



**HAUTES ÉTUDES
INTERNATIONALES**



**UNIVERSITÉ
LAVAL**

**LES LIMITES DU SYSTÈME DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS
DE L'ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE**

Travail présenté à
Monsieur Richard Ouellet

dans le cadre du cours
Essai (études internationales)
ETI-6008

par Mathilde Gauquelin
910 040 252

Université Laval
Institut québécois des hautes études internationales
Avril 2016

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	1
1. Mise en contexte	6
2. Cadre théorique	11
3. Méthodologie.....	16
3.1 Sélection des cas	16
3.2 Critères d'analyse	18
4. Analyse des cas.....	25
5. Réflexions sur le système de règlement des différends de l'OMC	36
5.1 Limites intrinsèques du système	36
5.2 Accès réel des États au système de règlement des différends de l'OMC	39
5.3 Perception des États du système de règlement des différends de l'OMC.....	41
Conclusion.....	45
Bibliographique	48
Annexe I	56

INTRODUCTION

Depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, les engagements pris par les États sur la scène internationale n'ont pas cessé de s'intensifier, tant en nombre absolu qu'en envergure¹. Ainsi, en 2013, on recensait 7756 organisations intergouvernementales et 59 383 organisations non-gouvernementales, pour un total de 67 139 organisations internationales². Ce nombre extrêmement élevé illustre bien l'importance des interactions qui se produisent au-delà des frontières étatiques et laisse entrevoir une intégration de plus en plus prononcée entre les acteurs, qu'ils soient gouvernementaux ou non, dans ce contexte. Plus particulièrement, les 7756 organisations intergouvernementales répertoriées montrent la tendance résolue vers une interdépendance entre les États qui s'intensifie de manière constante, au fur et à mesure que ceux-ci concluent des accords dans un plus grand nombre de domaines et contractent des obligations supplémentaires face à leurs homologues.

Ce phénomène est particulièrement avéré dans le domaine commercial. En effet, sur un total de 965 accords de libre-échange bilatéraux, plurilatéraux ou multilatéraux conclus depuis l'avènement de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) en 1947 jusqu'à 2015, seulement 199 ont été conclus pour la période précédant 1990³, par comparaison avec un nombre record de 289 accords signés entre 1990 et 1999. La multiplication des accords de libre-échange se poursuit depuis, avec 245 accords signés entre 2000 et 2009 et déjà 58 nouveaux accords signés depuis 2010⁴. Au vu des liens supplémentaires que ces accords impliquent entre les États, il devient indéniable que chaque action spécifique d'un État est susceptible d'avoir une incidence importante sur une multitude d'autres domaines, à plus forte raison lorsqu'il s'agit de la libéralisation des échanges commerciaux. Le bon fonctionnement du système international passe donc par le respect par les États de leurs

¹ Brian Frederking et Paul Diehl, *The Politics of Global Governance : International Organizations in an Interdependent World*, 5^e éd., Boulder, Lynne Rienner Publishers, 2015 à la p. 2.

² Union of International Associations, « Number of International Organizations by Type » (Édition 2014-2015, données de 2013), en ligne : http://www.uia.org/sites/uia.org/files/misc_pdfs/stats/Number_of_international_organizations_by_type_2013.pdf.

³ Andreas Dür, Leonardo Baccini et Manfred Elsig, « The Design of International Trade Agreements : Introducing a New Dataset » (2014) 9 *The Review of International Organizations* 353.

⁴ *Ibid.*

engagements, qui permet d'appréhender les relations internationales de façon prévisible et organisée.

Dans ce cadre, les divers mécanismes de règlement des différends acceptés par les États jouent un rôle primordial, puisqu'ils offrent une double incitation à mettre en œuvre des engagements internationaux et déterminent ainsi le succès d'une institution internationale⁵. En effet, ils permettent à la fois d'assurer la prévisibilité et la constance du système et donnent aux États une assurance selon laquelle il vaut la peine de respecter leurs engagements, puisque le fait d'en dévier mènera à des conséquences. Cette affirmation est particulièrement véridique dans le cas de l'Organisation mondiale de commerce (OMC), dont le *Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends* (Mémoire d'accord) explique lui-même que « [l]e système de règlement des différends de l'OMC est un élément essentiel pour assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral⁶. » L'organisation est par ailleurs reconnue pour son efficacité par rapport aux autres mécanismes de règlement des différends mis en place par les États, et sa nature multilatérale crée une pression par les pairs particulièrement importante lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre les décisions de l'Organe de règlement des différends (ORD)⁷. Dans la majorité des cas qui passent par l'ORD, le but est ainsi atteint « de préserver les droits et les obligations résultant pour les Membres des accords visés [...] »⁸, d'où la description fréquente de succès de l'organisation.

Cependant, on constate en parallèle l'existence d'un ensemble de cas présentés à l'ORD qui, malgré le fait qu'ils suivent le cours du processus de règlement des différends prévu dans le *Mémoire d'accord*, ne semblent ultimement pas donner lieu à une mise en conformité des mesures telle qu'elle est recommandée par les groupes spéciaux ou l'Organe d'appel : « *the WTO has been faced with a number of disputes that have remained unresolved*

⁵ Cristian Delpiano Lira, « El mecanismo de solución de diferencias de la OMC : Un elemento de seguridad y previsibilidad en el sistema multilateral de comercio » (2011) 18 *Revista de Derecho* 213 à la p. 214.

⁶ *Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1867 RTNU 154, annexe 2 : Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, art. 3(2) [*Mémoire d'accord*].

⁷ William Davey, « The WTO and Rules-Based Dispute Settlement: Historical Evolution, Operational Success, and Future Challenges » (2014) 17 *Journal of International Economic Law* 679 à la p. 685.

⁸ Mémoire d'accord, *supra* note 6, art. 3(2).

*even after they went through the entire WTO litigation process*⁹. » En effet, alors que les États choisissent de ne plus poursuivre les procédures mises à leur disposition ou qu'ils se rendent aux toutes dernières étapes du processus prévu, aucune mise en conformité des mesures contestées ne s'effectue. Les différends de ce type se retrouvent ainsi dans une certaine zone grise où il est connu et incontestable que les mesures de la partie perdante sont incompatibles avec ses obligations, mais qu'aucune conséquence concrète ne ressort de cette constatation dans le cadre OMC.

Si ces cas ne représentent pas la majorité des affaires traitées par l'ORD, ils sont particulièrement pertinents du fait qu'ils mettent souvent en cause des États puissants sur la scène internationale et soulèvent des questions juridiques complexes et importantes pour l'avenir du système OMC. Au vu du succès relatif du système de règlement des différends de l'OMC par rapport aux autres organisations internationales, l'identification des causes des difficultés qu'il éprouve malgré sa bonne réputation pourrait également être appliquée à d'autres institutions et permettre une meilleure compréhension des enjeux liés au respect par les États des décisions d'organes juridiques internationaux.

Ainsi, il est intéressant de se demander pourquoi certains cas ayant passé au travers de toutes les étapes du système de règlement des différends de l'OMC font l'objet d'une résolution hors-OMC ou d'une absence de résolution, alors que le système parvient à offrir une solution satisfaisante pour la majorité d'entre eux. Par quel processus les États jugent-ils qu'il est moins avantageux de mettre directement en œuvre les recommandations adoptées par l'ORD plutôt que de privilégier un mode de solution alternatif ou une guerre commerciale? S'il est vrai que le *Mémoire d'accord* indique que « ni la compensation, ni la suspension de concessions ou d'autres obligations ne sont préférables à la mise en œuvre intégrale d'une recommandation de mettre une mesure en conformité avec les accords visés¹⁰ », les cas les plus complexes auxquels l'ORD fait face semblent souvent ne répondre à aucune des avenues prévues par cet instrument juridique. L'absence de mise en œuvre véritable des recommandations de l'ORD peut donc être envisagée comme une question de « compliance » :

⁹ Joost Pauwelyn, « The Limits of Litigation : “Americanization” and Negotiation in the Settlement of WTO Disputes » (2003-2004) 19 Ohio State Journal on Dispute Resolution 121 à la p. 126.

¹⁰ *Mémoire d'accord*, *supra* note 6, art. 22(1).

tout comme on se demanderait pourquoi un État refuse de se soumettre aux obligations internationales qu'il a contractées, on se demande ainsi pourquoi il refuse de se soumettre aux recommandations d'un organe juridique par lequel il a choisi d'être lié, et en quoi le système de règlement des différends de l'OMC est insuffisant pour mettre un terme au désaccord. Il s'agit ainsi d'observer ce qui se produit afin qu'un différend sorte du cadre résolument juridictionnel ou adjudicatif du mécanisme de règlement des différends de l'OMC, puisque, sous cet angle, « *the legalization of disputes under the WTO stops, in effect, roughly where noncompliance starts*¹¹. »

Pour répondre à cette interrogation, il sera d'abord pertinent de mettre en contexte la problématique identifiée dans une perspective historique et statistique (section 1). Par la suite, un cadre théorique axé sur le choix rationnel des États sera présenté à titre de loupe d'analyse du comportement des États lors de la mise en œuvre des rapports de l'Organe d'appel (section 2). Des commentaires méthodologiques détaillant le choix de l'ensemble de cas à l'étude ainsi que les critères retenus afin de classer ces derniers suivront (section 3). Sur cette base, l'échantillon de cas sélectionnés pourra être mesuré aux critères d'analyse des différends, ce qui permettra d'en déterminer la complexité et les caractéristiques principales (section 4). Cet examen permettra ainsi d'observer les causes fréquentes et les mécanismes menant à un détournement de certains États du système de règlement des différends de l'OMC et d'ainsi déterminer si les causes du phénomène sont spécifiques à chaque différend ou si, au contraire, des tendances communes à plusieurs cas peuvent être identifiées. Les conclusions tirées à ce sujet mèneront à une discussion plus générale sur les limites intrinsèques du système de règlement des différends de l'OMC, l'accès réel au système et la relation qu'entretiennent les États avec celui-ci, pour terminer avec des commentaires sur l'avenir possible de l'ORD dans le cadre mondial actuel (section 5 et conclusion).

Le présent texte ne se veut donc pas une analyse exhaustive du fonctionnement et de la pertinence du système de règlement des différends de l'OMC. Au contraire, il se concentre sur un aspect en particulier, soit l'incapacité de l'ORD à solutionner de façon durable certains différends qui lui sont présentés. Edward Lee, dans son analyse du règlement des différends

¹¹ Joost Pauwelyn, *supra* note 9 à la p. 127.

liés à l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* (Accord sur les ADPIC), justifie ainsi son choix de se concentrer sur un seul aspect de l'OMC grâce à la métaphore suivante :

An ancient parable [...] tells the story of several blind people attempting to figure out an elephant by feeling its contours, although each person can touch only a different part of the elephant. Each feature of the elephant is accurately described, but no account adequately captures "the whole of the beast." [...] Although numerous scholars have attempted to assess how successful the WTO has been so far, their answers have been dependent on the particular feature analyzed and the perspective of each analyzer, much like the accounts of the blind people in the parable¹².

Une analyse en profondeur d'une partie précise de l'éléphant que constitue l'OMC doit être combinée avec les descriptions d'aires différentes de l'organisation afin d'obtenir une vue d'ensemble de cette dernière. Ainsi, tout comme l'image de l'éléphant peut être reconstituée grâce aux diverses descriptions des personnes aveugles dans la légende, la question des limites du système de règlement des différends de l'OMC doit elle aussi être remise dans son contexte et analysée parallèlement aux autres aspects de l'organisation. Ces aspects incluent, entre autres, la relation du système de règlement des différends avec les deux autres fonctions-clés de l'OMC, soit celles de négociation sur les questions commerciales et de surveillance et d'administration des accords OMC. Ces éléments dépassent toutefois le cadre de ce texte, et ne pourraient être ici effectués de façon complète et exhaustive. Le choix est donc fait de se concentrer sur un aspect précis du fonctionnement de l'OMC, en considérant la mise en place des conclusions atteintes dans un contexte plus large comme une étape ultérieurement possible.

¹² Edward Lee, *Measuring TRIPS Compliance and Defiance: « The WTO Compliance Scorecard »* (2010-2011) 18 *Journal of Intellectual Property Law* 401 à la p. 403.

1. MISE EN CONTEXTE

Dans une perspective historique, il est important de se rappeler que le GATT a d'abord été créé en 1947 comme un accord entre États plutôt qu'un véritable traité accompagné d'institutions. À ce titre, les États ayant signé l'accord n'étaient d'ailleurs pas désignés sous le vocable de Membres d'une organisation, mais plutôt celui de Parties contractantes¹³. La pérennité du GATT fait ainsi opposition au projet d'Organisation internationale du commerce ayant échoué en 1948, et montre la victoire d'un instrument juridique souple sur une organisation caractérisée par des institutions plus rigides¹⁴. Le système de règlement des différends retenu pour le GATT illustre particulièrement bien la direction choisie par les États. En effet, le GATT « *was never intended to become a functioning institution. As such, it did not have a well-designed system for the settlement of trade disputes*¹⁵. » La principale difficulté résidait dans l'adoption des rapports de panels, qui devait s'effectuer par le biais du consensus de toutes les Parties contractantes. Ce mode de fonctionnement octroyait ainsi *de facto* à chaque État un droit de veto et rendait les décisions des panels essentiellement non-contraignantes :

*Both the establishment of and the ruling by a panel required a consensus [...] from member countries before the GATT Council could adopt the ruling-which meant that a country found to be in violation could "veto" or block a panel or ruling simply by voting against it. On several occasions, countries "vetoed" adverse decisions, which may have contributed to the overall lack of confidence in and infrequent use of the GATT dispute system [...]*¹⁶.

Le règlement des différends dans le cadre du GATT s'apparentait donc plus à un processus de conciliation qu'à un véritable arbitrage¹⁷. De la même façon, l'absence d'un organe juridictionnel apte à réviser les rapports des groupes spéciaux découlait directement de la nature non-institutionnelle du GATT et empêchait le système de jouir de la crédibilité

¹³ *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, 30 octobre 1947, 58 RTNU 187.

¹⁴ Todd L. Allee et Jamie E. Scalera, « The Divergent Effects of Joining International Organizations: Trade Gains and the Rigors of WTO Accession » (2012) 66 *International Organization* 243 à la p. 249.

¹⁵ James C. Hartigan, *Trade Disputes and the Dispute Settlement Understanding of the WTO : An Interdisciplinary Assessment*, Bingley, Emerald Group Publishing Limited, 2009 à la p. xv.

¹⁶ Edward Lee, *supra* note 12 à la p. 406.

¹⁷ Georges Abi-Saab, « The WTO Dispute Settlement and General International Law », dans Bruce Wilson, *Key Issues in WTO Dispute Settlement : The First Ten Years*, Cambridge, Cambridge University Press/World Trade Organization, 2005 à la p. 8 ; C. O'Neal Taylor, « Impossible Cases: Lessons from the First Decade of WTO Dispute Settlement » (2007) 28 *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law* 309 à la p. 313.

nécessaire pour obtenir l'approbation des États¹⁸. Ce manque de confiance s'est traduit de façon très claire dans l'utilisation qu'ont fait les États du système, puisque seulement 101 rapports de panels ont été adoptés dans les 47 ans d'application du GATT en tant que seul accord commercial multilatéral¹⁹.

Encore aujourd'hui, l'OMC, incluant son système de règlement des différends, conserve cette philosophie de « *member-driven organization*²⁰ » qui teinte l'ensemble des activités de l'organisation. Dans cette optique, la doctrine constate qu'au sein de l'OMC, « *all decisions remain exclusively in the hands of the "Contracting Parties"*²¹. » Lors de la création de l'OMC en 1995, la modification des règles du GATT par le biais du *Mémorandum d'accord* a toutefois permis d'encadrer de façon nettement plus stricte et efficace le processus de règlement des différends, tout en conservant une souplesse essentielle quant aux moyens mis à la disposition des États pour régler leurs différends²².

Le passage du consensus positif au consensus négatif pour l'adoption des rapports²³, qui implique que les États doivent atteindre un consensus pour *ne pas* adopter un rapport plutôt que le contraire, rend ainsi impossible pour la partie défenderesse de bloquer unilatéralement l'adoption d'un rapport qui la mettrait en faute. La création d'un Organe d'appel permanent²⁴ est également vue par les experts comme un point tournant dans l'histoire du GATT et de l'OMC, rendant des décisions décrites comme « compétentes, conservatrices et responsables » par les experts²⁵. Du même souffle, le *Mémorandum d'accord* ajoute une quatrième grande étape au règlement des différends (après les consultations, le passage devant un groupe spécial puis celui devant l'Organe d'appel), destinée à encadrer et ainsi favoriser la mise en œuvre des recommandations formulées par les groupes spéciaux ou l'Organe d'appel : « *the DSU adds a*

¹⁸ Pao-Li Chang, « The Evolution and Utilization of the GATT/WTO Dispute Settlement Mechanism » (2007) Ideas Working Paper Series from RePEc 1 à la p. 1.

¹⁹ Georges Abi-Saab, *supra* note 17 à la p. 8.

²⁰ Manfred Elsig, « The World Trade Organization at Work : Performance in a Member-Driven Milieu » (2010) 5 Review of International Organizations 345 à la p. 346.

²¹ Georges Abi-Saab, *supra* note 17 à la p. 8.

²² B. Peter Rosendorff, « Stability and Rigidity : Politics and Designs of the WTO's Dispute Settlement Procedure » (2005) 99 American Political Science Review 389 à la p. 389.

²³ *Mémorandum d'accord*, *supra* note 6, art. 16(4) et 17(14).

²⁴ *Ibid.*, art. 17(1).

²⁵ Ricardo Ramirez, « Professor Hudec and the Appellate Body » (2011) 20 Minnesota Journal of International Law 265 à la p. 272.

*surveillance and implementation phase to the process to ensure that some action will be taken by the Dispute Settlement Body (DSB) in response to non-compliance*²⁶. » La combinaison de ces facteurs laisse donc entrevoir un passage d'un système relativement souple et conciliateur vers un mécanisme beaucoup plus strict et juridictionnel²⁷.

Cette transformation transparaît dans l'utilisation accrue que font les États du système de règlement des différends de l'OMC. Contre les 101 rapports de panels rendus pendant les 47 ans d'existence du GATT, on compte 161 rapports de groupes spéciaux entre 1995 et 2014²⁸, c'est-à-dire une fois et demi plus de rapports sur une période plus de deux fois moins longue. Pendant cette même période, les statistiques recensent un total 516 parties plaignantes et 488 parties défenderesses²⁹. Ces nombres témoignent sans aucun doute de la popularité du nouveau système et de la reconnaissance que les États accordent à ce dernier. Cela dit, il est toutefois intéressant de se pencher sur l'utilisation faite des étapes subséquentes du processus, qui laissent entrevoir peu à peu les lacunes du système. En effet, sur les 161 rapports adoptés par des groupes spéciaux, 109 ont été portés en appel, soit 67,7 d'entre eux³⁰. Au final, 97 rapports ont été rendus par l'Organe d'appel, certains cas ayant été abandonnés ou réglés autrement entretemps³¹.

À partir de l'étape d'adoption par l'ORD du rapport de l'Organe d'appel, le suivi des statistiques liées aux étapes subséquentes du mécanisme de règlement des différends laisse entrevoir l'existence de cas de plus en plus complexes, qui n'ont pu être réglés par les procédures de base des articles 16 et 17 du *Mémorandum d'accord*. Le passage s'effectue alors vers la quatrième phase du processus, soit celle de surveillance et de mise en œuvre, et montre bien les difficultés de mise en œuvre des recommandations. En effet, un total de 27 cas ont fait l'objet d'une contestation concernant le délai raisonnable de mise en œuvre prévu à l'article 21(3)³². En outre, 48 plaintes ont été enregistrées sous l'article 21(5) en ce qui a trait à

²⁶ C. O'Neal Taylor, *supra* note 17 à la p. 313.

²⁷ Georges Abi-Saab, *supra* note 17 à la p. 8.

²⁸ Kara Leitner et Simon Lester, « WTO Dispute Settlement 1995-2014 – A Statistical Analysis » (2015) 18 *Journal of International Economic Law* 203 à la p. 209.

²⁹ *Ibid.* à la p. 205.

³⁰ *Ibid.* à la p. 209.

³¹ *Ibid.* à la p. 210.

³² *Ibid.*

la compatibilité avec les accords de l'OMC des mesures prises pour se conformer aux recommandations du groupe spécial ou de l'Organe d'appel³³. Sur les 29 rapports qui ont finalement résulté de ces plaintes, 20 ont été portés en appel³⁴. Finalement, il s'est produit 12 plaintes quant au niveau approprié de suspension des obligations d'un État en réponse au refus de mise en conformité de l'État fautif³⁵.

Certains cas ont certes à eux seuls donné lieu à des contestations sous plusieurs de ces articles. Cependant, force est de constater qu'une proportion importante des différends qui font l'objet d'un rapport de l'Organe d'appel rencontrent des problèmes lorsque vient le temps de mettre en œuvre les recommandations. Il est donc à se demander quelle est l'issue ultime des différends qui se rendent à la quatrième et dernière étape du mécanisme de règlement des différends de l'OMC, particulièrement lorsque ceux-ci font l'objet de toutes les contestations possibles dans le cadre du processus³⁶. Les procédures pourront par exemple être abandonnées avant que leur fin ne soit atteinte, ou encore une solution mutuellement acceptable pourra être notifiée, dans les deux cas sans garantie que les mesures visées soient mises en conformité avec les obligations contractées par la partie défenderesse lors de son adhésion à l'OMC. De façon similaire, les mesures déclarées non-conformes seront maintenues malgré le passage du différend par toutes les étapes possibles du processus, avec un désaccord supplémentaire potentiel concernant le niveau acceptable des mesures de rétorsion appliquées par la partie plaignante³⁷, les moyens possibles de mise en œuvre se trouvant donc à être épuisés. Si beaucoup de différends à l'OMC ne se retrouvent jamais dans une telle situation, les statistiques relevées laissent toutefois à penser que le phénomène n'est pas complètement inconnu au système.

Il est finalement intéressant d'observer qu'une diminution importante du nombre de plaintes présentées à l'OMC a eu lieu au cours des 20 dernières années. Ainsi, pour les 185 plaintes effectuées entre 1995 et 1999 et les 139 effectuées entre 2000 et 2004, Kara Leitner et

³³ Kara Leitner et Simon Lester, *supra* note 28 à la p. 212.

³⁴ *Ibid.* à la p. 212.

³⁵ *Ibid.* à la p. 211.

³⁶ On peut par exemple penser aux cas *Communautés européennes – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (Hormones)* [CE – Hormones] ou *États-Unis – Certaines prescriptions en matière d'étiquetage indiquant le pays d'origine (EPO)* [États-Unis – EPO].

³⁷ Mémoire d'accord, *supra* note 6, art. 22(6).

Simon Lester dénombrent seulement 78 cas entre 2005 et 2009 et 86 entre 2010 et 2014³⁸. Dès 2005, la doctrine tentait ainsi déjà d'expliquer cette tendance à la baisse par diverses raisons, incluant le niveau d'efficacité du mécanisme de règlement des différends :

Thus, the [Sutherland] Report fails to mention that there has been in recent years a decline in the annual number of WTO disputes. This may simply reflect that an initial backlog of 'pending' disputes, particularly involving developed Members such as the USA or EC, have now been resolved [...]. However, it may also reflect dissatisfaction among WTO Members with aspects of the system, including the efficiency of the process and the time required for implementation of adopted reports and the remedies available³⁹.

Or, les statistiques indiquent que cette tendance s'est encore plus accentuée entre 2005 et 2014. Si les causes du déclin illustré sont certainement multiples, et si l'hypothèse selon laquelle plusieurs différends de longue date ont finalement pu être réglés dans les premières années d'existence de l'OMC est pertinente, l'analyse des cas que le système de règlement des différends de l'OMC n'est pas arrivé à régler pourrait mettre en lumière la nature des obstacles qui empêchent la résolution efficace des différends, et ainsi expliquer en partie cette tendance à la baisse.

³⁸ Kara Leitner et Simon Lester, *supra* note 28 à la p. 204.

³⁹ Niall Meagher, « So Far, So Good : But What Next? The Sutherland Report and WTO Dispute Settlement » (2005) 4 World Trade Review 409 à la p. 411.

2. CADRE THÉORIQUE

Pour parvenir à des résultats concluants et exacts, il est donc nécessaire de fixer un cadre d'analyse permettant d'expliquer de façon ordonnée pourquoi certains différends entre États ne mènent pas à la mise en conformité des mesures visées à la suite de l'utilisation du système de règlement des différends de l'OMC. Tel que mentionné précédemment, ce phénomène être vu comme une question de choix de mode de résolution de la part des États, qu'on les considère comme les seuls acteurs importants⁴⁰ ou encore parmi les principaux⁴¹ acteurs agissant comme vecteurs de changement et de continuité sur la scène internationale. Comme le fait remarquer Edward Lee⁴², la version anglaise de l'article 21(1) du *Mémoire d'accord* indique bien que la « *[p]rompt compliance with recommendations or rulings of the DSB is essential in order to ensure effective resolution of disputes to the benefit of all Members*⁴³. » Le non-respect des décisions rendues pourrait alors être abordé comme une violation négative de traités qui devrait être corrigée. Sous cette loupe, la question des cas non-réglés au sein du système OMC constituerait un choix de contourner doublement ses obligations, c'est-à-dire en violant les dispositions des accords de l'OMC et en refusant de respecter les recommandations du groupe spécial ou de l'Organe d'appel, que ce soit pour privilégier une autre avenue de résolution ou pour ignorer totalement les recommandations. Ainsi donc, il faut se tourner vers les théories des relations internationales pour se demander comment expliquer ce choix des États.

À première vue, la théorie de la *compliance* pourrait servir de cadre afin d'expliquer la décision de se conformer ou non aux recommandations d'un organe juridictionnel. À ce sujet, Julien Étienne intègre les réflexions de plusieurs auteurs pour former un cadre théorique complet de *compliance*, qui met l'accent sur le concept d'« *action processes*⁴⁴ » menant à la décision finale des États. La théorie différencie deux catégories de facteurs pris en compte par les États lorsqu'ils procèdent à une évaluation de la pertinence de respecter une obligation

⁴⁰ Kenneth Waltz, *Theory of International Politics*, Addison-Wesley Publishing Company, Reading (Massachusetts), 1979 aux pp. 93-94.

⁴¹ Robert O Keohane, « The Demand for International Regimes » (1982) 36 *International Organization* 325 à la p. 349.

⁴² Edward Lee, *supra* note 12 à la p. 416.

⁴³ Mémoire d'accord, *supra* note 6, art. 21(1).

⁴⁴ Julien Étienne, « Compliance Theory : A Goal Framing Approach » (2011) 33 *Law and Policy* 305 à la p. 307.

internationale : l'ensemble des objectifs recherchés (*goal set*) et l'ensemble des alternatives disponibles (*option set*). Ces deux ensembles sont considérés comme étant composés de facteurs hétérogènes et mutuellement concurrents qui doivent ultimement être réconciliés pour mener à une décision de *compliance* ou de *non-compliance*⁴⁵. Si les buts et alternatives répertoriés par Julien Étienne peuvent aider à éclairer le comportement des États, le champ d'application de la théorie demeure toutefois quelque peu limité par rapport au cadre d'analyse requis pour bien appréhender l'utilisation du système de règlement des différends de l'OMC. En effet, la théorie de la *compliance* peut certes s'appliquer facilement au choix d'un État de mettre en œuvre ou non une décision, mais elle ne permet pas de comparer plusieurs façons différentes de respecter une même obligation. Ainsi, lorsqu'il s'agit d'expliquer la décision de ne pas poursuivre des procédures au sein de l'OMC pour privilégier une autre option, la question posée sort du cadre de la théorie.

Le choix est donc plutôt fait de se tourner vers la théorie du choix rationnel, dont la nature plus large permet d'englober les postulats de la théorie de la *compliance* tout en permettant la prise en compte des scénarios différents de résolution des différends entre États. La doctrine fait d'ailleurs elle aussi le lien entre ces deux visions :

Jack Goldsmith and Eric Posner adopt a view of international law that treats noncompliance as simply a byproduct of a country's self-interest. In their rational choice theory, countries agree to international treaties out of their own self-interest; thus, compliance ultimately depends on a country's own self-interest in complying or not [...]»⁴⁶.

Ainsi, la théorie du choix rationnel, telle que décrite par Robert Keohane, prend pour acquis que les acteurs des relations internationales répondent de façon rationnelle aux contraintes et incitatifs auxquels ils font face⁴⁷. La prise de décision constitue donc un processus de mise en balance des options disponibles dans le but de maximiser l'utilité de l'État, en tenant compte des avantages, inconvénients et coûts d'opportunité de chaque option. Il faut alors se concentrer sur « *the reasons, based on rationality and self-interest, for a country to choose to violate its treaty obligations* »⁴⁸. » Dans le cas qui nous occupe, ce choix se

⁴⁵ Julien Étienne, *supra* note 44 aux pp. 310-311.

⁴⁶ Edward Lee, *supra* note 12 à la p. 416.

⁴⁷ Robert O. Keohane, *supra* note 41 aux pp. 328-329.

⁴⁸ Edward Lee, *supra* note 12 à la p. 416.

traduira soit par le refus de mise en œuvre des recommandations ou le détournement du système OMC. Cette analyse rejoint d'ailleurs la théorie de l'*efficient breach*, qui provient du droit des contrats et que plusieurs auteurs associent également au système OMC⁴⁹, renforçant la justesse du raisonnement proposé. Selon cette théorie, le choix de se détourner d'un contrat ou, le cas échéant, d'un accord de l'OMC, même si cela occasionne une perte directe, peut amener à un gain net en comparaison avec le respect des termes du contrat lorsque tous les effets indirects de la décision sont pris en compte⁵⁰.

Le terme de « *constraint-choice theory* » proposé par Robert Keohane⁵¹ illustre encore plus précisément l'existence de limites au cadre d'indépendance décisionnelle de l'État souverain lorsqu'il doit décider de mettre en œuvre ou non les recommandations d'un groupe spécial ou de l'Organe d'appel de l'OMC. Il indique bien que le refus de mise en œuvre ou d'utilisation du mécanisme prévu n'est généralement pas issu d'une intention directe et indépendante de l'État de délaissier ses obligations, mais plutôt le résultat d'une mise en équilibre complexe d'intérêts qui pousse l'État à considérer que c'est la meilleure décision à prendre. Il s'agit alors d'identifier le type de contraintes et les coûts d'opportunités qui leur sont associés et qui entrent en compte dans ce calcul rationnel, encadrant ainsi la marge de manœuvre dont dispose l'État.

Il est à noter que, logiquement, le choix rationnel d'un acteur peut se modifier dans le temps, si les conditions posées autour du choix se modifient également : « *changes in the characteristics of the international system will alter the opportunity costs to actors of various courses of action, and will therefore lead to changes in behavior*⁵². » Le choix rationnel est donc un concept souple et évolutif, qui se définit selon le contexte existant au moment où le choix doit être effectué. Cette constatation est particulièrement motivée dans le cas du

⁴⁹ Voir par exemple David Collins, « Efficient Breach, Reliance and Contract Remedies at the WTO » (2009) 43 *Journal of World Trade* 225 ; Krzysztof Pelc et Johannes Urpelainen, « When Do International Economic Agreements Allow Countries to Pay to Breach? » (2015) 10 *The Review of International Organizations* 231 ; Gene Grossman et Allan Sykes, « 'Optimal' Retaliation in the WTO – a commentary on the *Upland Cotton Arbitration* » (2011) 10 *World Trade Review* 133.

⁵⁰ Marco Bronckers et Freya Baetens, « Reconsidering Financial Remedies in WTO Dispute Settlement » (2013) 16 *Journal of International Economic Law* 281 à la p. 281.

⁵¹ Robert O. Keohane, *supra* note 41 à la p. 329.

⁵² *Ibid.* aux pp. 328-329.

règlement des différends à l'OMC, à cause de la nature prospective du système : « *the WTO dispute settlement system is prospective in nature, in that WTO members found to have violated WTO rules presently do not have to worry about the past*⁵³. » Dans cette optique, la décision de l'État est donc spécifique au moment précis où la nécessité de faire un choix se présente, comme le passé n'aura dans ce cas aucune incidence juridique sur la décision (il n'est toutefois pas exclu qu'il puisse avoir une incidence sur d'autres aspects de la participation de l'État à l'OMC). À la lumière de cette particularité, le choix dépendra donc plus que jamais du point dans le temps où l'occasion de décision surviendra.

La rationalité de l'État n'est par ailleurs pas absolue et reste toujours imparfaite lors de son application dans le monde réel, et particulièrement lors de son application en droit international économique⁵⁴. Ces limites incluent d'abord les coûts de transaction associés à l'évaluation par l'État de ses options, incluant les coûts d'information⁵⁵. Ainsi, il est pratiquement impossible que l'État dispose, à un moment précis, d'absolument toute l'information disponible afin de prendre une décision. De plus, même si un ensemble complet d'information était accessible à l'État, les facteurs de prise de décision pour un acteur de cette envergure sont si nombreux et complexes qu'il est extrêmement difficile, voire impossible, de tous les prendre en compte adéquatement et de leur attribuer une valeur exacte. De la même façon, la rationalité d'un choix peut être limitée selon les représentants de l'État qui en sont responsables. Il est ainsi important de se rappeler que l'État tel qu'il est désigné en relations internationales demeure gouverné par des individus qui ont eux aussi des intérêts, qui peuvent entrer en compétition avec ceux de l'État en tant qu'institution⁵⁶. Un facteur externe peut également limiter le choix des États, soit leur pouvoir relatif sur la scène internationale. Cet aspect des relations inter-étatiques est certainement pris en compte par les États dans le cadre des contraintes et intérêts qui mènent à l'identification du meilleur choix possible, comme l'indique la doctrine : « *Goldsmith and Posner do acknowledge [...] that more powerful*

⁵³ Marco Bronckers et Freya Baetens, *supra* note 50 à la p. 302.

⁵⁴ Ernst-Ulrich Petersmann, « Why Rational Choice Theory Requires a Multilevel Constitutional Approach to International Economic Law : A Response to the Case against Reforming the WTO Enforcement Mechanism » (2008) *University of Illinois Law Review* 359 à la p. 365.

⁵⁵ Robert O. Keohane, *supra* note 41 à la p. 335.

⁵⁶ Ernst-Ulrich Petersmann, *supra* note 54 à la p. 366.

countries like the U.S. have a greater "freedom of action" to violate treaties than weaker countries in the GATT/WTO system⁵⁷. »

Le choix rationnel vise ainsi la maximisation de l'utilité de l'État : « *the actors whose behavior we analyze act, in general, as rational utility maximizers in that they display consistent tendencies to adjust to external changes in ways that are calculated to increase the expected value of outcomes to them⁵⁸*. » Pour mener à une analyse exacte, la définition de ce concept doit toutefois être assez large pour englober l'ensemble des préoccupations de l'État, plutôt que d'adopter une vision strictement économique ou politique de l'enjeu. Ainsi, la théorie du choix rationnel doit être utilisée de façon à fournir une description cohérente et organisée de la prise en compte d'objectifs sur des plans multiples, par exemple matériels, émotifs, normatifs⁵⁹ ou sociaux⁶⁰.

⁵⁷ Edward Lee, *supra* note 12 à la p. 416.

⁵⁸ Robert O. Keohane, *supra* note 41 à la p. 335.

⁵⁹ Julien Étienne, *supra* note 44 à la p. 308.

⁶⁰ Andrew G. Brown et Robert M. Stern, « Issues of Fairness in Dispute Settlement », dans James C. Hartigan, *Trade Disputes and the Dispute Settlement Understanding of the WTO : An Interdisciplinary Assessment*, Bingley, Emerald Group Publishing Limited, 2009 à la p. 38.

3. MÉTHODOLOGIE

3.1 Sélection des cas

Il est avant tout nécessaire de faire une sélection des cas, c'est-à-dire d'identifier quels différends revêtent un caractère particulièrement complexe et ont épuisé les mécanismes prévus dans le cadre du système de règlement des différends de l'OMC, peu importe leur issue finale. Plusieurs auteurs constatent ainsi l'existence de cas de ce type, qu'ils désignent selon leur loupe d'analyse comme des « *wrong cases*⁶¹ », « *impossible cases*⁶² » ou, de façon plus optimiste, « *hard cases*⁶³. » Les termes utilisés traduisent tous la même idée d'incompatibilité entre les recommandations adoptées par l'ORD et l'évolution du différend dans la réalité ; les experts décrivent ainsi un « *wall of non-compliance* » atteint dans certains cas et à partir duquel aucun progrès n'est fait dans le cadre de l'OMC⁶⁴. Si l'atteinte de ce mur ne se fait pas nécessairement au même moment dans tous les cas, il est néanmoins nécessaire de fixer un cadre précis quant aux situations qui doivent être prises en compte dans la présente analyse. Le but est donc d'identifier un point de non-retour dans le processus de règlement des différends à l'OMC, dont l'atteinte dans le cadre d'un différend laisse entrevoir que le cas présente un niveau de complexité prononcé.

Cette limite est ici fixée à l'atteinte d'une demande sous l'article 22 du *Mémoire d'accord*⁶⁵, peu importe le résultat de cette demande. L'adoption d'une exigence trop stricte quant à un résultat spécifique ne reflèterait ainsi pas la réalité d'interaction entre des États souverains, qui est déterminée par une multitude d'autres facteurs que les procédures prévues dans le *Mémoire d'accord*. Néanmoins, en tant que dernière étape de règlement des

⁶¹ Robert Hudec, « GATT Dispute Settlement after the Tokyo Round : An Unfinished Business » (1980) 13 *Cornell International Law Journal* 145 à la p. 159.

⁶² C. O'Neal Taylor, *supra* note 17 à la p. 328.

⁶³ Edward Lee, *supra* note 12 à la p. 404.

⁶⁴ Joost Pauwelyn, « Enforcement and Countermeasures in the WTO : Rules are Rules – toward a more collective approach » (2000) 94 *American Journal of International Law* 335 à la p. 338. Cité par Joseph Pelzman et Amir Shoham, « WTO DSU-Enforcement Issues », dans Bruce Wilson, *Key Issues in WTO Dispute Settlement : The First Ten Years*, Cambridge, Cambridge University Press/World Trade Organization, 2005 à la p. 377.

⁶⁵ Organisation mondiale du commerce, « État actuel des différends », en ligne : Organisation mondiale du commerce <https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/dispu_current_status_f.htm> (page consultée le 22 décembre 2015).

différends existant dans le *Mémorandum d'accord*, l'atteinte de ce stade semble représenter un point tournant dans le règlement des différends à l'OMC, après lequel les probabilités de règlement dans le cadre de l'OMC sont extrêmement réduites. La progression d'un différend jusqu'à ce point témoigne également de façon non-équivoque d'un niveau de complexité exceptionnel, puisque celui-ci est alors passé par l'ensemble des étapes précédentes du *Mémorandum d'accord* sans qu'une résolution ne soit survenue, incluant un ou plusieurs examens de mise en conformité⁶⁶ et une évaluation possible du délai raisonnable à respecter pour la mise en œuvre⁶⁷.

Le nombre assez restreint de différends qui entrent dans cette catégorie illustre bien le caractère particulier du phénomène décrit. En effet, sur les 161 rapports de groupes spéciaux et 97 rapports de l'Organe d'appel adoptés depuis 1995, un total de seulement 19 se sont rendus à une contestation sous l'article 22⁶⁸. Plusieurs indicateurs objectifs renforcent cette constatation. Ainsi, dans la majorité des cas d'application de l'article 22, le groupe spécial initial avait dû prolonger au-delà du délai standard le temps de rédaction de son rapport, parfois de façon très significative. Par exemple, dans *CE – Biotech*, il s'était écoulé plus de trois ans entre l'établissement du groupe spécial et la circulation de son rapport aux Membres⁶⁹. Dans plusieurs instances, le fait qu'une même mesure appliquée par un État ait mené à plusieurs plaintes différentes à l'OMC ou à une plainte conjointe de plusieurs États renforce l'idée que la mesure présente un potentiel de controverse et de complication particulièrement élevé. Finalement, le groupe spécial initial a plusieurs fois choisi de faire appel à des experts lors de son analyse de plaintes ayant évolué dans le système OMC jusqu'à une contestation sous l'article 22. Le nombre limité de cas s'étant rendus à cette étape ne rend par ailleurs pas l'analyse moins pertinente, puisque l'issue de ces cas peut influencer la façon dont le système est utilisé même dans ses premières étapes : « *Even if they do not take place with high frequency, the type and amount of trade sanctions awarded to the complainant may well have a significant impact on how frequently the dispute-settlement system is used in the*

⁶⁶ Mémorandum d'accord, *supra* note 6, art. 21(5).

⁶⁷ *Ibid.*, art. 21(3).

⁶⁸ Voir l'annexe I pour la liste complète de cas sélectionnés. Lorsque plusieurs plaintes portaient sur les mêmes mesures et/ou qu'un seul rapport a été adopté pour plusieurs plaintes, le cas n'a été compté qu'une seule fois.

⁶⁹ *Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques (Plaintes du Canada, de l'Argentine et des États-Unis)* (2006), OMC Doc WT/DS291/R, WT/DS292/R et WT/DS293/R (Rapport du Groupe spécial).

*first place*⁷⁰. » Le choix du critère de l'article 22 semble donc particulièrement éclairant et approprié pour une analyse englobante du système de règlement des différends de l'OMC.

3.2 Critères d'analyse

État du différend	Nombre de différends
Solution mutuellement convenue notifiée à l'OMC (article 3(6) du <i>Mémorandum d'accord</i>)	10
Autorisation accordée d'appliquer des mesures de rétorsion	4
Suspension de la procédure d'arbitrage sous l'article 22	3
Mise en œuvre notifiée par défendeur à la suite d'un rapport sous l'article 22	1
Retrait de la demande d'appliquer des mesures de rétorsion	1
TOTAL	19

Tableau 1 : État des différends ayant fait l'objet d'une demande sous l'article 22 du *Mémorandum d'accord*⁷¹

La méthode choisie consistera en une analyse des différends complexes qui n'ont pas fait l'objet d'une résolution juridique dans le cadre du système OMC, afin d'identifier les causes du phénomène. Il est donc nécessaire, comme première étape d'analyse, d'observer comment ou si les 19 affaires ayant fait l'objet d'une plainte sous l'article 22 du *Mémorandum d'accord* ont pris fin. Il est dès lors possible de recenser cinq issues différentes (voir tableau 1). Sur les 19 cas dénombrés, un total de 14 ont par ailleurs été résolus ou continuent d'évoluer sans qu'aucune mesure de rétorsion n'ait été autorisée ou appliquée, et ce, après qu'une demande sous l'article 22(6) ait été présentée (solution mutuellement convenue, suspension de la procédure, ou retrait de la demande d'appliquer des mesures de rétorsion). De plus, sur les quatre cas dans lesquels des mesures de rétorsion ont été autorisées, deux ont vu cette autorisation survenir il y a plus de 10 ans, soit en 2003 et 2004, et n'ont toujours pas été

⁷⁰ Simon Schropp et David Palmeter, « Commentary on the Appellate Body Report in *EC–Bananas III (Article 21.5): Waiver–Thin, or Lock, Stock, and Metric Ton?* » (2010) 9 *World Trade Review* 7 à la p. 47.

⁷¹ OMC – État actuel des différends, *supra* note 65. Voir le détail des différends à l'annexe 1.

résolus⁷². À la lumière de cette étude, il devient apparent que la majorité des différends ont poursuivi leur cours à l'extérieur de l'OMC, certains jusqu'à l'atteinte d'une solution alors que d'autres perdurent.

Dès lors, la tâche consiste à identifier les variables indépendantes pouvant influencer la façon dont sont résolus les différends ayant épuisé les options disponibles dans le cadre du système OMC. La doctrine considère qu'un certain nombre de refus de mise en œuvre est normal dans le contexte où les États demeurent souverains : « [A] *failure of member countries to correct their own violations of a treaty [is] inevitable in an international system with political actors*⁷³. » Cependant, les raisons pour lesquelles ces refus se produisent varient selon le cas. Il s'agira donc d'identifier quels facteurs spécifiques mènent vraisemblablement à la décision rationnelle des États de ne pas mettre en conformité leurs mesures avec leurs engagements dans le cadre de l'OMC. Un total de cinq variables influençant le choix des États sont ainsi définies sur la base de la littérature et sont présentées dans cette section. Une application pratique à la jurisprudence de l'OMC suivra⁷⁴.

1) Capacité du groupe spécial ou de l'Organe d'appel à rendre une décision jugée adéquate

Les États ne souhaiteront pas mettre en œuvre une décision qu'ils considèrent incomplète ou mal adaptée à leur situation. Dans ce cadre, plus des cas sont complexes, comme ceux sélectionnés ici, plus il est difficile pour l'Organe d'appel de rendre une décision qui sera jugée satisfaisante par la partie défenderesse. Robert Hudec recensait déjà en 1980 l'existence de tels cas, les désignant comme une « surimposition de la procédure⁷⁵ » impliquant des « *issues arguably beyond the decision-making capacity of the panel procedure*⁷⁶. » Il est

⁷² Canada — Crédits à l'exportation et garanties de prêts accordés pour les aéronefs régionaux (Plainte du Brésil) (2003), OMC Doc WT/DS222/ARB (Rapport d'arbitrage au titre de l'article 22(6)) ; États-Unis — Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention (Plainte de l'Australie, du Brésil, du Chili, des Communautés européennes, de l'Inde, de l'Indonésie, du Japon, de la République de Corée et de la Thaïlande) (2004), OMC Doc WT/DS217/ARB/JPN (Rapport d'arbitrage au titre de l'article 22(6)).

⁷³ Edward Lee, *supra* note 12 à la p. 413.

⁷⁴ Voir la section 4 à la p. 25.

⁷⁵ Robert Hudec, *supra* note 61 à la p. 163.

⁷⁶ Robert Hudec, *supra* note 61 à la p. 163.

important de spécifier qu'il ne s'agit pas ici d'une insatisfaction liée au caractère défavorable de la décision pour la partie défenderesse, mais bien une incapacité potentielle de l'ORD à adopter un rapport qui rend adéquatement compte de tous les aspects du différend⁷⁷.

Cette incapacité peut être constatée sur le plan technique, lorsque les questions posées touchent un sujet si précis et complexe ou visent tant de produits que l'évaluation demande un travail colossal au groupe spécial. Hudec cite ainsi, dans le cadre du GATT, l'exemple d'une plainte de l'Uruguay qui visait 600 restrictions à l'importation appliquées par 15 pays en voie de développement (PVD)⁷⁸. Dans les cas traités depuis la création de l'OMC, on observe aussi une complexification technique des sujets à l'étude, particulièrement lorsqu'il s'agit de domaines que même la science ne peut appréhender dans leur ensemble. La capacité du système de règlement des différends de l'OMC peut aussi être limitée sur le plan juridique. Ainsi, si une plainte touche une multitude de domaines qui dépassent le cadre commercial de l'OMC, il n'est pas impossible qu'un groupe spécial ou que l'Organe d'appel n'ait pas la capacité juridique pour rendre une décision adaptée qui prend en compte de façon adéquate tous les enjeux non-commerciaux qui accompagnent la question commerciale.

Dans un contexte de choix rationnel, les États auront alors moins tendance à mettre en œuvre une décision s'ils jugent que cette dernière n'a pas bien pris en compte tous les enjeux touchés ou que les conclusions sont inadéquates dans leur situation. Ils seront alors portés à délaisser le système de règlement des différends de l'OMC pour se tourner vers une résolution à l'extérieur de celui-ci⁷⁹. La capacité des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel à produire des rapports reflétant la situation réelle dans le cadre de différends complexes est donc essentielle pour obtenir la coopération des États.

⁷⁷ C. O'Neal Taylor, *supra* note 17 aux pp. 330-331.

⁷⁸ Robert Hudec, *supra* note 61 aux pp. 163-164.

⁷⁹ C. O'Neal Taylor, *supra* note 17 aux pp. 327-328. Il cite, par exemple, *États-Unis – Traitement fiscal des « sociétés de ventes à l'étranger » (Plainte des Communautés européennes)* (2000), OMC Doc WT/DS108/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel) et *EC – Hormones*, *supra* note 36, comme des cas où les éléments factuels à la base du différend étaient si complexes à évaluer ou étaient caractérisés par tant d'incertitude que l'ORD était incapable de les appréhender pleinement.

2) Nature des domaines touchés

La nature des domaines touchés revêt également une importance capitale, non pas seulement en ce qui concerne la capacité de l'ORD à les traiter mais aussi au regard de leur importance pour les États parties au différend. La doctrine constate ainsi l'existence de différends qui attaquaient un domaine si sensible ou un élément si central à la politique et au rôle de l'État qu'il était évident que ce dernier n'allait jamais mettre en œuvre une décision qui lui serait défavorable. Dans le cas *États-Unis – Législation fiscale (DISC)*⁸⁰, qui impliquait une plainte croisée entre les États-Unis et les Communautés européennes, les États-Unis avaient d'ailleurs eux-mêmes reconnu que leur plainte ne se voulait pas réaliste : « *The United States acknowledged that the complaint made an unrealistic legal claim, conceding that no government would allow the basic structure of its tax legislation to be dictated by a provision in an international agreement on trade policy [...]*⁸¹. » Dans ce contexte, certaines plaintes peuvent plutôt constituer des mouvements stratégiques de contestation contre des mesures clairement non-conformes et qui existent depuis longtemps ou une réponse à une plainte déposée contre la partie plaignante, mais sans attente sincère de cette dernière quant à une mise en conformité. La plainte n'est donc pas faite pour donner un résultat à l'OMC et, l'État visé par un rapport défavorable en étant conscient, il n'envisage donc pas de mettre ses mesures en conformité. Ce phénomène peut en fait être placé sur un spectre de sensibilité et d'importance du domaine pour l'État visé par la plainte. Ainsi, plus la demande de la partie plaignante touche un sujet sensible ou central au rôle de l'État, moins la mise en conformité de la mesure visée en vaudra rationnellement la peine au vu des conséquences occasionnées.

3) Positionnement de l'État sur la scène internationale

Lors de leur évaluation de la situation, les États tiendront également compte des conséquences politiques de mettre en conformité ou non leur mesure. Le côté politique joue ainsi un rôle inévitable et impossible à ignorer dans l'issue d'un différend ayant atteint la fin

⁸⁰ *États-Unis – Législation fiscale (DISC)* (1976), GATT Doc L/4422, Supp n° 23 IBDD 98.

⁸¹ Robert Hudec, *supra* note 61 à la p. 164.

du processus prévu à l'OMC. Il existe donc une opposition marquée entre le processus de règlement des différends de l'OMC, dont les étapes sont clairement et nettement décrites dans le *Mémoire d'accord* et dont le caractère est résolument juridictionnel, et le contexte qui entoure ce différend juridique. Dès lors, tout différend soumis au processus juridique de l'OMC émanera d'un désaccord politique entre des États, et la décision de soumettre ce désaccord à l'OMC constituera une décision politique. De plus, dès l'atteinte de la fin des procédures prévues par l'OMC, peu importe le résultat final, le différend redeviendra strictement politique, tel que constaté précédemment :

*The system answers all questions raised about what the law means. However, it cannot guarantee when or how the panel or Appellate Body recommendations will be followed. The panel and Appellate Body recommendations tend to suggest that the losing party bring the offending measure(s) into conformity with obligations under the agreement at issue and usually do not provide any guidance on how this should be done. The DSU process thus returns a dispute to the political systems of the disputing parties*⁸².

Le calcul de l'État prend donc en compte les conséquences potentielles du refus de mise en conformité sur sa position relative sur la scène internationale. Dans cette optique, un petit État devant corriger une mesure contestée par un État puissant devrait être plus porté à le faire que si la situation était inversée. De plus, un petit État est susceptible d'hésiter à appliquer des mesures de rétorsion, même si le groupe spécial de mise en conformité l'y a autorisé, contre un État puissant, réduisant pour ce dernier les inconvénients de ne pas respecter la décision du groupe spécial⁸³. Dans les deux cas, l'État fautif pourra aussi prendre en compte l'opinion internationale face à son comportement, et pourrait être plus motivé à mettre sa mesure en conformité en raison d'une forte désapprobation de la communauté internationale quant à la mesure en question. La volonté de l'État de conserver un positionnement acceptable sur la scène internationale au-delà du seul différend à l'étude peut donc jouer un rôle très important dans l'issue du différend.

⁸² C. O'Neal Taylor, *supra* note 17 à la p. 314.

⁸³ Sarita Jackson, « Small States and Compliance Bargaining in the WTO: An Analysis of the Antigua–US Gambling Services Case » (2012) 25 Cambridge Review of International Affairs 367 aux pp. 378-379.

4) Efficacité des mesures de rétorsion

Selon la nature et le montant des mesures de rétorsion autorisées par le groupe spécial de mise en conformité, la partie défenderesse pourra être plus ou moins tentée de trouver une solution alternative. Cela est particulièrement vrai dans le cas des PVD, pour qui l'application de contre-mesures contre une puissance économique majeure risque d'être très peu efficace : « *retaliation by countries with smaller markets has virtually no impact on offending countries*⁸⁴. » Le comportement de la partie défenderesse sera donc directement influencé par l'effet économique des mesures de rétorsion, selon le montant autorisé par le groupe spécial et la nature des mesures, incluant les domaines qu'elles pourront toucher. La particularité de l'OMC étant la relation contractuelle et mutuellement bénéfique qui existe entre les États, les contre-mesures devront s'inscrire dans cette logique et constituer un incitatif assez important pour encourager les États à mettre en conformité leurs mesures contestées. Si le *Mémoire d'accord* indique que « la partie plaignante devrait d'abord chercher à suspendre des concessions [...] en ce qui concerne le(s) même(s) secteur(s) que celui (ceux) dans lequel (lesquels) le groupe spécial ou l'Organe d'appel a constaté une violation [...] »⁸⁵, la combinaison précise des domaines touchés ou l'autorisation par le groupe spécial de déroger à cette règle pourrait donner lieu à une situation où les contre-mesures toucheraient des sujets très sensibles pour la partie défenderesse, rendant cette dernière plus susceptible de mettre ses mesures en conformité avec la décision.

5) Préoccupations domestiques de l'État

Finalement, l'État évaluera aussi l'influence de sa décision sur sa situation interne⁸⁶. Les mesures de rétorsion qui pourraient être appliquées contre lui menacent donc d'avoir des effets directs sur certaines industries, ce qui pourrait entraîner une instabilité économique ou politique⁸⁷. Les pressions domestiques exercées sur le gouvernement de l'État entrent ainsi

⁸⁴ Marco Bronckers et Freya Baetens, *supra* note 50 à la p. 282.

⁸⁵ Mémoire d'accord, *supra* note 6 à l'art. 22(3).

⁸⁶ C. O'Neal Taylor, *supra* note 17 à la p. 319.

⁸⁷ Robert Hudec, *supra* note 61 à la p. 159.

dans le cadre de ce que Robert Putnam désigne comme un jeu à deux niveaux, où l'État doit réconcilier ses intérêts au niveau national avec ceux au niveau international :

At the national level, domestic groups pursue their interests by pressuring the government to adopt favorable policies, and politicians seek power by constructing coalitions among those groups. At the international level, national governments seek to maximize their own ability to satisfy domestic pressures, while minimizing the adverse consequences of foreign developments⁸⁸.

Bien que ce concept ait originellement été développé pour l'analyse de négociations internationales, l'idée de réconciliation entre les intérêts domestiques et internationaux décrit aussi bien le cadre d'évaluation de l'État lorsque vient le temps de mettre en œuvre ou non une décision susceptible d'avoir des effets sur des groupes en son sein. Par ailleurs, il est à penser que plus un certain secteur de l'économie sera influent ou plus une contre-mesure touchera un enjeu sensible pour la population de l'État, plus ce dernier pourrait être porté à prendre en compte les revendications des acteurs domestiques.

⁸⁸ Robert Putnam, « Diplomacy and Domestic Politics : The Logic of Two-Level Games » (1988) 42 *International Organization* 427 à la p. 434.

4. ANALYSE DES CAS

Lors de l'analyse, il sera pertinent de garder en tête l'issue des différends sélectionnés au regard des critères de choix rationnel trouvant application pour la partie défenderesse dans le cadre de chaque cas. Comme le groupe spécial de mise en conformité l'a rappelé dans plusieurs affaires comme *CE – Bananes III*, *CE – Hormones* ou *CE - Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques* (*CE – Biotech*), le but des mesures de rétorsion est de provoquer la mise en conformité⁸⁹. Dans la vaste majorité des cas d'application de l'article 22, cet objectif a été atteint indirectement plutôt que directement par le biais des mesures autorisées. En effet, seul le cas *États-Unis – Loi de 1916*, où les États-Unis ont volontairement abrogé la loi qui posait problème, a pris fin après l'application de mesures de rétorsion par la partie plaignante. Sur les 18 différends restants, 10 se sont soldés par un accord hors-OMC et trois par une suspension des procédures, alors qu'un cas a fait l'objet du retrait de la demande sous l'article 22. Des mesures de rétorsion ont été autorisées dans les quatre cas restants⁹⁰. Il reste donc à déterminer si des différences existent en ce qui concerne les enjeux majeurs dans chaque cas selon le dénouement observé.

- 1) Capacité du groupe spécial ou de l'Organe d'appel à rendre une décision jugée adéquate

À la lumière d'une analyse des cas, il est évident que le premier critère identifié joue un rôle majeur dans le choix des États de régler leur différend dans le cadre de l'OMC ou à l'extérieur de cette dernière. Cela est d'abord vrai pour les cas dont la complexité technique est élevée. Dans cette optique, le recours à des experts est un bon indicateur du niveau de difficulté élevé du sujet d'un différend. Dans des cas comme *CE – Hormones* ou *CE – Biotech*, la décision du groupe spécial initial était ainsi fortement basée sur la consultation d'experts que le groupe spécial avait été forcé d'effectuer. Il est cependant impossible d'ignorer l'existence d'une incertitude scientifique sur des questions aussi complexes. Si le milieu scientifique ne s'entend pas sur le niveau de risque, il est dès lors impensable qu'un

⁸⁹ Yoshinori Abe, « Implementation System of the WTO Dispute Settlement Body : A Comparative Approach » (2013) 6 *Journal of East Asia and International Law* 7 à la p. 20.

⁹⁰ Voir l'annexe 1 pour le détail du statut des différends.

organe juridique puisse se substituer aux scientifiques pour prendre une décision sur le sujet. Le problème en est un de capacité technique, lorsqu'il s'agit d'avoir une réponse exacte à une question scientifique complexe, mais est aussi juridique, au vu de l'incapacité de l'OMC d'offrir une réponse satisfaisante qui prenne en compte tous les aspects du différend dans les circonstances où elle se trouve. Devant cette constatation, les Communautés européennes ont donc choisi une avenue alternative de résolution qui permettait un dialogue bilatéral⁹¹ et répondait donc mieux à leurs préoccupations.

Cette souplesse supplémentaire a aussi été préférée à l'OMC dans des différends moins complexes techniquement mais plus complexes juridiquement, comme celui sur le bois-d'œuvre entre le Canada et les États-Unis qui s'est soldé par un accord contraignant hors de l'OMC : « *In the Softwood Lumber Mutually Agreed Solution [...], for instance, both parties waived their right to initiate WTO proceedings ('WTO-') and agreed on specific disciplines and institutional mechanisms ('WTO+') to govern their bilateral softwood lumber trade*⁹². » Il est parlant que les parties au différend aient choisi d'écarter toute possibilité de contestation future devant l'OMC, alors qu'elles y avaient déjà déposé six plaintes différentes sur le sujet⁹³. De plus, le caractère contraignant de l'accord conclu montre bien que les parties n'étaient pas opposées à être liées par des obligations dans le domaine ; seulement, elles ont préféré le faire dans un système plus souple, selon leurs termes et en prenant en compte les sensibilités des États. Alors que plusieurs procédures avaient été engagées à l'OMC, l'accord bilatéral avait finalement l'avantage de régler tous les désaccords dans un seul document.

⁹¹ Wolfgang Alschner, « Amicable Settlements of WTO Disputes: Bilateral Solutions in a Multilateral System » (2014) 13 World Trade Review 65 à la p. 77.

⁹² *Ibid.* à la p. 67.

⁹³ États-Unis — Déterminations préliminaires concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada (2006), OMC Doc WT/236/5 (Notification d'une solution mutuellement convenue) ; États-Unis — Mesure antidumping provisoire appliquée aux importations de certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada (2006), OMC Doc WT/DS247/2 (Notification d'une solution mutuellement convenue) ; États-Unis — Détermination finale en matière de droits compensateurs concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada (2004), OMC Doc WT/DS257/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel) ; États-Unis — Détermination finale de l'existence d'un dumping concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada (2004), OMC Doc WT/DS264/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel) ; États-Unis — Enquête de la Commission du commerce international dans l'affaire concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada (2004), OMC Doc WT/DS277/R (Rapport du Groupe spécial) ; États-Unis — Réexamens du droit compensateur concernant le bois d'œuvre résineux en provenance du Canada (2006), OMC Doc WT/DS311/2 (Notification d'une solution mutuellement convenue) ; Accord sur le bois d'œuvre résineux entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique, 12 septembre 2006 (en vigueur du 12 octobre 2006 au 12 octobre 2015).

Les 10 cas s'étant terminés par la notification à l'ORD d'une solution mutuellement convenue laissent à penser que les États préfèrent un niveau de souplesse supérieur à ce que les groupes spéciaux peuvent offrir dans le cadre juridique déterminé où ils doivent évoluer, ce qui permet dès lors d'appréhender de façon plus appropriée l'ensemble des aspects du différend. Ainsi, bien que l'Organe d'appel adopte un rapport de fond qui devrait normalement servir à déterminer l'issue finale d'un différend, il transparaît que les États sont forcés de dévier du cadre de l'OMC afin d'obtenir une résolution parallèle qui reflète mieux la complexité du différend et des enjeux qui lui sont associés.

Ce phénomène est d'ailleurs particulièrement avéré au vu de la multiplication des accords bilatéraux et plurilatéraux entre les États, qui rend le système international de plus en plus intégré et les obligations des États de plus en plus inter-reliées. Il se produit donc un certain effet domino lors de la modification d'une mesure, dans le cadre duquel un premier changement peut affecter la conduite d'un autre aspect de la relation bilatérale entre des États, qui en affecte alors à son tour un autre, sans fin apparente. Or, l'ORD n'est pas nécessairement outillée adéquatement et n'a pas toujours la compétence pour suivre ce chemin jusqu'à son bout. Après un certain point, il semble que les groupes spéciaux et l'Organe d'appel n'aient pas la capacité juridique ou technique de prendre en compte de façon satisfaisante tous les enjeux, juridiques ou autres, qui entourent le différend qui leur est présenté.

2) Nature des domaines touchés

Il devient également apparent que certains domaines revêtent une sensibilité particulière pour la partie défenderesse, qui est alors beaucoup plus encline à ignorer les rapports adoptés par l'ORD, même sans résolution alternative. Les cas *CE – Hormones* et *CE – Biotech* entrent sans aucun doute dans cette catégorie. Dans ce contexte, un mode de règlement alternatif doit absolument exister, d'où l'importance des « *amicable settlements for the WTO, especially as a solution for hard cases where litigation risks becoming endless and compliance is politically impossible*⁹⁴. » Les enjeux semblent souvent être liés aux domaines sanitaires et phytosanitaires (SPS) ou environnementaux, pour lesquels la partie défenderesse peut avoir

⁹⁴ Wolfgang Alschner, *supra* note 91 à la p. 66.

une inquiétude sincère quant aux conséquences potentielles du retrait des mesures mises en cause sur sa population. Dans le cas d'*Australie – Saumon*, les mesures SPS contestées avaient cependant un double objectif, puisqu'elles servaient aussi des buts protectionnistes créant un avantage pour l'Australie. Il n'en reste pas moins qu'en général, l'État hésitera à retirer des mesures dans des domaines sensibles : « *issues of health and environment [are] topics that have a tendency to excite considerable emotion in political constituencies who feel threatened-whether rationally or not*⁹⁵. » D'autres domaines peuvent plutôt être historiquement ou politiquement sensibles, non seulement à cause d'une pression exercée par la population mais aussi à cause d'une réelle résolution du gouvernement à conserver les mesures. Jusqu'à un certain point, il serait possible de dire que c'était le cas dans *Canada – Produits laitiers*, qui s'est soldé par un accord bilatéral et pour lequel le système canadien de gestion de l'offre continue d'exister jusqu'à nouvel ordre.

La partie plaignante pourra aussi hésiter à mettre en conformité des mesures non pas à cause du risque engendré pour la population, mais plutôt parce que ces mesures touchent un élément central de sa souveraineté. Le meilleur exemple de ce phénomène est le cas *États-Unis – FSC*⁹⁶. La protestation contre le traitement fiscal des sociétés américaines de vente à l'étranger était un acte stratégique des Communautés européennes, survenu en réponse à ce que ces dernières considéraient comme une stratégie trop agressive des États-Unis en matière de plaintes à l'OMC⁹⁷. Les États-Unis avaient ainsi peu de temps avant déposé des plaintes dans le cadre de *CE – Hormones* et *CE – Bananes III*, qui touchaient tous deux des politiques importantes et controversées des Communautés européennes. Le but de la plainte dans *États-Unis – FSC* était donc de viser en réponse un enjeu économique majeur pour les États-Unis, soit une question de taxation qui touchait le cœur de la souveraineté étatique⁹⁸. En initiant cette demande, les Communautés européennes elles-mêmes ne s'attendaient nullement à ce que les États-Unis mettent leur mesure en conformité dans le cadre de l'OMC vu la nature

⁹⁵ Andrew P. Thomson, « Australia - Salmon and Compliance Issues Surrounding the SPS Agreement: Sovereign Acceptance and Measure Adaptation » (2002) 33 *Law and Policy in International Business* 717 à la p. 718.

⁹⁶ *États-Unis – Traitement fiscal des « sociétés de ventes à l'étranger »*, *supra* note 79.

⁹⁷ Taylor, *supra* note 17 à la p. 406.

⁹⁸ *Ibid.* à la p. 407.

sensible du domaine touché : « *The EC knew that if it lost the FSC case, compliance would be difficult if not impossible for the United States*⁹⁹. »

Le cas *Communautés européennes et certains États membres — Aéronefs civils gros porteurs* et ses suites¹⁰⁰ illustrent également la tendance des États à contourner les conclusions de l'Organe d'appel lorsqu'un domaine stratégique est visé. En effet, les compagnies touchées, soit Boeing et Airbus, étaient à la fois la source d'importants revenus ainsi que des fleurons nationaux dans le domaine de pointe qu'est l'aéronautique, ce qui leur conférait un caractère résolument stratégique aux yeux des États-Unis et des Communautés européennes¹⁰¹. Les subventions octroyées constituaient des outils visant à s'assurer la majeure part du marché des aéronefs civils, et la nécessité d'innover relevait d'un caractère urgent afin de ne pas être distancé par le compétiteur. Dès lors, le domaine était trop sensible pour que les États décident d'appliquer de façon indépendante les recommandations de l'Organe d'appel, sans accord supplémentaire permettant d'encadrer la course aux subventions perpétuée par les gouvernements. À la lumière de ces exemples, il est donc indéniable que la nature des domaines touchés et l'importance relative de ces derniers sont certainement prises en compte par les États lors de leur évaluation de la meilleure stratégie à adopter.

3) Positionnement de l'État sur la scène internationale

Il semble également que les États privilégient parfois un règlement à l'extérieur de l'OMC parce que cette option leur permet de projeter une image moins négative de leur

⁹⁹ Taylor, *supra* note 17 à la p. 406.

¹⁰⁰ *Communautés européennes — Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs (Plainte des États-Unis)* (2011), OMC Doc WT/DS316/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel) ; *États-Unis — Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs (Plainte des Communautés européennes)* (2004), OMC Doc WT/DS317/1 (Demande de consultations des Communautés européennes) ; *Communautés européennes et certains États membres — Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs – Deuxième plainte (Plainte des États-Unis)* (2006), OMC Doc WT/DS347/1 (Demande de consultations des États-Unis) ; *États-Unis — Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs — Deuxième plainte (Plainte des Communautés européennes)* (2012), OMC Doc WT/DS353/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel) ; *États-Unis — Incitations fiscales conditionnelles pour les aéronefs civils gros porteurs (Plainte de l'Union européenne)* (2014), OMC Doc WT/DS487/1 (Demande de consultations de l'Union européenne).

¹⁰¹ Ozgur Caliskan, « An Analysis of the Airbus-Boeing Dispute From the Perspective of the WTO Process » (2010) 10 *Ege Academic Review* 1129 à la p. 1129 ; Jeffrey Kienstra, « Cleared For Landing: Airbus, Boeing, and the WTO Dispute over Subsidies to Large Civil Aircraft » (2011-2012) 32 *Northwestern Journal of International Law and Business* 569 à la p. 601.

comportement, en comparaison avec des situations où des mesures de rétorsion devraient être appliquées contre eux. Une résolution alternative peut ainsi être très similaire à un refus net de mise en conformité, en ce sens que les conclusions de l'Organe d'appel sont contournées en totalité ou en partie dans les deux cas, mais la première option est plus douce et nettement moins conflictuelle que la décision d'appliquer des contre-mesures ou de s'engager dans une guerre commerciale. Par exemple, dans *États-Unis – Coton Upland*, la doctrine considère que le désir des États-Unis de maintenir sa crédibilité internationale ou d'améliorer ses relations diplomatiques a dû jouer un certain rôle dans la résolution du différend en dehors du cadre de l'OMC¹⁰². Si le système juridique et clairement défini de l'OMC a ses avantages, cela implique aussi que la partie défenderesse a beaucoup moins de marge de manœuvre lorsque ses mesures sont déclarées non-conformes de façon catégorique et non-équivoque par un groupe spécial ou l'Organe d'appel. Même une mise en conformité alléguée pourra ainsi être soumise au groupe spécial de mise en conformité sous l'article 21(5) du *Mémoire d'accord* et pourra ainsi être strictement rejetée si elle ne provoque pas un véritable respect des accords OMC pour la partie défenderesse. Il n'existe alors aucun moyen pour cette dernière de sauver la face auprès de la communauté internationale après une décision défavorable du groupe spécial.

Il est ainsi apparent que les États préfèrent d'autres avenues moins strictes, où des solutions intermédiaires peuvent être envisagées. Il est ainsi plus facile de faire une mise en œuvre plus ou moins complète ou équitable quand le règlement se fait à l'extérieur des cadres de l'OMC. Wolfgang Alschner relève dans cette optique une tendance vers la conclusion d'accords non-permanents, comme dans *États-Unis – Coton Upland*, *États-Unis - Réduction à zéro* et *États-Unis – Bois d'œuvre*, qui donnent l'impression d'avoir réglé le cas mais sans réellement encadrer le différend à long terme, ce qui permet à l'État fautif de faire figure acceptable sur la scène internationale sans devoir sacrifier complètement sa mesure¹⁰³. Le même phénomène s'était d'ailleurs produit lors de la conclusion d'un premier accord bilatéral

¹⁰² David J. Townsend, « Stretching the Dispute Settlement Understanding : *US-Cotton's* Relaxed Interpretation of Cross-Retaliation in the World Trade Organization » (2010) 9 *Richmond Journal of Global Law and Business* 135 à la p. 163.

¹⁰³ Wolfgang Alschner, *supra* note 91 à la p. 68.

temporaire en 2001 dans le cadre de *CE – Bananes III*, que les Communautés européennes avaient tenté d'utiliser pour mettre complètement fin au différend, sans grand succès :

In contrast, Ecuador, in its own communication to the DSB, made clear that it did not consider the Understanding to be a [mutually agreed solution], stating that the agreement rather sets out implementation steps that 'can contribute to an overall, definite and universally accepted solution' once fully executed¹⁰⁴. »

L'efficacité de la technique n'est donc pas prouvée, mais elle permet certainement aux États de prolonger le processus et de donner une illusion de résolution.

Il est également à noter que la possibilité de dicter les termes d'un accord bilatéral ou de forcer la résolution du différend à l'extérieur de l'OMC est un privilège disponible uniquement aux États puissants. Il est d'ailleurs parlant que les cas qui se rendent jusqu'à une évaluation sous l'article 22 impliquent en grande majorité les États-Unis ou les Communautés européennes, qui sont défendeurs dans 15 des 20 cas recensés. Ces deux États ont généralement la puissance économique nécessaire pour résister à des mesures de rétorsion et peuvent se permettre de refuser de mettre leurs mesures en conformité lorsqu'elles le jugent important, grâce à leur position politique de puissance sur la scène internationale. Même dans les différends *États-Unis - Bois-d'œuvre*, malgré le fait que les groupes spéciaux et l'Organe d'appel aient donné raison au Canada à répétition, les États-Unis n'ont ainsi pas eu de besoin de mettre leurs mesures en conformité avant la conclusion d'un accord bilatéral. Dans ce contexte, le Canada ne pouvait pas se permettre de contrarier les États-Unis en appliquant des mesures de rétorsion sévères, mais les États-Unis pouvaient se permettre d'en quelque sorte dicter les termes du différend et des négociations subséquentes. Il est donc impossible de nier que le positionnement d'un État sur la scène internationale, ainsi que son possible changement lors de la résolution d'un différend à l'OMC, est pris en compte dans le calcul stratégique des États pour déterminer la meilleure option à choisir.

¹⁰⁴ Wolfgang Alschner, *supra* note 91 à la p. 84.

4) Efficacité des mesures de rétorsion

La même constatation s'applique lorsque vient le temps pour la partie défenderesse d'évaluer l'effet des mesures de rétorsion sur son économie. Ainsi, dans le cadre du différend qui implique certainement la plus grande disparité économique entre les acteurs parmi les cas choisis, soit *États-Unis – Jeux*, Antigua-et-Barbuda a été autorisée par voie d'arbitrage à suspendre des obligations à la hauteur d'un montant... de 21 M\$ US¹⁰⁵. Il est facile de voir que, malgré qu'Antigua ait eu raison sur le plan juridique, les moyens économiques mis à sa disposition pour inciter les États-Unis à reconnaître ce fait sont très limités, et sont plus susceptibles de nuire à l'État qui les applique qu'à l'État visé. Le différend demeure d'ailleurs l'un des seuls pour lequel aucune résolution ne s'est encore produite *de jure* ou *de facto*¹⁰⁶. L'arbitre ne peut certainement pas autoriser un montant supérieur à celui équivalant aux avantages supprimés par la mesure contestée, et dans les circonstances, les mesures de rétorsion entrent ainsi à peine dans le calcul économique des États-Unis. De façon similaire, dans *États-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd)*, le Japon renonce depuis 2014 à appliquer les mesures de rétorsion que l'arbitre lui a autorisées vu leur nature minimale¹⁰⁷. Même dans des différends comme *CE – Bananes III et CE – Hormones*, les Communautés européennes ont résisté à l'application de mesures de rétorsion, ce qui implique qu'elles se trouvaient dans une situation économique assez solide pour le faire¹⁰⁸.

Par ailleurs, dans plusieurs cas comme *États-Unis – Coton Upland* et *États-Unis – Section 110 5*), on observe que les États ont privilégié un accord de compensation négocié de façon bilatérale à l'extérieur de l'OMC plutôt que des mesures de rétorsion, d'ailleurs en complète violation de la règle du traitement de la nation la plus favorisée puisque la compensation n'est

¹⁰⁵ *États-Unis - Mesures visant la fourniture transfrontières des services de jeux et paris (Plainte d'Antigua et Barbuda)* (2007), OMC Doc WT/DS285/ARB (Décision de l'arbitre – Recours des États-Unis au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends).

¹⁰⁶ Yoshinori Abe, *supra* note 89 à la p. 18.

¹⁰⁷ *États-Unis — Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention (Plainte de l'Australie, du Brésil, du Chili, des Communautés européennes, de l'Inde, de l'Indonésie, du Japon, de la République de Corée et de la Thaïlande)*, en ligne : Organisation mondiale du commerce <https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/ds217_f.htm> (page consultée le 22 décembre 2015).

¹⁰⁸ Umut Turksen et Ruth Holder, « Contemporary Problems with the GATS and Internet Gambling » (2015) 49 *Journal of World Trade* 457 à la p. 462.

alors accordée qu'à la partie plaignante¹⁰⁹. Certains États semblent donc privilégier une voie impliquant elle aussi des concessions économiques, mais qui n'est pas directement régie par les accords de l'OMC. Il est à penser que cette avenue donne plus de contrôle à la partie défenderesse, qui peut tirer les ressources financières nécessaires du domaine qui l'avantage le plus et qui nuit moins à son économie plutôt que d'être visée par des mesures de rétorsion potentiellement dérangeantes. Une partie défenderesse peut donc devoir offrir une compensation pour ses mesures non-conformes, mais choisir une façon de le faire qui lui permettra de limiter les effets économiques négatifs sur sa situation.

Cette situation s'oppose à d'autres cas tels qu'*États-Unis – Aéronefs civils* où une résolution par le biais d'un accord de compensation est hautement improbable, étant donné les sommes importantes impliquées et la nature stratégique du domaine¹¹⁰. Or, dans ce cas, des mesures de rétorsion semblent également peu probables : les Communautés européennes ont d'ailleurs demandé l'autorisation d'appliquer de telles mesures en 2012, mais les deux parties se sont entretemps entendues pour suspendre les procédures d'arbitrage¹¹¹. Les Communautés européennes ont donc plutôt déposé une nouvelle plainte à l'OMC en 2014¹¹², prolongeant le désaccord. Il y a fort à penser que l'application de mesures simultanées de rétorsion entre les États sous l'article 22(6) du *Mémorandum d'accord*, qui pourrait même s'apparenter au début d'une guerre commerciale, nuirait à l'industrie aéronautique des deux parties au différend ainsi qu'à d'autres industries, vu la valeur des subventions et l'envergure potentiellement très importante des mesures de rétorsion¹¹³. Or, l'intention de base des parties lorsqu'elles ont choisi de déposer une plainte à l'OMC était justement d'assurer la prospérité du secteur et de leur économie plus largement ; des mesures de rétorsion menaçant d'avoir l'effet inverse seraient donc manifestement inefficaces pour résoudre le différend.

¹⁰⁹ Xiaoling Li et Yusong Chen, « Constraints of the WTO Compensation Mechanism and Implications from Recent Practice » (2015) 49 *Journal of World Trade* 643 à la p. 648 ; *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, *supra* note 13, art. I.

¹¹⁰ Jeffrey Kienstra, *supra* note 101 à la p. 604.

¹¹¹ *Ibid.* à la p. 599.

¹¹² *États-Unis — Incitations fiscales conditionnelles pour les aéronefs civils gros porteurs*, *supra* note 100.

¹¹³ Jeffrey Kienstra, *supra* note 101 à la p. 604.

5) Préoccupations domestiques de l'État

Finalement, les pressions domestiques semblent être prises en compte dans une proportion particulièrement importante des cas sélectionnés. Le fait que les Communautés européennes soient parties à plusieurs de ces différends y joue pour beaucoup, puisqu'elles doivent composer avec un troisième niveau régional de pressions, entre les niveaux multilatéral et domestique. Dans *EC – Bananes III*, c'est ainsi au niveau régional, devant la Cour de justice de l'Union européenne, qu'un importateur belge de bananes avait allégué que les mesures européennes n'étaient pas en conformité avec les accords de l'OMC¹¹⁴. La Cour de justice avait alors rejeté cette demande d'une partie privée : « *In reaching its decision, the ECJ relied on its settled case law-first announced in the Portuguese Republic case according to which the WTO Agreements, given their nature and structure, are not in principle among the rules that the Court may use to review the legality of EC measures*¹¹⁵. » Cependant, ce cas illustre bien la difficulté des États à réconcilier leurs actions sur la scène internationale avec l'opinion publique domestique. Il restera à voir si les États-Unis éprouveront des difficultés similaires en tant qu'État fédéral, alors qu'un groupe spécial a été établi le 23 février 2015 dans le cadre du cas *États-Unis – Incitations fiscales* pour juger de la conformité d'une mesure appliquée par l'État de Washington¹¹⁶.

Le cas le plus courant demeure toutefois une pression interne pour le maintien d'une mesure, qui a été observé à de maintes reprises. Parfois, comme dans le cas d'*Australie – Saumon*, il s'agit de « *topics that have a tendency to excite considerable emotion in political constituencies who feel threatened-whether rationally or not*¹¹⁷. » Une opposition au retrait de la mesure n'est donc pas nécessairement ancrée dans le caractère absolument essentiel de la mesure, mais plutôt dans l'attachement et la croyance du public en la mesure. Face à une pression domestique intense, il n'est donc pas impossible que le gouvernement, voulant satisfaire sa population et assurer sa pérennité, résiste plus aux mesures de rétorsion

¹¹⁴ *Léon Van Parys NV c Belgisch Interventie- en Restitutiebureau (BIRB)*, C-377/02, [2005] ECR I-01465.

¹¹⁵ Patricia Egli, « European Community – EC Compliance with Rulings of WTO Dispute Settlement in Bananas Dispute » (2006) 100 *American Journal of International Law* 449 à la p. 451.

¹¹⁶ Organisation mondiale du commerce, « Règlement des différends : DS487 », en ligne : Organisation mondiale du commerce <https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/ds487_f.htm> (page consultée le 22 décembre 2015).

¹¹⁷ Andrew P. Thomson, *supra* note 95 à la p. 718.

appliquées contre lui. C'est également le choix qu'ont fait les Communautés européennes dans *CE – Hormones* et *CE - Biotech*, qui entraînent dans « *a certain category of regulatory measures where they expect a high level of protectionism – domestic political pressure for protection*¹¹⁸. » Cette pression peut s'exprimer par le biais d'une opinion publique généralisée, mais aussi par la pression de certains groupes d'intérêts avantagés par les mesures maintenues par la partie défenderesse. On pense alors plutôt à des cas visant des secteurs précis organisés en lobby, comme *Canada – Produits laitiers* ou *États-Unis – Coton Upland*. En tous les cas, l'État n'a d'autre choix que de mettre en équilibre de la façon la plus efficace possible ses obligations vis-à-vis ses engagements internationaux et les autres États ainsi que sa situation interne.

La complexité relative d'un cas apparaît donc clairement par le biais du nombre de critères qui poussent l'État à vouloir maintenir une mesure non-conforme à ses obligations. Ainsi, il est manifeste que les cas reconnus comme étant les plus complexes et ayant nécessité le plus de temps avant une résolution, comme *CE – Hormones*, *CE – Biotech* et *CE – Bananes III*, reviennent dans l'analyse de pratiquement tous les critères d'évaluation établis. Cette observation illustre bien la difficulté pour les États de prendre en compte tous les aspects d'un différend pouvant affecter l'intérêt national et d'attribuer à chacun la valeur adéquate afin d'en arriver à une décision qui maximise vraiment leur utilité, d'autant plus que la meilleure option peut changer avec le temps et l'évolution des relations internationales. Le choix rationnel d'un État ne maximise donc vraiment l'utilité que dans la mesure où l'État arrive à faire une évaluation adéquate. Néanmoins, lorsque c'est le cas, il semble que, dans le cas des différends ayant atteint la dernière étape de règlement des différends de l'OMC telle que prévue à l'article 22(6) du *Mémorandum d'accord*, la tendance penche plutôt pour une résolution à l'extérieur du système OMC en raison de la souplesse accrue que cette avenue confère. Cela est particulièrement avéré dans le cas des grandes puissances, qui peuvent plus facilement dicter les termes de la résolution lorsqu'elles ne sont pas encadrées par le système OMC.

¹¹⁸ Bernard Hoekman et Joel Trachtman, « Continued Suspense: *EC-Hormones* and WTO Disciplines on Discrimination and Domestic Regulation » (2010) 9 *World Trade Review* 151 à la p. 173.

5. RÉFLEXIONS SUR LE SYSTÈME DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS DE L'OMC

Il est donc apparent que le calcul stratégique de l'État rationnel mène souvent à la conclusion qu'il est plus avantageux de favoriser un règlement, juridique ou non, à l'extérieur de l'OMC, particulièrement quand la partie défenderesse est un État puissant et que le cas revêt une complexité importante. Cette constatation n'est pas forcément négative pour l'OMC puisque, tel que mentionné précédemment, les États sont toujours encouragés à trouver un règlement mutuellement satisfaisant plutôt que d'avoir recours à des mesures de rétorsion. Cependant, le détournement presque total du système de règlement des différends de l'OMC pour les cas complexes laisse entrevoir des problèmes de fonctionnement qui vont au-delà d'une simple préférence pratique des États. Il est donc essentiel de recadrer le rôle de ce système dans le cadre mondial, en fonction de ses limites intrinsèques, des possibilités d'accès réel que le système réserve aux États ainsi que de la perception que les États en cultivent. Cette analyse permettra à terme de se prononcer sur l'avenir potentiel de l'utilisation du mécanisme.

5.1 Limites intrinsèques du système

Les cas soumis au système de règlement des différends de l'OMC sont encore plus complexes et impliquent des questions encore plus sensibles pour les États qu'en 1980, lorsque Robert Hudec avait pour la première fois constaté l'existence de « *wrong cases*¹¹⁹. » Un différend n'est donc jamais strictement économique, et implique plutôt toujours une multitude d'autres intérêts. Les améliorations apportées au système juridique de l'ancien GATT lors de la création de l'OMC ont permis à l'organisation de fonctionner de façon nettement plus efficace en limitant la capacité des États membres à faire entrave au processus¹²⁰, mais le système doit continuer de réagir à l'évolution du type de différends dans le cadre relativement rigide qui le caractérise :

The legalization has focused almost exclusively on the panel and Appellate Body process (i.e., the litigation stage leading up to a "judgment"). With the risk of "too much law" in that process, the fact remains that before and after it (i.e., in pre-panel consultations and when it comes to inducing compliance with reports), there is "not enough law"¹²¹.

¹¹⁹ Robert Hudec, *supra* note 61 à la p. 159.

¹²⁰ C. O'Neal Taylor, *supra* note 17 à la p. 318.

¹²¹ Joost Pauwelyn, *supra* note 9 à la p. 126.

La définition du rôle des groupes spéciaux et surtout de l'Organe d'appel est donc déterminante. Dans des cas de plus en plus complexes qui touchent des domaines qui ne sont pas directement ou strictement commerciaux, le fait de délaissier le cadre juridique applicable aux questions non-commerciales risque de créer un déséquilibre entre les concessions potentielles de l'État fautif en droit international économique et le reste du problème tel qu'il touche à d'autres secteurs, empêchant l'atteinte d'une conclusion entièrement satisfaisante pour les États. Au contraire, si l'Organe d'appel traite l'ensemble des questions de front sans être spécialisé dans certains domaines, il est à penser que la décision pourrait ne pas être adaptée à la réalité des autres domaines ou que l'Organe d'appel pourrait involontairement faire preuve d'un certain activisme dans un cadre juridique qui n'est pas le sien¹²². Il existe ainsi une vision selon laquelle « *the purpose of the WTO, including the dispute settlement system, is to resolve trade disputes, rather than to provide a forum for the adjudication of broader international disputes*¹²³. » En tous les cas, les groupes spéciaux et l'Organe d'appel doivent trouver un équilibre entre les deux revers de la médaille, mais les dispositions du *Mémorandum d'accord* donnent peu d'instructions sur la façon de le faire¹²⁴. Il faudrait alors modifier ces dispositions, ce qui relèverait pratiquement de l'impossible¹²⁵.

Ce questionnement met aussi en lumière le problème de l'évolution dans le temps du système de règlement des différends mais aussi des accords de l'OMC. Dans une perspective historique, il est intéressant de mentionner que les accords de l'OMC signés en 1995 avaient été rédigés en ayant en tête le règlement des différends beaucoup plus souple du GATT, puisque le *Mémorandum d'accord* n'a été négocié qu'après la rédaction de la plupart des accords¹²⁶. Il est donc pertinent de se demander s'il y aura dans le futur de plus en plus de cas non résolus, au fur et à mesure que les relations interétatiques se complexifient et que les accords de l'OMC restent figés dans le temps. Les groupes spéciaux et l'Organe d'appel pourraient alors être tentés d'adopter une interprétation des accords qui répond à l'évolution du système mondial, mais qui

¹²² Andrew G. Brown et Robert M. Stern, *supra* note 60 aux pp. 34-35.

¹²³ Niall Meagher, *supra* note 39 à la p. 413.

¹²⁴ Michel Cartland, Gérard Depayre et Jan Woznowski, « Is Something Going Wrong in the WTO Dispute Settlement? » (2012) 46 *Journal of World Trade* 979 à la p. 991.

¹²⁵ *Ibid.* à la p. 991.

¹²⁶ *Ibid.* à la p. 986.

va plus loin que ce que le texte des accords prévoit, mettant en péril la prévisibilité du règlement des différends de l'OMC : « *facilitating resolution, nevertheless, cannot take precedence over the legislative imperative to abide by the balance of rights and obligations as struck by the WTO Membership*¹²⁷. » Cette incertitude serait ainsi susceptible de pousser les États à délaisser le système pour privilégier une avenue qui leur donne plus de contrôle sur leur situation.

Il existe donc une opposition entre le caractère juridictionnel du règlement des différends à l'OMC et les différends politiques qui lui sont soumis. Le problème émane en fait de la collision entre les deux objectifs du système, soit le respect des règles de l'OMC et le règlement réel des différends¹²⁸. Si les groupes spéciaux ou l'Organe d'appel se concentrent sur un seul de ces deux éléments, il est alors extrêmement difficile de s'assurer que le second soit aussi respecté. L'utilité de résoudre un différend en dehors de l'OMC devient donc claire, dès lors qu'il semble impossible de réconcilier les deux objectifs en son sein : « *While some settlements produce an outcome effectively identical to what would have been reached through adjudications, other [mutually agreed solutions] do what WTO adjudicators cannot do: adding to or diminishing rights and obligations*¹²⁹. »

Ce manque de souplesse se reflète d'ailleurs aussi dans la nature des recours commerciaux mis à la disposition des États. Ainsi, il a déjà été constaté que le système de règlement des différends était dans sa nature prospectif, et qu'il n'offrait donc aucune compensation ou restitution pour les États lésés par des mesures non-conformes avec les accords de l'OMC¹³⁰. Au final, il apparaît donc que les remèdes existant dans le cadre du système OMC sont relativement limités, doivent être appliqués sous une forme définie et en respectant les critères du *Mémoire d'accord*, et ne visent qu'à inciter la partie défenderesse à mettre ses mesures en conformité avec les accords de l'OMC. En comparaison, les moyens disponibles hors du système sont nettement plus nombreux. Il semble donc que c'est plutôt la conscience de la possibilité de rétorsion qui, dans la majorité des cas, pousse les États à mettre leurs mesures en

¹²⁷ Petros Mavroidis, « Crisis? What Crisis? Is the WTO Appellate Body Coming of Age? », dans Terence Stewart, *Opportunities and Obligations: New Perspectives on Global and US Trade Policy*, Aalphen aan Den Rijn, Kluwer Law International, 2009 à la p. 178.

¹²⁸ Wolfgang Alschner, *supra* note 91 à la p. 69.

¹²⁹ *Ibid.* à la p. 76.

¹³⁰ Marco Bronckers et Freya Baetens, *supra* note 50 à la p. 298.

conformité dès l'adoption du rapport du groupe spécial et de l'Organe d'appel, plutôt que l'effet avéré de mesures de rétorsion appliquées en réalité.

La tentation de continuer à violer une obligation juridique dans le cadre de l'OMC est donc souvent grande dans les cas complexes ou sensibles : « *This is felt particularly in the ineffective system of WTO remedies, which do not offer enough of a deterrent either to induce compliance with adopted reports or to prevent further breaches of WTO law (to the contrary, in many cases there is ample room for efficient breach)*¹³¹. » Tel que précédemment mentionné¹³², le concept de l'« *efficient breach* » que mentionne Joost Pauwelyn peut ainsi être en grande partie assimilé à celui du choix rationnel, c'est-à-dire que le calcul stratégique effectué par l'État dans un contexte de mesures de rétorsion est plus susceptible de mener à la conclusion qu'il est avantageux de maintenir les mesures non-conformes. Cela est d'autant plus vrai que, vu la nature prospective du système, les coûts et délais supplémentaires occasionnés par la prolongation d'un différend juridique à l'OMC représenteront une perte nette pour les parties au différend. Dans ce cadre, « *settlements help the disputants to avoid unnecessary costs and delays in litigation*¹³³. » Si le système est reconnu pour son caractère juridique fort et sa stabilité, force est de constater que les considérations politiques et économiques des États s'immiscent résolument dans le processus et influencent l'utilisation qui est faite du système.

5.2 Accès réel des États au système de règlement des différends de l'OMC

De plus, tel qu'il a été constaté lors de l'analyse des cas, les options qui s'offrent à un État lorsqu'il s'agit de forcer la mise en conformité d'une mesure à laquelle il s'oppose varient grandement en fonction de la position de l'État sur la scène internationale. La décision de porter un cas devant le système de règlement des différends de l'OMC ainsi que les décisions subséquentes de continuer dans le processus de mise en œuvre sont donc fonction de la puissance relative de l'État. Cette observation est bien inscrite dans la théorie du choix rationnel, puisque c'est par rapport à sa propre position et ses intérêts spécifiques qu'un État prendra la décision de contester une mesure, ou encore refusera de retirer une mesure non-conforme. Cependant, cette

¹³¹ Joost Pauwelyn, *supra* note 9 aux pp. 126-127.

¹³² Voir section 2 à la p. 11.

¹³³ Wolfgang Alschner, *supra* note 91 à la p. 73.

situation donne lieu à une inégalité dans les options disponibles aux États qui empêche l'utilisation juste et équitable du système de règlement des différends. Dans le cadre des cas difficiles étudiés, il est ainsi parlant que la vaste majorité implique soit les États-Unis ou les Communautés européennes, ou les deux à la fois. Même lorsque d'autres États sont impliqués, il s'agit presque exclusivement d'États développés comme le Canada, l'Australie ou le Japon. Plus généralement, les États-Unis et les Communautés européennes ont à eux seuls déposé, entre 1995 et 2014, 41,4 % du total des plaintes à l'OMC¹³⁴ !

Il est particulièrement frappant que cette inégalité dans l'utilisation du système de règlement des différends persiste alors que le rôle des PVD dans le cadre plus large de l'OMC ne cesse d'augmenter :

Whereas previously under the GATT regime developing and LDC countries were primarily seen as 'rule takers' and were content to rely on their developmental status in calling for a softer, more flexible approach towards rule-making and implementation, there has been a wind of change. Since the WTO Ministerial Meeting in Cancun many WTO developing country members have learnt 'to participate more effectively [in negotiations] through coalitions' [...], turning them into 'rule makers' rather than mere 'rule takers' in search of hard, binding disciplines¹³⁵.

Cette description de la contribution grandissante des PVD est ainsi en totale opposition avec leur utilisation du système juridique de règlement des différends. Cela est particulièrement manifeste dans le cas *États-Unis – Coton Upland*, où les États du *Cotton-Four* les plus touchés par les mesures de protection américaines n'étaient pas parties demanderesse dans le cadre du différend. Le seul demandeur était ainsi le Brésil, dont le statut au sein du BRICS lui donnait une meilleure marge de manœuvre pour s'attaquer aux États-Unis. Les États africains touchés par les mesures ont plutôt privilégié la formation d'un sous-comité sur le coton¹³⁶, une avenue beaucoup plus souple et fort probablement moins efficace de protéger leurs intérêts. Les PVD peuvent indirectement bénéficier d'une recommandation de mise en conformité obtenue par un autre État mieux positionné sur la scène internationale, si la partie fautive modifie ou retire ses mesures contestées à la suite de la recommandation du groupe spécial ou de l'Organe d'appel, mais il demeure indéniable que le fait de ne pas prendre part au différend leur enlève des moyens d'action importants. Les obstacles ne sont pas que politiques mais aussi techniques : les grandes

¹³⁴ Kara Leitner et Simon Lester, *supra* note 28 à la p. 205.

¹³⁵ Mary E. Footer, *supra* note 148 à la p. 243.

¹³⁶ Organisation mondiale du commerce, Comité de l'agriculture – Session extraordinaire, *Établissement du Sous-Comité du coton* (26 novembre 2004), OMC Doc TN/AG/13.

puissances disposent des ressources nécessaires pour exploiter au maximum les possibilités offertes par le système, alors que la capacité technique des PVD est beaucoup plus limitée¹³⁷.

En dehors des difficultés spécifiques aux PVD, l'inégalité des moyens politiquement disponibles pour les États peut également menacer la crédibilité du système, qui, comme il a été constaté, est essentielle à la pérennité de celui-ci. Dans le cadre de la relation contractuelle entre les États, le système fonctionne donc grâce à un échange de droits et d'obligations réciproques dont le résultat est vu comme juste. Cependant, la participation grandissante des PVD au système menace de faire tomber l'équilibre qui fait le succès du système OMC :

Among these countries [...], all with significant economic power, reciprocity has assured a rough equivalence in perceived net benefits and therefore has seemed fair. As more developing countries have joined the system, however, the asymmetries in power have widened, and the cooperation of many countries has depended less on reciprocal exchanges among equal partners than on the desire of weaker countries to participate in the global trading system on acceptable terms¹³⁸.

La crédibilité du système, qui garantit l'utilisation de ce dernier par les États, peut donc être affectée par les difficultés d'un seul sous-groupe d'États. Dans cette optique, si le sous-groupe décrit est certes moins puissant, il demeure tout de même extrêmement important en nombre absolu d'États, d'autant plus que n'importe quel État peut théoriquement s'autoproclamer PVD¹³⁹.

5.3 Perception des États du système de règlement des différends de l'OMC

Au-delà des limites intrinsèques et des inégalités qui caractérisent le système, il est également pertinent de se pencher sur l'étendue des obligations créées par les décisions et recommandations des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel. En effet, la teneur de ces obligations et le niveau de contrainte subséquent imposé aux États déterminera la perception que ces derniers auront du système et, dès lors, l'utilisation qu'ils en feront.

D'abord, sur le plan juridique, l'article 19(1) du *Mémoire d'accord* est très clair sur le fait que les groupes spéciaux et l'Organe d'appel ne peuvent qu'émettre des recommandations

¹³⁷ Andrew G. Brown et Robert M. Stern, *supra* note 60 à la p. 36.

¹³⁸ Andrew G. Brown et Robert M. Stern, *supra* note 60 à la p. 34.

¹³⁹ Fan Cui, « Who Are the Developing Countries in the WTO ? » (2008) 1 *The Law and Development Review* 123 aux pp. 123-124.

ou des suggestions sur la façon de mettre en œuvre ces dernières. Les États-Unis avaient d'ailleurs dès 1995 fait cette déclaration à propos des limites du pouvoir de contrainte du système de règlement des différends de l'OMC :

It is important to note that the new WTO dispute settlement system does not give panels any power to order the United States or other countries to change their laws. If a panel finds that a country has not lived up to its commitments, all a panel may do is recommend that the country begin observing its obligations. It is then up to the disputing countries to decide how they will settle their differences¹⁴⁰.

Il ressort de cette affirmation un désir de rappeler la primauté de la souveraineté de l'État sur le système. Le rôle du système de règlement des différends dans ce contexte est donc d'induire l'atteinte d'une solution mutuellement satisfaisante pour les États en tranchant sur les questions de droit qui se trouvent à la base du désaccord, mais sans pour autant imposer la résolution de façon contraignante. La nature contractuelle de la relation entre les États à l'OMC¹⁴¹, qui se définit par des concessions mutuellement bénéfiques et équivalentes entre les Membres, se traduit donc aussi dans le cadre du système de règlement des différends, qui donne droit à des recours de type contractuel basé sur le choix des États : « *The violation of WTO rules by one Member gives adversely affected Members the right to withdraw some equivalent value of commitments in order to rebalance their respective rights and obligations¹⁴².* » Les actions visant à rééquilibrer la relation contractuelle inter-étatique sont donc des droits plutôt que des obligations, en respect de la pleine souveraineté des Membres. La partie défenderesse a le choix de mettre ses mesures en conformité, et la partie plaignante a le choix de demander l'autorisation d'appliquer des mesures de rétorsion. Même si le cadre de l'OMC demeure nettement plus fort que celui de la plupart des autres instruments juridiques internationaux¹⁴³, il devient indéniable que l'autonomie et la souveraineté des États sont centrales dans le fonctionnement du système : « *The WTO system works only to the extent Members want it to work, and only if they decide that compliance is in their overall economic interest. It therefore rests on the credibility of the rules, and also on the credibility of the dispute settlement decisions¹⁴⁴.* »

¹⁴⁰ Niall Meagher, *supra* note 39 à la p. 415.

¹⁴¹ Joost Pauwelyn, « A Typology of Multilateral Treaty Obligations: Are WTO Obligations Bilateral or Collective in Nature? » (2003) 14 *European Journal of International Law* 907 à la p. 909.

¹⁴² Rufus Yerxa, « The Power of the WTO Dispute Settlement System », dans Bruce Wilson, *Key Issues in WTO Dispute Settlement : The First Ten Years*, Cambridge, Cambridge University Press/World Trade Organization, 2005 à la p. 4.

¹⁴³ Edward Lee, *supra* note 12 à la p. 405.

¹⁴⁴ Rufus Yerxa, *supra* note 142 à la p. 4.

Ainsi, de la même façon que les États font le choix rationnel de mettre en œuvre ou non une décision adoptée par l'ORD, les États choisissent aussi rationnellement de participer au système OMC et à son système de règlement des différends, selon une évaluation des avantages et inconvénients liés à ce choix et en tenant compte des coûts d'opportunité. Dans cette logique, il est à penser qu'un système trop contraignant limiterait les bénéfices tout en augmentant les risques pour les États, puisque ceux-ci s'exposeraient à des sanctions potentiellement coûteuses sur les plans économique et politique, qui pourraient menacer leur situation interne ou leurs relations avec les autres États. En poussant la réflexion plus loin, il est pertinent de se demander si un système international peut même être décrit comme contraignant pour les États, dans la mesure où ces derniers, de par leur souveraineté, ont toujours le dernier choix de se retirer de l'organisation ou de refuser d'y participer, peu importe les obligations juridiques qu'ils ont contractées. Au-delà du cadre juridique qui les lie, les États doivent donc continuer d'être convaincus de l'utilité et du caractère bénéfique du système de règlement des différends.

Or, la crédibilité du système repose dans l'intégrité des organes juridiques de l'OMC et dans la capacité de ceux-ci de rendre des décisions qui conservent adéquatement l'équilibre entre les concessions des États membres. Si la facette de l'intégrité semble généralement faire consensus¹⁴⁵, celle de la justesse des décisions peut quant à elle poser problème. Il a ainsi déjà été mentionné que 67,7 % des rapports de groupes spéciaux sont portés en appel entre 1995 et 2014. Il est encore plus frappant de constater que, entre 1995 et 2010, seulement 15 % des rapports de l'Organe d'appel ont confirmé les recommandations du groupe spécial initial, alors que 81 % les ont modifiés et 4 % les ont complètement renversés¹⁴⁶. La crédibilité des groupes spéciaux initiaux peut donc être remise en cause, ce qui pourrait nuire de façon importante au fonctionnement du système de règlement des différends de l'OMC et à la mise en œuvre des décisions¹⁴⁷.

Un mécanisme de règlement des différends n'est donc obligatoire ou efficace que dans la mesure où les États lui accordent leur confiance et veulent l'utiliser. Un bon exemple de ce phénomène est l'application de certains éléments de *soft law* à l'OMC, alors que les États en

¹⁴⁵ Rufus Yerxa, *supra* note 142 à la p. 4.

¹⁴⁶ Michel Cartland, Gérard Depayre et Jan Woznowski, *supra* note 124 à la p. 989.

¹⁴⁷ Robert Hudec, *supra* note 61 à la p. 159.

appliquent certains principes « *as if the rule or standard were presumptively binding upon them*¹⁴⁸. » Il existe dès lors en quelque sorte une fiction, alors que les États décident de respecter un principe non contraignant reconnu par l'ensemble des États. Le raisonnement dans le cadre du règlement des différends est similaire, en ce sens que dans les deux cas, la souveraineté de l'État constitue l'aspect déterminant de la situation. Le choix de respecter ou non une obligation qui n'est pourtant pas juridiquement contraignante sera donc toujours fait dans un optique rationnelle selon les facteurs pouvant influencer la situation de l'État. Dans ce cadre, la doctrine constate que le contournement du système juridique de l'OMC pour une solution politique bilatérale peut entraver le bon fonctionnement du système de l'OMC : « *[Mutually agreed solutions] work primarily towards 'instant dispute resolution' and not 'systemic goals'*¹⁴⁹. » Des solutions bilatérales dans un système multilatéral menace ainsi la prévisibilité du système et pourrait mener à un cercle vicieux où plus un grand nombre de différends sont réglés à l'extérieur de l'OMC, moins les États ont tendance à se fier au système, ce qui les pousse à délaissé ce dernier encore plus.

¹⁴⁸ Mary E. Footer, « The (Re)turn to Soft Law in Reconciling the Antinomies in WTO Law » 11 Melbourne Journal of International Law 241 aux pp. 268-269.

¹⁴⁹ Wolfgang Alschner, *supra* note 91 à la p. 77.

CONCLUSION

Ainsi, devant la constatation qu'un sous-groupe de différends présentés à l'OMC arrivent à la fin du processus prévu sans être résolus grâce aux moyens prévus pour les États au sein de l'OMC, il fallait examiner les caractéristiques de ces cas afin d'identifier par quel processus les États en venaient à opter pour une solution alternative. Dans ce cadre, il a été constaté que la complexité des cas et l'intérêt qu'ils revêtaient pour les États pouvaient notamment être envisagés sous cinq facettes, soit la capacité du groupe spécial ou de l'Organe d'appel à rendre une décision jugée adéquate, la nature des domaines touchés par le différend, le positionnement de l'État sur la scène internationale, l'efficacité de mesures de rétorsion potentielles, ainsi que les préoccupations domestiques de l'État.

En tant qu'entité rationnelle qui cherche à préserver son intérêt national, l'État met en équilibre ces considérations au meilleur de sa connaissance et fait une évaluation de la stratégie qu'il est préférable d'adopter pour maximiser son utilité. Or, il est apparent que, plus un nombre élevé des critères identifiés trouve application dans le cadre d'un différend, plus la partie défenderesse penchera vers une résolution alternative. Ce choix pourrait en effet lui permettre de conserver un certain contrôle sur sa situation et d'être en mesure de protéger ses intérêts. Ainsi, les cas les plus difficiles auxquels a fait face l'Organe d'appel et pour lesquels la résolution a été la plus longue et ardue, avec en tête *CE – Hormones*, semblent être à la fois caractérisés par des obstacles techniques ou scientifiques importants au travail de l'ORD, des domaines sensibles pour l'État qui suscitent un intérêt public marqué et une partie défenderesse puissante sur les plans économique et politique, qui peut plus facilement absorber les effets économiques de mesures de rétorsion et conserver sa position sur la scène internationale.

Cependant, on observe également que les cas qui continuent d'évoluer hors du cadre de l'OMC après une demande sous l'article 22(6) du *Mémoire d'accord*, même s'ils atteignent une résolution alternative telle qu'une solution mutuellement acceptable, sont rarement parfaitement clos. Ainsi, il est à penser qu'une solution mutuellement acceptable, si elle est privilégiée par les États pour sa souplesse, exigera moins de sacrifices de la partie défenderesse que la mise en conformité des mesures fautives telle que recommandée par l'Organe d'appel.

Dès lors, l'on peut se demander si les solutions hors-OMC ne diluent pas d'une certaine façon les obligations contenues dans les accords OMC, non seulement pour les parties au différend mais également pour les autres membres de l'organisation. De plus, ces accords ne sont applicables qu'aux États parties au différend, et non aux autres États à qui les mesures contestées ont aussi pu nuire. Dans un contexte où il semble exister une certaine inégalité d'utilisation du système de règlement des différends entre les pays développés et les PVD, il n'est pas impossible que le phénomène contribue à accentuer ce déséquilibre entre les États.

On peut donc entrevoir la création d'un cercle vicieux où, plus les différends se complexifient et plus le système de règlement des différends de l'OMC est délaissé, plus les accords de l'OMC perdent à leur tour de leur valeur et de leur crédibilité aux yeux des États membres. L'historique présenté au tout début de ce texte¹⁵⁰ illustre que le mécanisme de règlement des différends du GATT avait en grande partie été délaissé à cause de son manque de crédibilité auprès des Parties contractantes, principalement dû aux procédures défectueuses d'adoption des rapports des groupes spéciaux¹⁵¹. L'OMC, au contraire, est reconnue pour son système efficace et respecté, mais il faut se demander si la multiplication des accords interétatiques et les règles internationales de plus en plus nombreuses dans les domaines non-commerciaux ne donneront pas progressivement lieu à des cas de plus en plus difficiles à appréhender et à juger, qui pourraient mettre en péril la crédibilité de l'organisation.

À propos de la pérennité de l'OMC, Edward Lee a ainsi affirmé que « *a true test of any institution is its ability to handle the controversies that are difficult to resolve*¹⁵². » À ce titre, les optimistes pourraient avancer qu'il est déjà satisfaisant que les rapports adoptés au sein de l'OMC suffisent à résoudre la majorité des différends. Au contraire, les pessimistes verront les obstacles rencontrés par le système de règlement des différends de l'OMC comme un signe d'une faiblesse généralisée de l'organisation : « *all of the WTO's three main functions – multilateral negotiations; monitoring and surveillance of the implementation of its rules; and dispute settlement – are in a state of decline, albeit at differing speeds and to varying*

¹⁵⁰ Voir section 1 à la p. 6.

¹⁵¹ James C. Hartigan, *Trade Disputes and the Dispute Settlement Understanding of the WTO : An Interdisciplinary Assessment*, Bingley, Emerald Group Publishing Limited, 2009 à la p. xv.

¹⁵² Edward Lee, *supra* note 12 à la p. 404.

*degrees*¹⁵³. » La question qui se pose sur l'avenir de l'OMC est donc reliée à son rôle et à son utilité sur la scène internationale : l'OMC reste-t-elle un accord mu par ses États membres à propos de la conduite de relations commerciales, soit la « *member-driven organization*¹⁵⁴ » décrite par Manfred Elsig, ou constitue-t-elle une organisation avec une personnalité distincte de celle de États et qui créerait finalement ses propres règles¹⁵⁵?

La réponse est d'une importance capitale, puisque les conditions du calcul stratégique que les États ont fait au moment de devenir membres de l'organisation et l'ensemble d'obligations qu'ils ont accepté risqueraient d'être modifiés en profondeur si la deuxième possibilité l'emportait sur la première. De la même façon, les blocages plus largement constatés à l'OMC et la réticence des États à accepter l'évolution des accords peuvent également être liés à la perspective d'une perturbation de l'équilibre de droits et obligations initialement accepté par les États¹⁵⁶. La décision des États de délaissier le système de règlement des différends de l'OMC dans certains cas particulièrement complexes peut donc être recadrée dans une plus vaste tendance de questionnement du rôle, de la pertinence et du pouvoir de l'OMC dans un système international en constante évolution, à laquelle il est impératif de réfléchir si l'organisation doit continuer à occuper une place centrale sur la scène internationale.

¹⁵³ Michel Cartland, Gérard Depayre et Jan Woznowski, *supra* note 124 à la p. 980.

¹⁵⁴ Manfred Elsig, *supra* note 20 à la p. 346.

¹⁵⁵ Niall Meagher, *supra* note 39 à la p. 410.

¹⁵⁶ Michel Cartland, Gérard Depayre et Jan Woznowski, *supra* note 124 à la p. 982.

BIBLIOGRAPHIE

Accords internationaux

Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, 30 octobre 1947, 58 RTNU 187.

Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, 15 avril 1994, 1867 RTNU 154, annexe 2 : Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends.

Accord sur le bois d'œuvre résineux entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique, 12 septembre 2006 (en vigueur du 12 octobre 2006 au 12 octobre 2015).

Documents de l'Organisation mondiale du commerce

Organisation mondiale du commerce, Comité de l'agriculture – Session extraordinaire, *Établissement du Sous-Comité du coton* (26 novembre 2004), OMC Doc TN/AG/13.

Jurisprudence

Australie – Mesures visant les importations de saumons (Plainte du Canada) (1998), OMC Doc WT/DS18/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).

Brésil – Programme de financement des exportations pour les aéronefs (Plainte du Canada) (1999), OMC Doc WT/DS46/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).

Canada — Crédits à l'exportation et garanties de prêts accordés pour les aéronefs régionaux (Plainte du Brésil) (2002), OMC Doc WT/DS222/R (Rapport du Groupe spécial).

Canada — Crédits à l'exportation et garanties de prêts accordés pour les aéronefs régionaux (Plainte du Brésil) (2003), OMC Doc WT/DS222/ARB (Rapport d'arbitrage au titre de l'article 22(6)).

Canada – Mesures visant l'exportation des aéronefs civils (Plainte du Brésil) (1999), OMC Doc WT/DS70/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).

Canada – Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers (Plainte des États-Unis) (1999), OMC Doc WT/DS103/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).

Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques (Plaintes du Canada, de l'Argentine et des États-Unis) (2006), OMC Doc WT/DS291/R, WT/DS292/R et WT/DS293/R (Rapport du Groupe spécial).

Communautés européennes — Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs (Plainte des États-Unis) (2011), OMC Doc WT/DS316/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).

Communautés européennes — Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones) (Plaintes du Canada et des États-Unis) (1998), OMC Doc WT/DS26/AB/R et WT/DS48/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).

Communautés européennes — Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution de bananes (Plainte de l'Équateur, du Guatemala, du Honduras, du Mexique et des États-Unis) (1997), OMC Doc WT/DS27/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).

États-Unis — Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur (Plainte des Communautés européennes) (2000), OMC Doc WT/DS160/R (Rapport du Groupe spécial).

États-Unis — Certaines prescriptions en matière d'étiquetage indiquant le pays d'origine (EPO) (Plaintes du Canada et du Mexique) (2012), OMC Doc WT/DS384/AB/R et WT/DS386/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).

États-Unis — Détermination finale de l'existence d'un dumping concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada (Plainte du Canada) (2004), OMC Doc WT/DS264/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).

États-Unis — Détermination finale en matière de droits compensateurs concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada (Plainte du Canada) (2004), OMC Doc WT/DS257/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).

États-Unis — Déterminations préliminaires concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada (Plainte du Canada) (2006), OMC Doc WT/236/5 (Notification d'une solution mutuellement convenue).

États-Unis — Enquête de la Commission du commerce international dans l'affaire concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada (Plainte du Canada) (2004), OMC Doc WT/DS277/R (Rapport du Groupe spécial).

États-Unis — Incitations fiscales conditionnelles pour les aéronefs civils gros porteurs (Plainte de l'Union européenne) (2014), OMC Doc WT/DS487/1 (Demande de consultations de l'Union européenne).

États-Unis — Législation fiscale (DISC) (1976), GATT Doc L/4422, Supp n° 23 IBDD 98.

États-Unis — Loi anti-dumping de 1916 (Plaintes des Communautés européennes et du Japon) (2000), OMC Doc WT/DS136/AB/R et WT/DS162/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).

États-Unis — Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention (Plainte de l'Australie, du Brésil, du Chili, des Communautés européennes, de

l'Inde, de l'Indonésie, du Japon, de la République de Corée et de la Thaïlande) (2003), OMC Doc WT/DS217/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).

États-Unis — Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention (Plainte de l'Australie, du Brésil, du Chili, des Communautés européennes, de l'Inde, de l'Indonésie, du Japon, de la République de Corée et de la Thaïlande) (2004), OMC Doc WT/DS217/ARB/JPN (Rapport d'arbitrage au titre de l'article 22(6)).

États-Unis – Lois, réglementations et méthode de calcul des marges de dumping (Réduction à zéro) (Plainte des Communautés européennes) (2006), OMC Doc WT/DS294/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).

États-Unis — Maintien en existence et application de la méthode de réduction à zéro (Plainte des Communautés européennes) (2009), OMC Doc WT/DS350/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).

États-Unis — Mesures affectant la production et la vente de cigarettes aux clous de girofle (Plainte de l'Indonésie) (2012), OMC Doc WT/DS406/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).

États-Unis — Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs (Plainte des Communautés européennes) (2004), OMC Doc WT/DS317/1 (Demande de consultations des Communautés européennes).

États-Unis — Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs — Deuxième plainte (Plainte des Communautés européennes) (2012), OMC Doc WT/DS353/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).

États-Unis — Mesure antidumping provisoire appliquée aux importations de certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada (Plainte du Canada) (2006), OMC Doc WT/DS247/2 (Notification d'une solution mutuellement convenue).

États-Unis — Mesures relatives à la réduction à zéro et aux réexamens à l'extinction (Plainte du Japon) (2007), OMC Doc WT/DS322/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).

États-Unis - Mesures visant la fourniture transfrontières des services de jeux et paris (Plainte d'Antigua et Barbuda) (2007), OMC Doc WT/DS285/ARB (Décision de l'arbitre – Recours des États-Unis au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends).

États-Unis — Réexamens à l'extinction des mesures antidumping visant les produits tubulaires destinés à des pays pétroliers en provenance d'Argentine (Plainte de l'Argentine) (2004), OMC Doc WT/DS268/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).

États-Unis — Réexamens du droit compensateur concernant le bois d'œuvre résineux en provenance du Canada (Plainte du Canada) (2006), OMC Doc WT/DS311/2 (Notification d'une solution mutuellement convenue).

États-Unis – Subventions concernant le coton upland (Plainte du Brésil) (2005), OMC Doc WT/DS267/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).

États-Unis – Traitement fiscal des « sociétés de ventes à l'étranger » (Plainte des Communautés européennes) (2000), OMC Doc WT/DS108/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).

Japon – Mesures visant l'importation de pommes (Plainte des États-Unis) (2003), OMC Doc WR/DS245/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).

Léon Van Parys NV c Belgisch Interventie- en Restitutiebureau (BIRB), C-377/02, [2005] ECR I-01465.

Doctrine

- **Monographies et chapitres d'ouvrages collectifs**

Abi-Saab, George, « The WTO Dispute Settlement and General International Law », dans Bruce Wilson, *Key Issues in WTO Dispute Settlement : The First Ten Years*, Cambridge, Cambridge University Press/World Trade Organization, 2005.

Bown, Chad P., *Self-Enforcing Trade : Developing Countries and WTO Dispute Settlement*, Washington, Brookings Institution Press, 2009.

Brown, Andrew G. et Robert M. Stern, « Issues of Fairness in Dispute Settlement », dans James C. Hartigan, *Trade Disputes and the Dispute Settlement Understanding of the WTO : An Interdisciplinary Assessment*, Bingley, Emerald Group Publishing Limited, 2009.

Frederking, Brian et Paul Diehl, *The Politics of Global Governance : International Organizations in an Interdependent World*, 5^e éd., Boulder, Lynne Rienner Publishers, 2015.

Hartigan, James C., *Trade Disputes and the Dispute Settlement Understanding of the WTO : An Interdisciplinary Assessment*, Bingley, Emerald Group Publishing Limited, 2009.

Mavroidis, Petros, « Crisis? What Crisis? Is the WTO Appellate Body Coming of Age? », dans Terence Stewart, *Opportunities and Obligations: New Perspectives on Global and US Trade Policy*, Aalphen aan Den Rijn, Kluwer Law International, 2009.

Pelzman, Joseph et Amir Shoham, « WTO DSU-Enforcement Issues », dans Bruce Wilson, *Key Issues in WTO Dispute Settlement : The First Ten Years*, Cambridge, Cambridge University Press/World Trade Organization, 2005.

Waltz, Kenneth, *Theory of International Politics*, Addison-Wesley Publishing Company, Reading (Massachusetts), 1979.

Yerxa, Rufus, « The Power of the WTO Dispute Settlement System », dans Bruce Wilson, *Key Issues in WTO Dispute Settlement : The First Ten Years*, Cambridge, Cambridge University Press/World Trade Organization, 2005.

- **Articles de périodiques**

Abe, Yoshinori, « Implementation System of the WTO Dispute Settlement Body : A Comparative Approach » (2013) 6 *Journal of East Asia and International Law* 7.

Allee, Todd L. et Jamie E. Scalera, « The Divergent Effects of Joining International Organizations: Trade Gains and the Rigors of WTO Accession » (2012) 66 *International Organization* 243.

Alschner, Wolfgang, « Amicable Settlements of WTO Disputes: Bilateral Solutions in a Multilateral System » (2014) 13 *World Trade Review* 65.

Bronckers, Marco et Freya Baetens, « Reconsidering Financial Remedies in WTO Dispute Settlement » (2013) 16 *Journal of International Economic Law* 281.

Caliskan, Ozgur, « An Analysis of the Airbus-Boeing Dispute From the Perspective of the WTO Process » (2010) 10 *Ege Academic Review* 1129 à la p. 1129.

Cartland, Michel, Gérard Depayre et Jan Woznowski, « Is Something Going Wrong in the WTO Dispute Settlement? » (2012) 46 *Journal of World Trade* 979.

Chang, Pao-Li, « The Evolution and Utilization of the GATT/WTO Dispute Settlement Mechanism » (2007) *Ideas Working Paper Series from RePEc* 1.

Collins, David, « Efficient Breach, Reliance and Contract Remedies at the WTO » (2009) 43 *Journal of World Trade* 225.

Cui, Fan, « Who Are the Developing Countries in the WTO ? » (2008) 1 *The Law and Development Review* 123.

Dür, Andreas, Leonardo Baccini et Manfred Elsig, « The Design of International Trade Agreements : Introducing a New Dataset » (2014) 9 *The Review of International Organizations* 353.

Egli, Patricia, « European Community – EC Compliance with Rulings of WTO Dispute Settlement in Bananas Dispute » (2006) 100 *American Journal of International Law* 449.

Elsig, Manfred, « The World Trade Organization at Work : Performance in a Member-Driven Milieu » (2010) 5 *Review of International Organizations* 345.

Étienne, Julien, « Compliance Theory : A Goal Framing Approach » (2011) 33 *Law and Policy* 305.

Falk, Richard, « World Population and International Law » (1969) 63 *American Journal of International Law* 514.

Footer, Mary E., « The (Re)turn to Soft Law in Reconciling the Antinomies in WTO Law » 11 *Melbourne Journal of International Law* 241.

Grossman, Gene et Allan Sykes, « ‘Optimal’ Retaliation in the WTO – A commentary on the *Upland Cotton* Arbitration » (2011) 10 *World Trade Review* 133.

Hoekman, Bernard et Joel Trachtman, « Continued Suspense: *EC–Hormones* and WTO Disciplines on Discrimination and Domestic Regulation » (2010) 9 *World Trade Review* 151.

Hudec, Robert, « GATT Dispute Settlement after the Tokyo Round : An Unfinished Business » (1980) 13 *Cornell International Law Journal* 145 à la p. 159.

Jackson, Sarita, « Small States and Compliance Bargaining in the WTO: An Analysis of the Antigua–US Gambling Services Case » (2012) 25 *Cambridge Review of International Affairs* 367.

Keohane, Robert O., « The Demand for International Regimes » (1982) 36 *International Organization* 325.

Kienstra, Jeffrey, « Cleared For Landing: Airbus, Boeing, and the WTO Dispute over Subsidies to Large Civil Aircraft » (2011-2012) 32 *Northwestern Journal of International Law and Business* 569 à la p. 599.

Lee, Edward, « Measuring TRIPS Compliance and Defiance: The WTO Compliance Scorecard » (2010-2011) 18 *Journal of Intellectual Property Law* 401.

Leitner, Kara et Simon Lester, « WTO Dispute Settlement 1995-2014 – A Statistical Analysis » (2015) 18 *Journal of International Economic Law* 203.

Li, Xiaoling et Yusong Chen, « Constraints of the WTO Compensation Mechanism and Implications from Recent Practice » (2015) 49 *Journal of World Trade* 643.

Lira, Cristian Delpiano, « El mecanismo de solucion de diferencias de la OMC : Un elemento de seguridad y previsibilidad en el sistema multilateral de comercio » (2011) 18 *Revista de Derecho* 213.

Meagher, Niall, « So Far, So Good : But What Next? The Sutherland Report and WTO Dispute Settlement » (2005) 4 *World Trade Review* 409.

Pauwelyn, Joost, « A Typology of Multilateral Treaty Obligations: Are WTO Obligations Bilateral or Collective in Nature? » (2003) 14 *European Journal of International Law* 907.

Pauwelyn, Joost, « Enforcement and Countermeasures in the WTO : Rules are Rules – toward a more collective approach » (2000) 94 *American Journal of International Law* 335.

Pauwelyn, Joost, « The Limits of Litigation : “Americanization” and Negotiation in the Settlement of WTO Disputes » (2003-2004) 19 *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 121.

Pelc, Krzysztof et Johannes Urpelainen, « When Do International Economic Agreements Allow Countries to Pay to Breach? » (2015) 10 *The Review of International Organizations* 231.

Petersmann, Ernst-Ulrich, « Why Rational Choice Theory Requires a Multilevel Constitutional Approach to International Economic Law : A Response to the Case against Reforming the WTO Enforcement Mechanism » (2008) *University of Illinois Law Review* 359.

Putnam, Robert, « Diplomacy and Domestic Politics : The Logic of Two-Level Games » (1988) 42 *International Organization* 427.

Ramirez, Ricardo, « Professor Hudec and the Appellate Body » (2011) 20 *Minnesota Journal of International Law* 265.

Rosendorff, B. Peter, « Stability and Rigidity : Politics and Designs of the WTO’s Dispute Settlement Procedure » (2005) 99 *American Political Science Review* 389.

Schropp, Simon et David Palmetier, « Commentary on the Appellate Body Report in *EC–Bananas III (Article 21.5)*: waiver-thin, or lock, stock, and metric ton? » (2010) 9 *World Trade Review* 7.

Taylor, C. O’Neal, « Impossible Cases: Lessons from the First Decade of WTO Dispute Settlement » (2007) 28 *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law* 309.

Thomson, Andrew P., « Australia - Salmon and Compliance Issues Surrounding the SPS Agreement: Sovereign Acceptance and Measure Adaptation » (2002) 33 *Law and Policy in International Business* 717.

Townsend, David J., « Stretching the Dispute Settlement Understanding : *US-Cotton’s* Relaxed Interpretation of Cross-Retaliation in the World Trade Organization » (2010) 9 *Richmond Journal of Global Law and Business* 135.

Turksen, Umut et Ruth Holder, « Contemporary Problems with the GATS and Internet Gambling » (2015) 49 *Journal of World Trade* 457.

- **Références web**

Organisation mondiale du commerce, « État actuel des différends », en ligne : Organisation mondiale du commerce
<https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/dispu_current_status_f.htm> (page consultée le 22 décembre 2015).

Organisation mondiale du commerce, « Règlement des différends : DS217 », en ligne : Organisation mondiale du commerce
<https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/ds217_f.htm> (page consultée le 22 décembre 2015).

Organisation mondiale du commerce, « Règlement des différends : DS487 », en ligne : Organisation mondiale du commerce
<https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/ds487_f.htm> (page consultée le 22 décembre 2015).

Union of International Associations, « Number of International Organizations by Type » (Édition 2014-2015, données de 2013), en ligne : uia.org
<http://www.uia.org/sites/uia.org/files/misc_pdfs/stats/Number_of_international_organizations_by_type_2013.pdf>.

ANNEXE I
Liste des cas sélectionnés

Numéros de référence	Titre abrégé du cas	Année de dépôt de la demande de consultations¹⁵⁷	Année de fin du différend à l'OMC¹⁵⁸	Type de résolution du différend¹⁵⁹
DS16-27	CE - Bananes III	1995	2012	Solution mutuellement acceptable
DS18	Australie – Saumon	1995	2000	Solution mutuellement acceptable
DS26-48-320-321	CE - Hormones	1996	2009 (États-Unis) 2011 (Canada)	Solution mutuellement acceptable
DS46-70-222	Brésil – Aéronefs Canada – Aéronefs	1996	En cours	Autorisation d'appliquer des mesures de rétorsion accordée en 2003 (DS222)
DS103	Canada – Produits laitiers	1997	2003	Solution mutuellement acceptable
DS108	États-Unis – FSC	1997	2006	Solution mutuellement acceptable
DS136-162	États-Unis – Loi de 1916	1998	2004	Mise en œuvre notifiée par le défendeur
DS160	États-Unis – Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur	1999	En cours	Suspension des procédures en 2003 après demande d'appliquer des mesures de rétorsion
DS217-234	États-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd)	2000	En cours	Autorisation d'appliquer des mesures de rétorsion accordée en 2004
DS245	Japon – Pommes	2002	2005	Solution mutuellement acceptable
DS236-247-257-264-277	États-Unis – Bois de construction	2001	2006	Solution mutuellement acceptable

¹⁵⁷ Pour les cas ayant impliqué plusieurs plaintes, l'année de la première plainte a été retenue.

¹⁵⁸ Pour les cas ayant impliqué plusieurs plaintes, la résolution de la dernière plainte soumise est retenue.

¹⁵⁹ Données tirées de Organisation mondiale du commerce, « État actuel des différends », en ligne : Organisation mondiale du commerce <https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/dispu_current_status_f.htm> (page consultée le 22 décembre 2015). Pour les cas ayant impliqué plusieurs plaintes, la résolution de la dernière plainte soumise est retenue.

Numéros de référence	Titre abrégé du cas	Année de dépôt de la demande de consultations¹⁵⁷	Année de fin du différend à l'OMC¹⁵⁸	Type de résolution du différend¹⁵⁹
DS267	États-Unis – Coton upland	2002	2014	Solution mutuellement acceptable
DS268	États-Unis – Réexamens à l'extinction concernant les produits tubulaires pour champs pétrolifères	2002	En cours	Suspension des procédures en 2007 après demande d'appliquer des mesures de rétorsion
DS285	États-Unis – Jeux	2003	En cours	Autorisation d'appliquer des mesures de rétorsion accordée en 2013
DS291-292-293	CE — Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques	2003	2010	Solution mutuellement acceptable
DS294-322-350	États-Unis – Réduction à zéro États-Unis – Maintien de la réduction à zéro	2003	2012	Retrait de la demande d'appliquer des mesures de rétorsion
DS316-317-347-353	CE et certains États membres — Aéronefs civils gros porteurs États-Unis — Aéronefs civils gros porteurs (2ème plainte)	2004	2012	Suspension des procédures en 2012 après demande d'appliquer des mesures de rétorsion
DS384-386	États-Unis – EPO	2008	En cours	Autorisation d'appliquer des mesures de rétorsion accordée en 2015
DS406-481	États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle	2008	2014	Solution mutuellement acceptable