

Obstacles et ouvertures processuelles pour les acteurs privés défendant des intérêts non commerciaux dans l'interprétation des accords de l'OMC

Charles-Emmanuel Côté

Volume 50, Number 1, mars 2009

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/037741ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/037741ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Côté, C.-E. (2009). Obstacles et ouvertures processuelles pour les acteurs privés défendant des intérêts non commerciaux dans l'interprétation des accords de l'OMC. *Les Cahiers de droit*, 50 (1), 207–244. <https://doi.org/10.7202/037741ar>

Article abstract

Private actors aiming to influence the interpretation of World Trade Organisation (WTO) agreements in a manner consistent with non-trade issues will quickly stumble on the monopoly of WTO members on its dispute settlement mechanism. Despite this significant barrier, recent evolution of the mechanism opens the door to new procedural access for private actors promoting non-trade issues such as sustainable consumption. The recognition of WTO panels and Appellate body's power to receive amicus curiae briefs seems most promising and needs to be further scrutinised. Careful analysis of its use by private actors however reveals that this means of private access to the WTO dispute settlement mechanism could be disappointing. Formalisation of national mechanisms for handling private complaints relating to infringement of WTO agreements by foreign States, exemplified by the United States and the European Community legislation, may be a more promising procedural means for private actors to strengthen the normative linkage between international economic law and non-trade issues.

Obstacles et ouvertures processuelles pour les acteurs privés défendant des intérêts non commerciaux dans l'interprétation des accords de l'OMC*

Charles-Emmanuel CÔTÉ**

Les acteurs privés désireux d'influencer l'interprétation des accords de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) d'une manière favorisant la prise en considération d'intérêts non commerciaux se heurteront d'emblée au monopole étatique sur son système de règlement des différends. Au-delà de cet obstacle important, l'évolution récente du système laisse apparaître certaines ouvertures processuelles dont pourraient tirer profit ces acteurs privés afin d'intégrer des perspectives non commerciales, comme celle de la promotion des modes de consommation durable, dans l'application des règles gouvernant le système commercial multilatéral. La reconnaissance du droit des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'OMC de recevoir des mémoires d'amicus curiae peut sembler particulièrement porteuse et mérite d'être évaluée à l'aulne des résultats obtenus jusqu'à présent, mais elle pourrait décevoir. La formalisation des mécanismes internes de traitement des plaintes privées concernant les accords de l'OMC, opérée par les États-Unis et la Communauté européenne, pourrait s'avérer un porte-voix plus efficace pour que les acteurs privés puissent contribuer au maillage normatif entre le droit international économique et les questions non commerciales.

* Cet article est basé sur une communication scientifique prononcée par l'auteur au colloque international organisé par le Centre d'études en droit économique (CÉDÉ) de la Faculté de droit de l'Université Laval, à Québec, du 18 au 20 septembre 2008, sur le thème « Production et consommation durables : de la gouvernance au consommateur-citoyen ». L'auteur tient à remercier les évaluateurs anonymes pour leurs commentaires sur une version antérieure de son texte.

** Professeur adjoint, Faculté de droit, Université Laval ; membre, Institut québécois des hautes études internationales ; membre, Centre d'études en droit économique (CÉDÉ) ; docteur en droit, Université McGill ; avocat, Barreau du Québec.

Private actors aiming to influence the interpretation of World Trade Organisation (WTO) agreements in a manner consistent with non-trade issues will quickly stumble on the monopoly of WTO members on its dispute settlement mechanism. Despite this significant barrier, recent evolution of the mechanism opens the door to new procedural access for private actors promoting non-trade issues such as sustainable consumption. The recognition of WTO panels and Appellate body's power to receive amicus curiae briefs seems most promising and needs to be further scrutinised. Careful analysis of its use by private actors however reveals that this means of private access to the WTO dispute settlement mechanism could be disappointing. Formalisation of national mechanisms for handling private complaints relating to infringement of WTO agreements by foreign States, exemplified by the United States and the European Community legislation, may be a more promising procedural means for private actors to strengthen the normative linkage between international economic law and non-trade issues.

	<i>Pages</i>
1 L'interétatisme et la défense d'intérêts non commerciaux par les acteurs privés dans l'interprétation des accords de l'OMC	210
1.1 Le concept de consommation durable comme exemple d'intérêts non commerciaux susceptibles d'être défendus par des acteurs privés à l'OMC	211
1.2 Le monopole étatique sur le système de règlement des différends de l'OMC : un obstacle significatif pour les acteurs privés	215
2 L'accès au système de règlement des différends de l'OMC à titre d'<i>amicus curiae</i> : une voie décevante pour les acteurs privés.....	218
2.1 Une ouverture processuelle controversée.....	218
2.1.1 La reconnaissance juridique controversée de l' <i>amicus curiae</i> à l'OMC.....	218
2.1.2 La politisation de la controverse entourant l' <i>amicus curiae</i>	222
2.2 Un accès sans impact réel	224
2.2.1 La dilution de la défense des intérêts non commerciaux par l' <i>amicus curiae</i>	224
2.2.2 L'inefficacité de la défense des intérêts non commerciaux par l' <i>amicus curiae</i>	226

3 L'accès au système de règlement des différends de l'OMC par le truchement des mécanismes nationaux de traitement des plaintes privées: un porte-voix plus efficace pour les acteurs privés?.....	228
3.1 Une ouverture processuelle licite et légitime.....	229
3.1.1 Le maillage processuel entre le système de règlement des différends de l'OMC et les acteurs privés	229
3.1.2 L'affaire <i>États-Unis—Article 301, Loi sur le commerce extérieur</i> et ses conséquences	234
3.2 Un intérêt renouvelé pour un accès au potentiel inexploré.....	236
3.2.1 Un regain d'intérêt chez les acteurs privés et les membres de l'OMC pour les mécanismes nationaux	236
3.2.2 Le potentiel inexploré des mécanismes nationaux : la défense d'intérêts non commerciaux par les acteurs privés	242

Le droit international économique est maintenant une pièce maîtresse du droit international, à un point tel qu'il pourrait être tentant de le voir comme l'un des axes d'un véritable droit constitutionnel international. Ce constat se fonde tant sur la portée considérable du champ d'application des accords de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), sur le caractère très sophistiqué de leurs dispositions et la compétence obligatoire fort étendue du système de règlement des différends de l'OMC, que sur le nombre en constante croissance d'États qui adhèrent à l'OMC et aux règles du système commercial multilatéral. L'action gouvernementale de tout État membre de l'OMC interpelle le droit international économique et la question de la licéité des mesures nationales au regard de ses règles se pose non seulement à l'égard de mesures purement commerciales, mais aussi dans le cas de mesures qui poursuivent *a priori* des objectifs non commerciaux. La portée tentaculaire des accords de l'OMC fait en sorte que ceux-ci et leur application intéressent un large spectre d'acteurs, dépassant le rayon classique des personnes actives dans les relations commerciales internationales que sont les gouvernements et les opérateurs économiques.

Le cas des mesures nationales destinées à promouvoir la consommation durable illustre bien cette diversification de l'angle sous lequel de nouveaux acteurs privés s'intéressent à l'application des accords de l'OMC, spécialement dans le cadre de son système de règlement des différends. Ces mesures visent en effet des objectifs avant tout non commerciaux, mais qui peuvent cependant toucher au commerce international des produits et des services, ce qui soulève la question de l'adéquation des accords de l'OMC face à la consommation durable. L'arrimage entre le droit international

économique et ce concept se réalisera surtout dans le cadre de différends commerciaux internationaux portés devant le système de règlement des différends de l'OMC, où l'interprétation du texte des accords est déterminante. Or les acteurs privés désireux d'influencer l'interprétation des accords de l'OMC d'une manière favorisant la prise en considération d'intérêts non commerciaux se heurteront d'emblée au monopole étatique sur son système de règlement des différends (1).

Au-delà de cet obstacle important, l'évolution récente du système laisse apparaître certaines ouvertures processuelles dont pourraient tirer profit ces acteurs privés afin d'intégrer des perspectives non commerciales, comme celle de la consommation durable, dans l'application des règles gouvernant le système commercial multilatéral. La reconnaissance du droit des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'OMC de recevoir des mémoires d'*amicus curiae* peut sembler particulièrement porteuse et mérite d'être évaluée à l'aulne des résultats obtenus jusqu'à présent, mais elle pourrait décevoir (2). La formalisation des mécanismes internes de traitement des plaintes privées concernant les accords de l'OMC, opérée par les États-Unis et la Communauté européenne, pourrait s'avérer un porte-voix plus efficace pour que les acteurs privés puissent contribuer au maillage normatif entre le droit international économique et les intérêts non commerciaux (3).

1 L'interétatisme et la défense d'intérêts non commerciaux par les acteurs privés dans l'interprétation des accords de l'OMC

Les mesures prises par des États à des fins *a priori* non commerciales doivent composer avec l'existence d'obligations internationales prévues par les accords de l'OMC. Les mesures destinées à promouvoir des modes de consommation durable offrent un exemple nouveau d'une problématique classique en droit international économique. L'objet de notre propos n'est pas d'examiner la licéité de ces mesures au regard du droit international économique, mais il est utile de suggérer certains éléments de maillage normatif entre ces mesures et les accords de l'OMC, afin de rendre plus concret le reste de notre discussion sur les voies processuelles ouvertes aux acteurs privés pour défendre des intérêts non commerciaux dans l'interprétation de ces accords. La préoccupation pour la consommation durable est née hors de l'enceinte de l'OMC et la question de la réception de ce concept par les accords de l'OMC est d'abord susceptible de se poser lors de l'interprétation des accords de l'OMC, dans le cadre de son système de règlement des différends. Les acteurs privés souhaitant avoir une influence sur l'interprétation des accords de l'OMC se heurteront d'emblée au monopole étatique sur le système.

1.1 Le concept de consommation durable comme exemple d'intérêts non commerciaux susceptibles d'être défendus par des acteurs privés à l'OMC

L'émergence au plan international du concept de consommation durable est contemporaine du Sommet de la Terre, qui s'est tenu à Rio de Janeiro en 1992¹. Le concept renvoie au constat que, pour parvenir à un développement réellement durable, il est indispensable d'agir non seulement sur les modes de production, mais également sur les modes de consommation. Plusieurs études démontrent en effet que l'augmentation de la consommation risque de réduire à néant tous les efforts consentis pour augmenter l'efficacité énergétique. Le plan d'action adopté à l'issue du Sommet de la Terre exhorte les pays développés à élaborer des politiques et des stratégies nationales visant à établir des modes de consommation durable². Ces mesures nationales agiront tantôt directement sur les modes de consommation, tantôt indirectement sur ceux-ci en tentant plutôt d'infléchir les modes de production.

Pour se faire une idée générale de la nature des mesures nationales que les États sont appelés à prendre pour donner chair au concept de consommation durable, il est utile de se référer au *Programme relatif à la poursuite de la mise en œuvre d'Action 21*, adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies³. Une étude réalisée par l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) donne une idée encore plus

-
1. Sur les concepts de développement et de consommation durables, voir généralement : Peter P. ROGERS, Kazi F. JALAL et John A. BOYD, *An Introduction to Sustainable Development*, Londres, Earthscan, 2008 ; Tim JACKSON, « Sustainable Consumption », dans Giles ATKINSON, Simon DIETZ et Eric NEUMAYER (dir.), *Handbook of Sustainable Development*, Cheltenham, Edward Elgar, 2007, p. 254 ; Susan BAKER, *Sustainable Development*, New York, Routledge, 2006 ; COMMISSION EUROPÉENNE, *Sustainable Consumption and Production in the European Union*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2004 ; Marie-Claire CORDONIER SEGGER et Ashfaq KHALFAN (dir.), *Sustainable Development Law. Principles, Practices, & Prospects*, Oxford, Oxford University Press, 2004 ; Markus W. GEHRING et Marie-Claire CORDONIER SEGGER (dir.), *Sustainable Development in World Trade Law*, vol. 9, La Haye, Kluwer Law International, 2005 ; James SALZMAN, « Sustainable Consumption and the Law », (1997) 27 *Envtl. L.* 1243 ; Ludwig KRÄMER, « Consommation durable : espoir ou illusion ? », dans Thierry BOURGOIGNIE (dir.), *Regards croisés sur les enjeux contemporains du droit de la consommation*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, p. 49.
 2. *Action 21*, Doc. off. Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, Doc. N.U. A/CONF.151/26/Rev.1 (1992), chap. 4 : « Modification des modes de consommation ».
 3. *Programme relatif à la poursuite de la mise en œuvre d'Action 21*, Rés. A.G. S-19/2, Doc. off. A.G. N.U., 19^e sess. extra., suppl. n° 2, Doc. N.U. A/S-19/33 (1997), par. 28.

concrète de la nature des mesures envisagées⁴. Celle-ci offre un aperçu de l'éventail de politiques et de moyens d'action dont disposent les États pour mettre en œuvre l'objectif de promouvoir les modes de consommation durable, basé sur un inventaire des mesures prises par les pays membres de l'OCDE.

Parmi les mesures recensées, plusieurs pourraient être qualifiées en droit international économique de «réglementations intérieures», de «mesures sanitaires ou phytosanitaires» ou de «règlements techniques»⁵ : interdiction de la production, de la vente et de l'utilisation de produits nuisibles ; normes minimales applicables aux produits, comme des niveaux minimaux de rendement énergétique ou d'économie d'eau ; étiquetage visant à influencer le comportement des consommateurs, comme l'écoétiquetage informant le consommateur de l'ensemble du cycle de vie du produit, de son rendement énergétique, de sa consommation d'eau, de sa provenance de l'agriculture biologique, etc. D'autres mesures recensées se qualifieraient plutôt de «taxes intérieures»⁶ en droit international économique : fiscalité différentielle pour stimuler l'utilisation de produits durables, comme un type de carburant par rapport à un autre, écotaxe sur les produits nocifs pour l'environnement, etc.

À l'évidence, des mesures nationales de cette nature sont susceptibles de toucher au commerce international des produits visés, de le restreindre, voire de l'interdire. Ces mesures se heurtent donc aux obligations internationales auxquelles a souscrit l'État qui les a prises, au premier rang desquelles se trouvent, dans le domaine économique, les obligations prévues par les accords de l'OMC⁷.

4. ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES (OCDE), *Vers des modes de consommation durables. Le point sur les initiatives des pays Membres*, Paris, OCDE, 1998.

5. *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, 30 octobre 1947, 55 R.T.N.U. 187, art. III:4 (application provisoire le 1^{er} janvier 1948) (ci-après «*GATT de 1947*»), repris par l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994*, annexe 1A de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce* (ci-après «*Accord instituant l'OMC*»), 15 avril 1994, 1867 R.T.N.U. 192, 33 I.L.M. 1154, art. 1 (a) (entré en vigueur le 1^{er} janvier 1995) (ci-après «*GATT de 1994*»); *Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires*, annexe 1A de l'*Accord instituant l'OMC*, 15 avril 1994, 1867 R.T.N.U. 508, art. 1, et annexe A, art. 1 (entré en vigueur le 1^{er} janvier 1995) (ci-après «*Accord SPS*»); *Accord sur les obstacles techniques au commerce*, annexe 1A de l'*Accord instituant l'OMC*, 15 avril 1994, 1868 R.T.N.U. 141, art. 1 (1.2), et annexe 1, art. 1 (entré en vigueur le 1^{er} janvier 1995) (ci-après «*Accord OTC*»).

6. *GATT de 1994*, préc., note 5, art. III:2.

7. Tous les membres de l'OCDE sont membres de l'OMC et sont donc soumis aux obligations prévues par les accords de l'OMC. Voir : OCDE, «Membres et partenaires. Les 30 pays membres de l'OCDE», [En ligne], [www.oecd.org/pages/0,3417,fr_36734052_36

Une mesure nationale destinée à promouvoir un mode de consommation durable pourrait, par exemple, entrer en conflit avec le principe de la non-discrimination dans les relations commerciales internationales, consacré entre autres par la norme de la nation la plus favorisée et celle du traitement national, qui interdisent aux membres de l'OMC de traiter différemment les produits importés similaires selon leur origine ou en comparaison des produits nationaux similaires⁸. Le concept de consommation durable interviendrait dans l'analyse de la similarité des produits dans un différend donné, dans la question de savoir si un État peut traiter différemment un produit selon qu'il participe d'un tel mode de consommation ou non. Certains pourraient vouloir en faire un nouveau critère à prendre en considération ou encore vouloir renforcer ceux des « perceptions et comportements des consommateurs » ou des « propriétés physiques du produit »⁹.

Le concept de consommation durable pourrait aussi intervenir dans l'interprétation à donner aux exceptions générales prévues par les accords de l'OMC, permettant de justifier des violations aux obligations prévues, au nom de la poursuite d'objectifs non commerciaux supérieurs¹⁰. En particulier, les exceptions concernant la protection de la moralité publique, de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou la préservation des végétaux, ainsi que la conservation des ressources naturelles épuisables, pourraient s'avérer potentiellement intéressantes¹¹.

La question de la possibilité de tenir compte des procédés et des méthodes de production dans l'application d'une mesure nationale à l'importation d'un produit, question controversée dans l'histoire du droit

761800_1_1_1_1_1,00.html] (23 juillet 2008); OMC, « Comprendre l'OMC : L'organisation. Liste des membres et observateurs », [En ligne], [www.wto.org/french/thewto/f/whatis_f/tif_f/org6_f.htm] (23 juillet 2008).

8. *GATT de 1994*, préc., note 5, art. I:1, III:2 et III:4.
9. Sur le test de similarité, voir: *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques (Plainte des Communautés européennes)*, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS8/AB/R (4 octobre 1996), 22-23; *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant (Plainte du Canada)*, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS135/AB/R (12 mars 2001), par. 101 (ci-après « *CE – Amiante*, Organe d'appel »); Ole Kristian FAUCHALD, « Flexibility and Predictability Under the World Trade Organization's Non-Discrimination Clauses », (2003) 37-3 *J. World Trade* 443; Jonell B. GOCO, « Non-discrimination, "Likeness", and Market Definition in World Trade Organization Jurisprudence », (2006) 40-2 *J. World Trade* 315.
10. *GATT de 1994*, préc., note 5, art. XX. Pour une application récente, voir *Brésil – Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés (Plainte des Communautés européennes)*, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS332/AB/R (3 décembre 2007) (ci-après « *Brésil – Pneumatiques rechapés*, Organe d'appel »).
11. *GATT de 1994*, préc., note 5, art. XX (a), (b) et (g).

international économique, pourrait aussi être soulevée dans un différend mettant en cause le concept de consommation durable¹². De même, des mesures nationales du type de celles qui ont été énoncées précédemment pourraient entrer en conflit avec les obligations prévues pour les mesures sanitaires et phytosanitaires ou encore les obstacles techniques au commerce; des questions mettant en cause leur rationalité scientifique, leur proportionnalité, leur légitimité et leur compatibilité avec la normalisation internationale pourraient être soulevées¹³.

Parmi les autres questions envisageables, il faut mentionner la possibilité que l'application d'une mesure nationale faisant la promotion de la consommation durable fasse l'objet d'une plainte en situation de non-violation. Malgré sa rareté, ce type de plainte renvoie à l'hypothèse où une mesure compatible avec les accords de l'OMC a néanmoins pour effet d'annuler ou de compromettre les avantages qui en découlent pour un autre membre¹⁴. Bien qu'il ait surtout été question de différends potentiels mettant en cause le commerce international de produits, il ne faut pas écarter qu'une mesure favorisant la consommation durable puisse toucher la prestation de services, comme les services d'intérêt général que sont la distribution d'eau ou d'électricité. De telles mesures pourraient aussi faire l'objet d'une contestation à l'OMC, selon l'étendue des engagements de libéralisation pris par le membre dans le secteur¹⁵. Enfin, la question de l'articulation juridique entre des obligations internationales divergentes pourrait également surgir dans le cadre d'un différend mettant en cause une mesure destinée à encourager la consommation durable¹⁶.

-
12. Sur la controverse entourant les procédés et méthodes de production, voir Michael J. TREBILCOCK et Robert HOWSE, *The Regulation of International Trade*, 3^e éd., Londres, Routledge, 2005, p. 539 et 540.
 13. Voir: *Accord SPS*, préc., note 5; *Accord OTC*, préc., note 5.
 14. *GATT de 1994*, préc., note 5, art. XXIII:1 (b). Le caractère exceptionnel du recours en situation de non-violation a cependant été souligné par l'Organe d'appel: *CE – Amiante*, Organe d'appel, préc., note 9, par. 186. Voir généralement Thomas COTTIER et Krista NADAKAVUKAREN SCHEFER, « Non-Violation Complaints in WTO/GATT Dispute Settlement: Past, Present and Future », dans Ernst-Ulrich PETERSMANN (dir.), *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, vol. 11, coll. « Studies in Transnational Economic Law », Londres, Kluwer Law International, 1997, p. 145.
 15. *Accord général sur le commerce des services*, annexe 1B de l'*Accord instituant l'OMC*, 15 avril 1994, 1869 R.T.N.U. 221, 33 I.L.M. 1167 (entré en vigueur le 1^{er} janvier 1995).
 16. *Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, annexe 2 de l'*Accord instituant l'OMC*, 15 avril 1994, 1869 R.T.N.U. 426, 33 I.L.M. 1226, art. 3 (2) (entré en vigueur le 1^{er} janvier 1995) (ci-après « *Mémorandum d'accord sur le règlement des différends* »); *Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques (Plaintes des États-Unis, du Canada et de l'Argentine)*, rapport du Groupe spécial, WT/DS 291, 292, 293/R

Ainsi, des questions juridiques très complexes sont susceptibles d'être soulevées dans l'enceinte de l'OMC dans l'hypothèse où une mesure nationale destinée à promouvoir la consommation durable y ferait l'objet d'une contestation. Quelle place pourrait prendre l'acteur privé qui s'intéresserait à ce débat dans le système de règlement des différends de l'OMC, pour infléchir l'interprétation des accords dans un sens favorable à la promotion de la consommation durable ? Le monopole étatique sur le système semble lui laisser bien peu d'espace.

1.2 Le monopole étatique sur le système de règlement des différends de l'OMC : un obstacle significatif pour les acteurs privés

Plusieurs acteurs privés pourraient être désireux de faire valoir leur point de vue dans le cadre d'un différend porté à l'OMC sur la licéité d'une mesure nationale poursuivant un objectif non commercial, comme la promotion des modes de consommation durable. Ceux-ci pourraient vouloir infléchir l'interprétation des accords de l'OMC afin que de telles mesures soient jugées licites. La réalité des relations commerciales internationales et la pratique du système de règlement des différends de l'OMC veulent que ce soit d'abord des regroupements, des associations ou des organisations non gouvernementales (ONG) d'envergure internationale qui disposent des ressources et de l'expertise nécessaires à de telles interventions. Cependant, il arrive aussi que des organisations privées nationales, provenant essentiellement de pays développés, des grandes sociétés transnationales, voire des individus (des professeurs d'université) interviennent également dans les différends portés à l'OMC¹⁷.

Or ces acteurs privés se heurteront d'emblée au caractère purement interétatique du système de règlement des différends de l'OMC, qui prévoit le processus de type quasi juridictionnel suivant lequel la licéité d'une mesure nationale au regard des accords de l'OMC est examinée¹⁸. Un État membre de l'OMC portera plainte contre un autre membre alléguant

(29 septembre 2006), par. 7.49-7.96 (ci-après « *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*, Groupe spécial »); Joost PAUWELYN, *Conflict of Norms in Public International Law. How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

17. Pour une recension des divers types d'acteurs privés observés dans les différends soumis à l'OMC, voir Charles-Emmanuel CÔTÉ, « L'accès des particuliers au système de règlement des différends de l'OMC », dans Olivier BLIN (dir.), *Regards sur le règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce douze ans après*, Bruxelles, Bruylant [à paraître].
18. *Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, préc., note 16, art. 3 (1), 4, 6, 17 (4) et 23. Sur le système de règlement des différends, voir généralement: Ernst-Ulrich PETERSMANN, *The GATT/WTO Dispute Settlement System. International Law*,

l'incompatibilité d'une mesure nationale avec ces accords, plainte qui fera normalement l'objet d'un rapport détaillé de la part d'un groupe spécial d'experts sur son bien-fondé, après audition des parties étatiques. Ce rapport est susceptible de faire l'objet d'un appel sur les questions de droit auprès de l'Organe d'appel de l'OMC, et le retrait des mesures trouvées incompatibles sera recommandé, recommandation qui deviendra exécutoire après adoption des rapports par l'Organe de règlement des différends (ORD).

Considérant notamment les origines diplomatiques du système de règlement des différends de l'OMC, le caractère parfois politiquement et économiquement sensible des questions débattues ainsi que la nature confidentielle de certaines informations commerciales divulguées à l'occasion de l'examen d'une plainte, la tradition du système veut qu'une stricte orthodoxie interétatiste soit de rigueur dans la conduite du processus¹⁹. Les procédures sont ouvertes exclusivement aux États membres, qui seuls peuvent être parties à un litige, les communications des parties sont confidentielles et les audiences des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel se tenaient jusqu'à tout récemment exclusivement à huis clos. Seuls les rapports sont publiés une fois que l'ORD les a adoptés.

Le caractère secret des audiences est sans doute un des éléments du système de règlement des différends qui connaît actuellement les changements les plus importants pour les acteurs privés. En effet, s'il est prévu que les travaux des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel sont confidentiels²⁰, leurs audiences ont été ouvertes au public à huit reprises depuis 2005, lorsque les parties au litige l'ont demandé, à un rythme qui semble vouloir s'accélérer depuis²¹. Les acteurs privés sont alors invités à assister

International Organizations and Dispute Settlement, vol. 23, coll. «Nijhoff Law Specials», La Haye, Kluwer Law International, 1997; Éric CANAL-FORGUES, *Le règlement des différends à l'OMC*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2008.

19. Brigitte STERN, «L'intervention des tiers dans le contentieux de l'OMC», (2003) 107 *R.G.D.I.P.* 257, 260; Gabrielle MARCEAU et Matthew STILWELL, «Practical Suggestions for *Amicus Curiae* Briefs Before WTO Adjudicating Bodies», (2001) 4 *J. Int'l Econ. L.* 155, 158.
20. *Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, préc., note 16, art. 4 (6), 12 (1), 14 et 17 (10) et app. 3, art. 2 et 3.
21. Le groupe spécial a ouvert ses audiences au public dans les affaires suivantes : États-Unis – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones (Plainte des Communautés européennes) (DS320); Canada – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones (Plainte des Communautés européennes) (DS321); Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes (Recours des États-Unis à l'article 21 :5 du *Mémoire d'accord sur le règlement des différends*) (DS27/USA (21 :5)); États-Unis – Maintien en existence et en application de la méthode de réduction à zéro (Plainte des Communautés

à la retransmission en direct des audiences en circuit fermé, dans une salle attenante aux locaux où siège le groupe spécial ou l'Organe d'appel. Ces développements répondent certes à des impératifs de transparence louables, mais ils ne permettent pas aux acteurs privés d'intervenir activement dans le système de règlement des différends de l'OMC pour défendre des intérêts non commerciaux.

L'intérétisme constitue donc un obstacle significatif pour les acteurs privés qui souhaitent soutenir de tels intérêts, comme la promotion de la consommation durable, dans l'interprétation des accords de l'OMC. Ces

européennes) (DS350); *États-Unis – Lois, réglementations et méthode de calcul des marges de dumping (« Réduction à zéro »)* (*Recours des Communautés européennes à l'article 21 :5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*) (DS294 (21 :5)); *Australie – Mesures affectant l'importation de pommes en provenance de Nouvelle-Zélande (Plainte de la Nouvelle-Zélande)* (DS367); *États-Unis – Mesures relatives à la réduction à zéro et aux réexamens à l'extinction (Recours du Japon à l'article 21 :5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends)* (DS322 (21 :5)). L'Organe d'appel a ouvert ses audiences dans les affaires suivantes: *États-Unis – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones (Plainte des Communautés européennes)* (DS320); *Canada – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones (Plainte des Communautés européennes)* (DS321); *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes (Deuxième recours de l'Équateur à l'article 21 :5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends)* (DS27/ECU (21 :5)); *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes (Recours des États-Unis à l'article 21 :5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends)* (DS27/USA (21 :5)). Voir: OMC, «L'OMC ouvre pour la première fois au public une procédure de groupe spécial», 12 septembre 2005, [En ligne], [www.wto.org/French/news_f/news05_f/openpanel_12sep_f.htm] (15 janvier 2009); OMC, «Les audiences de l'OMC sur le différend sur les bananes ouvertes au public», 29 octobre 2007, [En ligne], [www.wto.org/french/news_f/news07_f/dispu_banana_7nov07_f.htm] (15 janvier 2009); OMC, «Ouverture au public d'audiences de l'OMC sur le différend concernant la réduction à zéro», 8 janvier 2008, [En ligne], [www.wto.org/french/news_f/news08_f/dispute350_f.htm] (15 janvier 2009); OMC, «Ouverture au public d'audiences de l'OMC sur le différend concernant la réduction à zéro (DS294 (21 :5))», 27 mars 2008, [En ligne], [www.wto.org/french/news_f/news08_f/dispu294_march08_f.htm] (15 janvier 2009); OMC, «Début des inscriptions pour l'audience orale de l'Organe d'appel dans les appels États-Unis/Canada – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Différend sur les Hormones (Plaignant CE) les 28 et 29 juillet 2008 à Genève», [En ligne], [www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/public_hearing_july08_f.htm] (15 janvier 2009); OMC, «Différend concernant les pommes: auditions ouvertes au public», 11 août 2008, [En ligne], [www.wto.org/french/news_f/news08_f/hearing_11aug08_f.htm] (15 janvier 2009); OMC, «Ouverture au public d'une audience de l'Organe d'appel sur les différends concernant les bananes», 22 septembre 2008, [En ligne], [www.wto.org/french/news_f/news08_f/hearing_22sept08_f.htm] (15 janvier 2009); OMC, «Ouverture au public d'une réunion de l'OMC sur le différend concernant la réduction à zéro», 10 octobre 2008, [En ligne], [www.wto.org/french/news_f/news08_f/dispu322_10oct08_f.htm] (15 janvier 2009).

acteurs doivent dès lors trouver des voies détournées pour faire valoir leurs vues, en courtisant les membres de l'OMC ou l'OMC elle-même. La pratique a cependant dégagé deux voies d'accès indirect au système de règlement des différends de l'OMC pour les acteurs privés, dont le mérite respectif doit être examiné. Il s'agit, d'une part, de la possibilité de soumettre un mémoire à titre d'*amicus curiae* auprès d'un groupe spécial ou de l'Organe d'appel et, d'autre part, de la formalisation du mécanisme national de traitement des plaintes privées concernant la violation des accords de l'OMC.

2 L'accès au système de règlement des différends de l'OMC à titre d'*amicus curiae* : une voie décevante pour les acteurs privés

L'ouverture du système de règlement des différends de l'OMC aux mémoires d'*amicus curiae* constitue une avancée spectaculaire de la société civile au sein du système commercial multilatéral, en rupture avec l'interétatisme classique, mais elle ne s'est pas faite sans heurt. Malgré le caractère remarquable de ces développements et les remous qu'ils ont provoqués, l'examen minutieux du fonctionnement du système révèle que cette voie s'avère pour l'instant décevante pour les acteurs privés défendant des intérêts non commerciaux.

2.1 Une ouverture processuelle controversée

2.1.1 La reconnaissance juridique controversée de l'*amicus curiae* à l'OMC

L'institution de l'*amicus curiae*, dont les origines remontent au droit romain, est surtout connue des pays appartenant à la tradition juridique de la common law, où les conditions permettant la tierce intervention sont particulièrement restrictives²². Elle permet à une juridiction chargée de connaître d'un litige de recevoir des mémoires écrits de la part de tiers, faisant valoir des points de droit ou de fait, afin de l'aider à accomplir ses fonctions juridictionnelles. Elle est également connue au plan international, particulièrement chez les juridictions internationales spécialisées dans la protection des droits fondamentaux de la personne humaine. De manière générale, la participation à titre d'*amicus curiae* permet ainsi à

22. Dinah SHELTON, « The Participation of Nongovernmental Organizations in International Judicial Proceedings », (1994) 88 *A.J.I.L.* 611, 616-619; Padideh ALA'I, « Judicial Lobbying at the WTO: The Debate Over the Use of Amicus Curiae Briefs and the U.S. Experience », (2000-2001) 24 *Fordham Int'l L.J.* 62, 84-86; Hervé ASCENSIO, « L'*amicus curiae* devant les juridictions internationales », (2001) 105 *R.G.D.I.P.* 897, 897 et 898.

une personne qui ne jouit pas de l'intérêt juridique suffisant pour intervenir dans un litige d'y prendre part dans une moindre mesure. De manière plus particulière, en droit international, cette voie processuelle permet à une personne ne jouissant pas de la capacité juridique devant une juridiction internationale d'y agir néanmoins, de façon plus modeste. L'institution constitue donc une voie processuelle détournée d'un grand intérêt pour les acteurs privés ne jouissant d'aucun accès formel auprès d'une juridiction internationale²³.

Aucune disposition des accords de l'OMC, et particulièrement du *Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, n'envisage explicitement qu'un groupe spécial ou l'Organe d'appel puisse accepter de recevoir un mémoire écrit non sollicité de la part d'un acteur privé, afin de faire valoir un point de droit ou de fait. Certes, il est vrai que les groupes spéciaux peuvent solliciter des renseignements ou des avis techniques auprès de personnes ou d'organismes, ou de toute source appropriée, experts individuels ou groupes d'experts, mais les conditions du recours à cette expertise sont rigoureusement encadrées²⁴. Par exemple, l'État de nationalité de la personne ou de l'organisme consulté doit en être préalablement informé et pourrait, par conséquent, tenter d'influencer cette intervention sollicitée. C'est précisément le caractère sollicité de ce type d'intervention privée dans les procédures qui le distingue de l'intervention à titre d'*amicus curiae*. Cette fermeture processuelle apparente était corroborée par la pratique des parties contractantes du *GATT de 1947*, qui rejetait systématiquement toute tentative d'ouverture de son système de règlement des différends aux interventions privées non sollicitées, dans la plus pure tradition interétatiste²⁵.

Si le texte des accords de l'OMC n'envisage pas explicitement l'intervention privée non sollicitée dans son système de règlement des différends, rien en revanche ne l'interdit formellement. C'est cette nuance qui a permis à l'Organe d'appel d'affirmer l'existence de son droit et de celui des groupes spéciaux d'accepter de recevoir des mémoires écrits non sollicités de la part d'acteurs privés.

Ce coup d'éclat de l'Organe d'appel s'est produit dans l'affaire *États-Unis—Crevettes*, qui mettait en cause une mesure américaine interdisant

23. Charles-Emmanuel CÔTÉ, *La participation des personnes privées au règlement des différends internationaux économiques : l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC*, coll. « Mondialisation et droit international – n° 10 », Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 400 et 401.

24. *Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, préc., note 16, art. 13 et app. 4.

25. B. STERN, préc., note 19, 260 ; G. MARCEAU et M. STILWELL, préc., note 19, 158.

les importations de crevettes provenant de pays qui n'étaient pas reconnus par les autorités américaines comme imposant l'utilisation de techniques de pêche pour empêcher la capture d'espèces de tortues marines menacées d'extinction²⁶. Cette affaire hautement médiatisée mettait en lumière l'impact des accords de l'OMC sur une mesure nationale destinée à protéger l'environnement. Il ne faut donc pas s'étonner que de nombreuses ONG environnementalistes aient frappé aux portes de l'OMC pour tenter d'intervenir dans les procédures, en soumettant des mémoires d'*amicus curiae* au soutien de la mesure américaine. *A fortiori*, ces ONG étaient interpellées par cette affaire puisqu'elle rappelait beaucoup celle qui avait opposé le Mexique aux États-Unis avant la création de l'OMC, concernant la pêche du thon et la protection des dauphins²⁷. Les tentatives d'intervention non sollicitées des ONG s'étaient à l'époque heurtées au refus du groupe spécial, et la solution juridique sur le fond, défavorable à la mesure environnementale, a cristallisé l'opinion publique internationale sur les défaillances du *GATT de 1947* quant à la protection de l'environnement. Si la solution juridique quant au fond dans l'affaire *États-Unis—Crevettes* ne s'est pas écartée radicalement de la solution critiquée dans l'affaire *États-Unis—Thon*, la solution juridique quant à l'intervention privée non sollicitée, elle, s'en est écartée diamétralement.

Après un premier refus du groupe spécial dans l'affaire *États-Unis—Thon*, l'Organe d'appel a décidé qu'un groupe spécial a le pouvoir d'accepter de recevoir un mémoire d'*amicus curiae*. Le groupe spécial s'était fondé sur une interprétation littérale du pouvoir des groupes spéciaux de demander des renseignements et des avis techniques à des acteurs privés, estimant que cela signifiait qu'ils n'ont pas le pouvoir d'accepter des renseignements qu'ils n'ont pas demandés²⁸. Il était conforté dans son interprétation par la pratique bien établie du système de règlement

26. *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes (Plainte de l'Inde, de la Malaisie, du Pakistan et de la Thaïlande)*, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS58/AB/R (12 octobre 1998) (ci-après «*États-Unis – Crevettes*, Organe d'appel»).

27. Voir les affaires suivantes : *États-Unis – Restrictions à l'importation de thon (Plainte du Mexique)*, rapport du Groupe spécial (non adopté), Doc. GATT DS21/R (3 septembre 1991), I.B.D.D. S39/174; *États-Unis – Restrictions à l'importation de thon (Plaintes de la Communauté économique européenne)*, rapport du Groupe spécial (non adopté et non publié), Doc. GATT DS29/R (16 juin 1994).

28. *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes (Plainte de l'Inde, de la Malaisie, du Pakistan et de la Thaïlande)*, rapport du Groupe spécial, WT/DS58/R (15 mai 1998), par. 7.8 (ci-après «*États-Unis – Crevettes*, Groupe spécial»).

des différends de l'OMC et du *GATT de 1947* voulant qu'il s'agisse d'un système purement interétatique.

L'Organe d'appel a renversé cette interprétation en se fondant sur la distinction entre ce qu'un groupe spécial a l'obligation de faire et ce qu'il a le pouvoir de faire. Les seules interventions non sollicitées que le groupe spécial est tenu de recevoir et de prendre en considération sont celles des membres de l'OMC parties au litige ou celles des membres ayant réservé leur droit de tierce intervention et justifiant d'un intérêt substantiel dans l'affaire²⁹. Il a donné une interprétation globale au pouvoir du groupe spécial de demander des renseignements et avis techniques, laissant de côté la distinction entre les renseignements demandés et non demandés, pour mettre plutôt l'accent sur les pouvoirs globaux dont doit disposer un groupe spécial pour accomplir sa fonction quasi juridictionnelle, qui consiste à procéder à une «évaluation objective de la question dont il est saisi³⁰» : «[I]l n'y a pas lieu d'assimiler le pouvoir de *demander* des renseignements à une *interdiction* d'accepter des renseignements qui ont été présentés à un groupe spécial sans avoir été demandés. Un groupe spécial a le pouvoir discrétionnaire soit d'accepter et de prendre en compte soit de rejeter les renseignements ou avis qui lui ont été communiqués, *qu'il les ait ou non demandés*³¹.»

La question de savoir si l'Organe d'appel lui-même peut aussi accepter de recevoir des mémoires d'*amicus curiae* est restée pendante jusqu'à ce que ce dernier y réponde par l'affirmative dans une affaire subséquente. Dans l'affaire *États-Unis—Crevettes*, les mémoires non sollicités des acteurs privés avaient finalement été joints par les États-Unis à leurs communications écrites, au stade des procédures d'appel, conformément à la suggestion du groupe spécial. Le droit des membres de l'OMC de joindre tout document à leurs communications écrites a été reconnu³², mais il n'était pas clair si l'Organe d'appel avait également reconnu son propre pouvoir d'accepter de recevoir directement ces mémoires, puisque les faits en l'espèce ne soutenaient pas une telle conclusion. Pour ajouter à la confusion, l'un des acteurs privés avait transmis directement à l'Organe d'appel une version modifiée de son mémoire qui avait été joint à la communication des États-Unis, mémoire modifié qui a été accepté par l'Organe d'appel sans motivation. Ce dernier a eu l'occasion de fournir l'argumentation juridique manquante dans l'affaire *États-Unis—Plomb et bismuth II*, où il

29. *États-Unis – Crevettes*, Organe d'appel, préc., note 26, par. 101. *Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, préc., note 16, art. 10 et 12 et app. 3.

30. *Id.*, art. 11.

31. *États-Unis – Crevettes*, Organe d'appel, préc., note 26, par. 108.

32. *Id.*, par. 89-91.

a explicitement reconnu son pouvoir d'accepter de recevoir des mémoires d'*amicus curiae*.

Malgré l'inexistence d'un pouvoir explicite de l'Organe d'appel de demander des renseignements et des avis techniques, semblable à celui des groupes spéciaux, celui-ci a néanmoins appliqué un raisonnement analogue pour reconnaître son propre pouvoir d'accepter de recevoir des mémoires d'*amicus curiae*. Il a d'abord souligné que rien ne lui interdit explicitement d'accepter de recevoir de tels mémoires, pour ensuite conclure sur la base de différentes dispositions qu'il jouit de larges pouvoirs processuels destinés à lui permettre d'accomplir ses fonctions quasi juridictionnelles³³ : « Par conséquent, nous sommes d'avis que pour autant que nous agissions conformément aux dispositions du Mémorandum d'accord et des accords visés, nous sommes habilités légalement à décider de l'opportunité d'accepter et d'examiner ou non les renseignements que nous estimons pertinents et utiles dans le cadre d'une procédure d'appel³⁴. »

Pour renforcer son analyse, l'Organe d'appel a rappelé la distinction faite dans l'affaire *États-Unis—Crevettes* entre l'obligation et le pouvoir de recevoir et d'examiner les communications écrites qui lui sont soumises, selon qu'elles émanent de membres de l'OMC parties ou tierces parties à un appel ou de particuliers et d'organismes non membres, avant de conclure : « Nous sommes d'avis que nous sommes habilités en droit, en vertu du Mémorandum d'accord, à accepter et à examiner des mémoires d'*amicus curiae* si nous jugeons qu'il est pertinent et utile de le faire dans le cadre d'une procédure d'appel³⁵. »

2.1.2 La politisation de la controverse entourant l'*amicus curiae*

Quelques mois après avoir reconnu son propre pouvoir de recevoir des mémoires d'*amicus curiae*, l'Organe d'appel a voulu endiguer le flot potentiel d'interventions privées non sollicitées auquel il avait ouvert les

33. *États-Unis – Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud originaires du Royaume-Uni (Plainte des Communautés européennes)*, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS138/AB/R (10 mai 2000), par. 39-42 (ci-après « *États-Unis – Plomb et bismuth II*, Organe d'appel »). L'Organe d'appel s'est surtout fondé sur son pouvoir d'élaborer des procédures de travail, ainsi que sur le pouvoir qu'il s'est lui-même confié, dans ses procédures de travail, d'élaborer, dans une affaire donnée, une procédure appropriée dans certaines circonstances particulières non envisagées : *Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, préc., note 16, art. 17 (9) ; OMC, Organe d'appel, *Procédures de travail pour l'examen en appel*, WT/AB/WP/5 (4 janvier 2005), art. 16 (1).

34. *États-Unis – Plomb et bismuth II*, Organe d'appel, préc., note 33, par. 39.

35. *Id.*, par. 42.

vannes, en adoptant un cadre procédural pour leur traitement dans l'affaire *CE—Amiante*. Cet encadrement a pris la forme d'une procédure additionnelle adoptée par la section de l'Organe d'appel en vertu des *Procédures de travail pour l'examen en appel* aux fins exclusives de cette affaire. La procédure additionnelle prévoyait un processus en deux étapes, chacune assortie de conditions de forme et de fond : la première étape était la présentation de la demande d'autorisation de soumettre un mémoire d'*amicus curiae* ; la seconde étape était la soumission du mémoire lui-même, si une autorisation avait été octroyée³⁶.

Cette initiative a soulevé la colère d'un grand nombre de membres de l'OMC, essentiellement des pays en développement, qui ont alors convoqué une réunion extraordinaire du Conseil général pour un débat d'urgence sur la question³⁷. L'OMC a été précipitée au bord de la plus grave crise institutionnelle de sa jeune histoire, avec comme pomme de discorde la ligne de démarcation entre les compétences de l'organe quasi juridictionnel qu'est l'Organe d'appel et celles de l'organe politique qu'est le Conseil général. On a fait l'exégèse du bien-fondé juridique de l'argumentation de l'Organe d'appel, mettant en opposition des interprétations littérales ou contextuelles³⁸.

Ces débats se poursuivent actuellement dans le contexte des négociations sur la révision du système de règlement des différends, où des positions diamétralement opposées se font face concernant les mémoires d'*amicus curiae*³⁹. Alors que les pays en développement veulent que la

36. *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant (Plainte du Canada)*, communication de l'Organe d'appel, WT/DS135/9 (8 novembre 2000) (ci-après «*CE – Amiante*, communication de l'Organe d'appel»).

37. OMC, Conseil général, *Compte-rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 22 novembre 2000*, WT/GC/M/60 (23 janvier 2001).

38. C.-E. CÔTÉ, préc., note 23, p. 415, note 1309. Voir par exemple : B. STERN, préc., note 19, 290 ; Josh ROBBINS, «False Friends: Amicus Curiae and Procedural Discretion in WTO Appeals under the Hot-Rolled Lead/Asbestos Doctrine», (2003) 44 *Harvard Int'l L.J.* 317, 318 ; Arthur E. APPLETON, «Amicus Curiae Submissions in the Carbon Steel Case: Another Rabbit from the Appellate Body's Hat?», (2003) 3 *J. Int'l Econ. L.* 691, 695-698.

39. Voir : OMC, ORGANE DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS, *Contribution des Communautés européennes et de leurs États membres à l'amélioration du Mémorandum d'accord de l'OMC sur le règlement des différends. Communication des Communautés européennes*, TN/DS/W/1 (13 mars 2002), p. 8 ; OMC, ORGANE DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS, *Contribution des États-Unis à l'amélioration du Mémorandum d'accord de l'OMC sur le règlement des différends en ce qui concerne la transparence. Communication des États-Unis*, TN/DS/W/13 (22 août 2002), p. 3 ; OMC, ORGANE DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS, *Négociations concernant le Mémorandum d'accord sur le règlement des différends. Proposition du Groupe africain*, TN/DS/W/15 (25 septembre 2002), p. 7 ; OMC, ORGANE

porte leur soit totalement fermée, les pays développés discutent plutôt de la meilleure façon de les encadrer.

Devant le fait accompli que constitue la reconnaissance du pouvoir des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de recevoir des mémoires d'*amicus curiae*, nous ne nous étendrons pas davantage sur cette controverse. Nous allons plutôt nous pencher sur l'utilité potentielle de cet accès privé au système de règlement des différends pour la défense d'intérêts non commerciaux, comme la promotion des modes de consommation durable, dans l'interprétation des accords de l'OMC.

2.2 Un accès sans impact réel

2.2.1 La dilution de la défense des intérêts non commerciaux par l'*amicus curiae*

Malgré la controverse entourant la reconnaissance du pouvoir des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de recevoir des mémoires d'*amicus curiae*, ce pouvoir s'impose maintenant dans la pratique du système de règlement des différends. Au départ, quelques groupes spéciaux se sont certes montrés sensibles aux protestations des membres de l'OMC opposés à ces développements; ils ont estimé qu'ils ne jouissaient pas d'un tel pouvoir malgré la jurisprudence très claire de l'Organe d'appel⁴⁰. La pratique récente semble cependant s'uniformiser et l'existence du pouvoir et son exercice se sont normalisés chez les groupes spéciaux⁴¹.

DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS, *Négociations concernant le Mémoire d'accord sur le règlement des différends. Propositions concernant le Mémoire d'accord présentées par Cuba, le Honduras, l'Inde, la Malaisie, le Pakistan, le Sri Lanka, la Tanzanie et le Zimbabwe*, TN/DS/W/18 (7 octobre 2002), p. 2-5; OMC, ORGANE DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS, *Nouvelle contribution des États-Unis à l'amélioration du Mémoire d'accord de l'OMC sur le règlement des différends en ce qui concerne la transparence. Communication des États-Unis*, TN/DS/W/46 (11 février 2003), p. 3 et 4.

40. Voir les affaires suivantes: *États-Unis – Enquête de la Commission du commerce international dans l'affaire concernant les bois d'œuvre résineux en provenance du Canada (Plainte du Canada)*, rapport du Groupe spécial, WT/DS277/R (22 mars 2004), par. 7.10, à la note 75; *États-Unis – Détermination finale en matière de droits compensateurs concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada (Plainte du Canada)*, rapport du Groupe spécial, WT/DS257/R (29 août 2003), par. 5.55.
41. Voir les affaires suivantes: *États-Unis – Lois, réglementations et méthode de calcul des marges de dumping (Réduction à zéro) (Plainte des Communautés européennes)*, rapport du Groupe spécial, WT/DS294/R (31 octobre 2005), par. 1.7 (ci-après «*États-Unis – Réduction à zéro (CE)*, Groupe spécial»); *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*, Groupe spécial, préc., note 16, par. 7.11. Voir aussi l'affaire *Brésil – Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés (Plainte des Communautés européennes)*, rapport du Groupe spécial, WT/DS332/R (12 juin 2007), par. 1.8.

L'emploi de cette voie d'accès au système de règlement des différends connaît toutefois une mutation—voire une perversion—qui l'éloigne de l'idée originelle que certains pouvaient s'en faire. À l'origine, il aurait été plausible de penser que cette ouverture processuelle serait investie par les ONG poursuivant des intérêts non commerciaux, comme la protection de la santé ou de l'environnement, à l'image des faits dans l'affaire *États-Unis—Crevettes*. Or il apparaît que ce sont souvent les opérateurs économiques privés directement touchés par le différend commercial international qui soumettent des mémoires d'*amicus curiae*. Il y a donc une forme de détournement de l'institution de l'*amicus curiae*, où les interventions non sollicitées ne sont pas du tout désintéressées, mais viennent plutôt doubler les communications écrites des membres de l'OMC parties au litige⁴². À l'évidence, les intérêts économiques des acteurs privés concernés par un différend commercial international ont déjà été épousés et sont défendus par les parties au litige. Plutôt que de contribuer à l'efficacité du processus et à l'accomplissement de leurs fonctions quasi juridictionnelles par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel, ce type de mémoires d'*amicus curiae* semble alourdir des procédures déjà très chargées.

Par exemple, dans l'affaire *CE—Morceaux de poulet*, l'Association de l'aviculture, de l'industrie et du commerce de la volaille dans les pays de l'Union européenne (AVEC), une association professionnelle privée représentant les intérêts des opérateurs économiques européens dans l'industrie de la volaille, a soumis un mémoire d'*amicus curiae* à l'Organe d'appel⁴³. Une nouvelle désignation douanière des morceaux de poulet désossés et congelés était contestée par deux membres de l'OMC exportant ces produits dans l'Union européenne. Les intérêts économiques des concurrents européens de ces exportateurs étrangers étaient pourtant déjà représentés dans ces procédures, puisque la Communauté européenne a défendu sa mesure. Plusieurs autres affaires ont vu un scénario semblable se répéter⁴⁴.

42. C.-E. CÔTÉ, préc., note 23, p. 413 et 414.

43. *Communautés européennes – Classification douanière des morceaux de poulet désossés et congelés (Plaintes du Brésil et de la Thaïlande)*, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS 269, 286/AB/R (12 septembre 2005), par. 12 (ci-après « *CE – Morceaux de poulet*, Organe d'appel »).

44. Outre les affaires discutées dans C.-E. CÔTÉ, préc., note 23, voir les affaires suivantes : *États-Unis – Réduction à zéro (CE)*, Groupe spécial, préc., note 41, par. 1.7 ; *Mexique – Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool et autres boissons (Plainte des États-Unis)*, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS308/AB/R (6 mars 2006), par. 8 (ci-après « *Mexique – Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool*, Organe d'appel »).

2.2.2 L'inefficacité de la défense des intérêts non commerciaux par l'*amicus curiae*

Le détournement de l'utilisation des interventions privées non sollicitées à l'OMC contribue peut-être à l'absence d'impact significatif de cette voie d'accès sur l'interprétation des accords de l'OMC. Il est éloquent de constater qu'à ce jour ni l'Organe d'appel ni aucun groupe spécial n'ont jamais tenu compte explicitement d'un mémoire d'*amicus curiae* qui leur avait été soumis⁴⁵. Ceux-ci se conforment aux souhaits de la plupart des parties et tierces parties aux litiges, à l'exception habituelle des pays occidentaux⁴⁶, qui leur demandent systématiquement d'ignorer ces mémoires. Certains évoquent même l'existence d'un compromis tacite entre l'Organe d'appel et les membres de l'OMC, découlant de la crise institutionnelle mentionnée précédemment, voulant que celui-ci accepte de recevoir des mémoires, mais ne les prenne jamais en considération⁴⁷.

Selon la formule désormais consacrée, le groupe spécial ou l'Organe d'appel reconnaît d'abord avoir reçu de tels mémoires de la part d'acteurs privés et désigne clairement ces derniers, pour ensuite déclarer ne pas avoir « jugé nécessaire de prendre en compte ces mémoires d'*amicus curiae* pour rendre sa décision⁴⁸ ». L'étape préalable de l'acceptation de la demande de soumettre un mémoire, mentionnée dans la procédure additionnelle adoptée par l'Organe d'appel dans l'affaire *CE—Amiante*⁴⁹, est désormais

-
45. C.-E. CÔTÉ, préc., note 23, p. 418-420; James P. DURLING et David T. HARDIN, « Participation d'*amicus curiae* au règlement des différends à l'OMC : réflexions sur la décennie écoulée », dans Rufus YERXA et Bruce WILSON (dir.), *Questions clés dans le domaine du règlement des différends de l'OMC. Les dix premières années*, Genève, OMC, 2007, p. 240, à la page 245. Pour des cas récents, voir les affaires suivantes : *CE – Morceaux de poulet*, Organe d'appel, préc., note 43, par. 12; *États-Unis – Réduction à zéro (CE)*, Groupe spécial, préc., note 41, par. 1.7; *Mexique – Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool*, Organe d'appel, préc., note 44, par. 8; *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*, Groupe spécial, préc., note 16, par. 7.11; *Brésil – Pneumatiques rechapés*, Organe d'appel, préc., note 10, par. 7.
46. Dans une affaire récente cependant, les États-Unis ont demandé à l'Organe d'appel de ne pas accepter le mémoire d'*amicus curiae* soumis par une association professionnelle mexicaine, au soutien de la mesure mexicaine visée par leur plainte, en raison des circonstances particulières du différend. Ils estimaient que le mémoire avait été reçu tardivement dans les procédures d'appel, et qu'il avançait de nouveaux arguments et de nouvelles allégations d'erreur qui ne faisaient pas partie de la déclaration d'appel du Mexique : *Mexique – Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool*, Organe d'appel, préc., note 44, par. 8, à la note 21.
47. William J. DAVEY, *Enforcing World Trade Rules. Essays on WTO Dispute Settlement and GATT Obligations*, Londres, Cameron May, 2006, p. 91.
48. *Brésil – Pneumatiques rechapés*, Organe d'appel, préc., note 10, par. 7.
49. *CE – Amiante*, communication de l'Organe d'appel, préc., note 36.

escamotée, puisque le mémoire sera invariablement ignoré dans la décision et qu'il serait inutile de multiplier les étapes préalables à ce résultat apparemment inéluctable. La boucle est bouclée et, paradoxalement, la situation est identique à celle où, dans l'affaire *États-Unis—Crevettes*, le groupe spécial, estimant qu'il n'avait pas le pouvoir de recevoir des mémoires d'*amicus curiae*, décidait qu'il n'avait pas « l'intention de prendre ces documents en considération⁵⁰ ».

L'une des craintes des membres de l'OMC opposés à l'arrivée de l'*amicus curiae* dans le système de règlement des différends a trait à la protection du caractère confidentiel du processus interétatique. La concrétisation de cette crainte dans une affaire récente semble devoir confirmer les réticences des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel à réellement prendre en considération leurs mémoires. En effet, dans l'affaire *CE—Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*, le groupe spécial a critiqué vertement le comportement de deux ONG dont il avait accepté de recevoir le mémoire et qui ont par la suite diffusé des documents confidentiels sur leur site Web⁵¹. Il s'est étonné de ce comportement et a émis des doutes sur les motivations « amicales » de leur intervention non sollicitée.

Plusieurs observateurs ont pu conclure que le coup d'éclat de l'Organe d'appel qu'a été la reconnaissance du pouvoir de recevoir des mémoires d'*amicus curiae* était avant tout une opération de charme auprès des segments de la société civile transnationale opposés à l'OMC⁵². Il s'agit sans doute davantage d'une apparence ou d'une impression d'ouverture que d'une ouverture réellement porteuse pour les acteurs privés. Ce constat brutal signifie que cette ouverture processuelle risque fort de décevoir les acteurs privés souhaitant défendre des intérêts non commerciaux, comme la promotion des modes de consommation durable, dans l'interprétation des accords de l'OMC.

Il est certes louable et positif que des acteurs privés puissent soumettre auprès d'un groupe spécial ou de l'Organe d'appel un mémoire faisant valoir une interprétation des accords de l'OMC qui soit sensible à la promotion de modes de consommation durable. Force est cependant de constater qu'un tel effort sera probablement vain. Au stade où les mémoires d'*amicus curiae* sont soumis, les positions des membres de l'OMC parties au litige sont déjà cristallisées, et ces interventions peuvent apparaître comme d'inutiles répétitions des positions étatiques ou comme des interventions trop

50. *États-Unis – Crevettes*, Groupe spécial, préc., note 28, par. 7.8.

51. *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*, Groupe spécial, préc., note 16, par. 6.196.

52. Voir B. STERN, préc., note 19, 299.

tardives dans le processus. Il pourrait être risqué politiquement pour un groupe spécial ou l'Organe d'appel, dans un ordre juridique international où le consentement des États demeure fondamental, de déclarer que son raisonnement juridique se fonde sur un mémoire soumis par une ONG.

Il reste qu'il est possible que la soumission de tels mémoires influence de manière moins visible l'interprétation des accords de l'OMC, et ce, en contribuant à la construction d'un contexte normatif faisant évoluer la jurisprudence de l'OMC ou faisant éclore de nouveaux consensus entre les membres de l'OMC⁵³. De tels résultats sont certainement plus difficiles à observer et s'inscrivent dans une perspective à moyen ou à long terme, qui n'est pas immédiatement « rentable » pour une ONG ayant des ressources limitées.

La recherche de nouvelles voies d'accès situées davantage en amont du processus de règlement des différends pourrait s'avérer plus fructueuse pour les acteurs privés souhaitant défendre des intérêts non commerciaux dans l'interprétation des accords de l'OMC.

3 L'accès au système de règlement des différends de l'OMC par le truchement des mécanismes nationaux de traitement des plaintes privées : un porte-voix plus efficace pour les acteurs privés ?

La formalisation juridique du mécanisme national de traitement des plaintes privées concernant la mise en œuvre des accords de l'OMC est une avancée processuelle importante, qui existe aux États-Unis et dans la Communauté européenne depuis longtemps déjà. Le mécanisme américain a un passé particulièrement lourd et controversé, mais sa licéité—et, plus largement, la légitimité de ce type de mécanisme national—ont finalement été reconnues par un groupe spécial de l'OMC, laissant penser qu'il pourrait s'agir du chaînon manquant entre les acteurs privés et le système de règlement des différends de l'OMC. La pratique récente des membres de l'OMC indique leur intérêt renouvelé pour cette voie d'accès indirect, qui pourrait receler un potentiel inexploré pour les acteurs privés défendant des intérêts non commerciaux.

53. Cette utilité potentielle des mémoires d'*amicus curiae* soumis par des acteurs privés est prise en considération dans la théorie interactionnelle proposée par Jutta Brunnée et Stephen Toope pour expliquer la formation du droit international. Voir Jutta BRUNNÉE et Stephen J. TOOPE, « International Law and Constructivism : Elements of an Interactional Theory of International Law », (2000-2001) 39 *Colum. J. Transnat'l L.* 19.

3.1 Une ouverture processuelle licite et légitime

3.1.1 Le maillage processuel entre le système de règlement des différends de l'OMC et les acteurs privés

Les États-Unis sont le premier membre de l'OMC à avoir formalisé le processus par lequel le gouvernement traite les plaintes des acteurs privés concernant la violation des accords de l'OMC par un autre membre. Cette loi, connue sous le nom de «*Section 301*», a été adoptée en 1974 sous le régime du *GATT de 1947*, longtemps avant la conclusion du cycle de l'Uruguay et la création de l'OMC⁵⁴. Elle a pour but d'améliorer la balance commerciale des États-Unis, en forçant le gouvernement américain à mieux veiller aux intérêts commerciaux des exportateurs américains. Le mécanisme mis en place vise non seulement à rendre le gouvernement plus proactif dans la contestation de mesures étrangères dans le cadre du système de règlement des différends de l'OMC, mais aussi à forcer la libéralisation commerciale à l'égard de pays ou dans des secteurs qui ne sont pas couverts par les accords de l'OMC, sous la menace de sanctions commerciales. Ce dernier aspect du mécanisme américain, débordant du cadre juridique du système commercial multilatéral, ainsi que le fait qu'il permet au gouvernement d'ignorer les règles et les délais du système de règlement des différends de l'OMC ont fait en sorte qu'il a toujours été très controversé. La *Section 301* est à bien des égards l'archétype de l'unilatéralisme agressif dans les relations commerciales internationales. Il donne une idée de ce que seraient les relations commerciales internationales sans l'OMC : une société primitive soumise à la loi du plus fort.

Autre grand joueur du système commercial multilatéral, la Communauté européenne a été le deuxième membre de l'OMC à mettre en place un mécanisme formel de traitement des plaintes privées concernant la violation des accords de l'OMC, directement inspiré du mécanisme américain.

54. *Trade Act of 1974*, Pub. L. No. 93-618, § 301, 88 Stat. 1978, 2041 (1975) (codifié tel que modifié au 19 U.S.C. §§ 2411-2420 (2000)). Bien que les modifications successives apportées à la loi y aient ajouté plusieurs nouvelles dispositions, l'usage consacré dans la doctrine américaine veut que l'expression «*Section 301*» renvoie globalement aux articles 301 à 310 et au mécanisme interne qu'ils mettent en place. Voir généralement Jagdish BHAGWATI et Hugh T. PATRICK (dir.), *Aggressive Unilateralism. America's 301 Trade Policy and the World Trading System*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1990. Une traduction française de la loi apparaît en annexe du rapport du groupe spécial de l'OMC qui a examiné sa licéité internationale. *États-Unis – Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur (Plainte des Communautés européennes)*, rapport du Groupe spécial, WT/DS152/R (22 décembre 1999), annexe 1 (ci-après «*États-Unis – Article 301, Loi sur le commerce extérieur, Groupe spécial*»).

Un nouvel instrument de politique commerciale (NIPC) a été adopté en 1984 au moyen d'un règlement communautaire, pour être remplacé par le règlement sur les obstacles au commerce (ROC) lors de la création de l'OMC en 1995⁵⁵. Malgré des différences significatives, ces mécanismes nationaux — ou, à plus proprement parler en ce qui concerne la Communauté européenne, ces mécanismes *internes* — partagent une caractéristique fondamentale qui en marque tout l'intérêt : ils opèrent un véritable maillage processuel entre le système de règlement des différends de l'OMC et les acteurs privés.

Les mécanismes nationaux de traitement des plaintes privées sont fondés à la fois sur l'idée de rendre la justice de l'OMC plus accessible pour les acteurs privés et sur celle de mettre à contribution les mêmes acteurs privés dans le signalement de la violation des accords de l'OMC. Les mécanismes nationaux procèdent à ce maillage par la mise en place d'une nouvelle voie d'accès publique, ouverte et transparente, assortie de garanties juridiques processuelles, qui s'ajoute au mode traditionnel de saisine des autorités d'un membre de l'OMC. Cela signifie que ces mécanismes formalisés coexistent avec la demande informelle d'endossement de sa plainte par un acteur privé, ce qui préserve les avantages du processus traditionnel tout en créant de nouveaux avantages avec le processus formalisé. Ils s'ajoutent au mode traditionnel de traitement des plaintes privées certes, mais ne le remplacent pas.

Un tel mécanisme national permet au particulier de saisir formellement les autorités du membre de l'OMC qu'il souhaite voir épouser sa cause, par le dépôt d'une plainte écrite, exposant les faits et les arguments juridiques sur laquelle elle repose⁵⁶. Cela suppose la désignation d'une autorité unique, compétente pour recevoir ces plaintes privées : le United States Trade Representative aux États-Unis et la Commission européenne en Europe. L'intérêt juridique pour agir dans le cadre de la *Section 301* à titre

55. CEE, *Règlement (CEE) 2641/84 du Conseil du 17 septembre 1984 relatif au renforcement de la politique commerciale commune, notamment en matière de défense contre les pratiques commerciales illicites*, [1984] J.O. L 252/1 ; CE, *Règlement (CE) 3286/94 du Conseil, du 22 décembre 1994, arrêtant des procédures communautaires en matière de politique commerciale commune en vue d'assurer l'exercice par la Communauté des droits qui lui sont conférés par les règles du commerce international, en particulier celles instituées sous l'égide de l'Organisation mondiale du commerce (OMC)*, [1994] J.O. L 349/71 (ci-après «*Règlement sur les obstacles au commerce*»). Voir généralement : Henry LESGUILLONS, «*Origines et développements du règlement sur les obstacles au commerce (ROC)*», (2000) 8 *R.D.A.I.* 959 ; Marco BRONCKERS et Natalie McNELIS, «*The EU Trade Barriers Regulation Comes of Age*», (2001) 35-4 *J. World Trade* 427.

56. *Trade Act of 1974*, préc., note 54, 19 U.S.C. § 2412 (a) (1) (2000) ; *Règlement sur les obstacles au commerce*, préc., note 55, art. 3 et 4.

de plaignant est très large et n'est soumis à aucune condition particulière, le mécanisme étant ouvert à « toute personne intéressée » (« [a]ny interested person »)⁵⁷. Cela signifie que tant une entreprise privée individuelle qu'un groupe ou une association d'entreprises peuvent saisir le gouvernement américain. L'accès au mécanisme européen est plus restrictif, et les conditions de dépôt d'une plainte collective diffèrent de celles d'une plainte individuelle, le mécanisme européen opérant une distinction de l'intérêt à agir selon la localisation des effets de l'obstacle au commerce visé par la plainte. Pour pouvoir déposer une plainte visant la défense d'un intérêt collectif d'une « industrie communautaire », celle-ci doit prouver qu'elle a subi un « préjudice » du fait de l'obstacle et que ces effets se font sentir sur le marché communautaire⁵⁸. Pour pouvoir déposer une plainte individuelle, une « entreprise communautaire » doit prouver qu'elle a subi des « effets commerciaux défavorables » du fait de l'obstacle au commerce et que ces effets se font sentir uniquement sur le marché d'un pays tiers⁵⁹. Ces raffinements du mécanisme européen quant à l'intérêt à agir semblent compliquer inutilement le processus et, en dernière analyse, le dépôt de plaintes individuelles demeure exceptionnelle⁶⁰.

Les mécanismes nationaux canalisent les plaintes privées vers un point focal chargé de les traiter, et ce traitement administratif est encadré juridiquement, puisqu'il est assorti d'une obligation de réponse, d'une obligation de motivation et d'une obligation de publicité. L'administration du membre de l'OMC doit d'abord procéder à l'examen sommaire de la plainte privée et fournir une réponse motivée au plaignant, dans un délai de 45 jours, sur l'opportunité d'ouvrir une enquête formelle sur la question⁶¹. Dans l'affirmative, cette réponse motivée doit être rendue publique, par la publication d'un avis dans le journal officiel du membre de l'OMC, et même dans la négative dans le cas américain. Si une enquête formelle est

57. *Trade Act of 1974*, préc., note 54, 19 U.S.C. § 2412 (a) (1) (2000). Une définition non exhaustive de l'expression « personnes intéressées » est certes prévue, mais celle-ci ne vise pas la phase du dépôt de la plainte (§ 2411 (d) (9)).

58. *Règlement sur les obstacles au commerce*, préc., note 55, art. 2 (3), 2 (5) et 3. L'expression « industrie communautaire » renvoie à l'ensemble ou à la majorité des producteurs ou des fournisseurs de produits ou services identiques, similaires ou qui les concurrencent directement, ou encore des producteurs ou des fournisseurs consommateurs, transformateurs ou utilisateurs du produit ou du service faisant l'objet d'un obstacle au commerce.

59. *Id.*, art. 2 (4), 2 (6) et 4. L'expression « entreprise communautaire » renvoie à une société constituée en conformité avec la législation d'un État membre de la Communauté européenne.

60. C.-E. CÔTÉ, préc., note 23, p. 438.

61. *Trade Act of 1974*, préc., note 54, 19 U.S.C. § 2412 (a) (2), (3) et (4) (2000); *Règlement sur les obstacles au commerce*, préc., note 55, art. 5 et 8 (1).

ouverte, le membre de l'OMC procédera à l'évaluation de la compatibilité de la mesure étrangère visée avec les accords de l'OMC, ainsi qu'à celle de l'opportunité de contester formellement la mesure à l'OMC. Le processus doit alors être élargi à d'autres acteurs privés, le membre devant donner aux autres acteurs privés intéressés l'occasion de se faire entendre, ce qui peut même comprendre la tenue d'audiences publiques sur la question à l'examen⁶². Parmi les autres acteurs privés pouvant être intéressés, le mécanisme américain prévoit expressément les associations de consommateurs⁶³, tandis que le mécanisme européen ne fournit pas d'indications spécifiques à ce titre.

Les mécanismes américain et européen diffèrent fondamentalement quant au déroulement de l'enquête formelle sur la validité de la plainte privée et sur l'opportunité de contester la mesure visée à l'OMC. Alors que l'enquête à laquelle procède la Commission européenne se déroule entièrement en amont du système de règlement des différends de l'OMC, l'enquête du United States Trade Representative se déroule simultanément avec le processus d'examen de la plainte à l'OMC, et peut même la télescoper, ce qui soulève la question de sa licéité internationale.

Au terme de son enquête, la Commission européenne doit rendre un rapport sur l'opportunité de contester formellement la mesure visée à l'OMC, dans un délai normal de 5 mois, ce rapport étant toujours rendu public malgré l'inexistence d'une obligation à cet égard⁶⁴. La Commission peut alors prendre une décision finale quant au dépôt d'une plainte à l'OMC et elle doit obligatoirement se plier à la décision de l'OMC sur la compatibilité de la mesure visée avec les accords de l'OMC, la conformité de la mise en œuvre du rapport de l'ORD et l'imposition de contre-mesures économiques⁶⁵. Le maillage juridique entre le mécanisme européen et le système de règlement des différends de l'OMC est donc parfait. Une autre caractéristique importante du mécanisme européen concerne la soumission des décisions administratives rendues dans le cadre du fonctionnement du mécanisme au contrôle juridictionnel de la Cour de Luxembourg. Celle-ci s'est déjà prévaluée de cette compétence pour réexaminer l'analyse juridique

62. *Trade Act of 1974*, préc., note 54, 19 U.S.C. § 2412 (a) (4) (2000); *Règlement sur les obstacles au commerce*, préc., note 55, art. 8 (1) (a), (4), (5) et (6).

63. *Trade Act of 1974*, préc., note 54, 19 U.S.C. § 2411 (d) (9) (2000).

64. *Règlement sur les obstacles au commerce*, préc., note 55, art. 8 (8). Voir CE, COMMISSION, *Trade Issues. Respecting the Rules. Trade Policy Instruments*, « Trade Barriers Regulation. List of Cases », [En ligne], [ec.europa.eu/trade/issues/respectrules/tbr/cases/cases_list_en.htm] (mai 2008) (ci-après « Trade Barriers Regulation. List of Cases »).

65. *Règlement sur les obstacles au commerce*, préc., note 55, art. 12, 13 et 14.

de la Commission européenne, à l'époque du NIPC, concernant la licéité d'une mesure étrangère au regard du *GATT de 1947*⁶⁶.

Il en va tout autrement avec le mécanisme américain, dont l'opération n'est par ailleurs pas soumise au contrôle des tribunaux américains⁶⁷. Si le United States Trade Representative décide d'ouvrir une enquête formelle sur la plainte privée, il doit simultanément contester la mesure visée à l'OMC⁶⁸. La loi américaine prévoit des délais qui peuvent ne pas correspondre avec les délais du système de règlement des différends de l'OMC, ce qui signifie que le United States Trade Representative peut être obligé de conclure son enquête et de déterminer unilatéralement la compatibilité de la mesure visée avec les accords de l'OMC, sans égard pour la détermination à venir dans le cadre du système de règlement des différends de l'OMC⁶⁹. Il lui faut effectivement conclure son enquête 30 jours après la fin du processus international, mais jamais plus de 18 mois après l'ouverture de l'enquête interne, ce qui signifie qu'il doit conclure même si les délais à l'OMC dépassent ces 18 mois. Cette détermination doit faire l'objet d'un avis détaillé publié dans le *Federal Register*, le journal officiel américain. La législation américaine oblige alors le United States Trade Representative à imposer des contre-mesures économiques dans un délai de 30 jours après sa détermination positive (qui peut être unilatérale) ou au plus tard dans un délai de 180 jours, à moins qu'il n'estime qu'il n'est pas nécessaire de le faire ou qu'un rapport de l'ORD ne conclue que la mesure visée est compatible avec les accords de l'OMC⁷⁰. La législation permet ainsi au United States Trade Representative d'imposer des contre-mesures économiques unilatérales contre un membre de l'OMC, si après l'écoulement des 18 mois et du délai allant de 30 à 180 jours après sa détermination, l'ORD n'a pas encore adopté son rapport. Si les procédures à l'OMC s'éternisent, le United States Trade Representative peut donc agir unilatéralement. Chose importante, qui s'est même révélée déterminante lors de la contestation à l'OMC du mécanisme national américain, les pouvoirs du United States

66. *Fédération de l'industrie de l'huilerie de la CEE (Fediol) c. Commission*, Affaire C-70/87, [1989] Rec. C.E. 1781, 1825.

67. Thomas W. WALSH, « Dispute Settlement at the World Trade Organization: Do Municipal Laws Promoting Private Party Identification of Trade Disputes Affect State Participation? », (2006) 40-5 *J. World Trade* 889, 897.

68. *Trade Act of 1974*, préc., note 54, 19 U.S.C. § 2413 (a) (1) et (2) (2000). La mise à contribution du plaignant privé dans toute procédure internationale est obligatoire pour le United States Trade Representative (§ 2413 (a) (3)).

69. *Trade Act of 1974*, préc., note 54, 19 U.S.C. § 2414 (a) (1) (A) et § 2414 (a) (2) (A) (2000).

70. *Id.*, § 2411 (1) et (2) et § 2415 (a) (1) et (2) (A).

Trade Representative demeurent cependant assujettis à toute directive que pourrait donner le président⁷¹.

Le même scénario se répète au stade de la détermination de la compatibilité de la mise en œuvre du rapport de l'ORD par le membre visé par la plainte, qui peut devoir être faite sans égard au processus multilatéral prévu à cette fin⁷². Contrairement au mécanisme européen, le processus interne américain demeure ouvert aux acteurs privés à ce stade, ainsi qu'à celui de la révision des contre-mesures économiques qui ont été imposées⁷³. Ainsi, l'arrimage juridique entre le mécanisme national américain et le système de règlement des différends n'est-il pas parfait, puisqu'il permet au United States Trade Representative de l'ignorer et d'agir unilatéralement dans le règlement de différends commerciaux internationaux.

3.1.2 L'affaire *États-Unis* — Article 301, Loi sur le commerce extérieur et ses conséquences

Dans l'affaire *États-Unis* — Article 301, Loi sur le commerce extérieur, la Communauté européenne a rapidement contesté la compatibilité de la controversée *Section 301* avec les nouvelles règles du système commercial multilatéral, avec l'appui de dix-sept membres de l'OMC, qui ont tous réservé leurs droits de tierce partie. La principale faille du mécanisme américain que la Communauté européenne voulait exploiter était précisément le fait que la législation américaine *permet* au United States Trade Representative d'ignorer le système de règlement des différends de l'OMC, ce qui violerait son caractère obligatoire⁷⁴. Une des principales questions en litige consistait donc à savoir si le seul fait qu'une législation *autorise* un membre de l'OMC à violer les accords de l'OMC ou lui permet de le faire est suffisant pour constituer lui-même une violation de ces accords, même si la loi n'*oblige* pas le membre à violer les accords en question.

Avant de répondre à cette première question, le groupe spécial a d'abord constaté que le mécanisme américain *permettait* effectivement au United States Trade Representative de procéder à une détermination unilatérale⁷⁵. Puis il a refusé de répondre à la question telle que posée ci-dessus, pour plutôt examiner la compatibilité spécifique de la loi américaine avec les obligations internationales pertinentes des États-Unis. Il a constaté

71. *Id.*, § 2411 (1) *in fine*.

72. *Id.*, § 2416 (a) et (b) (2) (A).

73. *Id.*, § 2416 (c).

74. *Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, préc., note 16, art. 23.

75. *États-Unis* — Article 301, Loi sur le commerce extérieur, Groupe spécial, préc., note 54, par. 7.32 et 7.33.

que, dans le contexte particulier du système de règlement des différends de l'OMC, la *Section 301*, du simple fait qu'elle envisage l'ignorance du système, est en apparence incompatible avec les accords de l'OMC en raison de l'« effet de refroidissement » qu'elle a sur les membres de l'OMC et le marché⁷⁶. Ni les membres de l'OMC ni les acteurs privés ne peuvent être certains que la loi américaine ne sera pas appliquée.

Pendant, le groupe spécial n'a pas arrêté son raisonnement là. Il a estimé nécessaire de ne pas examiner la loi américaine de manière statique, pour plutôt embrasser également le cadre institutionnel et administratif dans lequel elle s'applique⁷⁷. C'est ainsi qu'il a tenu compte des directives données par le président américain, lors de la conclusion du cycle de l'Uruguay, selon lesquelles la *Section 301* devait être appliquée de manière conforme aux accords de l'OMC et donc à son système de règlement des différends. Le groupe spécial a été conforté dans son interprétation par les assurances répétées du gouvernement américain exprimées dans le cadre de ce différend, ce qui lui a permis de conclure que le mécanisme national américain de traitement des plaintes privées est licite au regard des accords de l'OMC⁷⁸. La Communauté européenne n'a pas fait appel de ce rapport du groupe spécial, qui a donc été adopté par l'ORD, malgré son raisonnement juridique discutable en ce qui concerne, notamment, la force normative donnée aux directives présidentielles⁷⁹.

L'affaire *États-Unis—Article 301, Loi sur le commerce extérieur* a donc mis un terme, pour un temps, à un problème persistant qui envenimait les relations commerciales internationales depuis fort longtemps. Avec cette affaire, les paramètres selon lesquels ces mécanismes nationaux seront jugés licites au regard des accords de l'OMC sont maintenant connus. Il est donc possible de penser avec certitude qu'un mécanisme national dont la conformité avec les accords de l'OMC est explicitement prévue, comme le mécanisme européen, est licite.

Au-delà de la conclusion du groupe spécial sur la licéité de la *Section 301*, un aspect de son rapport est particulièrement important et encore plus significatif pour les acteurs privés. Le groupe spécial, indépendamment de la controverse entourant le mécanisme américain depuis sa création

76. *Id.*, par. 7.91 et 7.95-7.97.

77. *Id.*, par. 7.26-7.28.

78. *Id.*, par. 7.126, 7.131, 7.170 et 7.185.

79. Voir : Anne KLEBES-PELISSIER, « L'Organisation mondiale du commerce confrontée à la législation commerciale américaine », (2002) 38 *R.T.D. eur.* 183, 202 et 203 ; Seung WHA CHANG, « Taming Unilateralism Under the Multilateral Trading System : Unfinished Job in the WTO Panel Ruling on U.S. Sections 301-310 of the Trade Act of 1974 », (2000) 31 *Law & Pol'y Int'l Bus.* 1151, 1156, 1185-1192 et 1224.

en 1974, a clairement reconnu la légitimité des mécanismes nationaux de traitement des plaintes privées : « Il peut exister de très bonnes raisons liées aux normes de transparence, à la démocratie et à la primauté du droit qui expliquent pourquoi les Membres peuvent souhaiter se doter de telles lois⁸⁰. »

Ces propos du groupe spécial tranchent avec les critiques habituellement adressées à la *Section 301* et élèvent la discussion à un niveau plus conceptuel, où les membres de l'OMC—mais aussi les acteurs privés—sont invités à explorer toutes les possibilités de ces mécanismes nationaux.

3.2 Un intérêt renouvelé pour un accès au potentiel inexploré

3.2.1 Un regain d'intérêt chez les acteurs privés et les membres de l'OMC pour les mécanismes nationaux

Une certaine diminution de l'emploi par les opérateurs économiques privés des mécanismes internes américain et européen a pu être observée dans les années qui ont suivi l'entrée en vigueur des accords de l'OMC⁸¹. Celle-ci pourrait s'expliquer par la liquidation d'un arriéré de différends commerciaux internationaux datant du *GATT de 1947*, qui a eu pour effet de gonfler le recours aux mécanismes nationaux lors de la mise en place du nouveau système de règlement des différends de l'OMC. Il faut aussi rappeler que ces mécanismes nationaux coexistent avec le mode traditionnel de déclenchement d'un litige commercial international, les autorités américaines et européennes portant généralement plainte à l'OMC de leur propre chef.

Cela ne signifie pas pour autant que les mécanismes internes américain et européen sont maintenant délaissés ou tombés en désuétude, ce qui pourrait amener à négliger cette voie d'accès privé au système de règlement des différends. Au contraire, l'intérêt des acteurs privés pour ces mécanismes semble actuellement se renouveler : au cours des dernières années, de nouvelles plaintes privées ont été portées à l'attention des autorités américaines et européennes. Aux États-Unis, des acteurs privés ont contesté en 2007 la compatibilité de la politique monétaire chinoise avec les accords de l'OMC, ainsi que celle de la politique canadienne de soutien au tournage

80. *États-Unis – Article 301, Loi sur le commerce extérieur*, Groupe spécial, préc., note 54, par. 7.63.

81. C.-E. CÔTÉ, préc., note 23, p. 431-433 et 441-443.

d'émissions de télévision ou de films étrangers au Canada⁸². Dans ces deux cas, les autorités américaines ont décidé de ne pas ouvrir d'enquête, mais cela laisse apparaître le rôle important des acteurs privés dans le signalement de problèmes commerciaux sensibles hors des sentiers battus, impliquant des questions épineuses comme la relation entre commerce et monnaie ou entre commerce et culture.

En Europe, le même scénario semble vouloir se répéter : après avoir été délaissé, voire ignoré par les opérateurs économiques privés, le mécanisme interne européen semble connaître un regain d'intérêt chez ceux-ci. Deux plaintes ont été récemment soumises à l'OMC par la Communauté européenne après que des acteurs privés aient porté plainte dans le cadre du mécanisme interne européen, concernant les mesures appliquées par l'Inde à l'importation et à la vente de vins et de spiritueux de même que les mesures appliquées par le Brésil aux importations de pneus rechapés⁸³. Deux autres plaintes privées ont conduit la Commission européenne à conclure à la violation des accords de l'OMC par le Taipei chinois, en raison de mesures affectant la protection des brevets en matière de disques compacts enregistrables, ainsi que par la Turquie, en raison de mesures concernant les importations de produits pharmaceutiques⁸⁴. Enfin, une enquête a été ouverte en 2008 par la Commission suite à une plainte soumise en 2007 par une association professionnelle, contestant la compatibilité avec les accords de l'OMC de l'application par les États-Unis de leur inter-

82. OFFICE OF THE UNITED STATES TRADE REPRESENTATIVE, *2008 Trade Policy Agenda and 2007 Annual Report of the President of the United States on the Trade Agreements Program*, Washington, Office of the United States Trade Representative, 2008, p. 206 et 207, [En ligne], [www.ustr.gov/assets/Document_Library/Reports_Publications/2008/2008_Trade_Policy_Agenda/asset_upload_file649_14563.pdf] (15 janvier 2009).

83. «Trade Barriers Regulation. List of Cases», préc., note 64. Voir les affaires suivantes : *Inde – Mesures affectant l'importation et la vente de vins et spiritueux en provenance des Communautés européennes (Plainte des Communautés européennes)*, demande de consultations présentée par les Communautés européennes le 20 novembre 2006, WT/DS352/1, G/L/804 (23 novembre 2006); *Brésil – Pneumatiques rechapés*, Organe d'appel, préc., note 10.

84. «Trade Barriers Regulation. List of Cases», préc., note 64. Voir : CE, COMMISSION, *Report to the Trade Barriers Regulation Committee. Examination Procedure Concerning an Obstacle to Trade, within the Meaning of Council Regulation (EC) No 3286/94, Consisting of Measures Adopted by the Separate Customs Territory of Taiwan, Penghu, Kinmen and Matsu Affecting Patent Protection in Respect of Recordable Compact Discs*, 30 janvier 2008, [En ligne], [trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2008/january/tradoc_137633.pdf] (15 janvier 2009); CE, COMMISSION, *Report to the Trade Barriers Regulation Committee. TBR Proceedings Concerning Turkish Practices Affecting Trade in Pharmaceutical Products*, 13 septembre 2004, [En ligne], [trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2004/october/tradoc_119478.doc] (15 janvier 2009).

diction des jeux d'argent sur Internet⁸⁵. Cette plainte privée fait fond sur une décision de l'OMC ayant déjà constaté l'incompatibilité de cette mesure américaine avec les accords de l'OMC, ce qui illustre le rôle proactif que peuvent jouer les acteurs privés, au moyen de ces mécanismes, dans la mise en œuvre du droit international économique⁸⁶.

La recrudescence de l'utilisation des mécanismes internes américain et européen par les acteurs privés s'inscrit dans le contexte d'un intérêt renouvelé pour cette voie d'accès indirecte au système de règlement des différends de l'OMC. D'abord, le rapport Sutherland sur l'avenir institutionnel du système commercial multilatéral a recommandé que les acteurs privés et la société civile s'adressent prioritairement aux gouvernements des membres de l'OMC, avant de vouloir engager le dialogue avec l'organisation internationale elle-même⁸⁷. Cette recommandation, si elle ne pointe pas explicitement dans la direction des mécanismes nationaux de traitement des plaintes privées, indique néanmoins que les membres de l'OMC devraient demeurer une interface indispensable entre les acteurs privés et l'OMC. De manière générale, la mise en place de tels mécanismes nationaux pourrait être une voie d'accès plus intéressante que la reconnaissance d'un recours privé direct à l'OMC⁸⁸. Ensuite, plusieurs études récentes suggèrent que ces mécanismes nationaux pourraient être une solution à la faible participation des pays en développement dans l'opération du système de règlement des différends de l'OMC⁸⁹. Enfin, de nouveaux

85. «Trade Barriers Regulation. List of Cases», préc., note 64. Voir : CE, COMMISSION, *Avis d'ouverture d'une procédure d'examen concernant des obstacles au commerce au sens du règlement (CE) n° 3286/94 du Conseil, ces obstacles étant constitués par l'interdiction des États-Unis visant la fourniture transfrontières de jeux d'argent sur Internet et sa mise en œuvre*, [2008] J.O. C 65/5.

86. Voir l'affaire *États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris (Plainte d'Antigua-et-Barbuda)*, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS285/AB/R (7 avril 2005).

87. OMC, CONSEIL CONSULTATIF, *L'avenir de l'OMC. Relever les défis institutionnels du nouveau millénaire*, rapport du Conseil consultatif à M. Supachai Panitchpakdi, directeur général, Genève, OMC, 2004, p. 96, par. 10 et suiv., [En ligne], [www.wto.org/french/the WTO_f/10anniv_f/future_wto_f.pdf] (15 janvier 2009).

88. Voir généralement C.-E. CÔTÉ, préc., note 23, p. 569 et 570.

89. Voir par exemple : Augustine MANDIGORA, *Government-Business Interface in Dispute Settlement: Lessons for SACU*, Tralac Working Paper No. 2, Stellenbosch (Afrique du Sud), US Printers, février 2007, p. 2, [En ligne], [www1.givengain.com/unique/tralac/pdf/20070313_Mandigora_Bus_Interface.pdf] (15 janvier 2009) ; Felix MAONERA, *Initiation of WTO Trade Disputes by the Private Sector – Need for SADC/COMESA Countries to Develop National Mechanisms*, Tralac Working Paper No. 15, Stellenbosch (Afrique du Sud), US Printers, octobre 2006, [En ligne], [www1.givengain.com/unique/tralac/pdf/20061017_MaoneraInitiation_of_Disputes.pdf] (15 janvier 2009). Voir aussi : Chad P. BOWN et Bernard M. HOEKMAN, «WTO Dispute Settlement and the Missing

mécanismes nationaux ont été expérimentés par certains membres de l'OMC, quoiqu'ils soient moins formalisés et utilisés que les mécanismes américain et européen.

Pour sa part, l'Australie a adopté en 1999, et annoncé en grande pompe, un nouveau mécanisme de traitement des plaintes privées concernant la violation des accords de l'OMC, se voulant toutefois plus souple et moins formalisé que ses prédécesseurs américain et européen⁹⁰. Le *WTO Disputes Investigation and Enforcement Mechanism* visait à permettre aux acteurs privés incapables de pénétrer les réseaux professionnels existants d'avoir un accès formel au gouvernement, pour signaler des violations des accords de l'OMC. L'Australie visait, par exemple, les petites compagnies et les exportateurs opérant dans des secteurs non traditionnels de l'économie australienne. Ce mécanisme non juridiquement contraignant s'ajoutait à la pratique informelle antérieure, mais il créait un processus plus formalisé de signalement des plaintes privées et encadrait davantage leur examen et leur réponse par le gouvernement. N'ayant jamais été utilisé par les acteurs privés, il a finalement été abandonné par le gouvernement australien, ce dernier préférant s'en tenir exclusivement à la pratique informelle antérieure⁹¹.

La Chine a également mis en place un mécanisme national de traitement des plaintes privées concernant les obstacles au commerce rencontrés par les exportateurs chinois, au moyen d'un règlement provisoire adopté en 2002, s'inspirant beaucoup plus des mécanismes américain et européen que

Developing Country Cases: Engaging the Private Sector», (2005) 8 *J. Int'l Econ. L.* 861 ; Gerhard ERASMUS, «The Non-Participation by African States in the Dispute Settlement System of the WTO: Reasons and Consequences», dans Trudi HARTZENBERG (dir.), *WTO Dispute Settlement. An African Perspective*, Londres, Cameron May, 2008, p. 179, aux pages 201-204.

90. AUSTRALIAN MINISTER FOR TRADE, «New Mechanism To Underpin Australia's WTO Export Rights In Global Markets», communiqué, 16 septembre 1999. [En ligne], [www.trademinister.gov.au/releases/1999/mvt025_99.html] (15 janvier 2009). Voir généralement T.W. WALSH, préc., note 67, 899-901.
91. Discussion le 10 juin 2008 avec Margaret Durnan, de la WTO Trade Law Branch, au Department of Foreign Affairs, du gouvernement fédéral de l'Australie ; A. MANDIGORA, préc., note 89, p. 15. Cette pratique gouvernementale informelle ne comporte aucune garantie juridique processuelle ou substantielle particulière pour les acteurs privés (voir p. 15-21). Voir Joan HIRD et Margaret DURNAN, «The Role of Domestic Stakeholders», dans COMMONWEALTH OF AUSTRALIA (dir.), *Ten Years of WTO Dispute Settlement. Australian Perspectives*, Canberra, Commonwealth of Australia, 2006, p. 35, [En ligne], [www.dfat.gov.au/publications/10yrs_wto_disputes/10yrs_wto_disputes.pdf] (15 janvier 2009).

de l'expérience australienne⁹². L'expérience chinoise est venue confirmer l'intérêt renouvelé chez les membres de l'OMC pour ce type de mécanisme interne, le règlement chinois ayant mis en place un processus formel et transparent de traitement des plaintes privées concernant la violation des accords de l'OMC. Cela permet aux acteurs privés chinois de signaler aux autorités chinoises les obstacles au commerce auxquels ils se heurtent dans des marchés d'exportation, et celles-ci disposent de 60 jours pour examiner la plainte et décider si elle justifie l'ouverture d'une enquête formelle. Ce droit d'action privé n'est pas limité par la condition que le plaignant souffre d'un préjudice spécifique ou que les effets de l'obstacle au commerce soient localisés en Chine ou à l'extérieur. La publicité du processus est garantie par l'obligation pour les autorités chinoises de publier un avis lorsqu'elles acceptent ou refusent d'ouvrir une enquête, avis qui doit donner la possibilité aux parties intéressées et au public de faire connaître ses commentaires lorsqu'une enquête est ouverte. Par ailleurs, la tenue d'audiences publiques est envisagée au cours de l'enquête. Enfin, les conclusions de l'enquête quant à l'existence d'un obstacle au commerce doivent également faire l'objet d'un avis public. Autrement, le gouvernement chinois conserve toute la discrétion voulue quant à la décision d'ouvrir une enquête et aux conclusions à en tirer.

Le maillage du règlement provisoire chinois avec les accords de l'OMC et son système de règlement des différends n'est cependant pas clair, laissant penser qu'il a davantage subi l'influence du mécanisme américain que du mécanisme européen. D'une part, les obstacles au commerce envisagés ne sont pas seulement les violations des accords de l'OMC ou d'autres accords commerciaux internationaux, mais également les mesures étrangères «déraisonnables», ou encore celles qui causent des «dommages déraisonnables» aux intérêts commerciaux chinois, ce qui évoque l'unilatéralisme agressif tant décrié du mécanisme américain⁹³. Par ailleurs, le règlement provisoire enjoint aux autorités chinoises de procéder d'abord à leur propre détermination de la licéité de la mesure étrangère visée au

92. CHINE, MINISTÈRE DU COMMERCE EXTÉRIEUR ET DE LA COOPÉRATION ÉCONOMIQUE, *Provisional Rules Governing Investigations of Foreign Trade Barriers*, adoptées le 9 décembre 2002 par le ministère chinois du Commerce extérieur et de la Coopération économique, Hong Kong Trade Development Council, [En ligne], [ecorigin-china.tdctrade.com/content.aspx?data=CHINA_content_en&contentid=174801&src=CN_LawReg&w_sid=194&w_pid=630&w_nid=9927&w_cid=174801&w_idt=1900-01-01&w_oid=180&w_jid=] (15 janvier 2009). Voir généralement: Yan LUO, «Engaging the Private Sector: EU-China Trade Disputes Under the Shadow of WTO Law?», (2007) 13 *Eur. L.J.* 800, 808-810; T.W. WALSH, préc., note 67, 901 et 902.

93. *Provisional Rules Governing Investigations of Foreign Trade Barriers*, préc., note 92, art. 3.

regard des accords de l'OMC, pour ensuite avoir la liberté de décider si elles contesteront formellement la mesure à l'OMC, entreprendront des consultations bilatérales ou « adopteront toute autre mesure appropriée⁹⁴ ». Si le règlement provisoire n'oblige pas les autorités chinoises à se contenter de leur détermination unilatérale d'incompatibilité, ou à imposer des contre-mesures économiques sans égard pour le système de règlement des différends de l'OMC, il semble pouvoir les autoriser à le faire, ce qui pourrait être problématique pour sa licéité au regard des accords de l'OMC.

Une nouvelle loi sur le commerce extérieur a cependant été adoptée en 2004 par la Chine, dans la foulée de laquelle le règlement provisoire a été remplacé par un règlement permanent en 2005⁹⁵. Ces développements n'auraient pas modifié de manière significative le mécanisme chinois de traitement des plaintes privées, mais sa compatibilité avec les accords de l'OMC aurait été renforcée, conformément aux dispositions de la nouvelle loi, qui prévoit que les réclamations internationales et les contre-mesures économiques imposées par la Chine seront compatibles avec les accords de l'OMC⁹⁶. Pour le moment, le nouveau mécanisme chinois a été utilisé une seule fois, dans une affaire impliquant des exportateurs chinois d'algues qui ont dénoncé des mesures appliquées par le Japon⁹⁷.

Autre indicateur de l'attrait de ces mécanismes nationaux de traitement des plaintes privées chez les membres de l'OMC, l'Association du barreau canadien, une ONG représentant les intérêts du milieu juridique canadien, a mis sur pied un comité national pour faire la promotion de la création au Canada d'un mécanisme national de traitement des plaintes privées concernant la violation des accords de l'OMC⁹⁸. Cette initiative a cependant été sans suite et aucun mécanisme formel n'existe au Canada.

94. *Id.*, art. 29, la traduction est de nous.

95. *Foreign Trade Law of The People's Republic of China*, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2004, China International Electronic Commerce Network, [En ligne], [en.ec.com.cn/article/entrad/eclaw/enlrtrade/200803/598785_1.html] (15 janvier 2009); MINISTÈRE DU COMMERCE DE LA RÉPUBLIQUE POPULAIRE DE CHINE, « Rules for Foreign Trade Barrier Investigation Takes Effect on March 1st », communiqué, 3 mars 2005, [En ligne], [english.mofcom.gov.cn/aarticle/newsrelease/significantnews/200503/20050300020490.html] (15 janvier 2009); T.W. WALSH, préc., note 67, 901.

96. *Foreign Trade Law of The People's Republic of China*, préc., note 95, art. 47.

97. Y. LUO, préc., note 92, 809. La Chine est entrée en consultations bilatérales avec le Japon et l'affaire a pu être réglée à la satisfaction des parties à ce stade, sans que l'OMC n'ait à être saisie formellement du différend.

98. CHI CARMODY, « Customs Tariff S. 59(2): A "Canadian 301" ? », (1998) 1 *J. Int'l Econ. L.* 690, 693. Pour une description de la pratique gouvernementale canadienne actuelle, voir C.-E. CÔTÉ, préc., note 23, p. 443-447.

3.2.2 Le potentiel inexploré des mécanismes nationaux : la défense d'intérêts non commerciaux par les acteurs privés

L'intérêt renouvelé pour les mécanismes nationaux de traitement des plaintes privées s'attache avant tout à leur vocation première, qui consiste au signalement et à l'identification des violations des accords de l'OMC par les opérateurs économiques privés directement touchés. Le potentiel de ces mécanismes à cet égard est bien connu : ils peuvent permettre aux membres de l'OMC, et particulièrement aux pays en développement, de construire et d'améliorer leur capacité d'utiliser activement le système de règlement des différends⁹⁹. Ainsi, ces mécanismes internes aideraient les membres de l'OMC à mieux saisir les opportunités commerciales qui leur sont ouvertes par les accords de l'OMC. C'est précisément dans cette perspective que s'inscrit la volonté de la Chine d'associer plus étroitement les acteurs privés chinois à l'utilisation du système de règlement des différends de l'OMC¹⁰⁰. C'est également dans cette perspective que s'inscrivent les études recommandant aux pays en développement de mettre en place de tels mécanismes¹⁰¹.

Or ces mécanismes nationaux pourraient receler un potentiel inexploré pour d'autres acteurs privés, ayant des intérêts indirects dans ces différends, autres que des intérêts économiques, comme ceux souhaitant faire la promotion de modes de consommation durable dans l'interprétation des accords de l'OMC. Les préoccupations de transparence, d'ouverture et de démocratie, assorties de véritables garanties juridiques processuelles, qui sous-tendent ces mécanismes, dans l'exercice de médiation des intérêts divergents par le membre de l'OMC, offrent un porte-voix aux possibilités insoupçonnées pour ces autres acteurs privés. L'un des principaux avantages de ces mécanismes nationaux est qu'ils peuvent permettre de briser le phénomène par lequel une certaine communauté d'intérêts peut se développer naturellement entre un organisme public et sa clientèle cible, alors que l'organisme public doit pouvoir situer sa mission dans la perspective plus large de l'intérêt général¹⁰². En l'occurrence, le risque est que seuls les intérêts des grandes branches de l'industrie nationale les mieux organisées soient entendus par le gouvernement du membre de l'OMC, au cours du processus menant à sa décision de contester ou non une mesure étrangère.

99. Voir : T.W. WALSH, préc., note 67, 908 ; Y. LUO, préc., note 92, 802.

100. *Id.*, 802.

101. *Supra*, note 89.

102. A. MANDIGORA, préc., note 89, p. 12.

En investissant ces mécanismes nationaux, les acteurs privés non directement intéressés par les aspects commerciaux d'une plainte privée pourraient contribuer à élargir le débat au plan national et introduire d'autres perspectives, comme celle de la promotion des modes de consommation durable. La prise en considération de la consommation durable en amont du système de règlement des différends de l'OMC, au cœur de l'exercice de médiation des intérêts divergents par le gouvernement, pourrait se révéler plus efficace. En effet, la position du membre de l'OMC à ce stade n'est pas encore cristallisée et l'intervention des acteurs privés pourrait permettre une intégration plus fine et profonde du concept de consommation durable dans cette position. Puisque ces mécanismes sont publics, les arguments mis en avant par les acteurs privés faisant la promotion des modes de consommation durable pourraient permettre au membre de l'OMC visé par la plainte privée de mieux articuler sa défense, dans l'hypothèse où le membre dont le mécanisme national aurait été saisi devrait décider de contester la mesure à l'OMC. Ces arguments au soutien des modes de consommation durable débattus au plan national pourraient même, dans certaines circonstances, amener le gouvernement à renoncer à porter plainte à l'OMC, au vu du bien-fondé de la mesure visée et du soutien qu'elle reçoit dans les autres segments de la société que celui des opérateurs économiques qui en font directement les frais. Ils pourraient même contribuer à l'adoption de mesures semblables chez le membre à qui l'on demandait initialement de contester une telle mesure à l'OMC, en sensibilisant la population, l'industrie et le gouvernement à leur bien-fondé. Il s'agirait en définitive d'élargir et d'enrichir le débat au plan national sur la promotion des modes de consommation durable dans l'interprétation des accords de l'OMC, avant de vouloir transporter ce débat au plan international dans l'enceinte de l'OMC.

Les mécanismes nationaux existants offrent plusieurs ouvertures à différents stades du processus de médiation des intérêts divergents, où les acteurs privés pourraient intervenir pour défendre des intérêts non commerciaux dans l'interprétation des accords de l'OMC. Premièrement, les acteurs privés pourraient profiter des obligations de publicité du processus pour faire valoir leurs vues, d'abord au moment de l'examen de la demande d'ouverture d'une enquête formelle, puis au cours de l'enquête formelle sur l'opportunité de porter plainte à l'OMC et, enfin, durant l'enquête sur l'opportunité d'imposer des contre-mesures économiques. Deuxièmement, les acteurs privés pourraient voir leurs arguments être pris en considération dans l'avis motivé que doivent rendre les autorités gouvernementales sur l'ouverture d'une enquête, sur la conclusion d'une enquête ou sur l'imposition de contre-mesures économiques. Troisièmement, les acteurs privés pourraient profiter du contrôle judiciaire des actes de l'administration dans

l'opération du mécanisme national — dans la mesure où celui-ci est soumis au contrôle des tribunaux nationaux — pour obtenir un réexamen de leurs arguments au soutien des modes de consommation durable¹⁰³. Enfin, les acteurs privés étrangers ne devraient pas exclure d'emblée la possibilité d'investir le mécanisme national d'un membre de l'OMC, puisqu'à première vue rien ne semble les en empêcher.

En somme, il apparaît opportun que les acteurs privés investissent ces mécanismes nationaux pour défendre des intérêts non commerciaux dans l'interprétation des accords de l'OMC. Ne serait-ce que pour en tester toutes les potentialités, cela en vaut la peine. En plus d'influencer les débats sur ces questions au plan national, l'exploitation de cette ouverture processuelle par les acteurs privés pourrait également contribuer à dégager plus clairement les questions juridiques et à améliorer la profondeur des débats une fois qu'ils seront rendus dans l'enceinte de l'OMC, après avoir atteint la maturité juridique et politique voulue. De manière plus fondamentale, il semble également opportun que les membres de l'OMC — et particulièrement le Canada — ouvrent un chantier de réflexion sur la création éventuelle d'un tel mécanisme national de traitement des plaintes privées concernant la violation des accords de l'OMC.

103. La soumission du mécanisme national au contrôle judiciaire varie d'un membre de l'OMC à l'autre. Si le mécanisme américain échappe au contrôle des tribunaux, les mécanismes européens, chinois et l'ancien mécanisme australien, eux, y sont soumis à des degrés divers, allant de l'examen du respect des règles processuelles au réexamen de la compatibilité de la mesure visée avec les accords de l'OMC. *Supra*, note 66. Voir : T.W. WALSH, préc., note 67, 897, 899, 900 et 902 ; C.-E. CÔTÉ, préc., note 23, p. 439-441.