

LES ÉLÉMENTS DE BLOCAGE

Richard Ouellet
Emanuel Castellarin
Mehdi Abbas
Antoine Barbry
Michèle Rioux

**1. — LA CRISE DE L'ORGANE D'APPEL:
LES CAUSES, LES RÉPERCUSSIONS
ET LES VOIES DE SORTIE**

Richard Ouellet

RICHARD OUELLET

est professeur titulaire en droit international économique à l'Université Laval à Québec. Il est titulaire de la Chaire de recherche sur les nouveaux enjeux de la mondialisation économique. Ses travaux portent sur les accords de l'OMC et sur l'intégration économique régionale. Il a été professeur invité, conférencier et chercheur invité dans plus de 15 pays. Il est consultant pour divers ministères et organisations publiques et parapubliques. Il figure sur la liste des candidats arbitres pour l'Annexe 31-B de l'Accord Canada-États-Unis-Mexique.

Introduction

Encore aujourd'hui, la littérature savante emploie le terme « crise » pour parler de la situation qui prévaut à l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et plus largement à l'égard du système de règlement des différends de l'OMC. S'il s'agit bien d'une crise, elle s'étire dans le temps. Dans les dictionnaires les plus cités, les définitions des diverses acceptions de la crise parlent d'une manifestation brutale, soudaine, violente ou brusque. Or, au moment d'écrire ces lignes, il y a près de quatre ans que l'Organe d'appel n'a pas assez de membres pour entendre de nouvelles affaires. Il y a près de trois ans qu'il n'a plus de membres du tout. Le 20 novembre 2018, dans l'affaire *Union européenne et ses États membres – Certaines mesures relatives au secteur de l'énergie*, l'Organe d'appel annonçait déjà manquer de ressources pour traiter certains appels¹. En juillet 2023, ce sont 30 notifications d'appel présentées à l'Organe de règlement des différends (ORD) qui restaient sans suite en raison de l'incapacité de l'Organe d'appel de les examiner. On peut assurément parler d'une panne de l'Organe d'appel, mais le terme crise n'est peut-être pas le plus approprié.

Bien en amont de la stagnation que connaît l'Organe d'appel, les signes annonciateurs de la soi-disant crise étaient nombreux et remontaient à plus de 15 ans. Ces signes se sont intensifiés et clarifiés après l'entrée en fonction de Donald Trump le 20 janvier 2017. Il est difficile de parler de la mise à l'arrêt de l'Organe d'appel comme de quelque chose de soudain. Il faut plutôt observer les difficultés que traversent ce dernier ainsi que l'ORD de l'OMC à travers la chronique d'une réforme annoncée. C'est en tout cas la perspective qui est proposée dans les pages qui viennent.

Nous tenterons d'abord d'expliquer les sources et les causes de la panne actuelle et nous en exposerons ensuite les répercussions juridiques. Enfin, nous présenterons quelques-unes des voies de sortie préconisées par certains Membres de l'OMC ainsi que par la littérature savante pour sortir de l'impasse.

I. – Les causes de la crise de l'Organe d'appel

L'OMC ne nie pas la crise qu'elle traverse, mais elle n'avance évidemment pas d'explication à la panne que subit l'Organe d'appel. Et les Membres de l'Organisation se limitent à plaider leur propre cause. Chaque gouvernement fait valoir ses griefs s'il en a ou défend l'intégrité du système de règlement des différends et exhorte ses partenaires à trouver une solution rapide et efficace. C'est donc vers les auteurs et autrices qu'il faut se tourner pour alimenter notre réflexion sur ce qui a mené au blocage.

Le récent ouvrage de Petros Mavroidis offre assurément l'analyse la plus englobante et la plus pénétrante de ce qui a conduit à l'actuelle situation². Mavroidis définit six facteurs qui ont pu provoquer la crise ou la nourrir. Il dissèque quatre facteurs qu'il qualifie d'endogènes : l'incapacité de l'OMC à prendre en compte l'hétérogénéité grandissante des besoins et des intérêts des Membres qui ont accédé à l'Organisation au fil du temps; l'accession de la Chine à l'OMC et ses pratiques commerciales; l'attitude des États-Unis à l'égard du libre-échange; et la politisation grandissante des enjeux commerciaux. Il relève ensuite deux facteurs qu'il qualifie d'exogènes : la crise financière de 2008 et les effets de la pandémie de COVID-19 sur les politiques commerciales des gouvernements.

1. OMC, *Union européenne et ses États membres – Certaines mesures relatives au secteur de l'énergie. Communication de l'Organe d'appel*, OMC Doc WT/DS476/8 (2018).

2. Petros C Mavroidis, *The WTO Dispute Settlement System: How, Why and Where?*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2022 aux pp 10-55 [Mavroidis].

Tout en partageant entièrement l'analyse globale de Mavroidis, nous proposons ici un classement différent des causes de la crise. Dans le présent chapitre qui s'inscrit dans un ouvrage collectif centré sur la réforme de l'OMC, nous traiterons d'abord de l'effet qu'a pu induire le succès du système de règlement des différends sur l'évolution du droit de l'OMC. Nous verrons ensuite des griefs de fond soulevés par les États-Unis à l'encontre du rôle qu'a joué l'Organe d'appel et des décisions qu'il a rendues. Nous expliquerons enfin des changements d'ordre procédural qui sont réclamés par quelques Membres de l'OMC, les États-Unis en tête.

A. – Un système de règlement des différends victime de son succès

Pour certains éminents observateurs, c'est la légitimité, l'efficacité, voire la survie de l'ensemble du système de règlement des différends de l'OMC qui sont aujourd'hui mises en péril par la panne de l'Organe d'appel³. Et cette panne est précisément la rançon de trop d'efficacité.

Au 13 juillet 2023, 617 affaires avaient été portées devant l'ORD et plus de 350 décisions avaient été rendues. Selon le Secrétariat de l'OMC, au 31 décembre 2022, 53 Membres de l'OMC avaient engagé une procédure, 61 Membres ont été défendeurs dans au moins une affaire et 90 Membres se sont portés tiers parties. En tout, 111 Membres ont été actifs à un titre ou à un autre dans une procédure. Ces statistiques font du système de règlement des différends de l'OMC le plus usité et le plus attractif de tout le droit international public au sens large⁴. Il est aussi beaucoup plus actif que ne l'était le système de règlement des différends du GATT. Entre 1947 et 1995, 132 rapports avaient été rendus.

S'il est vrai que les tensions sont aujourd'hui fortes au sein de l'OMC, il ne faut pas voir le nombre d'affaires traitées par le système de règlement des différends de l'Organisation comme un reflet du nombre ou de l'importance de ces tensions. Tout au contraire, le nombre d'affaires portées devant l'ORD a beaucoup diminué depuis la panne de l'Organe d'appel⁵. Le nombre élevé d'affaires est plutôt une manifestation de la confiance que manifestent – ou que manifestaient – les Membres de l'OMC envers ce système que l'on a mis à l'abri, autant que faire se peut, de l'influence politique et des pressions économiques. Le système de règlement des différends a été source de grande fierté pour l'OMC. L'ancien Directeur général Mike Moore aimait en parler comme du « joyau de la couronne »⁶ pour le système commercial multilatéral. L'expression est restée et est aujourd'hui largement répandue⁷.

L'efficacité du système de règlement des différends lui vient en large partie de la règle du consensus inverse selon laquelle chaque rapport d'un groupe spécial ou de l'Organe d'appel

3. William Davey, « WTO Dispute Settlement Crown Jewel or Costume Jewelry? » (2022) 21:3 *World Trade Rev* 291; Cosette D Creamer, « Can International Trade Law Recover? From the WTO's Crown Jewel to Its Crown of Thorns », (2019) 113 *AJIL Unbound* 51 aux pp 52-53; Jennifer Hillman, « Three Approaches to Fixing the World Trade Organization's Appellate Body: The Good, the Bad and the Ugly? », (2018) *Institute of International Economic Law, Georgetown*, en ligne (pdf) : <www.wita.org/atp-research/three-approaches-to-fixing-the-world-trade-organizations-appellate-body-the-good-the-bad-and-the-ugly/> [Hillman].

4. Peter Van den Bossche et Werner Zdouc, *The Law and Policy of the World Trade Organization: Texts, Cases and Materials*, 5^e éd, Cambridge, Cambridge University Press, 2022 à la p 174; Bernard M Hoekman,

Petros C Mavroidis et Maarja Saluste, « Informing WTO Reform: Dispute Settlement Performance, 1995-2020 » (2021) 55:1 *J World Trade* 1 à la p 1.

5. Pour les années 2020 à 2023, voir OMC, « Liste chronologique des différends » en ligne : www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/dispu_status_f.htm.

6. James Bacchus, qui fut membre de l'Organe d'appel de 1995 à 2003, rappelle cette habitude de celui qui fut Directeur général de l'OMC de 1999 à 2002, dans James Bacchus, « Table Talk: Around the Table of the Appellate Body of the World Trade Organization » (2002) 35:4 *Vand J Transnat'l L* 1021 à la p 1027.

7. Voir par exemple les publications mentionnées à la note 3.

sera adopté à moins que l'ORD ne décide par consensus de ne pas l'adopter⁸. Elle vient aussi de la possibilité de la compensation et de la suspension de concessions en cas de difficulté quant à la mise en œuvre des rapports adoptés. Les Membres de l'OMC qui portent plainte au sujet d'une mesure appliquée par un autre Membre peuvent avoir confiance qu'un rapport basé sur la règle de droit sera adopté et que ce rapport trouvera application. Au surplus, l'avènement d'un organe d'appel permanent est devenu un gage de sécurité juridique et de stabilité, comme l'indiquait l'Organe d'appel lui-même en 2008 :

La création de l'Organe d'appel par les Membres de l'OMC pour réexaminer les interprétations du droit données par les groupes spéciaux montre que les Membres reconnaissent l'importance de l'uniformité et de la stabilité dans l'interprétation de leurs droits et obligations au titre des accords visés. Cela est essentiel pour promouvoir « la sécurité et la prévisibilité » du système de règlement des différends et pour assurer le « règlement rapide » des différends⁹.

Dans les relations internationales, quand la fonction judiciaire d'une organisation génère la confiance des parties, quand elle met l'application de la règle de droit très largement à l'abri des pressions politiques et économiques, quand elle offre des mécanismes efficaces de mise en œuvre des décisions rendues et quand elle procure sécurité et prévisibilité juridiques, elle deviendra à coup sûr créatrice de droit. Surtout dans le contexte où la fonction législative de l'organisation est bloquée.

En clair, depuis 2001, le droit de l'OMC n'évolue que de manière très marginale par la voie conventionnelle, et il n'évolue presque pas par la voie négociée. C'est essentiellement par la voie jurisprudentielle qu'il progresse. Le Cycle de Doha stagne. Les Membres, englués dans l'engagement unique et la pratique des décisions par consensus, n'arrivent plus, sauf rares exceptions, à faire avancer les Accords de l'OMC. Pendant ce temps, grâce à la règle du consensus inverse, l'ORD adopte les rapports remis par les groupes spéciaux ou l'Organe d'appel. Les avancées du droit de l'OMC se trouvent dans la jurisprudence et ne peuvent être empêchées que par consensus.

Il faut assurément se réjouir de l'efficacité du système de règlement des différends de l'OMC. Mais on pouvait peut-être anticiper certaines frustrations qui se font entendre depuis quelques années. Il y a 30 ans, à la fin du Cycle d'Uruguay, Robert Hudec craignait que la mise en place d'un puissant système de règlement des différends, conjuguée à l'instauration de nouvelles règles substantielles ayant des effets importants sur la politique commerciale des États, ne puisse avoir, à long terme, que des effets délétères sur la légitimité et la crédibilité de l'organisation qui allait succéder au GATT¹⁰. Hudec prédisait que cette crise trouverait sa source dans les questions d'accès aux marchés et de recours commerciaux. Force est d'admettre aujourd'hui que Hudec avait vu juste.

8. *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), 14 avril 1994, 1869 RTNU 426 arts 16(4) et 17(14) (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1995) [*Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*].

9. *États-Unis – Mesures antidumping finales visant l'acier inoxydable en provenance du Mexique (Plainte du Mexique)* (2008), OMC Doc WT/DS344/AB/R au para 161 (Rapport de l'Organe d'appel).

10. Robert E Hudec, *Enforcing International Trade Law: The Evolution of the Modern GATT Legal System*, Salem, Butterworths Legal Publishers, 1993 aux pp 364–366.

B. – Les enjeux substantiels sur le rôle de l'Organe d'appel

Le moins qu'on puisse dire est que le rôle qu'aurait à jouer l'Organe d'appel n'a pas fait l'objet de longues réflexions et d'échanges approfondis pendant les négociations du Cycle d'Uruguay. Debra Steger, qui était aux premières loges des négociations pour le Canada, qui a œuvré avec le professeur John H. Jackson à la rédaction du *Mémoire d'accord sur le règlement des différends* et qui a été la première Directrice du Secrétariat de l'Organe d'appel, rapporte que cet organe a été créé pour emporter l'adhésion des États qui n'appréciaient pas la perspective de devoir mettre en œuvre un rapport d'un groupe spécial avec lequel ils seraient en désaccord et auquel il serait impossible de s'opposer politiquement avec la mise en place de la règle du consensus inverse¹¹. Mavroidis quant à lui parle de la création de l'Organe d'appel en la qualifiant de « *a last-minute addition, without too much thought being given to its objective function* »¹².

Le rôle et l'utilité de l'Organe d'appel auront toujours été diversement compris. Pendant le Cycle d'Uruguay, l'administration américaine concevait sa mise en place comme une occasion de plus de bien faire appliquer des règles et disciplines dont ils étaient en large partie les idéateurs et les promoteurs¹³. On était toujours à l'époque où les États-Unis exerçaient un leadership fort au sein du système commercial multilatéral, ce qui n'est plus le cas aujourd'hui¹⁴. Plusieurs autres parties aux négociations du Cycle d'Uruguay voyaient dans un système de règlement des différends renforcé un rempart contre l'unilatéralisme américain qui se manifestait notamment par le recours à l'article 301 de la *Loi de 1974 sur le commerce extérieur des États-Unis*¹⁵. De la même façon, pendant que plusieurs parties aux négociations retenaient surtout qu'aucune permission ne serait nécessaire pour porter un rapport d'un groupe spécial en appel et que l'appel pouvait porter sur les questions faisant l'objet du rapport du groupe spécial, les États-Unis retenaient surtout les termes de l'article 19(2) du *Mémoire d'accord sur le règlement des différends* dont le texte prévoit que : « dans leurs constatations et leurs recommandations, le groupe spécial et l'Organe d'appel ne pourront pas accroître ou diminuer les droits et obligations énoncés dans les accords visés ». Ils retiennent aussi le libellé du paragraphe 2 de l'article IX de l'*Accord instituant l'OMC* : « La Conférence ministérielle et le Conseil général auront le pouvoir exclusif d'adopter des interprétations du présent accord et des Accords commerciaux multilatéraux »¹⁶. Alors, que fait un groupe spécial ou l'Organe d'appel lorsqu'il constate qu'une mesure nationale est incompatible avec une disposition d'un accord de l'OMC? La question reste à ce jour sans réponse : revient-il à la fonction judiciaire ou aux organes politiques de l'OMC de donner un sens aux Accords de l'OMC?¹⁷ Il est permis de parler d'un défaut de fabrication dans la gouvernance de l'OMC¹⁸.

11. Debra Steger, « The Founding of the Appellate Body » dans Gabrielle Marceau, dir, *A History of Law and Lawyers in the GATT/WTO: The Development of the Rule of Law in the Multilateral Trading System*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, 447 à la p 447.

12. Mavroidis, *supra* note 2, à la p 217.

13. Tetyana Payosova, Gary Clyde Hufbauer et Jeffrey J Schott, « The Dispute Settlement Crisis in the World Trade Organization: Causes and Cures » (2018) PIIE 18-5, Peterson Institute for International Economics à la p 2 [Payosova, Hufbauer et Schott]; Hillman, *supra* note 3 à la p 3.

14. Jeffrey J Schott et Alan Wm Wolff, « Restoring US Leadership in the World Trade Organization » dans Chad P Bown et al, dir, *Making the Most of the 2021*

WTO Ministerial – What the United States Should Do, PIIE Briefing 21-3, Peterson Institute for International Economics, 2021, 3.

15. Warren Maruyama, « Can the Appellate Body Be Saved? » (2021) 55:2 J World Trade 197 à la p 199; Payosova, Hufbauer et Schott, *supra* note 13, à la p 2.

16. *Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1915 RTNU 104 art IX(2) (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1995) [*Accord instituant l'OMC*].

17. Kholofelo Kugler, « The World Trade Organization's Appellate Body Melee: How Did We Get Here » (2019) 3 IBLJ 269 à la p 271.

Ces deux conceptions parallèles des fonctions de l'Organe d'appel ont pu cohabiter un certain temps, malgré des tensions grandissantes. Jusqu'à l'arrivée du président Trump aux affaires, en janvier 2017, les États-Unis avaient gagné 90 % des plaintes qu'ils avaient portées devant l'ORD. Toutefois, s'agissant plus spécifiquement des mesures antidumping, ils ne l'avaient emporté que dans 2 des 29 cas où ils avaient été impliqués en appel. Les États-Unis y ont rapidement vu « un dysfonctionnement de l'OMC sur l'usage des instruments de défense commerciale »¹⁹.

Les manifestations de l'insatisfaction des États-Unis vont aller crescendo. C'est d'abord le mandat d'une membre de l'Organe d'appel d'origine américaine, Jennifer Hillman, qui ne sera pas renouvelé en 2011. Puis, en 2013, les États-Unis demandent que les candidats soient soumis à un processus d'entrevues²⁰. Ils rejettent la candidature de James Thuo Gathii du Kenya qu'ils estiment biaisé en faveur des pays en développement²¹. En 2016, le Sud-Coréen Seung Wha Chang devient le premier membre de l'Organe d'appel à ne pas obtenir de renouvellement de mandat alors que sa candidature est soutenue par son pays d'origine²². À partir de l'arrivée à la présidence de Donald Trump, en janvier 2017, les États-Unis bloquent systématiquement tous les renouvellements de mandat et toutes les nominations à l'Organe d'appel. En décembre 2019, avec l'arrivée à terme des mandats d'Ujal Singh Bhatia et de Thomas R. Graham, l'Organe d'appel ne compte plus qu'une seule membre, Mme Hong Zhao, de Chine. Le paragraphe 1 de l'article 17 du *Mémoire d'accord* prévoyant que trois membres de l'Organe d'appel siègeront pour une affaire donnée, il ne peut plus entendre d'affaire depuis lors.

En 2020, le représentant au Commerce des États-Unis (USTR) a publié un volumineux rapport dans lequel sont exposés en détail les griefs des États-Unis à l'égard de l'Organe d'appel²³.

On peut sans trop de mal classer sous deux grands thèmes les griefs de fond soulevés par les États-Unis à l'encontre du travail de l'Organe d'appel : son activisme judiciaire et l'irrespect des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel pour la souveraineté nationale en matière de recours commerciaux. Nous résumerons ici brièvement, aussi fidèlement que possible, l'argumentaire américain.

18. Colin B Picker, « The AB Crisis as Symptomatic of the WTO's Foundational Defects or: How I Learned to Stop Worrying and Love the AB » dans Chang-fa Lo, Junji Nakagawa et Tsai-fang Chen, dir, *The Appellate Body of the WTO and Its Reform*, Singapour, Springer, 2020, 53; Robert McDougall, « The Crisis in WTO Dispute Settlement: Fixing Birth Defects to Restore Balance » (2018) 52:6 J World Trade 867.

19. Elvire Fabry et Erik Tate, « Sauver l'Organe d'appel de l'OMC ou revenir au Far West commercial? » (2018) Institut Jacques Delors, Document de recherche no 225, à la p 6, en ligne : <<https://institutdelors.eu/publications/sauver-lorgane-dappel-de-lomc-ou-revenir-au-far-west-commercial/>>.

20. En mars 2013, pendant les consultations informelles en vue du renouvellement du mandat de Peter Van den Bossche, les États-Unis ont demandé à recevoir le candidat en entrevue. Van den Bossche refuse alors de n'être interviewé que par les États-Unis. Plusieurs délégations de Membres ont donc rencontré le candidat dont le mandat fut renouvelé

lors de la réunion de l'ORD du 25 novembre 2013. Voir OMC, *Compte rendu de la réunion*, OMC Doc WT/DSB/M/339 (2014). Les documents officiels de l'OMC ne relatent pas explicitement cette controverse relative aux entrevues. Pour une description de ces tensions, voir Jens Lehne, *Crisis at the WTO: Is the Blocking of Appointments to the WTO Appellate Body by the United States Legally Justified?*, Carl Grossman Verlag, Berlin, 2019 à la p 8 [Lehne].

21. Lehne, *supra* note 20 à la p 34.

22. Les États-Unis ont refusé d'appuyer le renouvellement de mandat de M. Chang. Voir OMC, *Compte rendu de la réunion*, OMC Doc WT/DSB/M/379 (2016) au para 6.2

23. USTR, « Report on the Appellate Body of the World Trade Organization », 2020, en ligne : *USTR* <ustr.gov/sites/default/files/enforcement/DS/USTR.Appellate.Body.Rpt.Feb2020.pdf> [« Report of the USTR »].

1. – L'activisme judiciaire de l'Organe d'appel

L'idée de fond qui sous-tend ici l'argument étasunien est celle que nous avons présentée en introduction : pour les États-Unis, l'Organe d'appel ne doit pas construire le droit de l'OMC. Cette fonction revient à la Conférence ministérielle et au Conseil général de l'OMC. Le mécanisme de règlement des différends a été conçu pour trancher rapidement des questions en litige claires et balisées portant sur la compatibilité des mesures des Membres avec les Accords de l'OMC. Les rapports de l'Organe d'appel et des groupes spéciaux ne doivent en aucun cas modifier les droits et obligations des parties et chercher à dire le droit de l'OMC. À plusieurs endroits dans son rapport, l'USTR affirme que l'Organe d'appel s'est engagé sur la voie d'un « *impermissible gap-filling* »²⁴.

Les États-Unis font plusieurs reproches à l'Organe d'appel. Ils estiment que ce dernier ne respecte pas l'article 17(6) du *Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*²⁵ et qu'il a, à plusieurs reprises, revu les constatations de fait établies par des groupes spéciaux alors que le *Mémorandum* est clair : l'appréciation des faits relève du groupe spécial chargé de l'affaire en première instance²⁶. Dans la foulée, les États-Unis reprochent à l'Organe d'appel de s'être maintes fois permis d'interpréter le droit national d'un Membre alors que, dans la perspective du droit international, l'interprétation du droit national doit être considérée comme une question de fait²⁷.

Les États-Unis estiment également que l'Organe d'appel a violé l'article 3(7) du *Mémorandum d'accord* et l'article IX(2) de l'*Accord instituant l'OMC* en s'exprimant sur des questions qu'il n'était pas nécessaire de trancher pour résoudre le litige porté devant lui. La critique de l'USTR à cet égard est virulente :

*[T]he aim of the dispute settlement system is not to produce interpretations or "make law" in the abstract. The objective of helping sovereign nations and other Members resolve their disputes is, perhaps, a more modest goal than the objective of creating laws for the world to follow, but it is nonetheless the objective that those same nations and Members gave to panels and the appellate body. WTO panels and the men and women on the appellate body are there to serve the Members, not vice-versa*²⁸.

Un autre reproche étasunien lié à l'activisme judiciaire touche au recours au précédent. Les États-Unis déplorent ce qu'ils considèrent comme un glissement jurisprudentiel quant au rôle que doivent jouer les décisions antérieures dans le raisonnement des instances juridictionnelles de l'OMC. D'après les États-Unis, l'Organe d'appel, en 1996, dans son rapport dans l'affaire *Japon – Boissons alcooliques II*, avait à juste titre déclaré que les rapports de groupes spéciaux ou de l'Organe d'appel adoptés par les Membres lors des réunions de l'ORD ne créent pas d'« *interprétation définitive* »²⁹ des dispositions faisant l'objet du différend. Ces rapports « *n'ont aucune force obligatoire, sauf pour ce qui est du règlement du différend entre les parties en cause* »³⁰. L'Organe d'appel avait alors insisté sur le fait que le rôle d'interpréter les Accords était réservé à la Conférence ministérielle et au Conseil général en vertu de l'article XI(2) de l'*Accord instituant l'OMC*.

24. *Ibid* aux pp 8, 81 et 120 et à l'annexe A-11.

25. *Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, *supra* note 8.

26. Report of the USTR, *supra* note 23, aux pp 37 et s.

27. *Ibid* aux pp 40 et s.

28. *Ibid* à la p 47.

29. *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques (Plainte des Communautés européennes)* (1996), OMC Doc WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R à la p 16 (Rapport de l'Organe d'appel).

30. *Ibid* à la p 17.

Les États-Unis voient une dérive dans la jurisprudence de l'Organe d'appel. Ils estiment que celui-ci s'est, en pratique, considéré comme lié par les décisions antérieures. Aux yeux des États-Unis, ce glissement s'est cristallisé dans l'affaire *États-Unis – Acier inoxydable (Mexique)* quand l'Organe d'appel, en s'appuyant sur de nombreuses sources jurisprudentielles et doctrinales, a écrit :

Assurer « la sécurité et la prévisibilité » du système de règlement des différends, comme il est prévu à l'article 3:2 du Mémoire d'accord, suppose que, en l'absence de raisons impérieuses, un organisme juridictionnel tranchera la même question juridique de la même façon dans une affaire ultérieure³¹.

Pour l'USTR, ce raisonnement est sans fondement. L'USTR fait remarquer que le concept de « raisons impérieuses » n'a aucune base textuelle dans le droit de l'OMC. Surtout, il argue que ce raisonnement heurte de plein fouet l'autorité exclusive de la Conférence ministérielle et du Conseil général d'interpréter les Accords.

En plus d'estimer que l'Organe d'appel usurpe le mandat confié aux instances décisionnelles de l'OMC, l'USTR est d'avis qu'il empiète sur la souveraineté des Membres en matière de recours commerciaux.

2. – L'empiètement de l'Organe d'appel sur la souveraineté des États en matière de recours commerciaux et de subventions

L'accession de la Chine à l'OMC en 2001 a chamboulé tout le paysage du système commercial multilatéral. Jouissant du statut de pays en développement et pourtant dotée d'extraordinaires capacités de production dans plusieurs secteurs, la Chine, par sa taille, a forcé un nouveau redécoupage des marchés d'exportation et des chaînes d'approvisionnement. Mais sur le plan juridique, ce sont les pratiques commerciales chinoises qui ont irrité plusieurs nations commerçantes. Si ce sont les États-Unis qui ont poussé les hauts cris à l'encontre des pratiques chinoises, il est de bon compte de préciser que les griefs américains sont partagés par plusieurs gouvernements. En 2017, lors d'un stage de recherche au siège de l'OMC à Genève, nous avons pu mener des entrevues avec les représentants de neuf Membres de l'OMC à l'ORD. À la condition de pouvoir conserver l'anonymat, huit de ces neuf représentants ont affirmé être en désaccord avec la stratégie de blocage des nominations à l'Organe d'appel appliquée par les États-Unis, mais ont confié être d'accord en tout ou en partie avec les récriminations américaines au sujet de l'interventionnisme de l'État chinois dans le commerce international³².

Dans son rapport de 2020, l'USTR soulève ce qu'il considère être des erreurs de droit de la part de l'Organe d'appel qui minent le fonctionnement de l'OMC et modifient les droits et obligations des Membres quant à leur capacité d'intervention sur les marchés. Nous traduisons et résumons au mieux ici les quatre principaux griefs des États-Unis³³.

Pour l'USTR, l'Organe d'appel a adopté une interprétation erronée de l'expression « organisme public » qu'on trouve à l'article 1.1(a)(1) de l'*Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (ASMC)*³⁴. L'Organe d'appel aurait fait fausse route en restreignant la définition

^{31.} *États-Unis – Mesures antidumping finales visant l'acier inoxydable en provenance du Mexique (Plainte du Mexique)* (2008), OMC Doc WT/DS344/AB/R au para 160 (Rapport de l'Organe d'appel).

^{34.} *Accord sur les subventions et les mesures compensatoires*, 15 avril 1994, 1869 RTNU 57 (entrée en vigueur: 1^{er} janvier 1995) [ASMC].

^{32.} Davey fait le même constat, *supra* note 3 à la p 3.

^{33.} On trouve l'explication de ces griefs à compter de la page 81 du rapport, Report of the USTR *supra* note 23.

de cette expression aux entités qui exercent l'autorité gouvernementale ou qui en sont investies. Pour les États-Unis, une définition aussi étroite va à l'encontre de la lettre et de l'esprit de l'ASMC. Elle met de nombreuses corporations et entreprises d'État chinoises à l'abri des règles de l'ASMC, minant ainsi la capacité des Membres de l'OMC qui sont des économies de marché de contrer les effets de distorsion des subventions octroyées par les économies qui ne sont pas des économies de marché (*non-market economies*). Pour l'USTR, la jurisprudence de l'Organe d'appel défavorise les économies de marché.

Le deuxième grief en lien avec les recours commerciaux touche une pratique que les États-Unis défendent bec et ongles devant tous les tribunaux internationaux de commerce : le « *zeroing* »³⁵. Cette méthode de calcul des marges de dumping est propre aux États-Unis. Dans le cadre d'une enquête pour déterminer s'il y a dumping d'un produit étranger sur son territoire, le département du Commerce des États-Unis (DOC) doit d'abord calculer la marge de dumping, c'est-à-dire la différence entre le prix de vente du produit sur le marché américain (appelé « *export price* ») et le prix de vente du même produit sur le marché d'où il provient (appelé « *normal value* »). Le DOC procède alors à de multiples comparaisons de données sur les deux marchés. Chaque fois qu'une comparaison de prix révèle que l'*export price* est inférieur à la *normal value*, le DOC attribue à cette comparaison une valeur positive dans ses calculs pour voir s'il y a dumping. Cependant, lorsque la comparaison révèle que l'*export price* est supérieur à la *normal value*, le DOC n'attribue pas de valeur négative à cette comparaison. Il lui attribue la valeur zéro, d'où le nom de *zeroing*. Ainsi, quand vient le temps pour le DOC de calculer s'il y a dumping d'un produit, de multiples comparaisons de prix sont sans effet sur le calcul global. Plusieurs Membres de l'OMC sont d'avis que cette approche est injuste et amène les États-Unis à voir du dumping dans des cas où il n'y en a pas. Les États-Unis rétorquent que rien dans les accords de commerce n'interdit à un État de donner un effet neutre à des transactions commerciales loyales dans ses enquêtes en dumping. Et c'est précisément là le grief des États-Unis à l'égard de l'Organe d'appel. En interdisant le *zeroing*, l'Organe d'appel aurait inventé de toutes pièces une règle qui dicterait aux Membres les modes de calcul dans leurs enquêtes en dumping. Du point de vue américain, les autorités nationales sont les seules capables d'évaluer l'état du marché intérieur et de connaître le prix normal de vente d'un produit sur ce marché. Il s'agit là pour l'USTR d'une question de respect des droits et obligations des Membres de l'OMC et, ultimement, d'une question de respect de la souveraineté nationale³⁶.

En troisième lieu, l'USTR prétend que l'Organe d'appel ne laisse pas aux Membres la marge d'appréciation à laquelle ils devraient avoir droit quand vient le temps de déterminer si une subvention confère un « avantage » au sens de l'article 14 de l'ASMC³⁷. L'un des principes permettant de déterminer si un Membre a octroyé une subvention conférant un avantage se trouve au paragraphe 14(d) de l'ASMC qui se lit comme suit :

la fourniture de biens ou de services ou l'achat de biens par les pouvoirs publics ne sera pas considéré comme conférant un avantage, à moins que la fourniture ne s'effectue moyennant une rémunération moins qu'adéquante ou que l'achat ne s'effectue moyennant une rémunération plus qu'adéquante. L'adéquation de la rémunération sera déterminée par rapport aux conditions du marché existantes pour le bien ou service en question dans le pays de fourniture ou d'achat (y compris le prix, la qualité, la disponibilité, la qualité marchande, le transport et autres conditions d'achat ou de vente).

On comprend d'emblée que l'application de ce paragraphe peut soulever des difficultés quand un produit chinois est vendu aux États-Unis et que l'entité chinoise qui vend ce produit reçoit des biens ou des services de la part des pouvoirs publics chinois. Le gouvernement chinois

35. « Report of the USTR », *supra* note 23 aux pp 95 et s.

36. *Ibid* à la p 21.

37. *Ibid* aux pp 105 et s.

peut subventionner ses entreprises en leur fournissant à bas prix des biens et services qui donneront la possibilité à ces entreprises de vendre leurs produits à moindre prix sur les marchés internationaux. La fourniture de biens ou de services par les autorités chinoises peut constituer une subvention conférant un avantage à moins que la transaction ne se fasse moyennant une « rémunération adéquate ». Or selon le paragraphe 14(d) de l'ASMC, l'adéquation de la rémunération doit ici être déterminée par rapport aux conditions du marché dans le pays de fourniture ou le pays d'achat. L'argument américain est qu'il n'existe pas de « conditions du marché » en Chine. Pour les États-Unis, les seules bases de comparaison valables doivent se trouver en dehors de la Chine puisqu'elle n'est pas une économie de marché. Ce sont donc les conditions du marché dans le pays d'achat, dans notre exemple les États-Unis, qui doivent servir de comparaison. L'USTR reproche à l'Organe d'appel d'avoir établi des critères beaucoup trop exigeants pour qu'un Membre puisse utiliser ses propres conditions de marché pour déterminer si une subvention a conféré un avantage dans le cadre d'une enquête en vue d'appliquer des mesures compensatoires.

Le dernier principal grief de fond de l'USTR en lien avec les mesures de défense commerciale touche l'*Accord sur les sauvegardes*³⁸. Les États-Unis reprochent à l'Organe d'appel d'avoir développé dans sa jurisprudence des critères d'application de l'accord qui sont sans fondement textuel et qui rendent en pratique impossible l'application de mesures de sauvegarde³⁹. Plus précisément, les États-Unis plaident que l'Organe d'appel a fait erreur en exigeant des Membres qui appliquent une mesure de sauvegarde qu'ils démontrent que celle-ci est justifiée en raison de « l'évolution imprévue des circonstances ». Les États-Unis insistent sur le fait que cette expression qui se trouve à l'article XIX de l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT)*⁴⁰ n'a pas été reprise dans le texte de l'*Accord sur les sauvegardes* et ne saurait faire partie du fardeau de preuve que doit satisfaire un Membre pour justifier l'application d'une mesure de sauvegarde. Plus généralement, ils reprochent à l'Organe d'appel d'avoir développé des critères d'application de l'*Accord sur les sauvegardes* qui privent les Membres de l'OMC d'une partie de leur souveraineté dans l'application des mesures de défense commerciale.

La lecture et l'analyse de la partie III du rapport de l'USTR permettent de mesurer combien les États-Unis sont frustrés des rapports rendus par l'Organe d'appel en matière de recours commerciaux. L'USTR lui adresse aussi des reproches d'ordre administratif et procédural.

C. – Les enjeux administratifs et procéduraux liés au fonctionnement de l'Organe d'appel

C'est l'article 17 du *Mémoire d'accord* qui régit l'examen en appel des affaires portées devant l'ORD de l'OMC. À son paragraphe 9, cet article prévoit que l'« Organe d'appel, en consultation avec le Président de l'ORD et le Directeur général, élaborera des procédures de travail qui seront communiquées aux Membres pour leur information ». En vertu de cette disposition,

38. *Accord sur les sauvegardes*, 15 avril 1994, 1869 RTNU 154 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1995).

39. « Report of the USTR », *supra* note 23 aux pp 110-113.

40. *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994*, figurant à l'annexe 1A de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1867 RTNU 165 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1995) [GATT de 1994] (À noter qu'en vertu de l'article 1(a), le *GATT de 1994*

comprend l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, 30 octobre 1947, 58 RTNU 187, RT Can 1947 n° 27 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1948) [GATT de 1947]).

41. La version à jour de ces procédures est OMC, *Procédures de travail pour l'examen en appel*, OMC Doc WT/AB/WP/6 (2010). Pour une description des travaux qui ont mené à l'adoption des premières procédures de travail, voir le chapitre de Debra Steger qui a été la première Directrice du Secrétariat de l'Organe d'appel, *supra* note 11 aux pp 450-51.

l'Organe d'appel a donc établi dès 1996 ses procédures de travail qu'elle a, depuis, modifiées à plusieurs reprises⁴¹. La règle 15 des Procédures de travail se lit ainsi :

Une personne qui cesse d'être membre de l'Organe d'appel pourra, avec l'autorisation de l'Organe d'appel et après notification à l'ORD, achever l'examen de tout appel auquel elle aura été affectée alors qu'elle était membre, et cette personne sera réputée, à cette fin uniquement, être encore membre de l'Organe d'appel.

Cette règle de procédure est fortement inspirée des règles correspondantes qu'on trouve notamment à la Cour internationale de Justice et à la Cour européenne des droits de l'homme. L'Organe d'appel s'en est prévalu à plusieurs reprises et a permis à certains de ses membres dont le mandat venait à échéance d'achever l'examen d'appel dont les parties avaient été entendues. Pour les États-Unis, si l'Organe d'appel a bien le pouvoir d'adopter ses règles de procédure, il n'a pas le pouvoir d'adopter des règles qui contredisent un accord adopté par consensus par les Membres⁴². L'USTR estime que la règle 15 des Procédures de travail va à l'encontre des deux premières phrases du paragraphe 2 de l'article 17 du *Mémorandum d'accord* : « L'ORD désignera les personnes qui feront partie de l'Organe d'appel. Leur mandat sera de quatre ans et, pour chacune, sera renouvelable une fois. » Pour les États-Unis, la règle 15 est un contournement du paragraphe 2 de l'article 17 qui donne aux Membres, réunis en ORD, le pouvoir de nommer les membres de l'Organe d'appel et qui fixe à quatre ans la durée de leur mandat. D'éminents publicistes n'hésitent pas à répliquer aux États-Unis qu'ils sont, à plusieurs égards, les premiers responsables de la nécessité de recourir à la règle 15 en étant parties à des différends toujours plus nombreux et toujours plus complexes, en empêchant de pourvoir les postes à l'Organe d'appel dès qu'ils deviennent vacants et en exigeant de l'Organe d'appel que la procédure en appel ne dépasse pas 90 jours, un délai unique en droit international public et qui, à l'évidence, devient intenable dans le contexte actuel⁴³.

C'est d'ailleurs l'irrespect par l'Organe d'appel du délai maximal de 90 jours que ne doit pas dépasser la procédure d'appel qui est la source de l'autre grief procédural des États-Unis⁴⁴. Il faut ici convenir avec les États-Unis que l'article 17(5) du *Mémorandum d'accord* n'a plus été respecté depuis longtemps⁴⁵. Les raisons qui expliquent les longs délais de présentation des rapports de l'Organe d'appel sont bien connues. Déjà en octobre 2015, le Directeur général de l'OMC, M. Roberto Azevêdo, intervenait dans le cadre d'une réunion de travail de l'ORD pour expliquer la charge de travail exigeante et grandissante de l'ORD et en particulier de l'Organe d'appel⁴⁶. Depuis lors, l'ORD mentionne périodiquement, dans des comptes rendus ou dans ses rapports annuels, la lourdeur de sa tâche. Pour l'USTR, l'allongement des délais devant l'Organe d'appel est injustifié et change la façon dont ce dernier traite les dossiers portés devant lui. Du point de vue étasunien, si l'Organe d'appel ne cherchait pas à interpréter le droit de l'OMC et se contentait de trancher les différends, s'il usait d'économie jurisprudentielle, s'il ne cherchait pas à donner des opinions sur des questions qui n'ont pas besoin d'être tranchées, il pourrait respec-

42. Report of the USTR, *supra* note 23 aux pp 32-37.

43. Ernst-Ulrich Petersmann, « Between "Member-Driven Governance" and "Judicialization": Constitutional and Judicial Dilemmas in the World Trading System » dans Chang-fa Lo, Junji Nakagawa et Tsai-fang Chen, dir, *The Appellate Body of the WTO and Its Reform*, Singapour, Springer, 2020, 15 à la p 24; Lehne, *supra* note 20 à la p 40.

44. Report of the USTR, *supra* note 23 aux pp 25-32.

45. Le constat à cet égard varie. D'après l'USTR, *supra* note 23 à la p 30, aucune procédure d'appel n'a été complétée en respectant le délai de l'article 17(5) depuis mai 2014. D'après Lehne, *supra* note 20 à la p 42, c'est depuis mai 2015 qu'on ne trouve plus de procédure d'appel complétée en moins de 90 jours, et d'après Fabry et Tate, *supra* note 19 à la p 9, une seule procédure d'appel a été complétée à temps depuis mai 2013.

46. OMC, *Compte rendu de la réunion*, OMC Doc WT/DSB/M/369 (2016) aux pp 23 à 26.

ter le délai de 90 jours⁴⁷. Le rapport de l'Ambassadeur Walker dont nous traiterons plus loin ne rejettera pas tout à fait cet argument.

II. – Les répercussions de la crise

L'arrêt complet des activités de l'Organe d'appel ne peut être sans conséquences. Dans l'immédiat, ce sont des dizaines d'appels qui restent « dans le vide »⁴⁸. Cette conséquence a amené des Membres de l'OMC à instaurer entre eux une solution partielle et temporaire, l'*Arrangement multipartite concernant une procédure arbitrale d'appel provisoire (AMPA)*. Sur le long terme et sur le plan institutionnel, l'impact peut être lourd sur l'efficacité du système de règlement des différends. L'OMC a confié à un facilitateur le mandat de formuler des propositions pour réformer l'Organe d'appel et son fonctionnement.

A. – La solution temporaire appliquée par certains Membres : l'AMPA

En juillet 2019, face au risque grandissant de blocage de l'Organe d'appel par les États-Unis, le Canada et l'Union européenne ont signé une convention d'arbitrage applicable à tous leurs litiges futurs portés devant l'ORD⁴⁹. Compte tenu de l'intérêt manifesté par d'autres Membres de l'OMC, il était devenu nécessaire d'envisager une initiative plurilatérale ouverte à tous ceux désireux de la rejoindre. La mise en œuvre de l'AMPA est alors annoncée en janvier 2020 par 17 États à l'issue du Forum économique mondial de Davos⁵⁰. L'AMPA est ainsi formellement notifié à l'ORD le 20 avril 2020 par 36 États membres⁵¹.

La possibilité de recourir à l'arbitrage, pourtant prévue par l'article 25 du *Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, n'avait jusqu'alors été utilisée que dans un différend⁵². Précisons d'ailleurs que les États qui ont eu recours à cette procédure ne l'ont pas employée en remplacement des procédures de groupe spécial ou de l'Organe d'appel, mais seulement pour statuer sur le montant à être compensé par les États-Unis à l'Union européenne à titre de mise en œuvre des recommandations du groupe spécial dont le rapport avait déjà été adopté⁵³. En

⁴⁷. Report of the USTR, *supra* note 23 à la p 31.

⁴⁸. Nous choisissons ici l'expression « dans le vide » pour traduire l'expression « *in the void* », très largement usitée par la doctrine de langue anglaise pour parler des appels notifiés en cours qui ne peuvent être entendus depuis l'arrêt des activités de l'Organe d'appel.

⁴⁹. OMC, *Procédure arbitrale d'appel provisoire conformément à l'article 25 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, OMC Doc JOB/DSB/1/Add.11 (2019).

⁵⁰. Union européenne, Commission, Communiqué, « Commerce : l'UE et 16 membres de l'OMC conviennent de coopérer dans le cadre d'un mécanisme d'arbitrage d'appel » (24 janvier 2020).

⁵¹. OMC, *Arrangement multipartite concernant une procédure arbitrale d'appel provisoire conformément à l'article 25 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, OMC Doc JOB/DSB/1/Add.12 (2020) [AMPA].

⁵². OMC, *États-Unis – Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur. Recours à l'arbitrage au titre de l'article 25 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, Décision des arbitres, OMC Doc WT/DS160/ARB25/1 (2001).

⁵³. OMC, « Le règlement des différends sans le recours aux groupes spéciaux et à l'Organe d'appel », en ligne : OMC <www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/disp_settlement_cbt_f/c8s2p1_f.htm>. Pour une explication détaillée de cette affaire, voir Gene M Grossman et Petros C Mavroidis, « Would've or Should've? Impaired Benefits Due to Copyright Infringements, US – Section 110(5) » dans Henrik Horn et Petros C Mavroidis, dir, *The WTO Case Law, The American Law Institute Reporters' Studies*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, 294.

revanche, l'AMPA a été créé pour permettre aux États de se soustraire à l'ORD en utilisant l'arbitrage comme mode alternatif de règlement des différends⁵⁴. Pour ce faire, ils doivent notifier leur intention de recourir à l'arbitrage sur des questions qu'ils auront clairement définies. L'article 25 du *Mémorandum d'accord* précise également que les parties à l'arbitrage devront se conformer à la sentence rendue⁵⁵. À ce titre, les dispositions sur la « surveillance de la mise en œuvre des recommandations et décisions »⁵⁶ ainsi que sur les mécanismes de « compensation et suspension de concessions »⁵⁷ trouveront également à s'appliquer⁵⁸. Pourtant, alors que les rapports des groupes spéciaux ou de l'Organe d'appel doivent être adoptés par les États membres réunis en ORD, les décisions arbitrales doivent seulement être notifiées⁵⁹. Ainsi, les États qui n'étaient pas parties à l'arbitrage ont seulement la possibilité de déposer des constatations et pourront soulever des questions se rapportant à la décision, mais ne pourront pas s'opposer à l'adoption de la décision contrairement aux rapports d'un groupe spécial ou de l'Organe d'appel.

L'AMPA s'est avéré être un arrangement assez attractif en ces temps d'insécurité juridique à l'ORD de l'OMC. Il compte aujourd'hui 53 États signataires sur les 164 Membres de l'OMC⁶⁰. Par ailleurs, ce mécanisme semble fonctionner. Une première décision a été rendue à la fin de 2022⁶¹. Une autre affaire, impliquant la Turquie qui n'est pas partie à l'AMPA, mais dont la procédure suivie a été celle prévue par l'AMPA et qui a été entendue par trois arbitres dont deux ont été choisis parmi la liste d'arbitres de l'AMPA, a été tranchée en juillet 2022⁶². Au moment d'écrire ces lignes, huit autres procédures d'arbitrage sont en cours⁶³. Avec l'AMPA, les États renoncent à la procédure d'appel initialement prévue par le *Mémorandum d'accord* afin que soit porté leur litige devant un tribunal arbitral. Le nombre d'États signataires de l'AMPA augmente progressivement en fonction des nouveaux différends portés à l'ORD. Cette procédure arbitrale d'appel n'a toutefois qu'une vocation provisoire⁶⁴, étant conçue pour disparaître au moment où l'Organe d'appel sera de nouveau fonctionnel⁶⁵.

Concernant les implications procédurales de l'AMPA, cette procédure arbitrale a seulement pour objectif de préserver les aspects substantiels et procéduraux de la procédure d'appel à l'OMC tels qu'ils sont définis par le *Mémorandum d'accord*⁶⁶. Des aménagements spé-

54. *Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, *supra*, note 8.

55. *Ibid.*, art 25(3).

56. *Ibid.*, art 21.

57. *Ibid.*, art 22.

58. *Ibid.*, art 25(4).

59. Voir l'article 25(3) pour l'adoption des sentences arbitrales, l'article 16(4) pour les rapports des groupes spéciaux et l'article 17(14) pour les rapports de l'Organe d'appel.

60. Le Japon ayant formellement adhéré à l'AMPA le 10 mars 2023, voir Japon, Ministry of Economy, Trade and Industry, Communiqué, « Cabinet Approval on the Participation in the MPIA » (10 mars 2023), en ligne : [METI <www.meti.go.jp/english/press/2023/0310_001.html>](http://www.meti.go.jp/english/press/2023/0310_001.html). Voir également la liste des États signataires sur le site de la Geneva Trade Platform, en ligne : https://wtoplurilaterals.info/plural_initiative/the-mpia/.

61. *Colombie – Droits antidumping sur les frites congelées en provenance d'Allemagne, de Belgique et des Pays-Bas (Plainte de l'Union européenne)* (2022), OMC Doc WT/DS591/ARB25 (Sentence arbitrale rendue au titre de l'article 25 du *Mémorandum*) [*Colombie – Frites congelées*].

62. *Turquie – Certaines mesures concernant la production, l'importation et la commercialisation de produits pharmaceutiques (Plainte de l'Union européenne)* (2022), OMC Doc WT/DS583/ARB25 (Sentence arbitrale rendue au titre de l'article 25 du *Mémorandum*).

63. Voir Geneva Trade Platform, en ligne : https://wtoplurilaterals.info/plural_initiative/the-mpia/.

64. *AMPA*, *supra* note 51 au para 7 du Préambule.

65. Nicolas Gervais et André-Philippe Ouellet, « L'échappée belle : AMPA ou MPIA quatre lettres au secours du système de règlement des différends à l'OMC » (2019) 32:2 RQDI 29.

66. *AMPA*, *supra* note 51, au para 3.

cifiques ont toutefois été apportés. En substance, les arrangements procéduraux, qui s'inspirent des procédures arbitrales à proprement parler, répondent en partie aux griefs formulés par les États-Unis à l'origine de cette situation de blocage⁶⁷. D'une certaine manière, l'AMPA est utilisé comme un laboratoire juridique visant à rendre plus efficaces les procédures d'appel existantes⁶⁸. Par exemple, pour assurer la remise des décisions dans le délai de 90 jours à compter de la date d'appel, les arbitres peuvent « prendre des mesures organisationnelles appropriées pour rationaliser la procédure [...]. Ces mesures pourront inclure des décisions concernant le nombre limite de pages, les limites de temps et les dates limites ainsi que la longueur et le nombre des audiences requises »⁶⁹, ce que les membres de l'Organe d'appel n'avaient pas la possibilité de faire.

S'agissant de la saisine des arbitres, il existe deux voies de recours dans les procédures établies par l'AMPA. Pour les États signataires, ces derniers consentent *ex ante* à l'arbitrage pour tous les éventuels différends qui les opposeront à un autre Membre. De plus, l'AMPA peut être utilisé de manière ad hoc par deux États qui ne seraient pas parties à l'arrangement ou en cas de différend entre un État partie et un État non partie à l'AMPA. Ce fut le cas dans la première affaire tranchée par les arbitres que nous avons évoquée plus haut et qui concernait la Turquie qui n'a pas formellement adhéré à l'AMPA mais qui, dans son différend qui l'opposait à l'Union européenne, avait accepté de recourir aux procédures arbitrales prévues par l'AMPA⁷⁰. Autoriser des États qui ne sont pas parties à l'initiative à bénéficier des procédures arbitrales d'appel permet de faire adhérer un maximum de Membres à une procédure qui fonctionne et qui pourrait inspirer des solutions pérennes à la crise et de convertir par l'exemple l'ensemble des Membres.

L'AMPA est aussi un puissant indicateur de l'attachement d'un grand nombre de Membres de l'OMC aux principes du multilatéralisme et de la nécessité d'un ORD fort pour favoriser un ordre commercial multilatéral fondé sur des règles. C'est pourquoi, le Secrétariat de l'OMC contribue également à la préservation d'un système de règlement des différends à deux niveaux puisque les arbitres sont non seulement rémunérés directement sur le budget ordinaire de l'ORD, mais ils sont aussi assistés par le personnel du Secrétariat⁷¹. L'AMPA permet aux États de bénéficier d'une procédure d'appel et d'une décision finale qui soit juridiquement contraignante.

Alors l'AMPA est-il une réponse provisoire efficace? À la lumière de la première sentence rendue à l'occasion d'un différend antidumping opposant l'Union européenne à la Colombie, il semblerait que les États-Unis – principaux instigateurs de cette remise en cause de l'ORD – soient assez convaincus par la tournure des événements. Bien que les arbitres doivent en principe assurer la cohérence de leur sentence avec la jurisprudence de l'Organe d'appel et qu'ils doivent se limiter à l'interprétation des dispositions strictement nécessaires à la résolution du litige, ils ont divergé dans cette affaire de l'interprétation traditionnelle de l'Organe d'appel concernant certaines dispositions de l'*Accord antidumping*⁷². Cette nouvelle interprétation de l'article 17.6(ii) de l'*Accord antidumping* a d'ailleurs été saluée par les États-Unis :

67. Report of the USTR, *supra* note 23.

68. AMPA, *supra* note 51, Annexe 1 au para 12.

69. *Ibid.*

70. OMC, *Turquie – Certaines mesures concernant la production, l'importation et la commercialisation de produits pharmaceutiques. Procédures convenues pour l'arbitrage au titre de l'article 25 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends – Communication de la Turquie et de l'Union européenne*, OMC WT/DS583/10 (2022).

71. Joost Pauwelyn, « The WTO's Multy-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement (MPIA): What's New? » (2023) *World Trade Rev.*, en ligne : <<https://doi.org/10.1017/S1474745623000204>>.

72. *Colombie – Frites congelées*, *supra* note 61, para 4.8 à 4.15.

« We welcome the Arbitrator's willingness to adopt an interpretation that is consistent with the text agreed by Members, even and especially if the interpretation differs from the Appellate Body's erroneous views ». ⁷³

Peut-être alors verrons-nous dans un avenir proche les États-Unis utiliser à leur tour les procédures arbitrales de l'AMPA afin de trancher leurs différends?

B. – La réponse institutionnelle de l'OMC : le rapport Walker

En décembre 2018, le Conseil général de l'OMC confiait à l'Ambassadeur néo-zélandais David Walker un mandat de « facilitateur » afin de mener des consultations et de proposer des solutions qui permettraient d'éviter la paralysie de l'Organe d'appel. Concrètement, le mandat du facilitateur était de proposer des solutions en réponse aux griefs des États-Unis qui bloquaient les nominations et les renouvellements de mandats des membres de l'Organe d'appel. En dix mois, le facilitateur a procédé à de multiples rencontres avec des délégations représentant des Membres de l'OMC, en petits groupes et de façon informelle, de manière à favoriser l'échange d'idées et les propositions venant des Membres. De nombreux Membres ont participé à ces séances et soumis des propositions. Il est aujourd'hui connu que les États-Unis, parfois représentés à ces rencontres, n'y ont soumis aucune proposition ⁷⁴. Le 15 octobre 2019, le facilitateur a remis son rapport qui contient ce qui est communément appelé les « Principes Walker ». Ces principes, qui se trouvent en annexe du rapport, prennent la forme d'un « Projet de décision du Conseil général sur le fonctionnement de l'Organe d'appel ». Ils peuvent être résumés comme suit.

Quant à la composition de l'Organe d'appel, il est précisé que « [s]eulement les Membres de l'OMC peuvent désigner les membres de l'Organe d'appel » et que l'ORD a « l'obligation de repourvoir les postes dès qu'ils deviennent vacants » ⁷⁵. Le rapport cherche à baliser, au moins partiellement, le recours à la règle 15 que nous avons expliquée plus haut : « Les membres de l'Organe d'appel approchant de la fin de leur mandat peuvent être affectés à une nouvelle division jusqu'à 60 jours avant l'expiration de leur mandat. Un membre de l'Organe d'appel ainsi affecté peut achever une procédure d'appel dans laquelle l'audience s'est tenue avant l'expiration normale de son mandat » ⁷⁶.

Pour la durée maximale d'une procédure d'appel, le rapport propose que « l'Organe d'appel [ait] l'obligation de remettre son rapport au plus tard 90 jours après la date à laquelle une partie au différend notifie son intention de faire appel » ⁷⁷. Ce délai ne peut être prolongé que dans des cas exceptionnels et avec l'accord des parties au litige.

En réponse à ce que les États-Unis qualifient d'activisme judiciaire de l'Organe d'appel, le rapport propose les principes suivants :

⁷³. USTR, « Statement by the United States at the Meeting of the WTO Dispute Settlement Body » (27 janvier 2023), en ligne : <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2023/january/statements-united-states-meeting-wto-dispute-settlement-body>.

⁷⁴. Van de Bossche et Zdouc, *supra* note 4 à la p 321.

⁷⁵. OMC, *Processus informel sur les questions relatives au fonctionnement de l'Organe d'appel – Rapport du Facilitateur*, S E M David Walker (Nouvelle-Zélande), OMC Doc JOB/GC/222 (2019), Annexe, pp. 5-7.

⁷⁶. *Ibid.*

⁷⁷. *Ibid.*

⁷⁸. *Ibid.*

Le « sens du droit interne » devrait être considéré comme une question de fait et ne peut donc pas faire l'objet d'un appel.

Le Mémoire d'accord ne permet pas à l'Organe d'appel de procéder à un examen « *de novo* » ou de « compléter l'analyse » des faits de la cause.

[...]

Conformément à l'article 3:4 du Mémoire d'accord, l'Organe d'appel devrait traiter les questions soulevées par les parties conformément à l'article 17:6 du Mémoire d'accord seulement dans la mesure nécessaire pour aider l'ORD à faire des recommandations ou à statuer ainsi qu'il est prévu dans les accords visés afin de régler le différend.⁷⁸

Quant à la place du précédent dans la construction du droit de l'OMC, le rapport préserve le statu quo et l'ambiguïté qu'y voient les États-Unis :

Une procédure de règlement des différends à l'OMC ne crée pas de précédent.

La cohérence et la prévisibilité dans l'interprétation des droits et obligations au titre des accords visés sont très importantes pour les Membres.

Les groupes spéciaux et l'Organe d'appel devraient tenir compte des rapports antérieurs de groupes spéciaux/de l'Organe d'appel dans la mesure où ils estiment qu'ils sont pertinents dans le cadre du différend dont ils sont saisis⁷⁹.

Enfin, pour ce qui est de ce que les États-Unis appellent l'« abus de pouvoir » des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel, le rapport rappelle un principe fondamental :

Comme le prévoient les articles 3:2 et 19:2 du Mémoire d'accord, les constatations et recommandations des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel et les recommandations et décisions de l'ORD ne peuvent pas accroître ou diminuer les droits et obligations énoncés dans les accords visés⁸⁰.

Force est de constater que le facilitateur Walker s'est imprégné des débats entourant le rôle de l'Organe d'appel : il n'a pas cherché à modifier les droits et obligations des Membres de l'OMC. Ses propositions sont en tous points compatibles avec le droit en vigueur à l'OMC et plus particulièrement avec le *Mémoire d'accord*. Voilà qui explique peut-être pourquoi ce rapport prudent, peu propice à l'amorce d'une réforme, est resté sans effet à ce jour.

Il est difficile de prédire les suites qu'aura le rapport Walker. Au moment d'écrire ces lignes, si des discussions ont cours dans le cadre des travaux du Conseil général ou de l'ORD, les procès-verbaux de ces discussions sont consignés dans des documents auxquels l'accès est souvent restreint sur les moteurs de recherche du site de l'OMC. Il importe aussi de préciser que les discussions autour des Principes Walker s'inscrivent maintenant dans des discussions plus larges sur la réforme du système de règlement des différends. Dans le Document final de la douzième Conférence ministérielle en 2022, les ministres ont affirmé être « conscients des défis et des préoccupations relatifs au système de règlement des différends, y compris ceux qui sont liés à l'Organe d'appel » et se sont engagés « à mener des discussions en vue de disposer d'un système de règlement des différends pleinement opérationnel et qui fonctionne bien, accessible à tous les Membres, pour 2024 »⁸¹. Le facilitateur de ces discussions, M. Marco Molina du Guatemala, se montre extrêmement dynamique et résolu à mener ces discussions à bien⁸².

⁷⁹. *Ibid.*

⁸⁰. *Ibid.*

⁸¹. OMC, *Document final de la CM12*, OMC Doc WT/MIN(22)/24 (2022) au para 4.

⁸². OMC, « Les Membres ont été informés des discussions informelles sur la réforme du système de règlement des différends » (31 mars 2023), en ligne : OMC <www.wto.org/french/news_f/news23_f/dsb_31mar23_f.htm>.

Mais à l'évidence, les États-Unis sont insatisfaits des Principes Walker. La représentante au Commerce des États-Unis (USTR), Mme Katherine Tai, se garde bien de critiquer ouvertement le rapport du facilitateur, mais son avis n'en est pas moins clair et la position des États-Unis est inchangée : la réforme du règlement des différends ne doit pas servir qu'à relancer l'Organe d'appel et à revenir aux pratiques antérieures; le système de règlement des différends ne saurait servir à créer des droits et obligations; le système de règlement des différends n'a pas été conçu pour pallier les lacunes des négociations et les réformes de ces deux fonctions de l'OMC sont intrinsèquement liées⁸³. Tout en se disant optimiste et en lançant son souhait maintes fois répété de voir le système de règlement des différends relancé, elle s'abstient de proposer des éléments concrets de réforme. Encore récemment, les États-Unis ont fait connaître à l'ORD leurs objectifs pour un système de règlement des différends réformé⁸⁴. Ils énoncent dans ces objectifs dix principes qui doivent selon eux guider la réforme du système de règlement des différends, mais ils précisent bien « qu'à ce stade, ils ne font pas de propositions de négociation spécifiques »⁸⁵. Les propositions de réforme viennent d'autres Membres de l'OMC et des observateurs avisés.

III. – Les voies de sortie

Depuis décembre 2018, de nombreuses propositions en vue de réformer le fonctionnement de l'Organe d'appel ont été formulées par des Membres de l'OMC⁸⁶. La littérature savante foisonne elle aussi de propositions⁸⁷. Nous mentionnons ici celles qui semblent les plus sérieuses. Ces propositions sont souvent soumises par un ou des Membres de l'OMC et plusieurs auteurs. Elles s'entremêlent aussi avec les propositions faites dans le débat plus général de la réforme du système de règlement des différends.

Pour alléger la tâche de l'Organe d'appel et lui permettre de rendre ses rapports dans des délais plus courts, différents moyens sont proposés afin de réduire le nombre de procédures portées devant lui. Ainsi, il est suggéré que l'appel soit sur permission. On propose aussi que l'appel soit optionnel, à la carte selon chaque affaire ou par Membre. Dans ce cas, il conviendrait de fixer, dès l'amorce de la plainte, si la possibilité d'appeler est ouverte ou non.

La création de certaines procédures qui sont d'usage en droit national, mais inexistantes en droit de l'OMC permettrait d'empêcher que certaines affaires ne relèvent du rôle de l'Organe d'appel. Ainsi, un recours en révision à être exercé devant un autre groupe spécial que celui qui a entendu l'affaire éviterait sans doute quelques recours en appel. La possibilité pour l'Organe d'appel d'opérer des renvois ou d'ordonner des auditions *de novo* en première instance serait de nature à alléger sa charge et répondrait au moins en partie au grief des États-Unis qui estiment que l'Organe d'appel se penche trop sur les questions factuelles.

83. USTR, « Ambassador Katherine Tai's Remarks As Prepared for Delivery on the World Trade Organization » (14 octobre 2021), en ligne : [USTR <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/speeches-and-remarks/2021/october/ambassador-katherine-tai-s-remarks-prepared-delivery-world-trade-organization>](https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/speeches-and-remarks/2021/october/ambassador-katherine-tai-s-remarks-prepared-delivery-world-trade-organization).

84. OMC, *Objectifs des États-Unis pour un système de règlement des différends réformé*, OMC Doc JOB/DSB/4 (2023).

85. *Ibid* au para 5.

86. Le format du présent chapitre ne permet pas de rendre compte de façon détaillée de la vingtaine de

communications déposées par les Membres et contenant des propositions de réforme. On consultera avec grand intérêt l'ouvrage de Van den Bossche et Zdouc, *supra* note 4, à la note infrapaginale 876 où sont fournies les références précises à ces propositions.

87. Voir notamment la revue de littérature se trouvant en annexe du rapport de la conférence « Rethinking the WTO Dispute Settlement System », tenue du 24 au 26 mai 2023 à Ottawa. « Rethinking the WTO Dispute Settlement System » (2023), en ligne (pdf) : [Université d'Ottawa <www.uottawa.ca/faculty-law/sites/g/files/bhrskd406/files/2023-08/Ottawa_Rethinking%20WTO%20Dispute%20Settlement_1Aug2023.pdf>](https://www.uottawa.ca/faculty-law/sites/g/files/bhrskd406/files/2023-08/Ottawa_Rethinking%20WTO%20Dispute%20Settlement_1Aug2023.pdf).

On trouve plusieurs propositions visant à limiter la compétence de l'Organe d'appel et plus généralement de l'ORD pour répondre aux doléances des États-Unis qui considèrent que le système de règlement des différends empêche sur leur souveraineté en matière de recours commerciaux. Des propositions vont jusqu'à exclure carrément les recours commerciaux du système de règlement des différends. D'autres suggèrent de limiter la compétence des groupes spéciaux à une révision et d'empêcher l'appel. D'autres encore consistent à revoir le fardeau de preuve imposé au plaignant ou à créer un critère de révision particulièrement exigeant pour toute plainte liée à un recours commercial.

Certaines propositions sont assez audacieuses : on lance l'idée de créer un organe permanent en première instance pour remplacer les groupes spéciaux, de créer un comité d'audit qui réviserait et évaluerait les activités de l'Organe d'appel ou encore de créer un nouveau recours *anti-gap-filling* qui permettrait de réviser toute décision de l'Organe d'appel qui aurait pour effet de modifier les droits et obligations des Membres.

D'autres propositions sont beaucoup plus classiques, comme celles de limiter le nombre de pages des divers documents qu'une partie peut déposer dans le cadre d'un différend, d'allonger les mandats des membres de l'Organe d'appel pour les mettre à l'abri des pressions politiques ou de limiter dans le temps les mandats des membres du Secrétariat de l'Organe d'appel.

Si les bonnes idées ne manquent pas, leur acceptabilité posera problème soit aux détracteurs du système soit à ses défenseurs. Et c'est précisément le nombre de propositions qui finira par être problématique. Comment établir un agenda de discussion devant un tel éventail de propositions?

Conclusion

L'heure n'est pas à l'optimisme pour les partisans d'un retour de l'Organe d'appel. Même chez ceux qui ont œuvré en plein cœur du système de règlement des différends et au sein même de l'Organe d'appel, on trouve beaucoup de scepticisme.

Pour William J. Davey, ancien directeur de la Division des affaires juridiques de l'OMC de 1995 à 1999 et ancien membre de plusieurs groupes spéciaux, le rapport Walker répond à plusieurs préoccupations d'ordre procédural, mais ses principes relatifs à l'interprétation sont vagues et ne parviendront pas à convaincre les États-Unis qu'un Organe d'appel réactivé agira différemment de son prédécesseur. Au surplus, Davey est d'avis que le grand nombre d'affaires suspendues en appel depuis décembre 2019 risque de compliquer singulièrement un éventuel redémarrage de l'Organe d'appel⁸⁸.

Deux anciennes membres de l'Organe d'appel ont émis des opinions qui peuvent, à certains égards, étonner sur la sortie de crise de l'Organe d'appel. Sans jamais critiquer ni même évoquer les travaux de l'Ambassadeur Walker, elles proposent toutes deux des solutions qui ne vont pas tout à fait dans le sens du rapport déposé en décembre 2019, mais dont le contenu était largement connu dès février 2019. L'Américaine Jennifer Hillman, qui a été membre de l'Organe d'appel de 2007 à 2011, dénonçait au début de 2020 la position intransigeante de l'administration Trump, mais en observant les propositions de réforme qui circulaient à ce moment écrivait ne rien voir de suffisamment convaincant pour inciter un nouveau président à ramener les États-Unis dans un système perçu comme défectueux. La Chinoise Zhang Yuejiao, membre de l'Organe d'appel de 2008 à 2016, publiait à l'été 2019 un bref texte dans lequel elle avançait six propositions de réforme dont certaines sont des critiques directes du fonctionnement de l'Organe d'appel⁸⁹.

88. Davey, *supra* note 3, aux pp 2-3.

Aranca González et Marion Jansen, dir, *Women Shaping Global Economic Governance*, Londres, CEPR Press, 2019, 45.

89. Zhang Yuejiao, « Protecting the WTO's Crown Jewel: Appellate Body Reform Proposals », dans

Pour Raj Bhala, à travers toutes les propositions de réforme, le problème en reste un de divergences fondamentales de perspectives et d'objectifs. Pour lui, la position des États-Unis et celle de Membres comme l'Union européenne et le Canada sont tout à fait irréconciliables. Les premiers dénoncent un prétendu activisme judiciaire de l'Organe d'appel et le *stare decisis* qu'il applique dans les faits, alors que les deux autres tiennent à conserver à l'Organe d'appel une capacité décisionnelle et interprétative forte qui assure la prévisibilité du droit de l'OMC⁹⁰.

Si subsiste un espoir de retrouver un système de règlement des différends fonctionnel et accessible à tous dans un avenir proche, comme l'ont souhaité les Membres de l'OMC lors de la douzième Conférence ministérielle, il se trouve peut-être dans des solutions pragmatiques comme l'*AMPA*. Les prochaines Conférences ministérielles nous le diront.

90. Raj Bhala, « Why the WTO Adjudicatory Crisis Will Not Be Easily Solved: Defining and Responding to "Judicial Activism" » dans Chang-fa Lo, Junji Nakagawa

et Tsai-fang Chen, dir, *The Appellate Body of the WTO and Its Reform*, Singapour, Springer, 2020, 111.