CHAPITRE VI

Le système de règlement des différends de l'OMC

213. Les procédures de règlement des différends de l'OMC en place - dont l'élaboration a demandé beaucoup de patience, un esprit novateur et des efforts intenses au cours du Cycle d'Uruguay - forcent l'admiration et constituent un pas en avant très important et positif pour le système général de la diplomatie commerciale internationale fondée sur des règles. À bien des égards, le système a déjà permis de réaliser beaucoup de choses et il apporte une partie des attributs nécessaires que sont "la sécurité et la prévisibilité" dont les négociants et les autres participants sur le marché ont besoin et qu'impose l'article 3 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends (Mémorandum d'accord).

214. Dans le même temps, il se peut que le système de règlement des différends de l'OMC se trouve à un stade crucial, et peut-être un peu délicat, de sa brève existence. Dans notre évaluation et nos recommandations concernant le système de règlement des différends de l'OMC, nous sommes fortement motivés par plusieurs principes généraux. Premièrement, s'il y a des raisons de critiquer le système et de vouloir le réformer, ses pratiques et ses résultats sont dans l'ensemble très satisfaisants. Deuxièmement, lorsqu'on évalue les idées de réforme ou d'amélioration, le principe le plus important est de "ne pas faire de mal". Il faut faire preuve de prudence et avoir de l'expérience avant de procéder à des changements radicaux.

A. DONNER AU SYSTÈME UNE EFFICIENCE ET UNE EFFICACITÉ ACCRUES

215. Pour ce qui est du règlement des différends, le GATT ne comptait que trois brefs paragraphes de texte de traité, en partie parce que l'on pensait que l'important chapitre consacré aux différends dans la charte instituant l'Organisation internationale du commerce (OIC) constituerait le cadre pour les institutions requises pour régler les différends. Pendant les premières années du GATT, il y a eu des discussions sur le point de savoir si les dispositions pertinentes du GATT avaient uniquement pour objet de favoriser la résolution des différends par la voie de négociations diplomatiques. Cependant, par essais successifs et grâce à l'expérience acquise, le système s'est progressivement transformé au fil des décennies en une procédure de règlement des différends assez perfectionnée.

216. Au début des années 80, les procédures du GATT ont commencé à être considérées comme un modèle, et de nouveaux groupes d'intérêts les ont jugées intéressantes pour réaliser leurs objectifs. Dans les domaines des services et de la propriété intellectuelle, les groupes désireux de conclure de nouveaux accords multilatéraux dans le cadre des négociations du Cycle d'Uruguay lancées par le GATT étaient au moins en partie motivés par les procédures de règlement des différends et leur relatif succès pour ce qui était d'améliorer le respect des règles conventionnelles.

217. Mais le système de règlement des différends souffrait de "défauts de jeunesse". En particulier, à cause de la règle du consensus pour la prise de décisions qui s'était mise en place après des décennies de pratique, les étapes essentielles de la procédure de règlement des différends étaient toujours menacées par un seul "vote contre" d'un défendeur dans une affaire. Ces étapes comprenaient, pour l'essentiel, l'établissement d'un groupe spécial après la demande présentée par un plaignant et l'"adoption" du rapport d'un groupe spécial. Un défendeur qui souhaitait éviter une procédure de groupe spécial, ou qui avait "perdu" devant le groupe spécial, pouvait empêcher tout effet juridique. De même, il y avait plusieurs façons pour un gouvernement de faire obstruction aux procédures de règlement des différends, y compris en rendant difficile le choix des membres d'un groupe spécial. Au début des négociations commerciales du Cycle d'Uruguay en 1986, il était clair qu'il fallait faire quelque chose pour remédier à ces lacunes.

218. C'est pour cette raison que les négociateurs du Cycle d'Uruguay ont conçu l'actuel Mémorandum d'accord. Ils sont convenus de procéder à des réformes en profondeur, tout en conservant autant que possible les éléments essentiels de la procédure du GATT. Le Mémorandum d'accord prévoit des délais stricts et une procédure de repli qui permet au Directeur général de l'OMC de désigner les membres d'un groupe spécial si aucun accord n'intervient dans un délai raisonnable. Il a éliminé le risque que la création d'un groupe spécial ne soit bloquée. De plus, et c'est la chose plus importante, il a établi une procédure de "consensus inverse" pour l'adoption du rapport d'un groupe spécial. Cela signifie que l'adoption est automatique sauf s'il y a "consensus" contre l'adoption. Les parties perdantes ne pouvaient plus bloquer toutes seules l'adoption de rapports. On pense en général que pratiquement chaque rapport final de l'OMC en matière de règlement des différends sera adopté.

219. L'élément équilibrant du Mémorandum d'accord a été la création d'un droit d'appel qui peut être exercé par toute partie à un différend après que le rapport du groupe spécial de premier niveau a été finalisé et avant qu'il ne soit adopté. Pour examiner les appels, le Mémorandum d'accord a établi un Organe d'appel composé de sept personnes opérant à temps partiel. À partir de ces sept personnes, une "section" de trois est chargée de chaque appel. Une procédure collégiale est ainsi mise en place, les sept membres de l'Organe d'appel discutant de chaque affaire. Le rapport final de l'Organe d'appel va ensuite à l'Organe de règlement des différends (ORD), qui l'adopte automatiquement par le biais du "processus de consensus inverse".

220. Un autre élément de l'équilibre politique qui a permis d'instaurer ce degré élevé d'automaticité dans les procédures de règlement des différends de l'OMC est que tous les Membres de l'Organisation ont accepté de s'abstenir de rendre eux-mêmes des jugements unilatéraux contraignants sur le point de savoir si les autres parties ont agi d'une manière incompatible avec leurs obligations et de donner suite à ces jugements. Cette modération est essentielle pour que le système commercial multilatéral puisse faire en sorte que ce soit la force du droit et de la procédure et non la puissance économique qui détermine le traitement des problèmes commerciaux.

B. JUSQU'ICI LE SYSTÈME A BIEN FONCTIONNÉ

221. On s'accorde généralement à penser que le fonctionnement du système de règlement des différends de l'OMC est une réussite remarquable. Au 17 décembre 2004, les Membres de l'OMC avaient déposé 314 plaintes au total. Ce chiffre est plusieurs fois supérieur au nombre moyen de plaintes déposées du temps du GATT. Il est évident que les Membres jugent utile d'utiliser le nouveau système pour améliorer leur diplomatie commerciale et obtenir dans un délai raisonnable des réponses valables à des problèmes commerciaux concrets.

222. Un des aspects intéressants de cette question est qu'un nombre beaucoup plus important de pays en développement ont été associés à des plaintes que dans le cadre du système de règlement des différends du GATT. Bien entendu, les principales puissances commerçantes continuent d'agir en tant que plaignants ou défendeurs dans un très grand nombre d'affaires. Étant donné qu'elles commercent de façon importante avec un nombre encore plus grand de marchés, il pourrait difficilement en être autrement. Cependant, les pays en développement - et même certains des plus pauvres (lorsqu'ils bénéficient de l'aide juridique qui leur est maintenant offerte) - s'attaquent de plus en plus aux puissants. Et c'est bien.

223. Un autre point intéressant est que moins de la moitié des plaintes donne effectivement

lieu à une procédure de groupe spécial. Les affaires restantes comprennent certainement un certain nombre de plaintes qui sont réglées, mais aussi des plaintes qui sont simplement abandonnées ou autrement liquidées. Le système de règlement des différends formel a toujours eu pour objet d'encourager les règlements négociés "à l'amiable". Dans le même temps, il s'agit d'"un processus d'apprentissage" pour les pays participants. Quelquefois les parties paraissent être en mesure de prédire, à partir de la jurisprudence déjà importante de l'OMC, quel sera le résultat probable, et cela peut permettre de régler des affaires.

224. Jusqu'ici, 81 affaires au total ont donné lieu à des rapports qui ont été adoptés. Il a été fait appel de 56 de ces rapports; ainsi, il y a eu aussi bien des rapports de l'Organe d'appel adoptés que des parties de rapports de groupes spéciaux de premier niveau qui n'ont pas fait l'objet d'un appel ou qui ont été confirmées en appel. Il s'ensuit 25 rapports de groupes spéciaux de premier niveau qui n'ont pas fait l'objet d'un appel et qui ont été adoptés, ce qui représente 31 pour cent du total. Au début, il y avait appel pour presque chaque affaire alors que maintenant davantage de procédures sont achevées sans qu'il y ait appel. Une fois encore, cela donne à penser que la jurisprudence de l'OMC a instauré une certaine prévisibilité. Cela peut permettre aux gouvernements de savoir quelles seraient les chances en appel et de ne pas se lancer dans cette activité coûteuse si leurs chances ne sont pas très grandes ou que la question n'est pas très importante pour eux.

225. Les 81 affaires pour lesquelles les rapports ont été adoptés et les rapports qui attendent d'être adoptés représentent plus de 27 000 pages de jurisprudence. De l'avis de nombreux observateurs impartiaux (dont les opinions ne sont pas limitées par des rôles de défense d'intérêts particuliers) cette jurisprudence est extraordinairement riche et détaillée pour un organe qui n'existe que depuis dix ans. Il ne fait aucun doute que cette jurisprudence aura sur le droit international général un effet dépassant les limites du système de l'OMC. En outre, elle permet d'éclairer certaines grandes questions en rapport avec les obligations conventionnelles de l'OMC et d'établir une certaine stabilité des règles en levant les ambiguïtés, grâce à des avis crédibles et dûment motivés.

C. LA JURISPRUDENCE DE L'OMC REPRÉSENTE UNE IMPORTANTE INNOVATION

226. La jurisprudence de l'OMC en matière de règlement des différends a donné des enseignements précieux sur des dizaines de questions de droit particulières, dont certaines méritent d'être résumées ici. Elles ont été choisie pour montrer comment fonctionne le système de règlement des différends et comment les groupes spéciaux et l'Organe d'appel abordent des points très complexes et délicats du droit international; elles ne donnent par conséquent pas une image complète de l'ensemble de la jurisprudence.

Critère d'examen et déférence

227. Au cœur de la jurisprudence on trouve souvent la délicate question de savoir dans quelle mesure il faut prévoir, dans les procédures internationales de l'OMC, une déférence à l'égard des décisions des gouvernements des Membres, question qui concerne certainement les problèmes de "souveraineté" examinés dans le chapitre III. Ces décisions nationales font souvent intervenir l'idée qu'a un gouvernement de la façon de lever les ambiguïtés ou de combler les lacunes que comporte inévitablement un vaste traité multilatéral négocié par plus de 100 Membres. La question de la déférence se pose de plusieurs manières, dont une concerne ce que l'on appelle le "critère d'examen".

228. À l'exception de l'Accord antidumping, le texte conventionnel de l'Accord du Cycle d'Uruguay ne fait pas explicitement l'objet d'un

critère d'examen fondé sur le principe de déférence. Il n'y a pas de libellé très explicite prévoyant une approche du système de règlement des différends de l'OMC fondée sur le critère de la preuve pour ce qui est des décisions des Membres. Cependant, l'Organe d'appel s'est beaucoup fondé sur l'article 11 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, qui dispose qu'un groupe spécial doit procéder "à une évaluation objective des faits de la cause, de l'applicabilité des dispositions des accords visés pertinents et de la conformité des faits avec ces dispositions …".

229. L'Organe d'appel a adopté un point de vue similaire concernant la base d'examen des appels, quelquefois en se fondant sur d'autres dispositions du Mémorandum d'accord.[33] Mais il est aussi reconnu que le libellé de l'article 3 du Mémorandum d'accord peut suggérer une approche davantage fondée sur le principe de déférence lorsqu'il indique ce qui suit: "les recommandations et décisions de l'ORD ne peuvent pas accroître ou diminuer les droits et obligations énoncés dans les accords visés". Le libellé du texte du Cycle d'Uruguay concernant les mesures antidumping contient une référence plus explicite à un critère d'examen applicable à ce seul texte, et on fait valoir que ce critère exige une plus grande déférence à l'égard des décisions des Membres. Ces questions sont très controversées, et il n'appartient pas au Conseil consultatif de donner un avis juridique à leur sujet, si ce n'est pour noter qu'il y a des arguments valables de part et d'autre. Plus loin, nous nous intéressons à quelques suggestions tendant à renforcer le rôle de l'Organe de règlement des différends en ce qui concerne les affaires futures qui soulèvent des questions donnant lieu à controverse.

230. À part ces références au Mémorandum d'accord, l'Organe d'appel, dès le début, a indiqué dans des déclarations figurant dans ces rapports qu'il était parfaitement conscient de la nécessité d'observer une déférence à l'égard des Membres.[34]

L'importance du précédent

231. Il est généralement admis que le type de précédent le plus strict, tel qu'il est utilisé dans de nombreuses juridictions de common law,[35] n'est pas applicable dans les procédures internationales: en fait, il n'est pas applicable dans la plupart des systèmes juridiques du monde. Cependant, il est tout à fait évident qu'un certain degré de "précédent" guide les procédures de règlement des différends de l'OMC (de même que les procédures de la plupart des autres tribunaux internationaux). Le fait de se fonder sur des affaires antérieures, bien que ce ne soit pas toujours déterminant et certainement pas totalement contraignant pour les affaires ultérieures soumises à des groupes spéciaux, confère néanmoins une certaine cohérence, ce qui, à son tour, accroît la prévisibilité de l'ensemble du système. C'est ce que préconise le Mémorandum d'accord, lorsqu'il insiste sur l'objectif consistant à assurer "la sécurité et la prévisibilité". En outre, l'Accord instituant l'OMC dispose que l'Organisation "sera guidée par les décisions, les procédures et les pratiques habituelles des parties contractantes du GATT de 1947 …".[36] Cet aspect "guide" est extrêmement important et représente le souhait, de la part des rédacteurs du texte du Cycle d'Uruguay, de continuer de suivre les pratiques générales et la jurisprudence de l'organisation précédente, le GATT, c'est-à-dire d'utiliser l'"acquis" du GATT.

---

[33] Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends "ci-après dénommé le Mémorandum d'accord", Annexe 2 de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, 15 avril 1994, article 17:6.

[34] À titre d'exemples, on peut citer les affaires suivantes: "Japon - Taxes sur les boissons alcooliques", WT/DS8, 10 et 11/AB/R, 4 octobre 1996, page 36: "Les règles ne sont pas rigides ou inflexibles au point d'interdire tout jugement motivé face aux flux et reflux incessants et toujours changeants de faits réels concernant des affaires réelles dans le monde réel"; et "CE - Mesures visant les animaux vivants et les viandes (hormones)", WT/DS26 et 48/AB/R, 16 janvier 1998, paragraphe 165: "Nous ne pouvons pas supposer à la légère que des États souverains ont eu l'intention de s'imposer à eux-mêmes une obligation plus lourde les forçant à se conformer à ces normes, directives et recommandations ou à les respecter, plutôt qu'une obligation moins contraignante. Pour étayer une telle hypothèse et justifier une interprétation aussi large, il faudrait que le libellé du traité soit beaucoup plus précis et contraignant que celui que l'on trouve à l'article 3 de l'Accord SPS".

[35] C'est ce qu'on désigne généralement sous le nom de *stare décisis*.

[36] Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, article 16:1.

232. Quel que soit le texte contenu dans la jurisprudence actuelle de l'OMC que l'on consulte, on peut y déceler le recours méticuleux aux précédents par l'Organe d'appel et les groupes spéciaux de premier niveau, y compris les précédents établis par les rapports des groupes spéciaux du GATT.[37] Le concept de précédent utilisé dans la jurisprudence de l'OMC est donc extrêmement important pour la réalisation des objectifs des procédures de règlement des différends de l'OMC que sont la sécurité et la prévisibilité.

Droit international général et jurisprudence de l'OMC

233. Depuis la toute première affaire, l'Organe d'appel dit très clairement que l'OMC fait partie du cadre juridique international général régissant les affaires du monde. Il fait observer qu'il est tenu, lorsqu'il interprète le texte de l'Accord sur l'OMC issu du Cycle d'Uruguay, de suivre les règles coutumières du droit international public général concernant l'interprétation des traités. L'Organe d'appel indique que ces règles coutumières sont bien exprimées dans le texte de la Convention de Vienne sur le droit des traités, même si la Convention elle-même n'a pas été ratifiée par tous les Membres de l'OMC.

234. Il y a cependant une certaine controverse au sujet du point de savoir dans quelle mesure le droit international général devrait être utilisé dans la jurisprudence et les déterminations du système de règlement des différends de l'OMC. À l'évidence, il semble que le droit international sera pertinent, mais qu'il est aussi risqué de pousser cette pertinence trop loin. On peut faire valoir, par exemple, que des normes particulières, notamment dans les procédures de "recours" prévues dans le Mémorandum d'accord (articles 21 et 22) établissent des normes juridiques spéciales (parfois appelées *lex specialis* en droit), qui "l'emporteraient" sur le droit international coutumier. Là encore, il est possible que certains de ces concepts soient affinés à mesure que la jurisprudence se développera.

235. Les règles coutumières d'interprétation du droit international peuvent elles-mêmes parfois être mises en question lorsqu'elles sont appliquées dans le contexte des obligations économiques très détaillées et complexes de l'OMC. De nombreuses techniques différentes peuvent être utilisées pour interpréter un traité, et l'Organe d'appel a utilisé beaucoup des règles qui sont nécessaires.

Le rôle des politiques autres que commerciales dans les affaires soumises à l'OMC

236. D'une manière générale, le système de règlement des différends de l'OMC exige que les affaires soient centrées sur les textes de l'OMC issus du Cycle d'Uruguay et sur la jurisprudence du GATT et de l'OMC. Cependant, il est arrivé que l'Organe d'appel doive faire face à de puissants arguments voulant que son interprétation ne consiste pas entièrement à embellir les politiques commerciales, mais au contraire à évaluer ces politiques dans certaines situations par rapport à d'autres types de politiques, comme la protection de l'environnement. C'est là un domaine où la jurisprudence devra être encore développée.[38]

D. LE NOUVEAU PROBLÈME DE LA MISE EN CONFORMITÉ – COMPENSATION MONÉTAIRE POUR LES PLUS PAUVRES?

237. Au cours des dernières années, à mesure que de plus en plus d'affaires de règlement des différends arrivaient au stade de rapports adoptés, l'attention s'est naturellement tournée vers les procédures pouvant être déclenchées à la fin du processus, en particulier celles qui concernent les mesures destinées à favoriser l'"exécution" ou la "mise en conformité". Ces procédures relativement nouvelles (qui ne figuraient pas dans les textes conventionnels ni dans les Mémorandums d'accord du GATT)

[37] Un récent rapport de groupe spécial de premier niveau contient plus de 5 800 notes de bas de page, dont la plupart renvoient à des affaires antérieures, et le rapport comprend une liste de 54 affaires citées et sur lesquelles le Groupe spécial s'est fondé. Voir "États-Unis - Mesures de sauvegarde définitives à l'importation de certains produits en acier", WT/DS248/R, WT/DS248/AB/R, rapport adopté le 10 décembre 2003.

[38] Un des examens les plus détaillés de ce problème a été fait dans le rapport de l'Organe d'appel sur l'affaire "Crevettes-Tortues: 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 (adopté le 6 novembre 1998).

ménagent aux gouvernements un délai raisonnable pour mettre en œuvre les rapports adoptés de l'Organe d'appel ou de groupes spéciaux. Il y a une disposition permettant de déterminer par arbitrage le délai standard, et il y a aussi dans le Mémorandum d'accord une disposition prévoyant que les "parties gagnantes" peuvent prétendre que la "partie perdante" a satisfait aux exigences du groupe spécial dont le rapport a été adopté.[39]

238. Si une partie ne s'acquitte toujours pas de ses obligations, le Mémorandum d'accord prévoit que les parties gagnantes peuvent demander des "mesures compensatoires". En vertu des règles du GATT et maintenant de celles de l'OMC, les mesures compensatoires ne prennent normalement pas la forme de versements monétaires ("chèques envoyés par courrier"). En fait, il s'agit généralement de l'application par la partie appelée à remédier au non-respect de ses obligations dans le cadre de l'OMC de mesures prévoyant un accès au marché additionnel. (La notion de versements monétaires est examinée ci-après.) S'il n'y a pas accord au sujet d'une telle compensation au moyen d'un accès aux marchés accru, les parties gagnantes peuvent prendre des mesures qui auraient pour effet de suspendre des obligations à l'égard de la partie perdante; c'est ce qu'on appelle parfois familièrement la "rétorsion".

239. Nous avons maintenant une grande quantité d'"activités après jugement" au titre des mesures pertinentes du Mémorandum d'accord.[40] Les problèmes que posent le texte du traité et les pratiques correspondantes deviennent plus apparents. Les différentes parties du texte du Mémorandum d'accord lui-même ne sont pas tout à fait cohérentes entre elles, ce qui amène à penser qu'il faut faire quelque chose au sujet de la "chronologie"; autrement dit, il faut voir si la mise en cause du point de savoir si la suite donnée par la partie perdante est appropriée peut être compatible avec les dispositions permettant à la partie gagnante de prendre des contre-mesures. Il est certain que ce problème mérite d'être étudié, même s'il a été en partie résolu grâce à la pratique des parties au différend consistant à se mettre d'accord sur la chronologie à adopter pour leur propre affaire. Certains observateurs attentifs pensent que, en laissant aux parties au différend le soin de se mettre d'accord, on court le risque de voir que, dans certaines affaires difficiles, un tel accord ne soit pas trouvé. La plupart des observateurs estiment que l'on sait généralement quels sont les changements à apporter au Mémorandum d'accord pour résoudre le problème de la chronologie mais que, parce que les modifications du Mémorandum d'accord doivent être approuvées par consensus, il est très difficile de régler le problème.[41]

240. Comme il est indiqué ci-dessus, lorsqu'il n'y a pas de mise en conformité et pas d'accord au sujet de mesures compensatoires, il peut être fait recours à des mesures temporaires sous la forme d'une "suspension d'obligations" ou à ce que certains appellent "rétorsion". Le problème est que la rétorsion va à l'encontre de l'objectif qui sous-tend l'ensemble du système de l'OMC - promouvoir le commerce international et non le restreindre. Il est inquiétant de voir qu'il peut être recouru assez facilement, et même avec une certaine nonchalance, à de telles mesures commerciales dommageables. Il est aussi préoccupant, en particulier, que certains pays, y compris quelques-uns des principaux partenaires commerciaux, comme les États-Unis et l'UE, se montrent récalcitrants et ne prennent pas les mesures qui leur permettraient de satisfaire à leurs obligations d'une manière effective et au moment voulu.

241. Certains disent même qu'un Membre de l'OMC qui se trouve en situation de perdant dans le système de règlement des différends de l'OMC peut choisir librement s'il va effectivement mettre en œuvre les obligations énoncées dans le rapport de l'Organe d'appel ou du groupe spécial qui a été adopté; sinon,

[39] Articles 21 et 22 du Mémorandum d'accord.
[40] Au 17 septembre 2004, il y avait eu 15 renvois à un groupe spécial de la mise en conformité établi au titre de l'article 21:5 du Mémorandum d'accord.
[41] Au 17 septembre 2004, il y avait eu 12 affaires dans lesquelles était intervenu un accord concernant la chronologie. Par exemple, États-Unis - Crevettes, WT/DS58/16; États-Unis – FSC, WT/DS108/12; et CE – Linge de lit, WT/DS141/11.

il lui suffit d'accorder une compensation ou de subir des mesures de rétorsion. C'est faux. Il y a une obligation fondamentale qui, même si elle ne ressort pas tout à fait clairement du texte du Mémorandum d'accord, peut être décelée si on analyse soigneusement l'ensemble du Mémorandum d'accord et quelques dizaines de dispositions conventionnelles et qui impose de prendre des mesures pour rendre les activités gouvernementales mises en cause compatibles avec les règles de l'OMC.[42]

242. **Permettre aux gouvernements de "racheter" leurs obligations en accordant une "compensation" ou en s'exposant à la "suspension d'obligations" crée aussi d'importantes différences de traitement dans le système. Cela favorise les pays riches et puissants qui peuvent se permettre de tels "rachats" tout en continuant d'appliquer des mesures qui mettent à mal et faussent le commerce d'une manière incompatible avec les règles du système.** Et cela ne peut que réduire la mesure dans laquelle les entreprises, celles qui font du commerce et celles qui investissent, peuvent se fonder sur les règles pour assurer la prévisibilité du marché.

243. Pour les Membres pauvres de l'OMC, en particulier les pays les moins avancés qui participent de façon limitée au commerce mondial, ces "rachats" peuvent ôter tout intérêt au recours au système de règlement des différends. Ces pays ne peuvent normalement pas utiliser efficacement l'arme de la rétorsion sans se nuire à eux-mêmes et compromettre la réalisation des objectifs de la libéralisation des échanges. **Une solution qui a été proposée est de permettre l'octroi d'une compensation monétaire par la partie tenue de se conformer au rapport concernant le règlement d'un différend, au lieu de mesures compensatoires en matière d'accès au marché de la part de la partie au différend lésée et ayant obtenu gain de cause. Il pourrait être utile de faire des expériences dans ce domaine, tout en faisant bien attention à ce que la compensation monétaire ne soit qu'une solution de repli temporaire en attendant le plein respect des obligations; sinon, il y aurait des problèmes de "rachat".** En outre, dans certains cas la compensation monétaire crée d'énormes problèmes d'"évaluation" et peut ne pas prendre en compte les droits des tierces parties, et empêcher la réalisation des objectifs de sécurité et de prévisibilité d'un système fondée sur des règles pour les activités futures de ceux qui opèrent sur le marché. Dans l'"évaluation", il faudrait tenir compte non seulement des pertes effectives, mais aussi des gains potentiels qui sont annulés ou compromis.

244. Des propositions ont été faites selon lesquelles, dans certaines circonstances, les parties perdantes devraient rembourser les frais de procédure d'un plaignant ayant eu gain de cause. Cette proposition présente aussi un certain intérêt, mais il faut l'examiner attentivement pour éviter que les pays pauvres n'aient à supporter des charges, qui pourraient les empêcher d'avoir accès aux procédures de règlement des différends dans des affaires qui, bien que cela ne soit pas clair, font intervenir un argument raisonnable concernant une ambiguïté troublante dans les textes conventionnels.

245. Il est bien entendu possible que la mise en conformité effective ne dépende pas tant des mesures correctives spécifiques - y compris la rétorsion ou la compensation - prévues dans le Mémorandum d'accord, que des attitudes générales des Membres de l'OMC, en particulier les plus importants et les plus puissants d'entre eux. Ces attitudes reflètent la volonté - ou l'absence de volonté - de défendre la crédibilité et le fonctionnement équitable du système de règlement des différends. Ainsi, il est extrêmement important que les principaux protagonistes aient pour politique de se conformer aux obligations mentionnées dans les rapports de groupes spéciaux de l'OMC ou de l'Organe d'appel dans les actions engagées contre eux. Il est important pour le système de conserver le soutien politique et la confiance de tous les Membres de l'OMC, et que toutes les parties prenantes le considèrent comme équitable et

[42] Voir, par exemple, John. H. Jackson, "Editorial comment: International Law Status of WTO Dispute Settlement Reports: Obligation to Comply or Option to 'Buy Out'?" American Journal of International Law 98 (janvier 2004): pages 109 à 125.

parfaitement impartial. Il convient de noter que, pour certains pays, on peut parler de mise en conformité normale et satisfaisante lorsque le gouvernement peut agir sans devoir faire adopter un texte législatif par le parlement; mais la mise en conformité est parfois retardée ou difficile lorsqu'un texte législatif est nécessaire. Cela donne à penser que les gouvernements qui se heurtent à ce problème doivent sérieusement envisager des changements institutionnels pour ce qui est du rapport entre l'exécutif et le législatif pour éviter le risque de compromettre la mise en conformité de bonne foi.

E. CRITIQUES DE LA JURISPRUDENCE DE L'OMC

246. Il n'est pas toujours manifeste que certains de ceux qui critiquent avec le plus de vehémence la jurisprudence de l'OMC, dont beaucoup défendent des intérêts particuliers, œuvrent dans l'intérêt du système de l'OMC dans son ensemble. Quoi qu'il en soit, les critiques doivent être examinées et comprises et, dans certains cas, il peut être utile d'en tenir compte.

247. Comme il est dit plus haut, un des domaines qui a été la cible des critiques est le degré de déférence prévu dans le système de règlement des différends de l'OMC à l'égard des décisions des Membres. D'après une autre critique, il n'appartient pas au système de règlement des différends de combler les écarts. Ce point de vue est lui-même critiquable puisque chaque institution juridique doit au moins dans une certaine mesure combler les écarts dans ses efforts pour lever les ambiguïtés. Par ailleurs, on peut raisonnablement faire valoir que les obligations dans le cadre de l'OMC devraient généralement être le produit de négociations entre les Membres, et non de procédures juridiques. Ces dernières années, les Membres n'ont négocié que très peu de résultats; on espère sincèrement que le Cycle de Doha permettra finalement de corriger le déséquilibre entre l'élaboration de lois et toute tendance à faire respecter la loi de façon créative au moyen du système de règlement des différends.
De même, améliorer les divers processus de prise de décisions de l'OMC pour éviter ce qui semble parfois être des situations de blocage ou une autre impossibilité d'agir (quelquefois imputée à la règle du consensus), réduirait considérablement l'intérêt à soumettre des affaires au système de règlement des différends, plutôt que d'arriver à des solutions convenues par la voie diplomatique.

248. D'après une autre critique, le système de règlement des différends manque d'objectivité, préférant les approches "commerce pro-libéral" à d'autres solutions, même lorsque certains objectifs nationaux importants sont en jeu. Dans de tels cas, les critiques diraient qu'il doit y avoir davantage d'équilibre. De fait, cette critique est peut-être valable, mais il faut soigneusement l'évaluer dans un contexte qui ne soit pas trop influencé par la défense d'intérêts particuliers.

249. Un domaine d'action dans la jurisprudence qui a suscité beaucoup de critiques est celui des "mesures correctives commerciales". Il faut généralement entendre par là les accords concernant l'antidumping, les droits compensateurs et les subventions, ainsi que les sauvegardes. Un nombre assez important d'affaires de ce type (approximativement 53 pour cent des différends) ont été réglées, au cours des quatre ou cinq dernières années. Il n'est guère surprenant que c'est ce domaine de la politique commerciale qui engendre le plus de tensions et de controverses dans la jurisprudence de l'OMC, puisqu'il fait souvent intervenir des décisions nationales destinées à aider les intérêts de groupes qui ont une certaine importance pour les gouvernements. Les mesures de sauvegarde, par exemple, ont généralement pour objet d'atténuer la rigueur de politiques commerciales libérales et d'établir une exception donnant aux intérêts nationaux qui constatent que les importations augmentent et causent un dommage important un certain temps pour s'adapter à la situation. En général,

les groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont préconisé des prescriptions procédurales rigoureuses pour le recours à ces mesures correctives commerciales, afin d'empêcher qu'elles ne soient utilisées à des fins protectionnistes ou purement politiques. Cependant, il convient d'étudier la possibilité d'établir un équilibre entre cette rigueur et les objectifs généraux de la mesure corrective commerciale (surtout dans le cas des mesures de sauvegarde).

250. L'ORD pourrait peut-être jouer un rôle plus constructif que par le passé pour ce qui est des critiques de la jurisprudence. Il est important qu'il ne prenne aucune mesure qui donnerait une dimension politique ou diplomatique aux résultats d'une affaire de règlement des différends particulière. Cela pourrait compromettre sérieusement la crédibilité et la rigueur du système, ainsi que l'intense argumentation qui s'y déroule. En outre, une partie des discussions de l'ORD au sujet d'un rapport qui lui est soumis pour adoption tend à être une répétition des positions défendues, l'une ou l'autre des parties faisant part de sa déception concernant des questions qu'elle défendait et qui n'ont pas été admises.

251. **Une approche plus constructive pourrait consister à choisir occasionnellement des constatations particulières qui feraient l'objet d'une analyse approfondie par un groupe d'experts spécial raisonnablement impartial désigné par l'ORD, afin d'avoir un rapport équilibré contenant des critiques constructives pour l'information du système de l'OMC, y compris l'Organe d'appel et les groupes spéciaux.** Un tel rapport pourrait être présenté à l'ORD pour information, voire adopté par lui. Dans les cas extrêmes, le rapport pourrait peut-être aller jusqu'à recommander que l'ORD et le Conseil général prennent des mesures au titre de l'article IX de l'Accord instituant l'OMC, en vue d'une "interprétation définitive" du texte du traité.

252. Même un rapport présenté ou adopté pour information uniquement pourrait avoir une incidence importante sur le raisonnement des membres de l'Organe d'appel et des groupes spéciaux dans les affaires futures. Toutefois, il importerait qu'il n'y ait pas d'effet sur l'affaire à l'examen, pour les raisons qui seront mentionnées dans la section suivante.

F. PROPOSITIONS DE RÉFORME PRÉSENTÉES DEPUIS MARRAKECH

253. À la réunion ministérielle du Cycle d'Uruguay tenue à Marrakech, il a été décidé de réexaminer le système de règlement des différends dans les quatre ans suivant sa création. Ces dernières années, plusieurs centaines de propositions de réforme ont été présentées. Beaucoup de temps a été consacré à l'examen de ces propositions, mais les Membres n'ont pas pu arriver à un consensus sur un ensemble de modifications à apporter au système. Dans le Cycle de Doha, la réforme des procédures de règlement des différends devait être traitée séparément du reste des négociations. Mais jusqu'ici les travaux n'ont pas été concluants.

254. Toutefois, **les gouvernements et les observateurs non gouvernementaux ont exprimé un certain nombre de points de vue donnant à entendre que le système de règlement des différends est généralement considéré comme satisfaisant.** Cela a conduit à penser qu'il n'y a pas de volonté politique forte de réformer le système. De fait, comme il est dit au début du présent chapitre, **un souci important est, ou devrait être, de ne pas "nuire" au système existant puisqu'il comporte tant d'éléments valables.**

255. **Certaines des idées de réforme créeraient une sorte de "veto diplomatique" ou donneraient à certaines parties à des différends la possibilité "d'annuler" ou de modifier des aspects du rapport final adopté après une procédure de règlement des différends complète.** Permettre qu'une action politique ou diplomatique porte atteinte au résultat final délicatement

obtenu après des procédures de règlement des différends relativement intenses reviendrait à abandonner la défense motivée d'une cause, toutes les parties ayant des possibilités égales et équitables de présenter leurs arguments et idées. Cela affaiblirait et discréditerait les procédures et ferait que l'on se retrouverait, d'une certaine façon, avec certains des problèmes très importants rencontrés du temps du GATT, comme la possibilité pour les parties perdantes de bloquer l'adoption d'un rapport. **Pour ces raisons, le Conseil consultatif déconseillerait fortement toutes mesures de ce type dans le cadre de l'ensemble de réformes.**

256. Il y a cependant un certain nombre d'autres réformes qui méritent d'être soigneusement examinées, même s'il n'est peut-être pas hautement prioritaire de les réaliser rapidement. Nous avons mentionné quelques idées dans les paragraphes qui précèdent; de plus, il a été suggéré, par exemple, **de clarifier la possibilité pour l'Organe d'appel de "renvoyer" une affaire au groupe spécial de premier niveau.** Bien entendu, un des problèmes serait que, puisque les groupes spéciaux de premier niveau sont désignés sur une base *ad hoc* pour une affaire donnée et qu'ils sont généralement dissous lorsque leur rapport est transmis à l'ORD, il pourrait ne pas y avoir d'entité pouvant être saisie d'un renvoi. Néanmoins, **il convient d'étudier le principe, surtout s'il peut y avoir renvoi sans que ne soit prolongé un processus qui est déjà assez long.**

257. Une autre proposition concerne un arrangement de type liste, ressemblant un peu à la procédure de l'Organe d'appel, pour désigner les membres des groupes spéciaux de premier niveau. Cette liste n'aurait pas besoin de couvrir "100 pour cent des membres" des groupes spéciaux. Le nombre de ses membres pourrait être tel que, même en période record d'affaires à traiter, au moins un membre ferait partie de chaque groupe spécial. Les autres membres des groupes spéciaux pourraient être désignés suivant les procédures existantes. **Ainsi, il pourrait être très utile pour l'institution de combiner les désignations à partir d'une liste et les désignations sur une base ad hoc; cela atténuerait aussi un peu les problèmes particuliers rencontrés dans quelques procédures de sélection des membres de groupes spéciaux.** Une question importante concernant l'idée de liste pour les groupes spéciaux de premier niveau est celle des procédures au moyen desquelles les personnes faisant partie de la liste seront désignées. On craint énormément que les voies diplomatiques et politiques habituelles ne permettent pas de trouver les meilleurs individus requis. Par conséquent, **il faudrait envisager un petit groupe d'experts apolitique qui examinerait les demandes et établirait une liste de candidats remplissant des critères soigneusement déterminés. Ce groupe pourrait ensuite collaborer avec l'ORD pour mettre au point définitivement la liste.** Ce n'est qu'une suggestion parmi d'autres.

258. D'autres propositions de réforme ont trait à l'Organe d'appel; elles concernent la question de savoir si celui-ci devrait compter plus de membres, étant donné que sa charge de travail est parfois lourde. Il a aussi été suggéré que les membres de l'Organe d'appel soient employés à plein temps, et non à temps partiel comme c'est le cas maintenant. Ces propositions soulèvent diverses questions pratiques et sur le plan des ressources, et le Conseil consultatif comprend les arguments avancés de part et d'autre. Il faudra probablement avoir une plus grande expérience en ce qui concerne le système de règlement des différends, qui est encore jeune, avant de procéder à certains de ces changements. On pourrait modifier le Mémorandum d'accord pour ménager une certaine flexibilité permettant à l'ORD (ou au Conseil général) de prendre ultérieurement une décision sur ces questions, après qu'une telle expérience aura été acquise.

259. Plusieurs autres réformes suggérées concernant le règlement des différends ont trait à la question très importante de savoir quel devrait être la position de l'OMC par rapport à la participation de la société civile et des entités non gouvernementales. Cette question est examinée plus avant dans le chapitre V. Mais deux points sont particulièrement importants pour le système de règlement des différends: l'ouverture au public pour observation ou intervention de certaines parties des procédures de règlement des différends et la manière dont le système de règlement des différends devrait traiter ce qu'on appelle les mémoires *d'amici curiae* (ou des types similaires de présentation de vues dans une affaire donnée).

260. **Premièrement, pour ce qui est des mémoires d'amici, le Conseil consultatif souscrit d'une manière générale aux procédures déjà élaborées pour l'acceptation et l'examen des communications de ce type.** Le Mémorandum d'accord, dans son article 13, habilite déjà largement les groupes spéciaux de premier niveau à exercer leur pouvoir discrétionnaire à cet égard. De même, pour des raisons juridiques différentes, l'Organe d'appel est habilité à réglementer cette question et, dans la pratique, il opère au cas par cas. **Toutefois, ceux qui sont étroitement concernés par ces procédures jugent important d'élaborer des critères et procédures généraux aux deux niveaux, pour traiter les communications *d'amici* d'une manière équitable et appropriée, en tenant compte des incidences sur le plan des ressources et du besoin d'équité, et en reconnaissant d'une manière générale que ces communications peuvent dans certains cas améliorer la qualité globale du processus de règlement des différends. Le Conseil consultatif estime que de telles procédures devraient être élaborées.**

261. La question de savoir s'il convient d'ouvrir au public pour observation (mais pas pour intervention) certaines parties des procédures de règlement des différends, en particulier les "audiences", est plus complexe, en partie parce que le texte actuel du Mémorandum d'accord empêche de le faire dans la plupart des cas. Ainsi, il faudra amender le Mémorandum d'accord, ce qui exige un consensus, qui peut être bloqué par tout Membre de l'OMC. **Nos recommandations concernant le consensus qui figurent dans le chapitre VII sont donc étroitement liées aux recommandations que nous faisons ici. Le Conseil consultatif estime que le degré de confidentialité des procédures de règlement des différends actuelles peut être considéré comme dommageable pour l'OMC en tant qu'institution.** Le Conseil pense comme beaucoup de participants au système que de nombreux observateurs publics seraient favorablement impressionnés par les processus.

262. **Par conséquent, le Conseil consultatif recommande que les audiences des groupes spéciaux de premier niveau et les audiences de l'Organe d'appel soient d'une manière générale et d'office ouvertes au public.**

263. **Cette nouvelle pratique pourrait faire l'objet d'une motion déposée par un groupe spécial (ou la section saisie d'un appel) ou par une partie à un différend, faisant valoir qu'il y a des "motifs valables et suffisants" pour exclure le public de la totalité ou d'une partie d'une audience.** La nécessité de protéger les informations confidentielles, comme les renseignements "commerciaux confidentiels", constituerait un exemple d'un tel motif. **En outre, du moins pour les premières années de cette nouvelle pratique, le Conseil recommanderait que, lorsqu'une partie à un différend donne par écrit des raisons qu'elle considère comme "valables et suffisantes", son point de vue soit traité comme étant déterminant.** Cela pourrait réduire les craintes quant à la transparence, mais on espère qu'il serait présumé que les audiences ouvertes constitueraient la règle. Quelle que soit la façon dont elle est instaurée, cette transparence additionnelle devrait servir à donner au public une image plus positive du système de règlement des différends. Cela permettrait certainement de corriger l'image délibérément erronée d'un mécanisme parfois décrit comme étant à la fois secret et entouré de conspiration.

264. Dans le contexte immédiat des paragraphes qui précèdent, il convient de formuler plusieurs observations finales. Premièrement, il est évident que mieux les diplomates et les fonctionnaires nationaux sont informés des rouages du système international de règlement des différends, mieux c'est. Il ne s'agit pas seulement de bien comprendre les procédures. **Une meilleure compréhension du rôle de "l'orientation suivant des règles" dans la mise en œuvre des traités, ainsi que des approches générales que pratiquement toutes les institutions juridiques, nationales et internationales, adoptent en ce qui concerne leurs travaux, serait parfois la bienvenue.** Par conséquent, lever les ambiguïtés, combler certains écarts et utiliser diverses techniques d'interprétation sont des éléments qui font tous partie du décor naturel du règlement des différends. Ensemble, ils assurent la prévisibilité et la sécurité pour les entreprises sur le marché. **Le Secrétariat de l'OMC devrait encourager et faciliter l'assistance technique dans ce domaine.**

265. Deuxièmement, **la nature et la valeur du système de règlement des différends doivent être expliquées à un vaste auditoire public et politique.** Au cours des dernières années, les critiques à l'égard du système et des résultats qu'il engendre se sont bien entendu intensifiées. Mais ces critiques - qui sont souvent vives mais pas nécessairement objectives ou fondées - proviennent en grande partie de points de vue relativement subjectifs, liés à des groupes d'intérêts. **Il est important que le système soit mieux compris, non seulement par les diplomates, les fonctionnaires nationaux et les législateurs qui doivent y participer, mais aussi par le grand public** dont proviennent les groupes d'intérêts qui bénéficient du système.

266. Par conséquent, l'OMC en tant qu'organisation et ceux de ses fonctionnaires qui sont directement associés aux activités de règlement des différends ont le devoir d'éduquer et d'administrer. Certains des efforts déployés par le Secrétariat pour informer le public, comme les documents explicatifs et bibliographiques relativement détaillés disponibles sur le site Web de l'OMC, sont très appréciés.

267. **D'autres efforts constructifs du même type, dont certains pourraient peut-être émaner de groupes d'experts désignés par l'OMC ou l'ORD, seraient appréciés.**

268. Enfin, il est intéressant de noter la large place que les textes de sources non gouvernementales font au système de règlement des différends de l'OMC. Une énorme quantité de travaux de recherches et de documents politiques est consacrée au système de règlement des différends. Cela montre l'intérêt que le public accorde à cette question, et à l'importance reconnue, voire à la valeur, du système. Certaines affaires font l'objet de longs débats (de la même façon que les décisions des tribunaux nationaux). Cette activité, qu'elle soit le fait d'experts ou d'autres observateurs attentifs présentant des arguments sensés et pertinents, peut jouer un rôle constructif et complémentaire à l'appui d'un cadre institutionnel fondé sur des règles pour le commerce international, faisant pendant à ce qui se passe au niveau des pays.