

Revue québécoise de droit international
Quebec Journal of International Law
Revista quebequense de derecho internacional



**ORGANE DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS DE
L'ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE**

Geneviève Dufour, Richard Ouellet et Pascale Breault

Volume 21, numéro 1, 2008

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1068949ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1068949ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (imprimé)

2561-6994 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Dufour, G., Ouellet, R. & Breault, P. (2008). ORGANE DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS DE L'ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 21(1), 415–460.
<https://doi.org/10.7202/1068949ar>

ORGANE DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS DE L'ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE

*Geneviève Dufour**
*Richard Ouellet***
*Pascale Breault****

L'année 2008 a été riche en rapports rendus dans le cadre d'une procédure de règlement des différends devant l'Organisation mondiale du commerce (OMC). C'est près d'une quinzaine de rapports émanant de groupes spéciaux, de l'Organe d'appel ou d'arbitres qui ont été rendus en 2008. Plusieurs de ces rapports étant très volumineux, il s'est avéré impossible de résumer adéquatement tous ces rapports dans le nombre de pages normalement impartit à la chronique. Afin de conserver à cette chronique son utilité première qui est de faire ressortir et d'expliquer les principales avancées du droit international économique amenées par les rapports adoptés par l'Organe de règlement des différends (ORD) de l'OMC, un arbitrage éditorial était devenu indispensable.

Quatre affaires dans lesquelles des rapports importants ont été adoptés par l'ORD en 2008 nous sont apparues contenir des raisonnements et des conclusions juridiques plus porteurs que les autres. Ce sont ces affaires qui sont résumées dans les pages qui suivent. Plus précisément, ces quatre affaires seront résumées et analysées : *Mexique – Mesures compensatoires définitives visant l'huile d'olive en provenance des Communautés européenne*, Rapport du Groupe spécial, *Brésil – Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés*, Rapport de l'arbitre au titre de l'article 21(3) c) du *Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (MRD)*¹, *Canada – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones*, Rapports du Groupe spécial et de l'Organe d'appel, *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution de bananes*, deuxième recours de l'Équateur et des États-Unis à l'article 21(5) du *MRD*, Rapport de l'Organe d'appel.

Le lecteur intéressé par la totalité des rapports rendus en 2008 les trouvera aisément en utilisant la fonction de recherche disponible sur le site de l'OMC².

* Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

** Professeur agrégé à la Faculté de droit de l'Université Laval.

*** Étudiante à la maîtrise en droit à la Faculté de droit de l'Université Laval.

¹ *Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, Annexe 2 de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1868 R.T.N.U. 226 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1995) [*MRD*].

² Organisation mondiale du commerce-Règlement des différends, en ligne : OMC <http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/dispu_f.htm>.

I. **Mexique – Mesures compensatoires définitives visant l’huile d’olive en provenance des Communautés européennes, Rapport du Groupe spécial, 4 septembre 2008, WT/DS341/R**³

Mots clés : Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (Accord SMC)⁴, ouverture d’une enquête, obligation de tenir des consultations au sens de l’article 13.1 de l’Accord SMC avant l’ouverture de l’enquête, résumé de renseignements confidentiels, délai pour terminer l’enquête, analyse de la transmission, analyse au regard d’une période discontinuée, définition de la branche de production nationale, examen des facteurs autres comme cause d’un dommage.

A. **Les faits**

Le 12 mars 2003, une société mexicaine, la Fortuny, a déposé une demande d’ouverture d’enquête de manière à ce que des droits compensateurs soient imposés sur l’huile d’olive provenant des Communautés européennes (CE). Selon l’entreprise, entre avril et décembre 2002, de l’huile d’olive aurait été exportée des CE en bénéficiant de subventions. Ceci aurait retardé de façon importante la création d’une branche de production nationale de produits identiques ou similaires. Le 2 juillet 2003, le ministre mexicain de l’Économie signait une décision faisant droit à la demande et portant ouverture de l’enquête. Cette dernière fut publiée au *Journal officiel* le 16 juillet 2003. Le 4 juillet 2003, les CE étaient invitées à tenir des consultations. Ces dernières ont eu lieu le 17 juillet, le 17 novembre et le 2 décembre 2003 à Mexico. Le 10 juin 2004, une décision préliminaire fut publiée par le ministère de l’Économie. En application de cette dernière, bien que l’enquête se soit poursuivie, des droits compensateurs provisoires étaient appliqués. Le 1^{er} août 2005, la décision finale était publiée au *Journal officiel* et des droits compensateurs définitifs étaient appliqués sur les importations en provenance de huit exportateurs espagnols et italiens d’huile d’olive et sur toutes les autres importations en provenance des CE.

Le 31 mars 2006, les CE ont demandé l’ouverture de consultations avec le Mexique concernant les droits compensateurs imposés. Face à l’impasse des consultations, elles ont demandé l’établissement d’un groupe spécial le 7 décembre 2006. Ce dernier a été établi le 23 janvier 2007 et le 21 février le directeur général, Pascal Lamy, nommait les membres du Groupe spécial. Le Canada, la Chine, les États-Unis, le Japon et la Norvège ont réservé leur droit de participer en tant que tierces parties. Le Groupe spécial a rendu son rapport le 4 septembre 2008.

³ *Mexique – Mesures compensatoires définitives visant l’huile d’olive en provenance des Communautés européennes (Plainte des Communautés européennes)* (2008), OMC Doc. WT/DS341/R (Rapport du Groupe spécial) [*Mexique – Huile d’olive*].

⁴ *Accord sur les subventions et les mesures compensatoires*, Annexe 1A de l’*Accord de Marrakech instituant l’Organisation mondiale du commerce*, 14 avril 1994, 1867 R.T.N.U. 515 [*Accord SMC*].

B. Les allégations de violation

Selon les CE, le Mexique a agi de manière incompatible avec ses obligations découlant des articles 1, 11 à 16 et 22 de l'*Accord sur les subventions et les mesures compensatoires*, des articles 13 et 21 de l'*Accord sur l'agriculture (AsA)*⁵ et de l'article VI de l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT)*⁶ de 1994.

Aux fins de cette chronique, nous nous concentrerons sur les allégations qui ont donné lieu à un développement juridique novateur. À cet égard, nous ne reviendrons pas sur l'allégation relative à l'article 12.8 (obligation de divulguer les « faits essentiels » dans la décision), ni sur celle relative aux articles 11.4 et 16.1 (existence d'autres producteurs d'huile d'olive que Fortuny), puisque le désaccord entre les parties quant à ces points portait tantôt sur des questions factuelles, tantôt sur la qualité et la fiabilité des éléments de preuve. Par ailleurs, nous ne développerons pas les constatations émises relativement aux allégations basées sur l'article 13 de l'*AsA* puisque cette disposition est maintenant caduque⁷.

C. Les constatations

1. L'ARTICLE 13.1 : L'OBLIGATION DE MÉNAGER UNE POSSIBILITÉ DE TENIR DES CONSULTATIONS AVEC L'ÉTAT EXPORTATEUR AVANT D'OUVRIRE UNE ENQUÊTE

Selon les CE, en application de l'article 13.1 de l'*Accord SMC*, le Mexique aurait dû envoyer l'invitation à procéder à des consultations avant d'ouvrir l'enquête. Cet article se lit comme suit :

Aussitôt que possible après qu'il aura été fait droit à une demande présentée au titre de l'article 11, et en tout état de cause avant que l'enquête ne soit ouverte, les Membres dont les produits pourront faire l'objet de cette enquête seront invités à procéder à des consultations en vue de clarifier la situation concernant les questions visées au paragraphe 2 de l'article 11 et d'arriver à une solution mutuellement convenue.⁸

⁵ *Accord sur l'agriculture*, Annexe 1A de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1867 R.T.N.U. 436 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1995) [*AsA*].

⁶ *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, Annexe 1A de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1869 R.T.N.U. 426 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1995) [*GATT*].

⁷ Il n'en demeure pas moins que le Groupe spécial a consacré certains développements intéressants quant au terme « modération » contenu à l'article 13 b) ii) de l'*AsA*, puisque ce dernier n'avait jamais fait l'objet d'interprétation.

⁸ *Supra* note 4, art. 13.1.

- a) *La date d'ouverture d'enquête se détermine en fonction du droit interne du pays importateur*

Les parties ne s'entendent pas sur la date à laquelle l'enquête aurait été ouverte. Les CE soutiennent que l'enquête a été ouverte par la signature du ministre le 2 juillet 2002. Le Mexique réplique que l'enquête n'a été ouverte que le 16 juillet, puisque, pour prendre effet, la décision du ministre devait être publiée au *Journal officiel*.

Le Groupe spécial détermine donc ce que signifie le terme « ouverture » au sens de l'*Accord SMC*. S'appuyant sur la note de bas de page 37 relative à l'article 10 de l'*Accord SMC*, qui réfère à « l'action de procédure par laquelle un Membre ouvre formellement une enquête »⁹, le Groupe spécial en conclut que la date d'ouverture de l'enquête doit nécessairement faire référence au régime intérieur du Membre importateur (Membre)¹⁰. C'est donc à l'autorité chargée de l'enquête que revient le soin de déterminer la date à laquelle elle a formellement ouvert l'enquête¹¹. Selon le droit mexicain, une décision prend effet le lendemain de sa publication au *Journal*. En conséquence, le Groupe spécial conclut qu'il n'y a rien qui permette de croire que l'invitation de procéder à des consultations ait été remise *après* l'ouverture de l'enquête.

- b) *Le membre importateur n'a pas à laisser de délai, avant l'ouverture de l'enquête, pour mener des consultations*

Les CE ont soutenu que l'article 13.1 de l'*Accord SMC* imposait implicitement qu'un délai suffisant soit ménagé pour la tenue des consultations. Selon le Groupe spécial, l'article invoqué prévoit bien une obligation de demander au Membre dont les produits feront l'objet d'une enquête de procéder à des consultations¹². Or, rien dans le texte de l'article 13.1 n'indique une obligation que ces consultations soient effectivement tenues¹³. L'analyse de l'objet et du but de l'article 13.1 ne permet pas non plus de conclure à l'existence d'une obligation laissant suffisamment de temps aux Membres avant l'ouverture de l'enquête pour mener des consultations :

Bien que nous estimions, eu égard à leurs objectifs, que les consultations visées à l'article 13.1 auraient le plus de chances d'influer sur la décision relative à l'ouverture de l'enquête si elles avaient lieu avant l'ouverture, nous n'estimons pas que ces consultations seraient totalement sans objet, comme les Communautés européennes le font valoir, si elles n'avaient lieu qu'après l'ouverture de l'enquête.¹⁴

⁹ *Supra* note 4, art. 10.

¹⁰ *Mexique – Huile d'olive*, *supra* note 3 au para. 7.25.

¹¹ *Ibid.* au para. 7.26.

¹² *Ibid.* au para. 7.34.

¹³ *Ibid.* au para. 7.35.

¹⁴ *Ibid.* au para. 7.41.

En conséquence, le Groupe spécial a constaté que rien ne démontrait que le Mexique avait agi de manière contraire à ses obligations au titre de l'article 13.1 de l'*Accord SMC*.

2. L'ARTICLE 12.4.1 : UN SYSTÈME DE DIVULGATION ÉLARGIT NE DISPENSE PAS LE PAYS IMPORTATEUR D'EXIGER DES RÉSUMÉS DE RENSEIGNEMENTS CONFIDENTIELS

Selon les CE, contrairement à l'article 12.4.1, le Mexique n'a pas exigé des compagnies qu'elles fournissent des résumés non confidentiels de leurs renseignements confidentiels.

Le Mexique soutient qu'il a fourni ces résumés. De plus, il soutient que son système permet aux « représentants des parties intéressées d'avoir accès aux renseignements confidentiels, de sorte que, même si le dossier d'enquête n'avait pas comporté de résumés publics des renseignements fournis par une partie intéressée, les obligations et objectifs »¹⁵ de l'article 12.4.1 avaient été respectés.

Le Groupe spécial, se basant sur la conclusion adoptée dans le cadre de l'affaire *Mexique – Tubes et Tuyaux*¹⁶, a rejeté l'argument mexicain : le système de divulgation du Mexique ne le dispensait pas de respecter l'obligation consistant à exiger des compagnies en cause des résumés de renseignements confidentiels¹⁷. Après avoir conclu ainsi, le Groupe spécial a constaté que le Mexique n'avait effectivement pas exigé ce type de résumé¹⁸ et qu'aucune tentative n'avait été faite pour expliquer l'existence de circonstances exceptionnelles susceptibles l'impossibilité de résumer les renseignements confidentiels¹⁹.

3. L'ARTICLE 11.11 DE L'*ACCORD SMC* : LE DÉLAI POUR TERMINER L'ENQUÊTE

L'enquête menée par les autorités mexicaines a duré vingt-quatre mois. Or, l'article 11.11 de l'*Accord SMC* exige que les enquêtes soient terminées dans un délai de douze mois et en tout état de cause dans un délai de dix-huit mois. Selon le Mexique, l'article 11.11 vise avant tout à protéger les parties intéressées contre un retard ou une inaction injustifiée. En l'espèce, le Mexique soutient que le retard s'explique par des demandes de renseignements supplémentaires et par des demandes de prorogation.

¹⁵ *Ibid.* au para. 7.84.

¹⁶ *Mexique – Droits antidumping sur les tubes et tuyaux en acier en provenance du Guatemala (Plainte du Guatemala)* (2007), OMC Doc. WT/DS331/R (Rapport du Groupe spécial) [*Mexique – Tubes et tuyaux*].

¹⁷ *Mexique – Huile d'olive*, *supra* note 3 au para. 7.94.

¹⁸ *Ibid.* aux para. 7.96-98.

¹⁹ *Ibid.* aux para. 7.99-101.

Le Groupe spécial a considéré que la prescription de l'article 11.11 de l'*Accord SMC* est « claire et sans équivoque »²⁰. En conséquence, il ne voit « aucun fondement dans cette disposition [...] qui permette de prolonger une enquête au-delà de dix-huit mois pour quelque raison que ce soit, y compris les demandes des parties intéressées »²¹. Le Groupe spécial conclut que le Mexique a agi de manière incompatible avec son obligation au titre de l'article 11.11 de l'*Accord SMC*.

4. ARTICLE 1 ET 14 DE L'*ACCORD SMC*

a) *Obligation d'effectuer l'analyse de la « transmission »*

Selon les CE, il fallait déterminer si l'huile d'olive importée au Mexique en provenance des CE était subventionnée. D'après eux, les olives subventionnées ne constituaient qu'un intrant utilisé dans la production d'huile d'olive et l'huile d'olive obtenue par extraction n'était qu'un intrant incorporé dans l'huile d'olive exportée vers le Mexique. Or, de l'avis des CE, les exportateurs d'huile d'olive n'étaient pas liés aux oléiculteurs bénéficiaires des subventions. En conséquence, l'autorité mexicaine chargée de l'enquête aurait dû analyser la « transmission » de la subvention des oléiculteurs aux exportateurs d'huile d'olive, puisque cette analyse est nécessaire chaque fois qu'une « transaction est réalisée dans des conditions de pleine concurrence entre des entreprises non liées de la chaîne de production d'un produit importé faisant l'objet d'une enquête en matière de droits compensateurs »²².

Selon le Mexique, aucune analyse de la transmission n'était nécessaire, puisque le programme de subvention en cause concernait directement le produit exporté, c'est-à-dire l'huile d'olive et non pas les olives. À cet égard, le Mexique a référé à la notification européenne au Comité de l'agriculture qui faisait état du produit subventionné. En outre, le Mexique a noté que ni l'article premier ni l'article 14 ne réfèrent à une obligation d'analyser la transmission²³.

Le Groupe spécial a mené son analyse en s'appuyant principalement sur deux différends, soit *États-Unis – Viande de porc canadienne*²⁴ et *États-Unis – Bois de construction résineux IV*²⁵. D'après ceux-ci, dans certaines circonstances,

²⁰ *Ibid.* au para. 7.121.

²¹ *Ibid.*

²² *Ibid.* au para. 7.143.

²³ *Ibid.* au para. 3.3.

²⁴ *États-Unis – Droits compensateurs sur la viande de porc fraîche, réfrigérée et congelée en provenance du Canada (Plainte du Canada)* (1991), GATT Doc. DS7/R, Supp. n°38 I.B.D.D. (1990-91) [*États-Unis – Viande de porc*].

²⁵ *États-Unis – Détermination finale en matière de droits compensateurs concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada (Plainte du Canada)* (2003), OMC Doc. WT/DS257/R (Rapport du Groupe spécial) [*États-Unis – Bois de construction résineux IV* (Rapport du Groupe spécial)]; *États-Unis – Détermination finale en matière de droits compensateurs concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada (Plainte du Canada)* (2004), OMC Doc. WT/DS257/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel) [*États-Unis – Bois de construction résineux IV* (Rapport de l'Organe d'appel)].

l'article VI(3) du *GATT* et l'article 10 de l'*Accord SMC* imposent à l'autorité chargée de l'enquête d'effectuer une analyse de la transmission. Plus précisément, l'analyse de la transmission était requise lorsque ces deux conditions étaient présentes :

1. une subvention était accordée pour un produit qui était un intrant incorporé dans le produit transformé importé qui faisait l'objet de l'enquête en matière de droits compensateurs; et
2. le producteur de l'intrant et le producteur du produit importé faisant l'objet de l'enquête en matière de droits compensateurs n'étaient pas liés.²⁶

Ainsi, « les Membres ne doivent pas imposer de droits [compensateurs] pour neutraliser un montant de la subvention pour la matière première qui n'a pas été transmise aux produits transformés assujettis à des droits compensateurs »²⁷.

b) *L'obligation d'analyser la transmission au regard de l'article 1 de l'Accord SMC*

Étrangement, bien que la jurisprudence antérieure ait été claire à l'effet que l'obligation d'analyser la transmission découle des articles VI(3) du *GATT* et 10 de l'*Accord SMC*, les CE ont invoqué l'article premier de l'*Accord SMC* au soutien de leur argument. D'après les CE, la transmission aurait dû faire partie de l'analyse de l'existence d'un « avantage », lequel est essentiel à la détermination de l'existence d'une subvention au sens de l'article premier de l'*Accord SMC*. C'est donc implicitement, selon les CE, que l'article 1 renvoyait à l'analyse de la transmission.

Le Groupe spécial reconnaît que l'article premier exige non seulement qu'une subvention revête la forme d'une contribution financière, mais aussi que celle-ci confère un avantage pour qu'il y ait application de droits compensateurs²⁸. Or, selon le Groupe spécial, l'article 1 n'établit pas de prescription imposant de calculer précisément le montant de l'avantage ni d'identifier le ou les bénéficiaires particuliers de l'avantage²⁹. En conséquence, les CE n'ont pas réussi à établir qu'en ne procédant pas à l'analyse de la transmission, le Mexique avait agi d'une manière incompatible avec ses obligations au titre de l'article 1 de l'*Accord SMC*³⁰.

²⁶ *Mexique – Huile d'olive*, supra note 3 au para. 7.142. Le Groupe spécial reconnaît que d'autres circonstances peuvent imposer l'analyse de la transmission, comme les cas de subventions non récurrentes accordées à des entreprises d'État qui ont été privatisées à une juste valeur marchande, mais ne considère pas cette situation pertinente au regard des faits en l'espèce. Voir à cet effet les para. 7.141 et 7.142.

²⁷ *Ibid.* au para. 7.142. Le Groupe spécial reprend ici les termes de l'Organe d'appel, dans l'affaire *États-Unis – Bois de construction résineux IV* (Rapport de l'Organe d'appel), au para. 141.

²⁸ *Ibid.* au para. 7.149.

²⁹ *Ibid.* au para. 7.152.

³⁰ *Ibid.* au para. 7.153.

c) *L'obligation d'analyser la transmission au regard de l'article 14 de l'Accord SMC*

Selon les CE, le défaut d'avoir analysé la transmission a rendu l'explication donnée par l'autorité chargée de l'enquête au sujet du montant du subventionnement du produit visé non motivée et inadéquate, contrairement aux prescriptions de l'article 14 de l'*Accord SMC*.

L'article 14 prévoit que la méthode utilisée par l'autorité chargée de l'enquête pour calculer l'avantage conféré par la subvention doit être prévue dans la législation du Membre concerné et son application doit être *transparente et expliquée de manière adéquate*.

Le Groupe spécial note d'abord que rien dans l'article 14 n'oblige pas un Membre à effectuer une analyse de la transmission³¹. Il analyse ensuite la décision finale rendue par l'autorité mexicaine compétente. Il en conclut que cette décision contient des descriptions détaillées et les raisons précises pour lesquelles l'autorité a conclu qu'une analyse de la transmission n'était pas requise. En conséquence, le Groupe spécial ne voit pas en quoi la décision finale manque de transparence relativement à la méthode de calcul de l'avantage ou n'explique pas adéquatement cette méthode³². De ce fait, le Groupe spécial constate que les CE n'ont pas réussi à démontrer la nécessité d'analyser la transmission au regard des prescriptions de l'article 14 de l'*Accord SMC*.

5. ARTICLE 16.1 : LA DÉFINITION DE LA « BRANCHE DE PRODUCTION NATIONALE »

Les CE ont d'abord soutenu que le Mexique avait ouvert l'enquête sans avoir préalablement déterminé si la demande avait été présentée par une branche de production nationale ou en son nom. Selon eux, Fortuny ne constituait pas un producteur national, puisque cette entreprise ne produisait pas d'huile d'olive au moment où elle a présenté sa demande ni durant la période analysée par l'autorité compétente. Ensuite, les CE ont soutenu que même s'il en constituait un, l'autorité chargée de l'enquête avait omis d'examiner la possibilité qu'il existe d'autres producteurs nationaux.

Le Groupe spécial a donc interprété l'expression « branche de production nationale » telle qu'elle figure à l'article 16.1 de l'*Accord SMC*. Cet article se lit comme suit :

Aux fins du présent accord, l'expression "branche de production nationale" s'entendra, sous réserve des dispositions du paragraphe 2, de l'ensemble des producteurs nationaux de produits similaires ou de ceux d'entre eux dont les productions additionnées constituent une proportion majeure de la production nationale totale de ces produits; toutefois, lorsque des

³¹ *Ibid.* aux para. 7.159 et 7.168.

³² *Ibid.* au para. 7.167.

producteurs sont liés aux exportateurs ou aux importateurs, ou sont eux-mêmes importateurs du produit dont il est allégué qu'il fait l'objet d'une subvention ou d'un produit similaire en provenance d'autres pays, l'expression "branche de production nationale" pourra être interprétée comme désignant le reste des producteurs.³³

Se référant au dictionnaire³⁴, procédant à une analogie avec l'affaire *États-Unis – Viande d'agneau*³⁵, dans laquelle l'expression avait été interprétée au regard de l'*Accord sur les sauvegardes*³⁶ et analysant diverses dispositions de l'*Accord SMC*³⁷ ainsi que l'objet et le but de l'*Accord SMC*³⁸, le Groupe spécial a conclu que l'interprétation des CE était « fondamentalement incompatible » avec ce qu'il considérait être l'approche correcte³⁹.

La question de savoir si une entreprise constitue une branche de production nationale doit être tranchée au cas par cas, en fonction des particularités et des caractéristiques de l'entreprise⁴⁰. La décision de l'autorité contenait bien un examen de la question de savoir si Fortuny constituait la branche de production nationale. Elle était la successeuse de Formex Ybarra qui avait produit de l'huile durant quarante ans et elle disposait des installations et du personnel nécessaire pour produire de l'huile d'olive. L'autorité avait, en outre, reçu des informations expliquant la cessation temporaire des activités en mars 2002 et s'était assurée de leur reprise, en effectuant une visite dans les locaux de Fortuny. En conséquence, le Groupe spécial a considéré que Fortuny, malgré une interruption de la production d'huile d'olive au moment où elle a présenté sa demande et pendant la période couverte par l'enquête sur l'existence d'une subvention, était un producteur national au sens de l'article 16.1 de l'*Accord SMC*.

³³ *Supra* note 4, art. 16.1.

³⁴ *Mexique – Huile d'olive*, *supra* note 3 au para. 7.192.

³⁵ *États-Unis – Mesures de sauvegarde à l'importation de viande d'agneau fraîche, réfrigérée ou congelée en provenance de Nouvelle-Zélande et d'Australie (Plainte de la Nouvelle-Zélande et de l'Australie)* (2001), OMC Doc. WT/DS177/AB/R, WT/DS178/AB/R (Rapports de l'Organe d'appel) [*États-Unis – Viande d'agneau*].

³⁶ *Accord sur les sauvegardes*, Annexe 1B de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1867 R.T.N.U. Voir *Mexique – Huile d'olive*, *supra* note 3 au para. 7.193 et s. Cette approche a consisté « à mettre l'accent sur la nature essentielle des activités économiques d'une entreprise donnée parce qu'elle permettait de déterminer si cette entreprise pouvait être considérée comme étant un producteur du produit similaire et donc être incluse dans la branche de production nationale de ce produit » (*Mexique – Huile d'olive*, au para. 9.196).

³⁷ *Mexique – Huile d'olive*, *supra* note 3 aux para. 7.197-201.

³⁸ *Ibid.* au para 7.202.

³⁹ *Ibid.* au para 7.196.

⁴⁰ *Ibid.* au para 7.206.

6. ARTICLE 15.1 ET 15.4 : LE CHOIX PAR L'AUTORITÉ D'ANALYSER L'EXISTENCE D'UN DOMMAGE AU REGARD D'UNE PÉRIODE DISCONTINUE

Selon les CE, l'autorité mexicaine aurait failli à ses obligations découlant des articles 15.1 et 15.4 de l'*Accord SMC*. L'article 15.1 « énonce les obligations de fond essentielles d'un Membre pour ce qui est de la détermination de l'existence d'un dommage »⁴¹. Il se lit comme suit :

La détermination de l'existence d'un dommage aux fins de l'article VI du *GATT* de 1994 se fondera sur des éléments de preuve positifs et comportera un examen objectif a) du volume des importations subventionnées et de l'effet des importations subventionnées sur les prix des produits similaires sur le marché intérieur, et b) de l'incidence de ces importations sur les producteurs nationaux de ces produits.⁴²

Le caractère positif des éléments de preuve signifie que ces derniers présentent un caractère affirmatif, objectif, vérifiable et qu'ils sont crédibles⁴³. Quant à l'expression « examen objectif », le Groupe spécial a rappelé que cette analyse ne devait pas s'attarder aux faits spécifiques ayant étayé la détermination de l'existence du dommage, mais bien le processus d'enquête en tant que tel, conduit suivant les principes de bonne foi et d'équité⁴⁴.

L'article 15.4 de l'*Accord SMC* spécifie les obligations spécifiques concernant la conduite de l'examen de l'incidence des importations subventionnées sur la branche de production nationale. Il énumère des facteurs qui doivent être examinés par l'autorité chargée de l'enquête. Cette liste n'est pas exhaustive et conséquemment tous les autres facteurs économiques pertinents susceptibles d'influer sur la situation de la branche de production doivent être analysés. Certes, certains facteurs peuvent être considérés comme non pertinents⁴⁵.

Plus précisément, les CE ont allégué que l'analyse du dommage avait été « constamment sapée » par la décision de l'autorité d'examiner les données sur des périodes de temps limitées⁴⁶. En fait, l'autorité s'est référée à des périodes allant d'avril à décembre 2000, 2001 et 2002 au lieu d'examiner les données sur l'année entière.

⁴¹ *Ibid.* au para. 7.263.

⁴² *Supra* note 4, art. 15.1.

⁴³ *Mexique – Huile d'olive*, *supra* note 3 au para. 7.264. Se référant à l'affaire *États-Unis – Mesures antidumping appliquées à certains produits en acier laminés à chaud en provenance du Japon (Plainte du Japon)* (2001), OMC Doc. WT/DS184/AB/R, au para. 192 (Rapport de l'Organe d'appel) [*États-Unis – Acier laminé à chaud*].

⁴⁴ *Ibid.* au para. 7.265. Se référant à l'affaire *États-Unis – Acier laminé à chaud*, *ibid.* au para. 193.

⁴⁵ *Ibid.* au para. 7.270. Rappelant les propos du Groupe spécial, dans l'affaire *Mexique – Enquête antidumping concernant le sirop de maïs à haute teneur en fructose (SHTF) en provenance des États-Unis (Plainte des États-Unis)* (2000), OMC Doc. WT/DS132/R, au para. 7.128 (Rapport du Groupe spécial) [*Mexique – SHTF*].

⁴⁶ *Ibid.* au para. 7.281.

Selon le Groupe spécial, l'exigence de procéder à un examen objectif impose certaines limites au pouvoir discrétionnaire de l'autorité chargée d'examiner l'existence d'un dommage⁴⁷. Or, en raison du fait que la récolte d'olive noire s'effectuait surtout au Mexique pendant l'automne et le premier trimestre de l'année suivante, le Groupe spécial a considéré que l'autorité avait omis de considérer certains mois essentiels⁴⁸. Cette omission n'avait pas fait l'objet de justification de fond dans le cadre des décisions préliminaire et finale⁴⁹. En l'espèce, le Groupe spécial a considéré que « des distorsions étaient particulièrement susceptibles de se produire du fait que les périodes discontinues de neuf mois [...] excluaient certains des mois essentiels de chaque année au cours de laquelle cette branche de production agricole saisonnière nationale produisait effectivement le produit similaire »⁵⁰.

En conséquence, le Groupe spécial a conclu que l'autorité avait agi de manière incompatible avec les obligations du Mexique au titre de l'article 15.1 de l'*Accord SMC*. De ce fait, le Groupe spécial, en application du principe d'économie jurisprudentielle, a considéré inutile d'examiner les autres allégations des CE relatives aux articles 15.1 et 15.4 de l'*Accord SMC*.

7. L'ARTICLE 15.5 : LA NÉCESSITÉ D'EXAMINER LES FACTEURS AUTRES QUE LES IMPORTATIONS SUBVENTIONNÉES COMME CAUSE D'UN DOMMAGE À LA BRANCHE DE PRODUCTION NATIONALE

L'article 15.5 de l'*Accord SMC* prévoit qu'outre l'analyse des effets de la subvention sur la création d'un dommage à l'égard de la branche de production nationale, l'autorité doit procéder à un examen de tous les autres facteurs connus qui peuvent avoir causé, au même moment, le dommage. Cet article n'avait jamais été analysé par un groupe spécial. Toutefois, une disposition similaire, incluse dans l'*Accord antidumping*⁵¹, a fait l'objet de développements intéressants dans le passé. Le Groupe spécial s'en est inspiré⁵².

⁴⁷ *Ibid.* aux para. 7.267 et 7.284.

⁴⁸ *Ibid.* au para. 7.285.

⁴⁹ *Ibid.* au para. 7.286.

⁵⁰ *Ibid.* au para. 7.288.

⁵¹ *Accord sur la mise en oeuvre de l'article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994*, Annexe 1A de l'*Accord de arrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1868 R.T.N.U. 226 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1995) [*Accord antidumping*].

⁵² Voir à cet effet les affaires suivantes : *États-Unis – Acier laminé à chaud*, *supra* note 43; *États-Unis – Imposition de droits antidumping sur les importations de saumons frais et réfrigérés en provenance de Norvège (Plainte de la Norvège)* (1994), GATT Doc. ADP/87, Supp. n°41/254, I.B.D.D.(1994); *Thaïlande – Droits antidumping sur les profilés en fer ou en aciers non alliés et les poutres en H en provenance de Pologne (Plainte de la Pologne)* (2001), OMC Doc. WT/DS122/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel) [*Thaïlande – Poutres en H*]; *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)* (2004), OMC Doc. WT/DS277/R (Rapport du Groupe spécial); *Communautés européennes – Mesures compensatoires visant les semi-conducteurs pour mémoires RAM dynamiques en provenance de Corée (Plainte de la Corée)* (2005), OMC Doc. WT/DS299/R (Rapport du Groupe spécial); *Communautés européennes – Droits antidumping sur les accessoires de tuyauterie en fonte malléable*

Selon le Groupe spécial, l'obligation en question peut être synthétisée en deux composantes fondamentales. D'abord, l'autorité devait « examiner les autres facteurs connus de lui par suite de sa propre enquête ou parce qu'ils étaient mis en avant par les parties intéressées »⁵³. Ensuite, l'autorité devait analyser « chacun de ces facteurs séparément et [...] expliquer la nature et l'importance des effets dommageables de ces facteurs, les dissociant et les distinguant des effets dommageables des importations subventionnées »⁵⁴.

Selon les CE, six autres facteurs auraient dû influencer la décision de l'autorité⁵⁵. Selon elles, bien que l'autorité les ait pris en compte, l'analyse s'est avérée inadéquate. Après avoir analysé la manière dont l'autorité a pris en compte chacun des six facteurs, le Groupe spécial a conclu que les CE n'avaient pas réussi à établir une incompatibilité avec l'article 15.5 de l'*Accord SMC*.

D. Les conclusions et les suites de l'affaire

Au total, le Groupe spécial a donné tort aux CE quant à neuf des douze allégations.

De plus, le Groupe spécial a refusé de répondre affirmativement à la demande des CE et d'assortir la recommandation d'une suggestion d'abrogation complète des mesures compensatoires. Il a préféré laisser au Mexique la faculté de déterminer la manière dont il souhaitait rendre ses mesures conformes à ses obligations. Cette conclusion est surprenante considérant le fait que certaines violations ne peuvent faire l'objet d'ajustement *a posteriori*. C'est le cas notamment de la violation constatée à l'égard de l'article 11.11 prescrivant à l'autorité de terminer l'enquête dans un délai de dix-huit mois.

Lors de la réunion de l'ORD durant laquelle les membres ont procédé à l'adoption du rapport, les CE ont émis de nombreuses remarques quant au rapport du Groupe spécial. Selon elle, les violations constatées s'avéraient graves et justifiaient l'abrogation immédiate des mesures compensatoires⁵⁶. Malgré un nombre de constatations préoccupantes, les CE ont déclaré qu'elles n'en appelleraient pas du rapport en raison d'aspects factuels spéciaux. Elles ont tout de même dénoncé l'approche insuffisamment rigoureuse du Groupe spécial⁵⁷. De leur avis, nombre de conséquences fâcheuses pourraient découler de ce rapport. Elles citent entre autres l'interprétation que fait le Groupe spécial de l'obligation imposée par l'article 13.1 de l'*Accord SMC* prescrivant la tenue de consultations avec le pays exportateur avant l'ouverture de l'enquête par l'autorité nationale. Selon les CE,

en provenance du Brésil (Plainte du Brésil) (2003), OMC Doc. WT/DS219/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).

⁵³ *Mexique – Huile d'olive*, *supra* note 3 au para. 7.305.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ *Ibid.* au para. 7.307.

⁵⁶ Réunion tenue au Centre William Rappard le 21 octobre 2008 (2008), OMC Doc. WT/DSB/M/257, aux para. 51-60 (Compte-rendu de l'Organe de règlement des différends).

⁵⁷ *Ibid.* au para. 55 (« *less than rigorous approach* »).

l'approche du Groupe spécial ne souligne pas suffisamment le fait que les autorités de l'État importateur doivent ménager une réelle possibilité de tenir des consultations *avant que soit décidée l'ouverture de l'enquête*. Le Canada, qui est intervenu à titre de tierce partie dans cette affaire, a aussi considéré que l'article 13.1 de l'*Accord SMC* devait ménager une possibilité raisonnable de tenir des consultations constructives *avant l'ouverture de l'enquête*⁵⁸. Le Mexique s'est quant à lui dit satisfait du contenu du rapport, précisant qu'il avait clarifié la manière d'appliquer des droits compensateurs. Il a en outre indiqué qu'il avait l'intention de mettre en œuvre les recommandations et décisions de l'ORD.

Le rapport a été adopté le 21 octobre 2008 par l'Organe de règlement des différends. À la réunion du 17 novembre 2008, le Mexique a annoncé que les recommandations et les décisions de l'ORD seraient mises en œuvre.

II. Brésil – Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés, Rapport de l'arbitre au titre de l'article 21(3) c) du MRD, 29 août 2008, ARB-2008-2/23⁵⁹

Mots clés : Délai de mise en œuvre raisonnable des constatations.

A. Les faits

Dans notre chronique 2007, nous avons analysé amplement les rapports rendus, par le Groupe spécial et l'Organe d'appel, dans le cadre du différend qui opposait les CE au Brésil relativement à certaines mesures prises par le Brésil à propos de l'importation et la commercialisation de pneumatiques rechapés⁶⁰. Nous avons mentionné qu'à la réunion du 15 janvier 2008, le Brésil avait notifié son intention de mettre en œuvre les décisions et recommandations de l'ORD. Le 4 juin 2008, les CE ont informé l'ORD du fait que les parties n'arrivaient pas à convenir d'un délai raisonnable pour la mise en œuvre. Elles demandaient ainsi qu'un arbitre détermine ce délai conformément à l'article 21(3) du MRD⁶¹.

Le 29 août 2008, l'arbitre japonais Yasuhei Taniguchi – désigné par le directeur général Pascal Lamy – rendait sa décision.

⁵⁸ *Ibid* au para. 60.

⁵⁹ *Brésil – Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés (Plainte des Communautés européennes)* (2008), OMC Doc. WT/DS332/16 ARB-2008-2/23 (Rapport de l'arbitre au titre de l'article 21 (3) c) du MRD) [*Brésil – Pneumatiques rechapés (arbitre)*].

⁶⁰ Voir Geneviève Dufour et Pascale Breault, « Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) », (2007) 20.1 R.Q.D.I. 427 aux pp. 428-38 [Dufour, « Organe de règlement »].

⁶¹ Les parties au différend ont convenu que la décision serait réputée être une décision arbitrale au titre de l'article 21 (3) c), et ce, malgré l'expiration du délai de 90 jours prévu à cet article.

B. La détermination, pas l'arbitre, du « délai raisonnable » pour la mise en œuvre des recommandations et décisions de l'ORD

L'article 21(3) du *MRD* mentionne que lorsqu'il est irréalisable pour un Membre de se conformer *immédiatement* aux recommandations et décisions de l'ORD, ce Membre peut le faire dans un *délai raisonnable*. Ce délai, à défaut d'entente entre les parties, doit être déterminé par arbitrage.

La détermination du délai oblige l'arbitre à examiner les mesures envisagées pour la mise en œuvre. Selon l'arbitre, « le Membre mettant en œuvre a "une certaine latitude pour choisir le *moyen* de mise en œuvre" qu'il juge le plus approprié »⁶². Toutefois, « [c]ette latitude comprend le choix entre soit retirer soit modifier la mesure jugée incompatible »⁶³.

Or, sans surprise, le Brésil n'entend pas retirer la mesure en cause, c'est-à-dire, les restrictions imposées à l'importation de pneumatiques rechapés. On se rappellera que le Brésil avait été blâmé pour deux raisons en particulier. D'une part, il continuait d'autoriser l'importation de pneumatiques usagés. D'autre part, il continuait d'importer des pneumatiques rechapés lorsque ceux-ci provenaient d'un pays membre du Marché commun du cône Sud (MERCOSUR). On avait donc jugé que le Brésil appliquait sa mesure d'interdiction de manière à créer une discrimination arbitraire et injustifiable. Or, pour être en conformité avec ses obligations découlant du *GATT*, le Brésil désire restreindre l'importation des pneumatiques usagés en général et des pneumatiques rechapés provenant des pays membres du MERCOSUR⁶⁴. Il ne retire donc pas sa mesure; au contraire, il l'applique sans « exemption » à l'égard des pays du MERCOSUR et restreint en plus un autre produit, les pneumatiques usagés. La prévision que nous avons faite dans le cadre de notre chronique 2007 s'est ainsi avérée exacte : le recours au test de cohérence a produit une conséquence nuisible pour l'ensemble du système commercial multilatéral. Nous craignons que pareille exigence de cohérence encourage le Brésil à fermer son marché de manière à demeurer cohérent⁶⁵. C'est bien l'attitude qu'a adoptée le Brésil.

Selon l'arbitre, le Membre a le loisir de choisir de retirer ou de modifier sa mesure jugée incompatible⁶⁶. On mesure l'ampleur des conséquences du recours par le Groupe spécial à un test de cohérence qui évalue le comportement global de l'État.

⁶² *Brésil – Pneumatiques rechapés (arbitre)*, *supra* note 59 au para. 67. Se référant à la décision de l'arbitre dans *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (Hormones) (Plainte du Canada et des États-Unis)* (1998), OMC Doc. WT/DS26/15, WT/DS48/13 au para. 38 [Rapport d'arbitrage au titre de l'article 21 (3) c) du *MRD*].

⁶³ *Ibid.* Se référant aux décisions des arbitres dans *Japon – Droits compensateurs visant les mémoires RAM dynamiques en provenance de Corée (Plainte de la Corée)* (2008), OMC Doc. WT/DS336/16, au para. 37 (Rapport d'arbitrage au titre de l'article 21 (3) c) du *MRD*); *États-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention* (2003), OMC Doc. WT/DS217/14, WT/DS234/22, au para. 50 (Rapport d'arbitrage au titre de l'article 21 (3) c) du *MRD*).

⁶⁴ Voir la manière dont le Brésil entend se conformer aux décisions et constatations de l'ORD, *Brésil – Pneumatiques rechapés (arbitre)*, *supra* note 59 aux para. 53-56.

⁶⁵ Dufour, « Organe de règlement », *supra* note 60 à la p. 438.

⁶⁶ *Brésil – Pneumatiques rechapés (arbitre)*, *supra* note 59 au para. 57.

Alors que les CE désiraient attaquer une mesure qui les empêchait d'exporter leurs pneumatiques *rechapés*, le Brésil interdira l'importation des pneumatiques *usagés*. Pire, il semble qu'en ce qui concerne l'exemption appliquée à l'égard des importations de pneumatiques rechapés en provenance des pays du MERCOSUR, le Brésil envisage de négocier avec ses partenaires de la région « un régime dans le cadre duquel tous les pays du MERCOSUR interdiraient l'importation de pneumatiques rechapés et usagés ne provenant pas de la région »⁶⁷. Dans ce cas, si le Brésil réussit, l'interprétation du paragraphe introductif de l'article XX du *GATT* par le Groupe spécial et l'Organe d'appel aura conduit non seulement à un durcissement de la politique brésilienne à l'égard de l'importation de pneumatiques, mais aussi à l'instauration d'un marché beaucoup plus fermé dans tous les pays du MERCOSUR. Au terme de cet exercice, les CE n'auront rien gagné.

C. Les conclusions quant au délai et les suites de l'affaire

L'arbitre a considéré que les délais demandés par le Brésil étaient trop longs⁶⁸. Il a décidé d'un délai de douze mois à compter de la date d'adoption des rapports du Groupe spécial et de l'Organe d'appel. Ce délai a donc pris fin le 17 décembre 2008.

III. Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution de bananes. Deuxième recours de l'Équateur et des États-Unis à l'article 21(5) du Mémoire d'accord sur le règlement des différends. (AB – 2008 – 08/09)⁶⁹

Mots clés : Bananes, régime de préférences, dérogation de Doha⁷⁰, contingents à l'importation, calendrier, estoppel, article I du GATT, traitement de la nation la plus favorisée (NPF), article XI du GATT, élimination générale des restrictions quantitatives, article XIII du GATT, application non discriminatoire des restrictions quantitatives.

⁶⁷ *Ibid.* au para. 76.

⁶⁸ *Brésil – Pneumatiques rechapés (arbitre)*, *supra* note 59. Quant à la procédure devant la Cour suprême fédérale lui concernant les injonctions judiciaires, voir aux para. 60-74; Quant à la négociation avec les autres pays du MERCOSUR quant à l'importation de pneumatiques rechapés, voir aux para. 75-86; Quant à la procédure engagée concernant les lois de l'État du Rio Grande do Sul, voir aux para 87-89; Quant aux mesures connexes, voir au para. 90.

⁶⁹ *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution de bananes. Deuxième recours de l'Équateur à l'article 21 (5) du Mémoire d'accord sur le règlement des différends; Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution de bananes. Deuxième recours de l'Équateur à l'article 21 (5) du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, OMC Doc. WT/DS27/AB/RW2/ECU – WT/DS27/AB/RW/USA (Rapport de l'Organe d'appel) [CE – Bananes (rapport de l'OA, art. 21 (5))].

⁷⁰ OMC, *Déclaration sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique (Conférence ministérielle du 9 au 14 novembre 2001)*, OMC Doc. WT/MIN(01)/DEC/W/2, 4^e sess. [Doha].

En 1995, le Guatemala, le Honduras, le Mexique et les États-Unis ont demandé l'ouverture de consultations avec les Communautés européennes (CE) au sujet du régime de préférences qu'elles appliquaient à l'importation, la vente et la distribution de bananes en provenance des pays Afrique – Caraïbe – Pacifique (ACP). En 1996, à la suite de l'accession de l'Équateur à l'OMC, les parties ont de nouveau présenté une demande de consultations. Quatorze ans après la demande initiale de consultations, la question du commerce de la banane entre les CE et les pays exportateurs – actuels ou potentiels – n'a toujours pas été réglée. Le plus récent épisode de cette saga a mis en cause la compatibilité de la mise en œuvre des *Mémoires d'accord sur la banane (MAB)* avec les obligations qui incombent aux CE au titre du *GATT de 1994*.

En 2008, quatre rapports ont été adoptés par l'Organe de règlement des différends concernant les suites de l'affaire *CE – Bananes*. Il y a d'abord eu, en avril et en mai 2008, les rapports de deux Groupes spéciaux (GS) établis conformément à l'article 21(5) du *Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends* pour examiner les plaintes de l'Équateur⁷¹ et des États-Unis⁷² concernant la compatibilité avec le *GATT* de certaines mesures prises par les CE relatives à la mise en place d'un nouveau régime applicable à l'importation de bananes⁷³. Puis, en novembre 2008, les deux rapports de l'Organe d'appel (OA) – publiés sous la forme d'un seul document – étayant ses conclusions sur l'appel des CE au sujet de certaines questions de droit et d'interprétation du droit contenues dans les deux rapports des Groupes spéciaux (GS) Équateur et États-Unis⁷⁴.

Dans le cadre de cette chronique, nous présentons des aspects de l'analyse ainsi que certaines constatations formulées par l'Organe d'appel dans son dernier rapport sur cette affaire. Pour des raisons de concision, nous avons choisi de nous concentrer sur ce rapport puisqu'il révisé l'essentiel des éléments abordés par les GS. Nous avons sélectionné certaines questions qui représentent, selon nous, un intérêt particulier. Nous amorcerons donc notre revue de cette affaire en présentant d'abord brièvement les faits à la base de cette nouvelle page de l'histoire juridique du commerce international de la banane avant d'aborder, dans un second temps, certaines questions de droit abordées par l'OA.

⁷¹ *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation à la vente et à la distribution de bananes. Deuxième recours de l'Équateur à l'article 21 (5) du Mémoire d'accord sur le règlement des différends* (2008), OMC Doc. WT/DS27/RW2/ECU (Rapport du Groupe spécial).

⁷² *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation à la vente et à la distribution de bananes. Deuxième recours de l'Équateur à l'article 21 (5) du Mémoire d'accord sur le règlement des différends* (2008), OMC Doc. WT/DS27/RW/USA (Rapport du Groupe spécial) [*CE – Bananes (rapport du groupe spécial, art. 21 (5))*].

⁷³ *CE – Bananes (rapport de l'OA, art. 21 (5))*, *supra* note 69 au para. 2.

⁷⁴ *Ibid.*, au para. 22.

A. Les faits

Dans le recours initial *CE – Bananes III*⁷⁵, l'Équateur, les États-Unis, le Guatemala, le Honduras et le Mexique contestaient le régime appliqué par les CE à l'importation des bananes, notamment l'attribution des parts du contingent tarifaire. À ce moment, les bananes en provenance de certains États – notamment les États ACP – bénéficiaient d'un accès préférentiel au marché des CE. Le Groupe spécial et l'Organe d'appel ont tous deux constaté que l'attribution des parts du contingent tarifaire européen n'était pas compatible avec l'article XIII du *GATT* (*application non discriminatoire des restrictions quantitatives*) et que cette divergence de traitement ne pouvait être justifiée par aucun accord ni par la « Dérogation de Lomé »⁷⁶. L'OA a recommandé que les CE mettent leur mesure touchant l'importation, la vente et la distribution de bananes en conformité avec les accords visés. Le rapport de l'OA dans l'affaire *CE – Bananes III* fut adopté en septembre 1997.

En décembre de l'année suivante, l'Équateur demandait qu'un groupe spécial examine la compatibilité des mesures prises par les CE dans le cadre de la mise en œuvre des recommandations contenues dans le rapport *CE – Bananes III*. Le GS constata que les mesures prises par les CE étaient incompatibles avec les articles I^{er} et XIII du *GATT* et II et XVII de l'*Accord général sur le commerce des services*⁷⁷. L'essentiel du problème persistait : il y avait toujours discrimination sur la base de l'attribution des contingents pour l'importation, la vente et la distribution de bananes sur le marché européen en faveur des bananes en provenance des États ACP. L'établissement de préférence tarifaire à l'intérieur du droit de l'OMC est limité à certains cas très particuliers⁷⁸. À cet égard, le Groupe spécial a suggéré aux CE l'une ou l'autre des mesures suivantes de manière à se mettre en conformité avec leurs obligations : appliquer un système uniquement tarifaire, sans contingent tarifaire, qui pourrait comprendre une préférence en faveur des pays ACP couverts par une dérogation ou un accord de libre-échange compatible avec l'article XXIV du *GATT*;

⁷⁵ *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes (Plainte de l'Équateur)* (1997), OMC Doc. WT/DS27/R/ECU (Rapport du Groupe spécial) [*CE – Bananes III*].

⁷⁶ *Convention ACP-CEE de Lomé*, 28 février 1975, [1976] O.J. (L25) 2, 14 I.L.M.327 [Lomé]. L'article XIII n'est pas visé par la dérogation. Rappelons que la Dérogation de Lomé a été adoptée par les Parties Contractantes du *GATT* le 9 décembre 1994 et a permis aux CE de maintenir les préférences agricoles conférées aux États ACP dans le cadre des Convention de Lomé en relevant ces dernières de leurs obligations au titre de l'article I(1) du *GATT*. Le Conseil général de l'OMC a par la suite décidé de proroger la dérogation jusqu'en 2000.

⁷⁷ *Accord général sur le commerce des services*, Annexe 1B de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1869 R.T.N.U. 219. Voir *CE – Bananes (rapport de l'OA, art. 21 (5))*, *supra* note 69 au para. 5.

⁷⁸ À cet égard, voir notamment les prescriptions des articles XXIV du *GATT*, de l'article XXV (5) du *GATT* et *GATT, Traitement différencié et plus favorable, réciprocité et participation plus complète des pays en voie de développement*, *GATT* P.C. Déc. L/4903, 26^e session, supp. n° 203 I.B.D.D. (1979), en ligne : <http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/enabling1979_f.htm> [Clause d'habilitation]. Au sujet de cette dernière, voir également les constatations de l'Organe d'appel dans *CE – Conditions d'octroi de préférences tarifaires aux pays en développement (Plainte de l'Inde)* (2004), OMC Doc. WT/DS246/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).

ou appliquer un système uniquement tarifaire, avec un contingent tarifaire pour les pays ACP couverts par une dérogation appropriée; ou maintenir leurs contingents tarifaires NPF consolidés et autonomes, soit sans allouer de parts spécifiques par pays, soit en allouant ces parts en se mettant d'accord avec tous les fournisseurs substantiels, conformément à l'article XIII(2) du *GATT*⁷⁹.

L'adoption de ce rapport par l'ORD fut ensuite suivie d'un arbitrage entre les États-Unis et les CE à l'issue duquel la conclusion selon laquelle le régime révisé applicable à l'importation de bananes demeurerait incompatible avec les disciplines prévues par les accords de l'OMC sera maintenue. Quelques mois plus tard, les États-Unis et l'Équateur ont été autorisés à suspendre certaines concessions tarifaires

Au début de 2001, le conflit commercial semblait être en voie de se régler, les CE concluant, avec les États-Unis et avec l'Équateur, deux Mémoires d'accord sur les bananes (*MAB*). Ces mémorandums disposaient notamment de l'engagement des CE à mettre en place un régime uniquement tarifaire pour les importations de bananes au plus tard pour la fin de l'année 2006⁸⁰ et d'une période intérimaire pour la mise en œuvre d'un nouveau régime d'importation. Lors de la Conférence ministérielle de Doha, les Membres ont adopté deux dérogations concernant le régime des CE applicable à l'importation de bananes de manière à permettre à ceux-ci de mettre en œuvre des dispositions intérimaires prévues par les mémorandums et d'adopter certaines mesures requises par l'*Accord de Cotonou*⁸¹, accord remplaçant les *Accords de Lomé*⁸². L'échéance de ces dérogations aux articles I(1) et XIII du *GATT* était fixée au 31 décembre 2005, soit à l'entrée en vigueur du régime uniquement tarifaire des CE le 1^{er} janvier 2006.

Le 31 janvier 2005, les CE ont notifié à l'OMC leur intention de reconsolider leurs concessions tarifaires pour la banane au niveau de deux cent trente euros par tonnes métriques, et ce, conformément aux termes de l'annexe sur les bananes du *MAB*⁸³. En mars, soit neuf mois avant l'échéance de la dérogation consentie lors de la conférence ministérielle de Doha, le Brésil, la Colombie, le Costa Rica, l'Équateur, le Guatemala, le Honduras, le Nicaragua, le Panama et le Venezuela ont demandé un arbitrage, sur la base du *MAB*, au sujet de cette reconsolidation. Deux rapports d'arbitrage conclurent que les propositions européennes relatives à la reconsolidation de leurs droits applicables à la banane ne permettaient pas d'assurer le maintien d'un accès total au marché pour les fournisseurs de bananes non ACP (donc soumis au régime de la nation la plus favorisée). Au terme de la seconde procédure d'arbitrage, les CE adopteront un nouveau régime applicable à l'importation de la banane en établissant un taux de droit NPF de cent soixante-seize euros par tonne métrique pour les bananes et un contingent tarifaire préférentiel de 775 000 tonnes métriques pour les importations en

⁷⁹ CE – Bananes (*rapport de l'OA*, art. 21 (5)), *supra* note 69 au para. 6.

⁸⁰ Voir paragraphe B du *MAB* cité dans *ibid.* au para. 9.

⁸¹ *Convention ACP-CEE de Cotonou*, 23 juin 2000, [2000] O.J. (L/317) 3.

⁸² CE – Bananes (*rapport de l'OA*, art. 21 (5)), *supra* note 69 au para. 10.

⁸³ *Ibid.* au para. 14.

franchise de droits de bananes originaires des pays ACP⁸⁴. Ce contingent tarifaire à droit nul pour les pays ACP sera abrogé par les CE en décembre 2007.

Entre temps, l'Équateur et les États-Unis ont ramené le contentieux devant l'ORD, demandant chacun l'établissement d'un groupe spécial au sujet du nouveau régime européen applicable au commerce de la banane. Les audiences et les procédures devant chacun de ces groupes se sont déroulées suivant des calendriers distincts, chacune des affaires ayant été présentée indépendamment l'une de l'autre, et ce, bien les mêmes mesures aient été en cause. Le GS chargé de la plainte de l'Équateur a déposé son rapport en avril 2008 tandis que le GS constitué à la demande des États-Unis a déposé le sien le mois suivant.

Sur le fond, les deux rapports arrivent à des conclusions semblables confirmant essentiellement que « [le régime communautaire applicable à l'importation des bananes], en particulier le contingent préférentiel réservé aux pays ACP, est incompatible avec l'article XIII(1), avec le texte introductif de l'article XIII(2) et avec l'article XIII(2) d) du *GATT* de 1994 »⁸⁵. En outre, le GS Équateur conclut aussi « que le droit de douane appliqué par les CE aux importations de bananes NPF, fixé à cent soixante-seize euros/tonne métrique [...] est un droit de douane proprement dit plus élevé que celui prévu dans la Partie I de la Liste des [CE] »⁸⁶ et qu'il est par conséquent incompatible avec les obligations des CE au titre de l'article II. En août 2008, les CE ont notifié à l'ORD leur intention de faire appel des constatations et interprétations faites par les groupes spéciaux dans ces deux affaires.

B. Allégations

Dans le cadre de la procédure d'appel, les CE vont faire appel de certaines questions de droit touchant tant aux aspects procéduraux qu'au fond de l'affaire. Voici celles qui ont retenu notre attention et qui seront abordées dans le cadre de la présente chronique.

D'abord, nous aborderons brièvement trois questions procédurales ayant fait l'objet d'un appel par les CE. Premièrement, les GS auraient, dans les deux cas, agi de manière incompatible avec l'article 9(3) du *MRD* en n'harmonisant pas les calendriers de procédures des deux affaires⁸⁷. Deuxièmement, ils auraient erré en constatant qu'il n'était pas interdit aux plaignants – les États-Unis et l'Équateur – d'engager des procédures au titre de l'article 21(5) du fait des *Mémoires d'accord sur les bananes (MAB)*⁸⁸. À cet égard, elles allèguent que le GS impose une « limitation erronée aux arrangements juridiquement contraignants qu'il est possible de faire respecter dans l'ordre juridique de l'OMC »⁸⁹. Troisièmement, dans l'affaire

⁸⁴ *Ibid.* au para. 16.

⁸⁵ *Ibid.* au para. 20 c).

⁸⁶ *Ibid.* au para. 20 d).

⁸⁷ *Ibid.* aux para. 30-32.

⁸⁸ *Ibid.* au para. 33.

⁸⁹ *Ibid.* au para. 37.

l'opposant aux États-Unis, les CE ont aussi contesté l'application faite par le GS États-Unis du principe de bonne foi inscrit à l'article 3 (10) du *MRD*.

Ensuite, sur le fond, les clarifications apportées par l'OA au sujet du champ d'application des articles XI, XIII et Ier du *GATT* retiendront particulièrement notre attention et constituent le cœur de cette affaire. En fait, l'essentiel du débat est de savoir quelle correspondance entretiennent les notions de « traitement moins favorable » et « d'avantage » au regard des prescriptions de ces articles dans le cas particulier de contingents tarifaires. À cet égard, les CE ont fait appel de certaines interprétations données par le GS qui, à leur avis, conduiraient à des conséquences déraisonnables, notamment en ce qui a trait à l'application, par les États membres, de régimes de préférence. L'argumentaire européen soutenait en outre « qu'un avantage accordé à un Membre n'équivaut pas à une mesure imposant une "prohibition ou restriction" à un autre Membre et que la notion de "traitement moins favorable" qui ressort de l'article I(1) du *GATT* de 1994 n'équivaut pas à la notion de "prohibition ou restriction" figurant à l'article XIII »⁹⁰. Incidemment, le droit de l'OMC permettrait, selon les CE, d'adopter des régimes de préférences pour des quantités limitées ou contingentées.

C. Constatations

1. PROCÉDURE

a) *Harmonisation des calendriers – article 9(3) MRD*

Au cours des travaux des GS, les CE ont, à maintes reprises, demandé une harmonisation des calendriers des deux procédures sans que le GS dans l'affaire Équateur n'acquiesce, justifiant que la « modification des calendriers aurait fort probablement entraîné un retard dans la procédure demandée par l'Équateur »⁹¹. Soutenant que l'article 9(3) du *MRD* impose une « obligation absolue et sans nuance »⁹² pour les groupes spéciaux d'harmoniser les calendriers de procédures concomitantes, les CE ont allégué en appel que le GS avait agi de manière incompatible avec cette disposition du *MRD*. En outre, selon les CE, les États-Unis auraient été avantagés par l'agencement des calendriers puisque les CE devaient soumettre leur défense avant que ces derniers ne présentent leur première communication écrite.

L'OA a rejeté l'argument européen. Selon lui, *harmonisation* ne signifie pas *synchronisation*⁹³. D'ailleurs, l'article 9(3) précise bien que l'harmonisation doit être réalisée « dans toute la mesure du possible »⁹⁴ et que la marge de manœuvre discrétionnaire déléguée à un GS lui permet de pondérer l'importance de

⁹⁰ *Ibid.* au para. 68.

⁹¹ *CE – Bananes (rapport du groupe spécial, art. 21 (5))*, *supra* note 72, tel que cité dans *ibid.* au para. 189.

⁹² Rapport de l'Organe d'appel, *CE – Bananes (rapport de l'OA, art. 21 (5))*, *supra* note 69 au para. 190.

⁹³ *Ibid.* para. 192.

⁹⁴ *Supra* note 1, art. 9(3).

l'harmonisation avec les autres droits qui découlent, pour les parties à un différend, du *MRD*⁹⁵. Par ailleurs, l'OA a complété ses constatations sur ce point en rappelant qu'il incombe à une partie de démontrer que ses droits en matière de régularité de la procédure ont été compromis et que la simple possibilité qu'ils l'aient été ne suffit pas à conclure qu'ils l'ont effectivement été⁹⁶. En l'occurrence, les CE n'ont présenté aucun élément de preuve en ce sens.

b) *Effet juridique des Mémoires d'accord sur les bananes (MAB)*⁹⁷

Les CE ont conclu en 2001, avec les États-Unis et l'Équateur, des *Mémoires d'accord sur les bananes*. Dans le cadre de la plainte formulée par l'Équateur, le GS avait constaté, sur la base des articles 3(3), 3(4) et 3(7) du *MRD*, que les *MAB* ne pouvaient avoir pour effet d'empêcher les plaignants d'engager des procédures de mise en conformité conformément à l'article 21(5) du *MRD* pour les trois raisons suivantes⁹⁸ : a) *MAB* prévoyait uniquement des moyens, c'est-à-dire une série de dispositions futures, pour résoudre et régler le différend; b) Le *MAB* avait été adopté après que l'ORD ait eu formulé ses recommandations, décisions et suggestions; c) Les parties avaient adressé à l'ORD des communications contradictoires concernant le *MAB*.

Les CE ont contesté cette constatation du GS sous prétexte qu'il existe des « accords entre les Membres de l'OMC qui ne constituent pas une solution positive ni un règlement efficace d'un différend, mais auxquels il est tout de même donné pleinement effet sur le plan juridique dans le cadre du système de règlement des différends de l'OMC »⁹⁹. De l'avis de ces dernières, les raisons avancées par le GS pour soutenir sa position n'étaient pas cohérentes avec certaines dispositions du *MRD*, notamment avec l'article 3 (qui prévoit que les Membres pourront recourir à une large gamme d'outils pour régler leurs différends) et avec l'article 22 (qui établit que les Membres pourront recourir à des accords pour régler leur différend après que l'ORD ait formulé ses recommandations)¹⁰⁰.

L'OA a révisé un à un les critères avancés par le GS. L'OA a expliqué que, bien que le *MRD* (art.3 : 7) ne prescrivait rien quant à la nature des solutions pouvant être mutuellement convenues entre les membres ou ne limitait le droit d'un membre de saisir l'ORD dans le cadre d'une procédure de mise en conformité, il était néanmoins possible qu'une solution prévoie le renoncement ou la suspension, par les parties qui la concluent, de leur droit d'engager une procédure de mise en conformité au titre de l'article 21(5) du *MRD*. Ce renoncement devrait cependant être explicite au

⁹⁵ CE – Bananes (rapport de l'OA, art. 21 (5)), supra note 87 au para. 195; *MRD*, *ibid.*, art. 21 (5).

⁹⁶ CE – Bananes (rapport de l'OA, art. 21 (5)), *ibid.*

⁹⁷ *Mémoire d'accord sur les bananes*, Communautés européennes et États-Unis, 11 avril 2001, OMC Doc. WT/DS27/59, G/C/W/270 et WT/DS27/58, pièce jointe n° 1; *Mémoire d'accord sur les bananes*, Communautés européennes et Équateur, 30 avril 2001, OMC Doc. WT/DS27/60, G/C/W/274 et WT/DS27/58, pièce jointe n° 2.

⁹⁸ *Ibid.* au para. 200.

⁹⁹ *Ibid.* au para. 203.

¹⁰⁰ *Ibid.* aux para. 205-06.

regard du maintien ou non du droit au recours à la procédure de mise en conformité dans le cadre du *MRD* dans l'accord conclu entre les parties¹⁰¹. Dans la présente affaire, le libellé du *MAB* ne suffisait pas à conclure que les parties avaient renoncé à leur droit au titre de l'article 21(5) du *MRD*.

c) *Le manquement au principe de bonne foi comme obstacle procédural*

Au niveau procédural, un des aspects intéressants de cette affaire réside dans le fait que les CE ont plaidé, devant le GS, que l'absence de bonne foi pouvait constituer un obstacle procédural empêchant un Membre de l'OMC d'engager des procédures au titre de l'article 21(5) du *MRD*. Le GS avait alors rejeté l'affirmation des CE sur la base du fait qu'une telle allégation ne pouvait être soutenue que si les CE avaient fourni des éléments établissant *prima facie* l'existence de la violation alléguée de l'article 3(10) du *MRD*¹⁰². Selon l'OA, bien que les CE n'aient pas utilisé le terme, leur argument était basé sur *l'estoppel*¹⁰³. Si l'OA n'a pas approuvé le raisonnement du GS, il en est néanmoins venu à la conclusion que ni les États-Unis ni l'Équateur n'avaient agi de « mauvaise foi » puisqu'un membre ne peut être considéré comme n'agissant pas de bonne foi dans une action juridique à moins qu'il ne se soit engagé de manière expresse à ne pas le faire¹⁰⁴. Ainsi, les CE ne pouvaient s'attendre à ce que les États-Unis ou l'Équateur ne recourent à la procédure de mise en conformité du simple fait de la conclusion des *MAB*, ces derniers ne contenant aucune disposition expresse à cet égard. Cette constatation, tel qu'elle est formulée, nous semble quelque peu surprenante dans le sens où elle nous apparaît moins tranchée que celle exprimée par l'OA dans l'affaire *CE – Subventions à l'exportation du sucre*. L'OA semblait alors douter que le principe de l'estoppel puisse même trouver application dans le cadre de l'OMC¹⁰⁵.

2. FOND

Au cours de la procédure initiale devant le GS, les États-Unis et l'Équateur avaient principalement allégué que le contingent tarifaire européen appliqué à l'importation de bananes en provenant des pays ACP était incompatible avec l'article XIII(1) et XIII(2) parce que les importations de bananes d'origine non ACP ne faisaient pas l'objet de *restrictions semblables*. Selon les États-Unis et l'Équateur,

¹⁰¹ *Ibid.* au para. 212.

¹⁰² Voir *ibid.* au para. 223. *MRD*, *supra* note 1, art. 3(10) : « Il est entendu que les demandes de conciliation et le recours aux procédures de règlement des différends ne devraient pas être conçus ni considérés comme des actes contentieux, et que, si un différend survient, tous les Membres *engageront ces procédures de bonne foi* dans un effort visant à régler ce différend. Il est également entendu que les recours et contre-recours concernant des questions distinctes ne devraient pas être liés [Nos italiques] ».

¹⁰³ *Ibid.* au para. 227.

¹⁰⁴ *Ibid.* au para. 228.

¹⁰⁵ Voir notamment *Communautés européennes – Subventions à l'exportation du sucre* (2005), OMC Doc. WT/DS265/AB/R, WT/DS266/AB/R et WT/DS283/AB/R aux para. 310 et 312 (Rapport de l'Organe d'appel) [Rapport de l'OA].

ce contingent établissait donc une discrimination entre les bananes en fonction de leur origine. Les CE, quant à elles, étaient d'avis que leur régime d'importation de bananes ne relevait pas de l'article XIII mais plutôt de l'article I(1) du *GATT* puisqu'il s'agit d'un « plafond de la préférence tarifaire »¹⁰⁶ pour les produits originaires des États ACP. Par ailleurs, les CE ont allégué que, même si leur mesure était visée par l'article XIII, elle ne constituerait pas une « restriction » au sens de l'article XIII du *GATT* puisqu'elle n'était imposée qu'aux seuls États ACP. La mesure européenne en faveur des fournisseurs ACP n'entraîne donc pas dans le champ de l'article XIII(1) puisqu'elle ne constituait pas « une restriction quantitative imposée aux importations du Membre lésé »¹⁰⁷. Essentiellement, l'argument européen était donc le suivant : les limites et restrictions à la préférence tarifaire accordée aux importations en provenance des États ACP ne désavantagent pas les États non ACP, au contraire, ils bénéficieraient même du plafonnement des importations de bananes en franchise de droits opérées par les restrictions dont font l'objet¹⁰⁸.

Les CE ont bien évidemment été déboutées. Le GS a estimé que le contingent tarifaire en franchise de droits pour les bananes ACP représentait une restriction quantitative au sens de l'article XIII(1). Il a justifié sa constatation en soulignant que les bananes en provenance des pays non ACP ne pouvaient bénéficier, à l'instar des bananes ACP, d'un contingent tarifaire permettant un certain niveau d'importation en franchise de droits¹⁰⁹. Le caractère « limité » de l'avantage ne changeait par ailleurs rien au fait que ces contingents en franchise de droit créent un bénéfice pour les États ACP. Ainsi, puisque l'origine des produits conditionnait l'application ou non de restrictions semblables pour des produits importés similaires, le contingent tarifaire en franchise de droits réservé aux pays ACP était incompatible avec l'article XIII(1).

a) *Articles XIII(1) et XIII(2) du GATT de 1994 – clarifications générales par l'Organe d'appel*

Devant l'OA, les CE ont plaidé que le GS avait mal interprété la notion de « restriction quantitative » figurant à l'article XIII(1) du *GATT* de 1994 et que ce dernier avait élaboré une « théorie » selon laquelle un droit plus bas offert à un Membre était automatiquement une *restriction quantitative* pour tous les autres Membres même si ce droit inférieur n'était appliqué qu'à une petite partie des exportations¹¹⁰. De l'avis des CE, l'article XIII(1) ne pouvait s'appliquer en l'occurrence, car les contingents tarifaires mis en cause par l'Équateur et les États-Unis ne constituent pas s'appliquaient pas à eux. Incidemment, l'article XIII(1) est inapplicable puisque le Membre lésé n'est pas celui se voyant appliquer la restriction quantitative¹¹¹.

¹⁰⁶ CE – Bananes (rapport de l'OA, art. 21 (5)), *supra* note 69 au para. 300.

¹⁰⁷ *Ibid.* au para. 329.

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ *Ibid.* aux para. 304 et 329.

¹¹⁰ *Ibid.* au para. 329.

¹¹¹ *Ibid.* au para. 329.

L'OA a amorcé son analyse en examinant la manière dont le *GATT* encadre les contingents tarifaires. Pour ce faire, il a rappelé les distinctions entre l'article XI du *GATT* (« *Élimination générale des restrictions quantitatives* ») et l'article XIII (« *Application non discriminatoire des restrictions quantitatives* »). Ainsi, si le *GATT* ménage certaines exceptions pour permettre à un État de maintenir certaines restrictions quantitatives (article XI(2)), il n'en reste pas moins que l'application de ces restrictions doit se faire de manière non discriminatoire (article XIII). Or, les contingents tarifaires ne sont pas visés par l'interdiction générale libellée à l'article XI(1) du *GATT* et « sont en principe licites au regard du *GATT* de 1994 pour autant que les taux de droits contingentaires [soient] appliqués d'une manière compatible avec l'article premier »¹¹². En ce sens, l'article XIII a une « double fonction » : celle de régir l'application non discriminatoire des restrictions quantitatives, tout en soumettant les contingents tarifaires aux mêmes disciplines qui s'appliquent à ces dernières, notamment le respect du traitement NPF¹¹³. L'OA a précisé :

Nous interprétons l'article XIII(1) et XIII(2) de la manière suivante. Appliquer l'article XIII(1) à un contingent tarifaire exige que le terme "restriction" soit lu comme renvoyant à un contingent tarifaire. L'article XIII(1) se lit alors comme suit : aucun contingent tarifaire ne sera appliqué par un Membre à l'importation d'un produit originaire du territoire d'un autre Membre, à moins que le contingent tarifaire ne soit appliqué à l'importation du produit similaire originaire de tout pays tiers. L'application du contingent tarifaire se fait ainsi sur la base du produit dans son ensemble. Le principe de l'application non discriminatoire établi à l'article XIII(1) exige que si un contingent tarifaire est appliqué à un Membre, il doit l'être à tous; et par conséquent, l'expression "restrictions semblables" signifie, s'agissant des contingents tarifaires, que les importations de produits similaires originaires de tout pays tiers doivent y avoir accès et avoir la possibilité d'y participer. Si un Membre est privé de l'accès et de la participation au contingent tarifaire, les importations du produit similaire originaire de tout pays tiers ne sont pas soumises à des "restrictions semblables".¹¹⁴

L'OA a également clarifié le rapport entre le premier et le second paragraphe de l'article XIII. En fait, le texte introductif du deuxième paragraphe exige que le contingent tarifaire soit réparti d'une manière dont les effets sont les plus neutres possible au regard de la répartition du commerce mondial :

Si l'article XIII(1) établit le principe de l'accès et de la participation non discriminatoires au contingent tarifaire global, le texte introductif de l'article XIII(2) énonce le principe d'une répartition du contingent tarifaire faussant le moins possible les échanges. Les dispositions de l'article XIII(2) a) à d) sont des exemples spécifiques de modalités d'attribution autorisées lorsqu'un Membre décide d'attribuer des parts du

¹¹² *Ibid.* au para. 335.

¹¹³ *Ibid.* au para. 336.

¹¹⁴ *Ibid.* au para. 337.

contingent tarifaire. L'article XIII(2) d) prévoit le cas où un contingent est réparti entre des pays fournisseurs, soit par voie d'accord, soit, lorsque cela n'est pas raisonnablement possible, par voie d'attribution aux Membres ayant un intérêt substantiel à la fourniture du produit visé, et ce proportionnellement à la contribution apportée par ces Membres au cours d'une période représentative antérieure, compte dûment tenu de "facteurs spéciaux". En d'autres termes, l'article XIII(2) d) est une clause "refuge" permissive; la conformité avec les prescriptions de l'article XIII(2) d) est supposée aboutir à une répartition du commerce telle qu'elle est prévue dans le texte introductif de l'article XII(2), pour ce qui est des fournisseurs substantiels. *Il découle de cette analyse qu'un contingent tarifaire n'est pas en soi illicite parce qu'il ne respecte pas les disciplines énoncées à l'article XIII. C'est plutôt l'application du contingent qui est illicite si elle est effectuée d'une manière qui n'est pas conforme aux prescriptions de l'article XIII* [Nos italiques].¹¹⁵

C'est sur la base de ces clarifications que l'OA a ensuite examiné la question de savoir si le contingent tarifaire en franchise de droits instauré par les CE – et réservé aux fournisseurs de bananes des États ACP – avait été appliqué d'une manière compatible avec cet article.

b) *Articles XIII(1) et XIII(2) du GATT de 1994 – constatations de l'OA*

Comme l'a relevé l'OA, dans le cadre du régime des CE applicable à l'importation des bananes, le contingent tarifaire en franchise de droits est réservé aux importations en provenance des pays ACP; les pays non ACP n'y ont pas accès¹¹⁶. Puisque tous les États n'y ont pas accès, le contingent contrevient à l'article XIII(1). L'exclusion des fournisseurs non ACP de l'accès à ces contingents ne peut, par ailleurs, pas être justifié au regard de l'article XIII(2) puisque ces derniers ne visent pas à préserver un accès au marché européen qui soit représentatif du marché mondial de la banane¹¹⁷.

Par ailleurs, les CE ont également plaidé que l'article XIII du *GATT* de 1994 n'élaborait d'aucune manière un traitement NPF comme celui de l'article I^{er} du *GATT*. Un membre n'aurait donc pas l'obligation d'étendre à tous les Membres les préférences qu'il accorde à certains pays seulement¹¹⁸. À cet égard, l'OA a apporté une importante clarification sur le rapport entre les articles I^{er} et XIII du *GATT* en soulignant :

Nous considérons que la notion de "non-discrimination" dans l'application des droits qui ressort de l'article I(1) et celle de l'application non discriminatoire d'une "prohibition ou restriction" prévue à l'article XIII sont distinctes, et que l'article XIII fait en sorte qu'un Membre appliquant

¹¹⁵ *Ibid.* au para. 338.

¹¹⁶ *Ibid.* au para. 339.

¹¹⁷ *Ibid.* au para. 340.

¹¹⁸ *Ibid.* au para. 342.

une restriction ou une prohibition n'établit pas de discrimination entre tous les autres Membres. L'article I(1), qui s'applique aux droits, et l'article XIII(1), qui s'applique aux restrictions quantitatives et aux contingents tarifaires, peuvent s'appliquer à différents éléments d'une mesure ou d'un régime d'importation. L'article XIII adapte le principe du traitement NPF à des types spécifiques de mesures, à savoir les restrictions quantitatives et, en vertu de l'article XIII(5), les contingents tarifaires. Les contingents tarifaires doivent être conformes aux prescriptions énoncées tant à l'article I(1) qu'à l'article XIII du *GATT* de 1994.¹¹⁹

Sur cette base, l'OA a conclu, après avoir rappelé que les CE n'avaient pas contesté la constatation des GS selon laquelle le droit nul concédé aux fournisseurs de produits ACP était incompatible avec l'article I(1), que le contingent réservé aux États ACP appliqué par les CE dans le cadre du régime applicable à l'importation des bananes est incompatible avec l'article XIII(1) et XIII(2) du *GATT* de 1994.

D. Conclusion et suite de l'affaire

L'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce ne faisait état d'aucune suite particulière découlant du dépôt du rapport de l'Organe d'appel au moment où cette chronique a été rédigée. Cependant au-delà des considérations propres à la mise en œuvre des recommandations de l'ORD, cette affaire – cette saga – met en évidence les limites restreintes à l'intérieur desquelles les Membres de l'OMC peuvent s'attendre à maintenir des relations commerciales privilégiées. À cet égard, même si les avantages pouvant découler de ces relations sont limités par rapport aux concessions dont les autres Membres sont à même de bénéficier, ces concessions n'en seront pas moins incompatibles avec les règles du *GATT*. Ce faisant, le cadre multilatéral crée un système « égalisateur » dont les effets peuvent parfois donner l'impression d'être en contradictions avec ses objectifs; la relation privilégiée qu'entendent maintenir les CE avec les États ACP en est une belle illustration. Ainsi, alors que d'un côté, le cadre multilatéral joue sa propre cohérence sur l'application de ses principes fondamentaux, les États, sensibles à leurs intérêts (intérêts qui ne se conjuguent pas toujours à la mode multilatérale), n'hésiteront pas à recourir à des accords bilatéraux afin d'atteindre leurs fins. C'est la voie que les CE ont choisi en adoptant les *Accords de Cotonou* en général, et en concluant les accords de partenariat économique instituant des zones de libre-échange entre le territoire économique européen et les États ACP. Le multilatéralisme se trouve-t-il renforcé par le bilatéralisme/régionalisme? C'est un des grands débats du droit international économique. Toutefois, rappelons que les organes de l'ORD ne se sont pas gênés pour présenter la piste du bilatéralisme aux CE si ces dernières souhaitaient maintenir leurs préférences tarifaires à l'égard des États ACP. Or, ce régionalisme est questionnable autant dans la perspective de son rapport au multilatéralisme que du

¹¹⁹ *Ibid.* au para. 343.

point de vue des rapports entre États au niveau de développement économique divergent.

Les APE n'ont encore fait l'objet d'aucun traitement devant l'ORD, pas plus que la très grande majorité des autres ententes économiques régionales. Pourtant, d'aucuns diront que les disciplines imposées par le *GATT* au régionalisme n'offrent au bout du compte que fort peu de garanties en terme de prévisibilité¹²⁰. La question se pose alors de savoir ce qu'a gagné le système commercial multilatéral.

IV. *Canada – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones (Plainte des Communautés européennes), Rapport du Groupe spécial, WT/DS321/R, 31 mars 2008*¹²¹

*Mots-clés : Mémoire d'accord sur le règlement des différends, Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires (Accord SPS)*¹²², *suspensions de concessions, continuité d'une mesure de rétorsion, nouvelle mesure de rétorsions prise unilatéralement, expertise scientifique, Directive 2003/74/CE*¹²³, *hormones, évaluation des risques, incertitude scientifique, valeur scientifique des avis à l'appui d'une mesure, preuves scientifiques suffisantes pertinentes.*

C'est respectivement les 31 mars et 16 octobre 2008 qu'ont été distribués les rapports du Groupe spécial et de l'Organe d'appel dans l'affaire *Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones*. Cette affaire, l'une des plus longues et des plus polémiques de l'histoire de l'OMC jusqu'à maintenant, a repris toute sa vigueur en 2008 et exigé des instances juridictionnelles de l'OMC qu'elles interprètent bon nombre de dispositions du *Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, de l'*Accord SPS* et du *GATT*. Étant donné le nombre et l'importance des questions soulevées dans cette saga juridique, nous avons procédé à un certain arbitrage et présenté les questions nous apparaissant les plus porteuses, et ce, dans un format compatible avec celui de la présente chronique. Pour des fins de commodité et sans nier les spécificités de chacune des deux plaintes, nous considérerons aussi ensemble les deux dossiers portés simultanément par les CE

¹²⁰ Voir particulièrement Kerry Chase, « Multilateralism compromised: the mysterious origins of *GATT* article XXIV » (2006) 5:1 *World Trade Review* 1 [Chase, « Multilateralism compromised »]

¹²¹ *Canada – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones (Plaintes des Communautés européennes)* (2008), OMC Doc. WT/DS321/R (Rapport du Groupe spécial) [*CE – Hormones*]. Les auteurs tiennent à remercier Lilian Balderas Morales, candidate au doctorat en droit à l'Université Laval pour sa collaboration à la préparation du résumé du rapport du Groupe spécial.

¹²² *Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires*, Annexe 1A de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 14 avril 1994, 1867 R.T.N.U. 508 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1995) [*Accord SPS*].

¹²³ *Directive 2003/74/CE modifiant la directive 96/22/CE du Conseil concernant l'interdiction d'utilisation de certaines substances à effet hormonal ou thyrostatique et des substances β -agonistes dans les spéculations animales*, [2005] J.O. L 262/17 [*Directive 2003/74/CE*].

contre les États-Unis (WT/DS320)¹²⁴ et le Canada (WT/DS321)¹²⁵. On comprendra enfin qu'un bref retour sur l'affaire *CE – Hormones* s'impose pour bien remettre en contexte les deux rapports adoptés en 2008.

A. Les faits

C'est le 13 février 1998 que l'ORD adoptait les rapports du Groupe spécial et de l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Hormones*. Il était alors constaté que la législation européenne n'était pas compatible avec des articles de l'*Accord SPS*. En bref, contrairement aux exigences de l'*Accord SPS*, la législation européenne par laquelle on restreignait ou interdisait le commerce de certains produits de viande provenant d'animaux ayant reçu certaines hormones ne reposait pas sur une évaluation correcte des risques ni sur des preuves scientifiques suffisantes. Devant le refus européen de permettre le commerce de la viande hormonée provenant du Canada et des États-Unis et de mettre la législation en cause en conformité avec les obligations contractées par les CE dans les accords de l'OMC et le *GATT*, l'ORD a autorisé le Canada et les États-Unis à appliquer des mesures de rétorsion. Ces mesures ont pris la forme de hausses de droits de douane, à hauteur de 11,3 millions CAN pour le Canada et de 116,8 millions USD pour les États-Unis, chacun des deux Membres de l'OMC lésés par la législation européenne ayant été autorisés à rehausser ses droits de douane par rapport à plusieurs produits provenant d'Europe.

Le 22 septembre 2003, l'Union européenne a modifié sa législation par la nouvelle *Directive 2003/74/CE* applicable à l'utilisation de certaines hormones chez les animaux d'élevage. Le 27 octobre 2003, les CE ont confirmé à l'ORD l'adoption de cette directive visant la mise en conformité de la législation européenne avec les termes de la décision rendue en 1998. Par la même voie, les CE ont soulevé que les mesures de rétorsion prises par les États-Unis et par le Canada n'étaient plus justifiées¹²⁶. Les États-Unis et le Canada ont estimé que les mesures communautaires étaient insuffisantes. Ils ont continué à appliquer des mesures de rétorsion contre les CE¹²⁷.

B. Les allégations de violation

Dans la demande d'ouverture de consultations qu'elles ont déposée à la fin de 2004, les CE disaient estimer que le maintien des mesures de rétorsion de la part des États-Unis et du Canada était contraire aux articles 23(2) a), 21(5), 23(1), 22(8), 3(7) et 23 du *MRD* et aux articles I et II du *GATT* de 1994¹²⁸. Les États-Unis et le

¹²⁴ *États-Unis – Maintien de la suspension d'obligation dans le différend CE – Hormones (Plainte des Communautés européennes)* (2008), OMC Doc. WT/DS320/R (Rapport du Groupe spécial) [*États-Unis hormones*].

¹²⁵ Chase, « Multilateralism compromised », *supra* note 120.

¹²⁶ *États-Unis hormones*, *supra* note 124 au para. 2.5.

¹²⁷ *Ibid.* au para. 2.6.

¹²⁸ *Ibid.* aux para. 3.1 et 3.2.

Canada, quant à eux, considéraient qu'ils n'avaient pas contrevenu à ces dispositions¹²⁹.

C. Constatations

1. LA POSSIBILITÉ POUR LE PUBLIC DE SUIVRE LES RÉUNIONS AVEC LES PARTIES

La première question que le Groupe spécial a dû trancher, avant même d'entendre les parties, fut celle du caractère public des auditions. Les CE, le Canada et les États-Unis étaient tous d'accord pour que les auditions soient ouvertes au public. Certaines tierces parties n'étaient toutefois pas d'accord avec cette ouverture. Ainsi, en août 2005, le président du Groupe spécial a écrit au président de l'ORD et au Directeur général de l'OMC afin de les informer de la décision du Groupe spécial de tenir, pour la première fois dans l'histoire du *GATT/OMC*, des auditions ouvertes au public¹³⁰. Seules les auditions impliquant les tierces parties n'ont pu être suivies par le public.

Compte tenu du caractère inusité et innovateur de cette décision d'ordre procédural, le Groupe spécial a estimé approprié, même après coup, de préciser « les raisons pour lesquelles il a[vait] accepté que le public puisse suivre ses réunions de fond »¹³¹.

Le Groupe spécial a d'abord rappelé les termes du paragraphe 2 de l'appendice 3 du *MRD* qui prévoit que « le Groupe spécial se réunira en séance privée »¹³² et que « les parties au différend, et les parties intéressées, n'assisteront aux réunions que lorsque le Groupe spécial les y invitera »¹³³. Le Groupe spécial a enchaîné en précisant que l'article 12(1) du *MRD* prévoit qu'un groupe spécial dispose de la marge d'appréciation voulue pour déroger aux exigences de l'appendice 3 du *Mémoire d'accord* s'il a auparavant consulté les parties¹³⁴. Comme ce pouvoir discrétionnaire d'un groupe spécial ne s'étend pas aux autres dispositions du *MRD*, le Groupe spécial a dû ensuite vérifier si d'autres articles du *MRD* interdisaient de donner au public la possibilité de suivre les réunions des groupes spéciaux¹³⁵. Après une analyse des articles 14(1) et 18(2) du *MRD*, le Groupe spécial en est venu à une conclusion négative sur cette question¹³⁶. Il s'est considéré autorisé à tenir des auditions publiques de l'affaire en prenant bien soin de préciser que sa décision ne devait être rapprochée en aucune façon des discussions qui ont cours dans le cadre des négociations du cycle de Doha au sujet de la transparence des procédures de règlement des différends¹³⁷.

¹²⁹ *Ibid.* au para. 3.3.

¹³⁰ *Ibid.* aux para. 7.42-45.

¹³¹ *Ibid.* au para. 7.43.

¹³² *MRD*, *Supra* note 1 appendice 3, para. 2.

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ *États-Unis hormones*, *supra* note 124 au para. 7.46.

¹³⁵ *Ibid.* au para. 7.47.

¹³⁶ *Ibid.* aux para. 7.48-54.

¹³⁷ *Ibid.* au para. 7.52.

2. LA CONSULTATION D'EXPERTS SCIENTIFIQUES

Les CE étaient d'avis que le litige portait sur le respect des règles du *MRD*. D'après les Européens, il s'agissait pour l'essentiel de décider si le *MRD* permettait au Canada et aux États-Unis de maintenir des mesures de rétorsion alors que la nouvelle directive européenne était, de leur point de vue, compatible avec les obligations des CE telles qu'interprétées dans l'affaire *CE – Hormones*. Les États-Unis et le Canada croyaient pour leur part que le litige soulevait des questions scientifiques tellement claires que la consultation d'experts scientifiques n'était pas nécessaire. Par ailleurs, selon eux, le Groupe spécial devait faire des constatations quant à la preuve scientifique présentée et cela pouvait amener le Groupe spécial à recourir à des experts scientifiques.

Bien que le Groupe spécial ait reconnu que le litige portait d'abord sur l'application du *MRD*, il a considéré que l'affaire était liée de manière indirecte à l'*Accord SPS*. Il a donc décidé d'avoir recours à un groupe d'experts scientifiques pour l'aider à trancher le côté technique du litige. En s'appuyant sur quelques textes jurisprudentiels, dont l'affaire *États-Unis – Crevettes*¹³⁸, et sur les dispositions pertinentes du texte du *MRD*, le Groupe spécial a précisé :

[Nous sommes] conscient[s] du fait que la présente affaire n'est pas exactement un différend "relevant [de l'*A*]ccord [*SPS*]" puisque son mandat ne mentionne pas l'*Accord SPS*. Nous considérons néanmoins que, puisque nous pouvons avoir à déterminer si les Communautés européennes se sont conformées à leurs obligations au titre de l'*Accord SPS* si nous devons déterminer si l'article 22(8) du *Mémoire d'accord* a été violé, le présent différend est, au moins indirectement, un différend "relevant [de l'*A*]ccord [*SPS*]"¹³⁹.

Enfin, les CE ont proposé que la consultation d'experts soit réalisée auprès d'un groupe consultatif d'experts unique pour que le Groupe spécial reçoive de l'information cohérente et pertinente. Le Groupe spécial a rejeté cette proposition puisqu'il a estimé que le sujet était complexe et qu'il serait nécessaire de demander l'avis de scientifiques provenant de domaines divers. Il a finalement soulevé l'importance d'entendre les opinions minoritaires¹⁴⁰.

Le processus de sélection du groupe d'experts s'est accompli conformément aux dispositions pertinentes du *MRD* et de l'*Accord SPS*¹⁴¹. Le Groupe spécial a décidé de consulter des experts agissant à titre individuel ainsi que des institutions et

¹³⁸ *États-Unis – Prohibition à l'importation de crevettes et de certains produits à base de crevettes (Plainte de la Malaisie)* (2001), OMC Doc. WT/DS58/RW (Rapport du Groupe spécial); *États-Unis – Prohibition à l'importation de crevettes et de certains produits à base de crevettes (Plainte de la Malaisie)* (2001), OMC Doc. WT/DS58/AB/RW (Rapport de l'Organe d'appel).

¹³⁹ *États-Unis hormones*, *supra* note 124 au para. 7.63.

¹⁴⁰ *Ibid.* au para. 7.71.

¹⁴¹ *Ibid.* aux para. 7.76-99.

des organisations internationales reconnues dans leur domaine d'expertise. Parmi les nominations faites, celles des docteurs Boobis et Boisseau ont soulevé plus tard, notamment en appel, des questions de droit¹⁴².

3. L'INTERDICTION DE L'UNILATÉRALISME DANS LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

Les CE ont réclamé des États-Unis et du Canada la suspension des mesures de rétorsion qu'ils appliquent à certains produits communautaires en vertu de l'autorisation de l'ORD donnée à la suite de l'affaire *CE – Hormones* en 1998. Selon les CE, le maintien des mesures de rétorsion n'était plus pertinent, car les mesures qui avaient été déclarées incompatibles avec les accords de l'OMC avaient été remplacées.

Les États-Unis ont quant à eux répondu qu'ils n'étaient pas compétents pour retirer une mesure dont l'application avait été décidée multilatéralement. Aux dires des États-Unis, les mesures de rétorsion ne pouvaient pas être retirées tant que l'ORD ne l'autorisait pas de manière expresse¹⁴³.

Sur le même thème, le Groupe spécial a été amené à vérifier quelle mesure était véritablement visée par le maintien par le Canada et les États-Unis de la suspension de concessions à l'égard de produits européens. Autrement dit, il a dû déterminer si le maintien de suspension, même après l'adoption de la *Directive 2003/74/CE*, était la continuité d'une mesure de rétorsion prise à l'encontre des dispositions européennes condamnées en 1998 ou si ce n'était pas plutôt une réplique décidée unilatéralement par le Canada et les États-Unis à l'encontre de la nouvelle directive européenne jugée insuffisante par les États-Unis et le Canada.

Tous ces questionnements ont forcé le Groupe spécial à examiner longuement le sens et l'application à donner aux articles 3, 21, 22 et 23 du *MRD*.

Après de longues considérations qui donneront certainement lieu dans un avenir rapproché à quelques critiques doctrinales sur la cohérence et les liens entre les articles 21, 22 et 23 du *MRD*, le Groupe spécial en est venu à la conclusion que les États-Unis et le Canada n'avaient contrevenu qu'aux articles 23(1) et 23(2) a) du *MRD*.

Le Groupe spécial a d'une part estimé que l'application des mesures de rétorsion découlait d'une autorisation de l'ORD, ce qui ne transférait pas l'obligation de les appliquer au Membre autorisé. Les mesures de rétorsion pouvaient être retirées par les Membres au moment qu'ils jugeaient convenable. D'autre part, les dispositions du *MRD* ne prévoyaient aucune procédure spéciale pour mettre fin à cette sorte de mesure. En fait, selon le *MRD*, les mesures de rétorsion ne doivent pas exister après l'élimination de la mesure qui a provoqué leur autorisation. De ce fait, le Groupe spécial a estimé que la seule mise en œuvre de la nouvelle directive

¹⁴² *Infra* note 177.

¹⁴³ *États-Unis hormones*, *supra* note 124 aux para. 7.198-208.

communautaire était en soi une autorisation pour suspendre l'application des mesures de rétorsion. Donc, avec le maintien des mesures de rétorsion, les États-Unis cherchaient la réparation des dommages qu'ils considéraient subir par l'effet de la nouvelle directive plutôt que par les anciennes qui n'étaient plus en vigueur¹⁴⁴.

Au regard des déclarations états-uniennes et canadiennes, le Groupe spécial considère que le Canada et les États-Unis ont conclu unilatéralement à la non-conformité de la nouvelle mesure communautaire. Le Groupe spécial souligne qu'il est de l'intérêt de toutes les parties d'éviter que les mesures de rétorsion et les mesures de mise en conformité provoquent une suite de litiges interminables¹⁴⁵. Le Groupe spécial fait aussi remarquer que les Communautés européennes ont fait des efforts pour ajuster leur législation. La nouvelle directive communautaire présente donc « tous les aspects d'une mesure de mise en œuvre ayant suivi tout le processus formel nécessaire à son adoption et présentant, à première vue, tous les aspects d'une mesure adoptée de bonne foi »¹⁴⁶.

Le Groupe spécial conclut donc que les États-Unis et le Canada ont violé l'article 23(1) et (2)a)¹⁴⁷.

Le *MRD* prévoit l'existence de mesures de rétorsion jusqu'au moment de l'élimination de la mesure qui enfreint les accords de l'OMC. La mesure communautaire qui était incompatible avec l'*Accord SPS* était la *Directive 96/22/CE*¹⁴⁸ qui, par l'adoption de la nouvelle directive, a été éliminée. Quoique cette dernière impose une interdiction à l'importation, elle n'a pas fait l'objet d'une déclaration d'incompatibilité par l'ORD, cependant, l'élimination de la mesure incompatible fait référence aussi à l'élimination de l'acte d'illégalité¹⁴⁹. Cela amène logiquement le Groupe spécial à faire une étude de la nouvelle directive communautaire à la lumière des accords de l'OMC et de la décision qui avait été prise par l'ORD en 1998¹⁵⁰.

4. LA NOUVELLE DIRECTIVE EUROPÉENNE ÉVALUÉE À L'AUNE DE L'*ACCORD SPS*

Après une analyse des allégations des parties, le Groupe spécial juge nécessaire d'examiner la compatibilité de la nouvelle directive européenne à la lumière des dispositions de l'article 5 et de ses alinéas 1, 2 et 7 et de l'article 3(3) de l'*Accord SPS* afin de voir si les CE ont procédé à la mise en œuvre des décisions de 1998¹⁵¹.

¹⁴⁴ *Ibid.* aux para. 7.209-15.

¹⁴⁵ *Ibid.* au para. 7.232.

¹⁴⁶ *Ibid.* au para. 7.238.

¹⁴⁷ *Ibid.* aux para. 7.251 et 7.245.

¹⁴⁸ CE, *Directive 96/22/CE modifiant la directive 96/22/CE du Conseil concernant l'interdiction d'utilisation de certaines substances à effet hormonal ou thyrostatique et des substances β-agonistes dans les spéculations animales*, [2008] J.O L 318/9.

¹⁴⁹ *États-Unis hormones*, *supra* note 124 au para. 7.283.

¹⁵⁰ *Ibid.* au para. 7.375.

¹⁵¹ *Ibid.* au para. 7.411.

a) *La compatibilité de la mesure européenne avec les articles 5(1) et 5(2)*

Pour vérifier si la directive européenne, en ce qu'elle concerne l'œstradiol-17β, est conforme à la règle selon laquelle une mesure SPS doit être basée sur une évaluation des risques, le Groupe spécial s'est d'abord penché sur les limites de son rôle. Le Groupe spécial a rappelé qu'il ne devait pas réaliser sa propre évaluation pour déterminer si les CE avaient agi conformément aux dispositions en question :

Pour déterminer si les Avis constituent une évaluation des risques, le Groupe spécial doit mesurer les actions des Communautés européennes à la lumière des prescriptions de l'*Accord SPS*. Il rappelle qu'il n'est pas approprié qu'il procède à sa propre évaluation des risques sur la base des preuves scientifiques qu'il a réunies ou qui lui ont été communiquées par les parties au cours de ses travaux. De même, il croit qu'il n'a pas pour rôle d'imposer un quelconque avis scientifique aux Communautés européennes. Le Groupe spécial doit mesurer objectivement les Avis à la lumière du critère pertinent permettant de savoir si une évaluation des risques a été effectuée, que l'on peut trouver dans le texte de l'article 5(1) (y compris en examinant l'article 5(2)), ainsi qu'à l'annexe A.4 de l'*Accord SPS*. Par conséquent, nous avons examiné et évalué les preuves – y compris les renseignements que nous avons reçus des experts consultés par le Groupe spécial – et les arguments qui nous ont été présentés à la lumière des dispositions pertinentes de l'OMC, et nous avons fondé nos conclusions sur ces preuves et ces arguments.¹⁵²

D'après l'article 5 de l'*Accord SPS*, pour qu'une évaluation de risques soit valide, l'État membre a l'obligation de prendre en compte les avis scientifiques des organisations internationales compétentes. Dans ce cas, la Commission du Codex Alimentarius et le Joint FAO/WHO Expert Committee on Food Additives (JECFA) sont les organismes compétents visés. Les deux organisations ont en effet élaboré des définitions et des méthodes qui sont pertinentes¹⁵³.

Les États-Unis ont accusé les CE d'avoir ignoré les avis scientifiques et les dispositions des deux organismes internationaux compétents. Les CE ont soutenu quant à elles qu'elles reconnaissent la compétence de ces organismes, mais qu'elles avaient aussi observé que leurs études et développements étaient limités et dépassés¹⁵⁴.

Le Groupe spécial a fait appel au groupe d'experts pour clarifier cette question. Malgré quelques différences, l'opinion des experts a démontré que les CE connaissaient les recommandations et les avis des deux entités internationales, bien qu'elles avaient décidé de ne pas les suivre complètement. Le Groupe spécial a conclu ainsi :

¹⁵² *Ibid.* au para. 7.443.

¹⁵³ *Ibid.* au para. 7.448.

¹⁵⁴ *Ibid.* au para. 7.458.

Bien que les techniques d'évaluation des risques du Codex et du JECFA soient pertinentes et doivent être prises en compte par le responsable de l'évaluation des risques, le respect des techniques d'évaluation des risques du Codex ou du JECFA n'est pas exigé par l'*Accord SPS*. Ce qui est exigé, c'est que le responsable de l'évaluation des risques tienne compte de ces techniques et qu'il se conforme aux autres prescriptions énoncées à l'article 5 et à l'annexe A de l'*Accord SPS* en ce qui concerne la réalisation d'une évaluation des risques. [...] Il n'est pas contesté que les Communautés européennes connaissent les directives du Codex et du JECFA et qu'elles les ont prises en considération lors de l'établissement des avis. Par conséquent, le Groupe spécial conclut que même si elles ne les ont peut-être pas rigoureusement respectées, les Communautés européennes ont bien tenu compte des techniques d'évaluation des risques des organisations internationales compétentes dans l'élaboration des avis.¹⁵⁵

Il est ensuite question de savoir si lors de leur évaluation de risques les Communautés européennes se sont conformées aux facteurs énumérés à l'article 5(2) de l'*Accord SPS* :

Ainsi que nous l'avons mentionné ci-dessus dans le contexte des techniques d'évaluation des risques, tenir compte des preuves scientifiques disponibles n'exige pas d'un Membre qu'il agisse en se conformant à une conclusion particulière d'une étude scientifique particulière. Les renseignements scientifiques disponibles peuvent comprendre une multitude de vues et de données sur un sujet particulier. Le Groupe spécial estime que la prescription figurant à l'article 5(2) veut que, lorsqu'il évalue un risque dans le but de formuler une mesure *SPS* appropriée, un Membre dispose du plus large éventail possible de renseignements scientifiques pour faire en sorte que sa mesure soit établie sur la base de données scientifiques suffisantes et étayée par des principes scientifiques.¹⁵⁶

Le Groupe spécial a fait valoir que les CE avaient démontré avoir considéré tous les renseignements scientifiques disponibles comme il est exigé par l'article 5(2)¹⁵⁷.

En ce qui concerne les méthodes d'inspection, d'échantillonnage et d'essai qui font partie des prescriptions dudit article, le Groupe spécial a fait observer que les CE avaient réalisé des études suffisantes pour les aider à cerner la situation, tout en tenant compte des prescriptions en question¹⁵⁸.

Le Groupe spécial a donc estimé que les CE, lors de la réalisation de leur évaluation de risques, avaient pris en compte tous les facteurs énumérés à l'article 5(2) de l'*Accord SPS*¹⁵⁹.

¹⁵⁵ *Ibid.* aux para. 7.468-69.

¹⁵⁶ *Ibid.* au para. 7.480.

¹⁵⁷ *Ibid.* au para. 7.482.

¹⁵⁸ *Ibid.* au para. 7.483.

¹⁵⁹ *Ibid.* au para. 7.484.

b) *La valeur scientifique des avis à la base de la directive européenne*

Selon les États-Unis, les avis scientifiques qui ont servi de fondement à l'adoption de la directive communautaire ne constituent pas des évaluations de risques, car ils ne font pas allusion à un risque pertinent et probable étant donné que les études ne permettent pas d'identifier un risque lié aux présumés effets négatifs des hormones en question.

Le Groupe spécial a rappelé les exigences de l'annexe A.4 par rapport à l'évaluation de risques :

a) qu'il identifie les additifs, les contaminants, les toxines ou les organismes pathogènes présents dans les produits alimentaires, les boissons ou les aliments pour animaux en cause (le cas échéant); b) qu'il identifie tout effet négatif possible sur la santé des personnes et des animaux; et c) qu'il évalue la possibilité que cet effet négatif résulte de la présence des additifs, des contaminants, des toxines ou des organismes pathogènes identifiés dans les produits alimentaires, les boissons ou les aliments pour animaux.¹⁶⁰

Le Groupe spécial a considéré que les CE avaient satisfait les deux premières exigences. Pour résoudre la dernière question et pour déterminer si les Communautés européennes avaient étudié la potentialité des effets négatifs des substances en cause¹⁶¹, le Groupe spécial a eu recours au groupe d'experts.

Selon les déclarations d'experts, les CE ont réalisé des études portant sur les effets de l'œstradiol et des œstrogènes en général sur la santé des personnes. Toutefois, malgré leur complexité, les études n'ont pas porté sur la possibilité que les effets négatifs identifiés soient associés à la consommation de viande ayant été traitée avec des hormones à des fins anabolisantes. Ainsi, les études communautaires n'ont pas satisfait les exigences de l'Annexe A.4 touchant l'évaluation de risques¹⁶². De la même manière, le Groupe spécial est arrivé à la conclusion que les preuves scientifiques présentées par les CE n'étaient pas les conclusions de l'évaluation de risques qui avait motivé l'adoption de la directive en question¹⁶³.

En conclusion, le Groupe spécial a affirmé que les CE n'avaient pas réalisé une évaluation de risques appropriée au sens de l'article 5(1) de l'*Accord SPS*¹⁶⁴ et a conclu que l'interdiction liée à l'œstradiol-17 β n'est pas compatible avec l'article 5(1) de l'*Accord SPS*¹⁶⁵.

¹⁶⁰ *Ibid.* au para. 7.507.

¹⁶¹ *Ibid.* aux para. 7.521-36.

¹⁶² *Ibid.* au para. 7.537.

¹⁶³ *Ibid.* au para. 7.572.

¹⁶⁴ *Ibid.* au para. 7.573.

¹⁶⁵ *Ibid.* au para. 7.579.

c) *L'applicabilité de l'article 5(7) au cas d'espèce*

Le cas de l'hormone œstradiol-17 β ayant été solutionné par le biais des articles 5(1) et 5(2), restait les cas des hormones visées dans la *Directive 2003/74/CE* et dont l'interdiction provisoire était, aux dires des CE, justifiée par l'article 5(7).

Une mesure peut être fondée sur l'article 5(7) quand les renseignements scientifiques sont considérés comme étant insuffisants, c'est-à-dire, quand ils ne fournissent pas l'information suffisante pour réaliser une évaluation de risques au sens de l'article 5(1)¹⁶⁶.

Selon le Groupe spécial, l'article 5(7) ne peut pas être considéré comme étant une prescription plus facile à remplir que celles des articles 5(1) et 5(2). L'article 5(7) n'exempte pas les États membres à démontrer leurs prétentions avec des preuves scientifiques pertinentes¹⁶⁷. En outre, rappelant l'idée émise dans le cadre de l'affaire *CE – Produits biotechnologiques*¹⁶⁸, le Groupe spécial a rappelé que le niveau de protection choisi devait refléter les données disponibles; C'est bien le risque qui devait servir à déterminer le niveau de protection et non le contraire. Nous verrons plus loin que l'Organe d'appel a modulé cette affirmation.

Le Groupe spécial précise quel lien il faut voir entre l'incertitude scientifique et l'utilisation de l'article 5(7) :

L'existence d'une incertitude scientifique n'équivaut pas automatiquement à une situation d'insuffisance des preuves scientifiques pertinentes. En d'autres termes, le fait qu'un certain nombre d'aspects d'une question scientifique donnée demeurent incertains ne peut pas empêcher qu'une évaluation des risques soit effectuée. Tout d'abord, nous devrions exclure l'incertitude théorique, à savoir l'incertitude qui subsiste toujours, du fait que la science ne peut jamais fournir de certitude absolue en ce qui concerne l'innocuité d'une substance donnée. Dans l'affaire *CE – Hormones*, le Groupe spécial et l'Organe d'appel sont tous deux convenus que l'incertitude théorique n'était pas le genre de risque qui devait être évalué dans le cadre de l'article 5(1). De l'avis du Groupe spécial, l'incertitude théorique ne devrait donc pas non plus déterminer l'applicabilité de l'article 5(7). Deuxièmement, nous notons que dans l'affaire *CE – Hormones*, l'Organe d'appel a dit que la présence d'opinions divergentes sur une question pouvait constituer une forme d'incertitude scientifique.¹⁶⁹

Le Groupe spécial a ensuite rappelé qu'il existait de nombreuses études par rapport aux cinq hormones faisant l'objet de la mesure provisoire. Les organismes internationaux compétents avaient très bien documenté le sujet. Néanmoins, les CE

¹⁶⁶ *Ibid.* au para. 7.608.

¹⁶⁷ *Ibid.* au para. 7.605.

¹⁶⁸ *Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques (Plainte des États-Unis, du Canada et de l'Argentine)* (2006), OMC Doc. WT/DS291/R, WT/DS292/R et WT/DS293/R (Rapport du Groupe spécial) [*CE – Produits biotechnologiques*].

¹⁶⁹ *Supra* note 124 aux para. 7.631-32.

ont allégué l'insuffisance des études du JECFA et de la Commission du Codex étant donné leur ancienneté. À ce sujet, le Groupe spécial a soutenu que

[d]e ce fait, nous estimons que, pour prendre convenablement en compte l'existence de normes, directives et recommandations internationales en l'espèce, notre approche devrait consister à évaluer si les preuves scientifiques sont devenues insuffisantes en déterminant si les Communautés européennes ont produit des preuves montrant que les connaissances scientifiques ont évolué suffisamment pour que ce qui était autrefois suffisant pour qu'une évaluation des risques adéquate soit effectuée soit maintenant devenu "insuffisant" [...] À cet égard, évoquer des corrélations hypothétiques ou faire valoir simplement qu'il pourrait y avoir davantage de preuves concernant une préoccupation ou une autre ne devrait pas être jugé suffisant pour permettre d'alléguer avec succès que les preuves scientifiques pertinentes sont devenues *insuffisantes*. En fait, il est toujours possible de faire davantage d'études et il peut toujours y avoir davantage de preuves. [...] les Communautés européennes admettent que ce n'est pas n'importe quelle insuffisance des preuves scientifiques pertinentes (relevant) qui rendrait la réalisation d'une évaluation des risques impossible. En effet, des "insuffisances concernant les preuves" n'équivalent pas nécessairement à des "preuves insuffisantes" pour qu'une évaluation des risques soit effectuée, comme nous l'avons rappelé ci-dessus. En outre, comme cela a été mentionné par l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Hormones*, il n'est pas nécessaire que les évaluations des risques soient établies sur la base de preuves "monolithiques".¹⁷⁰

Finalement, le Groupe spécial a conclu que

s'il existe déjà des preuves pertinentes, ce n'est pas n'importe quel degré d'insuffisance qui permettra de satisfaire au critère prévu à l'article 5(7), à savoir que "les preuves scientifiques pertinentes [sont] insuffisantes". Compte tenu de notre raisonnement exposé ci-dessus, en particulier s'agissant de l'incertitude scientifique et de l'existence de normes internationales, nous estimons que, selon ce que sont les preuves pertinentes existantes, il doit y avoir une *masse critique* de nouvelles preuves et/ou de nouveaux renseignements qui mettent en doute les préceptes fondamentaux découlant des connaissances et des preuves antérieures de telle sorte que les preuves pertinentes, auparavant suffisantes, sont maintenant insuffisantes. Dans la présente affaire où des évaluations des risques ont été effectuées et où un vaste ensemble de preuves de qualité ont été accumulées, cela ne serait possible que si elle mettait en doute les preuves pertinentes existantes *au point que* ces preuves ne soient plus suffisantes pour étayer les conclusions des évaluations des risques existantes.¹⁷¹

¹⁷⁰ *Ibid.* au para. 7.647.

¹⁷¹ *Ibid.* au para. 7.648.

Nous verrons que l'Organe d'appel est revenu sur cette approche du Groupe spécial par rapport à l'existence d'une masse critique de nouvelles preuves. En définitive, selon le Groupe spécial, les CE n'avaient pas réussi à démontrer l'existence de nouvelles preuves scientifiques remettant en question l'ensemble des avis scientifiques donnés par les organismes internationaux compétents¹⁷². En conséquence, il leur aurait été possible de faire une évaluation des risques complète concernant chacune des substances.

En conséquence, le Groupe spécial a conclu que les mesures provisoires de la directive communautaire n'étaient pas compatibles avec l'article 5(7)¹⁷³. Il a finalement fait remarquer :

Étant parvenus à cette conclusion, nous tenons à bien préciser que nous avons seulement déterminé qu'il n'avait pas été établi que les preuves scientifiques pertinentes existantes étaient insuffisantes. Cela ne signifie pas qu'aucune mesure ne peut être imposée par les Communautés européennes en vertu de l'*Accord SPS* en ce qui concerne les cinq hormones en cause. En fait, nos déterminations sont sans préjudice de la légalité d'une quelconque mesure communautaire concernant ces hormones, dans le cas où les Communautés européennes décideraient de mener à bien leurs évaluations des risques conformément à l'article 5(1) de l'*Accord SPS*.¹⁷⁴

D. Les suites du rapport

Le rapport du Groupe spécial, bien qu'il comporte de nombreuses et de longues analyses sur le sens à donner à plusieurs dispositions de l'*Accord SPS*, n'aura pas marqué durablement la jurisprudence en matière *SPS*. L'Organe d'appel a vite été amené à revoir ses constatations.

¹⁷² *Ibid.* aux para. 7.661-834.

¹⁷³ *Ibid.* au para. 7.836.

¹⁷⁴ *Ibid.* au para. 7.837.

V. *Canada – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones (Plainte des Communautés européennes)*, WT/DS321/AB/R, 16 octobre 2008¹⁷⁵

Mots clés : Accord SPS, impartialité et indépendance des experts nommés par le Groupe spécial, rôle des groupes spéciaux dans l'analyse de l'existence d'une évaluation des risques, article 5(7), insuffisance de preuves scientifiques, masse critique, lien entre le niveau de protection appropriée et la suffisance de preuves scientifiques, influence de l'existence d'une norme internationale sur l'insuffisance scientifique.

Le 29 mai 2008, les Communautés européennes ont notifié leur décision de saisir l'Organe d'appel quant à certaines interprétations offertes par le Groupe spécial. Le 10 juin, le Canada et les États-Unis ont aussi notifié leur décision de faire appel. Le 16 octobre 2008, le rapport de l'Organe d'appel a été distribué aux Membres. Le rapport fait 368 pages et il est riche en informations. Nous concentrerons notre analyse sur certaines questions à savoir la conclusion quant à l'impartialité et l'indépendance des experts consultés par le Groupe spécial, ainsi qu'à certaines constatations faites au titre des articles 5(1) et 5(7) de l'*Accord SPS*.

A. **Experts nommés par le Groupe spécial**

Selon les CE, deux des experts nommés pour assister le GS, M. Jacques Boisseau et M. Alan Boobis, étaient en conflit d'intérêts réels ou supposés. Ce conflit d'intérêts découlait entre autres de la participation des deux experts à la rédaction et à l'adoption des rapports du JECFA¹⁷⁶ ayant servi dans le cadre du différend¹⁷⁷. On se rappellera que les évaluations des risques effectuées par le JECFA en ce qui concerne les six hormones en cause sont au centre du différend opposant les CE au Canada et aux États-Unis : les CE ont, entre autres, mis en doute l'approche suivie par le JECFA. En conséquence, selon les CE, il était impossible pour les deux experts d'être indépendants et impartiaux « parce que cela reviendrait à leur demander d'examiner et de critiquer des rapports qu'ils [avaient] élaborés eux-mêmes »¹⁷⁸. L'OA a donné raison aux CE : la manière dont le Groupe spécial avait utilisé les deux experts ne garantissait pas l'impartialité et ne pouvait être considérée comme assurant l'équité

¹⁷⁵ *Canada – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones (Plainte des Communautés européennes)* (2008), OMC Doc. WT/DS321/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel) [*Canada – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE - Hormones*].

¹⁷⁶ Il s'agit du Comité mixte Organisation mondiale de la santé/Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO/OMS) d'experts sur les additifs alimentaires. Souvent, la Commission du Codex alimentarius adopte ses normes sur la base des évaluations fournies par le JECFA. Pour une description du JECFA, voir *ibid.* au para. 457.

¹⁷⁷ Selon les CE, d'autres raisons motivaient leur exclusion. Voir *ibid.* au para. 420.

¹⁷⁸ *Ibid.* au para. 456.

dans les consultations avec les experts¹⁷⁹. De ce fait, la régularité de la procédure était remise en cause.

Cela a conduit l'Organe d'appel à considérer que le Groupe spécial avait eu tort de consulter les deux experts. Selon lui, le Groupe spécial n'avait pas procédé à une évaluation objective de la question telle que le requiert l'article 11 du *Mémorandum d'accord*.

B. Article 5(1) de l'Accord SPS et rôle des groupes spéciaux

Le Groupe spécial avait conclu que la mesure d'interdiction d'importer de la viande provenant de bovins ayant été traités à l'oestradiol-17B ne respectait pas les critères de l'article 5(1) de l'*Accord SPS*. L'Organe d'appel a revu en détail la marche suivie par le Groupe spécial¹⁸⁰, jugeant son approche de l'évaluation des risques trop rigide¹⁸¹. Il en a profité pour rappeler le rôle des groupes spéciaux lorsqu'ils examinent la compatibilité d'une mesure *SPS* avec l'article 5(1) :

Un groupe spécial doit déterminer si la mesure *SPS* est "établie sur la base" d'une évaluation des risques. C'est la tâche du Membre de l'OMC d'effectuer l'évaluation des risques. La tâche du Groupe spécial est d'examiner cette évaluation des risques. Dans les cas où un groupe spécial va au-delà de ce mandat limité et agit en tant que responsable de l'évaluation des risques, il substituerait son propre jugement scientifique à celui du responsable de l'évaluation des risques et ferait un examen *de novo* et par conséquent, outrepasserait ses fonctions au titre de l'article 11 du *Mémorandum d'accord*. En conséquence, le pouvoir en matière d'examen d'un groupe spécial n'est pas de déterminer si l'évaluation des risques effectuée par un Membre de l'OMC est correcte, mais de déterminer si cette évaluation des risques est étayée par un raisonnement cohérent et des preuves scientifiques respectables et est, en ce sens, objectivement justifiable.¹⁸²

L'Organe d'appel a ensuite fixé une marche à suivre en quatre étapes¹⁸³. Ainsi, un groupe spécial doit *premièrement* identifier le fondement scientifique et les preuves utilisées dans l'évaluation des risques. Le fondement scientifique peut exprimer des points de vue divergents ou minoritaires. *Deuxièmement*, il doit vérifier que ce fondement scientifique provient de sources respectées compétentes. *Troisièmement*, le Groupe spécial doit déterminer si le raisonnement énoncé sur la base des preuves scientifiques est objectif et cohérent, c'est-à-dire, si les conclusions sont suffisamment étayées par les preuves scientifiques. *Quatrièmement*, il doit déterminer si les résultats de l'évaluation justifient suffisamment la mesure en cause.

¹⁷⁹ *Ibid.* au para. 469.

¹⁸⁰ *Ibid.* aux para. 485-620.

¹⁸¹ *Ibid.* au para. 542.

¹⁸² *Ibid.* au para. 590.

¹⁸³ *Ibid.* au para. 591.

Dans le cadre de cette analyse, l'Organe d'appel a reconnu que les experts consultés par le groupe spécial pouvaient jouer un rôle important¹⁸⁴. Toutefois, ceux-ci ne devaient pas procéder à leur propre évaluation des risques : « Les consultations avec les experts ne devraient cependant pas avoir pour objet de vérifier si les experts auraient effectué de la même manière une évaluation des risques et seraient arrivés aux mêmes conclusions que le responsable de l'évaluation des risques »¹⁸⁵.

Sur la base de ces enseignements, l'Organe d'appel a considéré que le Groupe spécial avait failli à sa tâche puisqu'il avait utilisé une approche qui ne respectait pas le critère d'examen¹⁸⁶. En conséquence, la constatation du Groupe spécial selon laquelle les CE n'auraient pas satisfait aux exigences de l'article 5(1) et du paragraphe 4 de l'annexe A a été infirmée¹⁸⁷. Toutefois, en raison de nombreuses défaillances dans l'analyse du Groupe spécial, l'Organe d'appel n'a pas été en mesure de compléter l'analyse. En définitive, il s'agit d'un retour à la case départ : la constatation du Groupe spécial est invalidée et nous ne savons pas si la mesure européenne respecte les prescriptions de l'*Accord SPS*.

C. Article 5(7) de l'*Accord SPS*

En ce qui concerne les cinq autres hormones¹⁸⁸, les évaluations menées par les CE avaient mené à conclure que l'état des connaissances ne permettait pas de mener à bien une évaluation des risques¹⁸⁹. En conséquence, les CE avaient adopté une directive¹⁹⁰ imposant une interdiction provisoire des viandes provenant de bovins traités avec ces cinq hormones. Devant le Groupe spécial, l'article 5(7) avait été invoqué pour justifier l'adoption de cette mesure.

Tout l'intérêt de cette section du rapport réside dans le fait que l'Organe d'appel a eu l'occasion de revenir sur certains éléments, fortement critiqués, développés par le Groupe spécial à l'occasion de l'affaire *CE – Produits biotechnologiques*¹⁹¹.

D. Une situation de suffisance de preuve n'est pas immuable

L'Organe d'appel a pris soin de développer une des affirmations du Groupe spécial selon laquelle des preuves scientifiques suffisantes pouvaient devenir

¹⁸⁴ *Ibid.* au para. 592. « Un groupe spécial peut et devrait s'appuyer sur les avis d'experts lorsqu'il examine une mesure *SPS* d'un Membre de l'OMC ».

¹⁸⁵ *Ibid.* au para. 592.

¹⁸⁶ *Ibid.* au para. 593 et s.

¹⁸⁷ *Ibid.* au para. 619.

¹⁸⁸ Il s'agit de la testostérone, de la progestérone et des hormones de synthèse telle que le zéranol, la trenbolone et le MGA.

¹⁸⁹ *Ibid.* aux para. 622-24.

¹⁹⁰ Il s'agit de la *Directive 2003/74/CE*, *supra* note 122.

¹⁹¹ *CE – Produits biotechnologiques*, *supra* note 168. Les CE n'avaient pas porté en appel ce rapport. Or, il a fait l'objet de nombreuses critiques auquel le rapport de l'Organe d'appel dans le cadre de ce différend a en partie répondu.

insuffisantes¹⁹². Il s'agit là d'un changement affirmé de vision quant à la preuve scientifique à l'OMC.

Selon l'Organe d'appel, lorsqu'il existe un avis scientifique compétent et respecté qui met en question la relation entre les preuves scientifiques pertinentes et les conclusions en ce qui concerne le risque, un Membre peut adopter une mesure provisoire au titre de l'article 5(7) de l'*Accord SPS*¹⁹³. Cette affirmation modifie considérablement ce qui avait été affirmé dans *CE – Produits biotechnologiques*. En effet, on se rappellera que dans le cadre de ce différend, les États membres des CE avaient soumis de nombreuses opinions qui remettaient en doute l'évaluation des risques menée au niveau communautaire. Le Groupe spécial avait considéré que ces opinions ne constituaient pas des évaluations des risques. Or, si ces opinions ne pouvaient être assimilées à des évaluations des risques, elles auraient certainement dû pouvoir servir à justifier une mesure provisoire¹⁹⁴. Or, pour le Groupe spécial, si une évaluation des risques existait, seule une nouvelle évaluation en bonne et due forme pouvait justifier l'adoption d'une mesure. Il existait donc des situations de suffisance de preuves et des situations d'insuffisance de preuves. De nouvelles informations remettant en question des résultats préalablement obtenus ne permettaient pas de passer d'une situation de suffisance à une situation d'insuffisance¹⁹⁵.

C'est donc bel et bien à un renversement de situation heureux à laquelle a donné lieu l'opinion de l'Organe d'appel dans le cadre de ce différend relatif aux hormones. La science apparaît désacralisée, l'article 5(7) renoue avec son rôle de *souape de sécurité*¹⁹⁶.

¹⁹² On se rappellera que l'article 5 (7) permet le recours aux mesures provisoires dans le cas où les preuves sont jugées insuffisantes pour mener à bien une évaluation des risques au sens de l'article 5(1) de l'*Accord SPS*, voir *Japon – Mesures visant l'importation de pommes (Plainte des États-Unis)* (2003), OMC Doc. WT/DS245/AB, au para. 179 (Rapport de l'Organe d'appel).

¹⁹³ *Canada – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones*, *supra* note 175 au para. 677.

¹⁹⁴ L'Autriche, par exemple, avait soumis plusieurs études pour justifier sa mesure à l'égard du maïs MON810. Une de celles-ci concluait qu'il existait des différences dans les taux de mortalité entre les insectes qui avaient mangé des proies nourries au maïs BT et celles nourries au maïs non transgénique. L'étude ajoutait : « à ce stade, aucune conclusion ne peut être tirée sur la façon dont les résultats obtenus lors [...] d'essais en laboratoire pourraient se traduire sur le terrain ». Selon le Groupe spécial, cette affirmation « laisse entendre que cette étude en soi ne peut être considérée comme évaluant les risques allégués », voir *CE – Produits biotechnologiques*, *supra* note 168 au para. 7.3099. Il est toutefois surprenant de constater que le Groupe spécial, lorsqu'il a dû déterminer s'il y avait situation d'insuffisance de preuves, n'a pas pris en considération cette étude sérieuse qui soulevait pourtant le doute sur les résultats acquis dans le cadre d'une évaluation des risques antérieure.

¹⁹⁵ *CE – Produits biotechnologiques*, *supra* note 168 au para. 7.3240.

¹⁹⁶ Selon les termes mêmes de l'Organe d'appel, voir *Canada – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones*, *supra* note 175 au para 678.

E. Le niveau de protection est pertinent pour évaluer la suffisance de la preuve scientifique

Contrairement à la conclusion développée par le Groupe spécial à l'occasion du différend *CE – Produits biotechnologiques*¹⁹⁷, non remise en question par le Groupe spécial chargé du présent différend, l'Organe d'appel a considéré que le niveau de protection approprié était pertinent lorsque venait le temps d'évaluer si les preuves étaient suffisantes pour mener à bien une évaluation des risques. En effet, selon l'Organe d'appel, le niveau de protection plus élevé d'un Membre pouvait l'obliger à effectuer certaines recherches différentes de celle effectuée, par exemple, dans le cadre de l'adoption d'une norme internationale¹⁹⁸. Il s'agit ici aussi d'une avancée importante dans l'interprétation de l'article 5(7). L'Organe d'appel redonne ainsi aux Membres une marge de manœuvre certaine dans un domaine, comme celui de la santé, où l'on constate de plus en plus une dévitalisation de la fonction normative¹⁹⁹. L'Organe d'appel permet aussi une prise en compte de l'interrelation inévitable qui existe entre les différentes phases de l'analyse du risque.

F. L'existence d'une norme internationale n'empêche pas le recours à l'article 5(7)

Selon les CE, le Groupe spécial avait « considéré que l'existence d'une norme internationale établissait une “présomption irréfragable” selon laquelle les preuves scientifiques pertinentes en l'espèce n'étaient pas “insuffisantes” aux fins de l'article 5(7) »²⁰⁰. Des évaluations des risques avaient été menées par le JECFA pour chacune des cinq hormones en cause et pour quatre d'entre elles une norme avait été adoptée par la Commission du Codex alimentarius²⁰¹. L'Organe d'appel a considéré qu'aucune présomption n'existait quant à la suffisance de preuves lorsqu'une norme internationale avait été adoptée. Certes, les États-Unis et le Canada avaient eu raison de référer aux normes et aux évaluations qui avaient justifié l'adoption des normes, mais de « tels éléments [n'étaient] pas déterminants et [pouvaient] être réfutés par le Membre prenant la mesure SPS provisoire »²⁰². L'Organe d'appel, ayant analysé la manière dont le Groupe spécial avait utilisé les évaluations des risques menées par le

¹⁹⁷ *CE – Produits biotechnologiques*, *supra* note 168 au para. 7.3246. Pour une critique de cette approche, voir Geneviève Dufour, « Les OGM à l'OMC : Résumé critique du rapport du Groupe spécial dans l'affaire CE – Produits biotechnologiques » (2007) Hors série R.Q.D.I. 281 à la p. 302 et s.

¹⁹⁸ *Canada – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones*, *supra* note 175 au para. 685.

¹⁹⁹ Geneviève Dufour, Olivier Barsalou et Pierre Mackay, « La mondialisation de l'État de droit entre dislocation et recomposition : le cas du *Codex alimentarius* et du droit transnational » (2006) 47:3 C. de D. 475 à la p. 484 et s.

²⁰⁰ *Canada – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones*, *supra* note 175 au para. 688.

²⁰¹ On se rappellera qu'en ce qui concerne 4 des 5 hormones, des normes internationales avaient été adoptées alors que pour la cinquième hormone, le MGA, le projet de norme en était à un stade avancé d'adoption au sein de la Commission du Codex alimentarius (stade 7).

²⁰² *Canada – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones*, *supra* note 175 au para. 696.

JECFA, a conclu qu'il n'avait rien à lui reprocher puisqu'il avait pris en considération les travaux ayant mené à l'adoption de la norme internationale comme un élément parmi d'autres²⁰³.

G. Masse critique pour déterminer l'insuffisance de preuves scientifiques

Dans le cadre de l'affaire *CE – Produits biotechnologiques*, le Groupe spécial avait laissé entendre que l'existence d'une évaluation des risques empêchait de recourir éventuellement à l'article 5(7)²⁰⁴. Seule une nouvelle évaluation des risques en bonne et due forme permettait à un État de revenir sur les conclusions d'une évaluation précédente. Dans le cadre du différend, le Groupe spécial a quelque peu relâché du lest : il a reconnu qu'il pouvait y avoir des situations dans lesquelles les preuves scientifiques existantes pouvaient être mises en doute par des études ou des renseignements nouveaux sans que ceux-ci ne permettent de procéder à une évaluation des risques conformes aux exigences de l'article 5(1)²⁰⁵. L'Organe d'appel a confirmé cet assouplissement :

Nous estimons que les progrès scientifiques peuvent conduire un Membre de l'OMC et les organisations internationales à reconsidérer l'évaluation des risques sous-tendant une mesure *SPS*. Dans certains cas, l'évolution des travaux scientifiques permettra à un Membre de l'OMC de procéder à une nouvelle évaluation des risques avec un degré d'objectivité suffisant. Il peut cependant y avoir des situations où l'évolution des travaux scientifiques elle-même ne permet pas de procéder à une nouvelle évaluation des risques qui soit suffisamment objective. Une telle situation relèverait de l'article 5(7) de l'*Accord SPS*²⁰⁶.

Selon le Groupe spécial, toutefois, tout nouveau renseignement ne justifiait pas le recours à l'article 5(7) lorsqu'une évaluation des risques avait mené à l'adoption d'une norme internationale. Selon lui, il devait exister une *masse critique* de nouvelles preuves ou de nouveaux renseignements remettant en cause les préceptes fondamentaux découlant des connaissances et des preuves antérieures²⁰⁷. Selon l'Organe d'appel, cette approche était « trop rigide » puisqu'elle « pouvait être interprétée comme exigeant que les nouvelles preuves scientifiques entraînent un changement de paradigme »²⁰⁸. De plus, l'Organe d'appel a considéré que le Groupe spécial n'avait pas eu raison d'utiliser les évaluations des risques menées par le JECFA comme un point de repère juridique pour évaluer l'insuffisance²⁰⁹.

²⁰³ *Ibid.* au para. 697.

²⁰⁴ En effet, il avait conclu tout simplement que les États ne se trouvaient pas en situation d'insuffisance de preuves scientifiques en raison du fait qu'au niveau communautaire, une évaluation des risques avait été faite. Voir *CE – Produits biotechnologiques*, *supra* note 191 aux para. 7.3215-371.

²⁰⁵ Pour les États-Unis, voir *ibid.* au para. 7.620 et pour le Canada, voir *ibid.* au para. 7.598.

²⁰⁶ *Canada – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones*, *supra* note 175 au para. 701.

²⁰⁷ *CE – Produits biotechnologiques*, *supra* note 191 au para. 7.626.

²⁰⁸ *Canada – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones*, *supra* note 175 au para. 705.

²⁰⁹ *Ibid.* au para. 708 et 709.

Utilisant le degré de changement comme un spectre, l'Organe d'appel a dessiné la progression des connaissances. Ainsi, à une extrémité du spectre, on trouve les progrès graduels de la science. Ceux-ci ne justifient pas le recours au principe de précaution puisqu'ils ne permettent pas de remettre en cause les évaluations précédentes. À l'autre extrémité, se trouve le changement de paradigme, événement rare dans le monde scientifique. Évidemment, l'avènement de changements aussi radicaux permettrait sans contredit de considérer que les résultats d'une évaluation, menée en empruntant l'ancien paradigme, comme désuets et pourrait justifier le recours au principe de précaution. Or, selon l'Organe d'appel, limiter le recours au principe de précaution à ce seul type de changement serait trop rigide. Pour l'Organe d'appel, les Membres de l'OMC devaient aussi pouvoir « prendre une mesure provisoire dans les cas où de nouvelles preuves provenant de source compétente et respectée mettent en question la relation entre l'ensemble des preuves scientifique préexistantes et les conclusions concernant les risques »²¹⁰.

Qu'entend-on réellement par « l'ensemble des preuves scientifiques préexistantes »²¹¹? L'Organe d'appel précise : il ne faut pas que de nouvelles preuves scientifiques déplacent entièrement les preuves scientifiques préexistantes; Les nouveaux travaux doivent amener à se demander si l'ensemble des preuves scientifiques permet encore une évaluation objective des risques²¹².

Il faut reconnaître que le raisonnement de l'Organe d'appel laisse entrevoir une plus grande possibilité de recours à l'article 5(7) de l'*Accord SPS*.

En définitive, l'Organe d'appel a infirmé la constatation du Groupe spécial relative à l'article 5(7) de l'*Accord SPS*. Néanmoins, en raison des failles dans l'analyse du Groupe spécial, il n'a pas été en mesure de compléter l'analyse. Malheureusement, si l'on peut se réjouir des avancées juridiques – et citoyennes – offertes dans le cadre de ce différend, on peut déplorer qu'avec deux rapports supplémentaires, la voie quasi-juridictionnelle n'ait donné aucune solution concrète au différend.

H. Suite de l'affaire

L'ORD, à sa réunion du 14 novembre 2008, a finalement adopté les rapports de l'Organe d'appel et des Groupes spéciaux dans chacune des deux affaires impliquant le Canada et les États-Unis. L'affaire impliquant les États-Unis a connu un développement particulier au stade de l'adoption des rapports.

Dans une communication datée du 7 novembre 2008 et distribuée aux Membres le 12 novembre 2008, les États-Unis ont officiellement exprimé certaines

²¹⁰ *Ibid.* au para. 703.

²¹¹ *Ibid.*

²¹² *Ibid.* au para. 725.

critiques quant au rapport de l'Organe d'appel²¹³. Par ce document de huit pages déposé spécifiquement sous la cote WT/DS320, les États-Unis font part de leurs « sérieuses préoccupations systémiques et juridiques »²¹⁴ au sujet de trois questions traitées par le rapport de l'Organe d'appel. Les États-Unis ont donc indiqué leurs désaccords avec le rapport au sujet du « processus à suivre une fois que l'ORD a accordé l'autorisation de suspendre des concessions »²¹⁵, du critère d'appréciation de « l'indépendance et l'impartialité » des conseillers-experts scientifiques et de la nature des recommandations que peut formuler l'Organe d'appel. Les Communautés européennes ont réagi rapidement à cette communication des États-Unis²¹⁶. Dans un document d'un peu plus de trois pages, elles ont déploré cette « approche » par laquelle des Membres impliqués dans une procédure de règlement des différends expriment leurs vues sur les rapports adoptés par l'ORD par le biais de communications distribuées sous la cote du différend les impliquant. De l'avis des Communautés européennes, des vues du genre de celles exprimées par les États-Unis ne devraient pas être exprimées dans un document de la série WT/DS relative à un différend donné.

Fort heureusement, il semble que le ton entre les Communautés européennes et les États-Unis se soit beaucoup adouci au début de l'année 2009. Le 13 mai, les parties concluaient un accord en relation avec le différend *Communautés européennes – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones)* (cote WT/DS26). Ce différend, dont nous avons expliqué plus haut qu'il est à la source de l'affaire que nous avons discutée ici et qui porte sur la suspension d'obligations, semble désormais clos grâce à une entente durable. Ainsi, par une communication conjointe datée du 25 septembre 2009, les Communautés européennes et les États-Unis demandaient au président de l'Organe de règlement des différends de distribuer aux membres de l'ORD un mémorandum d'accord concernant l'importation de viande bovine provenant d'animaux non traités avec certaines hormones de croissance et les droits majorés appliqués par les États-Unis à certains produits des Communautés européennes²¹⁷. Ce mémorandum prévoit que, sur une période de trois ans divisée en deux phases, les CE accroîtront l'accès au marché pour la viande bovine de haute qualité provenant des États-Unis. Le mémorandum prévoit aussi que les États-Unis baisseront graduellement jusqu'à une réduction à zéro les droits majorés appliqués par les États-Unis à certains produits des CE et autorisés par l'OMC en 1999. Il reste à espérer que l'application de ce mémorandum d'accord se fera sans heurts.

²¹³ *États-Unis – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE-Hormones, Communication des États-Unis au sujet de certaines préoccupations relatives au rapport de l'Organe d'appel* (2008), OMC Doc. WT/DS320/16 (Rapport du Groupe spécial).

²¹⁴ *Ibid.* au para. 1.

²¹⁵ *Ibid.* à la p. 2.

²¹⁶ *États-Unis – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE-Hormones, Communication des Communautés européennes au sujet de l'expression de vues sur les rapports de l'Organe d'appel et de la distribution de documents*(2008), OMC Doc. WT/DS320 (Rapport du Groupe spécial).

²¹⁷ *CE – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones), Communication conjointe des CE et des États-Unis*, WT/DS26/28, 30 septembre 2009. Le Mémorandum joint à cette communication s'intitule : *Mémorandum d'accord entre les États-Unis et la CE concernant l'importation de viande bovine provenant d'animaux non traités avec certaines hormones de croissance et les droits majorés appliqués par les États-Unis à certains produits des Communautés européennes.*