<i>Thailand</i>	1	13	13,0
<i>Philippines</i>	1	5	5,0
<i>Sri Lanka</i>	1	1	1,0
<b>Droit civil</b>	<b>91</b>	<b>285</b>	<b>2,4</b>
Pays développés	6	121	20,2
Europe	5	104	20,8
<i>Union européenne</i>	1	87	87,0
<i>Autres</i>	*	17	*
Japon	1	17	17,0
Pays en développement	85	164	1,9
Amérique latine	20	119	6,0
<i>Brésil</i>	1	25	25,0
<i>Mexique</i>	1	23	23,0
<i>Argentine</i>	1	18	18,0
<i>Chili</i>	1	10	10,0
<i>Autres</i>	16	43	2,7
Ex-Union soviétique/Ex-Yougoslavie	7	4	0,6
Asie/Pacifique	13	41	3,2
<i>Corée, République de</i>	1	15	15,0
<i>Chine</i>	1	11	11,0
<i>Autres</i>	11	15	1,4
Afrique/Moyen-Orient	45	0	0,0

Source: Classification des systèmes juridiques des membres établie sur la base des données disponibles à l'adresse: [http://fr.wikipedia.org/wiki/Syst\\_pour\\_centC3\\_pour\\_centA8me\\_juridique](http://fr.wikipedia.org/wiki/Syst_pour_centC3_pour_centA8me_juridique). Les données sur les plaintes sont tirées de l'appendice 7.2.

Note: \*Y compris 4 membres de l'Association européenne de libre-échange et les États qui ont adhéré à l'UE entre 1996 et 2012. Ces derniers ne sont pas comptabilisés séparément dans les totaux pour l'« Europe », les « Pays développés » ou le « Droit civil ».

## Appendice 7.2. Participation des Membres de l'OMC à des différends, 1995-2012

	Plaignant	Défendeur	Tierce partie	Total
<b>À la fois en tant que plaignants et en tant que défendeurs</b>				
États-Unis	103	119	97	319
Union européenne et ses États membres	87	98	126	311
Union européenne	87	73	126	286
États membres de l'UE à titre individuel	0	25	0	25
<i>France</i>	0	4	0	4
<i>Belgique</i>	0	3	0	3
<i>Irlande</i>	0	3	0	3
<i>Pays-Bas</i>	0	3	0	3
<i>Royaume-Uni</i>	0	3	0	3
<i>Allemagne</i>	0	2	0	2
<i>Grèce</i>	0	2	0	2
<i>Espagne</i>	0	2	0	2
<i>Danemark</i>	0	1	0	1
<i>Portugal</i>	0	1	0	1
<i>Suède</i>	0	1	0	1
Japon	17	15	130	162
Canada	33	17	84	134
Chine	11	30	92	133
Inde	21	21	80	122
Bésil	25	14	73	112
Mexique	23	14	67	104
Corée, République de	15	14	69	98
Australie	7	13	74	94
Argentine	18	22	44	66
Thaïlande	13	3	57	73
Chili	10	13	34	57
Turquie	2	9	46	55
Colombie	5	3	40	48
Guatemala	8	2	23	33
Équateur	3	3	19	25
Pérou	3	4	14	21
Philippines	5	6	9	20
Venezuela, République bolivarienne du	1	2	16	19
Indonésie	6	4	8	18
Nicaragua	1	2	13	16
Pakistan	3	2	9	14
Panama	6	1	6	13
République dominicaine	1	7	4	12
Uruguay	1	1	8	10
Hongrie (avant son adhésion à l'UE)	5	2	2	9
Malaisie	1	1	3	5
Pologne (avant son adhésion à l'UE)	3	1	1	5

	Plaignant	Défendeur	Tierce partie	Total
Ukraine	3	1	0	4
République tchèque (avant son adhésion à l'UE)	1	2	0	3
Moldova, République de	1	1	1	3
<b>En tant que plaignants mais pas en tant que défendeurs</b>				
Taipei chinois	3	0	71	74
Norvège	4	0	46	50
Nouvelle-Zélande	7	0	34	41
Honduras	8	0	19	27
Costa Rica	5	0	15	20
Viet Nam	2	0	16	18
El Salvador	1	0	14	15
Hong Kong, Chine	1	0	13	14
Suisse	4	0	8	12
Singapour	1	0	8	9
Sri Lanka	1	0	3	4
Bangladesh	1	0	1	2
Antigua-et-Barbuda	1	0	0	1
<b>En tant que défendeurs mais pas en tant que plaignants</b>				
Égypte	0	4	7	11
Afrique du Sud	0	3	2	5
Trinité-et-Tobago	0	2	3	5
République slovaque (avant son adhésion à l'UE)	0	3	0	3
Roumanie (avant son adhésion à l'UE)	0	2	0	2
Arménie	0	1	0	1
Croatie	0	1	0	1
<b>En tant que tierces parties uniquement</b>				
Cuba	0	0	15	15
Paraguay	0	0	15	15
Arabie saoudite, Royaume d'	0	0	15	15
Islande	0	0	8	8
Jamaïque	0	0	8	8
Maurice	0	0	6	6
Barbade	0	0	4	4
Belize	0	0	4	4
Côte d'Ivoire	0	0	4	4
Israël	0	0	4	4
Madagascar	0	0	4	4
Malawi	0	0	4	4
Dominique	0	0	3	3
Fidji	0	0	3	3
Guyana	0	0	3	3
Kenya	0	0	3	3
Saint-Kitts-et-Nevis	0	0	3	3
Sainte-Lucie	0	0	3	3
Swaziland	0	0	3	3
Tanzanie	0	0	3	3
Sénégal	0	0	2	2

	Plaignant	Défendeur	Tierce partie	Total
Bahreïn, Royaume du	0	0	1	1
Bénin	0	0	1	1
Bolivie, État plurinational de	0	0	1	1
Cameroun	0	0	1	1
Tchad	0	0	1	1
Ghana	0	0	1	1
Grenade	0	0	1	1
Koweït, État du	0	0	1	1
Namibie	0	0	1	1
Nigéria	0	0	1	1
Oman	0	0	1	1
Saint-Vincent-et-les Grenadines	0	0	1	1
Suriname	0	0	1	1
Zimbabwe	0	0	1	1

Source: Tableau établi à partir des données publiées à l'adresse: [http://www.wto.org/french/tratop\\_f/dispu\\_f/dispu\\_by\\_country\\_f.htm](http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/dispu_by_country_f.htm).

Note: Les Membres de l'OMC ci-après ne sont pas mentionnés ci-dessus car ils n'ont jamais participé à un différend en tant que plaignant, défendeur ou tierce partie: Albanie; Angola; Botswana; Brunéi Darussalam; Burkina Faso; Burundi; Cabo Verde; Cambodge; Congo; Djibouti; Émirats arabes unis; ex-République yougoslave de Macédoine; Gabon; Gambie; Géorgie; Guinée; Guinée-Bissau; Haïti; Îles Salomon; Jordanie; Lesotho; Macao, Chine; Mali; Maroc; Mauritanie; Mongolie; Monténégro; Mozambique; Myanmar; Népal; Niger; Ouganda; Papouasie-Nouvelle-Guinée; Qatar; République centrafricaine; République démocratique du Congo; République kirghize; Rwanda; Samoa; Sierra Leone; Togo; Tonga; Tunisie et Zambie. Il faut noter que ce calcul n'inclut pas les États membres de l'UE pris individuellement, car la plupart n'ont participé à un différend que par l'intermédiaire de l'institution régionale.

### Appendice 7.3. Utilisation des lois antidumping par certains membres et différends y relatifs portés devant le GATT et l'OMC, 1989-2010

	Période du GATT (1989-1994)					Période de l'OMC (1995-2010)				
	Actions engagées	Ordonnances imposées	Actions ayant abouti à des ordonnances (%)	Contestations dans le cadre du GATT	Ordonnances contestées (%)	Actions engagées	Ordonnances imposées	Actions ayant abouti à des ordonnances (%)	Contestations dans le cadre de l'OMC	Ordonnances contestées (%)
<b>Pays développés</b>	<b>933</b>	<b>434</b>	<b>46,5</b>	<b>4</b>	<b>0,9</b>	<b>1,236</b>	<b>667</b>	<b>54,0</b>	<b>45</b>	<b>6,7</b>
Australie	287	90	31,0	0	0,0	209	74	35,4	1	1,4
Canada	111	75	67,6	0	0,0	155	97	62,6	1	1,0
Union européenne	220	124	56,4	2	1,6	416	246	59,1	8	3,3
États-Unis	315	145	46,2	2	1,4	456	250	54,8	35	14,0
<b>Pays en développement</b>	<b>323</b>	<b>157</b>	<b>48,6</b>	<b>1</b>	<b>0,6</b>	<b>1,514</b>	<b>1,056</b>	<b>69,7</b>	<b>22</b>	<b>2,1</b>
Argentine	74	44	59,5	0	0,0	259	166	64,1	4	2,4
Brésil	62	22	35,5	0	0,0	212	126	59,4	2	1,6
Chine <sup>a</sup>	-	-	-	-	-	189	145	76,7	5	3,4
Inde	12	12	100,0	0	0,0	615	477	77,5	3	0,6
Corée, République de	25	10	40,0	1	10,0	119	70	58,8	1	1,4
Mexique	145	65	44,8	0	0,0	103	63	61,2	6	9,5
Philippines	5	4	80,0	0	0,0	17	9	53,0	1	11,1
<b>Total</b>	<b>1,256</b>	<b>591</b>	<b>47,1</b>	<b>5</b>	<b>0,8</b>	<b>2,750</b>	<b>1,723</b>	<b>62,7</b>	<b>67</b>	<b>3,9</b>
<b>Moyenne annuelle</b>	209,3	98,5				171,9				

Source: Chad P. Bown, « Global Antidumping Database », disponible à l'adresse : <http://econ.worldbank.org/ttbd/gad/>; les chiffres concernant les affaires portées devant le GATT sont calculés sur la base des données disponibles à l'adresse : [http://www.wto.org/french/tratop\\_f/dispu\\_f/gt47ds\\_f.htm](http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/gt47ds_f.htm); les chiffres concernant les affaires portées devant l'OMC sont calculés sur la base des données disponibles à l'adresse : « [http://www.wto.org/french/tratop\\_f/dispu\\_agreements\\_index\\_f.htm?id=A6#selected\\_agreement](http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_agreements_index_f.htm?id=A6#selected_agreement) ».

Note: Sur la base de l'année où une plainte formelle a été déposée. L'année 1989 a été choisie comme année de départ car c'est à partir de cette année que des données sont disponibles pour tous les pays indiqués dans le tableau (pour certains, des données sont disponibles pour les années précédentes). <sup>a</sup> La Chine n'avait pas de loi antidumping avant 1997, et elle n'était pas non plus partie contractante au GATT pendant la période considérée.

