

**Les contre-mesures à l'OMC :  
Évaluation de la compatibilité du système de représailles  
économiques avec la réalité contemporaine du commerce  
international**

**Mémoire de maîtrise**

**Marc-Antoine Couet**

Sous la direction de :

Charles-Emmanuel Côté, directeur de recherche  
Bernard C. Beaudreau, codirecteur de recherche

## Résumé

Déjà bien entamé au moment de l'entrée en vigueur l'*Accord de Marrakech*, le 1<sup>er</sup> janvier 1995, le processus de fragmentation internationale de la production de biens et de services poursuit son expansion fulgurante depuis la naissance de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Sous l'égide de l'institution économique dominante de notre époque, la firme multinationale, ce phénomène de répartition des activités d'ajout de valeur au niveau mondial atteint désormais des proportions inégalées. L'achèvement du Cycle de l'Uruguay, entraîne une modification en profondeur de l'encadrement multilatéral qui prend partiellement acte de ces changements qui s'opèrent dans l'économie mondiale. En ce qui a trait au règlement des litiges commerciaux, la mise en place de l'OMC est marquée par la mise d'un système de règlement de différends davantage axé sur la primauté du droit. Force est de constater, toutefois, que dans la foulée de cette juridictionnalisation du mécanisme de règlement des différends ne s'en est pas suivi un changement de paradigme dans le mécanisme d'exécution des décisions et recommandations de l'Organe de règlement des différends (ORD). En effet, l'OMC a jusqu'à présent conservé en substance le principe du GATT de 1947; la partie plaignante qui constate le défaut de la partie visée par la plainte de se plier aux décisions et recommandations de l'ORD à l'expiration du délai raisonnable qui lui est accordé pour s'exécuter et qui ne peut s'entendre avec cette dernière sur l'octroi d'une compensation n'a d'autre option que de s'en remettre à l'emploi de contre-mesures. À l'aune des changements qui affectent depuis peu l'économie mondiale ainsi que des développements récents du côté de la science économique, il y a lieu de jeter regard nouveau l'institution des contre-mesures à l'OMC et de se demander s'il s'agit d'un système adapté à la réalité du commerce international du XXI<sup>e</sup> siècle.

## **Abstract**

Already well underway at the time of entry into force of the Marrakesh Agreement, on 1 January 1995, the process of international fragmentation of the production of goods and services has continued its meteoric expansion since the inception of the World Trade Organization (WTO). Under the umbrella of the dominant economic institution of our era, the multinational corporation, this phenomenon of distribution of value adding activities at the global level has now reached unprecedented proportions. The completion of the Uruguay Round brings with it an in-depth change in the multilateral framework, which takes partial note of these changes in the global economy. With respect to the settlement of trade disputes, the establishment of the WTO is marked by the establishment of a dispute settlement system that is more focused on the rule of law. It must be noted, however, that in the wake of this legalization of the dispute settlement mechanism, there has been no change in the paradigm of the mechanism for implementing the recommendations and rulings of the Dispute Settlement Body (DSB). Indeed, the WTO has so far maintained in substance the GATT 1947 principle; when the complaining party identifies the failure of the respondent to comply with the DSB's recommendations and rulings within the reasonable period of time allowed for implementation and the former cannot come to a solution mutually acceptable with the latter on the granting of compensation, the complainant's sole remedy becomes the use of countermeasures. It is in the light of the recent changes in the world economy and the recent developments in the field of economics that the institution of countermeasures in the WTO needs to be reconsidered and that the question of the adequacy of countermeasures with the reality of international trade in the twenty-first century needs to be addressed.

## Table des matières

Résumé .....	ii
Abstract .....	iii
Table des matières .....	iv
Liste des graphiques.....	vii
Liste des abréviations, sigles et acronymes.....	viii
Remerciements .....	xiii
INTRODUCTION .....	1
CHAPITRE PREMIER.....	11
LES CONTRE-MESURES EN DROIT INTERNATIONAL ET EN DROIT DE L'OMC : SYNTHÈSE ET ANALYSE COMPARATIVE .....	11
1.1 Les réactions décentralisées à l'illicite en droit international général.....	11
1.1.1 Les mesures de rétorsion .....	15
1.1.2 Les représailles ou contre-mesures .....	16
1.2 Réaction du Membre à l'illicite en droit de l'OMC .....	22
1.2.1 Suspension de concessions ou d'autres obligations – contre-mesures.....	24
1.2.2 Mesures de rétorsions.....	41
1.2.3 Précisions terminologiques .....	42
1.2.4 Les mesures d'auto-assistance du droit international économique pouvant s'apparenter aux contre-mesures, les recours commerciaux .....	43
Conclusion partielle.....	45
CHAPITRE SECOND .....	46
LE COMMERCE INTERNATIONAL AU XXI <sup>e</sup> SIÈCLE .....	46
2.1 Évolution de la pensée économique relative au commerce international .....	47
2.1.1 Aux origines des théories actuelles du commerce international : les théories traditionnelles du commerce international.....	47
2.1.1.1 La théorie de l'avantage comparatif de Ricardo .....	47
2.1.1.2 Le modèle Heckscher-Ohlin-Samuelson.....	50
2.1.2 Les nouvelles approches théoriques du commerce international .....	51
2.2 Tendances actuelles du commerce international .....	58
2.2.1 Computation statistique des flux internationaux d'échange de biens et de services .....	58

2.2.2 Le phénomène de la fragmentation de la production à l'international.....	63
Conclusion partielle.....	70
CHAPITRE TROISIÈME ÉVALUATION DE L'ADÉQUATION ENTRE LE SYSTÈME DES CONTRE-MESURES ET LA RÉALITÉ DU COMMERCE INTERNATIONAL ...	71
3.1 Différends relatifs aux produits.....	74
3.1.1 Règle générale en matière de quantification du niveau d'annulation ou de réduction des avantages lorsque le commerce d'un produit est affecté par une mesure illicite .....	74
3.1.2 Cause emblématique illustrant les limites inhérentes à l'attribution unique de l'entièreté de la valeur ajoutée se rapportant à un produit: l'affaire <i>Bananes III</i> .....	80
3.1.3 Sommaire sur la computation du préjudice commercial dans les différends relatifs aux produits : le lien entre le droit de porter de plainte et celui de demander l'autorisation d'appliquer des contre-mesures.....	86
3.2 Difficultés liées à la computation du préjudice commercial dans le cadre de différends portant sur une mesure affectant le commerce des services transfrontières ...	88
3.2.1 Généralités et règle générale régissant la quantification du niveau de réduction ou d'annulation d'avantages lorsqu'un service transfrontière est affecté.....	88
3.2.2 La problématique de l'identification de la nationalité des personnes morales ....	91
3.2.3 Règle du rattachement unique d'un fournisseur de services transfrontières à un Membre et le problème interprétatif lié de l'article XXVIII m) ii) de l'AGCS qui peut en découler .....	94
3.3 Effets découlant de l'application d'une contre-mesure pour les Membres autres que le plaignant : le double problème du double comptage et le taux de contre-mesure effectif99	
3.3.1 Le double problème du double comptage .....	100
3.3.2 Le taux-effectif de la contre-mesure .....	102
Conclusion partielle.....	103
CHAPITRE QUATRIÈME.....	106
L'EXPÉRIENCE DES CONTRE-MESURES À L'OMC : BILAN, SYNTHÈSE ET REGARD PROSPECTIF.....	106
4.1 Utilisation des contre-mesures dans le système commercial multilatéral : bilan et constats .....	108
4.1.1 L'expérience de la suspension de concessions ou d'autres obligations à l'époque du GATT de 1947 .....	108
4.1.2 L'expérience de la suspension de concessions ou d'autres obligations sous les accords de l'OMC .....	111

4.2 Suggestions en vue d'une réforme du système des contre-mesures à l'OMC .....	118
4.2.1 Les modifications pouvant avoir lieu en vertu du cadre juridique actuel : le renouvellement de l'interprétation de la notion de préjudice commercial.....	118
4.2.2 Les suggestions de modification qui nécessitent une modification des accords de l'OMC : divers appels à un changement de paradigme eu égard à la phase d'exécution .....	129
Conclusion partielle.....	137
CONCLUSION.....	139
Bibliographie .....	145

## Liste des graphiques

Graphique 1 : Schématisation du problème statistique du double comptage.....	62
Graphique 2 : Évolution de la courbe de sourire .....	79
Graphique 3 : Structure corporative fictive d'une firme multinationale.....	92
Graphique 4 : Représentation des chaînes de valeur affectées lors de l'emploi de contre-mesures.....	101

# Liste des abréviations, sigles et acronymes

## I. Institutions juridiques et économiques

<b>Accord sur les ADPIC</b>	Accord sur les aspects de droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce
<b>Accord SMC</b>	Accord sur les subventions et mesures compensatoires
<b>AGCS</b>	Accord général sur le commerce des services
<b>ACV</b>	Avantage comparatif vertical
<b>ALÉNA</b>	Accord de libre-échange nord-américain
<b>APIE</b>	Accord relatif à la protection et la promotion de l'investissement étranger
<b>CDI</b>	Commission du droit international
<b>CE</b>	Communautés européennes
<b>CIJ</b>	Cour internationale de justice
<b>CIRDI</b>	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
<b>CNUCED</b>	Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement
<b>CPJI</b>	Cour permanente de justice internationale
<b>CVM</b>	Chaînes de valeur mondiales
<b>f.a.b.</b>	Franco à bord
<b>FAO</b>	Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture
<b>FMN</b>	Firmes multinationales
<b>GATT</b>	Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce ( <i>General Agreement on Tariffs and Trade</i> )
<b>IDE</b>	Investissement direct étranger
<b>OCDE</b>	Organisation de coopération et de développement économiques
<b>OIC</b>	Organisation internationale du commerce
<b>OMC</b>	Organisation mondiale du commerce



<b>ONU</b>	Organisation des Nations unies
<b>ORD</b>	Organe de règlement des différends
<b>PPA</b>	Parité de pouvoir d'achat
<b>PIB</b>	Produit intérieur brut
<b>PMA</b>	Pays moins avancés
<b>TIC</b>	Technologies de l'information et des communications
<b>UE</b>	Union européenne
<b>USTR</b>	<i>United States Trade Representative</i>
<b>WTO</b>	<i>World Trade Organization</i>

## II. Périodiques, annuaires, recueils

<b>American Economic R</b>	American Economic Review
<b>Am U Intl L R</b>	American University International Law Review
<b>Asian J WTO &amp; Intl Health &amp; Policy</b>	Asian Journal of WTO and International Health Law L and Policy
<b>AJIL</b>	American Journal of International Law
<b>Brit YB Intl L</b>	British Yearbook of International Law
<b>Cardozo L Rev</b>	Cardozo Law Review
<b>Canadian J Economics Political Science</b>	Canadian Journal of Economics and Political Science
<b>CPIJ (Sér A)</b>	Publications de la Cour permanente de justice internationale : Série A : Recueil des arrêts
<b>CPIJ (Sér B)</b>	Publications de la Cour permanente de justice internationale : Série B : Recueil des avis consultatifs
<b>Emory Intl L Rev</b>	Emory International Law Review
<b>Eur J Intl L</b>	European Journal of International Law
<b>Fordham Intl LJ</b>	Fordham International Law Journal

<b>Geo J Intl L</b>	Georgetown Journal of International Law
<b>IBDD</b>	Instruments de base et documents divers
<b>ICSID R</b>	ICSID Review
<b>ILM</b>	International Legal Materials
<b>Intl Affairs</b>	International Affairs
<b>Intl Economic J</b>	International Economic Journal
<b>Intl Interactions</b>	International Interactions
<b>Intl Trade J</b>	International Trade Journal
<b>Intl Tax &amp; Public Finance</b>	International Tax and Public Finance
<b>J Economic Perspectives</b>	Journal of Economic Perspectives
<b>J Industry, Competition &amp; Trade</b>	Journal of Industry, Competition and Trade
<b>J Intl Commerce, Economics &amp; Policy</b>	Journal of International Commerce, Economics and Policy
<b>J Intl Dispute Settlement</b>	Journal of International Dispute Settlement
<b>J Intl Economics</b>	Journal of International Economics
<b>J Int Economic L</b>	Journal of International Economic Law
<b>J International Trade L &amp; Policy</b>	Journal of International Trade Law and Policy
<b>J Political Economy</b>	Journal of Political Economy
<b>J World Trade</b>	Journal of World Trade
<b>J World Investment &amp; Trade</b>	Journal of World Investment & Trade
<b>Leg Issues Economic Integration</b>	Legal Issues of Economic Integration
<b>Mich J Int L</b>	Michigan Journal of International Law

<b>Netherlands YB Intl L</b>	Netherlands Yearbook of International Law
<b>NYUJ Intl L &amp; Pol</b>	New York University Journal of International Law & Politics
<b>Proceedings American Philosophical Society</b>	Proceedings of the American Philosophical Society
<b>QJ Economics</b>	Quarterly Journal of Economics
<b>R Agricultural Economics</b>	Review of Agricultural Economics
<b>R Dr Intl &amp; Législation Comp</b>	Revue de droit international et de législation comparée
<b>R World Economics</b>	Review of World Economics
<b>RSA</b>	Recueil des sentences arbitrales
<b>RTNU</b>	Recueil des Traités des Nations Unies
<b>Southern Economic J</b>	Southern Economic Journal
<b>World Trade R</b>	World Trade Review

*Caminante, no hay camino,  
se hace camino al andar.*

Antonio Machado

## Remerciements

Mes premiers remerciements vont à mon directeur, le professeur Charles-Emmanuel Côté, et mon codirecteur, le professeur Bernard Beaudreau. Leurs savants commentaires ainsi que leurs encouragements depuis le tout début du processus ont su me pousser à persévérer et à sans cesse raffiner le présent mémoire. Les riches échanges que nous avons eus m'ont permis d'emprunter bien des sentiers qui seraient autrement restés inexplorés.

J'ai eu une énorme dette de gratitude envers ma famille. Leur appui moral et technique au cours de la réalisation de ce projet a été phénoménal et je ne saurai leur en être suffisamment reconnaissant. Papa, Maman et Jean-Christophe, un grand merci du fond du cœur!

Je me dois enfin de réserver des bons mots à l'égard de mes amis ainsi qu'à tous ceux qui ont permis de près ou de loin de bonifier ce mémoire ou qui d'une façon ou d'une autre en ont favorisé la complétion. Il serait trop ardu de dresser liste exhaustive de ces personnes, toutefois la contribution de Louis-Pierre, de Cecilia, de Michael et de Josué ne saurait être passée sous silence.

## INTRODUCTION

*The nature of production has changed dramatically since the time that David Ricardo proposed the basic concepts that underlie our understanding of international trade. In the past, countries produced mostly complete products that they consumed and traded with other nations. Producers took advantage of the productivity gains that derive from worker specialization by dividing the production process into a variety of tasks. But these tasks had to be performed in close proximity because of the large transportation and communication costs that prevailed at the time. Today, drastic reductions in these costs have facilitated direct trade in tasks, which has generated a global production process in a wide spectrum of industries<sup>1</sup>.*

L'aisance avec laquelle les biens et les capitaux traversent désormais les frontières internationales constitue indubitablement un des traits saillants de l'économie mondiale contemporaine. La fragmentation des processus de production, menée sous l'égide des firmes multinationales, a entraîné au cours des dernières décennies une accentuation de l'interconnectivité et de l'interdépendance au sein de la société internationale. Par l'entremise des chaînes de valeur mondiales, les activités économiques nécessaires à la production d'un produit ou d'un service sont en effet de plus en plus organisées dans une perspective mondiale. Ces activités d'ajout de valeur prennent donc de plus en plus place au sein de plusieurs pays<sup>2</sup>, ce qui amène d'aucuns à qualifier la planète de « *global factory* »<sup>3</sup> ou encore de « *global village* »<sup>4</sup>.

En cette ère de relative hégémonie du néo-libéralisme et du capitalisme mondialisé, cette fragmentation des processus de production, qui se traduit par un accroissement des mouvements transfrontaliers des biens, des services, des capitaux et, dans une moindre

---

<sup>1</sup> Gene M Grossman et Esteban Rossi-Hansberg, « The rise of offshoring: it's not wine for cloth anymore » Economic Policy Symposium 2006 présenté à Jackson Hole, en ligne : Federal Reserve Bank of Kansas City < <https://www.kansascityfed.org> > 59 à la p 94.

<sup>2</sup> « *In the transnational production systems that characterize global capitalism, economic activity is not only international in scope; it also is global in its organization. While 'internationalization' refers simply to the geographical spread of economic activities across national boundaries, 'globalization' implies a degree of functional integration between these internationally dispersed activities.* » (italiques dans l'original) Garry Greffi, « Capitalism, Development and Global Commodity Chains » dans Leslie Sklair, dir, *Capitalism & Development*, Londres et New York, Routledge, 1994, 211 à la p 214.

<sup>3</sup> *Ibid* à la p 219.

<sup>4</sup> Voir par ex Heather E Hudson, *From rural village to global village : telecommunications for development in the information age*, Mahwah, NJ, Lawrence Erlbaum Associates, 2006.

mesure, des personnes, est désormais possible en raison d'avancées d'ordre technologique, certes, mais également en raison de modifications qui sont survenues dans le cadre juridique qui régit l'économie mondiale. Un droit de l'économie mondiale – droit que l'on désigne d'ailleurs sous le vocable de « droit international économique » – est bien entendu susceptible de couvrir une panoplie de sujets<sup>5</sup>, mais c'est dans sa conception la plus étroite, c'est-à-dire celle qui restreint le sujet d'étude aux relations macro-économiques interétatiques, que nous emploierons dorénavant l'expression consacrée<sup>6</sup>.

Bien que faisant partie de la sphère du droit international puisqu'il s'intéresse, avons-nous dit, aux relations économiques entre États souverains, le droit international économique – et le droit commercial international qui peut être considéré comme une branche de ce dernier – saurait être distingué du droit international général; d'aucuns prétendent même qu'ils sont « hétérogènes l'un par rapport à l'autre »<sup>7</sup>. Comme le synthétise le professeur McRae, l'un et l'autre reposent sur des prémisses fondamentalement distinctes quant à la conception de la souveraineté étatique :

*Trade is not, or at least primarily not, an inter-State activity. Trade is about voluntary exchanges between individuals that take place across borders, and the regulation of international trade is concerned with limits on the ability of States to interfere with these cross-border exchanges. In other words, the starting assumption of the modern international regulation of trade is that border and other barriers to cross-border economic exchanges must be limited if not eliminated. International trade law is concerned with removing the impediments that sovereignty places in the way of trading across borders. In one sense, international trade law is about the irrelevance of the sovereignty of States. And this stands in contrast to international law for, as Professor Carreau noted at the*

---

<sup>5</sup> Les auteurs peinent à s'entendre sur ce qu'englobe précisément le domaine du droit international économique. Dans sa contribution au Recueil de cours 1999, le professeur Donald McRae notait d'ailleurs que « [t]here is enormous scope for debate about the ambit of the field of international trade law. » Donald McRae, « The Contribution of International Trade Law to the Development of International Law » (1999) 99 Recueil des cours 103 à la p 110 [McRae, « Contribution of International Trade Law »]. Pour une discussion recensant ce que certains auteurs incluent dans le concept de droit international économique, voir également : Steve Charnovitz, « What is International Economic Law? » (2011) 14:1 J Int Economic L 3.

<sup>6</sup> Les auteurs Carreau, Julliard, Bismuth et Haman notent d'ailleurs à ce sujet que : « Dans sa conception restrictive, le droit international économique serait constitué par l'ensemble des règles qui régissent l'organisation des relations économiques, c'est-à-dire, pour l'essentiel, des relations macro-économiques par opposition à des relations macro-économiques. Ainsi, en ce sens, les règles du système international commercial seraient des règles de droit international économiques alors que les règles de la vente internationale ne le seraient pas. » Dominique Carreau et al, *Droit international économique*, 6<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz, 2017 au para 9.

<sup>7</sup> Carreau et al, *supra* note 6 au para 18.

*Colloque d'Orléans, the starting assumption and defining characteristic of international law is the sovereignty of States*<sup>8</sup>. (Mise en relief dans l'original)

En somme, alors que le droit international général repose sur une conception absolue de la souveraineté étatique<sup>9</sup>, le droit international économique conçoit pour sa part la souveraineté comme étant une prérogative devant nécessairement faire l'objet de restrictions au nom de l'atteinte d'un objectif supérieur qu'est celui de l'augmentation du bien-être par le commerce. Cette différence paradigmatique se traduit en termes concrets notamment par la différence dans le degré d'organisation atteint sous l'égide de l'un et l'autre de ces droits. Rappelons que la communauté internationale conserve à cet égard un caractère plutôt primitif. Là où l'État de droit a su développer une stricte régulation des formes d'actions sociales pouvant être prises en réaction à l'illicite, la société internationale a failli, demeurant essentiellement une entité « dépourvue d'organisation juridique et de sanctions appropriées »<sup>10</sup> où le droit est principalement créé et mis en œuvre de façon décentralisée<sup>11</sup>. La communauté internationale

---

<sup>8</sup> McRae, « Contribution of International Trade Law », *supra* note 5 à la p 123. Abondant dans le même sens, les auteurs Carreau, Julliard, Bismuth et Haman soutiennent que : « Le droit international économique tout comme le droit international général sont liés à l'existence d'États-nations, indépendants, dont les frontières constituent autant de limites à leur action politiques et économiques. Mais une différence fondamentale apparaît aussitôt. Le droit international est un droit de *protection* : il repose tout entier sur l'idée de préservation de l'indépendance politique des États. Le droit international économique est un droit d'*expansion* : il repose tout entier sur l'idée que l'enrichissement des États est une fin légitime, et que cet enrichissement rend nécessaire l'établissement de relations d'interdépendance économique entre les nations. » (italiques dans l'original). Carreau et al, *supra* note 6 au para 19. Malgré ces constats, il y a lieu de rappeler que l'un et l'autre de ces domaines de droits demeurent intimement liés et qu'on ne saurait les analyser de façon totalement isolée. Comme le rappelle le professeur Jackson : « *International economic law cannot be separated or compartmentalized from general or "public" international law. The activities and cases relating to IEL contain much practice which is relevant to general principles of international law, especially concerning treaty law and practice. Conversely, general international law has considerable relevance to economic relations and transactions* », John Howard Jackson, *The jurisprudence of GATT and the WTO : insights on treaty law and economic relations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000 à la p 11 [Jackson, *Jurisprudence*].

<sup>9</sup> Le principe de l'égalité souveraine au sein des membres de la communauté internationale est consacré par la *Charte des Nations Unies*, voir *Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945, RT Can 1945 n°7, art 2:1 (entrée en vigueur : 24 octobre 1945). Nous notons par ailleurs un certain débat doctrinal sur l'intégrité du concept de souveraineté étatique. Voir par exemple Louis Henkin, « International Law : Politics, Values and Functions : General Course on Public International Law » (1989) 216 Recueil des cours 9, à la p 26, lequel proclame la désuétude du concept de souveraineté, mais voir toutefois en sens contraire Christoph Schreuer, « The Waning of the Sovereign State: Towards a New Paradigm for International Law? » (1993) 4 Eur J Int L 447, aux pp 448-449: « *Sovereignty is no longer absolute. It has been harnessed to some extent, but its core has remained intact* »; Judith H Bello, « National Sovereignty and Transnational Problem Solving » (1996) 18 Cardozo L Rev 1027.

<sup>10</sup> Yves De La Brière, « Évolution de la doctrine et de la pratique en matière de représailles », (1928) 22 Recueil des cours 237, à la p 275.

<sup>11</sup> Voir Lucius Caflisch, « Cent ans de règlement pacifique des différends interétatiques » (2001) 288 Recueil des cours 245 aux pp 259-260; Elisabeth Zoller, *Peacetime Unilateral Remedies: An Analysis of Countermeasures*, Dobbs Ferry, NY, Transnational Publishers, 1984 à la p 53; Joost Pauwelyn, « The Role of



demeure d'ailleurs dépourvue du monopole et de la centralisation dont jouit l'État en matière d'édiction de règles, d'interprétation et de mise en œuvre de ces dernières, lesquels constituent aux dires de Lucis Caflisch les traits essentiels – et exclusifs, ajoutons-nous – de l'ordre étatique<sup>12</sup>. Cette dernière, n'est en effet dotée ni d'un tribunal de droit commun ayant capacité et compétence pour entendre et disposer des différends pouvant survenir entre les États en dehors du cas où les parties auraient librement consenti à ce que la voie juridictionnelle soit empruntée pour régler le différend<sup>13</sup>, ni d'organe possédant le monopole légitime de la force<sup>14</sup>. Cette absence d'entité supra-étatique susceptible d'offrir une voie de recours efficace aux États en réaction à l'illicite a pour corollaire l'auto-régulation et l'auto-administration de la justice internationale par les États eux-mêmes; ces derniers n'ont en effet d'autres options que de s'en remettre à leurs propres actions, c'est-à-dire d'employer des mesures d'auto-assistance, pour assurer la mise en œuvre du droit matériel<sup>15</sup>. On ne saurait, par ailleurs, passer sous silence une autre particularité de la société internationale : le droit qui la régit est interprété par une multitude d'organes juridictionnels dont la compétence se limite à connaître des litiges dans un domaine spécifique du droit international. Non sans

---

Public International Law in the WTO: How far can we go? » (2001) AJIL 535, à la p 535 [Pauwelyn, « Role of Public International Law »].

<sup>12</sup> Caflisch, *supra* note 11 aux pp 257–258.

<sup>13</sup> Le principe est clair et bien établi : « Il est bien établi en droit international qu'aucun État ne saurait être obligé de soumettre ses différends avec les autres États soit à la médiation, soit à l'arbitrage, soit enfin à n'importe quel procédé de solution pacifique, sans son consentement. Ce consentement peut être donné une fois pour toutes sous la forme d'une obligation librement acceptée; il peut, par contre, être donné dans un cas déterminé, en dehors de toute obligation préexistante. » *Statut de la Carélie orientale* (1923), Avis consultatif CPJI (sér B) n°5, à la p 27. C'est ainsi que par exemple la Cour internationale de justice (ci-après : « CIJ »), qui est l'organe judiciaire principal des Nations Unies, n'a compétence pour entendre un litige entre États que selon le bon vouloir des parties de se soumettre à sa compétence, voir *Statut de la Cour internationale de justice*, annexé à la *Charte des Nations Unies*, *supra* note 9, art 35-36.

<sup>14</sup> Il s'en trouvera certain pour argumenter que le Conseil de sécurité des Nations Unies est un organe possédant le monopole légitime de la force, voir par exemple Pierre-Marie Dupuy, « Quelques remarques sur l'évolution de la pratique des sanctions décidées par le Conseil de sécurité des Nations Unies dans le cadre du Chapitre VII de la Charte » dans Vera Gowlland-Debbas, dir, *United Nations Sanctions and International Law*, La Haye, Kluwer Law International, 2001, 48 à la p 48. Avec égards pour cette opinion, nous sommes plutôt d'avis que le Conseil de sécurité ne saurait être qualifié de la sorte dans la mesure où son fonctionnement est hautement politisé, il n'agira pas automatiquement lorsque se produit un des cas prévus à l'article 39 de la Charte de Nations Unies. Le fait que les cinq membres permanents possèdent un droit de veto contribue d'ailleurs à accentuer ce phénomène.

<sup>15</sup> Voir Raphaële Rivier, *Droit international public*, 2e éd, Paris, Presses universitaires de France, 2013, à la p 605 : « [I]e pouvoir de sanction est réparti entre chaque État sur une base paritaire ».

conséquences, cette multiplication des forums entraîne ce que d'aucuns qualifient de « fragmentation » du droit international<sup>16</sup>.

La gouvernance économique mondiale connaît pour sa part une évolution distincte en ce que la transition d'une coopération minimaliste et peu répandue vers une coopération institutionnalisée et généralisée s'est opérée en quelques décennies seulement. D'une part, on assistera dès 1944 à la signature des *Accords de Bretton Woods*<sup>17</sup> lesquels mèneront à la création de la Banque mondiale ainsi que du Fond monétaire international. D'autre part, s'agissant des relations économiques internationales, on jettera les bases d'un système commercial multilatéral dans la foulée de ce qui suit la capitulation japonaise du 2 septembre 1945. Des discussions sont entamées dès 1946 afin de mettre en place une organisation internationale qui deviendrait le troisième pilier de la gouvernance économique mondiale post Guerres mondiales en encadrant les relations commerciales au niveau multilatéral<sup>18</sup>. Bien que 53 pays s'entendent le 24 mars 1948 sur le texte final de la *Charte de La Havane*, laquelle devait mener à la création de l'Organisation internationale du commerce (OIC), l'organisation en question ne verra au final jamais le jour faute de ratification dudit traité par plusieurs pays, dont au premier chef les États-Unis d'Amérique<sup>19</sup>. On se rabattra plutôt pendant 47 ans sur l'accord qui était voulu temporaire en attendant la mise en place de l'OIC, l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*<sup>20</sup>(GATT), afin d'encadrer certains

---

<sup>16</sup> Sur ce thème, voir généralement : Georges Abi-Saab, « Fragmentation or unification: some concluding remarks.(The Proliferation of International Tribunals: Piecing Together the Puzzle) » (1999) 31:4 NYUJ Intl L & Pol 919; Gerhard Hafner, « Pros and Cons Ensuing from Fragmentation of International Law » (2003) 25 Mich J Int L 849; Andreas Fischer-Lescano et Gunther Teubner, « Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law » (2003) 25 Mich J Intl L 999; Joost Pauwelyn, « Bridging Fragmentation and Unity: International Law as a Universe of Inter-Connected Islands » (2003) 25 Mich J Intl L 903; Hugo Caminos, « The Growth of Specialized International Tribunals and the Fears of Fragmentation of International Law » dans Nerina Boschiero, dir, *International courts and the development of international law essays in honour of Tullio Treves*, La Haye, T M C Asser Press, 2013, 55.

<sup>17</sup> *Accord relatif au fonds monétaire international*, 27 novembre 1945, 2 RTNU 41 (entrée en vigueur : 27 décembre 1945); *Accord relatif à la banque internationale pour la reconstruction et le développement*, 27 novembre 1945, 2 RTNU 135 (entrée en vigueur : 27 décembre 1945) [ci-après conjointement désignés *Accords de Bretton Woods*].

<sup>18</sup> Voir Giorgio Sacerdoti, « Havana Charter » dans *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, par Rüdiger Wolfrum, Oxford Public International Law, juin 2014 aux para 2–10, en ligne : Oxford Public International Law <opil.ouplaw.com> [Sacerdoti, « Havana Charter »]; Wolfgang Benedek, « General Agreement on Tariffs and Trade (1947 and 1994) » dans *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, par Rüdiger Wolfrum, Oxford Public International Law, mars 2015 au para 2, en ligne : Oxford Public International Law <opil.ouplaw.com>.

<sup>19</sup> Sacerdoti, « Havana Charter », *supra* note 17 aux para 2–10.

<sup>20</sup> *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, 30 octobre 1947, 58 RTNU 187 (entrée en vigueur : 1<sup>er</sup> janvier 1948) [GATT de 1947].

aspects des relations économiques au niveau multilatéral. Il faut en effet attendre la conclusion du cycle de l'Uruguay à Marrakech le 15 avril 1994 pour assister à la complétion de l'encadrement du système commercial multilatéral par la mise en place d'une organisation internationale digne de ce nom, l'Organisation mondiale du commerce<sup>21</sup> (OMC). Les réactions contemporaines sur le départ marqué que cela constitue face à l'ordre juridique primitif qui caractérise autrement le droit international sont éloquentes; aux dires du Roi Hassan II qui présidait la cérémonie de clôture du cycle de négociation, il s'agit ni plus ni moins que de l'atteinte de l'état de droit dans les relations économiques internationales :

En donnant naissance ce jour, à Marrakech, à l'Organisation mondiale du commerce, nous consacrons l'Etat de droit dans les relations économiques et commerciales internationales en faisant prévaloir les règles et disciplines universelles sur les tentations de l'unilatéralisme et sur la raison du plus fort. En professant collectivement cet acte de foi, nous venons en définitive d'enterrer le pacte colonial et de donner à l'interdépendance sa véritable signification. Quelle que soit la taille de nos économies respectives, nous allons jouir désormais des mêmes droits et être soumis aux mêmes obligations. Nous partageons les mêmes objectifs et devons relever les mêmes défis, qu'il s'agisse d'affronter le fléau du chômage, de remédier aux contraintes de l'exclusion sociale ou d'apporter les réponses pertinentes à nos préoccupations en matière d'environnement ou dans d'autres domaines<sup>22</sup>.

En filigrane de ces discours de célébration se trouve le rejet de la politisation des différends qui régnait sous le *GATT de 1947*. C'est à même le *Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*<sup>23</sup> que se cristalliserait dorénavant cette intention commune des parties de doter le système commercial multilatéral d'un système de règlement des différends axé sur la primauté du droit et constituant le forum exclusif pour l'adjudication des différends pouvant résulter de l'application des divers accords de l'OMC<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> *Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1867 RTNU 165 (entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1995) [*Accord sur l'OMC*]. Avec l'entrée en vigueur de l'*Accord sur l'OMC*, le *GATT de 1994* succède au *GATT de 1947*; *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994*, Annexe 1A de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce* 15 avril 1994, 1867 RTNU 192 (entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1995) [*GATT de 1994*].

<sup>22</sup> GATT, *Focus : Bulletin d'information*, n° 107, mai 1994 à la p 4, en ligne : <<https://docs.wto.org/gattdocs/r/GG/GATTFOCUS/107.pdf>>

<sup>23</sup> *Mémoire 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, 1869 RTNU 426, 33 ILM. 1226 (entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1995) [*Mémoire d'accord*] ou [*Mémoire d'accord sur le règlement des différends*].

<sup>24</sup> Au titre de l'article 3:2 du *Mémoire d'accord*, l'objet du mécanisme multilatéral de règlement des différends est de « préserver les droits et les obligations résultant pour les Membres des accords visés, et de clarifier les dispositions existantes de ces accords conformément aux règles coutumières d'interprétation du

En somme, en devenant membre de l'OMC les États contractants acceptaient d'obéir à un cadre normatif limitant leur faculté souveraine d'agir dans les matières qui relèvent de leur droit interne et ils consentaient également à la juridiction de l'Organe des règlements des différends (ORD) afin d'administrer tout litige résultant de l'application des accords de l'OMC. Cette cession de souveraineté de la part des Membres de l'OMC comportait toutefois une limitation majeure : les organes juridictionnels de l'OMC auraient la faculté de déclarer une mesure d'un Membre incompatible avec les engagements qu'il a contractés, mais ils ne sauraient ordonner à ce dernier de remédier à l'illicéité, devant plutôt se contenter d'effectuer à son égard une recommandation à cet effet<sup>25</sup>. Qui plus est, en ne dotant pas l'OMC en tant qu'organisation de la faculté d'agir contre ses membres récalcitrants par la coercition, les Membres rejetaient fermement la possibilité d'être sanctionnés en cas de défaut de se conformer à de telles recommandations du groupe spécial ou de l'Organe d'appel<sup>26</sup>. Les Membres optaient ainsi plutôt pour un système de mise en œuvre du droit semblable à celui qui prévaut au sein de la société internationale, c'est-à-dire que les Membres de l'OMC ne pourraient pas compter sur la présence d'un organe central ayant la capacité de punir ceux qui violent leurs obligations leur incombant au titre des accords commerciaux multilatéraux. Au contraire, lorsqu'ils feraient face à une violation qui se prolonge indûment, le seul outil coercitif auquel ils pourraient recourir serait celui d'employer les mesures d'auto-assistance que sont les contre-mesures.

Essentiellement, ce que permet ultimement le *Mémorandum d'accord* au Membre lésé qui ne voit pas la situation irrégulière être corrigée à sa satisfaction à l'intérieur d'un certain délai fixé par l'ORD, c'est de requérir et d'obtenir de ce dernier l'autorisation de suspendre des concessions tarifaires ou d'autres obligations à l'égard du Membre fautif. Le remède qui s'offre au Membre plaignant étant, tout compte fait, le même que celui que prévoyait le *GATT*

---

droit international public ». Ce même paragraphe énonce d'ailleurs que : « [l]e système de règlement des différends de l'OMC est un élément essentiel pour assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral. » Notons que lorsque le terme « membre » sera dorénavant employé avec une majuscule, ce terme désignera un, certains ou les membres de l'OMC, selon le cas.

<sup>25</sup> Voir *Mémorandum d'accord*, *supra* note 23, art 19.

<sup>26</sup> À ce sujet, l'auteure Judith Hippler Bello rappelait dans des termes imagés que : « *When a panel established under the WTO Dispute Settlement Understanding issues a ruling adverse to a member, there is no prospect of incarceration, injunctive relief, damages for harm inflicted or police enforcement. The WTO has no jailhouse, no bail bondsmen, no blue helmets, no truncheons or tear gas.* ». Judith Hippler Bello, « The WTO Settlement Understanding: Less is More », (1996) 90 AJIL 416 à la p 417.

de 1947. Ce recours aux mesures d'auto-assistance est, par ailleurs, celui qui est disponible aux États lésés en vertu du droit international général en l'absence d'une procédure obligatoire de règlement des différends.

Un contraste frappant se dessine donc de ce qui précède. D'une part, on observe que par l'achèvement du Cycle de l'Uruguay, le droit commercial international a connu des avancées majeures en ce qu'il subissait une modification en profondeur lui permettant de mieux s'arrimer à la réalité de l'économie mondiale qui avait connu une certaine transformation depuis l'entrée en vigueur du *GATT de 1947*<sup>27</sup>. Les signes de ces changements au sein du commerce international sont, au moment de la concrétisation de cette réforme, bien perceptibles depuis plusieurs années déjà. Certaines tendances lourdes témoignant de cette mouvance dans la façon dont sont opérés les échanges transfrontaliers de biens et de services se dessinaient et étaient observables empiriquement; on peut en outre penser aux changements dans la structure de l'investissement direct étranger – lequel était de moins en moins utilisé uniquement afin de s'approvisionner en matières premières et devenait, en sens contraire, de plus en plus un véhicule afin de positionner des activités d'ajout de valeur dans les secteurs secondaires et tertiaires de l'économie – ainsi qu'à la part croissante du rôle joué par les firmes multinationales dans la production mondiale<sup>28</sup>. D'autre part, on assiste à l'insensibilité du droit commercial international face à ces changements en regard de la méthode privilégiée afin d'obtenir l'exécution en cas de différend, si ce n'est que la transition vers un système davantage axé sur les règles assurait dorénavant la disponibilité juridique du recours aux contre-mesures.

L'évaluation de l'optimalité de cette évolution dichotomique du droit international économique et de la matière qu'il régit, les relations économiques internationales, est celle que nous tenterons de mettre de l'avant dans le cadre de ce mémoire. Nous tenterons en effet de répondre à la question suivante : « les contre-mesures à l'OMC constituent-elles un

---

<sup>27</sup> « La Charte de La Havane, qui eut créé l'organisation internationale du commerce (OIC), si elle avait été ratifiée, reflétait en effet l'état du commerce international au lendemain du second conflit mondial, c'est-à-dire celui d'un commerce des marchandises, et non pas des services. » Carreau et al, *supra* note 6 à la p 6 para 16.

<sup>28</sup> Sur ces changements au sein l'économie mondiale, voir notamment John H Dunning et Sarianna M Lundan, *Multinational Enterprises and the Global Economy*, 2<sup>e</sup> éd, Cheltenham (R-U), Edward Elgar, 2008 aux pp 16–17 et 34–39.

système adapté à la réalité du commerce international du XXI<sup>e</sup> siècle? » S'agissant d'un thème qui se prête particulièrement bien à la multidisciplinarité en raison de la forte intégration des divers disciplines<sup>29</sup>, nous mobiliserons à la fois la science juridique et la science économique afin d'effectuer notre analyse. L'examen focalisera d'abord et avant tout sur les conséquences qu'entraînent le maintien d'un tel système de représailles dans le cadre des différends à l'OMC. La mobilisation de la science économique nous permettant de jeter à cet égard les bases d'une discussion novatrice sur la question. Le but du recours à cette discipline étant d'analyser dans quel mesure le système des contre-mesures est en phase avec la réalité contemporaine du commerce international et non de déterminer si les contre-mesures constituent un remède efficace – quoique cette discussion prendra nécessairement place de façon incidente. C'est précisément de ce qui ressortira de l'analyse qui prendra place qui nous permettra d'employer une approche critique, ou en d'autres termes, de « dépasser le formalisme juridique au profit d'une mise en relation du phénomène juridique avec la réalité sociale et, en particulier, avec les contradictions qui la caractérisent. »<sup>30</sup>

Afin de répondre à la problématique susmentionnée, le présent mémoire sera conceptuellement divisé en deux parties, lesquelles seront à leur tour composée de deux sous-parties. Les deux premiers chapitres constitueront ainsi l'établissement du cadre théorique. Ainsi, le premier chapitre décrira en détails l'institution des contre-mesures dans le cadre du système de règlement des différends de l'OMC en prenant bien soin d'en relever les similitudes et les dissemblances avec le remède qui prévaut en vertu du droit international général. Le second chapitre se déclinera pour sa part en une analyse détaillée de la réalité actuelle du commerce international, et ce tant d'un point de vue théorique qu'empirique. Une fois les concepts fermement établis, la discussion prendra davantage une tournure analytique et même prescriptive. En présentant une étude détaillée du degré d'adéquation entre le cadre

---

<sup>29</sup> Le droit international économique est très certainement une matière qui se prête bien à la pluridisciplinarité, voir notamment Jackson, *Jurisprudence*, supra note 8 à la p 11. Cette assertion est d'autant plus vraie au sujet des mesures de représailles qui existent dans le système OMC, on a même dit à cet égard que « *It is hard to think of a better topic for multi-disciplinary study than trade retaliation in the WTO.* » Chad P. Bown et Joost Pauwelyn « Introduction: Trade retaliation in WTO dispute settlement: a multi-disciplinary analysis » dans Chad P. Bown et Joost Pauwelyn, dir, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, 1 à la p 1.

<sup>30</sup> Jean Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, sub verbo « Approche critique ».

juridique qui encadre la phase d'exécution du règlement des différends à l'OMC et la réalité du commerce international telle que celle-ci peut être observée en ce début de XXI<sup>e</sup> siècle, le troisième chapitre répondra à la problématique centrale du présent mémoire. Enfin, le quatrième chapitre examinera l'usage des contre-mesures sous le système commercial multilatéral d'un point de vue empirique et doctrinal, en plus de se pencher sur les pistes de solutions pouvant être envisagées afin de pallier les lacunes qui ressortiront de la discussion.

## CHAPITRE PREMIER

### LES CONTRE-MESURES EN DROIT INTERNATIONAL ET EN DROIT DE L'OMC : SYNTHÈSE ET ANALYSE COMPARATIVE

*Legally speaking, reprisals are a sort of by-product of war. That is why they do not have and even cannot have equivalent whatsoever in municipal legal orders*<sup>31</sup>.

En raison du caractère primitif de son organisation, la société internationale table toujours sur un régime de responsabilité dont la mise en œuvre est décentralisée. Il ne saurait être inféré de cet état de fait, cependant, que le système juridique qu'est le droit international ne prescrit aucun cadre normatif relativement aux réactions étatiques pouvant être prises face à l'illicite. Au contraire, le droit international général encadre de façon stricte les réponses pouvant être employées afin de contraindre un autre État à cesser l'illicéité dont il est responsable (1.1). À titre de *lex specialis*, le droit de l'OMC établit pour sa part un encadrement procédural et substantiel particulier de ces mesures (1.2).

#### 1.1 Les réactions décentralisées à l'illicite en droit international général

À l'instar des divers régimes de responsabilité qui existent en droit interne (civile, pénale, criminelle, professionnelle, etc.), le droit international prévoit un régime de responsabilité pour les manquements commis par les sujets qu'il régit. Les rapports juridiques qui résultent de la commission d'un fait internationalement illicite par un État ont fait l'objet de travaux considérables de la part de la Commission du droit international<sup>32</sup>. Ces travaux de codification de la responsabilité internationale de l'État se sont étalés sur des années et ont finalement débouché sur l'adoption en 2001 du *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*<sup>33</sup>. En dépit du caractère non contraignant du texte

---

<sup>31</sup> Zoller, *supra* note 11 à la p 42.

<sup>32</sup> Pour une description détaillée de l'évolution de travaux de la Commission, voir James Crawford, *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite : introduction, texte et commentaires*, Paris, A Pedone, 2003 [Crawford, *Les articles de la C.D.I.*].

<sup>33</sup> Texte adopté par la Commission à sa cinquante-troisième session, en 2001, et soumis à l'Assemblée générale dans le cadre du rapport de la Commission sur les travaux de ladite session. L'Assemblée générale des Nations Unies a porté ces articles à l'attention des gouvernements par le biais de la résolution *Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, Rés. AG/56/83, Doc Off AG NU, 56<sup>ème</sup> sess, supp. n°49 Doc NU A/56/49 (2001) [Articles de la CDI].



qui reproduit la norme, il appert indéniable qu'une grande partie de ce projet d'articles<sup>34</sup> constitue un reflet exact de la coutume internationale relative au droit de la responsabilité internationale et qu'il est justifié de s'y référer à ce titre, ce que les organes juridictionnels internationaux font d'ailleurs abondamment<sup>35</sup>. Essentiellement, ces articles définissent les circonstances permettant de qualifier un fait d'internationalement illicite ainsi que les conditions d'attribution d'un tel fait à un État, en plus d'établir les circonstances excluant l'illicéité et de définir les conséquences qui découlent de la commission d'un fait internationalement illicite. Les éléments du fait internationalement illicite sont doubles et sont explicités à l'article 2 des *Articles de la CDI* :

#### Article 2

#### ELEMENTS DU FAIT INTERNATIONALEMENT ILLICITE DE L'ÉTAT

Il y a fait internationalement illicite de l'État lorsqu'un comportement consistant en une action ou une omission :

- a) Est attribuable à l'État en vertu du droit international; et
- b) Constitue une violation d'une obligation internationale de l'État<sup>36</sup>.

Un des principes cardinaux du droit international veut que la commission d'un fait internationalement illicite soit susceptible d'engager la responsabilité internationale de l'État fautif<sup>37</sup>. Le contenu de cette responsabilité est énoncé dans la deuxième partie (articles 28–41) des *Articles de la CDI*. En essence, la commission d'un fait internationalement illicite

---

<sup>34</sup> Les statuts de la CDI prévoient que cette dernière a pour but « de promouvoir le développement progressif du droit international et sa codification. » Voir *Création d'une commission du droit international*, Rés A/RES/174(II), Doc off AG NU, 123<sup>e</sup> sess plénière (1947), à l'art 1.

<sup>35</sup> Voir Rivier, *supra* note 15 à la p 580; À cet égard, un auteur note que : « *Despite the criticism of their authority or legal status, the Articles have had a tremendous impact on the legal thinking of most international courts and tribunals.* » R Rajesh Babu, *Remedies under the WTO Legal System*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2012 à la p 64.

<sup>36</sup> Dans sa codification, la Commission de droit international nous enseigne qu'une violation peut survenir tant à l'égard d'une obligation conventionnelle que d'une obligation coutumière, du moment que le « fait dudit État n'est pas conforme à ce qui est requis de lui en vertu de cette obligation », voir *Articles de la CDI*, *supra* note 33 art 12.

<sup>37</sup> *Affaire relative au Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie c Slovaquie)*, arrêt, [1997] CIJ rec 7, au para 47 [*Projet Gabčíkovo-Nagymaros*]; *Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol (Espagne c Royaume-Uni)*, [1925] RSA vol II 615, à la p 641; *Articles de la CDI*, *supra* note 33, art 1. Il est à noter qu'il ressort de la pratique étatique et de celle des organes juridictionnels internationaux que le manquement à une obligation est évalué de manière *objective*, c'est donc dire que le niveau de gravité de la violation ou la nature de celle-ci et même l'intention de l'État ne sont pas pertinents lorsqu'il y a lieu de déterminer si une obligation internationale a été violée. Voir Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 7<sup>e</sup> éd, Oxford, Oxford University Press, 2008, à la p 437.

emporte les conséquences juridiques suivantes : l'État fautif demeure responsable d'exécuter l'obligation violée<sup>38</sup>, il doit mettre fin au fait internationalement illicite s'il s'agit d'un fait continu<sup>39</sup> et offrir des assurances et des garanties de non-répétition appropriées si les circonstances l'exigent<sup>40</sup>, enfin il doit réparer intégralement le préjudice causé par le fait internationalement illicite<sup>41</sup>. S'agissant de la réparation intégrale du préjudice, l'obligation qui incombe à l'État est celle de rétablir la situation qui existait avant que le fait illicite ne soit commis – restitution –, à défaut il doit indemniser la victime du fait internationalement illicite<sup>42</sup>.

Aux notions que nous avons succinctement abordées jusqu'à présent, il y a lieu d'ajouter la distinction – qui peut parfois paraître bien technique et même artificielle, diront certains<sup>43</sup> – que fait le droit international entre les règles primaires et secondaires. Inspirée de la pensée d'Herbert Hart, qui concevait le droit comme étant l'union de règles primaires et secondaires<sup>44</sup>, cette distinction trace la différence entre les obligations substantielles du droit international et les conséquences du manquement à ces obligations. Essentiellement, on retiendra des obligations primaires qu'elles sont des « normes de comportement »<sup>45</sup> auxquelles l'État est tenu de se conformer soit en vertu du droit international coutumier, soit parce qu'il s'est lui-même obligé. En somme, ces règles dictent aux sujets du droit international qu'est l'État quoi faire ou ne pas faire. Une illustration de règle primaire serait par exemple si un État s'engageait dans le cadre d'un traité bilatéral à toujours conserver le

---

<sup>38</sup> *Articles de la CDI*, supra note 33, art 29.

<sup>39</sup> L'obligation de cessation a été réaffirmée par la CIJ dans plusieurs avis et décisions, voir notamment *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Avis consultatif, [2004] CIJ rec 136 au para 150; *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c États-Unis d'Amérique)*, [1986] CIJ rec 14 à la p 149 [*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*]; *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran (États-Unis d'Amérique c Iran)*, [1980] CIJ rec 3 au para 95 [*Personnel diplomatique*]; *Affaire Haya de la Torre (Colombie c Pérou)*, [1951] CIJ rec 71 à la p 82.

<sup>40</sup> *Articles de la CDI*, supra note 33, art 30.

<sup>41</sup> *Ibid*, art 31. La réparation intégrale peut prendre la forme de restitution, indemnisation ou satisfaction. La réparation intégrale comprend également le paiement d'intérêts sur la somme principale, voir *ibid*, aux art 35-38.

<sup>42</sup> Sur l'obligation de réparation intégrale du préjudice découlant du fait internationalement illicite, voir *ibid*, aux art 35-38; voir également *Affaire relative à l'usine de Chorzów (Allemagne c Pologne)* (1928), CPJI (sér A) n°13 à la p 47.

<sup>43</sup> Eric David, « Primary and Secondary Rules » dans James Crawford, Alain Pellet et Simon Olleson, dir, *The Law of International Responsibility*, New York, Oxford University Press, 2010, 27 à la p 27.

<sup>44</sup> Herbert Hart, *The Concept of Law*, Birmingham, The Legal Classics Library, 1990 à la p 91.

<sup>45</sup> Rivier, supra note 15 à la p 579.

débit d'un fleuve passant sur son territoire à un certain niveau. Le fait pour l'État de ne pas respecter le niveau établi par traité constituerait ainsi dans notre exemple la violation d'une obligation primaire. Quant à elles, les règles secondaires, sont des règles au sujet des règles primaires<sup>46</sup>. Plus précisément, dans le contexte du droit international, on retiendra que ces règles « concernent les conséquences de la violation des règles primaires »<sup>47</sup> et que ce sont les règles qui ont été codifiées par la CDI dans son projet d'articles<sup>48</sup>. Ainsi, il y aurait par exemple violation des obligations secondaires de cessation et de réparation si suite au constat de la violation d'une obligation primaire l'État ne cessait pas l'acte illicite ou omettait de réparer intégralement les conséquences découlant de cet acte. Comme nous le verrons ci-après, ce n'est que lorsqu'un État fera défaut de se conformer à ses obligations secondaires que l'État lésé pourra recourir à l'emploi de mesures de représailles afin d'inciter l'État responsable à s'en acquitter.

Il ressort de la doctrine et de la pratique des États, que si un État souhaite répondre pacifiquement<sup>49</sup> au fait ou aux agissements d'un autre État, il peut le faire en employant à l'égard de l'État visé soit des mesures de réciprocité, soit des mesures de coercition, et ce, soit de façon séparée, soit de façon cumulative. Les premières ne trouvant pas application en droit de l'OMC, seules les secondes feront l'objet de développements. Les mesures dites de coercitions peuvent être classées en deux catégories génériques, à savoir les *mesures de rétorsions* (1.1.1) et les *représailles* ou *contre-mesures* (1.1.2). Ces deux types de mesures présentent des similitudes tant par leur objet que par leur nature et les deux concepts sont souvent utilisés de façon indistincte, rappellent des auteurs<sup>50</sup>. Pour notre part, nous sommes d'avis que malgré les similitudes, les distinctions sont assez marquées pour que les deux types de mesure soient traités de façon séparée et qu'on évite de les confondre.

---

<sup>46</sup> Voir Hart, *supra* note 44 à la p 92.

<sup>47</sup> *Ibid.* Voir également Rivier, *supra* note 15 à la p 579

<sup>48</sup> Sur le débat qui a eu cours à la CDI quant au choix de codifier uniquement les obligations secondaires, voir David, *supra* 43 aux pp 27-28.

<sup>49</sup> Nous nous limitons dans le cadre de cette étude à traiter des réactions pacifiques en raison de l'objet de l'étude et de l'interdiction du recours à la force en droit international général, interdiction consacrée à l'article 2:4 de la *Charte des Nations Unies*, *supra* note 9.

<sup>50</sup> Pierre-Marie Dupuy et Yann Kerbrat, *Droit international public*, 12<sup>e</sup> éd, Dalloz, Paris, 2014 à la p 565.

### 1.1.1 Les mesures de rétorsion

Les mesures de rétorsion sont des mesures d'auto-assistance prises par un État à l'égard d'un autre État en réaction d'un fait ou comportement de ce dernier<sup>51</sup>. Il importe de noter que bien qu'elle puisse constituer une mesure inamicale, la rétorsion se caractérise fondamentalement par sa licéité intrinsèque, ce qui signifie que son usage par un État n'entraîne pour celui-ci la violation d'aucune obligation internationale<sup>52</sup>. Le fait ou comportement préalable à l'origine des rétorsions peut être ou ne pas être contraire aux obligations internationales de l'État duquel il émane<sup>53</sup>. Ainsi, la simple perception d'un comportement hostile pourrait être suffisante pour déclencher l'application de mesures de rétorsion à l'égard d'un autre État. Les mesures de rétorsion ont pour but d'induire un comportement chez l'État visé, ou à tout le moins de dénoncer et d'indiquer fortement sa désapprobation face à ce dernier. Les formes que pourraient prendre les mesures de rétorsion sont multiples, toutefois les exemples les plus souvent cités sont ceux de l'expulsion d'un diplomate de niveau équivalent<sup>54</sup>, voire de la rupture des relations diplomatiques, de la réduction ou de la cessation de l'aide au développement<sup>55</sup> ou encore de l'imposition de formalités supplémentaires pour que soient admis sur le territoire les citoyens de l'État visé<sup>56</sup>. Notons finalement qu'en raison de leur

---

<sup>51</sup> Voir Boleslaw Adam Boczek, *International Law : a Dictionary*, Lanham (MD), Scarecrow Press, 2005, *sub verbo* « Retorsion »; Dupuy et Kerbrat, *supra* note 50 à la p 565; Rivier, *supra* note 15 à la p 606; Fernando Gamboa Serazzi, *Manual de derecho internacional público*, 3<sup>e</sup> éd, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 1986 à la p 299; De La Brière, *supra* à la note 10 à la p 242.

<sup>52</sup> Voir Jean Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, *supra* note 30, *sub verbo* « Rétorsion ».

<sup>53</sup> Voir Thomas Giegerich, « Retorsion » dans *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, par Rüdiger Wolfrum, Oxford Public International Law, mars 2011, en ligne : Oxford Public International Law <opil.ouplaw.com>.

<sup>54</sup> C'est d'ailleurs le qualificatif de « peu amical » qui a été utilisé par le tribunal arbitral dans l'*Affaire Naulilaa* pour décrire l'expulsion d'un diplomate en fonction. Voir *Responsabilité de l'Allemagne à raison des dommages causés dans les colonies portugaises du sud de l'Afrique (sentence sur le principe de la responsabilité) (Portugal c Allemagne) [1928] RSA vol II 1011 à la p 1027 [Affaire Naulilaa]*; Un cas d'application récent d'une telle mesure de rétorsion fut l'expulsion par le gouvernement des États-Unis d'Amérique de trois diplomates de la République bolivarienne du Venezuela en réponse à l'expulsion par ce pays une semaine auparavant de diplomates américains à qui on reprochait de participer activement aux violentes protestations contre le gouvernement, voir Andrew Cawthorne et Eyanir Chinaea, « U.S. expels Venezuelan diplomats in tit-for-tat move over unrest », *REUTERS* (25 février 2015), en ligne : <<http://www.reuters.com/article/2014/02/25/us-venezuela-protests-idUSBREA1012B20140225>>.

<sup>55</sup> Par exemple, suite à l'adoption de la résolution 2334 par le Conseil de sécurité des Nations Unies le 23 décembre 2016 – laquelle condamnait notamment la colonisation par Israël du Territoire palestinien occupé – Israël a décidé de suspendre l'aide qu'il versait au Sénégal, pays ayant voté en faveur de l'adoption de la résolution. Voir : « Après la résolution de l'ONU, les mesures de rétorsion d'Israël », *La Dépêche du Midi* (28 décembre 2016) en ligne <<https://www.ladepêche.fr/article/2016/12/28/2486831-apres-resolution-onu-mesures-retorsion-israel.html>>.

<sup>56</sup> Ainsi, en rétorsion à l'imposition de visa aux touristes mexicains par le Canada, le Mexique avait annoncé que les détenteurs de passeports officiels et diplomatiques ne seraient désormais plus exemptés de l'obligation

licéité intrinsèque, les mesures de rétorsion ne sont pas encadrées par le droit international, elles ne sont ainsi pas soumises à l'exigence de proportionnalité face au préjudice qui découle de l'acte qui les motive<sup>57</sup>. Si cela fait en sorte que les États les appliquant disposent d'une grande marge de manœuvre<sup>58</sup>, cela entraîne également comme conséquence que l'évaluation par un État de l'opportunité de celles-ci ne se fera pas à la lumière du cadre juridique du droit international général, mais plutôt en recourant à une évaluation plus pragmatique qui tient compte de la réalité et du contexte des relations internationales<sup>59</sup>.

### 1.1.2 Les représailles ou contre-mesures

#### 1.1.2.1 Évolution historique du concept

À l'instar des mesures de rétorsion, les représailles sont également des actes de « rigueur et de coercition »<sup>60</sup> qui constituent des mesures d'auto-assistance prises par un État s'estimant lésé à l'égard d'un autre État<sup>61</sup>. À la différence des mesures de rétorsion, cependant, les représailles constituent une réponse qui serait autrement illicite à un acte illicite. Le terme représailles, dans sa conception originelle, englobe donc toutes les mesures par ailleurs illicites que peut prendre un État, incluant le recours à la force.

L'idée de représailles exercées par des États remonte à l'époque où « l'ancien droit »<sup>62</sup> connaissait le concept de solidarité civique entre les membres d'une même communauté, rendant tous les membres de cette communauté solidairement responsables de la faute commise par un de leur compatriote<sup>63</sup>. Il fut effectivement une époque où, en vertu de ce

---

d'obtenir un visa afin de se rendre sur son territoire, voir : « Le Mexique impose des visas aux officiels et aux diplomates canadiens », Agence France-Presse (16 juillet 2009), en ligne :

<<http://www.lapresse.ca/international/amerique-latine/200907/16/01-884763-le-mexique-impose-des-visas-aux-officiels-et-aux-diplomates-canadiens.php>>.

<sup>57</sup> Voir Robert Kolb, « La proportionnalité dans le cadre des contre-mesures et des sanctions – essai de clarification conceptuelle » dans Laura Forlati et Lino-Alexandre Sicilianos, dir, *Les sanctions économiques en droit international / Economic sanctions in international law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2004, 379 à la p 436.

<sup>58</sup> Zoller, *supra* note 11 aux pp 5–7. Cette auteure affirme à la p 6 que: « *the scope of retorsion is basically as wide as that of the nonregulated conduct of states.* »

<sup>59</sup> Un auteur suggère que l'arbitrage se fait généralement par le biais d'une analyse coûts-bénéfices, voir Giegerich, *supra* note 53 au para 5.

<sup>60</sup> De La Brière, *supra* note 10 à la p 242.

<sup>61</sup> Voir : *ibid*; Dupuy et Yann Kerbrat, *supra* note 50 à la p 566; James Crawford, *Les articles de la C.D.I.*, *supra* note 32 à la p 335.

<sup>62</sup> Cette expression doit se comprendre du droit international en vigueur jusqu'aux environs du début du XIX<sup>e</sup> siècle, voir De La Brière, *supra* note 10 à la p 251.

<sup>63</sup> Voir De La Brière, *supra* note 10 à la p 254; Zoller, *supra* note 11 aux pp 36–38.

principe, il était commun et justifié pour un État de venger l'injustice commise à l'égard d'un de ses citoyens en prenant des mesures de représailles à l'égard de quelconque personne possédant la citoyenneté de l'État du spoliateur. Dès lors, sous l'ancienne théorie des représailles, il était loisible à l'État de détenir des nationaux ou même saisir les biens de citoyens compatriotes du spoliateur, encore même qu'ils n'eurent commis aucun acte répréhensible<sup>64</sup>. L'ancienne théorie des représailles amenant son lot d'injustices, elle disparut graduellement de la pratique du droit international, alors que fut instaurée la distinction entre les violations affectant seulement des intérêts privés de celles qui affectent l'ensemble de la collectivité<sup>65</sup>. Les premières devaient se résoudre devant les tribunaux nationaux, tandis que les secondes devaient l'être sur une base interétatique<sup>66</sup>. L'évolution du droit international rendit donc l'ancienne conception des représailles caduque. Ne pouvant désormais être appliquées qu'à l'égard de collectivités étatiques et « uniquement dans le domaine du droit public, dans les relations mutuelles et officielles des différents États »<sup>67</sup>, les représailles devinrent un véritable outil des relations internationales.

De nos jours, les représailles s'entendent de la suspension momentanée par un État d'une ou plusieurs obligations internationales à l'égard d'un l'État qui, rappelons-le, doit lui-même avoir commis une violation du droit international<sup>68</sup>. L'évolution du droit international s'est répercutée par un plus grand encadrement – tant au niveau procédural qu'au niveau

---

<sup>64</sup> Un exemple fort instructif de la forme que pouvaient prendre les représailles sous l'ancien droit nous est relaté par Yves De La Brière dans sa contribution au *Recueil des cours* de 1928 : « Un négociant hollandais se trouve en pays étranger pour y exercer son trafic. Il est dévalisé par des brigands, qui le dépouillent de sa riche cargaison de marchandises. Le souverain du pays refuse ou néglige de lui procurer les restitutions, compensations, satisfactions exigées par la justice. Alors, le commerçant lésé requiert et obtient des États généraux de Hollande, pour lui-même ou pour la corporation marchande dont il est membre, l'autorisation de s'indemniser aux frais d'un compatriote quelconque des spoliateurs qui soit solvable et qui réside sur le territoire hollandais. Alors, on confisque des valeurs ou des marchandises appartenant à cet étranger, jusqu'à concurrence de la créance exigible. D'autre fois, l'on incarcère le même étranger, jusqu'au versement d'une rançon qui représente la compensation du dommage. A son tour, l'étranger spolié aura recours auprès de son propre souverain pour solliciter de lui, aux frais du trésor public, le dédommagement des pertes qu'il a subies pour le fait d'autrui et comme représentant fortuit de la communauté tout entière.» De La Brière, *supra* note 10 à la p 251.

<sup>65</sup> *Ibid*, aux pp 257–258; Zoller, *supra* note 11 aux pp 35–37.

<sup>66</sup> Voir, Hans Morgenthau, « Théorie des sanctions internationales » (1935) 16:3d ser R Dr Intl & Législation Comp 809 à la p 822.

<sup>67</sup> De La Brière, *supra* note 10, à la p 258.

<sup>68</sup> Jean Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, *supra* note 30, *sub verbo* « Représailles ». Le principe énoncé dans la sentence arbitrale rendue dans l'*Affaire Naulilaa*, bien que datant de 1928 refléterait donc toujours l'état du droit, voir : *Affaire Naulilaa*, *supra* note 54 à la p 1026.

substantiel – des représailles, diminuant ainsi la possibilité d’y recourir. Si en ce début de XXI<sup>e</sup> siècle le concept de « représailles » demeure valide, on note qu’il est désormais quasi absent du vocabulaire relatif au droit international et aux relations internationales<sup>69</sup>. Il en serait ainsi en raison de la forte connotation de ce terme que l’on associe à la guerre et à toute la violence qui en découle<sup>70</sup>. C’est sans doute cette connotation qui a amené les arbitres dans la sentence arbitrale de l’*Affaire concernant l’Accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les États-Unis d’Amérique et la France*<sup>71</sup> à croire qu’il serait opportun de doter – sans toutefois lui donné une définition précise<sup>72</sup> – le droit international d’un nouveau terme : celui de « contre-mesures ». Le terme fut par la suite rapidement repris par la Cour internationale de justice<sup>73</sup>, puis éventuellement inséré dans les *Articles de la CDI*<sup>74</sup> de la Commission du droit international, mais ce uniquement à la suite d’un débat houleux, voire acrimonieux par moments, relativement à l’opportunité de codifier ces mesures faisant indéniablement partie de la pratique constante des États<sup>75</sup>. Deux visions diamétralement opposées s’affrontèrent alors : d’un côté, un clan, mené par Alain Pellet, qui prétendait que la codification des contre-mesures équivalait à proclamer la « loi de la jungle »<sup>76</sup> puisque cela revenait à rendre légale une pratique qui, dans les faits, ne peut être utilisée que par les États les plus puissants; de l’autre, un clan dont le principal porte-parole fut James Crawford, lequel était d’avis que de ne pas codifier cette pratique existante représentait un risque majeur : celui de laisser la liberté totale aux États et d’ainsi favoriser le recours à de telles mesures<sup>77</sup>. C’est cette seconde école de pensée qui prévalut. Suite à cette évolution

---

<sup>69</sup> Une auteure affirme même qu’on évite désormais systématiquement d’employer ce terme dans les déclarations et textes officiels, voir : Zoller, *supra* note 11 à la p xvi.

<sup>70</sup> Voir *ibid.*; Dupuy et Kerbrat, *supra* note 50 à la p 566. Avant l’interdiction de l’emploi de la force entre États, les représailles étaient souvent effectuées avec un recours à la force militaire, pour des exemples de représailles au XIX<sup>e</sup> et au XX<sup>e</sup> siècle, voir : De La Brière, *supra* note 10 à la p 273.

<sup>71</sup> [1978] RSA vol XVIII 417 [*Services aériens*].

<sup>72</sup> Voir par ex *ibid.*, au para 82.

<sup>73</sup> *Personnel diplomatique*, *supra* note 39; *Projet Gabcikovo-Nagymaros*, *supra* note 37 .

<sup>74</sup> *Articles de la CDI*, *supra* note 33 art 22, 49–53.

<sup>75</sup> Voir les opinions exprimées par MM. Arrangio-Ruiz et Lukashuk à l’effet que les contre-mesures sont une réalité de la pratique et que leur usage est reconnu en droit international coutumier dans « Comptes rendus analytiques des séances de la quarante-huitième session » (Doc NU A/51/10) dans *Annuaire de la Commission du droit international 1996*, vol 2, partie 2, New York et Genève, NU, Doc NU,1998 à la p 164 para 58 et à la 165 para 63 (A/CN.4/SER.A/1996/Add.1) (Part 2).

<sup>76</sup> *Ibid.*, à la p 163 para 52. Voir aussi les opinions exprimées par M. Bennouna, M. Kabatsi et M. Fomba dans *ibid* aux pp 163–164 para 53, à la p 164 para 56, à la p 165 para 65.

<sup>77</sup> Voir dans *ibid* les opinions exprimées par M. Arrangio-Ruiz, à la p 167 au para 86; M. Lukashuk, à la p 165 para 63; M. Crawford aux pp 169-170 aux paras 20-23; M. Villagran Kramer à la p 171 aux paras 32–36.

terminologique, il n'appert plus adéquat d'employer le terme représailles en dehors du cadre d'un conflit armé<sup>78</sup>.

#### *1.1.2.2 De la conception actuelle des contre-mesures – Cadre procédural et substantif entourant l'application des contre-mesures*

L'évolution sémantique s'est accompagnée d'une évolution du cadre normatif entourant l'application de telles mesures. Au niveau conceptuel, cependant, le principe demeure le même : il s'agit pour l'État lésé d'adopter des mesures qui seraient autrement illicites à l'égard d'un État qui viole une obligation secondaire internationale en vue d'obtenir la cessation et la réparation du fait internationalement illicite<sup>79</sup>. En clair, l'incurie de l'État responsable octroie à l'État lésé le droit de violer une obligation internationale à l'égard du fautif. La seconde violation étant justifiée par la première, il est entendu que l'État lésé qui prend des contre-mesures tout en respectant le cadre procédural et substantiel défini par le droit international ne verra pas sa responsabilité internationale engagée; une contre-mesure prise à raison d'un fait internationalement illicite étant une circonstance excluant l'illicéité<sup>80</sup>.

Alors que la détermination de la violation d'une obligation secondaire incombe à l'État lésé, c'est plutôt à l'aune du droit international de la responsabilité des États qu'il importe d'apprécier la légalité d'une contre-mesure. Nous nous pencherons ci-après sur les contraintes que le droit international impose relativement à l'application de contre-mesures. Le constat par l'État lésé que l'État fautif est en violation d'une obligation secondaire n'est pas en soi suffisant pour permettre au premier de déclencher l'application de contre-mesures à l'égard du second. L'État ne pourra en effet légitimement recourir aux contre-mesures que s'il n'a préalablement demandé à l'État responsable de s'acquitter de ses obligations secondaires de cessation, non-répétition et réparation et que cette sommation s'est avérée infructueuse<sup>81</sup>. De plus, l'État lésé devra avoir préalablement notifié à l'État responsable sa décision de prendre des contre-mesures et lui avoir offert de négocier<sup>82</sup>, sauf lorsqu'il prend

---

<sup>78</sup> Voir Crawford, *Les articles de la C.D.I.*, supra note 32 à la p 335.

<sup>79</sup> Voir *ibid* à la p 334.

<sup>80</sup> Voir *Articles de la CDI*, supra note 33, art 22.

<sup>81</sup> *Ibid.*, art 52 al 1 a). Voir également *Affaire Naulilaa*, supra note 54 à la p 1027; *Projet Gabcikovo-Nagyvaros*, supra note 37 au para 84.

<sup>82</sup> *Articles de la CDI*, supra note 33, art 52 al 1 b).



des contre-mesures urgentes et nécessaires à la préservation de ses droits, auquel cas une telle notification et offre de négociation ne sont pas nécessaires<sup>83</sup>. Le fondement de l'obligation de négociation préalable à l'emploi de contre-mesures est d'éviter l'exacerbation du différend en donnant d'abord au fautif la possibilité de réagir. De l'avis du tribunal dans *Services aériens*, cette obligation découlerait de l'obligation générale de bonne foi qui échoit aux États en vertu du droit international<sup>84</sup>. Il est à noter que le fait de porter le différend relatif au fait internationalement illicite initial devant une cour ou un tribunal ayant compétence pour rendre une décision obligatoire pour les parties a pour effet de suspendre le droit d'appliquer des contre-mesures<sup>85</sup>.

Sur quoi les contre-mesures peuvent-elles porter ? En principe, la marge de manœuvre de l'État qui les prend fait l'objet de peu de restrictions; tant qu'elles constituent une réponse proportionnelle au préjudice subi<sup>86</sup>, les contre-mesures peuvent viser n'importe quelle obligation du droit international sauf celles qui ont trait à la prohibition du recours à l'emploi de la force<sup>87</sup>, à la protection des droits fondamentaux de l'homme, celles de caractères humanitaires ainsi que celles découlant du *jus cogens*<sup>88</sup>. Le droit international n'impose effectivement pas à l'État lésé de prendre des contre-mesures dites *récioproques*, c'est-à-dire que l'État lésé n'est aucunement obligé, à titre de contre-mesure, de violer la même obligation que celle qui a été violée à son égard, ou même de chercher à prendre une contre-mesure dans le même traité que celui qui donne lieu aux représailles pacifiques. Il semblerait, d'ailleurs, que les contre-mesures non récioproques sont une pratique commune<sup>89</sup>.

Les principales limites substantielles entourant la prise de contre-mesures par un État découlent essentiellement du caractère même de la société internationale, à savoir l'égalité

---

<sup>83</sup> *Ibid*, art 52 al 2.

<sup>84</sup> *Services aériens*, *supra* note 71 au para 85.

<sup>85</sup> Voir *Articles de la CDI*, *supra* note 33 art 52 al 3.

<sup>86</sup> *Ibid*, art 51.

<sup>87</sup> *Ibid*, art 50. Le principe de l'interdiction du recours à la menace ou l'emploi de la force est consacré à l'article de 2:4 de la *Charte des Nations unies*, *supra* note 9. Le principe de l'interdiction de l'usage de la force possède également une valeur coutumière, tel que l'a décrété la CIJ dans *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, *supra* note 39. Voir également Zoller, *supra* note 11 aux pp 42-44.

<sup>88</sup> Voir *Articles de la CDI*, *supra* note 33, art 50; Voir également De La Brière, *supra* à la note 10, à la p 247.

<sup>89</sup> Voir N Jansen Calamita « Countermeasures and jurisdiction: between effectiveness and fragmentation. » (2011) 42:2 *Geo J Intl L* 233 à la p 243.

des membres sur le strict plan juridique dont nous avons auparavant fait état. L'absence de la faculté pour les membres de se punir entre eux est indubitablement inhérente à cette égalité *de jure*<sup>90</sup>. S'agissant de mesures dénuées d'aspect punitif, les contre-mesures doivent nécessairement être temporaires, ses effets réversibles et non finaux<sup>91</sup>.

L'absence de punition se reflète également dans le caractère proportionnel que doivent revêtir les contre-mesures pour être conformes au droit international<sup>92</sup>. La pratique étatique<sup>93</sup>, la jurisprudence<sup>94</sup> et la doctrine<sup>95</sup>, coïncident sur un point : la proportionnalité est un critère de licéité des contre-mesures. Là où il y a eu certain vacillement, cependant, ce fut dans la qualification de cette proportionnalité. Si l'exigence de proportionnalité par les uns et par les autres a pu diverger au fil du temps, on retiendra pour les fins du présent que la Commission du droit international a finalement opté pour une formulation par la positive<sup>96</sup>. L'article 51 des *Articles de la CDI* stipule en effet que « [l]es contre-mesures doivent être proportionnelles au préjudice subi ». Une formulation par la négative exigerait, en revanche, que les contre-mesures ne soient pas disproportionnées ou hors de proportion pour ne donner que ces exemples. Dans l'optique où l'exigence de proportionnalité a notamment pour fonction d'empêcher l'exacerbation du différend<sup>97</sup>, l'option retenue par la Commission du droit international nous apparaît de mise car moins propice à laisser place à des réactions abusives à titre de contre-mesures prises par un État<sup>98</sup>.

---

<sup>90</sup> Sur ce point, Zoller note que l'idée de punition implique nécessairement l'idée de supériorité du punisseur, voir Zoller, *supra* note 11 à la p 56.

<sup>91</sup> Voir *ibid*, aux pp 75-80; *Articles de la CDI*, *supra* note 33 art 49 al 2.

<sup>92</sup> Voir *ibid*, art 51;

<sup>93</sup> Voir Kolb, *supra* note 57 aux pp 398-402; « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-septième session (2 mai-21 juillet 1995)» (Doc A/50/10) dans *Annuaire de la Commission de droit international 1995*, vol 2, partie 2, New York et Genève, NU, 1998, Doc A/CN.4/SER.A/1995/Add.1 (Part 2) à la p 67.

<sup>94</sup> Voir par ex *Affaire Naulilaa*, *supra* note 54 à la p 1028; *Services aériens*, *supra* note 71 au para 83; *Projet Gabcikovo-Nagymaros*, *supra* note 37 au para 85.

<sup>95</sup> Voir Kolb, *supra* note 57 à la p 407, n 130.

<sup>96</sup> Sur évolution des travaux de la CDI, voir Kolb *supra* note 57 aux pp 402-407.

<sup>97</sup> Voir Thomas M. Franck, « On proportionality of countermeasures in international law » [2008] AJIL 715 à la p 715.

<sup>98</sup> Voir *Annuaire de la Commission de droit international 1995*, *supra* note 93 à la p 68; S'agissant de la distinction entre la proportionnalité positive et négative, Kolb dit de la première qu' « [e]lle forme un critère-condition de la licéité des contremesures ayant son contenu normatif propre. La mesure est beaucoup plus stricte. » De la seconde, il dit à son sujet : « une proportionnalité négative tend à accréditer l'idée qu'une certaine disproportion est acceptable en droit international et dès lors s'ouvre aux abus les plus divers. » Voir Kolb, *supra* note 57 à la p 431.

De prime abord, il y a lieu d'établir la distinction entre le concept de proportionnalité et celui d'équivalence<sup>99</sup>. À cet égard, il est utile de reprendre les termes d'Elizabeth Zoller qui, avec grande limpidité, expriment en quoi le premier se distingue du second :

*Unlike equivalence, proportionality does not call for a relationship of equality between things which are similar, either because they are of the same kind, or because they can be evaluated by a monetary standard. Instead proportionality implies merely a relationship of harmony between things which are different, either because of their own natures (such as the areas of continental shelf and the lengths of coastlines), or because of their respective importance (such as the fishery rights of states in specified areas or the property rights of a predecessor state and a successor state with respect to a succession of states). As a result, proportionality calls not for mathematical but for relative equality, and, whereas equivalence finds its limits in the field of quantifiable things, proportionality is not constrained by such limits. Proportionality may apply to quantities too, but it may also apply to qualities<sup>100</sup>.*

S'agissant d'une comparaison qui n'est pas purement arithmétique entre deux éléments de nature distincte, il est inévitable qu'on en vienne ultimement à compléter un épineux exercice qu'un auteur assimile à comparer des pommes et des oranges<sup>101</sup>. En fait, l'évaluation du caractère proportionnel d'une contre-mesure revient à comparer l'effet de la mesure légale – la contre-mesure – avec l'effet de la mesure illégale qui y a donné lieu. L'analyse doit être conduite tant sur une base subjective qu'objective eu égard à la gravité du fait internationalement illicite et du droit en cause. Comme nous le verrons plus loin, le droit de l'OMC diffère à cet égard grandement du droit international, en requérant non pas la proportionnalité, mais bien la stricte équivalence.

## **1.2 Réaction du Membre à l'illicite en droit de l'OMC**

Les accords de l'OMC constituent un régime particulier au sein du droit international<sup>102</sup>. Le principe de l'applicabilité du droit international coutumier aux relations économiques

---

<sup>99</sup> Comme l'explique Kolb, ce qui est équivalent n'est pas nécessairement proportionnel. Voir *ibid* aux pp 387–388.

<sup>100</sup> Zoller, *supra* note 11 à la p 129.

<sup>101</sup> Franck, *supra* note 97 à la p 716.

<sup>102</sup> Voir Sherzod Shadikhodjaev et Nohyoung Park, « Cessation and Reparation in the GATT/WTO Legal System: A View from the Law of State Responsibility » (2007) 41 J World Trade 1237 à la p 1238; Pauwelyn, « Role of Public International Law », *supra* note 11 à la p 538.

qu'entretiennent les membres de l'OMC dans la mesure de sa compatibilité avec les accords de l'OMC semble lui aussi largement accepté<sup>103</sup>. S'agissant du droit de la responsabilité internationale, l'article 55 des *Articles de la CDI* dissipe tout doute que l'on pourrait entretenir relativement au caractère supplétif de ces articles; il est possible d'y déroger en mettant en place des règles particulières. C'est ainsi qu'en tant que *lex specialis*, le *Mémorandum d'accord sur le règlement des différends* met notamment en place des règles régissant le contenu et la mise en œuvre de la responsabilité internationale des Membres. Véhicule procédural que doivent obligatoirement emprunter les Membres de l'OMC<sup>104</sup>, le *Mémorandum d'accord* trace de façon plus stricte que ne le fait le droit international général le chemin qui doit être emprunté afin de réagir à l'illicite.

Nous l'avons vu précédemment, en droit international, la violation d'une obligation primaire entraîne pour l'État fautif des obligations secondaires de cessation ou de réparation. Le défaut de se conformer à ses obligations secondaires est l'élément déclencheur de la possibilité du recours aux contre-mesures par l'État lésé. Le droit de l'OMC détermine un cadre procédural similaire, mais dont les divergences doivent être notées.

En droit de l'OMC, l'obligation secondaire de cessation n'est réellement déclenchée pour le Membre fautif qu'à l'expiration du délai raisonnable qui lui a été octroyé pour mettre en œuvre les décisions et recommandations de l'ORD<sup>105</sup>. On peut donc dire que, pour ce

---

<sup>103</sup> Il convient à cet égard de rappeler les propos tenus par le groupe spécial dans l'affaire *Corée — Mesures affectant les marchés publics* : « Le droit international coutumier s'applique d'une façon générale aux relations économiques entre les Membres de l'OMC. Il s'applique dans la mesure où les Accords de l'OMC ne contiennent pas de clauses qui les excluent de son champ d'application. En d'autres termes, dans la mesure où il n'y a pas de conflit ni d'incompatibilité, ni d'expression dans un accord visé de l'OMC donnant à entendre qu'il en va autrement, nous estimons que les règles coutumières du droit international s'appliquent au traité de l'OMC et au processus d'élaboration des traités à l'OMC. » *Corée — Mesures affectant les marchés publics (Plainte des États-Unis)* (1999), OMC Doc WT/DS163/R au para 7.96 (Rapport du groupe spécial). L'Organe d'appel avait auparavant statué que le *GATT de 1994* ne saurait être lu en isolation clinique du droit international public, voir : *États-Unis - Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules (Plainte de la République Bolivarienne du Venezuela)* (1996), OMC Doc WT/DS2/AB/R à la p 19 (Rapport de l'Organe d'appel) [*États-Unis — Essence*].

<sup>104</sup> Voir *Mémorandum d'accord*, supra note 23, art 23. Le groupe spécial dans l'affaire *États-Unis – Article 301* a spécifié que l'article 23 du *Mémorandum d'accord* constitue une « clause d'exclusivité en matière de règlement des différends » *États-Unis – Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur (Plainte de Communautés européennes)* (1999), OMC Doc WT/DS152/R au para 7.43 (Rapport du groupe spécial) [*États-Unis – Article 301*].

<sup>105</sup> Le rapprochement entre l'obligation de cessation qui, en vertu du droit international coutumier, incombe à l'État fautif et l'obligation de mise en conformité qui incombe au Membre de l'OMC dont une mesure a été

Membre, cette date butoir constitue un réel ultimatum. La solution de loin privilégiée par le *Mémorandum d'accord* est que, à cette date, le Membre défendeur ait mis en œuvre intégralement la recommandation de mise en conformité qui lui était adressée<sup>106</sup>. À défaut, il dispose de 20 jours pour parvenir à une entente avec les parties qui ont invoqué les procédures de règlement des différends sur une compensation mutuellement acceptable<sup>107</sup>. Si aucune entente n'intervient à l'intérieur de ce délai le membre plaignant obtient la faculté de requérir l'autorisation de l'ORD afin de suspendre des concessions ou d'autres obligations ou, autrement dit, appliquer des contre-mesures à l'égard du Membre défendeur.

À l'instar de la situation qui prévaut au sein de la société internationale, les Membres de l'OMC ne peuvent compter sur la présence d'un organe central ayant la capacité de punir ceux qui violent leurs obligations qui leur incombent au titre des accords de l'OMC. Au contraire, lorsqu'ils font face à une violation qui se prolonge indûment, le seul outil coercitif auquel ils peuvent recourir est celui d'employer des mesures d'auto-assistance. Voyons maintenant plus en détail comment le droit de l'OMC encadre le recours à de telles mesures<sup>108</sup>.

### 1.2.1 Suspension de concessions ou d'autres obligations – contre-mesures

Avant de discuter de l'encadrement procédural et substantiel du droit de l'OMC à l'égard des mesures de représailles possibles sous les accords qu'il régit, une précision terminologique s'impose. Le *Mémorandum d'accord* ne fait aucune mention du terme « contre-mesures », seul l'*Accord SMC* y fait référence<sup>109</sup>. En effet, la voie de recours à laquelle le *Mémorandum d'accord* fait référence en son article 22 est la « suspension de concessions ou d'autres obligations », des termes qui semblent directement tirés de l'article XXIII du *GATT de 1947*.

---

déclarée incompatible est également suggéré par Pauwelyn. Voir Joost Pauwelyn, « Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules are Rules-Toward a More Collective Approach » (2000) 94:2 AJIL 335, à la p 337 [Pauwelyn, « Collective Approach »].

<sup>106</sup> Voir *Mémorandum d'accord*, *supra* note 23, art 22:1.

<sup>107</sup> Voir *ibid*, art 22:2.

<sup>108</sup> Sur l'encadrement procédural et substantiel des contre-mesures en droit de l'OMC, voir généralement Andrea Hamann, *Le contentieux de la mise en conformité dans le règlement des différends de l'O.M.C.*, Leiden/Boston, Brill Nijhoff, 2014 aux pp 575–725.

<sup>109</sup> *Accord sur les subventions et les mesures compensatoires*, Annexe 1A de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1869 RTNU 57 art 4.1; 4.11 et, 7.9 (entrée en vigueur : 1<sup>er</sup> janvier 1995) [*Accord SMC*].

Sans égards à leur désignation, les mesures de « suspension » prévues par le *Mémorandum d'accord* constituent sans contredit des mesures assimilables aux contre-mesures en droit international général<sup>110</sup>. Le fait qu'elles n'aient pas été désignées sous ce vocable s'explique à notre avis par la nature du *GATT de 1947* – un *club politique* qui prévoyait une procédure de règlement des différends d'abord et avant tout politique plutôt que juridictionnel<sup>111</sup> – et par le contexte de négociation de ce dernier. S'agissant d'un accord négocié au sortant du conflit armé le plus sanglant qu'ait connu l'Humanité, il apparaissait probablement plus approprié de référer à l'euphémisme qu'est le concept de suspension des concessions ou d'autres obligations plutôt qu'à celui de représailles. Rappelons que le terme « contre-mesures » n'avait pas, à cette époque, la notoriété qu'on lui connaît de nos jours<sup>112</sup>. Pour les fins du questionnement systémique que nous souhaitons effectuer dans le présent mémoire, il sera traité ci-après principalement des contre-mesures prévues par le régime général du *Mémorandum d'accord* et, sauf indication contraire, lorsqu'il sera question de contre-mesures en droit de l'OMC, ce seront à ces mesures auxquelles nous ferons référence. Soulignons, toutefois que si les mesures de suspensions prévues par le *Mémorandum d'accord* et les contre-mesures de l'*Accord SMC* obéissent à un régime différent, ces mesures sont de même nature<sup>113</sup>.

#### 1.2.1.1 Contraintes d'ordre substantiel – typologie des contre-mesures en droit de l'OMC

Le présent exercice de clarification conceptuelle doit à notre avis impérativement débiter en établissant les types de mesures qui peuvent être prises à titre de contre-mesures sous le droit de l'OMC. Aux termes de l'article 22:1 du *Mémorandum d'accord*, la suspension peut porter soit sur les concessions inscrites dans les listes tarifaires, sur les autres obligations ou encore

---

<sup>110</sup> Le professeur Mavroidis note d'ailleurs que les mesures ont la même fonction, voir Petros C Mavroidis, « Remedies in the WTO legal system: between a rock and a hard place » (2000) 11:4 Eur J Intl L 763 à la p 800.

<sup>111</sup> Sur cette notion, voir notamment Kenneth W Dam, *The GATT: Law and International Economic Organization*, Chicago, University of Chicago Press, 1970 aux pp 351–352.

<sup>112</sup> Pour l'évolution terminologique de ce concept, voir la section 1.1.2.1 ci-dessus.

<sup>113</sup> Voir Hubert Lesaffre, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, LGDJ, 2007 à la p 449; Andrea Hamann, *supra* note 108 à la p 576. Un auteur note par ailleurs que toutes les contre-mesures autorisées sous l'*Accord SMC* ont pris la forme de suspension de concessions ou d'autres avantages. De plus, l'auteur soutient qu'une contre-mesure sous la forme d'une contre-subvention est généralement impraticable puisqu'il faudrait que la subvention ait lieu dans un secteur où seul le commerce entre le plaignant et le défendeur est exclusif de façon à ce que seul le dernier – et aucun autre Membre – ne soit affecté par la contre-subvention. Sherzod Shadikhodjaev, *Retaliation in the WTO Dispute Settlement System*, Alphen-sur-le-Rhin (Pays-Bas), Kluwer Law International, 2009 à la p 99.

sur les deux à la fois<sup>114</sup>. En clair, la suspension qui porte sur une concession tarifaire consiste à l'application par le Membre plaignant d'un tarif douanier à l'égard d'un produit originaire du Membre visé par la plainte, et ce en contravention de la liste d'engagements tarifaires du Membre plaignant. Ainsi, pour un Membre qui s'était engagé à admettre en franchise de douane les ceintures en cuir provenant de tous les autres Membres de l'OMC – à titre de tarif octroyé au titre du traitement de la nation la plus favorisée –, appliquer un tarif douanier *ad valorem* de 25% sur les ceintures provenant du Membre visé par la plainte constituerait une suspension portant sur une concession tarifaire. La suspension peut également viser toute autre obligation; un Membre pourrait ainsi, par exemple, refuser d'accorder la protection des marques de commerce à laquelle les ressortissants du Membre visé par la plainte ont droit au titre de l'*Accord sur les aspects de droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*<sup>115</sup>. En pratique, on observe que le recours à un tarif douanier de 100% est la suspension la plus communément appliquée<sup>116</sup>.

#### 1.2.1.2 Contraintes d'ordre substantiel – temporalité

Le caractère temporel des contre-mesures en droit de l'OMC ne fait pas l'objet de controverse : elles ne peuvent être appliquées qu'après que l'ORD ait donné son approbation

---

<sup>114</sup> Ce choix revient au Membre plaignant, voir Babu, *supra* note 35 à la p 267; *États-Unis — Loi antidumping de 1916 – Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends (Plainte des Communautés européennes)* (2004), OMC Doc WT/DS136/ARB au para 3.7 (Décision des arbitres) [*États-Unis — Loi de 1916 (CE)*].

<sup>115</sup> *Accord sur les aspects de droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, Annexe 1C de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1869 RTNU 332 (entrée en vigueur : 1<sup>er</sup> janvier 1995) [*Accord sur les ADPIC*].

<sup>116</sup> C'est à tout le moins l'observation faite par les arbitres dans le cadre de l'arbitrage au titre de l'article 22:6 dans le cadre de l'affaire *États-Unis – Amendement Byrd (Canada)*, sans toutefois citer de source à l'appui de cette affirmation, voir *États-Unis — Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention – Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends (Plaintes du Canada et du Mexique)* (2004), OMC Doc WT/DS234/ARB/CAN au para 2.31 (Décision de l'arbitre) [*États-Unis – Amendement Byrd (Canada)*]. L'autorisation d'appliquer un tarif douanier *ad valorem* de 100% a été demandée dans les affaires suivantes : *Brésil — Programme de financement des exportations pour les aéronefs (Plainte du Canada)* (1999), OMC Doc WT/DS46/16 (Recours du Canada à l'article 4.10 de l'Accord SMC et à l'article 22:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends) [*Brésil – Aéronefs (Demande d'autorisation du Canada)*]; *Communautés européennes - Mesures concernant les viandes et les produits carnés* (Plainte du Canada) (1999), OMC Doc WT/DS48/17 (Recours du Canada à l'article 22:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends); *États-Unis — Traitement fiscal des "sociétés de ventes à l'étranger"* (Plainte des Communautés européennes) (2000), OMC Doc WT/DS108/13 (Recours des Communautés européennes à l'article 4.10 de l'Accord SMC et à l'article 22:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends) [*États-Unis — FSC (Demande d'autorisation des Communautés européennes)*].

et uniquement de manière temporaire<sup>117</sup> « dans l'attente que le Membre concerné ait pleinement mis en œuvre les recommandations et décisions. »<sup>118</sup>

### 1.2.1.3 Contraintes d'ordre substantiel – équivalence

Alors que le droit de la responsabilité internationale requiert que les contre-mesures soient proportionnelles au préjudice subi<sup>119</sup>, le *Mémorandum d'accord* exige pour sa part que le niveau de suspension de concessions ou autres obligations soit équivalent au niveau de réduction des avantages:

4. Le niveau de la suspension de concessions ou d'autres obligations autorisée par l'ORD sera équivalent au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages<sup>120</sup>.

Le concept d'équivalence est synonyme à celui d'égalité<sup>121</sup>. Tel que l'ont établi les arbitres dans l'arbitrage au titre de l'article 22:6 (en cas de contestation du niveau ou du respect de la procédure de la suspension proposée) dans l'affaire *CE – Hormones*<sup>122</sup>, l'équivalence à laquelle renvoie le *Mémorandum d'accord* est quantitative plutôt que qualitative. Le niveau

---

<sup>117</sup> *Mémorandum d'accord*, supra note 23, art 22:1; voir aussi *Canada — Crédits à l'exportation et garanties de prêts accordés pour les aéronefs régionaux – Recours du Canada à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends et de l'article 4.11 de l'Accord SMC (Plainte du Brésil)* (2003), OMC Doc WT/DS222/ARB au para 3.105 (Décision de l'arbitre) [*Canada — Crédits et garanties pour les aéronefs*].

<sup>118</sup> *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes – Recours des Communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends (Plaintes de du Guatemala, du Honduras, l'Équateur, des États-Unis et du Mexique)*, (1999) OMC Doc WT/DS27/ARB (Décision de l'arbitre) au para 6.3 [*CE – Bananes III (É-U)*]

<sup>119</sup> Voir *Articles de la CDI*, supra note 33, art 55.

<sup>120</sup> *Mémorandum d'accord*, supra note 23, art 22:4. Pour sa part, la Partie II de l'*Accord SMC*, à la note 9 de son article 4.10 énonce plutôt que les contre-mesures permises en vertu ne peuvent être disproportionnées, faisant donc référence au concept de proportionnalité plutôt qu'à celui d'équivalence. La Partie III de l'*Accord SMC* prévoit également le concept de proportionnalité des contre-mesures en prévoyant en son article 7.9 que le Membre plaignant peut demander l'autorisation de prendre des « contre-mesures proportionnelles au degré et à la nature des effets défavorables dont l'existence aura été déterminée ».

<sup>121</sup> Zoller, supra note 11 à la p 128; Les arbitres dans *CE – Bananes III (É-U)*, supra note 118 au para 6.5 ont noté que : « le sens ordinaire du terme "équivalent" implique un degré supérieur de correspondance ou d'identité ou un plus grand équilibre entre le niveau de la suspension proposée et le niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages ».

<sup>122</sup> *Communautés européennes – Mesures concernant les viandes et les produits carnés – Recours des Communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends (Plainte des États-Unis)* (1999), OMC Doc WT/DS26/ARB au para 20 (Décision des arbitres) [*CE – Hormones (É-U)*]; *Communautés européennes – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones) – Recours des Communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends (Plainte du Canada)* (1999), OMC Doc WT/DS48/ARB au para 20 (Décision de l'arbitre) [*CE – Hormones (Canada)*] [ci-après collectivement désignées : *CE – Hormones*].



de suspension qui sera autorisé par l'ORD devrait donc être celui qui est numériquement égal au niveau d'annulation et de réduction des avantages, lequel sera exprimé en termes numériques ou monétaires<sup>123</sup>. Ainsi, si le Membre X annule ou réduit les avantages pour le Membre Y à hauteur d'un milliard de dollars annuellement, le Membre Y sera fondé demander l'autorisation pour suspendre des concessions ou autres obligations à l'égard du Membre X à hauteur de ce même montant. Par voie de conséquence, un Membre, en raison de l'équivalence exigée par le *Mémorandum d'accord*, n'aura pas toujours le loisir d'appliquer à l'égard du Membre défendeur la même mesure que ce dernier lui fait subir. En effet, comme l'ont rappelé les arbitres dans l'affaire *États-Unis – Loi antidumping de 1916*, « des mesures commerciales semblables ou mêmes identiques peuvent avoir des effets commerciaux ou économiques dissemblables, de telle sorte que la suspension peut ne pas être "équivalente". »<sup>124</sup> Une demande de suspension visant une mesure commerciale identique ne serait autorisée que dans l'hypothèse où il était démontré que l'effet commercial que causera la mesure sur le défendeur serait égal ou inférieur au niveau d'annulation ou de réduction des avantages.

Comment le niveau d'annulation et de réduction des avantages doit-il être calculé? Le *Mémorandum d'accord* ne fournit aucune indication à ce sujet. La question s'est posée pour la première fois dans le cadre de l'arbitrage au titre de l'article 22:6 dans l'affaire *CE – Bananes III (É-U)*. Les arbitres ont eu recours à la méthode dite des effets sur le commerce :

Pour déterminer le niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages, il faut utiliser la même base que pour mesurer le niveau de la suspension de concessions. Étant donné que cette base est la valeur brute des importations des États-Unis en provenance des Communautés européennes, la base comparable pour déterminer le niveau de l'annulation et de la réduction d'avantages est, à notre avis, l'incidence sur la valeur des importations communautaires visées en provenance

---

<sup>123</sup> « En l'espèce, afin de déterminer si la suspension qualitative pourrait être appliquée de telle manière que le niveau de la suspension pourrait dépasser le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages, il est nécessaire de déterminer les effets commerciaux ou économiques de la Loi de 1916 pour les Communautés européennes. Une fois ces effets déterminés, les Communautés européennes pourraient mettre en œuvre leur suspension à concurrence, mais pas au-delà, de ce montant. Cela nécessite de déterminer les effets commerciaux ou économiques de la Loi de 1916 pour les Communautés européennes en termes numériques ou monétaires, car c'est la seule façon dont les arbitres peuvent déterminer l'"équivalence" dans le présent contexte. » *États-Unis – Loi de 1916 (CE)*, *supra* note 114 au para 5.23.

<sup>124</sup> *Ibid*, au para 7.5.

des États-Unis (plutôt que les coûts et bénéfices des sociétés que les États-Unis ont utilisés dans leur communication)<sup>125</sup>. (Nous soulignons)

En vertu de cette méthode qui a, par la suite, été suivie dans tous les arbitrages au titre de l'article 22:6<sup>126</sup> ainsi que dans le seul arbitrage ayant eu lieu sous l'article 25:3<sup>127</sup> du *Mémorandum d'accord*, le niveau de réduction ou d'annulation des avantages est déterminé en fonction de l'effet de la mesure attaquée sur les exportations du Membre plaignant à l'égard du Membre visé par la plainte. Les arbitres dans l'affaire *EPO* ont récemment eu à réaffirmer ce principe. La principale question en litige était en effet celle de déterminer si «les pertes dues à l'empêchement de hausses de prix» subies par les producteurs de bétail canadiens et mexicains sur leurs marchés intérieurs peuvent être incluses dans le niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages de l'article 22 du *Mémorandum d'accord* »<sup>128</sup>. Passant en revue la pratique arbitrale sur la question, les arbitres rappellent qu'aucune procédure d'arbitrage antérieure n'a examiné des pertes « autres que celles qui étaient strictement fondées sur des courants d'échanges effectifs »<sup>129</sup>. Leur conclusion s'inscrit dans ce courant, les arbitres ont ainsi refusé de faire droit aux prétentions du Canada et du Mexique qui plaidaient pour l'inclusion des pertes subies par les producteurs dues à l'empêchement de hausses de prix sur les marchés intérieurs<sup>130</sup>. En somme, cette relative constance de la pratique arbitrale en la matière nous permet de tirer la conclusion suivante : l'annulation ou

---

<sup>125</sup> *CE – Bananes III (É-U)*, *supra* note 118 au para 7.1.

<sup>126</sup> Voir Shadikhodjaev, *supra* note 113 aux pp 116–117; Babu, *supra* note 35 à la p 302. Voir également la position exprimée par les États-Unis dans l'affaire *États-Unis — Certaines prescriptions en matière d'étiquetage indiquant le pays d'origine (EPO) – Recours des États-Unis à l'article 22:6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends (Plaintes du Canada et du Mexique)* (2015), OMC Doc WT/DS384/ARB, WT/DS386/ARB au para 5.2, n 108 (Décision de l'arbitre) [*États-Unis — EPO*]; Outre les affaires listées par les États-Unis, soit les affaires *États-Unis – Amendement Byrd*, *CE – Hormones*, *CE – Bananes III* et *États-Unis – Jeux*, notons que les arbitres dans l'affaire *États-Unis — EPO* ainsi que dans l'affaire *États-Unis — Thon II (Mexique)* ont également retenu cette méthode. Voir *États-Unis — Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon – Recours des États-Unis à l'article 22:6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends (Plainte du Mexique)* (2017), OMC Doc WT/DS381/ARB au para 4.10 (Décision de l'arbitre) [*États-Unis — Thon II (Mexique)*].

<sup>127</sup> *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 (Plainte des Communautés européennes)* (2001), OMC Doc WT/DS160/ARB25/1 au para 3.18 (Décision de l'arbitre) [*États-Unis — Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur*].

<sup>128</sup> *États-Unis — EPO*, *supra* note 126 au para 5.5.

<sup>129</sup> *Ibid* au para 5.6.

<sup>130</sup> *Ibid* au para 5.27

réduction des avantages se limite à la perte d'accès au marché pour le Membre, c'est-à-dire les exportations qu'il ne réalisera pas en raison de la mesure qui fait l'objet du différend<sup>131</sup>.

Il est à noter que les effets de la mesure attaquée sont évalués à partir des données brutes des flux de commerce entre les deux membres sans aucune prise en considération de la valeur qui est réellement ajoutée lors d'activités s'étant produites sur le territoire du Membre. Le Membre qui, en raison de la mesure d'un autre Membre, voit la valeur de ses exportations annuelles brutes de vêtements en coton à destination de ce membre chuter de 2 à 1 milliards se verra attribuer l'autorisation d'appliquer des contre-mesures à hauteur de l'entièreté de ce milliard, alors même que les activités d'ajout de valeur ayant lieu sur son territoire ne représenterait par exemple que 20% de cette valeur d'exportation brute.

Comment alors déterminer qu'un produit peut être qualifié de produit d'un Membre plutôt que d'un autre? À cet égard, il convient de se référer aux propos des arbitres dans l'arbitrage au titre de l'article 22:6 dans l'affaire *Bananes-III* :

L'Accord de l'OMC sur les règles d'origine énonce certaines disciplines, mais laisse par ailleurs une certaine latitude aux Membres de l'OMC pour élaborer des règles permettant de déterminer le pays d'origine des marchandises pendant une période transitoire, en attendant que le programme de travail pour l'harmonisation des règles d'origine non préférentielles soit achevé. Les Membres de l'OMC déterminent généralement l'origine des produits agricoles d'après le lieu de production. En principe, chaque banane a pour origine le pays où elle a été cultivée. Aux fins des règles de l'OMC, peu importe que les produits ou les services (par exemple les engrais, machines, pesticides, capitaux et services de gestion) utilisés comme intrants intermédiaires dans la culture des bananes et pour leur livraison jusqu'au stade f.a.b. soient originaires des États-Unis, même si la teneur en éléments des États-Unis devait représenter une partie importante de la valeur du produit final. En vertu des règles d'origine des États-Unis également, des bananes cultivées à Porto Rico ou à Hawaï sont des produits des États-Unis, quel que soit le pourcentage d'intrants étrangers qui y sont incorporés ou qui sont utilisés pour leur culture<sup>132</sup>. (Nous soulignons)

---

<sup>131</sup> Nous notons toutefois le cas d'espèce que constitue l'affaire *États-Unis — Loi de 1916 (CE)*, au titre de laquelle les arbitres avaient inclus dans le montant d'annulation et de réduction des avantages la « valeur monétaire cumulative de tous montants à payer par des entités communautaires en application de jugements définitifs de tribunaux concernant des demandes au titre de la Loi de 1916 » ainsi que des montants payés en vertu de règlement hors cours en vertu de cette même loi. Voir *États-Unis — Loi de 1916 (CE)*, *supra* note 114 au para 8.2. Notons, toutefois que les frais de procédures (honoraires et débours judiciaires) n'ont pas été retenus par les arbitres comme faisant partie du montant d'annulation et de réduction des avantages, voir *ibid* au para 5.76.

<sup>132</sup> *CE – Bananes III (É-U)*, *supra* note 118 au para 6.13.

Le programme de travail pour l'harmonisation des règles d'origine non préférentielles auquel il est fait référence dans cet extrait, qui avait pourtant débuté ses activités en 1995<sup>133</sup>, n'a toujours pas mené à terme ses travaux<sup>134</sup>. Il s'agit d'un des pans inachevés de l'OMC, la situation est la même qu'à l'époque du GATT; les membres demeurent libres de déterminer l'origine des produits comme bon leur semble, à la seule exception que l'article 2 de l'*Accord sur les règles d'origine*<sup>135</sup> encadre maintenant minimalement cette discrétion. La question de l'origine des produits en droit de l'OMC fera l'objet d'une plus ample analyse dans la seconde partie. Nous nous contenterons de noter, à ce stade-ci, qu'à notre connaissance, dans le cadre de différends portés devant l'ORD, le fait que le produit puisse être qualifié de produit d'un Membre n'est généralement pas contentieux. Un Membre qui porte plainte à l'égard de la mesure d'un autre membre parce que cette mesure affecte ses exportations de bœufs, cigarettes ou automobiles, ne fait généralement pas face à l'obstacle de démontrer qu'il s'agit de ses bœufs, cigarettes ou automobiles, c'est-à-dire qu'ils sont originaires de son territoire. En somme, il peut être retenu de cet enseignement du groupe spécial que le Membre qui revendique l'appartenance peut revendiquer l'entièreté de sa valeur jusqu'au stade franco à bord (f.a.b. ou f.o.b. en anglais), c'est-à-dire, dans le cas d'un produit transporté par voie maritime, toute la valeur ajoutée jusqu'à l'embarquement sur le navire désigné par l'acheteur<sup>136</sup>. La valeur ajoutée aux étapes ultérieures, par exemple le transport, la distribution et la mise en marché ne pourra quant à elle être revendiquée que par le Membre dont est originaire les fournisseurs qui fournissent ces services. La situation de l'origine des services en droit de l'OMC a le mérite d'être plus claire que celle des marchandises; « conformément à l'article XXVIII d), f), g), l), m) et n) de l'AGCS, l'origine d'un fournisseur de services est défini (sic) en fonction de l'origine de son capital et du contrôle. »<sup>137</sup>

---

<sup>133</sup> Voir OMC, Comité des règles d'origine, *Rapport (1995) du Comité des règles d'origine au Conseil du commerce des marchandises*, OMC Doc G/L/36, en ligne : OMC <docs.wto.org>.

<sup>134</sup> Voir OMC, Comité des règles d'origine, *Rapport (2015) du Comité des règles d'origine au Conseil du commerce des marchandises*, OMC Doc G/L/1127, en ligne : OMC <docs.wto.org>.

<sup>135</sup> *Accord sur les règles d'origine*, Annexe 1A de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1868 RTNU 410 (entrée en vigueur : 1<sup>er</sup> janvier 1995).

<sup>136</sup> Voir International Chamber of Commerce, *The Incoterms Rules*, en ligne : <<http://www.iccwbo.org/products-and-services/trade-facilitation/incoterms-2010/the-incoterms-rules/>>.

<sup>137</sup> *CE – Bananes III (É-U)*, *supra* note 118 au para 6.26.

#### 1.2.1.4 Calcul du niveau d'annulation et de réduction des avantages – Les effets sur le commerce

S'agissant des plaintes qui portent sur une mesure autre qu'une subvention prohibée au titre de l'*Accord SMC*, le calcul du niveau d'annulation et de réduction des avantages – qui correspond au niveau de contre-mesure qui sera autorisé – est effectué en fonction des effets de cette mesure sur le commerce. Sherzod Shadikhodjaev a établi une typologie des méthodes pour déterminer les effets sur le commerce ou sur les échanges :

- *The 'actual/conterfactual' method* (situation hypothétique)
- *The 'future factors'* (facteurs futurs)
- *The 'economic modelling'* (modélisation économique)<sup>138</sup>  
(Traduction libre)

Notons que les affaires *États-Unis – Loi de 1916 (CE)* et *États-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et du maintien de la subvention*<sup>139</sup> dans lesquelles les arbitres ont eu respectivement recours à la méthode des facteurs futurs, d'une part, et à la modélisation économique, d'autre part, constituent des cas singuliers où l'application générale de la mesure contestée commandait l'emploi de méthodes particulières afin d'établir le tort économique causé par cette mesure. S'agissant de cas d'application peu fréquent, l'analyse de ces méthodes sera succincte afin de plutôt nous concentrer sur la méthode qui est employée dans le cas de figure beaucoup plus fréquent où une mesure a des effets limités à un secteur particulier de l'économie (parce qu'elle affecte par exemple le commerce d'un ou de quelques biens ou services), la méthode du scénario hypothétique.

##### A) Méthode des facteurs futurs

Fait à noter, dans le cadre de l'arbitrage au titre l'article 22:6 du *Mémorandum d'accord* dans l'affaire *États-Unis — Loi de 1916 (CE)*, la décision des arbitres ne détermine pas de niveau

---

<sup>138</sup> Shadikhodjaev, *supra* note 113 à la p 117.

<sup>139</sup> *États-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et du maintien de la subvention – Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends (Plaintes de l'Australie, du Brésil, du Chili, des Communautés européennes, de l'Inde, de l'Indonésie, du Japon, de la République de Corée et de la Thaïlande)* (2004), OMC Doc WT/DS217/ARB/KOR, WT/DS217/ARB/IND, WT/DS217/ARB/CHL, WT/DS217/ARB/EEC, WT/DS217/ARB/BRA, WT/DS217/ARB/JPN (Décisions de l'arbitre); *États-Unis — Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention – Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends (Plaintes du Canada et du Mexique)* (2004), OMC Doc WT/DS234/ARB/MEX (Décision de l'arbitre); *États-Unis – Amendement Byrd (Canada)*, *supra* note 116 [ci-après collectivement désignées : *États-Unis — Amendement Byrd*].

de réduction et d'annulation des avantages subie par les Communauté européennes. Le plus que les arbitres purent faire sur la base de la preuve et représentations qui leur ont été soumises, fut de déterminer comment quantifier à l'avenir ce niveau d'annulation et de réduction des avantages. Le fait que ce montant n'a rien à voir avec les flux commerciaux entre les deux membres, mais qu'il se rapporte plutôt à la valeur monétaire cumulative de tous montants à payer par des entités communautaires en application de jugements définitifs de tribunaux concernant des demandes ou de règlements à l'amiable au titre de la loi qui constitue la mesure attaquée est particulièrement digne de mention<sup>140</sup>.

### *B) Méthode de la modélisation économique*

La méthode de la modélisation économique a été employée dans l'affaire *États-Unis — Amendement Byrd*, affaire qui mettait en cause une mesure américaine contre le dumping ou une subvention passible de mesures compensatoires. La mesure en cause fut jugée non conforme à l'*Accord antidumping*<sup>141</sup> et l'*Accord SMC*. Afin de déterminer le niveau de réduction et d'annulation des avantages pour les plaignants, l'arbitre élaborait un modèle économique *sui generis* ayant pour objet de « définir un coefficient qui multiplierait les paiements futurs au titre de [la mesure contestée] afin d'obtenir une valeur de l'effet sur le commerce. »<sup>142</sup>

### *C) Méthode de la situation hypothétique*

La méthode de la situation hypothétique est celle à laquelle les arbitres ont eu recours dans les affaires *CE — Bananes III*<sup>143</sup>, *CE — Hormones*<sup>144</sup>, *États-Unis — Jeux*<sup>145</sup>, *États-Unis —*

---

<sup>140</sup> Voir *États-Unis — Loi de 1916 (CE)*, *supra* note 114, au para 8.2.

<sup>141</sup> *Accord sur la mise en œuvre de l'article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994*, 15 avril 1994, 1868 RTNU 226 (entrée en vigueur : 1<sup>er</sup> janvier 1995) [*Accord antidumping*].

<sup>142</sup> *États-Unis — Amendement Byrd*, *supra* note 139, au para 3.149.

<sup>143</sup> *CE — Bananes III (É-U)*, *supra* note 118 au para 7.1; *Communautés européennes — Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes — Recours des Communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends (Plaintes du Guatemala, du Honduras, l'Équateur, des États-Unis et du Mexique)*, (2000) OMC Doc WT/DS27/ARB/ECU (Décision de l'arbitre) aux paras 166–170 [*CE — Bananes III (Équateur)*] [ci-après collectivement désignées : *CE — Bananes III*].

<sup>144</sup> *CE — Hormones (É-U)*, *supra* note 122 au para 38; *CE — Hormones (Canada)*, *supra* note 122 au para 37.

<sup>145</sup> *États-Unis — Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris — Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends (Plainte d'Antigua et Barbuda)* (2007), OMC Doc WT/DS285/ARB (Décision de l'arbitre) au para 3.19 [*États-Unis — Jeux*].

*EPO*<sup>146</sup>, *États-Unis — Thon II (Mexique)*<sup>147</sup>. Essentiellement, l'application de cette méthode consiste à mettre en juxtaposition, d'une part, « les recettes *effectives* obtenues au cours d'une année de référence donnée après l'expiration du délai raisonnable »<sup>148</sup> et, d'autre part, « les recettes *estimées* qui auraient été obtenues au cours de la même année »<sup>149</sup> si la mesure avait été mise en conformité. Si les recettes effectives peuvent être aisément et objectivement déterminées à partir de statistiques compilées par des organismes gouvernementaux ou des organisations internationales, il en va autrement pour les recettes estimées.

L'exercice est d'autant complexifié par le fait que le Membre dont la mesure a été jugée contraire aux obligations de l'OMC possède une certaine latitude pour procéder à la mise en conformité. La mise en conformité n'équivaut pas nécessairement au retrait pur et simple de cette mesure – quoi que cela puisse être requis dans certaines situations – mais plutôt au retrait de l'aspect problématique de la mesure<sup>150</sup>. Le choix dans la mise en conformité n'est pas sans incidence sur le volume d'exportation du Membre plaignant. Le défi pour l'arbitre ayant à quantifier le niveau de réduction et d'annulation des avantages est donc de déterminer quelle hypothèse de mise en conformité il doit prendre en considération. Ce dilemme auquel fait face l'arbitre saisi de la détermination du niveau d'annulation et de réduction des avantages a ainsi été exposé dans l'affaire *États-Unis – Jeux* :

Nous ne considérons pas que l'hypothèse proposée doive nécessairement refléter le scénario le "plus probable" de mise en conformité par le Membre concerné. Par nature, une hypothèse représente un scénario hypothétique et il peut donc y avoir, dans n'importe quelle affaire donnée, un degré d'incertitude quant à la forme exacte que la mise en conformité aurait pu revêtir, si elle avait eu lieu. Il se peut que le Membre concerné ait eu à sa disposition tout un éventail d'options

---

<sup>146</sup> *États-Unis — EPO*, *supra* note 126 au para 6.3.1.

<sup>147</sup> *États-Unis — Thon II (Mexique)*, *supra* note 126 au para 4.3.

<sup>148</sup> *États-Unis — EPO*, *supra* note 126 au para 3.5.

<sup>149</sup> *Ibid.*

<sup>150</sup> Dans le cadre de l'affaire *États-Unis – Mesure affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés en provenance d'Inde*, les États-Unis avaient d'ailleurs présenté les observations suivantes au groupe spécial : « Ce qui était évident, c'était que le Mémorandum d'accord donnait aux groupes spéciaux de l'OMC des instructions explicites quant à la seule et unique recommandation susceptible d'être légitimement formulées si les mesures prises par un Membre étaient jugées incompatibles avec ses obligations: mettre ces mesures en conformité avec ses obligations. C'était une pratique bien établie dans le cadre du GATT de 1947 que d'éviter d'accorder des mesures correctives précises comme le retrait ou la modification d'une mesure, et elle avait été codifiée à l'article 19:1 du Mémorandum d'accord, qui stipulait: "Dans les cas où un groupe spécial où l'Organe d'appel conclura qu'une mesure est incompatible avec un accord visé, il recommandera que le Membre concerné la rende conforme audit accord", et non pas que le Membre la "retire" » *États-Unis – Mesure affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés en provenance d'Inde (Plainte de l'Inde)* (1997), OMC Doc WT/DS33/R au para 3.4 (Rapport du groupe spécial).

compatibles avec les règles de l'OMC pour faire son choix afin de se mettre en conformité. Il ne nous appartient pas de spéculer sur ce qui aurait été le scénario de ce type le "plus probable"<sup>151</sup>.

Les arbitres s'empresseront ensuite de préciser que « l'hypothèse devrait [néanmoins] refléter au moins un scénario de mise en conformité plausible ou "raisonnable". »<sup>152</sup> L'exercice de détermination du niveau d'annulation et de réduction des avantages en est un qui ne relève pas de la science exacte, mais bien de l'opinion. Ceci étant, la discrétion de l'arbitre n'est pas absolue, elle est limitée par le fait que l'adjudicateur ne peut fonder sa décision sur de simples spéculations ou conjectures, il doit plutôt utiliser, autant que possible, « des renseignements crédibles, factuels et vérifiable »<sup>153</sup>.

#### *1.2.1.5 Contraintes d'ordre substantiel – choix de la contre-mesure par le Membre lésé*

En plus d'être limitée par ce qui précède, la marge de manœuvre du Membre qui souhaite appliquer des contre-mesures est limitée par le principe établi par l'article 23:3 a) du *Mémorandum d'accord* à savoir que :

la partie plaignante devrait d'abord chercher à suspendre des concessions ou d'autres obligations en ce qui concerne le(s) même(s) secteur(s) que celui (ceux) dans lequel (lesquels) le groupe spécial ou l'Organe d'appel a constaté une violation ou autre annulation ou réduction d'avantages;

C'est donc dire que le droit de l'OMC s'éloigne à cet égard grandement du droit international général, où l'État lésé n'est contraint dans son choix que par certaines interdictions d'application générale<sup>154</sup> lorsqu'il doit décider à l'égard de quelles obligations il appliquera des contre-mesures. En vertu du principe établi par le *Mémorandum d'accord*, le Membre plaignant doit appliquer la contre-mesure dans le même secteur que celui de la mesure attaquée. Essentiellement, en vertu de la définition donnée par le sous-paragraphe 23:3 f), si la mesure attaquée en est une qui vise une marchandise, alors le Membre plaignant peut suspendre les concessions ou d'autres avantages à l'égard de toutes les marchandises du

---

<sup>151</sup> *États-Unis — Jeux*, supra note 145 au para 3.26. De façon plus générale, sur le fait que l'arbitre doit composer avec des données prospectives et, de ce fait, incertaines, voir *CE — Hormones (É-U)*, supra note 122, au para 41.

<sup>152</sup> *Ibid* au para 3.27.

<sup>153</sup> *États-Unis — Loi de 1916 (CE)*, supra note 114 au para 5.54.

<sup>154</sup> Voir pp 19–20 ci-dessus.



défendeur<sup>155</sup>. Si, en revanche, il s'agit d'un service, le Membre plaignant doit alors viser le secteur principal dans lequel se retrouve ce service<sup>156</sup>. Enfin, si la mesure attaquée a trait aux aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, le Membre plaignant doit d'abord viser les sections ou la partie de l'*Accord sur les ADPIC* à laquelle la mesure attaquée appartient<sup>157</sup>. Il est à noter que si la mesure attaquée constitue une violation multiple d'accords, le choix revient à la partie plaignante d'appliquer la contre-mesure dans un de ces accords ou dans tous ceux-ci en même temps<sup>158</sup>.

Si le Membre lésé considère qu'il n'est pas possible ou efficace de suspendre les concessions dans le(s) même(s) secteur(s), il lui est alors loisible de chercher à appliquer la suspension dans un autre secteur du même accord<sup>159</sup>. Ce n'est que si cette dernière option ne s'avère pas possible ou efficace et que les circonstances sont suffisamment graves que le Membre pourra chercher à suspendre des concessions ou d'autres obligations au titre d'un autre accord<sup>160</sup>. En mettant en place ce que Shadikhodjaev qualifie de « *three stage retaliation* »<sup>161</sup>, le *Mémorandum d'accord* table donc sur la stabilité et la prévisibilité au détriment de la liberté qui, en vertu du droit international, caractérise généralement les actions étatiques prises en réactions à l'illicite.

---

<sup>155</sup> *Mémorandum d'accord supra* note 23, art 22:3 f):

- i) pour ce qui est des marchandises, toutes les marchandises;
- ii) pour ce qui est des services, un secteur principal recensé dans la "Classification sectorielle des services", qui recense ces secteurs<sup>14</sup>;
- iii) pour ce qui est des aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, chacune des catégories de droits de propriété intellectuelle visées dans la section 1, 2, 3, 4, 5, 6 ou 7 de la Partie II, ou les obligations résultant de la Partie III ou de la Partie IV de l'*Accord sur les ADPIC*;

(Note de bas de page 14 La liste qui figure dans le document MTN.GNS/W/120 recense onze secteurs.

<sup>156</sup> Les onze secteurs principaux recensés dans la "Classification sectorielle des services" MTN.GNS/W/120 sont les suivants : Services fournis aux entreprises, services de communication, services de construction et d'ingénierie connexe, services de distribution, services concernant l'environnement, services financiers, services de santé et services sociaux, services relatifs au tourisme et aux voyages, services récréatifs, culturels et sportifs, services de transport. Voir GATT, *Classification sectorielle des services : Note du secrétariat*, GATT Doc MTN.GNS/W/120 (1991), en ligne : <docs.wto.org> .

<sup>157</sup> Par exemple, les marques de commerce se retrouvent à section 2 de la partie II de l'*Accord sur les ADPIC*, *supra* note 115.

<sup>158</sup> Voir *CE – Bananes III (É-U)*, *supra* note 118 au para 3.10.

<sup>159</sup> Voir *Mémorandum d'accord supra* note 23, art 22:3 b).

<sup>160</sup> Voir *ibid*, art 22:3 c).

<sup>161</sup> Shadikhodjaev, *supra* note 113 à la p 45.

### 1.2.1.6 Cadre procédural – temporalité

En restreignant l'application de contre-mesures au cas où l'ORD l'autorise, le droit de l'OMC diffère considérablement du droit international au profit d'une procédure plus rigide. Au niveau temporel, le Membre lésé ne sera en droit de demander une telle autorisation que lorsque se seront écoulés 20 jours suite à l'expiration du délai raisonnable sans qu'il n'y ait mise en conformité de la part du Membre visé par la plainte<sup>162</sup>. Pour mémoire, avant d'en arriver à l'expiration du délai raisonnable – qui peut être aussi long que 15 mois<sup>163</sup> – le rapport final doit avoir été adopté par l'ORD. Cela signifie que plusieurs mois, voire plusieurs années dans certains cas, se seront écoulés depuis le moment où le Membre plaignant aura demandé la tenue de consultations à l'égard de la mesure qui a été jugée incompatible avec les accords de l'OMC.

Une fois le délai de 20 jours suivant l'expiration du délai raisonnable imparti au Membre défendeur, le plaignant a-t-il la faculté de déterminer unilatéralement si le défendeur a effectué la mise en conformité de la mesure jugée illégale au regard du droit de l'OMC? Une réponse affirmative signifie que le Membre plaignant peut directement demander à l'ORD l'autorisation de suspendre des concessions ou d'autres obligations à l'égard du Membre visé par la plainte une fois le délai de 20 jours suivant l'expiration du délai raisonnable écoulé. En sens contraire, si une détermination multilatérale de la mise en conformité est nécessaire, cela signifie que, avant de pouvoir en arriver à une telle demande, la question de la mise en conformité doit d'abord être soumise à un groupe spécial conformément à l'article 21:5 du *Mémorandum d'accord*, occasionnant ainsi des délais supplémentaires avant d'en arriver à l'application de contre-mesures.

La question qui, comme le souligne à juste titre une auteure, relève tant du droit procédural que du droit substantiel<sup>164</sup> se pose toujours en raison de l'imprécision du *Mémorandum d'accord* quant à l'interaction entre les articles 21, 22 et 23. Cette difficulté interprétative –

---

<sup>162</sup> *Mémorandum d'accord supra* note 23 art 22:2. Rappelons que la demande d'autorisation d'appliquer des contre-mesures est assujettie à la règle du consensus négatif rendant cette autorisation quasi automatique. Voir *ibid*, art 22:6.

<sup>163</sup> Voir *ibid*, art 21:3 c).

<sup>164</sup> Voir Sylvia A. Rhodes, « The Article 21.5/22 Problem: Clarification Through Bilateral Agreements? » (2000) 3:3 J Intl Econ L 553 à la p 555.

dite problème du « *sequencing* » –, qui a été soulevée pour la première fois dans le cadre de l'arbitrage au titre de l'article 22:6 dans l'affaire *CE – Bananes III (É-U)*, subsiste à ce jour à défaut d'entente des Membres de l'OMC permettant d'y remédier de façon permanente. En l'attente d'une modification du *Mémorandum d'accord* à cet effet, soulignons la pratique fréquente des parties à un litige de conclure des ententes sur la chronologie des procédures au titre des articles 21 et 22, permettant ainsi de surmonter, dans le cadre bien précis de ce différend, les insuffisances de l'accord. Dans le cadre de tels accords, les parties prévoient généralement un échéancier procédural pour le différend qui fait précéder la demande d'autorisation d'application de contre-mesure à un examen de la mise en conformité au titre de l'article 21:5 du *Mémorandum d'accord*<sup>165</sup>.

#### 1.2.1.7 Cadre procédural – exigences relatives à la demande

Si le *Mémorandum d'accord* pose comme exigence préalable à l'application de contre-mesures une demande d'autorisation à cet effet à l'ORD<sup>166</sup>, il ne requiert l'accomplissement d'aucun formalisme particulier comme condition de validité d'une telle demande. Friand d'assurer la mise en place d'un système stable et prévisible, les arbitres dans l'affaire *CE – Hormones* ont tôt fait de spécifier ce qui de leur avis constituent les prescriptions minimales attachées à une demande de suspension de concessions ou d'autres obligations, à savoir :

la demande doit indiquer un niveau de suspension spécifique, c'est-à-dire un niveau équivalent à celui de l'annulation et de la réduction des avantages causées par la mesure incompatible avec les règles de l'OMC, conformément à l'article 22:4; et 2) la demande doit préciser l'accord et le ou les secteur(s) qui seraient concernés par la suspension de concessions ou d'autres obligations, conformément à l'article 22:3<sup>167</sup>. (Références volontairement omises) (Nous soulignons)

L'analyse des demandes de suspension présentées par des Membres subséquemment à cette décision révèle que ce dictum a été respecté, ces prescriptions minimales figuraient bel et

---

<sup>165</sup> La forme de tels accords varie. Il semble toutefois que les parties à un litige privilégient dorénavant la communication commune d'un mémorandum d'accord portant directement sur cette question. Une recherche sur la base de données de documents de l'OMC en date du 17 novembre 2018 permet de dénombrer 66 mémorandums d'accord de la sorte. Voir par exemple l'accord intervenu entre les États-Unis et le Canada dans le cadre de l'affaire *EPO : États-Unis – EPO*, *supra* note 126, WT/DS384/25; Pour une analyse des tous premiers accords bilatéraux de ce genre, voir Rhodes, *supra* note 164.

<sup>166</sup> *Ibid*, art 22:2.

<sup>167</sup> *CE – Hormones (É-U)*, *supra* note 122 au para 16.

bien dans chacune de ces demandes<sup>168</sup>, à l'exception des demandes d'autorisations présentées dans le cadre des affaires *États-Unis – Loi antidumping de 1916*<sup>169</sup>, *États-Unis – Loi de 2000*<sup>170</sup> et *États-Unis – Coton Upland*<sup>171</sup>, trois affaires dans lesquelles en raison de la nature même de la mesure attaquée, il n'était pas possible pour les plaignants de déterminer à l'avance le niveau d'annulation et de réduction des avantages. Les plaignants se contentèrent plutôt d'inclure la méthodologie à laquelle ils recouraient subséquemment afin d'établir ce montant.

La demande d'autorisation d'appliquer des contre-mesures conforme à l'enseignement des arbitres dans *CE — Hormones* doit également impérativement comprendre l'accord dans lequel la suspension est visée. Cette obligation ne requiert pas que, au stade de l'autorisation, le Membre souhaitant recourir aux contre-mesures doive entrer dans un degré de précision élevé. Nul besoin, donc, d'indiquer dans le fin détail les produits ou les services à l'égard desquels un droit de douane serait imposé. Il y a-t-il, au demeurant, nécessité de rappeler qu'au stade de l'autorisation, l'arbitre analysant la demande n'aurait de toute façon pas compétence pour se prononcer sur l'opportunité d'inclure ou non un produit dans la liste, pas

---

<sup>168</sup> Voir *CE – Bananes III*, supra note 143, WT/DS27/52; *Brésil – Aéronefs (Demande d'autorisation du Canada)*, supra note 116; *États-Unis – FSC (Demande d'autorisation des Communautés européennes)*, supra note 116; *Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs*, supra note 117, WT/DS222/7; *États-Unis – Jeux*, supra note 145, WT/DS285/22; *États-Unis – EPO*, supra note 126, WT/DS384/35, WT/DS386/34; *États-Unis – Thon II (Mexique)*, supra note 126, WT/DS381/29.

<sup>169</sup> Voir la demande d'autorisation WT/DS136/15.

<sup>170</sup> Voir les demandes d'autorisation WT/DS217/20 (Brésil); WT/DS217/21 (Chili); WT/DS217/22 (Communautés européennes); WT/DS217/23 (Inde); WT/DS217/24 (Japon); WT/DS217/24 (Japon); WT/DS234/25 (Canada); WT/DS234/26 (Mexique).

<sup>171</sup> Voir *États-Unis – Subventions concernant le coton Upland (Plainte du Brésil)* (2005), OMC Doc WT/DS267/21 (Recours du Brésil à l'article 4.10 de l'Accord SMC et à l'article 22:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends). Il est à noter, toutefois, que dans le cadre de la même affaire, le Brésil a également présenté une demande d'appliquer des contre-mesures en vertu de l'article 7.9 de l'Accord SMC et de l'article 22:2 du Mémoire d'accord et que cette demande contient un montant de contre-mesures identifié, voir *États-Unis – Subventions concernant le coton Upland (Plainte du Brésil)* (2005), OMC Doc WT/DS267/26 (Recours du Brésil à l'article 7.9 de l'Accord SMC et à l'article 22:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends). Ces demandes d'application de contre-mesures ont donné lieu à deux décisions distinctes, à savoir : *États-Unis – Subventions concernant le coton Upland – Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends set de l'article 4.11 de l'Accord SMC (Plainte du Brésil)* (2005), OMC Doc WT/DS267/ARB/1 (Décision de l'arbitre) [*États-Unis – Coton Upland (4.11/22:6)*] et *États-Unis – Subventions concernant le coton Upland – Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends set de l'article 7.10 de l'Accord SMC (Plainte du Brésil)* (2005), OMC Doc WT/DS267/ARB/2 (Décision de l'arbitre) [*États-Unis – Coton Upland (7.10/22:6)*] [ci-après conjointement désignées *États-Unis – Coton Upland*].

plus qu'il ne pourrait se prononcer sur la justesse du taux de droit de douane que le Membre plaignant propose d'appliquer<sup>172</sup>? En clair, il reviendra au Membre plaignant d'évaluer, eu égard aux circonstances, l'opportunité de procéder à la publication d'une telle liste. Des auteurs de doctrine reconnaissent certaines vertus à la publication par le Membre plaignant de la liste de produits qu'il entend frapper d'un tarif douanier autrement non conforme aux engagements qu'il a pris en matière de concessions tarifaires; d'un côté cette pratique favoriserait la transparence ainsi que la prévisibilité dans la mise en œuvre des suspensions<sup>173</sup>, de l'autre cela pourrait contribuer à une mise en conformité plus prompte de la part du Membre défendeur<sup>174</sup>. Il en serait ainsi, soutiennent-ils, en raison de la pression que pourrait subir le Membre défendeur de la part des opérateurs économiques qui anticipent les effets néfastes qu'auront sur le cours de leurs affaires les contre-mesures à être appliquées. La pratique des Membre de l'OMC révèle une certaine inconstance, les plaignants ayant tantôt choisi de publier la liste concurremment à la demande d'autorisation<sup>175</sup>, tantôt opté pour une publication ultérieure<sup>176</sup>. Terminons sur ce point en rappelant que, si l'inclusion de la liste des produits visés n'est pas essentielle et ne constitue pas une condition de validité de la demande d'autorisation de suspension de concessions ou d'autres avantages, il est en revanche impératif que le Membre publie la liste de produits à l'égard desquels il compte appliquer un tarif douanier supplémentaire préalablement à l'application de telles contre-mesures<sup>177</sup>.

---

<sup>172</sup> Il convient à cet égard de rappeler les propos des arbitres dans l'arbitrage au titre de l'article 22:6 dans l'affaire *CE – Hormones (É-U)*, *supra* note 122 au para 19 : « Pour ces motifs, nous ne pouvons pas exiger que les États-Unis donnent d'autres précisions sur la nature de la suspension proposée. Comme il a été convenu par toutes les parties impliquées dans le présent différend, au cas où une proposition de suspension viserait, par exemple, uniquement les biscuits avec application d'un droit ad valorem de 100 pour cent, il n'appartiendrait pas aux arbitres de décider que, par exemple, le fromage et non les biscuits devrait être visé; qu'un droit de 150 pour cent devrait être imposé au lieu d'un droit de 100 pour cent; ou que les droits majorés devraient être perçus sur la base du poids du produit et non ad valorem. Tous ces points concernent des aspects qualitatifs de la suspension proposée en rapport avec la "nature" des concessions devant être retirées. Ils ne relèvent pas de la compétence des arbitres. »

<sup>173</sup> Voir Shadikhodjaev, *supra* note 113 à la p 82.

<sup>174</sup> *Ibid*; Babu, *supra* note 35 à la p 269.

<sup>175</sup> Voir les demandes d'autorisation de suspension de concessions ou d'autres avantages suivantes : WT/DS27/43; WT/DS27/52; WT/DS46/16; WT/DS48/17; WT/DS108/13; WT/DS222/7.

<sup>176</sup> Voir les demandes : WT/DS381/29; WT/DS384/35; WT/DS386/34. Notons qu'en ce qui concerne la demande WT/DS285/22 d'Antigua dans *États-Unis — Jeux*, *supra* note 145, aucun produit n'était visé, seul l'accord relatif aux droits de propriété intellectuelle, l'*Accord sur les ADPIC* et l'accord relatif aux services, l'AGCS, étaient mentionnés.

<sup>177</sup> Voir *CE – Hormones (É-U)*, *supra* note 122 au para 16; Babu, *supra* note 35, à la p 268.

### 1.2.2 Mesures de rétorsions

Nous l'avons vu, le droit de l'OMC encadre rigoureusement les réactions à l'illicite qui peuvent être prises par un Membre lésé. Si le *Mémorandum d'accord* prévoit explicitement le recours à la suspension de concession et d'autres obligations lorsque le Membre visé par la plainte n'a pas mis la mesure attaquée en conformité à l'intérieur du délai raisonnable qui lui a été octroyé, on note qu'il est silencieux quant à la possibilité de recourir aux autres mesures de coercition que connaît le droit international, les rétorsions. Est-il donc loisible pour un membre de l'OMC d'employer des mesures de rétorsion en réponse à la violation d'une obligation ou encore en cas d'annulation ou réduction des avantages en en situation de non-violation? Malgré l'absence d'une permission ou d'une prohibition explicite du *Mémorandum d'accord* à cet effet, il semble que ce ne soit pas possible, et ce, que la rétorsion porte sur des obligations visées par les accords de l'OMC ou non. Sur cet aspect, nous concordons avec les propos d'auteurs<sup>178</sup> qui parviennent à une telle conclusion en ayant recours à l'argument téléologique dans leur interprétation des alinéas 3:2 et 3:3 du *Mémorandum d'accord*. Ils voient dans l'usage de mesures de rétorsion une possible entorse à « la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral »<sup>179</sup> ainsi qu'à l'existence d'un « juste équilibre entre les droits et les obligations des Membres »<sup>180</sup> qui prohiberait le recours à l'emploi de telles mesures. Il faudrait, au demeurant, à notre avis, ajouter que le *Mémorandum d'accord* prohibe l'unilatéralisme. Bien que, comme nous l'avons vu, les mesures interétatiques prises dans le cadre de différends à l'OMC ne puissent en aucun cas être qualifiées de mesures de rétorsion<sup>181</sup>, il est tout de même intéressant de noter que ce terme est encore (erronément) abondamment utilisé dans les version française et espagnole des communications du Secrétariat de l'OMC. À titre d'exemple, l'expression « autorisation d'appliquer des mesures de rétorsion » est celle qui est employée sur le site de l'organisation afin de décrire l'état des litiges<sup>182</sup>.

---

<sup>178</sup> Voir Giegerich, *supra* note 53; Lesaffre, *supra* note 113 au para 1044.

<sup>179</sup> *Mémorandum d'accord*, *supra* note 23, art 3:2.

<sup>180</sup> *Ibid*, art 3:3.

<sup>181</sup> Voir Lesaffre, *supra* note 113 au para 1044.

<sup>182</sup> Voir OMC, *Liste chronologique des différends*, en ligne: <[https://www.wto.org/french/tratop\\_f/dispu\\_f/dispu\\_status\\_f.htm](https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/dispu_status_f.htm)>. La version espagnole se lit, pour sa part, ainsi : « *Autorización para adoptar medidas de retorsión concedida* ». Nous sommes d'avis qu'il s'agit d'une traduction inadéquate de la formule qui est employée dans la version anglaise (« *authorization to retaliate* ») «*to retaliate* » faisant référence à la notion de représailles et non à celle de rétorsion.

### 1.2.3 Précisions terminologiques

Nous nous sommes jusqu'à présent abstenus d'employer un terme pourtant courant dans la doctrine en droit international et même en relations internationales, celui de « sanctions ». Ce terme semble avoir une portée très large puisqu'il n'est pas rare de le voir employé comme synonyme de « contre-mesures »<sup>183</sup>, de « représailles »<sup>184</sup>, de « guerre »<sup>185</sup> et même de « rétorsion »<sup>186</sup>. En droit international économique, plus précisément, il n'est pas rare que l'on réfère aux « sanctions commerciales » comme englobant tant les contre-mesures que les autres recours commerciaux<sup>187</sup>.

En outre, le terme « sanctions » renverrait donc à diverses mesures, qui sont tantôt des actions collectives, tantôt des actions unilatérales<sup>188</sup>. Le fait que les auteurs emploient autant de termes pour se référer aux mêmes concepts – et autant de concepts pour référer aux mêmes termes – reflète à notre avis la souplesse du vocabulaire en droit international<sup>189</sup>. À l'instar de plusieurs autres auteurs, nous sommes toutefois d'avis qu'il est nécessaire de limiter l'usage du terme « sanctions » aux seules « mesures coercitives adoptées contre une entité défaillante (en principe un État) par un ‘organe social compétent’ » c'est-à-dire un organe d'une organisation internationale, conformément au traité constitutif de celle-ci. »<sup>190</sup> (Mise en relief dans l'original) Le droit international ne reconnaissant pas aux membres de la société internationale le droit de se sanctionner entre eux, les sanctions prises par un État à l'égard d'un autre État ne peuvent donc l'être qu'à titre d'exécutant agissant pour le compte de

---

<sup>183</sup> Voir Rivier, *supra* note 15 à la p 585.

<sup>184</sup> Voir Morgenthau, *supra* note 66 à la p 822.

<sup>185</sup> Voir *ibid.*

<sup>186</sup> Voir Laura Picchio Forlati, « The legal core of international economic sanctions » dans Laura Forlati et Lino-Alexandre Sicilianos, *supra* note 57, 99 aux pp 135-136.

<sup>187</sup> Voir par exemple Peter-Tobias Stoll, « Article 22 DSU » dans Rüdiger Wolfrum, Peter-Tobias Stoll et Karen Kaiser, dir, *WTO – Institutions and Dispute Settlement*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff, 2006 à la p 527.

<sup>188</sup> Voir notamment la définition de « sanctions » donnée par Kern Alexander, *Economic Sanctions Law and Public Policy*, Basingstoke (R-U), Palgrave Macmillan, 2009 à la p 1.

<sup>189</sup> Un autre exemple de cette souplesse du droit international à l'égard de la terminologie appartient au droit international des investissements étrangers. En effet, Irmgard Marboe note que plusieurs termes sont employés – souvent de façon interchangeable, dit-elle – afin de décrire l'obligation de payer une somme d'argent. Voir Irmgard Marboe, « Compensation and Damages in International Law » (2006) 7:5 J World Investment & Trade 723 aux pp 723–724.

<sup>190</sup> Lino-Alexandre Sicilianos, « Sanctions institutionnelles et contre-mesures : tendances récentes » dans Laura Forlati et Lino-Alexandre Sicilianos, *supra* note 57, 3 à la p 4.

l'organisation compétente<sup>191</sup>. De ce fait, les sanctions ne sauraient être qualifiées de mesures étatiques et ne feront donc pas l'objet d'une étude approfondie dans le cadre du présent texte. De telles mesures sont, de toute façon, inconnues des accords de l'OMC. En guise d'épilogue au présent chapitre, nous nous emploierons d'ailleurs ci-après à distinguer l'institution des contre-mesures d'une autre institution faisant partie de la pratique étatique en matière de relations économiques, celle des recours commerciaux.

#### 1.2.4 Les mesures d'auto-assistance du droit international économique pouvant s'apparenter aux contre-mesures, les recours commerciaux

Dans le cadre des relations économiques qu'ils entretiennent entre eux les États ont, comme nous l'avons vu, la possibilité de recourir aux représailles économiques (contre-mesures) dans certain cas bien précis. Force est de constater que le recours à de telles mesures demeure, en pratique, exceptionnel. Même en remontant à l'époque du GATT, on ne recense que quelques cas où une partie a effectivement mis en application l'autorisation qui lui avait été octroyée<sup>192</sup>. En revanche, on constate un usage à profusion des principaux recours commerciaux que sont les droits antidumping, les droit compensateurs et les sauvegardes<sup>193</sup>. De telles mesures, bien qu'elles puissent grandement s'apparenter aux contre-mesures tant par leur nature que leurs effets, ne devraient en aucun temps être confondues avec ces dernières.

---

<sup>191</sup> Il a été observé en pratique que certains États se sont octroyé le droit d'adopter des sanctions à l'égard d'un autre État sans qu'un *organe social compétent* ne légitime cette action par ailleurs. Cette pratique est selon toute vraisemblance non conforme au droit international et ne saurait être assimilée à une coutume, à cet effet voir Dupuy et Kerbrat, *supra* note 50 à la p 572.

<sup>192</sup> Voir discussion à ce sujet dans section 4.1 ci-dessous.

<sup>193</sup> Les statistiques du Secrétariat de l'OMC, issues des rapports semestriels présentés par les Membres de l'OMC respectivement au Comité des subventions et des mesures compensatoires et au Comité des pratiques antidumping ainsi que des notifications des Membres au Comité des sauvegardes révèlent qu'entre l'entrée en vigueur des accords de l'OMC et le 31 décembre 2017, les Membres de l'OMC ont eu recours à 257 mesures compensatoires, 3604 mesures antidumping et 166 mesures de sauvegarde. Voir respectivement : OMC, *Countervailing Measures: By Exporter 01/01/1995 - 31/12/2017*, OMC Doc, en ligne : <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/scm\\_e/CV\\_MeasuresByExpCty.pdf](https://www.wto.org/english/tratop_e/scm_e/CV_MeasuresByExpCty.pdf)>; OMC, *Anti-dumping Measures : By Reporting Member 01/01/1995-31/12/2017*, OMC Doc, en ligne : <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/adp\\_e/AD\\_MeasuresByRepMem.pdf](https://www.wto.org/english/tratop_e/adp_e/AD_MeasuresByRepMem.pdf)>; OMC, *Safeguard Measures by Reporting Member : Period: 01/01/1995 to 31/12/2017*, OMC Doc, en ligne <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/safeg\\_e/SG-MeasuresByRepMember.pdf](https://www.wto.org/english/tratop_e/safeg_e/SG-MeasuresByRepMember.pdf)>.



Il y a lieu de le souligner à grands traits, les recours commerciaux sont des mesures dont le fondement juridique émane non pas du droit international, mais bien des droits nationaux des États s'étant dotés de législation à cet effet. Là où le droit international économique intervient, c'est dans l'encadrement de l'emploi par les États de telles mesures<sup>194</sup>. À titre d'exemple lorsque le Canada impose à l'égard d'un produit un tarif douanier additionnel à titre de droits antidumping ou de droits compensateurs c'est dans la *Loi sur les mesures spéciales d'importation*<sup>195</sup> qu'il puise son habilitation. Les mesures de sauvegardes sont, pour leur part, régies par la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*<sup>196</sup>.

La finalité visée par les recours commerciaux n'est non pas d'obtenir l'exécution par l'État fautif de son obligation secondaire de cessation ou de réparation – comme c'est le cas pour les contre-mesures –, mais plutôt d'appliquer une mesure corrective en réaction à l'occurrence d'un fait ou d'une situation. Ainsi, les droits antidumping se veulent une réponse au dumping, pratique à laquelle s'adonnent certaines firmes, considérée comme déloyale, mais légale par ailleurs<sup>197</sup>. Pour leurs parts, les droits compensateurs ont pour objet de neutraliser l'effet du subventionnement étatique sur le prix d'un bien. Quant aux mesures de sauvegardes, retenons que ces dernières sont des mesures d'urgence concernant l'importation de produits particuliers dont l'objet est de prévenir ou réparer le dommage que l'importation de ce produit cause ou risque de causer aux producteurs nationaux. Dans les trois cas, les recours prennent la forme de tarifs douaniers appliqués à l'égard du bien importé qui fait, selon le cas, l'objet de dumping, d'une subvention passible de mesures compensatoires, ou qui cause ou menace de causer un dommage grave aux producteurs nationaux<sup>198</sup>. De telles suspensions des concessions tarifaires sont permises par le droit de l'OMC, dans la mesure où elles sont appliquées conformément aux dispositions qui régissent ces pratiques. S'agissant de mesures intrinsèquement licites au regard du droit international, les recours

---

<sup>194</sup> Voir Alan O. Sykes, « Trade Remedy Laws » (2005) Law School, University of Chicago Document de travail John M. Olin Law & Economics Working Paper No 240 (2e ser), Trade Remedies, aux pp 24-25.

<sup>195</sup> LRC 1985, c S-15.

<sup>196</sup> SRC 1985, c 47 (4<sup>e</sup> supp).

<sup>197</sup> Comme le rappelait avec justesse Alon O. Sykes, le droit de l'OMC ne régit par le comportement des firmes et les Membres de l'OMC n'ont aucune obligation d'empêcher leurs exportateurs de s'adonner au dumping, voir Sykes *supra* note 194 à la p 25.

<sup>198</sup> Dans le cas des mesures de sauvegardes, une restriction quantitative peut également être appliquée. Voir *ibid* à la p 1.

commerciaux ne sauraient être assimilées aux contre-mesures qui, elles, constituent une réponse autrement illicite à un fait illicite.

### **Conclusion partielle**

Le caractère singulier du système commercial multilatéral commande un encadrement particulier des mesures pouvant être prises en réaction à l'illicite. Le droit de l'OMC restreint à cet égard la marge de manœuvre des États en établissant un cadre procédural et substantif plus contraignant que celui que prévoit le droit international général pour le recours aux mesures de coercition que sont les contre-mesures. Ces mesures de représailles sont bel et bien existantes en vertu du droit de l'OMC – ce qui n'est pas le cas des mesures de rétorsion – mais leur amplitude maximale correspond au niveau du préjudice commercial, ce qui les distingue de l'exigence du droit international général en vertu duquel une réponse proportionnelle serait jugée conforme. La méthode établie pour déterminer le niveau d'annulation ou de réduction des avantages est celle des effets sur le commerce, laquelle s'intéresse aux recettes d'exportation calculées à partir des données brutes qui auraient hypothétiquement été observées en l'absence de la mesure attaquée.

## CHAPITRE SECOND

### LE COMMERCE INTERNATIONAL AU XXI<sup>e</sup> SIÈCLE

*Certainly, one of the most distinctive features of the world economy of today is the ease with which some kinds of assets and intermediate products that determine a nation's prosperity and growth are able to move across national boundaries<sup>199</sup>.*

*In recent years, technological innovations, liberalization of international trade in services, convergence of legal and regulatory systems, and increased freedom of establishment have significantly reduced international coordination costs, thus opening up new opportunities for fragmentation across national frontiers. As cross-border service links have become cheaper, more reliable, and more readily obtainable, the options for locating production blocks have become global in scope. The tyranny of distance has been tamed<sup>200</sup>.*

Si la tradition humaine d'un commerce qui transcende les régions et les divisions territoriales n'a rien d'un phénomène nouveau, force est de constater que ce commerce a, en raison de récents changements substantiels d'ordre technologique et politique, subi d'importantes transformations dont nous peinons encore à saisir avec précision l'ampleur et la portée.

Nous avons établi, dans le cadre du chapitre précédent, que le principe des mesures d'auto-assistance pacifiques que sont les contre-mesures économiques est demeuré à toutes fins pratiques inchangé depuis le *GATT de 1947*. Parallèlement, comme nous le verrons plus amplement ci-après, lors de cette même période de nouvelles tendances dans le commerce international se sont dessinées ou accélérées. L'objectif du présent chapitre est donc double : d'une part, nous souhaitons présenter une brève évolution historique de la théorisation du commerce (2.1) et, d'autre part, nous décrirons le commerce international à la lumière de la compréhension que nous en avons en ce début de XXI<sup>e</sup> siècle en se référant, autant que possible, à des données empiriques (2.2).

---

<sup>199</sup> Dunning et Lundan, *supra* note 28 à la p 190.

<sup>200</sup> Sven W Arndt et Henryk Kierzkowski, « Introduction » dans Sven W Arndt et Henryk Kierzkowski, dir, *Fragmentation : New Production Patterns in the World Economy*, Oxford, Oxford University Press, 2001, 1 à la p 4.

## 2.1 Évolution de la pensée économique relative au commerce international

Il se produit dans la deuxième moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle une invention qui permettra à l'Humanité d'atteindre des taux de croissances du produit intérieur brut (PIB) mondial jusque-là sans précédent. Comme nous le verrons, naîtra de ce phénomène une révolution économique et sociale – que l'on fera tôt de qualifier de « révolution industrielle »<sup>201</sup> – ainsi qu'un véritable changement de paradigme dans la perception et la théorisation du commerce international, un type de commerce jusque-là fortement découragé, voire interdit.

### 2.1.1 Aux origines des théories actuelles du commerce international : les théories traditionnelles du commerce international

#### 2.1.1.1 La théorie de l'avantage comparatif de Ricardo

La société essentiellement agricole et artisanale qu'est l'Angleterre du XVIII<sup>e</sup> siècle connaît un bouleversement dont l'impact et l'importance seront de nature à transformer radicalement le mode de vie. À l'origine de cette révolution, on trouve l'invention de machines destinées au travail du coton et de la machine à vapeur<sup>202</sup>. L'utilisation combinée de ces outils permettront une augmentation faramineuse de la productivité, en somme elles consacreront la « *victoire du travail mécanique sur le travail manuel* »<sup>203</sup> (italiques dans l'original). Cette supériorité technologique permet à l'Angleterre de s'ériger en superpuissance économique en ce qu'elle détient désormais un avantage énorme sur les autres nations dans la transformation de matières premières. Qui plus est, c'est précisément cette activité manufacturière – et non plus le mercantilisme associé à la possession de colonies – qu'Adam Smith venait tout juste de décrire comme constituant dorénavant la nature et la cause de la richesse des nations<sup>204</sup>.

---

<sup>201</sup> Voir à cet égard Anna Bezanson, « The Early Use of the Term Industrial Revolution » (1922) 36:2 QJ Economics 343.

<sup>202</sup> Voir notamment Bernard C. Beaudreau, *Energy and the Rise and Fall of Political Economy*, Westport, Conn, Greenwood Press, 1999, aux pp 37 et ss [Beaudreau, *Energy*].

<sup>203</sup> Friedrich Engels, *La situation de la classe laborieuse en Angleterre*, Chicoutimi, Bibliothèque Paul-Émile Boulet de l'Université du Québec à Chicoutimi, 2003, en ligne : Ariane <accès [http://classiques.uqac.ca/classiques/Engels\\_friedrich/situation/situation.html#Anchor-La-63642](http://classiques.uqac.ca/classiques/Engels_friedrich/situation/situation.html#Anchor-La-63642)> à la p 25.

<sup>204</sup> Voir Bernard C Beaudreau, *Interregional and International Trade : a Network Approach*, Bernard C Beaudreau, 2008, à la p 134 [Beaudreau, *Interregional and International Trade*].

C'est dans la foulée de ces changements soudains qu'on assistera à la naissance d'une *théorie* du commerce international dont la notoriété n'a pas diminué deux siècles après sa publication. C'est en effet en 1817 que paraît l'ouvrage *Des principes de l'économie politique et de l'impôt* dans lequel l'économiste anglais David Ricardo élabore ce qui est désormais connu comme étant la théorie de l'avantage comparatif. En substance, ce dernier s'emploie à démontrer que le libre-échange est économiquement plus optimal que l'autarcie. Pour que l'échange de deux biens soit mutuellement profitable, soutient Ricardo, il suffit que deux pays possèdent un coût d'opportunité différent relativement à la production de ces deux biens. Dès lors, chaque pays a avantage à se spécialiser dans la production du bien pour lequel il possède le coût d'opportunité le plus faible et l'échanger avec l'autre pays<sup>205</sup>.

D'emblée, notons que la relation commerciale qui est ici décrite par Ricardo en est une entre agents économiques indépendants situés sur le territoire de deux pays distincts et que ledit échange vise uniquement des biens finaux<sup>206</sup>. Nous reviendrons sur cet aspect plus amplement ci-après, qu'il suffise pour l'instant de souligner à grand trait deux aspects fondamentaux afin de contextualiser l'élaboration de cette théorie de l'avantage comparatif. Le premier se rapporte à la nature même de la discipline de l'économie politique à l'époque où Ricardo rédige sa thèse. Contrairement à la situation qui prévaut actuellement, au début du XIX<sup>e</sup> siècle cette discipline a bien plus à voir avec le pamphlet politique que la méthode scientifique<sup>207</sup>. La production du savoir et la contribution à l'avancement des connaissances ne semblent alors pas être une fin en soi, mais bien un moyen pour parvenir au changement de paradigme

---

<sup>205</sup> David Ricardo, *Des principes de l'économie politique et de l'impôt*, Chicoutimi, Bibliothèque Paul-Émile Boulet de l'Université du Québec à Chicoutimi, 2003, en ligne : Ariane <Accès direct [http://classiques.uqac.ca/classiques/ricardo\\_david/principes\\_eco\\_pol/principes\\_eco\\_pol.html](http://classiques.uqac.ca/classiques/ricardo_david/principes_eco_pol/principes_eco_pol.html)> au ch 7.

<sup>206</sup> Lorsque nous utilisons l'expression « bien final », nous faisons référence à des biens destinés à la consommation, tandis que le concept de « bien intermédiaire » renvoie plutôt à bien dont l'utilisation sert à une étape ultérieure du processus de production, voir Marcel P Timmer et al, « Slicing Up Global Value Chains » (2014) 28:2 J Economic Perspectives 99 à la p 100.

<sup>207</sup> Beaudreau rappelle d'ailleurs que « [c]learly, there was nothing scientific about early trade theory », Beaudreau, *Interregional and International Trade*, supra note 204 à la p 135; voir également Beaudreau, *Energy* supra note 202 à la p 63. Nous croyons par ailleurs à-propos d'étaler ici la vision d'Henri Denis de la discipline de l'économie politique : « On ne saurait cependant soutenir, nous semble-t-il, que l'économie politique soit vraiment une science "comme les autres". S'attachant à l'interprétation de faits humains, elle ne peut prétendre à cette entière indépendance à l'égard des systèmes philosophiques qui est l'ambition (peut-être excessive d'ailleurs) des "sciences exactes". Expliquer l'organisation sociale de la production et son évolution au cours de l'histoire est une tâche qui est nécessairement liée à la philosophie politique. » Henri Denis, *Histoire de la pensée économique*, Paris, Presses universitaires de France, 1999 à la p 1.

souhaité, en l'occurrence l'adoption d'un commerce exempt de contraintes étatiques : le libre-échange. En somme, il s'agit pour l'Angleterre d'une formidable justification pour vendre au reste du monde la transition qui s'opère de sa domination coloniale à la domination économique<sup>208</sup>. La deuxième observation qu'il y a lieu de formuler a trait aux intentions particulières qui guident Ricardo dans sa rédaction. De par ses contributions au débat, on dénote chez Ricardo une considération bien pragmatique : celle de voir les tarifs douaniers abolis afin que puissent notamment entrer en Angleterre en franchise de douane du blé, ce qui aura pour effet d'en diminuer le prix sur le marché anglais. Une telle diminution du prix du blé en Angleterre permettra une réduction du salaire des ouvriers, le tout au plus grand plaisir des industriels et au grand dam des propriétaires fonciers<sup>209</sup>. En ce sens, Ricardo est en parfaite harmonie avec l'école de pensée dominante en économie politique de l'époque :

*More to the point, late 18th century and 19th-century political economy was guided by one overriding principle, namely weakening (lessening) the role of the state (landowners) in the economic affairs of the nation, and strengthening the role of private agents, mostly merchants. Put succinctly, merchants, including private entrepreneurs, were more adept at creating wealth than were monarchs<sup>210</sup>.*

La théorie développée par Ricardo dominera la pensée économique dans le siècle qui suit sa parution. Une certaine forme de libre-échange sera pratiquée et d'aucuns qualifieront même les décennies qui précèdent la Première Guerre mondiale « d'âge d'or » du commerce international et de l'investissement direct étranger<sup>211</sup>. Cette expansion de l'intégration économique mondiale se verra freinée, voire drastiquement réduite durant la période qui couvrent les deux guerres mondiales. L'érection d'imposantes barrières tarifaires et non-tarifaires – dont la fameuse loi *Smoot-Hawley*, sans doute la plus célèbre d'entre elles – durant l'entre-deux-guerres n'est, certes, pas étrangère à l'effondrement du commerce international durant cette période<sup>212</sup>.

---

<sup>208</sup> « In short, free trade was an attempt by the British to redefine trade networks, away from costly geopolitical-economic entities over to pure economic entities. » Beaudreau, *Interregional and International Trade*, supra note 204 à la p 136.

<sup>209</sup> Voir Denis, supra note 207 à la p 325.

<sup>210</sup> Beaudreau, *Interregional and International Trade*, supra note 204 à la p 134.

<sup>211</sup> Voir notamment Robert C Feenstra, « Integration of Trade and Disintegration of Production in the Global Economy » (1998) 12:4 J Economic Perspectives 31.

<sup>212</sup> Sans en constituer la seule cause, le protectionnisme est certainement responsable d'une partie de l'effondrement du commerce international, voir Jakob Madsen « Trade Barriers and the Collapse of World Trade During the Great Depression » (2001) 67:4 Southern Economic J 848.

### 2.1.1.2 Le modèle Heckscher-Ohlin-Samuelson

Au sortir du conflit armé le plus sanglant qu'ait connu l'Humanité, la Seconde Guerre mondiale, l'état des forces au niveau économique a été remanié. Encore une fois, un changement technologique en sera la source. On en doit effectivement la cause au développement du moteur électrique et du moteur à combustion. Ces avancées technologiques permettront aux États-Unis de surpasser le Royaume-Uni en termes d'efficacité et de coûts relatifs à la production de biens, devenant ainsi la référence mondiale à ce chapitre<sup>213</sup>. Les barrières protectionnistes n'étant toutefois pas tombées, il appert une fois de plus nécessaire d'établir les biens-faits du libre-échange afin de pouvoir jouir des avantages que confère ce nouveau statut.

À cet égard, les États-Unis trouveront un fidèle allié en Paul Samuelson. C'est en effet en 1948 que cet économiste américain de renom donne naissance – dans des circonstances analogues à celles dans lesquelles Ricardo a élaboré sa théorie au siècle précédent, il y a lieu d'en convenir – à ce que l'on peut qualifier de seconde théorie du commerce international, à savoir le Modèle Heckscher-Ohlin-Samuelson (HOS)<sup>214</sup>. En substance, on retiendra que le modèle HOS postule que le fondement de l'échange entre les pays est la différence dans la répartition des facteurs de dotation (capital et main d'œuvre). Le modèle HOS diverge de la théorie de l'avantage comparatif de Ricardo en ce que le premier considère que l'accès à la technologie est le même pour tous les pays, alors que le second faisait des différences technologiques entre les pays la justification des gains à l'échange. Le modèle démontre les avantages de la spécialisation pour les pays : ceux qui sont bien dotés en capital, comme les États-Unis notamment, exporteront des biens intenses en capital et importeront des biens intenses en main d'œuvre, les pays bien dotés en main d'œuvre feront l'inverse<sup>215</sup>. Il n'en

---

<sup>213</sup> Voir Beaudreau, *Interregional and International Trade*, supra note 204 à la p 138.

<sup>214</sup> Voir « Heckscher-Ohlin-Samuelson Model » dans *The Princeton encyclopedia of the World Economy*, par Kenneth A Rennart et al, Princeton, Princeton University Press, 2009 aux pp 591–597. Le modèle est parfois désigné uniquement sous le nom de Modèle Heckscher-Ohlin [ci-après modèle HOS].

<sup>215</sup> Voir *ibid*. Comme le souligne Beaudreau : « *Whether by design or by accident, the model provided a water-tight rationale for U.S. dominance in manufacturing, namely its endowment of capital. Being better endowed than its trading partners, the U.S. would export manufactures, and import raw materials, which were assumed to be more labor intensive. Trade flows would be determined by factor endowments. Technology, the mainstay*

fallait pas plus pour que la supériorité du libre-échange soit une fois de plus démontrée, en théorie à tout le moins.

## 2.1.2 Les nouvelles approches théoriques du commerce international

### 2.1.2.1 La Nouvelle théorie du commerce (New Trade Theory)

La fin des années 1970 et le début des années 1980 marquent une nouvelle ère dans la théorisation du commerce international. D'aucuns auront tôt fait de prendre acte de la nature changeante du commerce international et décèleront les insuffisances des théories traditionnelles dans leur justesse et leur précision à expliquer les phénomènes d'échange de biens et de services entre entités politiques distinctes. Il n'y a pas à en douter, c'est encore une fois un réel changement de paradigme qui s'opère, chez certains penseurs de la science économique à tout le moins :

*In traditional (classical or neoclassical) models of trade, which were dominant paradigms in international economics until the 1950s, only the first issue, namely, the 'where' of production, was addressed. Questions relating to the ownership and organisation of economic activity were ignored. This was because the market for the cross-border exchange of goods and services was assumed to be a costless mechanisms<sup>216</sup>.*

Grâce à l'apport des développements du côté de l'organisation industrielle<sup>217</sup> se développeront plusieurs théories que l'on regroupera sous l'appellation « Nouvelle théorie du commerce ». Essentiellement, ces théories attribuent aux rendements d'échelle croissants la cause du commerce international et ont été développées en raison de tendances factuelles et empiriques qui étaient alors observées<sup>218</sup>. Parmi ces tendances, on note la croissance du commerce entre pays industrialisées, alors même que ces économies devenaient de plus en plus similaires, ce qui tend à remettre en question les théories traditionnelles qui faisaient de la dichotomie (au niveau technologique ou de la dotation) la cause des échanges. L'importance croissante du commerce intra-industrie, intra-firme et de l'investissement

---

*of Ricardo's work, was, as such, flushed from the debate.* » Beaudreau, *Interregional and International Trade*, supra note 204 aux pp 138–139.

<sup>216</sup> Dunning et Lundan, supra note 199 à la p 79.

<sup>217</sup> « *Based on the activities of those who consider themselves in the field, industrial organization (or industrial economics) today may be broadly defined as the field of economics concerned with markets that cannot easily be analysed using the standard textbook competitive model.* » *The New Palgrave Dictionary of Economics*, 3<sup>e</sup> éd, Londres, Palgrave Macmillan, 2018, sub verbo « Industrial Organization ».

<sup>218</sup> Voir « New Trade Theory » dans Rennart et al, supra note 214.



direct étranger, trois phénomènes absents des théories traditionnelles sont également à la source du développement de la Nouvelle théorie du commerce<sup>219</sup>. Rappelons, de surcroît, que quelques années auparavant, en 1953 pour être exact, Wassily Leontief, dans une tentative de vérification empirique du modèle HOS, était parvenu à des résultats opposés aux prédictions du modèle<sup>220</sup>. Leontief avait en effet constaté que, malgré leur forte dotation en capital, les États-Unis exportaient en fait des biens intensifs en main d'œuvre et importaient des biens intensifs en capital.

#### *2.1.2.2 Les tentatives d'explications sectorielles du commerce international*

Le constat ne saurait être remis en cause, la théorie du commerce international a pendant trop longtemps porté uniquement sur l'échange de biens finaux<sup>221</sup>. Comme nous tenterons de le démontrer ci-après, de telles abstractions théoriques peinent à décrire adéquatement l'activité d'échange de biens et de services entre pays. Pour parvenir à expliquer la multitude de phénomènes qui font partie intégrante du commerce international, il appert que l'approche la plus féconde soit de concentrer la théorisation sur ces phénomènes bien précis. C'est ainsi que depuis les années 1970, mais surtout de façon plus récente, nombre d'auteurs scientifiques provenant principalement de la science économique, mais également d'autres disciplines, telles les sciences de la gestion ou la sociologie, ont délaissé les modèles d'équilibre général pour plutôt aborder le sujet de façon plus chirurgicale. À défaut de pouvoir traiter ici de l'entièreté de ces initiatives, nous nous concentrerons sur l'évolution de la pensée économique en abordant succinctement deux concepts qui nous apparaissent dignes de mention, à savoir le paradigme éclectique de John H. Dunning et celui de l'avantage comparatif vertical, tel que repris et développé par Bernard C. Beaudreau.

---

<sup>219</sup> Voir *ibid.*

<sup>220</sup> Wassily Leontief, « Domestic Production and Foreign Trade; The American Capital Position Re-Examined » (1953) 97:4 Proceedings American Philosophical Society 332.

<sup>221</sup> Voir Grossman et Rossi-Hansberg, *supra* note 1 à la p 71; Bernard C Beaudreau, « What the OECD-WTO TiVA Data Tell Us about Comparative Advantage and International Trade in General » (2013) 27:5 Intl Trade J 465 à la p 465.

### A) *Le paradigme éclectique OLI*

La firme multinationale est sans-contredit l'institution économique qui a dominé le XX<sup>e</sup> siècle et dont la domination se poursuit en ce début de XXI<sup>e</sup><sup>222</sup>. La croissance de l'intérêt de la littérature scientifique est, par ailleurs, indéniable. Dès le début des années 1980, l'économiste britannique John H. Dunning a su poursuivre la contribution de Stephen Hymer en développant le paradigme éclectique (OLI) afin de décrire le comportement des firmes et dans quelle mesure ces dernières peuvent s'internationaliser<sup>223</sup>.

Avant d'aborder plus en détails le paradigme OLI, il nous semble nécessaire de nous attarder un instant au concept même de la firme multinationale. Que doit-on comprendre précisément du caractère « multinational » d'une firme si ce n'est que la firme est présente dans plus d'un pays? Le concept de multi nationalité, nous disent Dunning et Lundan, est intimement lié à l'organisation d'activités d'ajout de valeur dans plus d'un pays et implique nécessairement une certaine forme d'intégration verticale de ces activités :

*An MNE qua MNE has, therefore, two distinctive features. First, it accesses, organises and coordinates multiple value-added activities across national boundaries and, second, it internalises at least some of the cross-border markets for the intermediate products arising from these activities. No other institution engages in both cross-border production and transaction*<sup>224</sup>.

Le paradigme éclectique OLI se veut d'abord une tentative de réponse à l'absence de théorie pouvant expliquer l'entière des activités des firmes multinationales à l'étranger qui prévalait dans les années 1970, mise à part les travaux d'Hymer qui, lui, avait développé ce qui pouvait s'apparenter le plus à un paradigme général<sup>225</sup>. S'agissant du paradigme éclectique, nous ne saurions mieux le synthétiser que ne le fait l'auteur lui-même :

*The eclectic paradigm seeks to offer a general framework for determining the extent and pattern of both foreign-owned production undertaken by a country's own enterprises, and that of domestic production owned or controlled by foreign enterprises. Unlike internationalisation theory, it does not purport to be a theory of the MNE per se, but rather a paradigm which encompasses various*

---

<sup>222</sup> Voir notamment Beaudreau, *Interregional and International Trade*, supra note 204 à la p 85.

<sup>223</sup> Voir John H Dunning, *International Production and the Multinational Enterprise*, Londres, Allen & Unwin, 1981. Le paradigme éclectique OLI tire son appellation des trois avantages que doit posséder une firme afin de s'internationaliser, à savoir l'avantage de propriété (*ownership advantages* – O), l'avantage de localisation (*location advantage* – L) et l'avantage d'internationalisation (*internalization advantages* – I).

<sup>224</sup> Dunning, et Lundan, supra note 28 à la p 5.

<sup>225</sup> *Ibid* à la p 93.

*explanations of the activities of enterprises engaging in cross-border value-adding activities (Dunning, 2001a)*<sup>226</sup>.

Alors que les théories dites traditionnelles du commerce international – et les théories classiques et néo-classiques de façon plus générale – font de la perfection du marché un postulat fondamental, le paradigme éclectique entrevoit pour sa part la possibilité que les marchés connaissent des imperfections et en fait même une condition nécessaire à l'explication de la propriété des facteurs de production. Ces imperfections sont de deux ordres, à savoir, d'une part, la défaillance du marché *structurelle*, c'est-à-dire la différence de la capacité des firmes à posséder et contrôler des activités d'ajout de valeur multiples et dispersées sur le globe<sup>227</sup>. D'autre part, doit exister une défaillance *intrinsèque* ou *endémique* du marché des biens intermédiaires. En clair, ce marché doit être défaillant en ce qu'il ne permet pas l'acquisition de biens intermédiaires à un prix inférieur à ce qui est obtenu dans le cadre de transactions coordonnées par le biais d'une organisation structurellement hiérarchisée<sup>228</sup>.

Le niveau et la structure des activités d'ajout de valeur d'une firme à l'étranger, postule le paradigme éclectique OLI dans sa dernière mouture, dépendent de quatre conditions nécessaires et séquentielles. La première d'entre elle est l'avantage de propriété (O). En somme, la firme doit posséder face à ses compétiteurs étrangers un avantage unique (auquel les autres firmes ne peuvent avoir accès) et durable dans la desserte d'un marché en particulier. Ultimement, cet avantage procure à la firme qui le possède le loisir d'engranger des bénéfices plus importants que ses compétiteurs, et ce, soit parce que son avantage de propriété lui permet davantage de réduire ses coûts ou encore parce que cela fait en sorte que la firme est en mesure de vendre ses produits à prix plus élevé. En outre, les sources de ces avantages sont multiples et peuvent se trouver tant au niveau des produits que des procédés. Dunning et Lundan regroupent les formes que revêtent les avantages O en trois catégories génériques, à savoir (1) les droits de propriété et/ou capital immatériel, (2) les avantages de gouvernances commune et (3) les actifs institutionnels<sup>229</sup>. Pour illustrer le tout, la première

---

<sup>226</sup> *Ibid* à la p 95.

<sup>227</sup> Voir *ibid*.

<sup>228</sup> Voir *ibid*.

<sup>229</sup> *Ibid* à la p 101.

forme d'avantage O pourrait se matérialiser par la capacité innovatrice ou par une expérience particulière dans le marketing, la seconde par les rendements d'échelle dus à la taille de la firme ou encore un accès privilégié aux matières premières, tandis que la troisième a trait à la capacité managériale des activités d'ajout de valeur de la firme et pourrait donc, par exemple, résider dans les normes ou la culture corporative de l'institution<sup>230</sup>.

La deuxième condition du paradigme éclectique est celle de l'avantage d'internalisation (I). Pour qu'une firme devienne multinationale, il est insuffisant d'avoir développé un avantage de propriété (O), encore faut-il que la firme soit convaincue qu'il est dans son meilleur intérêt d'exploiter cet avantage de propriété plutôt que de le vendre afin qu'il soit exploité par d'autres. La source de cet avantage pourrait par exemple résider dans une structure organisationnelle plus efficace ou la capacité à exploiter de façon monopolistique un actif sous son contrôle. En somme, il s'agit d'avantages permettant de contourner ou encore d'exploiter les failles *structurelles* ou *endémiques* des marchés des biens intermédiaires<sup>231</sup>.

La troisième condition est celle de l'intérêt de la firme à créer et répartir ses activités d'ajout de valeur à l'étranger. Les firmes n'ayant pas toutes la même capacité à placer les maillons de leurs chaînes de valeur à l'endroit optimal, il se dégage de cette divergence entre les firmes l'avantage de localisation (L). Cette optimisation de la localisation de la chaîne de valeur réside dans de multiples facteurs, dont, au premier chef la capacité à placer le maillon où le facteur de production (par exemple, capacité d'innovation, main d'œuvre, énergie, matières premières) est le plus abondant, autrement dit où les prix pour ce facteur sont relativement plus bas qu'ailleurs<sup>232</sup>.

Enfin, les auteurs ajoutent qu'en plus de la situation de la firme relativement aux trois conditions précédemment énoncées, la firme ne s'engagera dans des activités d'ajout de valeur à l'international uniquement si cela apparaît cohérent eu égard aux objectifs à long terme des actionnaires et à sa stratégie organisationnelle<sup>233</sup>.

---

<sup>230</sup> Voir *ibid.*

<sup>231</sup> Voir *ibid* aux pp 99–101.

<sup>232</sup> Voir *ibid.*

<sup>233</sup> Voir *ibid* à la p 101.

## B) *L'avantage comparatif vertical*

Malgré les (vagues) prétentions de certains<sup>234</sup>, il semble indéniable que le principe d'avantage comparatif tel que développé par David Ricardo est désormais désuet eu égard à la réalité empirique du commerce international<sup>235</sup>. Déjà en 2001, les auteurs David Hummels, Jun Ishii, Kei-Mu Yi avaient, dans le cadre d'un article abondamment cité, remis en question la nature même du commerce international en identifiant et en décrivant empiriquement le phénomène de la spécialisation verticale, démontrant que la spécialisation a désormais bien plus à voir avec une étape de production que de la conception de bien dans son entièreté<sup>236</sup>.

D'un point de vue de politique commerciale et de développement économique, il est essentiel pour un pays de connaître son degré de participation au commerce international et la mesure dans lequel ce dernier est susceptible de varier. Bien que, avons-nous dit, les firmes multinationales ne connaissent pas de frontières, il ne faudrait pas perdre de vue que les gouvernements étatiques demeurent responsables de moult décisions susceptibles d'influer les cours internationaux d'échange de biens et services. Il est conséquemment essentiel que, partiellement à tout le moins, la théorie du commerce international puisse conserver le pays comme élément central de son étude et ainsi se greffer à un paradigme tel le paradigme éclectique qui lui, nous renseigne sur le comportement des firmes. C'est précisément ce à quoi Bernard C. Beaudreau s'attarde en redéveloppant le concept d'avantage comparatif au profit du concept d'avantage comparatif vertical (ACV) dans deux articles récents<sup>237</sup>.

Les chaînes de valeurs résident au cœur de cette théorie. Beaudreau développe le concept de « *vision-based value chains* »<sup>238</sup> et prétend que celles-ci évoluent selon un modèle en trois temps. La genèse de ces chaînes est sa conception par un visionnaire ou un entrepreneur.

---

<sup>234</sup>Voir par ex Pascal Lamy, « L'avantage comparatif est mort? Pas du tout, indique M. Lamy à des économistes à Paris », présentée à l'École d'économie de Paris, 12 avril 2010 [non publiée], en ligne: OMC <[https://www.wto.org/french/news\\_f/sppl\\_f/sppl152\\_f.htm](https://www.wto.org/french/news_f/sppl_f/sppl152_f.htm)>

<sup>235</sup> Voir Bernard C. Beaudreau, « Vertical Comparative Advantage » (2011) 25:3 Intl Trade J 305 à la p 308 [Beaudreau « Vertical Comparative Advantage »].

<sup>236</sup> David Hummels, Jun Ishii et Kei-Mu Yi, « The Nature and Growth of Vertical Specialization in World Trade » (2001) 54:1 J Intl Economics 75.

<sup>237</sup> Beaudreau, « Vertical Comparative Advantage », *supra* note 235; Bernard C. Beaudreau « Competitive and Comparative Advantage: Towards a Unified Theory of International Trade » (2016) 30:1 Intl Economic J 1.

<sup>238</sup> Notons que dans son article intitulé « Competitive and Comparative Advantage: Towards a Unified Theory of International Trade », il les nommera plutôt « *vision-augmented value chain (VAVC)* ».

Cette conception d'un nouveau produit ou d'un nouveau processus de production étant le résultat de ce qu'il qualifie de « *vision-creating processes* »<sup>239</sup>, il s'ensuit que ce qui donne naissance à la chaîne de valeur et la répartition de ses maillons est une propension créatrice plus qu'une simple idée. Dans un second temps, les chaînes de valeur se matérialisent en tant que chaînes de valeur verticalement intégrées dont les maillons sont répartis à travers les pays selon l'ACV que possèdent ces derniers relativement à une étape de production d'un bien ou d'un service. Enfin, à la troisième étape de la chaîne de valeur la firme produit et effectue des opérations commerciales. En d'autres termes, la firme doit faire face aux choix des consommateurs et seules les plus rentables maintiendront leurs opérations, les autres étant vouées à disparaître.

Étant donné la distribution inégale de l'intensité des facteurs de production le long de la chaîne de valeur selon que les maillons se retrouvent en amont (intensive en ressources et en capital) ou en aval (plus intensive en main-d'œuvre), certains pays auront un avantage comparatif pour une ou plusieurs de ces étapes selon leur dotation respective en capital, ressources et main-d'œuvre. L'auteur classe par ailleurs l'avantage comparatif vertical que peut posséder un pays ou une région relativement à une ou plusieurs étapes de production en deux catégories : l'ACV structurel et l'ACV résultant de l'arbitrage. Essentiellement, les avantages comparatifs verticaux structurels sont ceux qui sont liés à la dotation et aux conditions particulières d'un pays, ils sont donc immobiles. Pour leurs parts, les avantages comparatifs verticaux résultant de l'arbitrage sont ceux qui existent à court terme en raison de la présence abondante de capital ou de main-d'œuvre – ce qui rend son coût plus faible – dans un pays donné. Enfin, on retiendra de façon intuitive que, sans égard à sa qualification, une forte dotation en facteur de production confère à ce pays un avantage (comparatif vertical) qui devrait lui permettre d'attirer des maillons de chaînes de valeur qui requièrent ce facteur :

*As a rule, the more a region/country is well endowed in a factor input, the greater is the probability that it will attract a link that makes use of it intensively. If region/ country l is capital abundant (i.e., its relative share of the overall world capital stock is important), then it will attract capital-intensive links*<sup>240</sup>.  
(Références volontairement omises)

---

<sup>239</sup> Beaudreau, « Vertical Comparative Advantage », *supra* note 235 à la p 314.

<sup>240</sup> *Ibid* aux pp 319–320.

## 2.2 Tendances actuelles du commerce international

La théorie possède une utilité indéniable dans la compréhension d'un phénomène, il en va de même des observations empiriques. Ce sont précisément ces dernières que nous tenterons de mettre autant que faire se peut de l'avant dans cette seconde partie de ce chapitre dont l'objet est de faire part des tendances récentes, tant au niveau statistique (2.2.1) que de la production à l'international (2.2.2).

### 2.2.1 Computation statistique des flux internationaux d'échange de biens et de services

Dire que le commerce international occupe une place importante de l'économie mondiale relèverait de l'euphémisme. En 2015, la valeur des exportations internationales de biens et de services a atteint 20 700 milliards de \$ US, le commerce des biens accaparant la part du lion à 16 000 milliards \$ US<sup>241</sup>. Pour placer le tout en perspective, notons que ce montant est près de deux fois plus élevé de ce qu'il était en 2005<sup>242</sup>. Si depuis la crise financière de 2008 – qualifiée par Piketty de « première crise capitaliste du XXI<sup>e</sup> siècle »<sup>243</sup> – le volume du commerce mondial des marchandises croît d'une façon assez semblable à la fluctuation du PIB réel mondial, soulignons que pour la période 1990-2008 le premier a surpassé le second dans un ratio de 2.1<sup>244</sup>.

Encore plus impressionnante que l'augmentation du commerce des marchandises est l'augmentation astronomique des stocks d'investissements étrangers. Depuis 1990, on estime que ces derniers auraient cru de 535%, soit plus de six fois l'augmentation du commerce des marchandises<sup>245</sup>.

---

<sup>241</sup> Voir OMC, *L'examen statistique du commerce mondial 2016*, Genève, 2016, en ligne : OMC <wto.org> à la p 18 [OMC, *L'examen statistique du commerce mondial 2016*].

<sup>242</sup> Voir *ibid*, à la p 10.

<sup>243</sup> Thomas Piketty, *Le capital au XXI<sup>e</sup> siècle*, Paris, Éditions du Seuil, 2013 à la p 754

<sup>244</sup> Voir OMC, *L'examen statistique du commerce mondial 2016*, *supra* note 241 à la p 18.

<sup>245</sup> Andreas Waldkirch. « Comparative advantage FDI? A host country perspective » (2011) 147:3 R World Economics 485 à la p 485.

La croissance fulgurante des flots d'échange de biens, de services et d'investissement directs étranger au cours des dernières décennies sont autant de signes de « l'interconnexion croissante des processus de production entre les pays »<sup>246</sup>. Ces processus de production prennent part au sein des chaînes de valeur mondiales (CVM), lesquelles constituent indubitablement la connexion entre l'investissement et le commerce<sup>247</sup>. L'investissement direct étranger doit être compris comme étant le positionnement des activités d'ajout de valeur au sein de la chaîne et, conséquemment, comme constituant une étape antérieure aux échanges internationaux de biens et de services<sup>248</sup>. En somme, c'est désormais une majorité de la valeur du commerce international qui a lieu à l'intérieur même de ces CVM. En effet, la valeur du commerce international de biens et de services intermédiaires représenterait environ 60%<sup>249</sup> du commerce total, marquant, une fois de plus pour ceux qui en doutaient encore, la nature fondamentalement verticale du commerce international.

Les chaînes de valeur mondiales étant généralement coordonnées par les firmes multinationales, le fait que ces dernières soient impliquées dans de plus de 80%<sup>250</sup> des échanges internationaux de biens et de services ne saurait être de nature à choquer l'esprit. La participation des firme multinationales au commerce international peut être catégorisée de la façon suivante : commerce intra-firme, modes d'entrée sans participation au capital (*non-equity modes*) et transaction effectuée dans des conditions de concurrence normales (*arm's length transactions*).

Le commerce intra-firme est celui qui a lieu entre entités possédées par la firme multinationale. Ce type de commerce est celui dans lequel la firme exerce le plus grand

---

<sup>246</sup> OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2014 : Commerce et développement: tendances récentes et rôle de l'OMC*, Genève, 2014, en ligne : OMC <<https://www.wto.org>> à la p 85 [OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2014*].

<sup>247</sup> Voir CNUCED, *World Investment Report 2013: Global Value Chains: Investment and Trade for Development*, United Nations Publications, 2013 à la p 122, en ligne : CNUCED <<http://unctad.org/en/Pages/DIAE/World%20Investment%20Report/WIR-Series.aspx>> [CNUCED, *WIR 2013*].

<sup>248</sup> Voir *ibid*, à la p 135. D'ailleurs, Beaudreau souligne que : « *The historical record appears to be non-equivocal—networks precede trade. There are no known cases of trade preceding networks—that is, no known cases of spontaneous trade leading to the creation of a network.* » Beaudreau, *Interregional and International Trade*, *supra* note 204 à la p 39.

<sup>249</sup> Voir CNUCED, *WIR 2013*, *supra* note 247 à la p 122.

<sup>250</sup> Voir *ibid* à la p 134.



niveau de contrôle et d'implication. La suppression, ou autrement dit, l'internalisation des marchés de biens et de services intermédiaires par la firme est dans, cette hypothèse, le résultat d'investissement direct entrepris par celle-ci afin de positionner les maillons de sa chaîne de valeur. Le recours au commerce intra-firme est parfois essentiel afin d'assurer la sécurité et la constance de l'approvisionnement de la chaîne de valeur. C'est notamment le cas pour certaines matières premières où il n'existe tout simplement pas de marché au comptant où transigent lesdites matières<sup>251</sup>.

Pour leur part, les modes d'entrée sans participation au capital sont les moyens d'approvisionnement de la chaîne de valeur où la firme multinationale exerce un degré de contrôle moyen<sup>252</sup>. En clair, dans cet hypothèse la firme s'approvisionne auprès d'une entité qui n'est pas une filiale. On ne saurait non plus qualifier ce fournisseur de simple tiers puisque la firme et le fournisseur bâtissent une relation à long terme qui permet à la firme d'exercer une influence plus ou moins considérable sur la production de l'intrant qui lui est destiné, et ce sans posséder la majorité des actions de ce partenaire. Les formes d'ententes contractuelles à l'origine d'une telle relation à long terme sont multiples, le résultat est toutefois unique : bénéficiaire, autant que faire se peut, des avantages qui découlent de l'intégration verticale sans pour autant assumer pleinement les risques qui y sont associés<sup>253</sup>.

Enfin, il importe de souligner que ce seraient tout de même 40% des transactions des firmes multinationales qui auraient lieu dans des conditions de concurrence normales<sup>254</sup>. Il est approprié de recourir à ce mode d'approvisionnement lorsque l'intrant requis en est un pour lequel l'information relative aux caractéristiques, le prix et la qualité sont facilement disponibles<sup>255</sup>.

---

<sup>251</sup> Voir Beaudreau, *Interregional and International Trade*, *supra* note 204 à la p 84.

<sup>252</sup> Voir CNUCED, *WIR 2013*, *supra* note 247 aux pp 142-143.

<sup>253</sup> Voir Dunning et Lundan, *supra* note 28 à la p 192.

<sup>254</sup> Voir CNUCED, *WIR 2013*, *supra* à la note 247, à la p 135. Notons que le commerce intra-firme représente 40% et les modes d'entrée sans participation du capitale, 20%.

<sup>255</sup> Voir *ibid* à la p 142.

### 2.2.1.1 Problèmes liés à la computation de données brutes relativement au commerce international

Les données dont nous avons fait état précédemment, aussi éclairantes peuvent-elles être dans notre compréhension des échanges de biens et de services ainsi que des mouvements de stocks d'investissement direct étranger à l'international, doivent néanmoins être analysées avec rigueur et prudence. Cette assertion est exacte tant à l'égard des statistiques du commerce international que celles relatives à l'investissement direct étranger (IDE). Par souci de pertinence, notre commentaire relatif aux statistiques de l'IDE sera concis, celui relatif aux statistiques du commerce international plus élaboré.

S'agissant de la computation des stocks d'IDE, il ne faudrait pas perdre de vue qu'une partie substantielle des investissements sont des investissements auxquels aucune activité économique réelle n'est associée, « *[t]his is the case with the so-called 'round-tripping investments' between China and Hong Kong and Russia and Cyprus, for exemple, which aims to take advantage of incentives offered to foreign investors.* »<sup>256</sup>

En ce qui a trait aux statistiques du commerce international, le biais statistique induit par la prise en compte multiple de la valeur ajoutée par les pays en amont de la chaîne de valeur semble – au niveau conceptuel, à tout le moins – acquis depuis déjà un certain temps chez les économistes<sup>257</sup>. Cette distorsion, identifiée comme étant le problème du double comptage, émane du fait que les statistiques traditionnelles du commerce international sont comptées en données brutes plutôt qu'en valeur ajoutée. La valeur ajoutée en amont est ainsi comptée plus d'une fois, soit à chaque étape où le bien franchit une frontière internationale ce qui laisse l'impression erronée que les flux de commerce international de biens et de services sont plus importants qu'ils ne le sont réellement. Le graphique suivant constitue une illustration

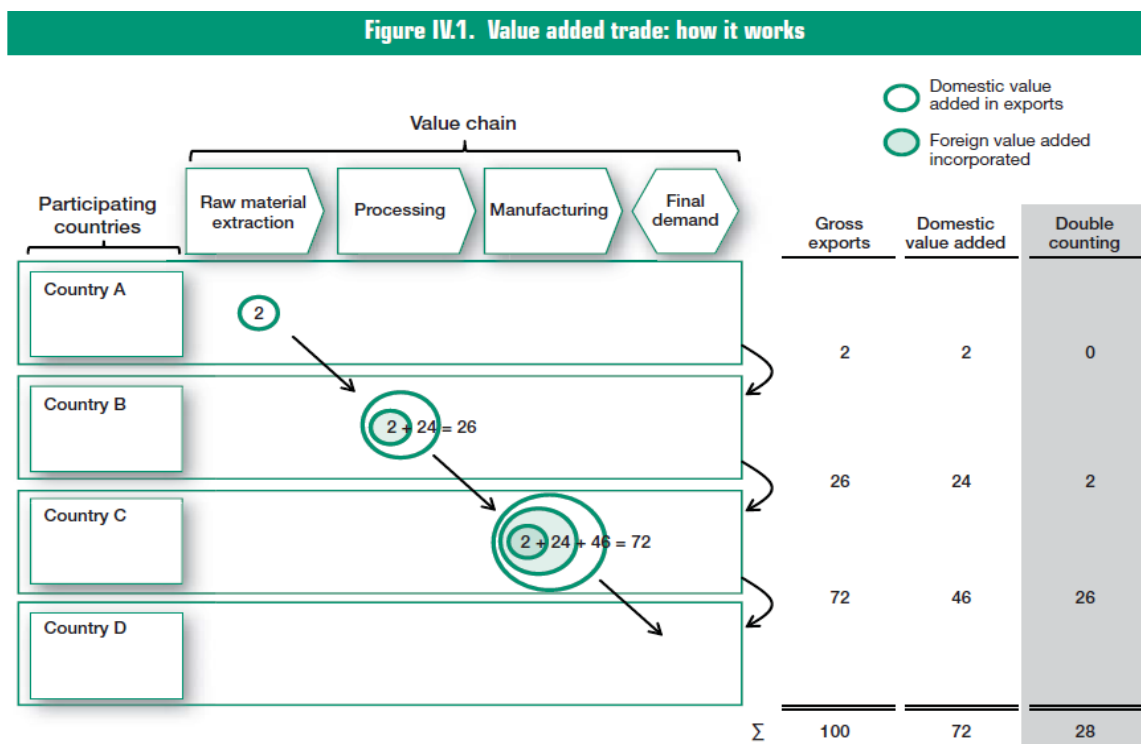
---

<sup>256</sup> Dunning et Lundan, *supra* note 28 à la p 10. Dans un même ordre d'idée, il est intéressant de noter que la troisième destination d'IDE canadien, tout juste après les États-Unis et le Royaume-Uni est la Barbade et que les Îles Caïmans, Bahamas et les Bermudes font aussi très bonne figure dans ce palmarès, voir Statistiques Canada, *Investissement direct étranger, 2015*, en ligne : Statistiques Canada : < <http://www.statcan.gc.ca>>

<sup>257</sup> Voir notamment Andreas Maurer et Christophe Degain. « Globalization and Trade Flows: What You See Is Not What You Get! » (2012) 3:03 J Intl Commerce, Economics & Policy 1; Robert Koopman, Zhi Whang et Shang-Jin Wei « Tracing Value-Added and Double Counting in Gross Exports » (2014) 104:2 American Economic R 459; OMC, *L'examen statistique du commerce mondial 2016*, *supra* note 241 à la p 224.

vernaculaire de la surestimation de la valeur du commerce international par les statistiques traditionnelles :

Graphique 1 : Schématisation du problème statistique du double comptage



Source : CNUCED, 2013<sup>258</sup>.

On estime ainsi que des 19 000 milliards US\$ d'exportation internationales de biens et de services enregistrées en 2010, près de 5000 milliards US\$ auraient été comptés en double puisqu'ils représentaient de la valeur ajoutée provenant d'un autre pays. La véritable valeur du commerce international de biens et de services cette année-là aurait donc plutôt été de l'ordre de 14 000 milliards US\$<sup>259</sup>.

Face à cette obsolescence des statistiques traditionnelles du commerce international, on assiste depuis peu à la mise en place de diverses initiatives ayant pour but de brosser un portrait statistique plus significatif des phénomènes d'échanges de biens et services<sup>260</sup>. La

<sup>258</sup> CNUCED, *WIR 2013*, supra à la note 247 à la p 123

<sup>259</sup> Voir *ibid.*

<sup>260</sup> Voir Hubert Escaith, « Nouvelle économie industrielle mondiale, commerce international et valeur ajoutée : implications statistiques et comptables » dans *Actes du 12<sup>e</sup> colloque de l'Association de comptabilité nationale*, Paris, 2008 à la p 228, en ligne : <<https://insee.fr/fr/information/2572727>>.

compilation conjointe de statistiques relatives aux échanges en valeur ajoutée effectuée par l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) et l'OMC est particulièrement digne de mention<sup>261</sup>. Ces deux institutions ont récemment mis en place la base de données EVA (échanges en valeur ajoutée) qui permet de connaître à un niveau agrégé le taux de valeur ajoutée étrangère contenue dans les exportations brutes de certains pays.

### 2.2.2 Le phénomène de la fragmentation de la production à l'international

Nous avons fait état précédemment du fait que durant la période qui précède la Première Guerre mondiale, l'économie mondiale a atteint un niveau substantiel d'inter-connectivité qui mettra plusieurs décennies avant d'être atteint de nouveau. Ce qui différencie, cependant, grandement le commerce international qui a cours en ce début de XXI<sup>e</sup> siècle de celui qui se pratiquait au début du siècle précédent est sans l'ombre d'un doute l'ampleur du phénomène de la fragmentation de la production<sup>262</sup>.

On doit comprendre par « fragmentation » le fait de séparer un processus de production jusque-là intégré en deux ou plusieurs fragments<sup>263</sup>. En clair, il s'agit de la division des activités d'ajout de valeur autrefois regroupées en maillons distinguables<sup>264</sup>. Ce phénomène existait déjà à l'époque de la révolution industrielle, toutefois des transformations récentes d'ordre technologique et politique permettent à cette tendance d'atteindre une dimension internationale sans précédent<sup>265</sup>.

Le constat que le terrain de jeux des firmes multinationales est désormais la planète entière semble difficilement attaquable. Il ne semble par ailleurs plus faire de doute que le capitalisme est répandu de façon globale et qu'il y a lieu de parler de « capitalisme

---

<sup>261</sup> OCDE et OMC, *Statistiques sur les échanges en valeur ajoutée*, en ligne : OCDE <<http://stats.oecd.org/>>.

<sup>262</sup> D'aucuns prétendent même que ce phénomène constituerait « *one of the the most important distinguishing features of contemporary globalization.* » Arndt et Kierzkowski, *supra* note 200 à la p 2.

<sup>263</sup> Voir Ronald W Jones et Henrik Kierzkowski, « A Framework for Fragmentation » dans Arndt et Kierzkowski *supra* note 200, 17 à la p 19.

<sup>264</sup> Voir Victoria Curzon Price, « Some Causes and Consequences of Fragmentation » dans Arndt et Kierzkowski *supra* note 200, 88 à la p 88.

<sup>265</sup> Voir Arndt et Kierzkowski, *supra* note 200 à la p 2.

mondial »<sup>266</sup>. Les firmes multinationales résident certainement au cœur même de cette expansion de la production capitaliste, leur croissance est exponentielle à la fin du XX<sup>e</sup> siècle – et particulièrement après 1985 – passant de 7000 entités en 1969 à 24 000 en 1990 et à plus de 111 000 en 2010<sup>267</sup>. À la source de cette propagation de l’institution économique dominante de notre époque, la firme multinationale, et de la répartition toujours plus dispersée des activités d’ajout de valeur auxquelles elle se livre, on trouve principalement, avons-nous dit, des causes de deux ordres (technologique et politique) dont la contribution respective ne fait pas unanimité.

### 2.2.2.1 Changements d’ordre technologique

Les principaux changements d’ordre technologique ayant agi comme force motrice de la fragmentation des activités de production – et, par le fait même, de l’accroissement du commerce international – sont au nombre de deux : les avancées récentes dans le secteur des technologies de l’information et de la communication (TIC) et les changements survenus dans le domaine des transports<sup>268</sup>.

Les avancées récentes dans le secteur des TIC ont influé à la fois sur les coûts de communication, mais surtout sur les coûts de coordination<sup>269</sup>. Le développement du microprocesseur à partir des années 1970, le développement dans les années 1980 de réseaux de téléphonie mobile et, au début de la décennie subséquente, la mise en place de réseaux Internet publics ainsi que toutes les évolutions et améliorations afférentes ont transformé radicalement la capacité de gestion de l’information et de communication de l’être humain d’informations sur de vastes distances. À tout cela, il convient d’ajouter le développement d’outils logiciels d’organisation<sup>270</sup> ainsi que l’émergence de cadres et d’administrateurs

---

<sup>266</sup> James Fulcher, *Capitalism : a Very Short Introduction*, Oxford, Oxford University Press, 2004 à la p 82.

<sup>267</sup> OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2014*, *supra* note 246 à la p 51.

<sup>268</sup> Voir Richard G Harris, « A Communication-Based Model of Global Production Fragmentation » dans Sven W Arndt et Henryk Kierzkowski, *supra* note 200, 52; Paul Krugman, Richard Cooper et T Srinivasan, « Growing World Trade: Causes and Consequences » (1995) 1 *Brookings Papers on Economic Activity* 327.

<sup>269</sup> Voir Harris, *supra* note 268 à la p 54; Paul Krugman, Richard Cooper et T Srinivasan, *supra* note 268 à la p 342.

<sup>270</sup> Voir Richard Baldwin, « Global supply chains: why they emerged, why they matter, and where they are going » dans Deborah K Elms et Partrick Low, dir, *Global value chains in a changing world*, Genève, WTO Publications, 2013, 13 à la p 16.

formés<sup>271</sup>. D'une part, les avancées technologiques susmentionnées ont permis la réduction des coûts de communication; il est désormais moins cher en termes réels de transmettre un message dans un autre pays aujourd'hui que ce ne l'était dans les années 1960 par exemple<sup>272</sup>. D'autre part, elles ont permis une complexification des messages transmis ainsi qu'un rétrécissement du temps dans la transmission de ceux-ci, conduisant par le fait même à une réduction substantielle des coûts de coordination. Avec ces avancés, il devenait désormais possible (entendre par là : économiquement rationnel) de délocaliser à l'étranger certaines activités d'ajout de valeur jusque-là regroupées sous un même toit ou à proximité. Cela est particulièrement vrai à l'égard des services qui, comme le rappelle un auteur, nécessitent souvent une communication instantanée entre les différents maillons de la chaîne de valeur :

*Yet one defining characteristic of many transactions in 'coordination services', as opposed to transactions in goods, is the time dimension – they must be provided very quickly, and repeatedly – durability is completely absent in many instances. Changes in communications technology are therefore responsible for the coordination of closely related production systems over vast distances where this was not previously possible<sup>273</sup>. (Nous soulignons)*

Outre le caractère plus instantané des nouvelles technologies, il y a lieu de souligner la plus grande aisance avec laquelle il est désormais possible de transmettre d'importantes quantités d'informations complexes. Une réunion de travail entre le maillon ingénierie/conception situé dans le pays A et le maillon assemblage, situé dans le pays B, pourrait par exemple être tenue par visioconférence, à la suite de quoi pourrait être transmis par courriel de volumineux documents contenant des instructions, plans et devis. Lesdits documents ne mettront que quelques millièmes de seconde à franchir les serveurs informatiques et à aboutir dans la boîte courriel des acteurs concernés du maillon assemblage. Ces derniers pourraient ensuite prendre une vidéo afin de démontrer l'application concrète des instructions reçues et envoyer aussitôt le tout au maillon situé en amont. Le dirigeant de ce maillon recevra le tout instantanément sur son téléphone intelligent, alors même qu'il se trouve en réunion à l'extérieur. Il ne s'agit là que d'une illustration de communications qui étaient impossibles ou autrement beaucoup plus complexes à l'époque du télégraphe ou encore du téléphone fixe,

---

<sup>271</sup> Voir Dunning et Lundan, *supra* note 28 à la p 154.

<sup>272</sup> Des auteurs rapportent qu'il existe une littérature abondante démontrant la réduction substantielle des coûts de communications, voir Harris, *supra* note 268 à la p 67.

<sup>273</sup> *Ibid* à la p 55.

ce qui rendait impensable la délocalisation à l'étranger des activités d'ajout de valeur de la firme.

Le rôle des avancées technologique dans le domaine des transports ne saurait par ailleurs être passé sous silence, bien que, il y a lieu de le reconnaître, la transformation opérée dans l'après-guerre est de portée moindre que celle qui a affecté les TIC. Il convient de rappeler que déjà au début du XX<sup>e</sup> siècle, des innovations techniques avaient permis une diminution importante des coûts de transport<sup>274</sup>. Dans l'ordre, on assiste à l'apparition de lignes ferroviaires de fret, de bateaux à vapeur assurant des liaisons partout sur le globe et enfin le développement de techniques de transport réfrigéré<sup>275</sup>. Il appert que, s'agissant du transport des marchandises, la transformation la plus importante ayant eu lieu au XX<sup>e</sup> siècle ait été la conteneurisation<sup>276</sup>. Il ne fait pas de doute que la conteneurisation a permis une augmentation substantielle du volume de biens pouvant être transportés. À ce titre, Richard N. Cooper rappelle que le tonnage des paquebots en 1913 n'était que de 5000 à 10 000 tonneaux de jauge brute (tjb) comparativement à plus de 150 000 tjb de nos jours<sup>277</sup>. Une telle augmentation dans le tonnage des porte-conteneurs, prétend-il, rendrait le commerce de certains produits viable, plus particulièrement les produits de faible valeur. De plus, comme l'explique le professeur Hummels, la conteneurisation entraîne une réduction des coûts de transport principalement en raison des gains d'efficacité qu'elle permet :

*The use of standardized containers provides cost savings allowing goods to be packed once and moved over long distances via a variety transport modes-truck, rail, ocean liner, rail, then truck again-without being unpacked and repacked. In this way, containerization reduces direct port costs as storage and stevedoring (port labor) as well as indirect costs incurred during lengthy port stops (the rental rate on unused capital while a ship sits idle in port)*<sup>278</sup>.

Certes, ces nouvelles techniques de gestion du transport des biens entraînent une réduction de coûts comparativement à la situation qui prévaut avant les Guerres mondiales<sup>279</sup>. Il y a

---

<sup>274</sup> Voir notamment Dunning et Lundan, *supra* note 28 à la p 155.

<sup>275</sup> Voir *ibid*; OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2014*, *supra* note 246 à la p 46.

<sup>276</sup> Voir David Hummels, « Transportation Costs and International Trade in the Second Era of Globalization » (2007) 21:3 J Economic Perspectives 131 à la p 141.

<sup>277</sup> Krugman, Cooper et Srinivasan, *supra* note 268 à la p 363.

<sup>278</sup> Hummels, *supra* note 276 à la p 141.

<sup>279</sup> On estime la réduction des coûts de transport entraînée par la conteneurisation de l'ordre de 3 à 13%, voir *ibid* à la p 152.

toutefois lieu de rappeler que la montée du prix du carburant à partir des années 1970 ainsi que des frais portuaires – notamment en raison de la congestion due à l’incapacité de certains ports de faire face à la demande toujours grandissante – ont eu l’effet inverse de la conteneurisation, si bien qu’au final, il n’y aurait pas eu de réduction substantielle des coûts de transport dans le domaine du transport maritime qui, rappelons-le, représente 99% du commerce international mesuré selon le poids et une majorité du commerce selon la valeur<sup>280</sup>.

Le domaine du transport aérien a également connu des transformations importantes dans l’après-guerre. Le tonnage du fret aérien est en constante augmentation depuis les années 1970 et croît à un rythme bien supérieur à celui de la fluctuation du tonnage du transport maritime<sup>281</sup>. Bien que, en termes de poids, le transport aérien de fret ne représente toujours qu’une infime partie du commerce international, ce mode de transport représente une part croissante en termes de valeur. Ainsi, en 2011, 22% des importations américaines et 29% des exportations de ce pays avaient voyagé par transport aérien, lorsque mesuré selon la valeur<sup>282</sup>. La raison qui sous-tend ce phénomène est fort simple : une réduction importante des coûts du transport de fret aérien. À cette réduction des coûts, il convient d’ajouter la supériorité temporelle du transport aérien sur le transport maritime. La vitesse – infiniment plus grande que celle du transport maritime – à laquelle peuvent circuler les biens lorsque transportés par voie aérienne, permet le commerce de biens qui autrefois ne pouvaient uniquement être transigés que localement. C’est par exemple le cas des fleurs coupées<sup>283</sup>. Cette vitesse facilite également la fragmentation des activités d’ajout de valeur en ce qu’un approvisionnement prompt de la chaîne de valeur peut désormais être assuré alors même que les maillons sont géographiquement isolés<sup>284</sup>. Enfin, il convient de souligner l’apport de la démocratisation du transport aérien de passagers dans le processus de fragmentation de la production à l’international. Des relations d’affaire à distance qui n’étaient pas possibles en 1913 peuvent désormais être aisément entretenues grâce à des visites régulières<sup>285</sup>.

---

<sup>280</sup> Voir *ibid.*

<sup>281</sup> Voir *ibid.* aux pp 132-134.

<sup>282</sup> États-Unis, Bureau of Transportation Statistics, *Maritime Trade and Transportation by the Numbers*, en ligne : United State Department of Transportation, en ligne : <[https://www.rita.dot.gov/bts/sites/rita.dot.gov.bts/files/publications/by\\_the\\_numbers/maritime\\_trade\\_and\\_transportation/index.html](https://www.rita.dot.gov/bts/sites/rita.dot.gov.bts/files/publications/by_the_numbers/maritime_trade_and_transportation/index.html)>.

<sup>283</sup> Voir Krugman, Cooper et Srinivasan, *supra* note 268 à la p 364.

<sup>284</sup> Voir *ibid.*

<sup>285</sup> Voir *ibid.* à la p 342



### 2.2.2.2 *Changements d'ordre politique*

Nous en avons fait mention d'entrée de jeu, aux facteurs technologiques ayant eu un rôle essentiel à jouer dans la tendance croissante de la fragmentation internationale de la production, il y convient d'ajouter les facteurs politiques. Le terme générique « politique » est ici employé, toutefois comme nous le verrons cela a, en fait, beaucoup à voir avec les modifications au cadre juridique transnational régissant le commerce et les investissements transfrontaliers.

On peut dire que le retour vers un commerce plus ouvert naît dans la foulée de l'instauration ce qu'il y a lieu de qualifier de « nouvel ordre économique international »<sup>286</sup>. La signature des *Accords de Bretton Woods* le 22 juillet 1944, qui mèneront à la création de la Banque mondiale ainsi que du Fonds monétaire international, et l'entrée en vigueur l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce* le 1<sup>er</sup> janvier 1948 constituent pour ainsi dire le commencement d'une nouvelle ère en matière de relations économiques internationales. La tendance qui est observée depuis la mise en place de ces institutions est une coopération sans cesse croissante entre les membres de la communauté internationale afin de faciliter et de favoriser le mouvement des biens, des services et des capitaux. Le mouvement amorcé à partir de la fin de la Seconde Guerre mondiale subit un réel changement paradigmatique à partir des années 1990. Non seulement la tendance à l'abaissement des tarifs douaniers s'accélère-t-elle<sup>287</sup>, mais observe-t-on l'engagement des pays à s'attaquer aux barrières qui vont au-delà de la frontière (*beyond the border barriers*)<sup>288</sup>. C'est dans cette perspective que le résultat final des négociations du cycle de l'Uruguay déboucheront sur des accords couvrant notamment le commerce des services, les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce ainsi que les mesures concernant les investissements et liées au commerce. Outre la collaboration au niveau multilatéral qui mène à la création de

---

<sup>286</sup> OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2014*, supra note 246 à la p 50. Il est à noter que l'OMC emploie ici cette expression en faisant abstraction complète de l'acception consacrée dans divers résolutions de l'Assemblée générale des Nations-Unies, dont les suivantes : *Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international*, Rés AG 3201 (S-VI), Doc off AG NU, 6<sup>e</sup> sess extraordinaire, Doc NU A/9556 (1974) 3; *Programme d'action concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international*, Rés AG 3202 (S-VI), Doc off AG NU, 6<sup>e</sup> sess extraordinaire, Doc NU A/9556 (1974) 5; *Vers un nouvel ordre économique international*, Rés AG 67/217, Doc off AG NU, 67<sup>e</sup> sess, Doc NU A/67/439/Add.1 proj de rés.

<sup>287</sup> Voir Baldwin, supra note 270 à la p 25.

<sup>288</sup> Voir *ibid* aux pp 25-26.

l'OMC, on observe durant cette même période la multiplication d'accords de libre-échange et de partenariats commerciaux régionaux qui traitent de ces mêmes disciplines<sup>289</sup>.

La préoccupation sans cesse croissante de se doter de règles qui régissent non seulement le commerce des biens mais également celui des services ainsi que la propriété intellectuelle et les investissements doit être comprise comme une admission de la forte connexion qui les unit. Ce lien d'unité se cristallise indubitablement dans la chaîne de valeur mondiale coordonnée par la firme multinationale. L'importance des services au sein des CVM est indéniable, on a même déjà dit de ceux-ci qu'ils « *constitute the mortar that holds the supply chain together and ideally ensure a seamless production chain from raw materials to after-sales services.* »<sup>290</sup>

Toujours dans cette perspective de facilitation de l'établissement de maillons et de fonctionnement des CVM, on assiste à partir des années 1990 à une accélération marquée de la signature d'accords bilatéraux de protection et de promotion des investissements – seuls ou incorporés à un accord de partenariat économique – ainsi que des accords relatifs à la double imposition<sup>291</sup>. La plus grande ouverture envers l'investissement direct étranger se traduit également au niveau étatique et infra-étatique par la mise en place d'un cadre législatif et réglementaire plus favorable ainsi que par l'abaissement du taux d'imposition des sociétés<sup>292</sup> et l'octroi à ces dernières d'incitatifs fiscaux<sup>293</sup>.

---

<sup>289</sup> En date du 1<sup>er</sup> mai 2018, on recensait 51 accords notifiés en vertu de la « Clause d'habilitation » (*Traitement différencié et plus favorable, réciprocité, et participation plus complète des pays en voie de développement*, GATT PC Déc L/4903, 35<sup>e</sup> sess, supp n° 26 IBDD (1979) 223), et 412 accords notifiés au titre des articles XXIV du *GATT de 1947*, XXIV du *GATT de 1994* et V de l'AGCS. Pour les statistiques concernant l'évolution du nombre d'accords régionaux, voir OMC, *Accords commerciaux : faits et chiffres*, en ligne : OMC <[https://www.wto.org/french/tratop\\_f/region\\_f/regfac\\_f.htm](https://www.wto.org/french/tratop_f/region_f/regfac_f.htm)>.

<sup>290</sup> Hildegunn Kyvik Nordås, « International production sharing: a case for a coherent policy framework », Discussion Paper No 11, en ligne: OMC <[wto.org](http://wto.org)> à la p 5.

<sup>291</sup> CNUCED, *Quantitative data on bilateral investment treaties and double taxation treaties*, en ligne : <[http://unctad.org/en/Pages/DIAE/International%20Investment%20Agreements%20\(IIA\)/Quantitative-data-on-bilateral-investment-treaties-and-double-taxation-treaties.aspx](http://unctad.org/en/Pages/DIAE/International%20Investment%20Agreements%20(IIA)/Quantitative-data-on-bilateral-investment-treaties-and-double-taxation-treaties.aspx)>

<sup>292</sup> Sur l'évolution des taux d'imposition effectifs et moyens dans les pays de l'OCDE depuis les années 1980, voir Organisation de coopération et de développement économique, OCDE, « Concurrence fiscale : comment rester compétitif » dans OCDE, *Études économiques de l'OCDE*, Royaume-Uni, Éditions OCDE, 2007 à la p 154, en ligne : OCDE <[http://dx.doi.org/10.1787/eco\\_surveys-gbr-2007-7-fr](http://dx.doi.org/10.1787/eco_surveys-gbr-2007-7-fr)>.

<sup>293</sup> Ces incitatifs fiscaux peuvent revêtir plusieurs formes, il peut s'agir par exemple de réductions des taux de taxes sur le revenu des entreprises, de crédit d'impôts, de subvention des coûts d'énergie, de congé d'impôt, voir Alexander Klemm et Stefan Parys, « Empirical evidence on the effects of tax incentives » (2012) 19:3 Intl Tax & Public Finance 393 à la p 394.

En définitive, le processus de fragmentation internationale de la production, qui était déjà bien entamé depuis quelques décennies, entre à partir des années 1990 dans une période d'expansion fulgurante, prenons-en pour preuve l'augmentation marquée du nombre de firmes multinationales dont nous avons fait mention plus haut. Cette dispersion des maillons des chaînes de valeur qui sont dès lors réellement devenues mondiales a, tout compte fait, été rendue possible par non pas un changement unique, mais bien par une conjoncture de facteurs<sup>294</sup>.

### **Conclusion partielle**

L'économie mondialisée contemporaine est caractérisée par la très grande interconnectivité qui unit désormais les États. Profitant d'une conjoncture permettant la levée d'une grande partie des obstacles et irritants – tant d'une perspective technologique que politique –, la firme multinationale a su s'ériger en tant qu'institution économique dominante de notre ère en contrôlant dorénavant la majorité du commerce international. L'abolition graduelle des distances durant la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle permet à la firme multinationale de fragmenter à un niveau planétaire les processus de production, ce qui engendrera un réel essor des CVM, lesquelles se multiplieront à un rythme effréné plus particulièrement à partir du milieu des années 1980. L'intérêt de la littérature scientifique tardera quelque peu à se manifester<sup>295</sup>, si bien que la pensée économique sera longtemps dominée par des théories du commerce international qui ne s'intéressent qu'à l'échange de biens finaux, délaissant totalement la complexité de la structure sous-jacente. Cette tardivité de l'intérêt pour l'organisation du commerce international se traduira au niveau statistique par le manque d'outils permettant de capter la réelle activité économique qui se produit sur un territoire et conduira à l'obsolescence des statistiques traditionnelles.

---

<sup>294</sup> Voir Curzon Price dans Sven W Arndt et Henryk Kierzkowski, *supra* note 200 à la p 105.

<sup>295</sup> Il faut par exemple attendre 2014 pour qu'un rapport émane du Secrétariat de l'OMC publiant des statistiques sur les CVM, voir OMC, *L'examen statistique du commerce mondial 2016*, *supra* note 241 à la p 5. En termes quantitatifs, il faut attendre le début de la décennie 2010 afin d'observer un intérêt marqué pour les CVM, tels en font foi les résultats compilés par l'OMC au sujet de l'évolution du nombre d'articles traitant de ce sujet : 1980–89 : 6; 1990–93 : 3; 1994–97 : 17; 1998–2001 : 156; 2002–05 : 1310; 2006–09 : 4 200; 2010–13 : 7 210. Voir OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2014*, *supra* note 246 à la p 84.

## CHAPITRE TROISIÈME

# ÉVALUATION DE L'ADÉQUATION ENTRE LE SYSTÈME DES CONTRE-MESURES ET LA RÉALITÉ DU COMMERCE INTERNATIONAL

Nous nous rendons bien compte que l'utilisation de ce point de coupure f.a.b. ainsi que des règles d'origine est quelque peu arbitraire. La mondialisation de l'économie signifie que, de plus en plus, les produits "incorporent" en tant qu'intrants intermédiaires de nombreux produits et services de différentes origines. Il faudra peut-être à l'avenir mettre au point des règles plus élaborées à cet égard, mais nous estimons que la limite que nous avons établie est appropriée dans le cas d'espèce, qui a trait à la suspension de concessions. Par cette décision nous n'entendons pas fixer de limitations à la portée des obligations dans le cadre de l'OMC, pour cette affaire ou pour d'autres<sup>296</sup>.

La conclusion du cycle de l'Uruguay et l'entrée en vigueur des accords de l'OMC le 1<sup>er</sup> janvier 1995 marquent une nouvelle ère dans l'architecture des relations commerciales au niveau multilatéral. Outre les changements, dont nous avons fait état au chapitre précédent, relatifs à l'élargissement de la couverture des matières faisant l'objet de disciplines, ce qui en soi constituait une reconnaissance – préliminaire à tout le moins – de la nature changeante du commerce international, un des grands changements apportés par ce cycle est très certainement la mise en place d'un système de règlement des différends axé d'avantage sur la primauté du droit que sur la puissance politique<sup>297</sup>. Le trait saillant de cette transition – souvent qualifiée de « juridictionnalisation »<sup>298</sup> – est sans contredit l'adoption de la règle dite du consensus négatif. En vertu de cette règle, un groupe spécial sera automatiquement formé et un rapport automatiquement adopté par l'Organe de règlement des différends, sauf si les membres décident par consensus de ne pas adopter une telle action<sup>299</sup>. L'époque où le

---

<sup>296</sup> CE – Bananes III (É-U), *supra* note 118 au para 6.18.

<sup>297</sup> Sur la transition du système de règlement des différends du GATT à celui de l'OMC (« *power-oriented diplomacy* » à « *rule-oriented diplomacy* »), voir notamment : John H Jackson, *The World Trading System : Law and Policy of International Economic Relations*, 2<sup>e</sup> éd, Cambridge, The MIT Press, 1997 aux pp 107 et ss. Sur la notion d'automatisme « *automaticity* », voir *ibid* à la p 125; Laurence Boisson de Chazournes, *Les contre-mesures dans les relations internationales économiques*, Genève, Institut universitaire de hautes études internationales, 1993 aux pp 146 et ss.

<sup>298</sup> Sur la juridictionnalisation du système de règlement des différends de l'OMC, voir notamment Charles-Emmanuel Côté, *La participation des personnes privées au règlement des différends internationaux économiques : l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC*, Bruxelles, Bruylant, 2007, au ch II. Sur la question de la juridictionnalisation, Joost Pauwelyn notera toutefois avec grande justesse que : « *The "legalization" of disputes under the WTO stops, in effect, roughly where noncompliance starts.* », Pauwelyn, « *Collective Approach* » *supra* note 105 à la p 338.

<sup>299</sup> *Mémorandum d'accord*, *supra* note 23, arts 6:1 et 16:4.

membre visé par la plainte pouvait exercer son veto afin de bloquer l'adoption d'un rapport défavorable est donc désormais révoquée<sup>300</sup>. Force est de constater, toutefois, que dans la foulée de cette juridictionnalisation ne s'en suit pas un changement de paradigme dans le mécanisme d'exécution des décisions et recommandations de l'ORD<sup>301</sup>. Le principe demeure en substance le même qu'à l'époque du GATT de 1947; la partie plaignante qui constate le défaut de la partie visée par la plainte de se plier aux décisions et recommandations de l'ORD n'a d'autre option que de s'en remettre à la mesure d'auto-assistance qu'est la suspension de concession ou d'autres obligations<sup>302</sup> et nous avons vu précédemment qu'en pratique, quelle que soit la nature de la mesure ayant donné lieu au différend, le recours à un tarif douanier de 100 % est la suspension la plus communément appliquée<sup>303</sup>. C'est donc dire qu'à cet égard, le droit est essentiellement demeuré statique depuis les 70 dernières années, alors que durant la même période, le commerce international était, comme nous l'avons vu, en pleine mutation.

Le principal risque qu'encourt un système juridique qui omet de s'adapter aux nouvelles réalités du sujet qu'il encadre est la désuétude. C'est en ayant ce constat à l'esprit qu'il importe d'analyser cette évolution dichotomique du droit international économique, d'une part, et de la matière qu'il régit, les relations économiques internationales, d'autre part. En termes concrets, le présent chapitre consiste en une analyse des conséquences d'application pratique que les changements fondamentaux survenus dans le fonctionnement du commerce international peuvent avoir sur la phase d'exécution du règlement des différends à l'OMC. L'objectif ici poursuivi n'est donc pas de reprendre la question abondamment discutée de l'efficacité des contre-mesures dans le cadre des relations économiques interétatiques, mais bien d'étudier de façon détaillée le degré d'adéquation entre le cadre juridique qui encadre la

---

<sup>300</sup> Notons que cette pratique n'émanait pas d'une règle de droit contenue dans l'accord lui-même, le *GATT de 1947* ne faisait aucunement référence à l'obligation de prise de décision à l'unanimité. Sur le fonctionnement du mécanisme de règlements des différends au temps du GATT, voir notamment William J Davey, « Dispute settlement in GATT » (1987) 11:1 Fordham Intl LJ 51 [Davey, « GATT »].

<sup>301</sup> Le professeur Pauwelyn le soulignera d'ailleurs avec éloquence dans les termes suivants: « *This enforcement problem may result, in part, from the move from a power-based to a rules-based system while leaving the domain of remedies largely un-touched. The "legalization" of disputes under the WTO stops, in effect, roughly where noncompliance starts.* » Pauwelyn, « Collective Approach », *supra* note 105 à la p 338.

<sup>302</sup> Comparer *GATT de 1947*, *supra* note 20, art XXIII (2); *Mémoire d'accord*, *supra* note 23, art 23.

<sup>303</sup> Voir p 25 ci-dessus et le texte correspondant à la note 116.

phase d'exécution du règlement des différends à l'OMC et la réalité du commerce international telle que celle-ci peut être observée en ce début de XXI<sup>e</sup> siècle.

La complexité de la question à l'étude commande ici une réponse en nuances. Il appert que la manière la plus féconde d'exposer ces nuances est de procéder à une analyse secteur par secteur en deux étapes, ce que nous ferons en étudiant successivement les difficultés liées au calcul de l'étendue des contre-mesures pour les différends dans le secteur des biens (3.1) et sur celui des services (3.2). Nous évaluerons ensuite sommairement l'effet de la prise d'une contre-mesure dans un de ces deux secteurs, ce faisant sera introduit le phénomène que nous qualifions de *double problème du double comptage* (3.3). Ce faisant, nous excluons délibérément de la portée de notre étude les différends portant sur des domaines moins susceptibles d'impliquer directement les statistiques du commerce international, tels les différends qui mettent en cause une subvention visée par les parties II ou III de l'*Accord SMC*<sup>304</sup>, l'*Accord antidumping*<sup>305</sup> l'*Accord sur les marchés publics révisé*<sup>306</sup> ou encore l'*Accord sur les ADPIC*<sup>307</sup>.

---

<sup>304</sup> Aux fins du calcul du montant de la contre-mesure qui peut être appliquée en réponse à une subvention visée par les parties II ou III de l'*Accord SMC*, le montant de la subvention est le barème retenu plutôt que les effets sur le commerce, voir par exemple *États-Unis — Traitement fiscal des "sociétés de ventes à l'étranger" — Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends et de l'article 4.11 de l'Accord SMC (Plainte des Communautés européennes)* (2002), OMC Doc WT/DS108/ARB aux paras 6.23 et 6.24 (Décision de l'arbitre) [*États-Unis — FSC*]. Par contre, dans le cadre de l'affaire *Canada — Crédits et garanties pour les aéronefs*, les arbitres ont cru nécessaire d'ajouter 20% au montant de la subvention afin de permettre un niveau de contre-mesures qui tiendrait compte du fait que le Canada avait signalé son intention de ne pas se mettre en conformité avec le rapport du groupe spécial. Voir *Canada — Crédits et garanties pour les aéronefs*, *supra* note 117 aux para 3.119 à 3.122.

<sup>305</sup> Voir par exemple *États-Unis — Amendement Byrd*, *supra* note 139 au para 3.149; voir également la discussion à la p 32 ci-dessus.

<sup>306</sup> *Protocole portant amendement de l'Accord sur les marchés publics*, 30 mars 2012, RT Can 2014 n° 12 (entrée en vigueur : 6 avril 2014) [*Accord sur les marchés publics révisé*]. Bien que nous ne possédions pas le bénéfice d'une analyse d'un organe juridictionnel de l'OMC relativement à ce qui doit être considéré comme constituant l'annulation ou la réduction d'avantages en vertu de cet accord, tout porte à croire que le montant d'annulation correspond à la valeur des marchés publics auxquels les fournisseurs du Membre plaignant n'ont pas accès conformément aux prescriptions de l'accord. D'ailleurs, rappelons que l'article XX de cet accord prévoit que : « [...] tout différend survenant dans le cadre du présent accord n'entraînera pas la suspension de concessions ou d'autres obligations qui résultent de tout autre Accord figurant à l'Appendice 1 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends. »

<sup>307</sup> Il est à noter que l'*Accord sur les ADPIC* vise divers objets, dont celui d'assurer un cadre minimal de respect de droits de propriété intellectuelle dans les pays hôtes et que par voie de conséquence lorsqu'une mesure non-conforme d'un Membre cause une réduction ou annulation des avantages pour un autre Membre, cette annulation ou réduction des avantages n'implique pas nécessairement les statistiques des flux commerciaux internationaux. L'affaire *États-Unis — Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur*, la seule dans laquelle le calcul de l'annulation des avantages encourue par un Membre en vertu de l'*Accord sur les ADPIC* a été soumis à la révision d'un organe juridictionnel de l'OMC, nous apprend en effet que les avantages pouvant être compromis

### 3.1 Différends relatifs aux produits

#### 3.1.1 Règle générale en matière de quantification du niveau d'annulation ou de réduction des avantages lorsque le commerce d'un produit est affecté par une mesure illicite

Lorsque la mesure qui donne lieu au différend affecte le commerce d'une marchandise, le montant maximal pour lequel le Membre plaignant sera fondé à demander à l'ORD l'autorisation d'appliquer des contre-mesures équivaldra aux avantages qui sont réduits ou annulés pour ce Membre, à savoir les pertes de recettes d'exportation annuelles de cette marchandise encourues par l'ensemble de ses exportateurs. La méthode employée pour déterminer cette perte de recette d'exportation est celle des effets sur le commerce, méthode qui prévoit la juxtaposition du volume d'exportation qui aurait eu cours en l'absence de la mesure contestée et du volume qui est réellement observé en présence de ladite mesure<sup>308</sup>. Le montant obtenu au terme d'un tel exercice est un montant basé sur les compilations statistiques traditionnelles, c'est-à-dire les flux d'importation et d'exportation brutes entre les deux membres<sup>309</sup>. Il appert opportun, pour une plus grande clarté du propos, d'illustrer le tout à l'aide d'un exemple hypothétique chiffré : il est déterminé qu'à la date d'expiration du délai raisonnable accordé au Membre B pour mettre en œuvre les rapports du groupe spécial et de l'Organe d'appel, la valeur brute des exportations annuelles de véhicules automobiles pour le transport de personnes du Membre A à destination du Membre B s'élèverait à 2 milliards de dollars s'il y avait mise en conformité de la part de ce dernier<sup>310</sup>. Or, la valeur observée en réalité est plutôt d'un milliard de dollars, c'est donc dire que l'effet de la mesure contestée sur la valeur des exportations de véhicules automobiles du Membre A à destination

---

ou annulés sous cet accord sont ceux de nature économique dont bénéficierait le Membre plaignant en l'absence de la mesure donnant naissance au différend. Voir *États-Unis — Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur*, supra note 127 aux paras 3.17-3.18. Ceci étant, nous notons que le processus de production de droits de propriété intellectuelle est un processus diffus et, dans certains cas, assez abstrait. Dans ces circonstances, il appert approprié de remettre en question la prémisse voulant que les droits de propriété intellectuelle émanent d'un seul Membre à la fois, laquelle se cristallise par le rattachement unique d'une personne morale ou physique détentrice de droits de propriété intellectuelle à un seul Membre de l'OMC, le Membre que l'on considérera affecté par la mesure. Nous notons que rien n'indique qu'une telle prémisse ait des assises solidement ancrées dans la réalité du commerce international. Notons en définitive qu'au niveau des statistiques du commerce mondial, les frais pour usage de la propriété intellectuelle sont comptés dans le commerce de services. Les problématiques soulevées à l'égard du commerce des services trouveraient donc application *mutatis mutandis* dans le cas d'un litige mettant en cause une mesure concernant de tels frais.

<sup>308</sup> Voir la discussion relative à la méthode des effets sur le commerce contenue à la section 1.2.4.1 ci-dessus.

<sup>309</sup> Voir *CE – Bananes III (É-U)*, supra note 118 au para 7.1.

<sup>310</sup> Le point de référence des exportations annuelles du produit affecté par la mesure du Membre plaignant à destination du Membre visé par la plainte est utilisé dans *CE – Hormones (É-U)*, supra note 122 au para 38.

du Membre B est une réduction d'un milliard de dollars sur une base annuelle. Cette réduction (1 milliard de dollars) constitue le montant d'avantages réduit pour le Membre A et équivaut donc au montant maximal de la suspension de concessions que le Membre A pourra appliquer à l'égard du Membre B.

La multiplication des chaînes de valeur mondiales a pour résultante l'accroissement de la multiplicité de la provenance de la valeur ajoutée qui compose un produit et, de ce fait, la diminution constante de la pertinence de recourir au concept de pays d'origine d'un produit<sup>311</sup>. Il n'en demeure toutefois pas moins que lorsqu'un produit est importé sur le territoire d'un pays, une origine doit lui être attribuée. L'attribution d'une seule origine au produit importé – bien que dans les faits le produit comporte des origines multiples – est nécessaire, notamment pour que puissent être appliqués les tarifs douaniers ainsi que les mesures de politique commerciale, tels les droits antidumping et les droits compensateurs, et aux fins de computation statistique des flux commerciaux entre les pays<sup>312</sup>. La question de la détermination de l'origine d'un produit ou, autrement dit, celle de savoir si un produit est originaire d'un territoire d'un Membre, en est une que le droit de l'OMC laisse, pour l'instant, à la discrétion du droit interne des Membres<sup>313</sup>. Le critère permettant de qualifier une marchandise d'originaire est donc susceptible de varier en fonction des pays et selon la marchandise en cause. On recense toutefois certaines règles dont l'application est plus largement répandue, dont la règle de la dernière transformation économique substantielle, la règle de l'obtention unique dans un pays, la règle du changement de classification tarifaire ou encore la règle requérant un certain pourcentage ad valorem<sup>314</sup>. Prenons pour exemple le cas de l'Union européenne (UE), supposons que des oranges sont importées sur son territoire et qu'aucune origine préférentielle ne peut être revendiquée à l'égard de celles-ci. Un des critères appliqués par cette dernière afin de déterminer l'origine non préférentielle des produits est de considérer les marchandises entièrement obtenues dans un même pays ou

---

<sup>311</sup> Voir Maurer et Degain, *supra* note 257 à la p 5.

<sup>312</sup> Voir OMC, *Renseignements techniques sur les règles d'origine*, en ligne : OMC <wto.org>.

<sup>313</sup> Il est toutefois à noter que l'article 2 de l'*Accord sur les règles d'origine* encadre l'adoption de règles d'origines par les Membres en attendant que le programme de travail pour l'harmonisation des règles d'origine non préférentielles soit achevé. Voir section 1.2.1.3 ci-dessus.

<sup>314</sup> Voir OMC, *Renseignements techniques sur les règles d'origine*, *supra* note 312.



territoire comme originaires de ce pays ou territoire<sup>315</sup>. L'article 31 du *Règlement délégué 2015/2446*<sup>316</sup> énonce certaines marchandises qui sont considérées comme entièrement obtenues dans un même pays ou territoire au sens de l'article 60 du *Code des douanes*, dont notamment les produits du règne végétal qui y sont récoltés. Les oranges seraient, suivant cet exemple, originaires du pays dans lequel elles ont été récoltées. Conséquemment, les statistiques de l'UE feront état du flux d'importation de ce pays en reflétant la valeur des oranges au stade f.a.b., et ce, sans égards à la valeur qui est réellement ajoutée par les étapes de production qui ont lieu dans ce pays.

Cette détermination unique de l'origine d'un produit entraîne l'altération du portrait des flux commerciaux des marchandises. Supposons que les oranges sont récoltés dans le pays A, la valeur f.a.b. de ses exportations annuelles à destination de l'UE est d'un milliard de dollars. Pour produire les oranges, les maillons des firmes situées dans le pays A ont eu recours à des intrants (par exemple des engrais, services de gestion, etc.) provenant du pays B, la valeur de ces intrants, toujours au stade f.a.b. s'élève à 500 millions de dollars. Aux fins du calcul statistique traditionnel du commerce international des marchandises, il y a négation du caractère mondial de la chaîne de valeur. Tout ce que la lecture dévoilera, c'est que le pays B exporte des intrants à hauteur de 500 millions de dollars à destination du pays A et que ce dernier exporte des oranges à destination de l'UE d'une valeur annuelle d'un milliard de dollars. Les statistiques ne dévoilent pas de relation commerciale entre l'UE et le pays B, or ces deux pays se trouvent en fait à être les hôtes de maillons situés aux extrémités de la chaîne de valeur des oranges.

Cette obsolescence des statistiques traditionnelles du commerce international revêt un intérêt qu'on ne saurait qualifier de purement académique. Le secrétariat de l'OMC prend d'ailleurs depuis peu acte de la nécessité de doter les parties prenantes du commerce international d'un

---

<sup>315</sup> UE, *Règlement no 952/2013 du Parlement européen et du Conseil du 9 octobre 2013 établissant le code des douanes de l'Union*, [2013] JO, 10 octobre 2013, L 269/1, art 60 al 1 [Code des douanes].

<sup>316</sup> UE, *Règlement délégué 2015/2446 de la Commission du 28 juillet 2015 complétant le règlement (UE) n° 952/2013 du Parlement européen et du Conseil au sujet des modalités de certaines dispositions du code des douanes de l'Union*, [2015] JO, 29 décembre 2015, L 343/1 [Règlement délégué 2015/2446].

portrait qui reflète plus fidèlement les tendances observées, telles l'accroissement de la fragmentation internationale de la production :

Le biais statistique créé par l'imputation de la totalité de la valeur commerciale au dernier pays d'origine peut fausser le débat politique sur l'origine des déséquilibres, et donc amener à prendre des décisions mal fondées, donc contre productives<sup>317</sup>.

Un exemple emblématique de la désuétude des statistiques calculées à partir des données brutes est très certainement celui du calcul du déficit commercial entre les États-Unis d'Amérique et la République populaire de Chine qui résulte de l'importation par le premier de téléphones intelligents iPhone. Dans une étude datée de 2010, les auteurs Yuqing Xing et Neal Detert se sont intéressés au processus de production de ce téléphone intelligent assemblé en Chine<sup>318</sup>. Bien qu'ils n'aient pas pu avoir accès à toutes les données commerciales confidentielles d'Apple, les auteurs sont parvenus, en procédant à certaines estimations, à un constat frappant : la valeur ajoutée chinoise dans ce produit technologique est, au final, très faible et les statistiques traditionnelles exagèrent donc nettement la portée du déficit commercial entre les États-Unis et la Chine. Pour donner un ordre de grandeur, le déficit commercial des États-Unis envers la Chine causé par l'importation d'iPhones s'élevait à 1,9 milliard \$US selon les statistiques traditionnelles, ce montant baissait toutefois à 73 millions \$US lorsqu'on s'en remettait aux statistiques en valeur ajoutée. Lorsque les États-Unis importent un iPhone, ils se trouvent en fait à importer un produit qui incorpore de la valeur ajoutée provenant de plusieurs pays, dont de la valeur ajoutée américaine<sup>319</sup>, la complexité du processus de production de ce produit technologique n'est toutefois malheureusement pas reflétée dans les statistiques des administrations gouvernementales.

Malgré la prise de conscience de la désuétude des statistiques traditionnelles et malgré les appels à une réforme du calcul des flux d'échanges internationaux de biens et services qui se font de plus en plus nombreux<sup>320</sup>, le système de règlement des différends se satisfait toujours

---

<sup>317</sup> OMC, *Fabriqué dans le monde*, en ligne : OMC <[https://www.wto.org/french/res\\_f/statis\\_f/miwi\\_f/miwi\\_f.htm](https://www.wto.org/french/res_f/statis_f/miwi_f/miwi_f.htm)>

<sup>318</sup> Yuqing Xing et Neal Detert, « How iPhone Widens the US Trade Deficits with the PRC? » (2010) IDEAS Working Paper Series from RePEc, Document de travail, No 257, en ligne: <<https://www.adb.org/publications/how-iphone-widens-united-states-trade-deficit-peoples-republic-china>>

<sup>319</sup> Voir tableau ventilant les composantes du iPhone dans *ibid* à la p 4.

<sup>320</sup> Voir par ex Hubert Escaith, *supra* note 260 à la p 225.

de ces données biaisées. L'utilisation des données brutes d'importation et d'exportation dans le cadre des différends dont connaît l'ORD est problématique à plusieurs égards. D'abord, cela a comme conséquence la détermination d'un montant d'annulation ou réduction des avantages pour la partie plaignante qui se trouve en fait à être supérieur au *préjudice* réellement subi.

Qui plus est, ce manque de clairvoyance du cadre juridique du système commercial multilatéral réside également dans le manque de critères adéquats permettant de déterminer l'*origine* d'un produit<sup>321</sup>. Comme nous l'avons vu, les critères actuels permettent trop souvent l'attribution de l'origine à un pays dont la contribution en valeur ajoutée est en fait faible, les cas du iPhone et des bananes constituant à cet égard des exemples frappants<sup>322</sup>. En effet, dans de nombreuses situations, l'activité d'assemblage dans le cas d'un produit manufacturé ou de récolte dans le cas d'un produit agricole constituera l'étape déterminant l'origine du produit, alors qu'il s'agit souvent d'une activité à faible valeur ajoutée. Il convient, à cet égard, de se référer au « phénomène empirique général, [selon lequel] les activités d'amont (R-D et conception) et les activités d'aval (commercialisation et distribution) sont caractérisées par une plus grande valeur ajoutée »<sup>323</sup> (référence omise) schématisé par la « courbe de sourire ». Le fait que la courbe tende à être de plus en plus prononcée, c'est-à-dire que la valeur ajoutée le long de la CVM tend à se concentrer de plus en plus à certaines activités situées aux extrémités est digne de mention<sup>324</sup>. En d'autres termes, tel qu'explicité par le graphique ci-dessous, les activités manufacturière et d'assemblage tendent à se trouver de plus en plus au creux de la courbe de valeur ajoutée.

---

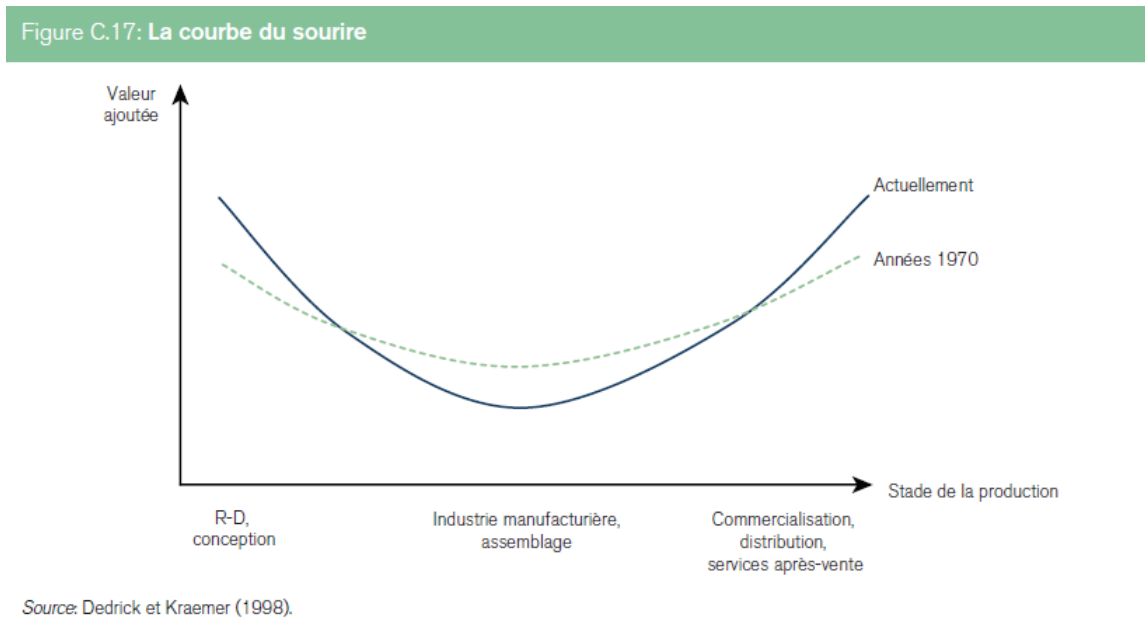
<sup>321</sup> Voir discussion à ce sujet dans la section 1.2.3.1, ci-haut.

<sup>322</sup> Voir Yuqing Xing et Neal Detert, *supra* note 20; Isabelle Vagneron et Solveig Roquigny, « Value distribution in conventional, organic and fair trade banana chains in the Dominican Republic » (2011) 32:3 Canadian Journal of Development Studies/Revue canadienne d'études du développement 324 aux pp 334–335.

<sup>323</sup> OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2014*, *supra* note 246 à la p 106.

<sup>324</sup> Voir *ibid.*

## Graphique 2 : Évolution de la courbe de sourire



Source : OMC, 2014<sup>325</sup>

Enfin, les pays hôtes des maillons situés en amont dans la chaîne de valeur ne se voient attribuer aucun montant d'annulation et réduction, l'entièreté de la valeur au stade f.a.b. étant captée par le Membre qui peut revendiquer l'origine. Souvenons-nous du dictum à cet effet des arbitres dans le cadre de l'arbitrage 22:6 dans l'affaire *CE – Bananes III (É-U)*<sup>326</sup>. Cette affaire constitue sans contredit un cas d'école et afin d'en saisir pleinement les tenants et aboutissants, il y a lieu de s'y intéresser avec attention.

<sup>325</sup> *Ibid.*

<sup>326</sup> « Aux fins des règles de l'OMC, peu importe que les produits ou les services (par exemple les engrais, machines, pesticides, capitaux et services de gestion) utilisés comme intrants intermédiaires dans la culture des bananes et pour leur livraison jusqu'au stade f.a.b. soient originaires des États-Unis, même si la teneur en éléments des États-Unis devait représenter une partie importante de la valeur du produit final. En vertu des règles d'origine des États-Unis également, des bananes cultivées à Porto Rico ou à Hawaï sont des produits des États-Unis, quel que soit le pourcentage d'intrants étrangers qui y sont incorporés ou qui sont utilisés pour leur culture. Notre conclusion tient compte aussi du fait que les prescriptions des articles 1er et XIII du GATT sont liées à l'origine des marchandises. » *CE – Bananes III (É-U)*, *supra* note 118 au para 6.13.

### 3.1.2 Cause emblématique illustrant les limites inhérentes à l'attribution unique de l'entièreté de la valeur ajoutée se rapportant à un produit: l'affaire *Bananes III*

L'affaire *Bananes-III* est, comme son nom l'indique, la troisième d'une saga que l'on a qualifiée à l'époque de « *trade case of the decade* »<sup>327</sup> opposant d'une part un groupe de pays d'Amérique latine composé de l'Équateur, du Guatemala, du Honduras et du Mexique auquel se sont joints les États-Unis, et les Communautés européennes, d'autre part<sup>328</sup>. Résumées succinctement, les affaires *Bananes* mettent en cause le régime d'importation, de distribution et de vente de bananes des Communautés européennes. Jadis du ressort des États membres, le régime d'importation de bananes est harmonisé en 1993 avec l'entrée en vigueur du *Règlement n° 404/93 portant organisation commune des marchés dans le secteur de la banane*<sup>329</sup>. Essentiellement, le régime table sur la mise en place de contingents tarifaires distincts pour les pays ACP, certaines anciennes colonies européennes d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique parties à la *Convention de Lomé*<sup>330</sup>, et un autre contingent pour tous les autres pays. En clair, le régime d'importation européen de bananes octroi des conditions plus favorables au premier qu'au second.

Le groupe de pays d'Amérique latine s'estimant lésé initie une première procédure de règlement différé sous l'égide du *GATT de 1947*, alors même que le *Règlement n° 404/93* n'était pas encore entré en vigueur. Une seconde contestation du régime européen d'importation de bananes est par la suite enclenchée lors de l'entrée en vigueur dudit régime<sup>331</sup>. Les groupes spéciaux établis pour connaître de ces affaires trancheront dans les

---

<sup>327</sup> Mauricio Salas et John H Jackson, « Procedural Overview of the WTO EC-Banana Dispute » (2000) 3:1 J Int Economic L 145 à la p 145.

<sup>328</sup> Les plaignants originaires étaient le Costa Rica, la Colombie, le Nicaragua, le Guatemala et la République bolivarienne du Venezuela.

<sup>329</sup> CE, *Règlement no 404/93 du Conseil du 13 février 1993 portant organisation commune des marchés dans le secteur de la banane*, JO, 25 février 1993, L 047 [*Règlement n° 404/93*] Avant l'institution du *Règlement n° 404/93*, le régime d'importation de bananes au sein des Communautés européennes était organisé sur une base étatique. Pour un aperçu succinct de l'évolution de la gestion de ce régime d'importation, voir *CE – Bananes III (Équateur)*, *supra* note 143 au para 3.4; Salas et Jackson, *supra* note 327 à la p 146.

<sup>330</sup> *Convention ACP-CEE de Lomé*, 28 février 1975, [1976] JO L 25/2 (entrée en vigueur : 1<sup>er</sup> avril 1976); *Accord de Georgetown relatif à l'organisation du groupe des États d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique*, 6 juin 1975, 1247 RTNU 147 (entrée en vigueur : 12 février 1976) ; *Deuxième Convention ACP-CEE*, 31 octobre 1979, 1278 RTNU 3 (entrée en vigueur : 1<sup>er</sup> janvier 1981) ; *Troisième Convention ACP-CEE*, 8 décembre 1984, 1923 RTNU 3 (entrée en vigueur : 1<sup>er</sup> mai 1986); *Quatrième Convention ACP-CEE*, 15 décembre 1989, 1925 RTNU 3 (entrée en vigueur : 1<sup>er</sup> septembre 1991) [ci-après désignées conjointement *Convention de Lomé*].

<sup>331</sup> Pour un aperçu détaillé des procédures relatives à ces affaires, voir notamment Timothy Edward Josling, « Bananas and the WTO: Testing the New Dispute Settlement Process » dans Timothy Edward Josling et

deux cas en faveur des plaignants, trouvant chaque fois que le régime mis en place par le *Règlement n° 404/93* constituait la violation de diverses obligations contenues à l'accord<sup>332</sup>. Les Communautés européennes en viendront ultimement à bloquer l'adoption du rapport dans les deux cas.

L'entrée en vigueur des *Accords de Marrakech* offre une nouvelle opportunité de contester ce régime qui causait toujours de l'insatisfaction chez le groupe de pays latino-américains qui ne bénéficiait pas de l'accès préférentiel au marché européen. Cette fois, cependant, les États-Unis joignent le bal et participent au différend à titre de plaignants. Pour comprendre l'implication des États-Unis, pays qui n'est pourtant pas un producteur important de bananes et qui n'exportait ce fruit qu'en quantités négligeables<sup>333</sup>, il est impératif de s'intéresser brièvement à l'industrie du commerce de bananes.

À l'instar d'autres fruits, la banane est hautement périssable. Son commerce en est donc un où le temps est un facteur essentiel et n'est praticable sur de longues distances qu'en présence d'une stricte coordination des diverses activités d'ajout de valeur qui y sont associées :

L'exportation de fruits frais comme les bananes est une activité délicate, compte tenu de la nature périssable du produit. [...] La fragilité des bananes exige une maîtrise poussée de l'ensemble de la chaîne de commercialisation à chacun de ses stades, de la production à la vente au détail. Cette maîtrise permet aux entreprises de commercialisation de garantir au produit un niveau suffisant de qualité lorsqu'il est proposé aux consommateurs<sup>334</sup>.

En amont de la chaîne de valeur de firmes faisant le commerce de bananes, on trouve les activités de financement ainsi que de recherche et développement par lesquelles on tente l'optimisation toujours croissante des activités d'ajout de valeur qui prennent place

---

Timothy G Taylor, dir, *Banana Wars : the Anatomy of Trade Dispute*, California, Institute for International Studies Stanford University, 2003, 169; Salas et Jackson, supra note 327.

<sup>332</sup> CEE — Régimes d'importation applicables aux bananes dans les États membres (*Plainte de la Colombie, du Costa Rica, du Guatemala, du Nicaragua et du Venezuela*) (1993), GATT Doc DS32/R (Rapport du groupe spécial du GATT non-adopté), en ligne : OMC <wto.org>; CEE — Régime d'importation applicable aux bananes (*Plainte de la Colombie, du Costa Rica, du Guatemala, du Nicaragua et du Venezuela*) (1994), GATT Doc DS38/R (Rapport du groupe spécial du GATT non-adopté), en ligne : OMC <wto.org>.

<sup>333</sup> Voir *CE – Bananes III (É-U)*, supra note 118 au para 6.8.

<sup>334</sup> Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO), *L'économie mondiale de la banane : 1985-2002*, par Pedro Arias et al, Rome, Organisation des nations unies pour l'alimentation et l'agriculture, 2004 au ch 6.1, en ligne : FAO <<http://www.fao.org/docrep/007/y5102f/y5102f00.htm>>.

subséquentement<sup>335</sup>. Ensuite, il y a incorporation d'intrants, production et récolte au sein des plantations de bananes. Suite à la récolte, les bananes sont lavées et emballées afin d'être transportées par voie terrestre vers le quai de chargement. Elles voyageront ensuite par cargo réfrigéré jusqu'au marché de consommation. Avant d'atterrir dans les étagères des supermarchés, les bananes feront escale dans un entrepôt de murissement où elles seront emballées en vue de la vente finale. En aval de la chaîne de valeur, on trouve les activités de transport vers les points de vente ainsi que les activités de commercialisation et de mise en marché<sup>336</sup>.

L'ensemble de ces activités d'ajout de valeur a historiquement été organisé par les firmes multinationales verticalement intégrées. Une poignée de firme a su se démarquer et s'assurer une position dominante dans les principaux marchés d'importation. S'agissant d'un commerce qui génère de faibles marges unitaires, et qui, somme toute, est soumis à une concurrence « sévère »<sup>337</sup>, une firme ne sera en mesure de se démarquer de ses compétiteurs qu'en commercialisant de grandes quantités de bananes. L'avantage de propriété qu'est l'accès à la matière première en grandes quantités, permet aux étapes ultérieures, de retirer des bénéfices plus élevés que les compétiteurs, par exemple par le fait que des cargos entiers peuvent être chargés, ce qui entraîne une réduction du coût unitaire de transport, et également parce que des économies d'échelle peuvent être générées par l'utilisation de grandes murisseries<sup>338</sup>.

Au moment où la guerre commerciale bat son plein, le commerce international de bananes est principalement le fait des quelques multinationales, dont Chiquita, Fresh del Monte et Dole, trois firmes basées aux États-Unis, qui, à elles seules, sont responsables de plus de 60 % du commerce international de ce fruit<sup>339</sup>. Pour plusieurs pays, les exportations de bananes sont réalisées en grande partie via les canaux de ces firmes multinationales. Dans le

---

<sup>335</sup> Sur les innovations technologiques dans le secteur de la banane, voir *ibid* au ch 4.

<sup>336</sup> Voir Timothy Edward Josling et Timothy G Taylor, « Introduction » dans Timothy Edward Josling et Timothy G Taylor, *supra* note 331, 1 aux pp 11–12.

<sup>337</sup> FAO, *supra* note 334 au para 6.1.

<sup>338</sup> Voir *ibid*.

<sup>339</sup> Timothy Edward Josling et Timothy G Taylor, « Introduction » dans Timothy Edward Josling et Timothy G Taylor, *supra* note 331 à la p 12.

cas du Honduras, par exemple, c'est presque l'entièreté des exportations qui sont réalisées par Chiquita et Dole<sup>340</sup>.

On ne saurait se surprendre, dans ces circonstances, du rôle actif qu'ont joué certaines firmes dans la contestation du régime européen d'importation de bananes. Voyant ses parts de marchés en Europe diminuer à la suite de l'entrée en vigueur du règlement, Chiquita s'est attardée à contester le régime européen en soutenant les plaintes des pays exportateurs d'Amérique latine<sup>341</sup>. De même, Chiquita a joué un rôle déterminant dans la décision des États-Unis de porter plainte contre le régime européen d'importation de bananes à l'OMC. Il y a lieu de convenir qu'il y avait somme toute peu d'emplois américains en jeu et que de convaincre le représentant du commerce, le United States Trade Representative (USTR), de prendre un recours commercial n'était, étant donné l'importance relativement mineure du commerce de ce produit pour les États-Unis, pas une partie gagnée d'avance<sup>342</sup>. Les intérêts américains ici affectés étaient en fait essentiellement ceux des multinationales qui opéraient dans des pays tiers. Au final, l'opération visant à convaincre le gouvernement américain de porter plainte à l'OMC s'avéra une réussite, et ce, en raison d'une multitude de facteurs, dont au premier chef d'importantes contributions aux deux principaux partis politiques par l'entremise du président-directeur général de Chiquita, Carl Lindner<sup>343</sup>.

---

<sup>340</sup> Voir FAO, *supra* note 334 au para 6.2.

<sup>341</sup> « *The US was an interested observer as the EU, when instituting a single market for trade in the early 1990s, was forced to develop a unified banana regime to replace the fragmented set of trade arrangements that existed in member states. The resulting complex regime (Regulation 404, adopted in July 1993) alarmed US-based banana multinationals, who saw their market share in the lucrative EU market threatened. Closely watched by staff at the US Trade Representative (USTR), this development was seen as a flagrant violation of GATT and one more grievance with their trading rival, the EU.* » John G Stovall et Dale E Hathaway, « US Interests in the Banana Trade Controversy Banana Wars » dans Timothy Edward Josling et Timothy G Taylor, *supra* note 331, 151 à la p 152. Sur l'évolution des parts de marché de Chiquita en Europe et les actions que cette firme a choisi d'entreprendre en réponse au Règlement n° 404/93, voir FAO, *supra* note 334, aux sections 6.3 et 6.4.

<sup>342</sup> Voir Stovall et Hathaway, *supra* note 341 aux pp 151–153.

<sup>343</sup> Voir *ibid* à la p 160; FAO, *supra* note 334 au para 6.4. Il convient également de ne pas perdre de vue qu'en plus des pressions politiques, Chiquita a réussi à convaincre le USTR en présentant un dossier fouillé. En effet, comme le rapporte un employé du USTR de l'époque: « *Chiquita did what any good lobbyist does in this town to influence government policy. They made a strong technical and legal case for their position, they brought in data and analysis and mobilized congressional support for their position.* » Stovall et Hathaway, *supra* note 341 à la p 160.



Tant le groupe spécial<sup>344</sup> que l'Organe d'appel<sup>345</sup> donneront gain de cause en grande partie aux plaignants, trouvant le régime européen incompatible avec plusieurs obligations du *GATT de 1994* et de l'AGCS<sup>346</sup>. Les Communautés européennes, qui s'étaient vu accorder du 25 septembre 1997 au 1er janvier 1999 à titre de délai raisonnable pour mettre en œuvre les recommandations et décisions de l'ORD<sup>347</sup>, ne parviendront pas à modifier leur régime en temps utile de façon à satisfaire deux des cinq plaignants, soit les États-Unis et l'Équateur. Ces derniers demanderont tour à tour l'autorisation de suspendre des concessions ou d'autres obligations<sup>348</sup>.

Le niveau de suspension que proposeront les États-Unis sera contesté par les Communautés européennes et un arbitrage au titre de l'article 22:6 s'avèrera nécessaire afin de trancher la question. Les États-Unis soutiendront, dans le cadre de cet arbitrage, que pour fixer le niveau d'annulation ou réduction des avantages – donc le niveau de la suspension – il faudrait tenir compte de leurs « exportations à destination de l'Amérique latine de produits (par exemple des engrais) utilisés dans la production de bananes qui seraient exportées vers les

---

<sup>344</sup> *Communautés européennes — Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes (Plaintes de l'Équateur, du Guatemala, du Honduras, du Mexique et des États-Unis)* (1997), OMC Doc WT/DS27/R/USA, WT/DS27/R/MEX, WT/DS27/R/ECU, WT/DS27/R/GTM ; WT/DS27/R/HND (Rapports du groupe spécial) [collectivement désignés ci-après *CE – Bananes III (groupe spécial)*].

<sup>345</sup> *Communautés européennes — Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes (Plaintes de l'Équateur, du Guatemala, du Honduras, du Mexique et des États-Unis)* (1997), OMC Doc WT/DS27/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel) [*CE – Bananes III (Organe d'appel)*].

<sup>346</sup> *Accord général sur le commerce des services*, Annexe 1B de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1869 RTNU 219 (entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1995) [AGCS]. Il est à noter que les Communautés européennes s'étaient vu accorder, le 19 décembre 1994 par décision des parties contractantes, une dérogation « aux dispositions du paragraphe 1 de l'article premier de l'Accord général, jusqu'au 29 février 2000, dans la mesure nécessaire pour permettre aux Communautés européennes d'accorder le traitement préférentiel pour les produits originaires des États ACP qu'exigent les dispositions pertinentes de la quatrième Convention de Lomé ». Voir GATT, *Quatrième Convention ACP-CEE de Lomé : Décision du 9 décembre 1994* (1994), GATT Doc L/7604, en ligne : OMC <www.wto.org>. Appelée à interpréter cette dérogation, l'Organe d'appel confirmera la portée restreinte de celle-ci en statuant notamment que « [l]a dérogation pour Lomé ne renvoie, ni ne se reporte en aucune façon, à une autre disposition du GATT de 1994 ou de tout autre accord visé. » *CE – Bananes III (Organe d'appel)*, *supra* note 345 au para 183.

<sup>347</sup> *Communautés européennes — Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes – Arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (Plaintes de l'Équateur, du Guatemala, du Honduras, du Mexique et des États-Unis)* (1998), OMC Doc WT/DS27/15 (Décision de l'arbitre).

<sup>348</sup> Voir les demandes d'autorisation de suspension de concessions ou d'autres avantages présentées respectivement par les États-Unis et l'Équateur dans le cadre de l'affaire *CE – Bananes III* sous les cotes WT/DS27/43 et WT/DS27/52.

Communautés européennes dans le cadre d'un régime compatible avec les règles de l'OMC. »<sup>349</sup>

Les arbitres rejeteront entièrement cette prétention. Pour les arbitres, une annulation ou une réduction d'avantages au sens du *GATT de 1994* se limite aux pertes d'exportations directes de marchandises du Membre plaignant vers le Membre visé par la plainte et sous l'AGCS, aux « pertes subies par les fournisseurs de services [du Membre plaignant] en termes de fourniture de services dans le [Membre visé par la plainte]. »<sup>350</sup> Ils s'empresseront d'ajouter :

Toutefois, nous pensons que les pertes subies par les États-Unis en termes d'exportations de marchandises ou de services *entre les États-Unis et les pays tiers* ne constituent pas une annulation ou une réduction d'avantages ne serait-ce qu'*indirects* résultant pour les États-Unis du GATT ou de l'AGCS pour laquelle les Communautés européennes risquent une suspension de concessions. Dans la mesure où l'évaluation faite par les États-Unis de l'annulation ou de la réduction d'avantages inclut les *pertes en termes d'exportations des États-Unis* définies comme *la teneur en éléments des États-Unis incorporés dans les bananes latino-américaines* (par exemple les engrais, pesticides et machines des États-Unis expédiés en Amérique latine et les capitaux ou services de gestion des États-Unis utilisés pour la culture des bananes), nous ne prenons pas en compte ces pertes en termes d'exportations des États-Unis pour calculer l'annulation ou la réduction d'avantages dans la présente procédure d'arbitrage entre les Communautés européennes et les États-Unis<sup>351</sup>. (Italiques dans l'original)

Les États-Unis n'exportant pas de bananes à destination de l'Union européenne, il est donc déterminé qu'ils ne subissent aucune annulation ou réduction d'avantages à cet égard<sup>352</sup>. De l'avis des arbitres, l'imputation totale au pays *d'origine* de la marchandise trouve un certain fondement dans « deux principes du droit international public, à savoir l'égalité souveraine des États et la non-ingérence dans les droits des autres États. »<sup>353</sup> Ils concluent ensuite :

Par conséquent, en vertu du Mémoire d'accord, un Membre de l'OMC n'a pas le droit ni n'a besoin de réclamer une compensation ou de demander l'autorisation de suspendre des concessions pour l'annulation ou la réduction

---

<sup>349</sup> *CE – Bananes III (É-U)*, *supra* note 118 au para 6.6.

<sup>350</sup> *Ibid* au para 6.12.

<sup>351</sup> *Ibid.*

<sup>352</sup> « Le droit de demander réparation pour le niveau correspondant de l'annulation ou de la réduction d'avantages existe bel et bien dans le Mémoire d'accord pour les Membres de l'OMC qui sont les pays d'origine de ces bananes, mais pas pour les États-Unis. » *Ibid* au para 6.14. Les arbitres détermineront cependant que le niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages subies par les États-Unis dans le secteur des services est de 191,4 millions \$ US par an, voir *ibid* au para 7.8.

<sup>353</sup> *Ibid* au para 6.14.

d'avantages subie par un autre Membre de l'OMC en ce qui concerne des marchandises originaires de ce Membre ou des fournisseurs de services détenus ou contrôlés par lui<sup>354</sup>.

Cette justification des arbitres est, pour dire le moins, étonnante. Comble de l'ironie, les arbitres se trouvent en fait à permettre ce qu'ils entendent prohiber. En empêchant les États-Unis de demander l'autorisation de suspendre des concessions pour les intrants qu'ils exportent et qui sont incorporés dans le processus de production des bananes, les arbitres se trouvent précisément à permettre à l'Équateur de réclamer une telle autorisation pour des marchandises et des services originaires d'un autre Membre (les États-Unis) et des services incorporés dans la production de bananes, puisque, comme nous l'avons vu, l'Équateur est en mesure de réclamer 100% de la valeur ajoutée jusqu'au stade f.a.b.

### 3.1.3 Sommaire sur la computation du préjudice commercial dans les différends relatifs aux produits : le lien entre le droit de porter de plainte et celui de demander l'autorisation d'appliquer des contre-mesures

En somme, nous avons vu que lorsqu'une mesure contraire au droit de l'OMC affecte le commerce d'un produit, un seul Membre sera à même de revendiquer une annulation ou une réduction de ses avantages. La fiction juridique qui octroie au Membre dont les produits sont *originaires* de son territoire l'entièreté de la valeur de cette annulation ou réduction constitue sans contredit une négation du processus de production des biens, processus dont nous avons démontré le caractère de plus en plus internationalement fragmenté au chapitre précédent. Or, cette division toujours croissante des activités d'ajout valeur au sein des chaînes de valeur a pour corollaire l'accroissement des entités politiques au sein desquels au moins une étape de fabrication d'un bien est exécutée. En clair, cela signifie que lorsqu'une mesure affecte le commerce d'un produit il est – et il sera – désormais – et dorénavant – de plus en plus probable que cette mesure ait un impact sur plus d'un Membre. Fait à noter, le groupe spécial, dans le cadre de son rapport dans l'affaire *Bananes-III*, prendra d'ailleurs acte de ce fait dans un certain élan de lucidité lorsqu'il sera appelé à se prononcer sur l'existence d'un intérêt juridique des États-Unis afin d'agir à titre de partie plaignante dans le cadre de cette affaire :

---

<sup>354</sup> *Ibid.*

En fait, vu l'interdépendance croissante de l'économie mondiale, qui signifie que des mesures prises dans un pays auront probablement des effets importants sur les courants d'échanges et d'investissement étranger direct dans d'autres, les Membres ont plus que par le passé intérêt à faire respecter les règles de l'OMC car il est probable, plus que jamais, que tout ce qui porte atteinte à l'équilibre négocié de droits et d'obligations aura des conséquences directes ou indirectes pour eux<sup>355</sup>.

Tout compte fait, cette conclusion du groupe spécial, ultimement confirmée par l'Organe d'appel<sup>356</sup>, lequel conclura en définitive qu'un Membre « a un large pouvoir d'appréciation pour décider s'il y a lieu de déposer un recours contre un autre Membre en vertu du Mémoire d'accord »<sup>357</sup> confère aux Membres de l'OMC un droit de porter plainte quasi exempt de contraintes substantielles. À ce chapitre, il y a lieu d'en convenir, le droit de l'OMC apparaît en harmonie avec l'état actuel des flux internationaux de biens et de services, en reconnaissant le caractère mondial des chaînes de valeur et en laissant conséquemment à tout Membre l'opportunité de porter plainte à l'égard d'une mesure étant donné la probabilité toujours croissante que cette mesure soit susceptible de l'affecter de quelque manière.

Cette communion entre le cadre juridique et le système commercial multilatéral qu'il régit est toutefois bien imparfaite. C'est que s'il existe en vertu de l'état actuel du droit une reconnaissance générale de l'intérêt juridique nécessaire afin d'invoquer la responsabilité de tout autre membre de l'OMC en cas de violation des accords, cette *actio popularis*<sup>358</sup> ne connaît pas de continuité dans la phase d'exécution<sup>359</sup>. Il est ainsi tout à fait possible que ce droit de porter plainte ne soit en pratique accompagné d'aucune mesure corrective utile en bout de piste. Pour tout membre qui ne peut revendiquer l'*origine* du produit, le seul dénouement favorable possible qui peut être obtenu au terme de la procédure de règlement

---

<sup>355</sup> CE – *Bananes III (groupe spécial)*, *supra* note 344 au para 7.50.

<sup>356</sup> CE – *Bananes III (Organe d'appel)* *supra* note 345 au para 136.

<sup>357</sup> *Ibid* au para 135.

<sup>358</sup> Sur la présence de l'*actio popularis* en droit de l'OMC, voir notamment Côté, *supra* note 298 aux pp 131–133; voir aussi P J Kuyper, « The law of GATT as a special field of international law \* : Ignorance, further refinement or self-contained system of international law? » (1994) 25 *Netherlands YB Intl L* 227 à la p 241.

<sup>359</sup> L'idée de l'absence de mesure corrective utile pour les Membres autres que le Membre dont le produit est originaire a notamment été plaidée par les CE dans le cadre de l'affaire *Bananes-III*. Les CE ont employé cet argument afin de faire valoir que les États-Unis n'avaient pas l'intérêt juridique pour participer à la procédure à titre de plaignant au titre du *GATT de 1994*, voir CE – *Bananes III (groupe spécial)*, *supra* note 344 au para 2.21. De même, l'idée fut reprise par Pauwelyn, voir Pauwelyn, « Collective Approach », *supra* note 105 à la p 343.

des différends de l'OMC est ce qu'il y a lieu de qualifier de jugement déclaratoire portant sur le conformité de la mesure attaquée au regard des accords de l'OMC; le droit de demander compensation ou l'autorisation d'appliquer des contre-mesures appartenant exclusivement au Membre dont origine le produit affecté par la mesure faisant l'objet du différend.

Des produits, passons maintenant à l'étude de la situation des services où, comme nous le verrons, l'imputation entière de la valeur du service à un seul Membre est également susceptible de poser problème.

### **3.2 Difficultés liées à la computation du préjudice commercial dans le cadre de différends portant sur une mesure affectant le commerce des services transfrontières**

#### 3.2.1 Généralités et règle générale régissant la quantification du niveau de réduction ou d'annulation d'avantages lorsqu'un service transfrontière est affecté

Pour l'intelligibilité de ce qui suit, assurons-nous d'abord d'asseoir le concept de service transfrontières; un service transfrontière est un service fourni selon l'un des quatre modes de fourniture envisagé par l'AGCS, à savoir :

1. La fourniture transfrontières (en provenance du territoire d'un Membre et à destination du territoire de tout autre Membre) (Mode 1);
2. La consommation à l'étranger (sur le territoire d'un Membre à l'intention d'un consommateur de services de tout autre Membre) (Mode 2);
3. La présence commerciale (par un fournisseur de services d'un Membre, grâce à une présence commerciale sur le territoire de tout autre Membre) (Mode 3);
4. Le mouvement temporaire de personnes physiques (par un fournisseur de services d'un Membre, grâce à la présence de personnes physiques d'un Membre sur le territoire de tout autre Membre) (Mode 4)<sup>360</sup>.

Dans le cadre de différends mettant en cause une mesure affectant le commerce de services transfrontières d'un Membre à un autre, l'exercice visant à déterminer le niveau de suspension de concessions ou d'autres avantages pour lequel un Membre sera à même de demander l'autorisation de suspendre des concessions ou d'autres obligations est analogue à

---

<sup>360</sup> Voir AGCS, *supra* note 346, art 1 (2); Pour une discussion synthétique et exemplative sur la distinction entre les quatre modes de fourniture services, voir Affaires mondiales Canada, *Commerce des services : Aperçu des modes de fourniture*, en ligne : <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/wto-omc/gats-agcs/modes.aspx?lang=fra>>.

celui qui doit être réalisé lorsque la mesure affecte le commerce d'un bien originaire de son territoire. En clair, pour déterminer le niveau d'annulation ou de réduction des avantages subis par un Membre, il y a lieu de déterminer la différence « entre le montant des exportations réelles affectées par la mesure incompatible avec les règles de l'OMC et le montant des exportations dans un scénario hypothétique, dans lequel la partie en cause a mis en conformité la mesure incompatible avec les règles de l'OMC dans le délai raisonnable »<sup>361</sup>.

À l'instar de la situation qui prévaut à l'égard des produits, on recourt aux données brutes, et donc sans aucune considération de la valeur ajoutée, afin d'obtenir le montant d'annulation ou de réduction des avantages. Qui plus est, et comme nous le verrons plus en détails ci-après, tout comme pour les produits, un seul Membre sera en mesure de faire valoir qu'il subit un préjudice en raison d'une mesure illicite qui affecte le commerce d'un service. Pour pouvoir récolter l'entièreté de la valeur relative à ce service, le Membre plaignant doit démontrer que le service affecté par la mesure contestée est selon le cas, soit un service en provenance de son territoire ou sur son territoire<sup>362</sup>, soit un service par un de ses fournisseurs de services dans le cas d'un service fourni grâce à la présence commerciale ou la présence de personnes physiques<sup>363</sup>. L'AGCS fournit les critères permettant de déterminer si un fournisseur de services est un fournisseur d'un autre Membre. L'accord définit l'expression « fournisseur de services » comme étant « toute personne qui fournit un service »<sup>364</sup>. Le critère applicable pour déterminer si une personne physique est une personne d'un Membre est aisément applicable : la personne doit résider sur le territoire et être un ressortissant de ce Membre<sup>365</sup>. En fournissant ce qui pourrait être qualifié de « règle d'origine »<sup>366</sup>, le paragraphe XXVIII (m) règle pour sa part la question en ce qui a trait aux personnes morales :

m) l'expression "personne morale d'un autre Membre" s'entend d'une personne morale :

---

<sup>361</sup> *États-Unis — Jeux*, *supra* note 145 au para 3.140. L'arbitre dans *CE – Bananes III (É-U)*, a d'ailleurs précisé que même dans un cas de service fourni par présence locale, l'effet pertinent est « celui qui se fait sentir non pas sur les bénéfices des fournisseurs [du Membre plaignant] mais plutôt sur la valeur des importations visées en provenance [du Membre plaignant]. » *CE – Bananes III (É-U)*, *supra* note 118 au para 7.6.

<sup>362</sup> AGCS, *supra* note XL1 art XXVIII (f) (i).

<sup>363</sup> AGCS, *supra* note XL1 art XXVIII (f) (ii).

<sup>364</sup> AGCS, *supra* note XL1 art XXVIII (g). Le paragraphe (j) précise que « le terme "personne" s'entend soit d'une personne physique soit d'une personne morale ».

<sup>365</sup> AGCS, *supra* note XL1 art XVIII (k).

<sup>366</sup> Clemens Feinäugle, « Article XXVIII GATS » dans Rüdiger Wolfrum, Peter-Tobias Stoll et Clemens Feinäugle, dir, *WTO – Trade in Services*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, 540 à la p 561.

i) qui est constituée ou autrement organisée conformément à la législation de cet autre Membre et qui effectue d'importantes opérations commerciales sur le territoire de ce Membre ou de tout autre Membre; ou

ii) dans le cas de la fourniture d'un service grâce à une présence commerciale, qui est détenue ou contrôlée:

1. par des personnes physiques de ce Membre; ou
2. par des personnes morales de ce Membre telles qu'elles sont identifiées à l'alinéa i);

Essentiellement, l'AGCS opère ici une distinction basée sur le lieu géographique qui se rattache au service transfrontières. Ainsi, si le service est donné en provenance du territoire d'un Membre à destination du territoire d'un autre Membre ou sur le territoire d'un Membre à l'intention d'un consommateur de services de tout autre Membre, alors l'origine du fournisseur de service sera déterminée en vertu du sous-paragraphe XVIII (m) (i) et le critère applicable sera celui de l'incorporation ou l'organisation de toute autre forme, conformément à la législation de ce Membre, combiné au fait d'effectuer des opérations commerciales importantes sur le territoire de ce Membre ou de tout autre Membre. Le premier cas de figure est celui qui trouvait application dans le litige qui opposa Antigua-et-Barbuda aux États-Unis relativement à diverses mesures américaines applicables à la fourniture transfrontières de jeux et paris<sup>367</sup>. Notons qu'il semblait admis, dans le cadre de cette affaire, que les firmes antiguaises du secteur des jeux à accès à distance constituaient des fournisseurs de services d'Antigua au sens de l'AGCS, cet aspect n'ayant même pas fait l'objet de discussion de la part du groupe spécial dans son rapport.

Lorsque le service est fourni par présence commerciale, l'origine du fournisseur de services est déterminée en fonction du critère combiné de la résidence et de la nationalité dans le cas d'une personne physique<sup>368</sup> et par la propriété ou le contrôle dans le cas d'une personne morale<sup>369</sup>. C'est ainsi que dans l'arbitrage visant à déterminer le niveau de réduction et

---

<sup>367</sup> *États-Unis — Jeux*, *supra* note 145.

<sup>368</sup> Voir AGCS, *supra* note 346, art XVIII (k).

<sup>369</sup> AGCS, *supra* note 346, art XVIII (n) précise les critères de propriété et de contrôle :

n) une personne morale

i) "est détenue" par des personnes d'un Membre si plus de 50 pour cent de son capital social appartient en pleine propriété à des personnes de ce Membre;

d'annulation des avantages subies par les États-Unis dans le cadre de l'affaire *Bananes-III*, l'effet sur les exportations de service de commerce de gros et de distribution de bananes originaires de ce pays a dû être quantifié. Ceci impliquait d'évaluer les effets de la mesure contestée sur les opérations des fournisseurs pouvant être qualifiés de fournisseurs des États-Unis en vertu des critères de contrôle et de propriété mentionnés ci-haut, en l'occurrence les firmes Dole, Chiquita et Del Monte<sup>370</sup>. Or, comme nous le verrons plus amplement ci-après, l'exercice de rattachement d'une personne morale à un seul Membre de l'OMC peut parfois s'avérer périlleux.

### 3.2.2 La problématique de l'identification de la nationalité des personnes morales

L'AGCS distingue les fournisseurs de services selon qu'ils soient des personnes physiques ou des personnes morales. S'agissant des fournisseurs qui sont des personnes physiques, l'accord fournit des critères aisément opérationnalisables. On ne saurait conséquemment prétendre que de réelles difficultés résident dans le rattachement des fournisseurs qui sont des personnes physiques à un pays. Il ressort à tout événement clairement des données présentées au chapitre précédent que le commerce qui est le fait d'individus représente une partie bien marginale des flux internationaux d'échange de services<sup>371</sup>.

La situation relative aux personnes morales diffère grandement. Un constat s'impose de prime abord : l'attribution d'une seule nationalité à une firme que l'on qualifie de multinationale est un exercice qui est à sa face même contre-intuitif. S'agissant de l'institution économique dominante du commerce international, il est plus que probable que l'exercice de la qualification du fournisseur de services transfrontières en soit un impliquant une FMN. Comme nous le verrons, dans le cas de l'identification d'une personne morale qui fournit des services en présence commerciale, la difficulté est de surcroît accentuée par les lacunes du libellé l'AGCS qui énonce une norme ambiguë.

---

ii) "est contrôlée" par des personnes d'un Membre si ces personnes ont la capacité de nommer une majorité des administrateurs, ou sont autrement habilitées en droit à diriger ses opérations;

<sup>370</sup> *CE – Bananes III (É-U)*, *supra* note 118 para 5.49 note 35; *CE – Bananes III (groupe spécial)*, *supra* note 344 au para 7.362, note 514.

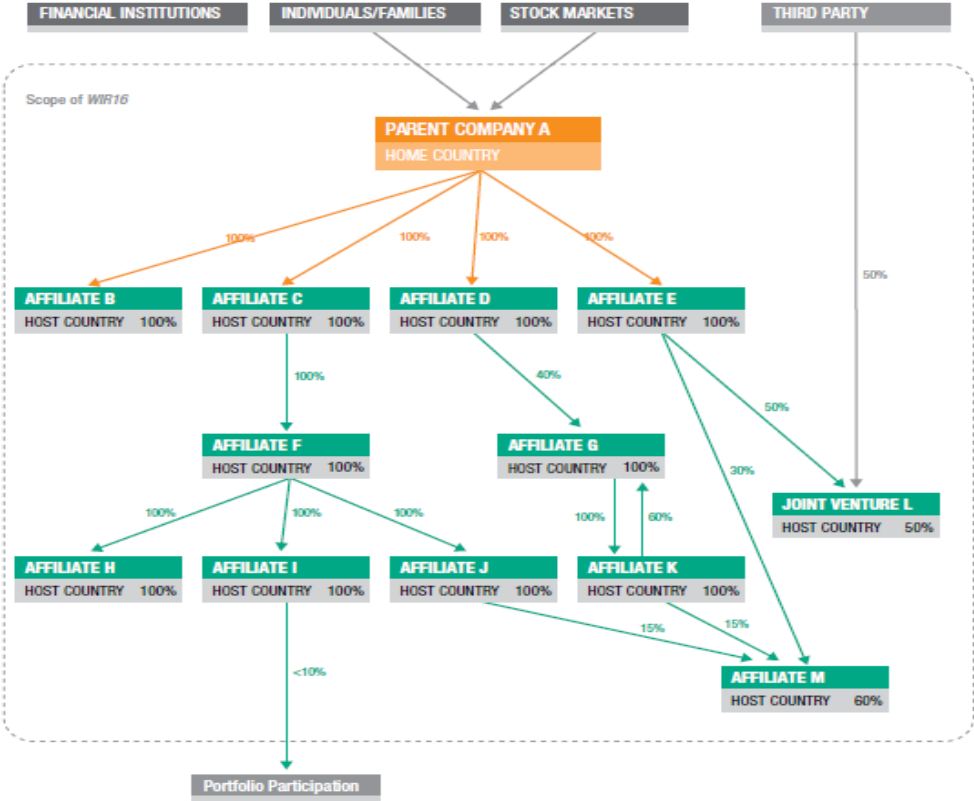
<sup>371</sup> « Le mode 4 est à l'origine de 1 à 2 % du commerce des services à l'échelle internationale » *Affaires mondiales Canada*, *supra* note 360.



Essentiellement, il ressort de ce que nous venons d'exposer que l'origine du fournisseur est déterminée (1) par le lieu de constitution et le fait que des opérations commerciales importantes sont effectuées sur le territoire de tout autre Membre dans le cas des modes 1 et 2, (2) par la propriété et le contrôle en ce qui concerne les modes 3 et (3) par la combinaison de la résidence et de la nationalité dans le cas du mode 4.

Afin de bien cerner en quoi l'exercice de rattachement d'un fournisseur de services transfrontières à un seul Membre peut s'avérer un exercice posant son lot de difficultés, il y a lieu de s'intéresser à la complexité qui caractérise de plus en plus l'organisation structurelle d'un bon nombre de FMN. Jetons d'abord un regard à la structure corporative d'une firme employant l'exemple d'une FMN fictive :

Graphique 3 : Structure corporative fictive d'une firme multinationale



Source : CNUCED 2016<sup>372</sup>

<sup>372</sup> CNUCED, *World Investment Report 2016: Investor Nationality: Policy Challenges*, United Nations Publications, 2016 à la p 130, en ligne : CNUCED <<http://unctad.org/en/pages/PublicationWebflyer.aspx?publicationid=1555>> [CNUCED, WIR 2016].

Le processus croissant de fragmentation des maillons des chaînes de valeur n'est pas sans incidences sur la complexité de la structure corporative des FMN et il en va de même pour les efforts déployés par ces firmes afin de structurer leurs investissements de la manière engendrant le fardeau fiscal le moins contraignant. Comme l'explique la CNUCED et tel qu'il appert du Graphique 3 :

*The result is ever "deeper" corporate structures (with affiliates ever further removed from corporate headquarters in chains of ownership), dispersed shareholdings of affiliates (with individual affiliates being owned indirectly through multiple shareholders), cross-shareholdings (with affiliates owning shares in each other), and shared ownerships (e.g. in joint ventures).*

*It follows that complexity in corporate structures is often the result of growth, fragmentation, partnerships, and M&As, and not necessarily in and of itself a sign of corporate malfeasance. Nonetheless, MNEs will endeavour to affect any change in ownership structures in the most advantageous manner possible, especially from a fiscal and risk management perspective. They may thus add further elements of complexity to any transaction. Thus, business- and nonbusiness-driven elements of complexity in corporate structures often go hand in hand and can be difficult to separate<sup>373</sup>.*

Certains éléments-clés qui ressortent du graphique 3 doivent également être soulignés. D'abord, une distinction est établie entre la chaîne de possession de la société mère et de ses filiales (à l'intérieur du pointillé), d'une part, et, d'autre part, les entités ou personnes qui possèdent l'entreprise mère (à l'extérieur du pointillé), ceux que l'on désigne comme étant les propriétaires ultimes, soit les personnes qui bénéficient des revenus de la firme sous forme de dividendes ou de gain en capital<sup>374</sup>. Les firmes cotées en bourse possèdent généralement un actionnariat diversifié qui se répartit entre les institutions financières, les investisseurs institutionnels tels les fonds de pension, les États et enfin les individus/familles qui sont souvent les fondateurs de l'entreprise<sup>375</sup>. Ensuite, le graphique nous renseigne également sur les liens complexes qui peuvent rattacher une filiale à la société parente dans le cadre de ce

---

<sup>373</sup> *Ibid* à la p 124.

<sup>374</sup> *Ibid* à la p 131.

<sup>375</sup> *Ibid*. La CNUCED rapporte que pour les 100 plus importantes FMN, le propriétaire prédominant de la société mère est une institution financière dans 52% des cas, une institution financière et des individus/famille (1%), les institutions financière et un État (5%), un État (12%), des individus/familles (18%) tandis que dans 12% des cas la propriété est fragmentée ou dispersée. Voir *ibid*.

qu'il y a lieu de désigner de chaîne de possession. À l'instar des chaînes de valeur des produits, les chaînes de possession se mondialisent; de façon agrégée, ce serait pas moins de 41 % des filiales de firmes multinationales qui sont possédées par la société mère par le biais d'au moins une filiale intermédiaire située dans un pays différent de celui du propriétaire ultime<sup>376</sup>. En somme, il découle de ce qui précède que cette complexification des structures corporatives des firmes entraîne un accroissement du nombre d'entités politiques au sein desquels se retrouvent des maillons de la chaîne de valeur liée à un service et, du même coup, une diminution de la pertinence de recourir à la détermination d'une origine unique des personnes morales qui fournissent des services transfrontières. Or, en vertu de l'état actuel du droit, la personne morale qui fournit un service transfrontière doit être rattachée à un seul Membre<sup>377</sup>. La conséquence de cette configuration du cadre normatif des relations commerciales multilatérales est simple et directe : il y a négation du caractère multinational des chaînes de valeur reliées au service en ce que la contribution de tout maillon situé en amont du Membre auquel la personne morale est rattachée attribuée à ce Membre.

Si l'attribution d'une seule origine à une personne morale fournisseur peut s'avérer problématique dans bien des cas, la difficulté nous apparaît être de plus grande importance lorsque cette origine doit être déterminée à partir du contrôle ou de la propriété comme le requiert l'article XXVIII m) ii) de l'AGCS.

### 3.2.3 Règle du rattachement unique d'un fournisseur de services transfrontières à un Membre et le problème interprétatif lié de l'article XXVIII m) ii) de l'AGCS qui peut en découler

L'AGCS indique que lorsqu'une personne morale fournit un service en présence commerciale, on qualifiera cette entité de personne morale d'un Membre si celle-ci est détenue ou contrôlée soit par des personnes physiques de ce Membre ou par des personnes morales constituées en vertu de la législation de ce Membre et qui effectuent des opérations importantes sur le territoire de ce Membre ou sur le territoire de tout autre Membre. Quatre scénarios semblent donc possibles pour qualifier un fournisseur de personne morale d'un

---

<sup>376</sup> *Ibid* à la p 125.

<sup>377</sup> Voir Feinäugle, *supra* note 366 à la p 562, para 47.

Membre : cette personne est contrôlée (1) par des personnes physiques de ce Membre, (2) par des personnes morales constituées en vertu de la législation de ce Membre et qui effectuent des opérations importantes sur le territoire de ce Membre ou de tout Membre tiers, (3) elle est détenue par de telles personnes morales et (4) elle est détenue par des personnes physiques de ce Membre<sup>378</sup>.

Il ressort clairement du texte de l'article XXVIII m) ii) qu'une personne morale ne peut être rattachée qu'à un seul Membre, en l'occurrence le Membre de qui sont les personnes physiques qui détiennent ou contrôlent qui est constituée ou autrement organisée conformément à la législation de cet autre Membre, selon le cas<sup>379</sup>. Or, à notre avis, un problème interprétatif est susceptible de se poser si les quatre scénarios de rattachement d'une personne morale fournisseur de services transfrontières à un Membre énoncés ci-haut ne mènent pas tous au même résultat quant à la qualification. Cette possibilité est loin d'être purement théorique, la complexification des structures corporatives des FMN rend effectivement ce scénario de plus en plus probable.

Il est d'abord nécessaire de faire la distinction entre la propriété – la participation au capital-actions – et le contrôle – la possibilité effective d'exercer les droits de vote et d'influer les décisions stratégiques de gestion de la firme – et de rappeler que les deux ne sont pas systématiquement exercés par la même personne<sup>380</sup>. On recense principalement deux cas de figure où cette situation peut se présenter. Le premier peut survenir lorsque, en raison d'une participation croisée, la société mère parvient à exercer un contrôle plus grand que le nombre de parts détenues dans les faits<sup>381</sup>. Cette disparité entre la part du capital social possédé et le contrôle effectif est également susceptible d'exister lorsque le capital-actions est organisé de manière à ce que certaines actions aient une valeur nominale plus grande, ce qui est par exemple le cas des actions multivotantes. À cet égard, il n'est pas rare de voir les membres

---

<sup>378</sup> Voir *CE – Bananes III (groupe spécial) – Mexique*, *supra* note 344 au para 7.318.

<sup>379</sup> Voir Feinäugle, *supra* note 366 à la p 562, para 47. Ce constat se déduit de l'économie générale du paragraphe m) de l'article XXVIII; le singulier est employé plutôt que le pluriel. Par exemple, au sous-paragraphe i), on indique « de *cet* autre Membre » et au second sous-paragraphe on indique « par des personnes physiques de *ce* Membre » (nos italiques).

<sup>380</sup> Voir CNUCED, *WIR* 2016, *supra* note 372 aux pp 129 et ss.

<sup>381</sup> Voir *ibid* aux pp 131-132; voir l'exemple des firmes D, G et K au Graphique 3 ci-dessus.

fondateurs d'une firme conserver un contrôle qui dépasse leur participation au capital-actions<sup>382</sup>. Aux fins de la qualification sous l'AGCS, rappelons-le, un potentiel problème ne surviendrait que dans l'éventualité où la personne qui exerce le contrôle et celle qui détient le fournisseur de services seraient situées dans deux Membres distincts. Dans une telle situation, deux Membres pourraient, de façon concurrente, prétendre légitimement que la personne morale doit leur être rattachée; le Membre dans lequel se trouve la personne qui contrôle le fournisseur de services et le Membre dans lequel se trouve la personne qui possède ledit fournisseur. Or, comme nous l'avons vu ci-haut, cette possibilité de rattachement de la personne morale fournisseur de services transfrontières à plus d'un Membre n'est pas envisagée par l'AGCS, à tout le moins selon l'état actuel de la jurisprudence<sup>383</sup>.

La question qui se pose ensuite est celle du niveau de propriété. Autrement dit, jusqu'où dans la chaîne de possession est-il nécessaire de se rendre dans le cadre de l'exercice de rattachement d'une personne morale à un Membre. Prenons l'exemple figurant au Graphique 3 de la filiale I en supposant qu'il s'agit d'un fournisseur de services transfrontières qui agit par le biais d'une présence commerciale et dont les opérations sont affectées en raison d'une mesure du pays hôte non conforme au droit de l'OMC. Tel qu'il appert du graphique, la filiale I est une filiale en propriété exclusive de la filiale F, elle-même détenue en propriété exclusive par la filiale C laquelle est à son tour possédée en propriété exclusive par la société mère A. Le capital-actions de la société mère A est pour sa part réparti entre certains individus et les marchés boursiers. Supposons aux fins de l'exemple que tous les niveaux hiérarchiques de la chaîne de possession sont situés dans des pays différents. Une interprétation fondée uniquement sur le libellé de l'accord permettrait probablement de soutenir qu'il est seulement nécessaire de remonter au niveau hiérarchique précédent, soit à la filiale F et on allouerait conséquemment au Membre dans lequel la filiale F est située l'entièreté du montant d'annulation ou de réduction des avantages correspondant aux pertes d'exportation de services attribuables à la filiale F.

---

<sup>382</sup> Voir *ibid* à la p 132.

<sup>383</sup> Voir Feinäugle, *supra* note 366 à la p 562 para 47.

D'aucuns, en revanche, pourraient, au terme d'un exercice interprétatif plus conforme aux prescriptions de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*<sup>384</sup>, être tentés de plutôt plaider que la norme contenue à l'AGCS commande en fait de rattacher le fournisseur de services à la société mère, soit la société A dans notre exemple<sup>385</sup>. Enfin, d'autres pourraient suggérer qu'il faille plutôt remonter jusqu'aux propriétaires ultimes. Dans ce dernier cas, les difficultés d'application pratique sont encore plus susceptibles de se poser lorsque l'actionnariat de la société est dispersé au niveau mondial.

Les organes juridictionnels de l'OMC ont eu l'opportunité de se pencher sur la question. D'abord, dans le cadre de l'affaire *Bananes-III*, les Communautés européennes soutenaient que « Del Monte [seul fournisseur exerçant en présence commerciale dont le Mexique revendiquait l'origine] n'était plus un fournisseur de services du Mexique au sens de l'article XXVIII de l'AGCS, notamment des paragraphes m) ii) et n) de cet article »<sup>386</sup>, car des informations démontraient que cette entité avait été vendue à un groupe palestinien/jordanien. Les Communautés européennes arguaient conséquemment que le Mexique n'était pas « habilité à déposer une plainte au titre du troisième mode de fourniture de services »<sup>387</sup>. Traitant de la question de façon expéditive dans le cadre d'une note de bas de page, le groupe spécial indiqua ce qui suit :

Par conséquent, les fournisseurs qui ont une présence commerciale sur le territoire de la CE et qui sont détenus ou contrôlés, par exemple, par Del Monte Mexico seraient admis à bénéficier de droits au titre de l'AGCS car il importerait peu, au regard de l'article XXVIII m) de l'AGCS, que Del Monte Mexico soit détenue ou contrôlée par des personnes physiques ou morales de la Jordanie, c'est-à-dire d'un pays non Membre de l'OMC, du moment que cette société est constituée au Mexique et effectue d'importantes opérations commerciales sur le territoire du Mexique ou de tout autre Membre<sup>388</sup>.

---

<sup>384</sup> *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 RTNU 354 (entrée en vigueur : 27 janvier 1980) [*Convention de Vienne*].

<sup>385</sup> Le paragraphe 31 (1) de la *Convention de Vienne* prévoit qu'un traité « doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. »

<sup>386</sup> *CE – Bananes III (groupe spécial) – Mexique*, *supra* note 344 au para 4.694.

<sup>387</sup> *Ibid.*

<sup>388</sup> *Ibid* au para 7.318, note 493.

Cette note de bas de page fut ensuite citée avec approbation par le groupe spécial dans le cadre de l'affaire *Canada - Autos*<sup>389</sup> lorsque ce dernier confirma que l'exercice de rattachement d'une personne morale fournisseur de services doit se faire en remontant au niveau hiérarchique précédent et non jusqu'aux propriétaires ultimes :

À notre avis, DaimlerChrysler Canada Inc. est un fournisseur de services des États-Unis au sens de l'article XXVIII m) ii) 2) de l'AGCS, car elle est contrôlée par DaimlerChrysler Corporation, une personne morale des États-Unis suivant la définition figurant à l'alinéa i) de l'article XXVIII m). Ce qui est pertinent, par conséquent, c'est le fait que DaimlerChrysler Corporation est une personne morale des États-Unis. Le fait que, à son tour, DaimlerChrysler Corporation peut être contrôlée par une personne morale d'un autre Membre est sans intérêt au regard de l'article XXVIII de l'AGCS. Aux fins de la définition d'une "personne morale d'un autre Membre", l'article XXVIII m) de l'AGCS ne prévoit pas qu'il faut identifier la personne physique ou morale qui exerce le contrôle en dernier ressort: il suffit d'établir que l'entité est détenue ou contrôlée par une personne morale d'un autre Membre, définie suivant les critères énoncés à l'alinéa i)<sup>390</sup>. (Nous soulignons)

Tout bien considéré, si la question du niveau de propriété qu'il faut choisir sous l'AGCS afin de rattacher un fournisseur de services transfrontières qui est une personne morale à un Membre est pour l'instant résolue, il est néanmoins certain que dans le cas d'une structure corporative complexe comme celle présentée au Graphique 3, le rattachement à un seul Membre constituera assurément une négation du caractère mondial de la chaîne de valeur liée à ce service. Il est au demeurant légitime de se demander si les rédacteurs de l'AGCS avaient envisagé un tel niveau de complexité dans l'organisation structurelle des firmes. Reprenons à nouveau l'exemple de la filiale I tiré du Graphique 3. Remonter uniquement au niveau de précédent et attribuer l'annulation ou la réduction des avantages au Membre dans lequel est située la filiale F ignore la contribution de la filiale C et de la société mère A qui, selon toute probabilité, ajoutent de la valeur dans les services transfrontières rendus par la filiale I. Les conséquences sont les mêmes si on attribue au Membre dans lequel se trouve la société mère A l'entièreté de l'annulation et de la réduction des avantages; ce sont cette fois les avantages annulés ou réduits dans les pays hôtes des filiales C et F qui ne sont pas pris en compte dans l'allocation du niveau d'annulation. Enfin, choisir de remonter aux propriétaires

---

<sup>389</sup> *Canada – Certaines mesures affectant l'industrie automobile (Plainte du Japon) (Plainte des Communautés européennes)* (2000), OMC Doc WT/DS139/R, WT/DS142/R (Rapport du Groupe spécial) [*Canada – Autos*].

<sup>390</sup> *Ibid* au para 10.257.

ultimes pourrait souvent résulter en l'octroi d'annulation ou de réduction des avantages à un Membre sur le territoire duquel aucune activité économique transfrontières n'est exécutée. Ce serait le cas par exemple le cas si le seul lien de rattachement de ce Membre à la firme dont le service transfrontières est affecté était le fait qu'une l'institution financière qui détient la propriété ou le contrôle est constituée en vertu des lois de son territoire et y effectue des opérations importantes. En somme, il y a lieu de constater que, comme à l'égard des biens, en matière de calcul du niveau d'annulation et de réduction des avantages, le droit de l'OMC prescrit un cadre juridique inadapté à la réalité actuelle du commerce international de services transfrontières. Au niveau de la phase d'exécution, plus particulièrement, cela se traduira par l'attribution de l'intégralité du niveau d'annulation et de réduction des avantages à un seul Membre pour un service transfrontières affecté par une mesure illégale, alors même que ce Membre ne contribue que pour une fraction de la valeur ajoutée qui constitue ledit service transfrontières.

### **3.3 Effets découlant de l'application d'une contre-mesure pour les Membres autres que le plaignant : le double problème du double comptage et le taux de contre-mesure effectif**

Le droit de l'OMC, comme nous l'avons vu, agit à titre de *lex specialis* en prescrivant un critère de licéité pour l'application des mesures d'auto-assistance qu'il autorise différent de celui requis par le droit international général. S'agissant de l'étendue de la contre-mesure qui peut être prise, le critère pour les différends qui ne mettent pas en cause une subvention visée par les parties II ou III de l'*Accord SMC* est celui de l'équivalence et se traduit par l'équation suivante : le niveau de suspension de concessions ou autres obligations est égal au niveau de réduction des avantages<sup>391</sup>. Rappelons que l'égalité ici prescrite par le *Mémorandum d'accord* est une égalité quantitative, donc numérique<sup>392</sup>. Les sous-sections précédentes du

---

<sup>391</sup> *Mémorandum d'accord*, *supra* note 23, art 22:1; *Accord SMC*, *supra* note 109, art 4.10 et 7.9.

<sup>392</sup> *CE – Hormones (É-U)*, *supra* note 122 au para 20; Dans l'affaire *Bananes III*, les arbitres ont spécifié ceci au sujet du concept d'équivalence : « Nous notons que le sens ordinaire du mot "équivalence" est "de valeur, d'importance ou de sens égal", "ayant le même effet", "ayant la même position ou fonction relative", "correspondant à", "quelque chose de valeur égale", et aussi "quelque chose d'assimilable ou de presque identique". De toute évidence, ce sens dénote une correspondance, une identité ou un équilibre entre deux niveaux liés, c'est-à-dire entre le niveau des concessions à suspendre, d'une part, et le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages, d'autre part. » (Références omises) *CE – Bananes III (É-U)*, *supra* note 118 au para 4.1.



présent chapitre ont permis d'établir que cette prescription de la façon de déterminer l'ampleur de la mesure prise en réaction au défaut de mise en conformité par la partie visée par la plainte entraîne des conséquences variables selon le secteur dans lequel des avantages sont réduits ou annulés pour la partie plaignante. Or, il va sans dire que les constats que nous avons exposés quant à la nature fragmentée de la production des marchandises et des services ont également des incidences sur la contre-mesure qui sera prise en réaction au refus de la partie défenderesse de mettre sa mesure en conformité. Au niveau pratique, il est possible d'observer ce déphasage à l'aide de deux concepts que nous développons ci-après, soit le double problème du double comptage (3.3.1) ainsi que le taux effectif de la contre-mesure (3.3.2).

### 3.3.1 Le double problème du double comptage

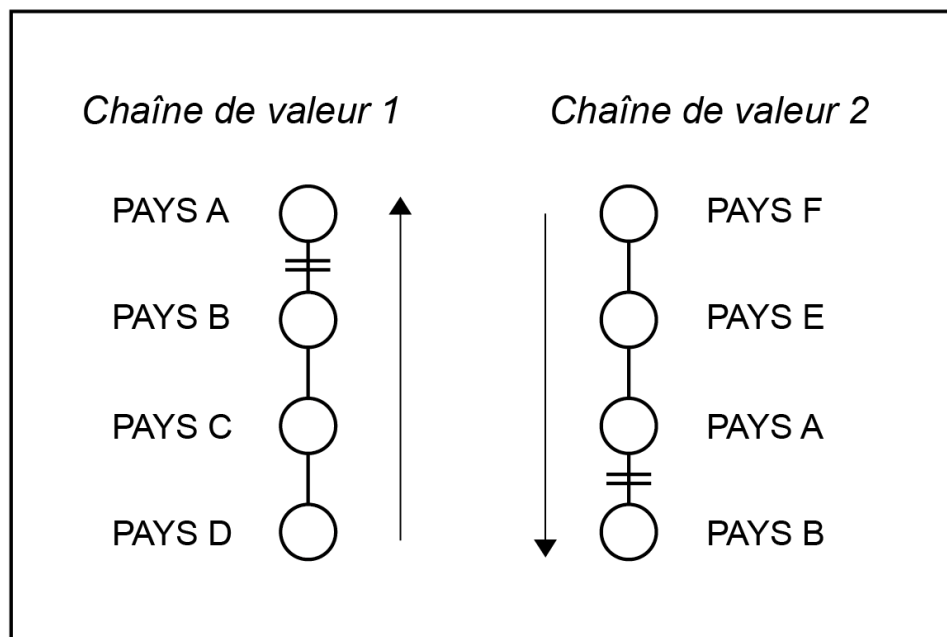
Le postulat qui découle conséquemment de ces constats est double : d'une part, le montant d'annulation ou de réduction des avantages du membre plaignant se trouvera à être surestimé, d'autre part la contre-mesure produira des effets qui se feront ressentir dans le territoire du Membre visé par la plainte, mais également dans le territoire de tout Membre qui possède un ou des maillons de la chaîne de la valeur du produit ou du service, selon le cas, faisant l'objet de la contre-mesure. Nous attribuons à ce phénomène le qualificatif de *double problème du double comptage*<sup>393</sup>. Concrètement, l'utilisation de données émanant des statistiques traditionnelles du commerce international (données brutes) entraînera systématiquement la détermination d'un montant d'annulation ou de réduction des avantages supérieur à la valeur qui est effectivement ajoutée sur le territoire d'un Membre jusqu'au stade f.a.b. dès lors que la valeur ajoutée qui compose le produit ou le service en question n'émane pas entièrement de ce seul et même Membre. Inversement, en suspendant des concessions ou d'autres obligations, le plaignant se trouvera à affecter les produits ou services émanant du Membre visé par la plainte, mais ce uniquement à hauteur de valeur qui est effectivement ajoutée sur le territoire de ce Membre. Ce faisant, des tierces parties, en l'occurrence les Membres où sont localisés des maillons de la chaîne de valeur situés en amont se verront affectés dans la mesure de leur contribution en valeur ajoutée. Ainsi, si le Membre B (plaignant) se voit

---

<sup>393</sup> Sur le phénomène du double-comptage, voir section 2.2.1 ci-haut.

octroyer un montant 100 millions à titre de montant maximal pour lequel il peut demander à l'ORD de suspendre des concessions ou d'autres obligations et qu'aux fins de l'exemple il décide de viser d'un tarif douanier *ad valorem* de 100 % un produit du Membre A (visé par la plainte) et qu'au stade f.a.b, la teneur en valeur ajoutée qui émane de ce membre est de 50 %, cela signifierait que le Membre A ne subirait en fait qu'une suspension équivalente à 50 millions. Cela signifierait également qu'une suspension de 50 m\$ serait répartie entre les Membres situés en amont de la chaîne de valeur du produit, lesquels doivent subir les effets de la contre-mesure, alors même qu'ils ne sont d'aucune façon imputable de la décision du Membre B d'enfreindre une obligation qui lui échoit en vertu des accords de l'OMC. En définitive, et tel qu'il ressort plus explicitement du Graphique 4 ci-dessous, le phénomène du *double problème du double comptage* permet d'illustrer que l'utilisation des données de flux commerciaux brutes entraîne une surestimation de la valeur ajoutée imputable au dernier Membre dans deux chaînes de valeur : celle du produit ou du service affecté par la mesure illicite et celle du produit ou du service visé par la contre-mesure.

Graphique 4 : Représentation des chaînes de valeur affectées lors de l'emploi de contre-mesures



Source : Auteur

Ainsi, le graphique ci-dessus suggère la présence de deux CVM qui sont respectivement affectés par les actions du Pays A et du Pays B. La Chaîne de valeur 1 illustre la mise en place par le Pays A d'une mesure illicite qui a pour effet de perturber le flux d'importation d'un produit originaire du Pays B. Le Pays B conteste la mesure du Pays A en vertu des accords de l'OMC et obtient l'autorisation de l'ORD d'appliquer des contre-mesures à l'égard de ce dernier. Les contre-mesures appliquées par le Pays B auront quant à elle pour effet d'affecter la Chaîne de valeur 2, ce qui touchera évidemment le Pays A (visé par la plainte), mais également le Pays E et le Pays F, lesquels se trouvent en amont dans la chaîne de valeur.

### 3.3.2 Le taux-effectif de la contre-mesure

Ces constatations sont basées sur le postulat selon lequel les effets de la contre-mesure se répercuteront proportionnellement sur l'ensemble de la chaîne de valeur associée au produit visé par ladite mesure de représailles. Par souci d'exhaustivité, il importe en outre de mentionner que toutes proportions gardées les effets de la contre-mesure se feront sentir de façon inégale pour le Membre qui fait l'objet de la plainte par rapport aux Membres dans lesquels prennent place des activités d'ajout de valeur en amont. S'agissant du Membre à l'égard duquel s'applique le tarif douanier, les effets de la contre-mesure doivent être mesurés en tenant compte de la valeur qui est réellement ajoutée sur le territoire de ce Membre. L'indice que nous proposons afin de mesurer l'ampleur de l'impact pour le maillon situé dans le territoire du Membre visé par la plainte est celui du *taux effectif de la contre-mesure*<sup>394</sup>. Le taux effectif de la contre-mesure doit être mis en opposition au taux nominal, c'est-à-dire est le taux *ad valorem* appliqué aux produits visés par les représailles. On obtient ce taux en divisant le montant que représente le tarif douanier appliqué comme contre-mesure (Mtd) par

---

<sup>394</sup> Le taux effectif de la contre-mesure est directement inspiré du concept bien connu en économie du taux effectif de protection (*effective tariff rate* ou *effective rate of protection*), lequel nous renseigne sur la protection réellement accordée à l'industrie nationale par la structure de tarifs douaniers qui discrimine les biens intermédiaires utilisés dans la production d'un bien donné par rapport aux biens finaux. Sur le taux effectif de protection, voir notamment Clarence L Barber, « Canadian Tariff Policy » (1955) 21:4 Canadian J Economics Political Science 513; W M Corden, « The Structure of a Tariff System and the Effective Protective Rate » (1966) 74:3 J Political Economy 221; Roy J Ruffin, « Tariffs, Intermediate Goods, and Domestic Protection » (1969) 59:3 American Economic R 261.

le montant de la valeur qui est ajoutée sur le territoire du Membre visé par la plainte ( $Mva$ ). Ainsi, le taux effectif de la contre-mesure équivaut à :

$$\frac{Mtd}{Mva}$$

Illustrons le tout en reprenant les données du précédent exemple. En présence de la contre-mesure, si les exportateurs du Membre B désirent continuer d'exporter leurs produits à destination du Membre A, ils devraient acquitter un tarif douanier global de 100 M\$ (100 % \* 100 M\$). Or, comme la valeur ajoutée sur le territoire du Membre B équivaut à 50 M\$, il en résulte que le taux effectif de la contre-mesure pour le Membre B est de 100 M\$/50 M\$, soit 200 %. Concrètement, cela signifie que les activités d'ajout de valeur qui prennent place sur le territoire du Membre B ne deviennent non pas deux fois plus onéreuses comme pourrait le laisser croire le taux nominal de 100 %, mais bien quatre fois plus onéreuses, comme en fait foi le taux effectif de 200 %. En somme, plus la valeur ajoutée sur le territoire du Membre visé par la plainte est faible, plus le taux effectif de la contre-mesure auquel il doit faire face est important.

### **Conclusion partielle**

Les développements récents nous provenant de la science économique, tant au niveau statistique que de la théorisation, permettent de jeter un regard nouveau sur l'institution des contre-mesures à l'OMC. À l'aune de cette appréciation contemporaine de la réalité du commerce international, il appert clairement que la phase d'exécution du système de règlement des différends, en ce qui a trait plus particulièrement au calcul du niveau de réduction et d'annulation des avantages – et donc au niveau autorisé de contre-mesures –, n'est pas en phase avec la structuration actuelle des échanges internationaux de biens et de services. On observe ce manque d'adéquation tant à l'égard des différends portant sur des produits que ceux portant sur des services. En établissant le montant de la suspension des concessions ou d'autres avantages à partir des données commerciales brutes plutôt que des données en valeur ajoutée, on se trouve à octroyer au Membre plaignant un montant de suspension qui est supérieur au montant qui correspond à l'activité économique qui se produit effectivement sur son territoire. Réciproquement, tel que nous l'enseigne le taux effectif de

la contre-mesure, moins la valeur ajoutée au sein du Membre qui subit l'imposition de la suspension est grande, plus l'étape d'ajout de valeur qui prend place au sein de ce Membre devient onéreuse pour la firme en comparaison des autres activités d'ajout de valeur qu'elle coordonne au sein de sa chaîne de valeur.

En d'autres termes, l'attribution unique de la valeur ajoutée se rapportant à un produit ou un service à un Membre emporte l'amplification du préjudice commercial que ce dernier se trouve à subir dans les faits. Cette observation étant effectuée, il convient de se questionner sur l'optimalité de maintenir en place un tel système sous les auspices de l'OMC. Cette question appelle une réponse normative plutôt que descriptive et a nécessairement à voir avec la finalité des contre-mesures en droit de l'OMC<sup>395</sup>.

Loin d'être limpide sur la question, le *Mémorandum d'accord* a donné lieu à des interprétations diverses quant au but poursuivi par les contre-mesures en droit de l'OMC, et ce tant en doctrine qu'au niveau de la pratique arbitrale<sup>396</sup>. Un courant de pensée majoritaire semble toutefois être désormais en voix de se cristalliser : l'« incitation à la mise en

---

<sup>395</sup> Cette approche téléologique est également privilégiée par plusieurs auteurs, voir par ex Michelle Engle Limenta, *WTO Retaliation Effectiveness and Purposes*, Oxford, Hart Publishing, 2017 au ch 4; voir également Steve Charnovitz, « Rethinking WTO trade sanctions » (2001) 95:4 AJIL 792 à la p 808 [Charnovitz, « Rethinking WTO »]. Comme le souligne Pauwelyn, la question de l'identification du principal but recherché par la suspension de concessions ou d'autres obligations, est centrale lorsque l'on se questionne sur la forme et la magnitude que devraient avoir les contre-mesures en droit de l'OMC. Voir Joost Pauwelyn « The calculation and design of trade retaliation in context: what is the goal of suspending WTO obligations? » dans Bown et Pauwelyn, *supra* note 29, 34 à la 38 [Pauwelyn, « Calculation and design of trade retaliation »].

<sup>396</sup> À cet égard, voir notamment l'opinion émise par les arbitres dans le cadre de l'affaire *États-Unis – Amendement Byrd* : « Compte tenu des articles 3:7 et 22:1 et 22:2 du Mémorandum d'accord en tant qu'ils font partie du contexte de l'article 22:4 et 22:7, nous ne pouvons pas exclure que l'incitation à la mise en conformité fasse partie des objectifs motivant la suspension de concessions ou d'autres obligations, mais tout au plus, il ne peut s'agir que d'un but parmi un certain nombre de buts de l'autorisation de suspendre des concessions ou d'autres obligations. » *États-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention – Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends* (Plaintes du Canada et du Mexique) (2004), OMC Doc WT/DS234/ARB/MEX au para 3.74 (Décision de l'arbitre) [*États-Unis – Amendement Byrd (Mexique)*]. Entreprenant une étude historique de la question, Pauwelyn parvient pour sa part à une conclusion similaire : « *This chapter concludes that the goal of multilaterally controlled GATT/ WTO suspension has historically been, and remains to this day, murky and confused (ranging from simple rebalancing of concessions to punishment). Yet, if anything, there has been a gradual evolution from 'compensation' (or simple rebalancing) to 'sanction' (or rule compliance). Hence, instead of one goal, there seem to be multiple and sometimes overlapping goals. Since retaliation for continued non-compliance is, in practice, the only formal remedy provided for by the system (compensation for past harm is not awarded), all possible cures seem to be expected from it.* » Pauwelyn, « Calculation and design of trade retaliation », *supra* note 395 à la p 36. L'auteure Limenta conclut elle aussi à la multiplicité d'objets des contre-mesures en droit de l'OMC, voir Limenta, *supra* note 395 au ch 5.

conformité » constitue le principal objet des contre-mesures dans le système OMC<sup>397</sup>. Comme se sont empressés de le rappeler les arbitres dans l'affaire *Bananes-III*, cependant, cet objectif ne signifie par ailleurs pas que « l'ORD devrait accorder l'autorisation de suspendre des concessions allant au-delà de ce qui est *équivalent* au niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages. »<sup>398</sup> (Italiques dans l'original). En somme, bien qu'il s'agisse de la finalité prééminente des contre-mesures prévues par le *Mémorandum d'accord*, la cessation de l'illicéité ne saurait justifier qu'on octroie au Membre plaignant une autorisation d'appliquer des contre-mesures à un niveau supérieur au préjudice commercial qu'il subit, encore même que cela pourrait potentiellement faciliter l'atteinte de l'objectif recherché. En tablant sur les mesures d'auto-assistance que sont les contre-mesures à titre de principale voie de recours coercitive s'offrant à une partie lésée, le système de règlement des différends de l'OMC rejette l'idée de sanction envers le Membre visé par la plainte. D'une part, il convient de rappeler qu'en droit international punition et représailles sont deux notions antinomiques. D'autre part, l'octroi d'autorisation d'appliquer des contre-mesures pour un montant supérieur au préjudice commercial réel nous apparaît frustrer le principal objectif du système des règlements des différends de l'OMC, d'« assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral »<sup>399</sup>, en ce que cela permet que soit affectés des flux commerciaux dans une mesure plus importante que nécessaire.

---

<sup>397</sup> Voir notamment *CE – Bananes III (É-U)*, *supra* note 118 au para 6.3; *États-Unis – Coton Upland (4.11/22:6)*, *supra* note 171 au para 4.110 et 4.111. Il est à noter que les arbitres dans *États-Unis – Coton Upland* ont indiqué au paragraphe 4.111 de *États-Unis – Coton Upland (4.11/22:6)*, *supra* note 171 ainsi qu'au paragraphe 4.58 de *États-Unis – Coton Upland (7.10/22:6)*, *supra* note 171 que « [c]et objectif de la suspension de concessions ou d'autres obligations en vertu de l'article 22:4 du Mémorandum d'Accord a été récemment confirmé par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Maintien de la suspension*. [*États-Unis – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones (Plainte des Communautés européennes)*, (2008), OMC Doc WT/DS320/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel) au para 309] »

<sup>398</sup> *CE – Bananes III (É-U)*, *supra* note 118 au para 6.3.

<sup>399</sup> *Mémorandum d'accord*, *supra* note 23, art 3:2.

## CHAPITRE QUATRIÈME

### L'EXPÉRIENCE DES CONTRE-MESURES À L'OMC : BILAN, SYNTHÈSE ET REGARD PROSPECTIF

*The symbolic purpose of retaliation is largely fulfilled by the fanfare which surrounds the formal decision authorizing it. Actual implementation of the retaliatory measures tends to be something of an anticlimax. Afterwards, the day-to-day administration of the restrictions becomes even less visible as the restrictions weave themselves into the status quo. Eventually, the restrictions become a burden on the country imposing them, continued in force only because a proper regard for principle requires that they be maintained until justice is done<sup>400</sup>.*

Dans le domaine des relations économiques internationales, les contre-mesures comme outil coercitif visant à répondre à la tardivité induite de la mise en conformité dans le cadre d'un différend commercial font l'objet d'un encadrement multilatéral depuis maintenant 70 ans, dont plus de 20 ans sous l'égide des accords de l'OMC. L'expérience historique démontre qu'en raison d'une multitude de facteurs, les États ont fait preuve de grande retenue dans le recours à ces représailles pacifiques. Ainsi, en date de 2010, on recense l'emploi de contre-mesures sous l'égide multilatérale GATT/OMC à neuf reprises<sup>401</sup>. Ce chiffre occulte toutefois le fait que des mesures d'auto-assistance prises à l'extérieur du système de règlement des

---

<sup>400</sup> Robert E Hudec, *The GATT Legal System and World Trade Diplomacy*, 2<sup>e</sup> éd, Salem (NH), Butterworth Legal Publishers, 1990 à la p 196 [Hudec, *GATT Legal System*].

<sup>401</sup> Des contre-mesures ont été appliquées sous le GATT dans l'*Affaire des produits laitiers, Mesures prises par les Pays-Bas en conformité du paragraphe 2 de l'article XXIII à l'effet de suspendre des obligations envers les États-Unis d'Amérique (Plainte des États-Unis)* (1952), GATT Doc. L/61, Supp. n° 1 IBDD (1953) 66 [*Affaire des produits laitiers*]. Sous l'égide de l'OMC, des contre-mesures ont été appliquées par les États-Unis et le Canada dans le cadre de l'affaire *CE-Hormones*, par les États-Unis dans le cadre de l'affaire *Bananes III*, par les Communautés européennes dans l'affaire *États-Unis – FSC* et par les Communautés européennes, le Canada, le Japon et le Mexique dans le cadre de l'affaire *États-Unis – Amendement Byrd*, voir Gregory Shaffer et Daniel Ganin, « Extrapolating purpose from practice: rebalancing or inducing compliance » dans Bown et Pauwelyn., *supra* note 29, 73 à la p 77. Il est également à noter que, en dehors du cadre multilatéral, des contre-mesures ont également été appliquées par le Mexique à l'égard des États-Unis sous l'égide de l'ALÉNA dans le cadre de l'affaire du Camionnage, voir *Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis et le gouvernement du Mexique*, 17 décembre 1992, RT Can 1994 n° 2, 32 ILM 289 (entré en vigueur : 1<sup>er</sup> janvier 1994) [ALÉNA]; *Re Cross-Border Trucking Services (Mexique c États-Unis)* (2001), USA-MEX-98-2008-01 (Groupe spécial c 20), en ligne : Secrétariat de l'ALÉNA <<https://www.nafta-sec-alena.org>> ([*États-Unis – Camionnage (ALÉNA)*]) Notons enfin que nous limitons notre examen à 2010 en raison de la difficulté à obtenir l'information relativement à comment un Membre se comporte lorsqu'il obtient de l'ORD l'autorisation de suspendre des concessions ou d'autres obligations. À notre connaissance, toutefois, bien que de telles autorisations ait été demandées à l'ORD à plusieurs reprises, nous ne sommes au courant d'aucune application de telles mesures de représailles dans les faits.

différents ont été appliquées dans l'illégalité la plus totale à moult occasion à l'époque du GATT et continuent à être appliquées depuis l'entrée en vigueur des accords de l'OMC<sup>402</sup>.

Malgré cet usage timide de la suspension des concessions ou d'autres obligations, nous bénéficions tout de même de la perspective suffisante afin de dresser un bilan exhaustif du fonctionnement de régime, les auteurs de doctrine ont d'ailleurs été beaucoup plus nombreux à se préoccuper de cette question que de celle de savoir si ce système était réellement en phase avec les flux internationaux d'échange de biens et de services<sup>403</sup>. Ce dernier chapitre se déclinera en deux volets : dans un premier temps nous dresserons un bilan sommaire de l'utilisation des contre-mesures et tenterons de dégager les principales observations et problématiques qui ont pu être formulées à cet égard (4.1), dans un second nous évaluerons quelles pourraient être les pistes de solutions envisageables en vue d'une réforme du système (4.2).

---

<sup>402</sup> Lorsqu'il est question de ce régime parallèle de contre-mesures, la tristement célèbre Section 301 du *Trade Act of 1974* nous vient immédiatement à l'esprit. Pour un exposé succinct relatif à l'usage de ces mesures illicites au temps du *GATT de 1947*, voir notamment Chazournes, *supra* note 297 aux pp 82–92. Plus récemment, le Canada a décidé d'appliquer des tarifs douaniers oscillant entre 10 et 25% sur dives produits provenant des États-Unis à titre de contre-mesure répondant à l'imposition par ce pays de tarifs douaniers sur les importations d'acier et d'aluminium provenant du Canada. Voir Ministère des Finances du Canada, *Contre-mesures en réponse aux tarifs injustifiés appliqués sur l'acier et l'aluminium provenant du Canada*, en ligne : <<https://www.fin.gc.ca/access/tt-it/cacsap-cmpcaa-1-fra.asp>>.

<sup>403</sup> Voir par ex Marco Bronckers et Freya Baetens, « Reconsidering financial remedies in WTO dispute settlement » (2013) 16:2 J Int Economic L 281; David J Townsend et Steve Charnovitz, « Preventing Opportunistic Uncompliance by WTO Members » (2011) 14:2 J Int Economic L 437; Won-Mog Choi, « To Comply or Not to Comply?-Non-implementation Problems in the WTO Dispute Settlement System » (2007) 41:5 J World Trade 1043 aux pp 1063–1067; Donald McRae, « Measuring the Effectiveness of the WTO Dispute Settlement System » (2008) 3 Asian J WTO & Intl Health L & Policy 1 [McRae, « Effectiveness »].



## 4.1 Utilisation des contre-mesures dans le système commercial multilatéral : bilan et constats

### 4.1.1 L'expérience de la suspension de concessions ou d'autres obligations à l'époque du GATT de 1947

Perçu favorablement dans les premiers temps du GATT, le caractère intrinsèquement politique du système de règlement des différends s'est rapidement transformé en sa plus grande limite ainsi qu'en sa principale source de critique<sup>404</sup>. En l'absence d'un droit à l'établissement d'un groupe spécial et d'un droit de voir le rapport produit par ce dernier adopté, il n'est pas étonnant que peu de différends sous le *GATT de 1947* aient atteint la phase d'exécution. Au final, l'autorisation de suspendre des concessions ou d'autres obligations ne sera octroyée qu'à une seule reprise, soit aux Pays-Bas à l'égard des États-Unis dans le cadre de l'*Affaire des produits laitiers*<sup>405</sup>. Les Pays-Bas s'étaient vus octroyer l'autorisation d'imposer un quota d'importation limitant à 60 000 tonnes métriques de farine de blé provenant des États-Unis pour l'année 1953 et sera ensuite reconduite pour les années 1956 à 1959<sup>406</sup>. Les Pays-Bas n'appliqueront jamais entièrement ce quota et même si c'eût été le cas, cela n'aurait eu le potentiel que d'affecter 2 % des exportations américaines de farine<sup>407</sup>. Qui plus est, puisque les États-Unis constituaient de loin le premier fournisseur de farine de blé, une imposition ferme du quota aurait assurément causé préjudice aux industries hollandaises utilisant cet intrant puisque cela aurait signifié que ces dernières auraient eu à trouver d'autres fournisseurs, fort probablement à prix plus élevé<sup>408</sup>. De ce cas d'application,

---

<sup>404</sup> Voir Davey, « GATT », *supra* note 300 aux pp 57–61.

<sup>405</sup> *Affaire des produits laitiers*, *supra* note 401. Pour un aperçu procédural de cette affaire, voir Hudec, *GATT Legal System*, *supra* note 400 aux pp 181-200.

<sup>406</sup> *Suspension par le Royaume des Pays-Bas d'obligations envers les États-Unis d'Amérique*, GATT PC Rés L/464, 10<sup>e</sup> sess, supp n° 4 IBDD (1955) 35; *Restrictions à l'importation de produits laitiers aux États-Unis – Suspension d'obligations par le Royaume des Pays-Bas*, PC Rés L/590, 11<sup>e</sup> sess, supp n° 5 IBDD (1956) 29; *Restrictions à l'importation de produits laitiers aux États-Unis – Suspension d'obligations par le Royaume des Pays-Bas*, PC Rés L/754, 12<sup>e</sup> sess, supp n° 6 IBDD (1957) 14; *Restrictions à l'importation de produits laitiers aux États-Unis – Suspension de certaines obligations du Royaume des Pays-Bas*, PC Rés L/918, 13<sup>e</sup> sess, supp n° 7 IBDD (1958) 24.

<sup>407</sup> Voir Hudec, *GATT Legal System*, *supra* note 400 à la p 197.

<sup>408</sup> Voir *ibid* à la p 198.

Robert Hudec tire le constat que les contre-mesures constituent en somme un « fardeau » pour la partie qui les applique<sup>409</sup>.

Une telle conclusion est largement partagée par la doctrine, tel en font foi les contributions d'autres éminents auteurs ayant commenté la phase d'exécution à l'époque du GATT. D'aucuns ont d'abord fait grand cas des importants délais procéduraux pouvant s'écouler entre le moment où une violation est alléguée et le moment où le remède pour la partie lésée devient effectivement disponible<sup>410</sup>. De façon plus fondamentale, on note que le recours à des contre-mesures économiques est préjudiciable pour celui qui les emploie et équivaut ni plus ni moins qu'à se tirer dans le pied, Kenneth Dam de conclure : « *[t]he retaliation tends, however, to worsen the position of the injured party.* »<sup>411</sup> Et Laurence Boisson de Charzounes de renchérir: « [d]'une manière générale, un recours à des contre-mesures est d'un maniement coûteux pour l'État qui les exerce »<sup>412</sup>.

Il est au demeurant intéressant de constater que malgré l'utilisation anémique du système de règlement des différends sous le *GATT de 1947* par les pays en développement, nombreux ont été ceux qui ont souligné les difficultés particulières pour ces pays d'appliquer des contre-mesures, non seulement entre eux, mais surtout à l'égard des grandes puissances économiques. S'agissant des économies moins développées, deux cas de figure sont plus susceptibles de se présenter : soit la partie plaignante voit sa marge de manœuvre pour appliquer des contre-mesures pratiquement anéantie dans le cas d'un litige opposant deux pays en développement qui entretiennent de faibles volumes d'échanges, soit ce pays se voit contraint de constater que sa voie de recours n'est d'aucune utilité car la proportion des exportations du pays visé par la plainte à l'égard du pays plaignant est tout simplement trop faible pour que ce dernier puisse espérer avoir quelconque influence sur le processus politique du contrevenant<sup>413</sup>. C'est précisément dans ce second scénario que se retrouva le

---

<sup>409</sup> *Ibid* à la p 196

<sup>410</sup> Voir Dam, *supra* note 111 à la p 366. Pour un aperçu des délais dans le système de règlement des différends à l'époque du GATT, voir Davey, « GATT », *supra* note 400 aux pp 35–37.

<sup>411</sup> Dam, *supra* note 111 à la p à la 369.

<sup>412</sup> Chazournes, *supra* note 297 à la p 122.

<sup>413</sup> Voir *ibid* à la p 120; Dam, *supra* note 111 à la p à la 368; Phoenix X F Cai, « Making WTO Remedies Work for Developing Nations: The Need for Class Actions » (2011) 25 *Emory Intl L Rev* 151 aux pp 174-176.

Nicaragua après avoir porté plainte à l'égard des États-Unis en raison de l'embargo économique que ces derniers lui infligeaient. Le groupe spécial nota dans le cadre de son rapport qui ne fut finalement pas adopté que l'application de contre-mesures par le Nicaragua ne seraient en l'espèce d'aucune utilité:

Le Groupe spécial est alors passé à la deuxième option qui dans le cas présent s'offrait aux PARTIES CONTRACTANTES conformément au paragraphe 2 de l'article XXIII, à savoir l'adoption d'une décision autorisant le Nicaragua à suspendre l'application à l'égard des États-Unis des obligations qui lui incombaient. Il a noté qu'en application de l'embargo imposé par les États-Unis, c'était non seulement les importations du Nicaragua en provenance des États-Unis qui étaient interdites, mais également les exportations des États-Unis vers le Nicaragua. Dans ces circonstances, une suspension à l'égard des États-Unis des obligations incombant au Nicaragua ne pouvait modifier en faveur du Nicaragua l'équilibre des avantages résultant de l'Accord général pour les deux parties contractantes<sup>414</sup>.

À ces difficultés d'ordre structurel, ajoutons la sensibilité accrue de pays en développement de ne pas rendre trop de produits inaccessibles pour leurs concitoyens<sup>415</sup>. À cet égard, notons d'ailleurs que si le Mexique – pays au niveau de vie substantiellement moins élevé qu'aux États-Unis<sup>416</sup> – a appliqué des contre-mesures à l'égard de son voisin du nord dans le cadre de l'affaire *États-Unis – Camionnage (ALÉNA)* sous forme de tarifs douaniers *ad valorem* ne dépassant pas 25%, c'est indubitablement car il cherchait à remplir son objectif de coercition sur son partenaire économique sans que cela ne se traduise par une hausse trop drastique du prix des biens consommés par ses citoyens<sup>417</sup>.

---

<sup>414</sup> *États-Unis - Mesures commerciales affectant le Nicaragua (Plainte du Nicaragua)* (1986), GATT Doc L/6053 (Rapport du groupe spécial non-adopté) au para 5.11, en ligne : OMC <[www.wto.org](http://www.wto.org)>. Il y a lieu de se rappeler que ce rapport non-adopté a été produit à l'époque du GATT, au moment où les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce ne faisaient pas l'objet d'un encadrement multilatéral et où il n'était conséquemment pas possible de suspendre des obligations dans ce domaine. Nous estimons que ce dictum du groupe spécial révélant l'absence de mesures correctives utiles en cas d'embargo illicite conserve néanmoins toute sa pertinence dans la mesure où, comme nous le verrons plus amplement ci-après, l'application de contre-mesures dans le domaine de la propriété intellectuelle peut s'avérer ardue.

<sup>415</sup> Voir Boisson de Chazournes, *supra* note 297 à la p 122.

<sup>416</sup> Pour donner un ordre de grandeur, le produit intérieur brut par habitant exprimé en parité du pouvoir d'achat (PIB/PPA) des États-Unis en 2016 s'élevait à 57 638,20 \$US alors que celui du Mexique s'élevait à 17 274,80 \$US, voir Banque mondiale, « PIB par habitant, (\$ PPA internationaux courants) », en ligne : Banque Mondiale <<https://donnees.banquemondiale.org/indicateur/NY.GDP.PCAP.PP.CD>>.

<sup>417</sup> Voir «Don't keep on trucking », The Economist (19 mars 2009), en ligne: The Economist <<http://www.economist.com/node/13331117>>. Pour la liste des produits visés par le Mexique ainsi que les tarifs correspondants, voir : United States Department of Commerce, International Trade Administration, Mexico Retaliation : NAFTA Trucking Dispute (16 mars 2009), en ligne : ITA <[http://www.trade.gov/mas/ian/build/groups/public/@tg\\_ian/documents/webcontent/tg\\_ian\\_002692.pdf](http://www.trade.gov/mas/ian/build/groups/public/@tg_ian/documents/webcontent/tg_ian_002692.pdf)>.

#### 4.1.2 L'expérience de la suspension de concessions ou d'autres obligations sous les accords de l'OMC

Le nombre d'octroi d'autorisation d'appliquer des contre-mesures et le recours plus fréquent à celles-ci sous l'égide des accords de l'OMC nous offre une perspective nouvelle dans l'évaluation que nous pouvons faire de ce système utilisé dans le cadre de la phase d'exécution du règlement des différends. L'expérience démontre que les appréhensions évoquées au temps du GATT n'étaient pas de l'ordre des fabulations et des conjectures; les contre-mesures sont toujours utilisées avec parcimonie en raison des nombreux inconvénients inhérents à leur emploi et de telles mesures sont toujours inaccessibles aux pays en développement.

À vrai dire, les lacunes du système ont été exposées dès la première affaire dans laquelle l'autorisation de suspendre des concessions ou d'autres obligations fut demandée à l'ORD. Dans le cadre de l'affaire *Bananes III*, l'Équateur (pays en développement), a demandé et obtenu de l'ORD l'autorisation d'appliquer des contre-mesures à l'égard de la superpuissance économique qu'étaient les Communautés européennes. L'importante asymétrie de taille entre ces deux économies combinée au déséquilibre dans le volume d'échanges poussa l'Équateur à effectuer une demande de suspension au titre de l'*Accord sur les ADPIC* (domaine de la propriété intellectuelle) en sus de sa demande de suspension sous l'AGCS (domaine des services) et sous le GATT (domaine des biens). Rappelons que des violations n'avaient été constatées que sous l'AGCS et sous le GATT<sup>418</sup>. Étant donné l'allégation des Communautés européennes à l'effet que cette demande de suspension de l'Équateur n'était pas conforme aux prescriptions de l'article 22.3 du *Mémoire d'accord*, les arbitres durent déterminer s'il n'était pas possible ou efficace pour l'Équateur

---

<sup>418</sup> Voir *CE – Bananes III (Équateur)*, *supra* note 143 au para 2. La suspension de concessions ou d'autres obligations sous un autre accord ou sous un autre secteur que celui dans lequel le groupe spécial ou l'Organe d'appel a constaté la violation est qualifié de ce contre-mesures croisées. Sur les contre-mesures croisées, voir notamment : Lucas Eduardo F A Spadano, « Cross-Agreement Retaliation in the WTO Dispute Settlement System: an Important Enforcement Mechanism for Developing Countries? » (2008) 7:3 World Trade R 511. Pour rappel, en droit international général, les contre-mesures non réciproques sont une pratique commune, voir section 1.1.2.2 ci-dessus.

d'appliquer des contre-mesures sous le GATT, dans le cadre de l'AGCS dans un autre sous-secteur que celui des services de commerce de gros faisant partie du secteur des services de distribution ou encore un autre secteur de services que celui des services de distribution et si les circonstances étaient suffisamment graves pour justifier que l'Équateur procède de la sorte<sup>419</sup>. Ce faisant, les arbitres notèrent à leur tour les répercussions pour les consommateurs de la partie plaignante en soulignant que les « augmentations de prix résultant de la suspension de concessions pour les biens de consommation pourraient avoir des répercussions négatives sur le bien-être des consommateurs finals dans le pays qui suspend les concessions. »<sup>420</sup> Enfin, si les arbitres soulignèrent que la partie qui applique des contre-mesures subit toujours des « conséquences négatives »<sup>421</sup>, ils notèrent aussi que cela est plus particulièrement vrai « lorsqu'il existe un grand déséquilibre en termes de volume des échanges et de puissance économique entre les deux parties »<sup>422</sup> comme c'était le cas en l'espèce.

Le caractère particulièrement inadéquat des contre-mesures pour les économies moins développées, sera une fois de plus exposé quelques années plus tard dans le cadre d'une affaire qui constitue sans l'ombre d'un doute un cas d'école à cet égard, l'affaire *États-Unis – Jeux*. Devant le défaut des États-Unis de se conformer aux recommandations et décisions de l'ORD à l'intérieur du délai raisonnable qui leur avait été imparti<sup>423</sup>, Antigua-et-Barbuda (ci-après « Antigua »), pays insulaire d'à peine 440 km<sup>2</sup> et de 80 000 habitants, demanda l'autorisation de suspendre à l'égard des États-Unis, première puissance économique mondiale, l'application de concessions et d'obligations au titre de l'*Accord sur les ADPIC* à

---

<sup>419</sup> Les arbitres avaient également, conformément à l'article 22:3 (d) du *Mémorandum d'accord*, analysé s'il avait été tenu compte du « commerce dans le secteur ou dans le cadre de l'accord au titre duquel le groupe spécial ou l'Organe d'appel a constaté une violation ou autre annulation ou réduction d'avantages, et l'importance de ce commerce pour cette partie » ainsi que des « "éléments économiques plus généraux" se rapportant à l'annulation ou à la réduction d'avantages et les "conséquences économiques plus générales de la suspension" de concessions ou d'autres obligation ». Voir *CE – Bananes III (Équateur)*, *supra* note 143 au para 69.

<sup>420</sup> *Ibid* au para 100. Fait intéressant à noter, Kym Anderson, qui a agi à titre de membre du groupe spécial dans la procédure originale ainsi qu'à titre d'arbitre dans le cadre cet arbitrage, décrira quelques années plus tard en plus amples détails cette perte de bien-être dans le cadre d'un article scientifique, voir Kym Anderson, « Peculiarities of retaliation in WTO dispute settlement » (2002) 1:2 World Trade R 123 aux pp 128–129.

<sup>421</sup> *CE – Bananes III (Équateur)*, *supra* note 143 au para 86.

<sup>422</sup> *Ibid*.

<sup>423</sup> Voir *États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris – Recours d'Antigua-et-Barbuda à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends (Plainte d'Antigua-et-Barbuda)* (2007), OMC Doc WT/DS285/RW (Rapport du groupe spécial).

hauteur de 3,4434 milliards \$US<sup>424</sup>. Les motifs qu’avança Antigua au soutien de sa prétention qu’il n’était pas possible ou efficace d’appliquer des contre-mesures sous l’AGCS – accord dans lequel la violation avait été trouvée –, d’une limpidité frappante, sont fort révélateurs :

Selon Antigua, l'imposition de droits d'importation additionnels sur les produits importés des États-Unis ou l'application de restrictions à la fourniture de services en provenance des États-Unis aurait sur elle une incidence défavorable disproportionnée, parce qu'elle rendrait ces produits et services sensiblement plus chers pour les citoyens du pays. Compte tenu de l'énorme différence qui existe entre l'économie des États-Unis et celle d'Antigua, des droits additionnels ou des restrictions à l'importation de marchandises et de services en provenance des États-Unis auraient une incidence défavorable beaucoup plus grande sur Antigua que sur les États-Unis. De fait, si Antigua mettait fin à tous ses échanges avec les États-Unis (qui se chiffrent à environ 180 millions de dollars EU par an, soit moins de 0,02 pour cent de toutes les exportations des États-Unis), cela n'aurait quasiment aucune incidence sur l'économie des États-Unis, qui pourraient aisément trouver ailleurs un autre débouché pour ce volume d'échanges relativement faible<sup>425</sup>. (Nous soulignons)

Cette idée que l’asymétrie de pouvoir et de moyens jouent en défaveur des pays en développement à toutes les phases du contentieux a été exprimée à maintes reprises<sup>426</sup>. Ce que le cas d’Antigua cherchant à appliquer des contre-mesures face aux États-Unis permettait de mettre en exergue une fois de plus, cependant, c’était l’incapacité du système de règlement des différends de l’OMC à offrir un remède utile aux plus petites économies qui y ont recours<sup>427</sup>. Cela est d’autant plus vrai qu’en l’absence de flux commerciaux suffisamment

---

<sup>424</sup> *États-Unis — Jeux*, *supra* note 145 au para 1.5.

<sup>425</sup> *Ibid* au para 4.2.

<sup>426</sup> Au nombre des raisons invoquées pour décrire le désavantage des pays en développement, on cite fréquemment le manque d’expérience, le manque d’expertise et les coûts relatifs aux procédures litigieuses, voir généralement : Valentina Delich, « Developing Countries and the WTO Dispute Settlement System » dans Bernard M Hoekman et al, dir, *Development, trade, and the WTO : a handbook*, Washington, DC, World Bank, 2002. Voir également McRae, « Effectiveness », *supra* note 403 à la p 12. Pour une discussion fouillée sur l’expertise juridique des Membres relative au système de règlement des différends sous les auspices de l’OMC, voir Marc L Busch, Eric Reinhardt et Gregory Shaffer, « Does legal capacity matter? A survey of WTO Members » (2009) 8:4 World Trade R 559.

<sup>427</sup> Dans une communication à l’ORD datée d’avril 2013, soit plus de dix ans après la demande de consultation dans le cadre du litige qui l’oppose aux États-Unis, Antigua déclara d’ailleurs non pas sans une dose bien sentie de rhétorique : « Ce n’est un secret pour personne, le différend WT/DS285 a valeur de test pour les États Membres qui cherchent à déterminer si le Mémoire d’accord sur le règlement des différends peut offrir des avantages pratiques et en temps utile pour les petites économies vulnérables. » *États-Unis — Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris : Communication présentée par Antigua-et-Barbuda*, OMC Doc WT/DS285/26. Hubert Lesaffre soulignait d’ailleurs à juste titre ceci au sujet de la distinction qui existe au niveau de la capacité d’application des contre-mesures en fonction de la puissance économique : « [d]ans un rapport du faible au fort, la pression exercée par les contre-mesures sera moins importante que dans

substantiels afin de garantir une suspension efficace dans le secteur des biens ou des services, ces Membres se voient confinés à chercher à appliquer des contre-mesures dans le secteur de la propriété intellectuelle. Or, il s'avère que, lorsqu'il est disponible – ce qui est loin d'être automatique<sup>428</sup> – diverses difficultés d'application pratique rendent le recours à un tel remède hautement complexe. Tout d'abord, il convient de rappeler que la portée d'une suspension en vertu de l'*Accord sur les ADPIC* est strictement limitée au Membre visé par la plainte et aux personnes physiques et morales qui en sont ressortissantes<sup>429</sup>. Ainsi, le Membre plaignant devra s'assurer que le droit qui sera affecté sera un droit qui est détenu par une personne que l'on pourra rattacher uniquement à la partie visée par la plainte et non à des personnes de pays tiers<sup>430</sup>. Or, nous avons vu précédemment qu'un tel exercice peut s'avérer périlleux dans le cas des personnes morales<sup>431</sup> et il convient maintenant d'ajouter qu'une difficulté particulière pourrait exister à l'égard des droits de propriété intellectuelle qui sont produits à la suite d'un processus de production diffus<sup>432</sup>.

Le droit interne du Membre appliquant la suspension pourrait également s'avérer être une limite à la mise en œuvre d'une telle suspension<sup>433</sup>. Dans la mesure où le cadre législatif interne confère une protection aux droits de propriété intellectuelle de façon spécifique et aux

---

le rapport inverse, voire même pénalisante pour celui qui adopte les mesures. » Lesaffre, *supra* note 113 au para 1078.

<sup>428</sup> Rappelons que la partie plaignante est tenue d'appliquer le principe prévu à l'article 22:3 du *Mémorandum d'accord*. Ainsi, il sera possible de recourir aux contre-mesures croisées seulement si celle-ci considère qu'il n'est pas possible ou efficace d'effectuer la suspension au sein du même secteur ou du même accord que le celui dans lequel la violation a été constatée et que les circonstances sont suffisamment graves, voir section 1.2.1.5 Contraintes d'ordre substantiel – choix de la contre-mesure par le Membre lésé. Voir également le commentaire à ce sujet de Lucas Eduardo F A Spadano dans Spadano, *supra* note 418 à la p 530.

<sup>429</sup> Comme l'ont rappelé les arbitres dans le cadre de l'affaire *CE – Bananes III (Équateur)*, : « [i]l convient de souligner que, dans ses relations avec tous les autres Membres de l'OMC et les personnes physiques ou morales qui en sont ressortissantes, [le Membre appliquant la suspension] reste lié par ses obligations au titre de l'*Accord sur les ADPIC* et que tous ces Membres de l'OMC conservent le droit d'exercer leurs droits au titre du *Mémorandum d'accord* à l'égard [du Membre appliquant la suspension]. » *CE – Bananes III (Équateur)*, *supra* note 143 au para 147.

<sup>430</sup> En d'autres termes, la suspension dans le domaine des aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce doit viser uniquement l'approvisionnement du marché intérieur, voir *CE – Bananes III (Équateur)*, *supra* note 143 aux paras 153–156.

<sup>431</sup> Voir section 3.2 ci-dessus.

<sup>432</sup> Voir Spadano, *supra* note 418; note 307 ci-dessus et texte correspondant. Sur la difficulté d'effectuer une répartition ventilée de la valeur ajoutée pour un processus de production d'un droit de propriété intellectuel, voir notamment Jyrki Ali-Yrkkö et al, « Who Captures Value in Global Supply Chains? Case Nokia N95 Smartphone » (2011) 11:3 J Industry, Competition & Trade 263 à la p 269.

<sup>433</sup> Voir *CE – Bananes III (Équateur)*, *supra* note 143 au para 158.

droits de propriété de façon générale, il n'est pas garanti que le gouvernement puisse aisément et licitement affecter les droits dûment détenus par les titulaires<sup>434</sup>.

Enfin, notons que la faculté du Membre plaignant d'appliquer une telle contre-mesure pourrait aussi être restreinte par les engagements internationaux qui le lient, notamment ceux en matière d'investissement direct étranger<sup>435</sup>. Supposons que le Membre plaignant et celui visé par la plainte sont par ailleurs liés par un accord relatif à la protection et la promotion de l'investissement étranger (APIE) contenant des obligations substantielles se rapportant aux investisseurs de l'autre partie et à leurs investissements ainsi qu'un mécanisme de renvoi à l'arbitrage pour tout litige qui en découle. Se pourrait-il que le Membre plaignant craigne que l'application de la contre-mesure fasse que les détenteurs de droit de propriété intellectuelle – qui sont par ailleurs des investisseurs du Membre visé par la plainte – se tournent vers le mécanisme d'arbitrage de l'APIE afin d'obtenir réparation pour le préjudice encouru en raison de ladite mesure de représailles? Bien que, comme nous l'avons vu précédemment, une contre-mesure licite est une circonstance excluant l'illicéité<sup>436</sup>, nous sommes d'avis que la question de savoir si une contre-mesure prise valablement dans le cadre du système de règlement des différends de l'OMC immunise le Membre qui la prend de toute réclamation fondée sur des obligations qu'il aurait contractées en matière d'investissement direct étranger en est une qui ne semble pas être réglée et qui, à tout événement, nous est impossible de

---

<sup>434</sup> Arvind Subramanian et Jayarashree Watal notaient dans une étude datée de 2000 qu'aucun pays en développement ne possédait alors dans sa législation interne la faculté de suspendre la protection qu'il confère aux détenteurs de droits de propriété intellectuelle afin d'appliquer une contre-mesure dans ce secteur, voir Arvind Subramanian et Jayarashree Watal, « Can trips serve as an enforcement device for developing countries in the WTO? » (2000) 3:3 J Int Economic L 403 à la p 415. Voir également Spadano, *supra* note 428. Nous notons qu'il ne s'agit pas là d'une difficulté insurmontable pour le Membre qui souhaiterait effectuer une telle suspension, toutefois la nécessité de recourir au processus législatif avant de pouvoir l'employer pourrait grandement retarder le moment auquel il deviendrait effectivement possible de s'en prévaloir.

<sup>435</sup> Voir Spadano, *supra* note 428 aux pp 535–536.

<sup>436</sup> *Articles de la CDI*, *supra* note 33, art 22. Il y a de plus lieu de noter que les obligations relatives à la protection et la promotion de l'investissement direct étranger ne constituent pas des obligations ne pouvant être affectées par des contre-mesures au sens de l'article 50 des *Articles de la CDI*. Sur l'épineuse question de la validité des contre-mesures en tant que circonstance excluant l'illicéité face une violation alléguée d'un APIE, voir généralement : Martins Paparinskis, « Circumstances Precluding Wrongfulness in International Investment Law » (2016) 31:2 ICSID R 484; Junianto James Losari et Michael Ewing-Chow, « A Clash of Treaties: The Lawfulness of Countermeasures in International Trade Law and International Investment Law » (2015) 16:2 J World Investment & Trade 274; Martins Paparinskis, « Investment arbitration and the law of countermeasures. » (2008) 79 Brit YB Intl L 264.



résoudre *in abstracto*<sup>437</sup>. Deux décisions rendues par des tribunaux arbitraux constitués sous le chapitre 11 de l'ALÉNA pourraient toutefois nous donner certaines indications à cet égard et nous permettre d'évaluer préliminairement le degré de risque qui y est inhérent. Les affaires *Corn Product*<sup>438</sup> et *Archer Daniels*<sup>439</sup> découlent toutes deux de l'adoption par le Mexique en 2001 d'une taxe d'accise de 20% sur les boissons gazeuses et les sirops<sup>440</sup>. Essentiellement, les demanderesses ont toutes deux allégué que ladite taxe constituait une violation des articles 1102 (Traitement national), 1106 (Prescription de résultats) et 1110 (Expropriation et indemnisation) de l'ALÉNA. Le Mexique prétendait pour sa part que la taxe en question était une contre-mesure qu'il prenait en réaction à une violation de l'ALÉNA imputable aux États-Unis, en l'occurrence les restrictions qu'ils imposaient à l'importation de sucre provenant du Mexique<sup>441</sup>. Pour les fins de la discussion, contentons-nous de mentionner que les tribunaux ont adopté des approches différentes; le tribunal dans *Corn Products* a déterminé que la doctrine des contre-mesures était inapplicable sous le chapitre 11 de l'ALÉNA et qu'elle ne pouvait servir à exclure l'illicéité que face à l'État à l'égard de laquelle elle est prise et non à l'égard des investisseurs de cet État, lesquels jouiraient de droits autonomes au titre du Chapitre 11, conclut en définitive le tribunal<sup>442</sup>. Pour sa part, le tribunal dans *Archer Daniels* a reconnu la validité de la défense de contre-mesures sous le

---

<sup>437</sup> La question devant être ultimement être réglée en fonction de la hiérarchie des normes droit en international et eu égard aux instruments juridiques applicables dans un cas particulier.

<sup>438</sup> *Corn Products International v The United Mexican States* (Affaire CIRDI N° ARB(AF)/04/01) Decision on Responsibility, 15 janvier 2008 [*Corn Products*].

<sup>439</sup> *Archer Daniels Midland Company/ Tate & Lyle Ingredients Inc v The United Mexican States* (Affaire CIRDI N° ARB(AF)/04/05), Award, 21 novembre 2007 [*Archer Daniels*].

<sup>440</sup> Il est à noter que cette mesure a également été contestée par les États-Unis sous les accords de l'OMC, voir *Mexique — Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool et autres boissons (Plainte des États-Unis)*, (2006), OMC Doc WT/DS308/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel). Curieusement, le Mexique n'a pas plaidé dans le cadre de cette affaire qu'il s'agissait d'une contre-mesure pouvant exclure l'illicéité sous les accords de l'OMC. La question de la compatibilité d'une contre-mesure prise sous un accord régional de libre-échange eu égard aux accords OMC demeure donc entière. Sur cette question, voir généralement Martins Paporinkis « The schizophrenia of countermeasures in international economic law: the case of the ASEAN Comprehensive Investment Agreement » dans Chin Lim et Bryan Mercurio, dir, *International Economic Law after the Global Crisis : A Tale of Fragmented Disciplines*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, 263; Gabrielle Marceau et Julian Wyatt, « Dispute Settlement Regimes Intermingled: Regional Trade Agreements and the WTO » (2010) 1:1 J Intl Dispute Settlement 67. Notons que les auteurs Marceau et Wyatt arguent qu'une contre-mesure prise en vertu d'un accord de libre-échange régional serait permise en vertu de l'article XXIV du *GATT de 1994* dans la mesure où l'accord en question et la contre-mesure sont conforme avec l'article XXIV.

<sup>441</sup> Il est à noter que puisque les États-Unis bloquaient le mécanisme de règlement des différends inter-étatique prévu au chapitre 20 de l'ALÉNA, le Mexique n'avait pas été en mesure d'obtenir une décision d'un groupe spécial quant à la légalité de cette mesure américaine au regard de l'ALÉNA, voir : *ibid* au para 4; *Corn Products*, *supra* note 438 au para 6.

<sup>442</sup> *Corn Products*, *supra* note 438 aux paras 176–179.

chapitre 11<sup>443</sup>, mais a néanmoins jugé que la mesure prise ne constituait pas en l'espèce un exercice valide du recours aux contre-mesures<sup>444</sup>.

Le précédent exposé explique en bonne partie pourquoi très peu de pays en développement ont requis de l'ORD l'autorisation d'appliquer des contre-mesures et pourquoi aucun de ces pays n'y a eu recours en pratique<sup>445</sup>. Les seuls Membres à s'être prévalu de l'autorisation d'appliquer des contre-mesures sont les États-Unis, l'Union Européenne, le Canada, lesquels y ont respectivement eu recours à deux reprises, le Mexique et le Japon<sup>446</sup>. Le fait que le Canada n'ait appliqué des contre-mesures à l'égard des États-Unis et de l'Union Européenne que lorsqu'il a été autorisé à le faire sur des flux de commerce dérisoires – à hauteur de 11,2 M US\$ dans l'affaire *États-Unis – Amendement Byrd* et de 11,3 M\$ dans l'affaire *CE – Hormones* – eu égard au commerce annuel entre le Canada et ces deux Membres est particulièrement révélateur<sup>447</sup>. Il y a lieu d'en convenir, des contre-mesures d'une telle ampleur sont employées davantage en raison de leur valeur symbolique à titre de signe de protestation qu'en raison de leur valeur coercitive inhérente<sup>448</sup>. En résumé, les contre-mesures s'avèrent pour ainsi dire non disponibles pour les économies de moindre importance. Quant aux économies plus puissantes, la possibilité d'y recourir est plus concrète, mais l'opération ne peut être réalisée sans affecter son propre marché interne ainsi que les intérêts des tiers.

Face à ces constats tranchants, un questionnement fondamental s'impose; est-il possible et souhaitable le système des contre-mesures à l'OMC et quelles seraient les alternatives? Nous apporterons réponse à ces questions dans le cadre de la section suivante.

---

<sup>443</sup> *Archer Daniels*, *supra* note 439 au para 123.

<sup>444</sup> *Ibid* au para 180.

<sup>445</sup> Sur l'utilisation des contre-mesures par les Membres de l'OMC, voir note 401 ci-dessus et texte correspondant. L'Équateur a obtenu l'autorisation d'appliquer des contre-mesures dans le cadre de l'affaire *CE – Bananes III*, tandis qu'Antigua a obtenu l'autorisation dans le cadre de l'affaire *États-Unis – Jeux*, aucun des deux membres n'a toutefois été de l'avant avec l'application de telles mesures de représailles.

<sup>446</sup> Voir Shaffer et Daniel Ganin, *supra* note 401 aux pp 77–78.

<sup>447</sup> L'auteur Vasken Khabayan met le tout en perspective en soulignant que le commerce entre le Canada et les États-Unis s'élève à près de 2 milliards par jour, tandis que le commerce entre le Canada et l'Union européenne se chiffre annuellement à 84 milliards en 2007, dont 49 milliards d'importation de la part du Canada, voir Vasken Khabayan, « Canada's experience and practice in suspending WTO obligations », *supra* note 401, 277 aux pp 278–279.

<sup>448</sup> Voir *ibid*.

## 4.2 Suggestions en vue d'une réforme du système des contre-mesures à l'OMC

Des suggestions en vue d'apporter des modifications à la phase de mise en œuvre des contentieux sont sporadiquement mises de l'avant depuis l'époque du GATT. Or, force est de constater que ces appels épisodiques à une révision du système des contre-mesures sont jusqu'à présent demeurés lettre morte et rien ne laisse présager que de tels changements pourraient survenir à court terme, prenons-en pour preuve l'impasse totale dans lequel se retrouve le Cycle de Doha, dernier grand cycle de négociation multilatéral, près de 17 ans après son lancement. Si la voie plurilatérale semble être celle qui se dessine afin de dénouer partiellement l'impasse, celle-ci ne pourra être empruntée afin d'apporter des modifications au *Mémoire d'accord*, dont celles qui ont trait à la mise en œuvre des décisions et recommandations de l'ORD<sup>449</sup>. C'est à l'aune de ce contexte qu'il y a lieu d'aborder la question des possibles modifications au système des contre-mesures à l'OMC. Étant donné ce qui précède, il importe à notre avis de distinguer les changements qui pourraient être effectués sous l'égide du cadre juridique tel qu'actuellement en vigueur (4.2.1) de celles qui ne seraient possible que par le biais d'une modification au *Mémoire d'accord* (4.2.2).

### 4.2.1 Les modifications pouvant avoir lieu en vertu du cadre juridique actuel : le renouvellement de l'interprétation de la notion de préjudice commercial

Le maintien du cadre juridique suppose un statu quo quant à la nature fondamentale des voies de recours qui existent sous le système de règlement des différends à l'OMC et,

---

<sup>449</sup> Sur le blocage dans les négociations du Cycle de Doha et la transition vers une approche plus plurilatérale, voir notamment Antoine Martin et Rorden Wilkinson, « Doha dead and buried in Nairobi: lessons for the WTO » (2017) 16:1 J International Trade L & Policy 49; Rorden Wilkinson, « Back to the future: 'retro' trade governance and the future of the multilateral order » (2017) 93:5 Intl Affairs 1131. Rappelons également que le *Mémoire d'accord sur le règlement des différends* était un des sujets de négociation du Cycle de Doha, voir OMC, Conférence ministérielle (quatrième session), *Déclaration ministérielle*, OMC Doc WT/MIN(01)/DEC/1, Doha, 14 novembre 2001.

conséquemment, une impossibilité de pallier aux problèmes qui découlent de l'asymétrie de pouvoirs entre les Membres. Ainsi, le recours aux mesures d'auto-assistance unilatérales appliquées par le Membre plaignant à l'égard du Membre visé par la plainte demeure l'unique possibilité en l'absence d'entente sur une compensation mutuellement acceptable. Le carré de sable étant limité par le libellé actuel des accords de l'OMC, l'analyse que nous nous proposons d'effectuer ci-après doit conséquemment porter sur le degré de latitude qu'offre le texte de ces accords afin de revoir le système des contre-mesures.

#### *4.2.1.1 La voie juridictionnelle : la réinterprétation du concept d'avantages*

Bien que de portée assurément moins étendue que ce qui serait possible en vertu d'une modification du *Mémorandum d'accord*, une modification de la conception du système des contre-mesures à l'OMC demeurerait – d'un point de vue théorique à tout le moins – à notre avis néanmoins possible si tant est qu'un ou des Membres devaient épouser la cause d'une telle transformation lors d'éventuels différends. En effet, nous estimons que les accords de l'OMC offrent la marge de manœuvre nécessaire afin de répondre à certaines insuffisances méthodologiques qui affectent le système de règlement des différends à l'OMC, insuffisances qui découlent du déphasage entre l'application de la règle de droit et la réalité actuelle du commerce international. Pour parler en termes concrets, prenons l'exemple du phénomène que nous avons identifié comme étant le *double problème du double comptage*, qui, en abrégé, peut être défini comme étant le fait que, de façon générale, dans tout exercice de computation du niveau d'une contre-mesure, il y aura d'une part surestimation du montant d'annulation ou de réduction des avantages du Membre plaignant et d'autre part surestimation des effets de la contre-mesure sur le Membre visé par la plainte puisque des effets se feront également ressentir dans le territoire de tout Membre qui possède un ou des maillons de la chaîne de valeur du produit ou du service, selon le cas, faisant l'objet de la contre-mesure<sup>450</sup>. Fondamentalement, le *double problème du double comptage* en est un qui découle d'interprétations et de choix méthodologiques effectués par les organes juridictionnels de l'OMC ayant eu à se pencher sur les concepts « [d']avantages » et

---

<sup>450</sup> Voir section 3.3 ci-dessus.

« [d']annulation et de réduction des avantages » et à quantifier un niveau dans le cadre d'une affaire en particulier.

De prime abord, il convient de rappeler que ces concepts ne sont pas définis de façon explicite dans le *GATT de 1994* et dans le *Mémorandum d'accord*<sup>451</sup>. L'ingrate tâche de déterminer le contenu normatif de ces concepts qui figurent dans des dispositions des deux accords a donc été confiée aux décideurs devant lesquels des questions de cet ordre ont été soulevées<sup>452</sup>. Des groupes spéciaux sous le *GATT de 1947* ont précisé que les avantages visés par cet accord sont « ceux qu'un Membre peut raisonnablement s'attendre à tirer d'une négociation tarifaire »<sup>453</sup>. L'Organe d'appel a pour sa part observé que « l'article 3:8 assimile le concept d'"annulation ou de réduction d'avantages" à une "incidence défavorable pour d'autres Membres", même si le Mémorandum d'accord ne définit pas l'"incidence défavorable" »<sup>454</sup> en plus de préciser que « [l]es pertes commerciales représentent un exemple évident d'incidence défavorable au titre de l'article 3:8. »<sup>455</sup> Ces considérations générales ne fournissent toutefois pas plus amples détails sur la méthodologie qui doit être employée afin de quantifier ces pertes commerciales auxquelles il est fait référence, ni même sur la portée exacte de ce que ces dernières englobent.

Comme nous l'avons vu, cette notion a été étudiée plus avant dans le cadre des arbitrages au titre de l'article 22:6 du *Mémorandum d'accord*, dont la première occurrence fut dans le cadre de l'affaire *Bananes-III* dont nous avons déjà abondamment discuté. Fait à noter, ces décisions rendues dans le cadre des arbitrages au titre de l'article 22:6 sont définitives et non-susceptibles d'appel<sup>456</sup>. Cela fait en sorte que même les questions systémiques et dont la

---

<sup>451</sup> *États-Unis — EPO*, supra note 126 au para 5.8; *Japon — Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs (Plainte des États-Unis)* (1998), OMC Doc WT/DS44/R au para 10.72 (Rapport du groupe spécial) [*Japon — Film*].

<sup>452</sup> L'arbitre dans l'arbitrage au titre de l'article 22:6 dans le cadre de l'affaire *États-Unis — Thon II (Mexique)* a d'ailleurs rappelé que « [n]i l'article 22:6 ni aucune autre disposition du Mémorandum d'accord ne prescrivent une méthode particulière pour la détermination du niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages. » *États-Unis — Thon II (Mexique)*, supra note 126 au para 4.3.

<sup>453</sup> *Japon — Film*, supra note 451 au para 10.72.

<sup>454</sup> *Communautés européennes — Subventions à l'exportation de sucre (Plaintes de l'Australie, du Brésil et de la Thaïlande)* (2005), OMC Doc WT/DS265/AB/R, WT/DS266/AB/R, WT/DS283/AB/R au para 296 (Rapport de l'Organe d'appel) [*CE — Subventions à l'exportation de sucre*].

<sup>455</sup> *Ibid* au para 299.

<sup>456</sup> *Mémorandum d'accord*, supra 23, art 22:7.

portée dépasse les enjeux soulevés entre les parties au litige ne peuvent être considérées par l'Organe d'appel<sup>457</sup>. Le corollaire de cette situation est qu'il est permis de croire qu'il serait, dans le cadre d'un litige éventuel, possible de plus aisément s'éloigner des interprétations antérieures des arbitres.

Comme nous en avons fait état auparavant, les interprétations et les choix méthodologiques qu'on fait les arbitres dans le cadre des arbitrages au titre de l'article 22:6 sur la question du concept et de la quantification d'annulation ou de réduction des avantages ont été constantes et successives, si bien qu'il est désormais possible de discerner une pratique arbitrale uniforme sur ces questions. Si l'Organe d'appel a déjà dit que les rapports adoptés sous le GATT « suscitent chez les Membres de l'OMC des attentes légitimes et devraient donc être pris en compte lorsqu'ils ont un rapport avec un autre différend[,] [m]ais [qu']ils n'ont aucune force obligatoire, sauf pour ce qui est du règlement du différend entre les parties en cause »<sup>458</sup>, la pratique démontre que, particulièrement dans le cas des arbitrages portant sur le niveau de suspension de concessions, une très grande force persuasive est accordée aux précédents<sup>459</sup>. Même en n'étant pas juridiquement lié par le précédent, l'appui sur le raisonnement de décideurs qui ont antérieurement eu à traiter d'une même question semble toujours devenir plus attrayant au fur et à mesure que les précédents s'accumulent.

---

<sup>457</sup> À cet égard, nous faisons nôtre la suggestion également favorisée par Holger Spamann à l'effet que l'Organe d'appel devraient pouvoir revoir les décisions au titre de l'article 22:6 afin d'assurer une plus grande consistance entre celles-ci, voir Holger Spamann, « The Myth of "Rebalancing" Retaliation in WTO Dispute Settlement Practice » (2006) 9:1 J Intl Economic L 31 à la p 77.

<sup>458</sup> *Japon — Taxes sur les boissons alcooliques (Plaintes des Communautés européennes, du Canada et des États-Unis)* (1996), OMC Doc WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R à la p 17 (Rapport de l'Organe d'appel) [*Japon — Boissons alcooliques II*]. Notons que l'Organe d'appel a par la suite précisé que « [c]e raisonnement s'applique aussi aux rapports de l'Organe d'appel qui ont été adoptés. » *États-Unis — Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes – Recours de la Malaisie à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends (Plaintes de l'Inde, de la Malaisie, du Pakistan et de la Thaïlande)* (2001), OMC Doc WT/DS58/AB/RW au para 109 (Rapport de l'Organe d'appel).

<sup>459</sup> Pour ne citer que ces exemples, il est intéressant de noter le vocabulaire employé par les arbitres dans l'affaire *États-Unis — Thon II (Mexique)*, lesquels semblent donner une portée contraignante aux précédents cités, ainsi au paragraphe 4.5, on lit « D'après la pratique antérieure en matière de règlement des différends, le critère juridique qu'un scénario doit remplir pour constituer un contrefactuel approprié aux fins d'une procédure au titre de l'article 22:6 est celui de la plausibilité et du caractère raisonnable.» et au paragraphe 4.14 « Il ressort de décisions arbitrales antérieures au titre de l'article 22:6 que la période pour la détermination par l'arbitre du niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages est habituellement la période qui suit la fin du délai raisonnable.» (nous soulignons) *États-Unis — Thon II (Mexique)*, supra note 126.

Or, il y a lieu de le souligner à grand trait, s'agissant d'interprétations d'arbitres qui sont horizontalement au même niveau hiérarchique, les décideurs dans le cadre de contentieux portés sous l'article 22:6 ne sont pas contraints de suivre les raisonnements précédents, la doctrine du *stare decisis* étant à tout événement étrangère au droit international<sup>460</sup>. Ceci étant, il y a lieu de constater que l'encadrement des relations commerciales multilatérales commande une certaine constance dans les interprétations des organes juridictionnels, et ce tant au niveau vertical qu'horizontal :

*With these holdings the Appellate Body has dealt both with the vertical and the horizontal effect of its decisions as precedent for future case law. As to the first aspect, it is the hierarchical organisation of the "judicial function" in the WTO – peculiar in international law but common in domestic systems - that warrants adherence by the panels (the "lower courts") to previous Appellate Body reports. As to the second, consistency by the Appellate Body itself in interpreting the WTO agreements is justified, absent cogent reasons to change jurisprudence, by the reliance of the members of the community on the stability and predictability of the legal tenets of the rules that they have adopted to govern their trade relations*<sup>461</sup>.

Existe-t-il à l'heure actuelle de telles « *raison impérieuses* »<sup>462</sup> qui justifieraient qu'à l'avenir des arbitres revoient l'interprétation du concept d'annulation ou de réduction des avantages ainsi que la méthodologie à employer pour le quantifier? Nous voyons, pour notre part, dans la prise de conscience de l'obsolescence des statistiques classiques du commerce international eu égard au phénomène sans cesse croissant de fragmentation internationale de

---

<sup>460</sup> Voir Raj Bhala, « The myth about stare decisis and international trade law (Trilogy, part 1) » (1999) 14:4 Am U Intl L R 845 aux pp 863–864. Sur la notion de stare decisis en droit de l'OMC, voir notamment Giorgio Sacerdoti « Precedent in the Settlement of International Economic Disputes: the WTO and Investment Arbitration models » (2011) Bocconi University - Department of Law, Document de travail, No 1931560, en ligne: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1931560](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1931560)> [Sacerdoti, « Precedent »]; Anne Scully-Hill et Hans Mahncke, « The Emergence of the Doctrine of Stare Decisis in the World Trade Organization Dispute Settlement System » (2009) 36:2 Leg Issues Economic Integration 133; Woraboon Luanratana et Alessandro Romano, « Stare Decisis in the WTO: Myth, Dream, or a Siren's Song? » (2014) 48:4 J World Trade 773.

<sup>461</sup> Sacerdoti, « Precedent », *supra* note 460 à la p 14. Voir également les propos de l'Organe d'appel dans *États-Unis — Acier inoxydable (Mexique)* : « Ainsi, l'interprétation du droit consignée dans les rapports de groupes spéciaux et de l'Organe d'appel adoptés devient partie intégrante de l'acquis du système de règlement des différends de l'OMC. 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 ultérieure. » *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) [*États-Unis — Acier inoxydable (Mexique)*].

<sup>462</sup> *États-Unis — Acier inoxydable (Mexique)*, *supra* note 461 au para 160.

la production de biens et de services un changement de circonstances suffisamment important pour justifier un renversement de la pratique arbitrale qui s'est développée sur la question. Cela est de surcroît justifié par l'existence depuis peu d'outils fournissant une méthode alternative pour computer les flux commerciaux entre les pays, à savoir la méthode des échanges en valeur ajoutée<sup>463</sup>.

Il ressort de ce qui précède qu'un Membre défendeur qui conteste la suspension proposée par la partie plaignante ne devrait avoir aucune gêne à plaider que le niveau de suspension devrait être établi sur la base de la valeur qui est réellement ajoutée sur le territoire du Membre plaignant et non sur la base de la valeur brute des exportations. Autrement dit, la partie défenderesse inviterait les arbitres à reconsidérer la méthode servant à déterminer le niveau d'annulation et de réduction des avantages et du même coup le concept même « d'avantages ». Les arbitres se verraient ainsi invités à évaluer les effets sur le commerce du défaut de mise en conformité en ne prenant non pas la valeur du produit affecté par la mesure au stade f.a.b., mais plutôt le contenu en valeur ajoutée qui est imputable à la partie plaignante. Ce faisant, il n'y aurait plus d'obstacle à l'attribution d'un niveau d'annulation ou de réduction des avantages aux Membres qui participent également à la production du bien (et du service) en question mais qui ne peuvent revendiquer l'origine du produit dont le commerce est affecté par la mesure contestée. Nous estimons en somme que cette approche méthodologique est conforme aux interprétations antérieures qu'on fait les organes juridictionnels du concept « d'avantages », à savoir « [ce] qu'un Membre peut raisonnablement s'attendre à tirer d'une négociation tarifaire »<sup>464</sup>. Étant donné la nature fondamentalement verticale du commerce international, nous estimons que les Membres peuvent raisonnablement s'attendre à participer au processus de production par le biais d'une participation aux CVM<sup>465</sup>. Dans le contexte de croissance continue de l'interconnexion des processus de production entre les pays, il appert en revanche déraisonnable pour un Membre de pouvoir réclamer une compensation ou l'autorisation de suspendre des concessions sur un

---

<sup>463</sup> Voir section 2.2.1 ci-dessus.

<sup>464</sup> *Japon — Film*, *supra* note 451 au para 10.72.

<sup>465</sup> La valeur du commerce international de biens et de services intermédiaires représenterait environ 60% du commerce total, voir CNUCED, *WIR 2013*, *supra* note 247 à la p 122.



montant qui représente l'entièreté de la valeur d'un produit au stade f.a.b., alors même que ce Membre n'a contribué que partiellement à la valeur ajoutée qui compose ce produit.

Une telle interprétation nous apparaît de surcroît en tout point conforme à l'exercice interprétatif qui doit être mené en vertu de l'article 3:2 du *Mémorandum d'accord*, c'est-à-dire « conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public. »<sup>466</sup> Le fait que ces règles coutumières se trouvent codifiées aux articles 31 et 32 de la *Convention de Vienne* fait désormais quasi-consensus au sein des tribunaux internationaux<sup>467</sup> dont la Cour internationale de Justice<sup>468</sup> et fait également l'objet d'une reconnaissance par l'Organe d'appel<sup>469</sup>.

Le paragraphe premier de l'article 31 de la *Convention de Vienne* prévoit qu'un « traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. » Le principe est donc clair : dans le cadre d'une seule et même opération<sup>470</sup> l'interprète doit s'efforcer de dégager le sens réel d'une disposition en s'attardant à la fois au texte, au contexte ainsi qu'à l'objet et au but de celle-ci. Au cours de cet exercice holistique<sup>471</sup>, tel que l'a qualifié l'Organe d'appel, l'interprète devrait être par ailleurs toujours guidé par le principe de bonne foi<sup>472</sup>.

Cet exercice visant à identifier la norme contenue dans le texte, nous suggère la méthode d'interprétation contenue à l'article 31 de la *Convention de Vienne*, doit débiter en scrutant le sens ordinaire des termes à interpréter, ce qui en pratique est souvent fait en ayant recours

---

<sup>466</sup> *Mémorandum d'accord*, *supra* note 23, art 3:2.

<sup>467</sup> Voir Oliver Dörr et Kirsten Schmalenbach, *Vienna Convention on the Law of Treaties A Commentary*, Berlin, Heidelberg, Springer Berlin Heidelberg, 2018 aux pp 561-562.

<sup>468</sup> Voir *Affaire relative à la sentence arbitrale du 31 juillet 1989 (Guinée-Bissau c Sénégal)*, [1991] CIJ Rec 53.

<sup>469</sup> Voir *États-Unis — Essence*, *supra* note 103 au para XX; *Japon — Boissons alcooliques II*, *supra* note 458 à la partie D.

<sup>470</sup> Voir Dörr et Schmalenbach, *supra* note 467 à la p 561.

<sup>471</sup> Voir *Chine — Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissement audiovisuels (Plainte des États-Unis)* (2009), OMC Doc WT/DS363/AB/R au para 348 (Rapport de l'Organe d'appel); *États-Unis — Maintien en existence et application de la méthode de réduction à zéro (Plainte des Communautés européennes)* (2009), OMC Doc WT/DS350/AB/R au para 268 (Rapport de l'Organe d'appel).

<sup>472</sup> *Convention de Vienne*, *supra* note 384, art 31 (1).

au dictionnaire<sup>473</sup>. La définition du dictionnaire pour le terme « avantage », tel que l'on le retrouve à l'article XXIII du *GATT de 1994* et à l'article 22 du *Mémorandum d'accord*, nous indique que ce nom est intimement lié à la notion de « profit » et de « bénéfice »<sup>474</sup>. Prise dans un contexte économique, cette notion nécessite nécessairement une forme de comparaison; un profit ne pouvant être observé que si les revenus surpassent les coûts. Le sens ordinaire du terme « avantage » tend donc à affermir l'interprétation voulant que le concept « d'avantages » renvoie à la valeur nette des exportations (calculée selon la méthode de la valeur ajoutée) et non la valeur brute. Le contexte élargi des dispositions à l'étude fournit également des indices qui confortent une telle interprétation. L'article VII du *GATT de 1994*, lequel doit être lu en conjoncture avec l'*Accord sur l'évaluation en douane*<sup>475</sup>, élabore les principes qui doivent guider les Membres dans leur évaluation de la valeur en douane des marchandises importées. Ces dispositions font de la valeur transactionnelle, c'est-à-dire du « prix effectivement payé ou à payer pour les marchandises lorsqu'elles sont vendues pour l'exportation à destination du pays d'importation »<sup>476</sup> la méthode privilégiée pour effectuer une telle détermination. Si les rédacteurs des accords de l'OMC avaient voulu octroyer une définition précise au terme « avantages », ils auraient pu le faire; ils auraient également pu lier ce concept de quelque façon à cette notion de valeur en douane des

---

<sup>473</sup> Voir par ex *Australie — Certaines mesures concernant les marques de fabrique ou de commerce, les indications géographiques et autres prescriptions en matière d'emballage neutre applicables aux produits du tabac et à leur emballage (Indonésie) (Plainte de l'Indonésie)* (2018), OMC Doc WT/DS435/R, WT/DS441/R, WT/DS458/R, WT/DS467/R aux para 7.337, 7.361–7.365 (Rapport du groupe spécial); *Communautés européennes — Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs (Plainte des États-Unis)* (2011), OMC Doc WT/DS316/AB/R au para 658 (Rapport de l'Organe d'appel). Notons enfin que l'Organe d'appel a indiqué au sujet des définitions du dictionnaire qu'elles « sont un point de départ utile pour discerner le sens ordinaire d'un terme d'un traité, [mais qu'elles] ne sont pas déterminantes » *Inde — Droits additionnels et droits additionnels supplémentaires sur les importations en provenance des États-Unis (Plainte des États-Unis)* (2008), OMC Doc WT/DS360/AB/R au para 167 à la note 324 (Rapport de l'Organe d'appel).

<sup>474</sup> *Le Petit Robert de la langue française*, Paris, Le Robert, 2018, *sub verbo* « avantage ». Nous notons que les accords de l'OMC ont également été authentifiés en anglais et en espagnol. En vertu des paragraphes 1 et 3 de l'article 33 de la *Convention de Vienne*, le texte fait donc foi dans chacune de ces langues et les termes correspondants dans les trois versions sont présumés avoir le même sens. Le terme utilisé dans la version anglaise, « benefit », renvoie également aux notions d'« advantage » et de « profit ». Voir *Collins Writer's Thesaurus of the English Language*, Glasgow, HarperCollins Publishers, 2010, *sub verbo* « benefit ». De même, en espagnol le terme « ventaja » est défini de façon similaire : « *Sueldo sobreañadido al común que gozan otros* » Real Academia Española, *Diccionario de la lengua Española*, 22<sup>e</sup> éd. Madrid, Editorial Espasa Calpe, 2001, *sub verbo* « ventaja ». Nous sommes donc d'avis qu'en l'espèce cette présomption ne saurait être repoussée.

<sup>475</sup> *Accord sur la Mise en Œuvre de l'Article VII de l'Accord Général sur les Tarifs Douaniers et le Commerce de 1994*, Annexe 1A de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1868 RTNU 226 (entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1995) [*Accord sur l'évaluation en douane*].

<sup>476</sup> *Ibid*, art 1.

marchandises importées. Enfin, rappelons que nous avons déjà exprimé l'idée au paragraphe précédent que l'objet du *Mémorandum d'accord*, soit d'« assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral »<sup>477</sup>, devrait également nous amener à conclure que le montant des avantages réduits – donc le montant de la contre-mesure – devrait être calculé à partir de données en valeur ajoutée plutôt que des données brutes d'exportation. Procéder de la sorte permet de réduire au strict nécessaire la quantité de flux commerciaux – et, incidemment, de tiers – pouvant être affectés par les mesures de représailles.

Notons enfin que l'emploi d'un terme générique tel qu'« avantages » est un facteur qui milite en faveur du recours à l'approche d'interprétation dynamique ou évolutive – en opposition à l'approche statique –, qui commande qu'on donne au terme à interpréter sa signification *au moment de l'interprétation* plutôt qu'au moment de la conclusion du traité<sup>478</sup>. Il y a en effet lieu d'inférer de ce choix terminologique que les rédacteurs n'ont pas voulu figer dans le temps la signification de ce concept. Les accords de l'OMC se doivent au demeurant d'être un instrument vivant, qui reflète le dynamisme dont est empreint l'économie mondiale. Dès lors, la seule interprétation qui semble raisonnable eu égard aux changements survenus tant au niveau du commerce international que de la science économique est celle voulant que les avantages sont ceux qui peuvent être liés à la valeur qu'un Membre ajoute réellement dans le processus de production d'un bien ou d'un service.

#### *4.2.1.2 La voie diplomatique : l'adoption d'une interprétation multilatérale relativement au concept d'avantages*

Pourvu que cela fasse l'objet d'un consensus au sein des Membres de l'OMC, il serait également possible de plutôt emprunter la voie diplomatique afin d'atteindre le résultat présenté à la sous-section précédente. Les Membres jouissent en effet de la faculté d'adopter des interprétations multilatérales au titre de l'article IX:2 de l'*Accord sur l'OMC*. Comme l'a indiqué l'Organe d'appel, de telles interprétations sont contraignantes et servent à préciser

---

<sup>477</sup> *Mémorandum d'accord*, *supra* note 23, art 3:2.

<sup>478</sup> La CIJ a réaffirmé ce principe dans le cadre de l'affaire du *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c Nicaragua)*, [2009] CIJ rec 213 au para 66. Voir également *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c Uruguay)*, [2010] CIJ rec 14 au para 204; Dörr et Schmalenbach, *supra* note 467 aux pp 572-574.

le droit à l'égard de tous les Membres<sup>479</sup>. Pour ce faire, les Membres devraient agir « par l'intermédiaire des organes de rang le plus élevé de l'OMC »<sup>480</sup>, à savoir la Conférence ministérielle et le Conseil général<sup>481</sup>. S'agissant de dispositions se trouvant à la fois dans le *GATT de 1994* et dans le *Mémorandum d'accord*, une recommandation du Conseil du commerce des marchandises serait vraisemblablement nécessaire en plus de l'aval d'au moins trois quarts des Membres au sein de l'instance où l'interprétation est adoptée<sup>482</sup>. Comme l'a précisé l'Organe d'appel dans le cadre de l'affaire *États-Unis — Cigarettes aux clous de girofle*, les conditions prévues à l'article IX:2 de l'*Accord sur l'OMC* constituent des exigences substantielles dont le respect intégral est une condition sine qua non pour qu'une interprétation puisse revêtir le statut d'interprétation multilatérale contraignante<sup>483</sup>.

#### 4.2.1.3 Considérations pratiques quant à l'utilisation de données en valeur ajoutée au sein du système de règlement des différends de l'OMC

Si l'utilisation des données en valeur ajoutée afin d'établir le niveau d'annulation et de réduction des avantages nous apparaît possible d'un point de vue juridique, la mise en application pourrait se révéler, quant à elle, plus ardue. C'est qu'il faut comprendre que les données sur les échanges en valeur ajoutée demeurent somme toute fragmentaires et que celles-ci sont agrégées au niveau de certaines industries. Aussi utiles qu'elles puissent être, ces données sont insuffisantes pour déterminer la composante en valeur ajoutée de tel ou tel pays dans le processus de production d'un bien<sup>484</sup>. Du coup, l'exercice de quantification de la valeur ajoutée peut uniquement être adéquatement complété par le biais « [d']enquêtes auprès des entreprises concernées pour identifier les maillons de la chaîne de valeur et les

---

<sup>479</sup> Voir *États-Unis — Mesures affectant la production et la vente de cigarettes aux clous de girofle (Plainte de l'Indonésie)* (2012), OMC Doc WT/DS406/AB/R aux paras 250 et 258 (Rapport de l'Organe d'appel) [*États-Unis — Cigarettes aux clous de girofle*]

<sup>480</sup> *Ibid* au para 257.

<sup>481</sup> *Accord sur l'OMC*, *supra* note 21, art IX:2.

<sup>482</sup> Voir *ibid*.

<sup>483</sup> Voir *États-Unis — Cigarettes aux clous de girofle*, *supra* note 479 aux paras 251–255. Il est à noter, toutefois, qu'une interprétation ne respectant pas les exigences prévues à l'article IX:2 de l'*Accord sur l'OMC*, par exemple en raison du défaut de recommandation de la part du Conseil approprié, pourrait être néanmoins considérée comme un accord ultérieur des parties, au sens de l'article 31 3) a) de la *Convention de Vienne*, ce qui obligerait l'adjudicateur à en prendre compte à titre d'élément contextuel d'interprétation. Voir à cet effet la discussion de l'Organe d'appel dans *États-Unis — Cigarettes aux clous de girofle*, *supra* note 479 aux paras 256–275.

<sup>484</sup> Voir Grossman et Rossi-Hansberg, *supra* note 1 à la p 67.

prix de transfert pratiqués entre filiales. »<sup>485</sup> Cela requiert donc que les entreprises impliquées dans la chaîne de valeur d'un produit donné acceptent de collaborer à la procédure juridictionnelle en fournissant l'information nécessaire à l'établissement du contenu de valeur ajoutée pouvant être attribué à un Membre. Dans le cadre d'un arbitrage sous l'article 22:6 du *Mémorandum d'accord*, l'arbitre devrait donc exiger du Membre plaignant que ce dernier lui fournisse de telles données des firmes qui opèrent sur son territoire. Rappelons que ces firmes sont les mêmes qui souffrent de la mesure dont la non-conformité a été trouvée. À ce stade de la procédure, les firmes en question sont assurément en contact avec l'équipe responsable du litige au sein du Membre plaignant et il y a même fort à parier que ce sont ces firmes qui ont requis en premier lieu de leur gouvernement qu'il se prévale du mécanisme de règlement des différends de l'OMC pour contester la mesure qui les affecte. Il appert donc naturel qu'elles acceptent de fournir les renseignements permettant d'établir le niveau d'annulation ou de réduction des avantages pour le Membre plaignant. Notons de surcroît, que la protection qu'offre la confidentialité des procédures devrait être de nature à les encourager à divulguer l'information recherchée<sup>486</sup>.

Le recours aux données en valeur ajoutée requerrait également que l'arbitre de la cause soit en mesure d'apprécier avec justesse les prix intra-firme afin de déterminer dans quelle mesure ces derniers représentent l'occurrence d'une réelle activité économique plutôt que l'établissement d'un prix de transfert artificiellement fixé dans l'unique but de réduire au maximum les conséquences fiscales des opérations de la firme<sup>487</sup>. En définitive, l'usage de données en valeur ajoutée aux fins de la quantification du niveau d'annulation et de réduction des avantages nous apparaît possible à condition que l'effort nécessaire soit mis en place et que les parties prenantes se révèlent collaboratives.

---

<sup>485</sup> Escaith, *supra* note 260 à la p 230. Voir aussi Maurer et Degain, *supra* note 257 à la p 14 (« *To be able to quantify the part of imported inputs in an economy's exports, different statistical approaches are used. The most accurate results are achieved through tracing value added in individual case studies.* »).

<sup>486</sup> Sur le caractère confidentiel des procédures et des documents fournis par les Membres, voir *Mémorandum d'accord*, *supra* note 23, art 13:1;14;18 et l'Appendice 3.

<sup>487</sup> « *The valuation of intra-firm transactions itself is often mentioned as a particular concern when measuring international trade flows as they may not reflect full market prices to take advantage of fiscal or tax regulations. Transfer pricing is a complex issue. The concept of transfer pricing refers to both the issue and the solution of a valuation problem in international transactions. On one hand, it means the allocation of profits for tax and other purposes between affiliates of a multinational enterprise, using artificial prices (over or under invoicing). On the other hand, transfer pricing refers to the valuation methods used by tax authorities to avoid taxes.* » Maurer et Degain, *supra* note 257 à la p 4.

#### 4.2.2 Les suggestions de modification qui nécessitent une modification des accords de l'OMC : divers appels à un changement de paradigme eu égard à la phase d'exécution

Constatant la nature fondamentale des carences du système de règlement des différends eu égard aux mesures correctives qu'il offre, nombreux sont ceux qui ont exprimé sur diverses tribunes leur désir de voir un changement de paradigme s'opérer en ce qui concerne la phase d'exécution. S'agissant de modifications proposées qui ne peuvent se matérialiser à l'intérieur du cadre juridique actuellement en vigueur, une modification des accords de l'OMC serait requise pour que ces dernières puissent être implantées. Tel que mentionné auparavant, le contexte politique est peu propice à ce que des négociations multilatérales menant à une modification des accords de l'OMC aboutissent à court ou moyen terme. Même si ce devait être le cas, il n'est pas certain que les propositions que nous exposerons rallieraient l'entière des membres de l'OMC. Dans ce contexte, nous n'entendons pas exposer ici l'ensemble des propositions qui ont été faites afin de modifier, de compléter ou de remplacer le système des contre-mesures à l'OMC, mais bien de mettre sous les projecteurs quelques-unes de ces propositions les plus porteuses et d'évaluer sommairement les avantages et inconvénients qu'elles présentent en comparaison du système actuellement en place.

##### *4.2.2.1 La collectivisation des contre-mesures*

Plusieurs propositions des Membres sur la question ont été formulées dans une perspective de tentative de remédier au déficit de pouvoir dont souffrent les plus petites économies dans le cadre de différends les opposants aux plus grandes puissances économiques. Pour plusieurs Membres, la solution résiderait notamment en une collectivisation des contre-mesures pouvant être prises en cas de défaut de mise en conformité par une partie visée par une plainte. Le Groupe africain, composé de pays africains Membres de l'OMC, le Groupe des pays moins avancés (PMA), le Kenya et la Côte d'Ivoire ont tous effectué des propositions en ce

sens dans le cadre du Cycle de Doha<sup>488</sup>. Une telle proposition de rendre l'action à l'égard de la partie fautive collective avait d'ailleurs déjà été formulée à l'époque du GATT par le Brésil et l'Uruguay<sup>489</sup>. Essentiellement, ces propositions ont pour objet d'instaurer en droit de l'OMC un « "principe de responsabilité collective" similaire à celui qui est énoncé dans la *Charte des Nations Unies*. »<sup>490</sup> Cela se traduirait concrètement par une autorisation de l'ORD soit à un groupe de Membres ou à l'ensemble de ceux-ci de suspendre des concessions ou d'autres obligations à l'égard du Membre qui omet d'effectuer la mise en conformité requise<sup>491</sup>. Certains suggèrent même que ce faisant, l'ORD ne soit pas lié par la quantification effectuée selon la règle de l'annulation et de la réduction des avantages<sup>492</sup>, c'est-à-dire que le montant autorisé de la suspension ne soit pas limité au montant à hauteur duquel des avantages ont été annulés pour le Membre plaignant, mais bien qu'il puisse être fixé à une hauteur supérieure si cela est requis pour assurer l'efficacité de la suspension. En clair, les tenants de cette proposition souhaiteraient que l'OMC opère une transition radicale de régime eu égard aux mesures correctives : des mesures d'auto-assistance appliquées dans un cadre bilatéral que sont les contre-mesures, ils souhaiteraient que l'on passe vers un régime de sanctions institutionnelles. Du côté de la doctrine, on note une proposition similaire du professeur Pauwelyn qui suggère que l'exécution des décisions et recommandations de l'ORD pourrait plutôt être effectuée par l'OMC elle-même en tant qu'institution, par les biais

---

<sup>488</sup> OMC, Organe de règlement des différends (session extraordinaire), *Négociations concernant le Mémoire d'accord sur le règlement des différends : Proposition du Groupe africain*, OMC Doc TN/DS/W/15 à la p 4 [OMC, *Proposition du Groupe africain*]; OMC, Organe de règlement des différends (session extraordinaire), *Négociations concernant le Mémoire d'accord sur le règlement des différends : Proposition du Groupe des PMA*, OMC Doc TN/DS/W/17 à la p 4 [OMC, *Proposition du Groupe des PMA*]; OMC, Organe de règlement des différends (session extraordinaire), *Texte de propositions du Groupe africain concernant les négociations sur le mémorandum d'accord sur le règlement des différends : Communication du Kenya*, OMC Doc TN/DS/W/42 à la p 4 [OMC, *Communication du Kenya*]; OMC, Organe de règlement des différends (session extraordinaire), *Texte de propositions du Groupe africain concernant les négociations sur le Mémoire d'accord sur le règlement des différends : Communication de la Côte d'Ivoire*, OMC Doc TN/DS/W/92 à la p 2 [OMC, *Communication de la Côte d'Ivoire*]

<sup>489</sup> GATT, Committee on Trade and Development, *Record of discussions of the meeting of the ad hoc group on legal amendments to the General Agreement Held 11-15 October 1965*, GATT Doc COM.TD/F/3 à la p 12.

<sup>490</sup> OMC, *Proposition du Groupe des PMA*, supra note 488 à la p 4.

<sup>491</sup> Les propositions divergent sur les conditions d'utilisation de cette voie de recours collective par exemple une proposition prévoit que « [s]i un pays en développement ou un pays moins avancé Membre ayant déposé plainte obtenait gain de cause, la rétorsion collective serait possible automatiquement, au titre du traitement spécial et différencié. » OMC, *Proposition du Groupe des PMA*, supra note 488 à la p 4

<sup>492</sup> Voir *ibid.* Voir également OMC, *Proposition du Groupe africain* supra note 488 à la p 4.

des Membres qui verraient à suspendre conjointement des concessions ou d'autres obligations à l'égard du Membre visé par la plainte<sup>493</sup>.

Sans prôner l'instauration d'un régime de responsabilité collective parmi les Membres de l'OMC, le Mexique a pour sa part proposé que les mesures correctives puissent être négociables, donc échangées entre les Membres en retour d'une contrepartie : « c'est-à-dire que "A" pourrait convenir avec "B" de transférer le droit de suspendre des concessions ou d'autres obligations à l'égard de "C" en échange d'un avantage mutuellement acceptable, y compris sous une forme pécuniaire »<sup>494</sup>. Le Mexique justifie sa proposition principalement sous deux considérations : d'une part, il prétend que l'incitation à la mise en conformité serait plus importante puisque la possibilité que le Membre ayant commis l'infraction doive subir la suspension de concessions ou d'autres obligations deviendrait alors plus importante. D'autre part, le Mexique argue que cela permettrait un meilleur rajustement des concessions en ce que le Membre plaignant serait à même d'obtenir quelque chose de tangible en retour de la cession de son droit d'appliquer des contre-mesures, un droit dont il ne pourrait pas faire usage en pratique de toute façon.

Répartir entre les Membres la responsabilité d'appliquer des contre-mesures à l'égard du Membre fautif et modifier l'ampleur que celles-ci peuvent prendre n'aurait pas pour effet d'en modifier le fonctionnement fondamental; il serait toujours question d'appliquer des mesures restrictives sur le commerce soit sous la forme de suspension de concessions, c'est-à-dire par l'application de tarifs douaniers autrement non conformes, ou la suspension d'autres obligation au titre des accords de l'OMC. Les contre-mesures n'en demeureraient pas moins des mesures qui constituent un fardeau pour la partie qui les applique. Ainsi, il nous appert peu réaliste que les Membres autres que le ou les plaignants aient quelconque intérêt à prendre une mesure qui affectera de façon palpable leur économie au nom du respect de la primauté du droit. En ce sens, cette proposition nous apparaît peu viable puisque difficilement applicable en pratique. Il y a de surcroît lieu de mentionner que cette proposition aurait

---

<sup>493</sup> Pauwelyn, « Collective Approach », *supra* note 105 à la p 345.

<sup>494</sup> OMC, Organe de règlement des différends (session extraordinaire), *Négociations sur les améliorations et clarifications à apporter au Mémorandum d'accord sur le règlement des différends : Proposition du Mexique*, OMC Doc TN/DS/W/23 à la p 6 [OMC, *Proposition du Mexique*].



comme désavantage de doublement affecter des tiers : les Membres appliquant une contre-mesure en vertu du principe de responsabilité collective et ceux affectés par le biais de la contre-mesure elle-même en raison des intérêts qu'ils possèdent dans les chaînes de valeur des produits visés. De même, la proposition du Mexique nous apparaît peu convaincante, malgré certains mérites. Nous voyons mal pourquoi un Membre verserait quoi que ce soit à un autre Membre afin de se porter acquéreur du droit de s'auto-flageller. Déjà l'opposition est forte au sein d'un pays lorsqu'il souhaite appliquer des mesures de représailles quand il est directement affecté, cette opposition ne pourrait être *a fortiori* que plus importante lorsque ce pays se trouverait à appliquer de telles mesures pour une violation que ne l'affecte pas directement.

#### 4.2.2.2 La compensation ou indemnisation du préjudice commercial

L'autre principale proposition de modification relative aux mesures correctives offertes par le système de règlement des différends de l'OMC vise à rendre la compensation obligatoire plutôt que subordonnée à la volonté des parties comme c'est actuellement le cas<sup>495</sup>. Les Membres ayant effectué des propositions en ce sens ont même clairement exprimé leur préférence à l'égard de la compensation financière plutôt que de la compensation commerciale<sup>496</sup>. Fondamentalement, les Membres derrière cette proposition souhaitent que l'on réintègre – du moins partiellement – en droit de l'OMC l'obligation de réparation intégrale, obligation dont on a décrété l'abolition<sup>497</sup> en raison de sa quasi inexistence dans la pratique de règlement des différends à l'OMC<sup>498</sup>. Cette pratique révèle effectivement que les mesures correctives pour les violations passées sont étrangères au système de règlement des différends de l'OMC<sup>499</sup>. Une des composantes de la proposition est effectivement d'intégrer

---

<sup>495</sup> Le *Mémorandum d'accord* prévoit en son article 22:1 que la compensation est « volontaire ».

<sup>496</sup> Voir OMC, *Proposition du Groupe des PMA*, *supra* note 488 au para 13.

<sup>497</sup> Voir Côté, *supra* note 298 à la p 114. Voir également Pauwelyn, « Collective Approach », *supra* note 105 à la p 339; Babu, *supra* note 35, à la p 137. Voir toutefois Shadikhodjaev et Park, *supra* note 102. Ces auteurs présentent l'obligation de réparation en droit de l'OMC comme un remède incertain, mais existant.

<sup>498</sup> Le groupe des PMA a d'ailleurs précisé à cet égard que « [la compensation] devrait être équivalente à la perte ou au dommage subi qui résulte directement ou qui va résulter de la mesure incriminée. » OMC, *Proposition du Groupe des PMA*, *supra* note 488 au para 13.

<sup>499</sup> En outre, un groupe spécial a déjà noté qu'il existe une « pratique bien établie du GATT/de l'OMC suivant laquelle les mesures correctives ont généralement un caractère prospectif ». *États-Unis — Mesures à l'importation de certains produits en provenance des Communautés européennes (Plainte des Communautés européennes)* (1999), OMC Doc WT/DS165/R au para 6.106 (Rapport du groupe spécial) [*États-Unis — Certains produits en provenance des CE*]. Voir également la position des Communautés européennes dans

un caractère rétroactif aux voies de recours offertes en faisant courir l'obligation de réparation durant l'entièreté de la période où la mesure attaquée existe et d'ainsi s'éloigner du caractère uniquement *ex nunc* que revêtent les remèdes disponibles pour l'instant<sup>500</sup>.

Il y a lieu d'en convenir, la proposition est attrayante à plusieurs égards. Son principal mérite réside à notre avis dans le fait que cette voie de recours ne constitue pas une mesure restreignant le commerce en réponse à une mesure illégale qui a de tels effets. En procédant de la sorte plutôt qu'en recourant à la suspension de concessions ou d'autres obligations, on évite que ne soient atteintes des victimes innocentes<sup>501</sup> tels les exportateurs de produits se trouvant dans le Membre visé par la plainte et dont les produits deviennent soudainement visés d'un tarif douanier en raison de l'incurie de leur gouvernement. Font également partie intégrante de la liste des victimes innocentes les États – pourtant tiers face au litige – hôtes de maillon de chaîne de valeur de produits visés par les contre-mesures. La compensation financière présente également l'avantage d'offrir au Membre plaignant des fonds dont il peut se servir afin de verser une certaine assistance aux parties prenantes affectées par la mesure illégale qui fait l'objet du différend, ce qui n'est pas le cas avec les contre-mesures<sup>502</sup>. Cette mesure corrective offre de surcroît l'avantage d'être effectivement disponible à tous les Membres sans égards à la taille de leur économie, contrairement aux contre-mesures dont la capacité d'application tend à être proportionnelle à la puissance économique<sup>503</sup>.

Quant à l'aspect temporel de la voie de recours, faire coïncider la période durant laquelle la compensation doit être versée avec la période durant laquelle la mesure illégale est en place

---

*Brésil — Programme de financement des exportations pour les aéronefs (Plainte du Canada)* (1999), OMC Doc WT/DS46/R au para 5.12 (Rapport du groupe spécial) [*Brésil — Aéronefs*]; voir également la position des États-Unis dans *Guatemala — Enquête antidumping concernant le ciment Portland en provenance du Mexique (Plainte du Mexique)* (1998) OMC Doc WT/DS60/R au para 5.63 (Rapport du groupe spécial).

<sup>500</sup> Le groupe des PMA propose que : « [l]a quantification de la perte ou du dommage à compenser devrait toujours être faite à compter de la date où le Membre ayant commis l'infraction a adopté la mesure incriminée » OMC, *Proposition du Groupe des PMA*, *supra* note 488 à la p 4. Le groupe Africain a pour sa part suggéré que : [la] compensation monétaire pren[ne] en compte les pertes subies en raison des mesures qui sont contraires aux obligations contractées dans le cadre de l'OMC et pendant la durée d'application de ces mesures mais ne sauraient se substituer au retrait desdites mesures. » OMC, *Proposition du Groupe africain supra* note 488 à la p 4.

<sup>501</sup> Nous empruntons cette expression à Marco Bronckers et Freya Baetens qui développent cette idée en parlant d'« *innocent bystanders* ». Voir Bronckers et Freya, *supra* note 403 aux pp 300–301.

<sup>502</sup> Voir *ibid* aux pp 301-302.

<sup>503</sup> Voir *ibid* à la p 303.

présenterait l'avantage de retirer l'incitatif qu'ont actuellement les parties visées par une plainte à allonger indûment les procédures de règlement des différends. À l'heure actuelle, un Membre défendeur a en effet tout intérêt à se traîner les pieds et à ainsi repousser à la période la plus éloignée le moment d'expiration du délai raisonnable de mise en conformité, sa mesure étant maintenue « gratuitement »<sup>504</sup> dans l'intervalle.

A priori, le problème qui demeurerait toutefois serait celui de la possibilité effective de faire exécuter une telle décision relative à la compensation. Face à un Membre qui refuse d'exécuter l'obligation secondaire de réparation qui lui incombe, on retomberait nécessairement dans le domaine des contre-mesures et se poseraient alors les mêmes problèmes que nous avons soulevés antérieurement. Afin de surmonter une telle difficulté, il faudrait vraisemblablement que le montant de l'indemnité fasse l'objet d'un arbitrage contraignant et que soit mis en place un mécanisme d'exécution de la sentence arbitrale condamnant le Membre défendeur à indemniser le Membre plaignant. À cet égard, il pourrait être par exemple envisagé que l'exécution fasse l'objet d'un encadrement par la très largement ratifiée *Convention de New York sur l'arbitrage*<sup>505</sup>. Ainsi, il pourrait être prévu que de telles sentences arbitrales portant sur l'indemnisation du plaignant soient des sentences arbitrales au sens de cette convention et qu'elles bénéficient conséquemment du régime d'exécution que prévoit cette dernière<sup>506</sup>.

#### 4.2.2.3 L'instauration d'un régime de sanctions pécuniaires et institutionnelles

Fort probablement pour diverses considérations politiques, l'idée d'instaurer au sein de l'OMC un régime de sanctions pécuniaires et institutionnelles a, à notre connaissance, très peu retenu l'attention des Membres et émane donc principalement des écrits de certains auteurs de doctrine.

---

<sup>504</sup> Nous empruntons cette expression au Mexique, voir OMC, *Proposition du Mexique*, *supra* note 494 à la p 3.

<sup>505</sup> *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, 10 juin 1958, 330 RTNU 3 (entrée en vigueur le 7 juin 1959).

<sup>506</sup> Il convient de rappeler qu'une telle solution est employée dans bon nombre d'APIE ou d'accords commerciaux portant des dispositions sur l'investissement. Voir par ex ALÉNA, *supra* note 401, art 1136.

La proposition s'articule essentiellement autour d'une plus grande institutionnalisation du suivi des procédures de mise en conformité. Ce faisant, serait introduit un volet *punitif* aux conséquences découlant du défaut de mise en conformité. Les sanctions ou pénalités pouvant être imposées au Membre intimé pourraient être de deux ordres, à savoir des sanctions pécuniaires, ou en d'autres termes une amende, ainsi que des sanctions institutionnelles, c'est-à-dire des sanctions qui pénalisent le fautif en lui retirant ou en lui limitant l'accès à certains avantages ou certains droits dont il bénéficie au titre des accords de l'OMC. Emprunter une telle avenue constituerait assurément une scission marquée avec la philosophie prédominante qui règne dans le système multilatéral quant à cet aspect depuis l'époque du GATT. Comme l'explique brillamment Kenneth Dam, la notion de sanction est étrangère au système commercial multilatéral :

*Although the substantive provisions of General Agreement are drafted in conventional terms, including a rather liberal use of prohibitory language, the remedy provisions are not drawn in terms of sanctions. Rather, the organizing principle is that the General Agreement, and the GATT as a whole, is a system of reciprocal rights and obligations to be maintained in balance. [...] A failure to respect a tariff concession is usually regarded not as a transgression to be punished but rather as an event giving affected parties the privilege, subject to the approval of the Contracting Parties, of suspending reciprocal concessions<sup>507</sup>.*

Ce concept de sanctions est toutefois loin d'être étranger au droit des organisations internationales<sup>508</sup>. Un des exemples les plus frappants de cette pratique est très certainement la faculté dont jouit la Commission européenne de saisir le Cour européenne de justice afin que cette cour impose une sanction pécuniaire à un État membre de l'Union européenne qui a fait défaut de se conformer à un arrêt de cette même cour<sup>509</sup>. De même, l'*Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement*<sup>510</sup> prévoit la possibilité pour un groupe spécial d'imposer une « compensation monétaire » lorsqu'il détermine qu'une partie ne prend pas les mesures

---

<sup>507</sup> Dam, *supra* note 111 à la p à la 369.

<sup>508</sup> Les auteurs Schermers et Blokker ressentent que les constitutions de la plupart de organisations internationales prévoient une certaine forme d'action coercitive à laquelle l'organisation peut recourir lorsqu'un membre est en violation de ses obligations, voir Henry G Schermers et Niels Blokker, *International institutional law : unity within diversity*, 5<sup>e</sup> ed, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2011 au para 1451.

<sup>509</sup> *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (version consolidée)*, 25 mars 1957, [2012] JO, C 326/47 à l'art 260 par 2 al 1 et 2 (entrée en vigueur 1<sup>er</sup> janvier 1958).

<sup>510</sup> *Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement*, 14 septembre 1993, 32 ILM 1480 (entré en vigueur : 1<sup>er</sup> janvier 1994).

nécessaires pour remédier à son omission systématique d'assurer l'application efficace de sa législation de l'environnement qui a été trouvée en premier lieu<sup>511</sup>. Il est intéressant de constater que le Canada a consenti à ce que de telles déterminations du groupe spécial puissent être déposées auprès d'un tribunal canadien de sorte qu'elles deviennent dès lors une ordonnance exécutoire de ce tribunal<sup>512</sup>. La procédure de suivi de la mise en conformité qui prévaut sous l'*Accord de libre-échange canadien*<sup>513</sup> est également digne de mention. Au final, si un différend subsiste quant à la mise en conformité par la partie visée par la plainte et qu'un groupe spécial de l'observation des décisions est convoqué afin qu'il détermine si le destinataire de la plainte s'est conformé à l'accord en ce qui concerne les questions traitées dans le rapport, ce groupe spécial possède la faculté de condamner cette partie à des sanctions pécuniaires conformément aux barèmes prévus par l'article 1011 de cet accord<sup>514</sup>. Il est à noter que les parties à cet accord se sont engagées à prendre les dispositions nécessaires afin de faire en sorte que de telles ordonnances puissent être exécutées de la même façon qu'une ordonnance contre le ministère public est exécutée dans les tribunaux supérieurs de leur territoire<sup>515</sup>. D'ailleurs, aux dires de Charnovitz, faire passer l'exécution de telles sanctions pécuniaires par le biais des tribunaux nationaux de la partie faisant l'objet d'une telle ordonnance serait le reflet des meilleures pratiques modernes<sup>516</sup>.

À ce régime de sanctions pécuniaires, pourraient s'ajouter des sanctions d'ordre institutionnel afin d'assurer à la fois la conformité aux sanctions pécuniaires et la conformité relative à la procédure initiale. Dans leur étude des constitutions des organisations internationales, les auteurs Schermers et Blokker recensent comme principales sanctions la suspension du droit de vote<sup>517</sup>, la suspension de la possibilité d'être représenté au sein des organes principaux de l'organisation<sup>518</sup>, la suspension de

---

<sup>511</sup> *Ibid*, art 34 (4).

<sup>512</sup> Voir *ibid*, Annexe 36.

<sup>513</sup> *Accord de libre-échange canadien*, entrée en vigueur : 1<sup>er</sup> juillet 2017, en ligne : ALEC <<https://www.cfta-alec.ca/accord-de-libre-echange-canadien-2/?lang=fr> > [ALEC].

<sup>514</sup> *Ibid*, art 1010 (11) b).

<sup>515</sup> *Ibid*, art 1011.

<sup>516</sup> Charnovitz, « Rethinking WTO », *supra* note 395 à la p 826.

<sup>517</sup> Schermers et Blokker, *supra* note 508 aux paras 1455–1460

<sup>518</sup> *Ibid*, paras 1461–1462

la dispense de services par l'organisation à l'égard du membre<sup>519</sup> ainsi que la suspension des droits et privilèges réservés aux membres<sup>520</sup>. Sur cette question, notre pensée converge avec celle de Chanovitz : de telles sanctions seraient généralement de peu d'utilité – et contre-productives car contraires aux objectifs d'expansion du commerce de cette organisation, ajoutons-nous – dans le contexte de l'OMC où peu de votes sont tenus et où les Membres ne dépendent pas vraiment de l'aide fournie par l'organisation<sup>521</sup>. La seule sanction qui nous appert valable serait de suspendre la faculté du Membre fautif d'invoquer les procédures de règlement des différends au titre du *Mémorandum d'accord* tant qu'il n'a pas effectué la mise en conformité requise de sa mesure<sup>522</sup>. Pénaliser ainsi un Membre lors de la constatation du défaut de mise en conformité permettrait d'exercer une coercition supplémentaire à son égard tout en n'ayant aucun impact sur les flux commerciaux.

### **Conclusion partielle**

Outre leur caractère inadéquat eu égard à la réalité contemporaine du commerce international, les contre-mesures ont fait l'objet de diverses critiques de la part des Membres eux-mêmes ainsi que des observateurs. Les observations théoriques ont été confirmées par la pratique : dans le domaine des relations commerciales multilatérales, cet outil coercitif est en pratique inaccessible pour les pays en développement. Quant aux économies développées, ces dernières se sont montrées peu enclines à y recourir puisque l'emploi de telles mesures s'accompagnent d'effets néfastes qui se feront sentir au sein de leur propre marché. Face à ces carences dans le mécanisme d'exécution des décisions, les uns et les autres ont suggéré diverses alternatives. Si le libellé actuel des

---

<sup>519</sup> *Ibid*, paras 1462–1467

<sup>520</sup> *Ibid*, paras 1468–1469

<sup>521</sup> Il est à noter, cependant, qu'une telle sanction pourrait s'avérer d'une certaine utilité en ce qu'elle permettrait de retirer le droit de veto que possède tout Membre à l'égard des décisions de l'ORD, lesquelles se prennent par consensus en vertu de l'article 2 (4) du *Mémorandum d'accord*. On observe en pratique que les États-Unis utilisent ce veto afin de bloquer la nomination des membres de l'Organe d'appel. Sur cette question, voir généralement Pieter Jan Kuijper, « Guest Post from Pieter Jan Kuijper on the US Attack on the Appellate Body » (15 novembre 2017), *International Economic Law and Policy Blog*, en ligne : <<http://worldtradelaw.typepad.com/ielpblog/2017/11/guest-post-from-pieter-jan-kuijper-professor-of-the-law-of-international-economic-organizations-at-the-faculty-of-law-of-th.html>>

<sup>522</sup> Notons que c'est également l'approche qui est retenue dans le cadre de l'ALEC, voir ALEC, *supra* note 513 art 1033.

accords de l'OMC fournit la marge de manœuvre requise afin qu'une réforme méthodologique relative au calcul du niveau d'annulation et de réduction des avantages s'opère, un réel changement de paradigme ne pourrait, en revanche, que s'opérer que si lesdits accords étaient renégociés. Dans cette éventualité qui appert peu probable à court terme, il serait possible d'envisager de délaisser les mesures d'auto-assistance que sont les contre-mesures au profit de mesures qui ne sont pas commercialement restrictives telles les sanctions institutionnelles ou l'indemnisation obligatoire.

## CONCLUSION

L'histoire du progrès économique est indissociable du changement économique. C'est une histoire marquée par l'essor et le déclin d'industries entières, avec l'arrivée d'idées nouvelles et d'innovations qui exigent de nouvelles compétences. Ce processus de transformation incessant a façonné l'économie mondiale actuelle, apportant plus de prospérité à des milliards de personnes dans le monde – et faisant de la capacité d'ajustement et d'adaptation un élément essentiel du succès économique. Aujourd'hui, comme hier, les individus, les entreprises et les sociétés s'efforcent de s'adapter à l'évolution rapide des conditions économiques afin de bénéficier des avantages qui en découlent. Ce qui diffère maintenant, c'est la vitesse remarquable à laquelle ces changements se produisent<sup>523</sup>.

En constante mouvance, l'économie mondiale entre dans une période de bouleversement majeure à partir de la première révolution industrielle. La contribution du commerce international à cet essor économique sans précédent est indéniable<sup>524</sup>. Praticué abondamment jusqu'au début du XX<sup>e</sup> siècle, le commerce international verra son expansion drastiquement stoppée par le contexte politique et économique morose de la période qui englobe les Guerres mondiales. La fin de cette période de tumulte fournit le contexte approprié à l'instauration progressive d'un réel encadrement normatif structurant – jusque-là inexistant – des relations économiques internationales au cœur duquel le système multilatéral commercial constituerait une véritable pierre d'assise.

Pendant 47 ans, soit de 1948 à 1995 cet encadrement sera fourni par les auspices du *GATT de 1947*, accord qui devait suppléer temporairement dans l'attente de la mise en place de l'OIC. Afin d'assurer la mise en œuvre des règles qu'il édictait, l'accord prévoyait en son article XXIII l'instauration d'un système de règlements des différends sommaire<sup>525</sup>. S'agissant d'un accord qui ne visait pas la mise en place d'une véritable organisation

---

<sup>523</sup> OMC, *Rapport sur le Commerce mondial 2017*, Genève, 2017, en ligne : OMC <<https://www.wto.org>> à la p 3.

<sup>524</sup> Voir notamment OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2014*, *supra* note 246 à la p 45.

<sup>525</sup> Il est à noter que l'article XXIII du *GATT de 1947* se contente de prévoir les grandes lignes devant s'appliquer pour résoudre un différend qui résulte de l'interprétation de cet accord sans toutefois prévoir de règles procédurales formelles pour la gestion de la résolution du différend. Voir notamment Davey, « GATT », *supra* note 300 aux pp 54–57.



internationale<sup>526</sup>, on ne s'étonnera pas de constater qu'il ne tablait non pas sur une institutionnalisation de la procédure de règlement des différends, mais bien sur une gestion qui serait exercée par les PARTIES CONTRACTANTES elles-mêmes<sup>527</sup>. Dans cette même logique, le seul remède disponible en cas de non-exécution de la décision des PARTIES CONTRACTANTES résiderait dans la suspension de concessions ou d'autres obligations par la partie lésée elle-même. En d'autres termes, – et à l'instar de la situation qui prévaut en droit international général – on remettait entre les mains des États contractants la responsabilité d'assurer la mise en œuvre du droit matériel en ayant recours aux mesures d'auto-assistance et de coercition que sont les contre-mesures.

La mise en place d'une organisation internationale digne de ce nom, l'OMC, laquelle serait dotée d'un système de règlement des différends basé sur la primauté du droit, ne change en rien cette réalité. Si l'on profite du changement paradigmatique dans la conduite des différends émanant du système commercial multilatéral pour apporter certaines contraintes procédurales relativement à l'utilisation de cette mesure d'auto-assistance, cela n'est accompagné d'aucune réforme substantielle de la voie de recours<sup>528</sup>. Le système de règlements des différends mis en place maintient donc l'institution des contre-mesures telle qu'on la connaît : application d'un tarif douanier autrement illégal à l'égard d'un ou plusieurs produits de la partie fautive.

Dans la mesure où les changements au niveau technologiques qui se sont développés au cours des dernières décennies, à savoir ceux survenus dans le domaine du transport des marchandises – notamment la conteneurisation et la démocratisation du transport aérien – ainsi que ceux survenus dans le domaine des technologies de l'information et des communications, jumelés à un cadre juridique transnational qui est devenu progressivement de plus en plus complaisant, ont permis une fragmentation internationale – *mondialisation* – sans précédent des processus de production, un questionnement relatif à l'à-propos de conserver les contre-mesures au sein du système commercial multilatéral appert de mise. Ce questionnement appert d'autant plus d'actualité que la science économique offre désormais

---

<sup>526</sup> Voir *ibid* à la note 10.

<sup>527</sup> Voir *GATT de 1947*, *supra* note 20, art XXIII para 2.

<sup>528</sup> Voir *Mémoire d'accord*, *supra* note 23, art 23.

les outils permettant de brosser un portrait plus représentatif des flux internationaux d'échanges de biens et de services. Alors que la théorie du commerce international a longtemps – trop, diront certains – focalisé uniquement sur l'échange de biens finaux, les tentatives d'explications sectorielles se sont récemment multipliées, de sorte que la compréhension de la nature fondamentalement verticale du commerce international ainsi que la complexité des chaînes de valeur mondiales semblent désormais mieux acquises. À ces développements doctrinaux, il convient d'ajouter la prise de conscience de l'obsolescence des statistiques traditionnelles du commerce international (lesquelles sont compilées à partir des données brutes d'importation et d'exportation) et les tentatives de pallier à cette imprécision statistiques en mettant en place des outils qui représentent plus fidèlement le degré de participation des pays dans les flux d'échanges transfrontières.

C'est à l'aune de ces développements du côté de la science économique ainsi que de la réalité contemporaine du commerce international qu'il convient de porter un jugement sur l'institution des contre-mesures à l'OMC. De prime abord, il y a lieu de reconnaître qu'en refusant de prendre acte de la réalité complexe qui caractérise désormais les processus de production de biens et de services, la phase d'exécution du système de règlement des différends de l'OMC reflète une vision dépassée de l'économie mondiale et du commerce international. Telles qu'actuellement conçues et appliquées, les contre-mesures sous le système OMC constituent une négation du caractère mondial des chaînes de valeur en attribuant artificiellement la totalité de la valeur ajoutée qui compose un bien ou un service à un seul Membre. Par ailleurs, alors que nous assistons à l'intégration sans cesse grandissante des économies, une des conséquences pernicieuses du maintien de ce système est qu'il est de plus en plus probable que de telles mesures aient des effets sur des Membres autres que les parties au différend. Les critiques autrefois formulées à l'égard des contre-mesures économiques demeurent quant à elles d'actualité; de telles mesures de représailles représentent toujours un fardeau pour la partie qui les appliquent, en ce qu'elles causeront inévitablement un tort à celle-ci. De plus, de telles mesures demeurent dans les faits peu disponibles, voire aucunement dans certains cas plus extrêmes, pour les pays en développement, les changements récents survenus dans le fonctionnement du commerce

international n'ayant d'aucune façon simplifié l'accès des contre-mesures aux plus petites économies, bien au contraire.

Le contexte politique qui prévaut actuellement au sein du système commercial multilatéral ne laisse présager aucune réforme substantielle du système de règlement des différends à court terme. Dans ces circonstances, les contre-mesures sont appelées à demeurer pour l'instant le seul outil sur lesquels les Membres peuvent compter afin de tenter de forcer la cessation de l'illicéité lorsque le Membre visé par la plainte n'a pas procédé à la mise en conformité de sa mesure à l'intérieur du délai imparti et que les parties au différend n'ont pu en venir à une entente mutuellement satisfaisante au sujet d'une compensation. En attendant la mise en place d'un réel changement paradigmatique au niveau de la phase d'exécution dans le cadre des différends à l'OMC, il serait possible dans l'intervalle de réformer ce système afin de le rendre plus en phase avec la réalité actuelle du commerce international. Que ce soit par la voie juridictionnelle, ou encore par le biais d'une interprétation multilatérale contraignante, la notion « d'annulation ou de réduction d'avantages » pourrait être redéfinie afin de ne plus être basée sur les données brutes d'exportation, mais bien sur la valeur qui est effectivement ajoutée sur le territoire du Membre plaignant. Ainsi empêcher la partie plaignante de pouvoir appliquer des contre-mesures à un niveau supérieur à celui représentant sa réelle participation économique au processus de production du bien ou du service affecté résulterait nécessairement en des contre-mesures plus justes : d'une part la partie plaignante ne serait plus en mesure d'employer une voie de recours pour un dommage qu'elle ne subit pas réellement, d'autre part en diminuant l'amplitude des contre-mesures, on se trouve également à diminuer les effets sur les Membres tiers, c'est-à-dire les Membres qui ne sont pas parties au litige mais qui contribuent à la chaîne de valeur du bien ou du service visé par la contre-mesure.

L'analyse que nous avons menée relativement au degré d'adéquation des contre-mesures prévues par le système OMC et la réalité contemporaine du commerce international aura, au final, focalisée en bonne partie sur le vice méthodologique qui découle de l'attribution à un seul Membre de l'entièreté de la valeur ajoutée. Ce faisant, nous avons concentré l'examen sur les effets pour les pays, lesquels sont à titre de membres l'OMC les seules entités pouvant

recourir au mécanisme de règlement des différends prévu sous les auspices de cette organisation internationale. Or, il va sans dire qu'il eut aussi été de grande pertinence d'employer les développements récents survenus dans la science économique afin de répondre à la problématique que nous avons soulevée dans le cadre du présent mémoire en empruntant la perspective des principaux acteurs du commerce international, les firmes multinationales. Compte tenu des constats auxquels nous sommes parvenus, il nous semble tout à fait légitime – et même essentiel – de se questionner sur le degré de compatibilité des prémisses sur lesquelles est fondé le système de règlement des différends de l'OMC eu égard à la façon dont les opérateurs économiques œuvrent sur le terrain. Il nous appert à cet égard primordial que nous approfondissions notre compréhension de la réaction des firmes aux mesures restrictives au commerce ainsi qu'aux contre-mesures. Parviennent-elles à réorganiser leur chaîne de valeur et ainsi contourner les barrières commerciales qu'érigent les pays dans le cadre des relations qu'ils entretiennent? En ce sens, lorsque le commerce entre deux Membres est affecté par une mesure, est-ce à juste titre qu'il y a lieu de considérer que les flux commerciaux entravés sont perdus? Il n'y aurait-il en revanche pas lieu de tenir compte du dynamisme qui caractérise le commerce international et qui amène les opérateurs économiques à réagir promptement à tout changement de circonstances pouvant survenir? Chose certaine, la réflexion sur cette question est bel et bien entamée depuis un certain temps déjà<sup>529</sup> et il y aura assurément lieu de la compléter dans le cadre de toute réforme du système de règlement des différends de l'OMC qui pourrait survenir éventuellement.

Les contre-mesures ne sont assurément pas le seul pan du droit de l'OMC qui repose sur une conception surannée du commerce international. Plus de 20 ans après l'entrée en vigueur des accords de l'OMC un réexamen holistique des disciplines prévues par le cadre commercial multilatéral s'impose. Le cadre normatif dont s'est doté la communauté internationale doit en effet être revu et corrigé à la lumière de changements survenus dans la sphère économique sous peine de sombrer dans la désuétude et l'inefficacité. Plus globalement, les fondements économiques de certains volets du droit international économique doivent être entièrement repensés. Les accords de protection et de promotion des investissements étrangers génèrent-

---

<sup>529</sup> Voir par ex Jason Bernstein et David Skully, « Calculating Trade Damages in the Context of the World Trade Organization's Dispute Settlement Process » (2003) 25:2 R Agricultural Economics 385.

ils par exemple réellement une hausse de l'investissement direct étranger parmi leurs signataires<sup>530</sup>? En l'absence de données empiriques probantes à cet effet, est-il toujours opportun de justifier la conclusion de tels accords sur des considérations non-avérées? Dans le domaine de recours commerciaux, à la lumière du constat que les mesures anti-dumping ne remplissent par leur fonction originelle de protection face à la prédation de la part des producteurs étrangers<sup>531</sup>, un questionnement relatif à l'encadrement et au maintien de ces mesures de politique commerciale est essentiel.

Il appartiendra en définitive aux commentateurs de continuer à alimenter la réflexion sur la pertinence et la cohérence de certains volets du droit international économique. Le questionnement systémique entamé dans le cadre du présent mémoire devra être impérativement poursuivi plus tôt que tard. Il sera à cet égard essentiel que les parties prenantes restent alerte aux changements pouvant survenir au sein de la matière régie, à savoir l'économie mondiale. Nous ignorons l'ampleur des changements qu'entraînera la quatrième révolution industrielle<sup>532</sup>. Il est cependant certain que lorsque les effets de cette dernière se feront sentir de façon plus généralisée, il deviendra nécessaire d'évaluer quelles conséquences entraînent le maintien de règles négociées dans un autre contexte et à une autre époque.

---

<sup>530</sup> Sur cette question, voir par ex Sarah Bauerle Danzman, « Contracting with Whom? The Differential Effects of Investment Treaties on FDI » (2016) 42:3 Intl Interactions 452.

<sup>531</sup> Voir notamment Chad P Bown et Rachel McCulloch, « Antidumping and Market Competition: Implications for Emerging Economies » (2015) European University Institute: Robert Schuman Centre for Advanced Studies Global Governance Programme, Document de travail, RSCAS 2015/76.

<sup>532</sup> « L'industrie 4.0, appelée également usine du futur ou quatrième révolution industrielle, se caractérise fondamentalement par une automatisation intelligente et par une intégration de nouvelles technologies à la chaîne de valeur de l'entreprise. Il s'agit d'une transformation numérique qui bouleverse l'entreprise manufacturière en apportant des changements radicaux non seulement aux systèmes et processus, mais également aux modes de gestion, aux modèles d'affaires et à la main-d'œuvre. » Québec, Ministère de l'Économie et de l'Innovation, *Industrie 4.0 : les défis de la quatrième révolution industrielle*, en ligne <<https://www.economie.gouv.qc.ca/bibliotheques/outils/gestion-dune-entreprise/industrie-40/industrie-40-les-defis-de-la-quatrieme-revolution-industrielle/>>.

# Bibliographie

## LÉGISLATION

### I. Canada

*Loi sur les mesures spéciales d'importation*, LRC 1985, c S-15.

*Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, SRC 1985, c 47 (4<sup>e</sup> supp).

### II. Union européenne

CE, *Règlement no 404/93 du Conseil du 13 février 1993 portant organisation commune des marchés dans le secteur de la banane*, JO, 25 février 1993, L 047.

UE, *Règlement délégué 2015/2446 de la Commission du 28 juillet 2015 complétant le règlement (UE) n° 952/2013 du Parlement européen et du Conseil au sujet des modalités de certaines dispositions du code des douanes de l'Union*, [2015] JO, 29 décembre 2015, L 343/1.

UE, *Règlement no 952/2013 du Parlement européen et du Conseil du 9 octobre 2013 établissant le code des douanes de l'Union*, [2013] JO, 10 octobre 2013, L 269/1.

## TRAITÉS ET TEXTES NORMATIFS

*Accord de libre-échange canadien*, 7 avril 2017, en ligne : ALEC <<https://www.cfta-alec.ca/accord-de-libre-echange-canadien-2/?lang=fr>> (entrée en vigueur : 1<sup>er</sup> juillet 2017).

*Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis et le gouvernement du Mexique*, 17 décembre 1992, RT Can 1994 n° 2, 32 ILM 289 (entré en vigueur : 1<sup>er</sup> janvier 1994).

*Accord de Georgetown relatif à l'organisation du groupe des États d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique*, 6 juin 1975, 1247 RTNU 147 (entrée en vigueur : 12 février 1976).

*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1867 RTNU 165 (entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1995).

*Accord général sur le commerce des services*, Annexe 1B de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, 15 avril 1994, 1869 RTNU 219 (entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1995).

*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, 30 octobre 1947, 58 RTNU 187 (entrée en vigueur : 1<sup>er</sup> janvier 1948).

*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994*, Annexe 1A de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce 15 avril 1994, 1867 RTNU 192 (entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1995).

*Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement*, 14 septembre 1993, 32 ILM 1480 (entré en vigueur : 1<sup>er</sup> janvier 1994).

*Accord relatif à la banque internationale pour la reconstruction et le développement*, 27 novembre 1945, 2 RTNU 135 (entrée en vigueur : 27 décembre 1945).

*Accord relatif au fonds monétaire international*, 27 novembre 1945, 2 RTNU 41 (entrée en vigueur : 27 décembre 1945).

*Accord sur la mise en œuvre de l'article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994*, 15 avril 1994, 1868 RTNU 226 (entrée en vigueur : 1<sup>er</sup> janvier 1995).

*Accord sur la Mise en Œuvre de l'Article VII de l'Accord Général sur les Tarifs Douaniers et le Commerce de 1994*, Annexe 1A de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, 15 avril 1994, 1868 RTNU 226 (entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1995).

*Accord sur les aspects de droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, Annexe 1C de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, 15 avril 1994, 1869 RTNU 332 (entrée en vigueur : 1<sup>er</sup> janvier 1995).

*Accord sur les subventions et les mesures compensatoires*, Annexe 1A de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, 15 avril 1994, 1869 RTNU 57 (entrée en vigueur : 1<sup>er</sup> janvier 1995).

*Accord sur les règles d'origine*, Annexe 1A de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, 15 avril 1994, 1868 RTNU 410 (entrée en vigueur : 1<sup>er</sup> janvier 1995).

*Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945, RT Can 1945 n°7 (entrée en vigueur : 24 octobre 1945).

*Convention ACP-CEE de Lomé*, 28 février 1975, [1976] JO L 25/2 (entrée en vigueur : 1<sup>er</sup> avril 1976).

*Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 RTNU 354 (entrée en vigueur : 27 janvier 1980).

*Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, 10 juin 1958, 330 RTNU 3 (entrée en vigueur le 7 juin 1959).

*Deuxième Convention ACP-CEE*, 31 octobre 1979, 1278 RTNU 3 (entrée en vigueur : 1<sup>er</sup> janvier 1981).

*Mémoire 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, 1869 RTNU 426, 33 ILM 1226 (entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1995).

*Protocole portant amendement de l'Accord sur les marchés publics*, 30 mars 2012, RT Can 2014 n° 12 (entrée en vigueur : 6 avril 2014).

*Quatrième Convention ACP-CEE*, 15 décembre 1989, 1925 RTNU 3 (entrée en vigueur : 1<sup>er</sup> septembre 1991).

*Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (version consolidée)*, 25 mars 1957, [2012] JO, C 326/47 (entrée en vigueur 1<sup>er</sup> janvier 1958).

*Troisième Convention ACP-CEE*, 8 décembre 1984, 1923 RTNU 3 (entrée en vigueur : 1<sup>er</sup> mai 1986).

## DOCUMENTS GOUVERNEMENTAUX

- Affaires mondiales Canada, *Commerce des services : Aperçu des modes de fourniture*, en ligne : <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/wto-omc/gats-agcs/modes.aspx?lang=fra>>.
- États-Unis, Bureau of Transportation Statistics, *Maritime Trade and Transportation by the Numbers*, en ligne : United State Department of Transportation, en ligne: <[https://www.rita.dot.gov/bts/sites/rita.dot.gov/bts/files/publications/by\\_the\\_numbers/maritime\\_trade\\_and\\_transportation/index.html](https://www.rita.dot.gov/bts/sites/rita.dot.gov/bts/files/publications/by_the_numbers/maritime_trade_and_transportation/index.html)>.
- Ministère des Finances du Canada, *Contre-mesures en réponse aux tarifs injustifiés appliqués sur l'acier et l'aluminium provenant du Canada*, en ligne : <<https://www.fin.gc.ca/access/tt-it/cacsap-cmpcaa-1-fra.asp>>.
- Québec, Ministère de l'Économie et de l'Innovation, *Industrie 4.0 : les défis de la quatrième révolution industrielle*, en ligne <<https://www.economie.gouv.qc.ca/bibliotheques/outils/gestion-dune-entreprise/industrie-40/industrie-40-les-defis-de-la-quatrieme-revolution-industrielle/>>.
- Statistiques Canada, *Investissement direct étranger, 2015*, en ligne : Statistiques Canada : <<http://www.statcan.gc.ca>>.
- United States Department of Commerce, International Trade Administration, Mexico Retaliation : NAFTA Trucking Dispute (16 mars 2009), en ligne : ITA <[http://www.trade.gov/mas/ian/build/groups/public/@tg\\_ian/documents/webcontent/tg\\_ian\\_002692.pdf](http://www.trade.gov/mas/ian/build/groups/public/@tg_ian/documents/webcontent/tg_ian_002692.pdf)>.

## DOCUMENTS D'ORGANISATIONS INTERNATIONALES

### **Banque mondiale**

- Banque mondiale, « PIB par habitant, (\$ PPA internationaux courants) », en ligne : Banque Mondiale <<https://donnees.banquemondiale.org/indicateur/NY.GDP.PCAP.PP.CD>>.

### **CDI**

- « Comptes rendus analytiques des séances de la quarante-huitième session » (Doc NU A/51/10) dans *Annuaire de la Commission du droit international 1996*, vol 2, partie 2, New York et Genève, NU, Doc NU, 1998 à la p 164 para 58 et à la 165 para 63 (A/CN.4/SER.A/1996/Add.1) (Part 2).
- « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-septième session (2 mai-21 juillet 1995)» (Doc A/50/10) dans *Annuaire de la Commission de droit international 1995*, vol 2, partie 2, New York et Genève, NU, 1998, Doc A/CN.4/SER.A/1995/Add.1 (Part 2).

### **CNUCED**

- CNUCED, *Quantitative data on bilateral investment treaties and double taxation treaties*, en ligne : <[http://unctad.org/en/Pages/DIAE/International%20Investment%20Agreements%20\(II](http://unctad.org/en/Pages/DIAE/International%20Investment%20Agreements%20(II)



A)/Quantitative-data-on-bilateral-investment-treaties-and-double-taxation-treaties.aspx>.

CNUCED, *World Investment Report 2013: Global Value Chains: Investment and Trade for Development*, United Nations Publications, 2013 à la p 122, en ligne : UNCTAD

<<http://unctad.org/en/Pages/DIAE/World%20Investment%20Report/WIR-Series.aspx>>

CNUCED, *World Investment Report 2016: Investor Nationality: Policy Challenges*, United Nations Publications, 2016 à la p 130, en ligne : UNCTAD

<<http://unctad.org/en/pages/PublicationWebflyer.aspx?publicationid=1555>>.

## **FAO**

Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO), *L'économie mondiale de la banane : 1985-2002*, par Pedro Arias et al, Rome, Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture, 2004 au ch 6.1, en ligne : FAO  
<<http://www.fao.org/docrep/007/y5102f/y5102f00.htm>>.

## **GATT**

GATT, *Classification sectorielle des services : Note du secrétariat*, GATT Doc MTN.GNS/W/120 (1991), en ligne : <[docs.wto.org](http://docs.wto.org)> .

GATT, *Focus : Bulletin d'information*, n° 107, mai 1994, en ligne : <<https://docs.wto.org/gattdocs/r/GG/GATTFOCUS/107.pdf>>.

GATT, *Quatrième Convention ACP-CEE de Lomé : Décision du 9 décembre 1994* (1994), GATT Doc L/7604, en ligne : OMC <[www.wto.org](http://www.wto.org)>.

GATT, *Traitement différencié et plus favorable, réciprocité, et participation plus complète des pays en voie de développement*, GATT PC Déc L/4903, 35<sup>e</sup> sess, supp n° 26 IBDD (1979) 223.

GATT, Committee on Trade and Development, *Record of discussions of the meeting of the ad hoc group on legal amendments to the General Agreement Held 11-15 October 1965*, GATT Doc COM.TD/F/3.

*Restrictions à l'importation de produits laitiers aux États-Unis – Suspension d'obligations par le Royaume des Pays-Bas*, PC Rés L/590, 11<sup>e</sup> sess, supp n° 5 IBDD (1956) 29.

*Restrictions à l'importation de produits laitiers aux États-Unis – Suspension d'obligations par le Royaume des Pays-Bas*, PC Rés L/754, 12<sup>e</sup> sess, supp n° 6 IBDD (1957) 14.

*Restrictions à l'importation de produits laitiers aux États-Unis – Suspension de certaines obligations du Royaume des Pays-Bas*, PC Rés L/918, 13<sup>e</sup> sess, supp n° 7 (1958) 24.

*Suspension par le Royaume des Pays-Bas d'obligations envers les États-Unis d'Amérique*, GATT PC Rés L/464, 10<sup>e</sup> sess, supp n° 4 IBDD (1955) 35.

## **OCDE**

OCDE et OMC, *Statistiques sur les échanges en valeur ajoutée*, en ligne : OCDE  
<<http://stats.oecd.org/>>.

OCDE, « Concurrence fiscale : comment rester compétitif » dans OCDE, *Études économiques de l'OCDE*, Royaume-Uni, Éditions OCDE, 2007, en ligne : OCDE  
<[http://dx.doi.org/10.1787/eco\\_surveys-gbr-2007-7-fr](http://dx.doi.org/10.1787/eco_surveys-gbr-2007-7-fr)>.

## OMC

### I. Communications dans le cadre de différends

- Brésil — Programme de financement des exportations pour les aéronefs (Plainte du Canada)* (1999), OMC Doc WT/DS46/16 (Recours du Canada à l'article 4.10 de l'Accord SMC et à l'article 22:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends).
- Canada — Crédits à l'exportation et garanties de prêts accordés pour les aéronefs régionaux (Plainte du Brésil)* (2003), OMC Doc WT/DS222/7 (Recours du Brésil à l'article 4.10 de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires et à l'article 22:2 du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends).
- Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes (Plaintes de l'Équateur, du Guatemala, du Honduras, du Mexique et des États-Unis)*, (1999) OMC Doc WT/DS27/43 (Recours des États-Unis à l'article 22:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends).
- Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes (Plaintes de l'Équateur, du Guatemala, du Honduras, du Mexique et des États-Unis)*, (1999) OMC Doc WT/DS27/52 (Recours de l'Équateur à l'article 22:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends).
- Communautés européennes - Mesures concernant les viandes et les produits carnés (Plainte du Canada)* (1999), OMC Doc WT/DS48/17 (Recours du Canada à l'article 22:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends).
- États-Unis — Traitement fiscal des “sociétés de ventes à l'étranger” (Plainte des Communautés européennes)* (2000), OMC Doc WT/DS108/13 (Recours des Communautés européennes à l'article 4.10 de l'Accord SMC et à l'article 22:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends).
- États-Unis — Loi antidumping de 1916 (Plainte des Communautés européennes)* (2002), OMC Doc WT/DS136/15 (Recours des Communautés européennes à l'article 22:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends).
- États-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et du maintien de la subvention (Plaintes de l'Australie, du Brésil, du Chili, des Communautés européennes, de l'Inde, de l'Indonésie, du Japon, de la République de Corée et de la Thaïlande)* (2004), OMC Doc, WT/DS217/20 (Recours du Brésil à l'article 22:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends).
- États-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et du maintien de la subvention (Plaintes de l'Australie, du Brésil, du Chili, des Communautés européennes, de l'Inde, de l'Indonésie, du Japon, de la République de Corée et de la Thaïlande)* (2004), OMC Doc, WT/DS217/21 (Recours du Chili à l'article 22:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends).
- États-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et du maintien de la subvention (Plaintes de l'Australie, du Brésil, du Chili, des Communautés européennes, de l'Inde, de l'Indonésie, du Japon, de la République de Corée et de la Thaïlande)* (2004), OMC Doc, WT/DS217/22 (Recours des

- Communautés européennes à l'article 22:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends).
- États-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et du maintien de la subvention (Plaintes de l'Australie, du Brésil, du Chili, des Communautés européennes, de l'Inde, de l'Indonésie, du Japon, de la République de Corée et de la Thaïlande)* (2004), OMC Doc, WT/DS217/23 (Recours de l'Inde à l'article 22:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends).
- États-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et du maintien de la subvention (Plaintes de l'Australie, du Brésil, du Chili, des Communautés européennes, de l'Inde, de l'Indonésie, du Japon, de la République de Corée et de la Thaïlande)* (2004), OMC Doc, WT/DS217/24 (Recours du Japon à l'article 22:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends).
- États-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et du maintien de la subvention (Plaintes de l'Australie, du Brésil, du Chili, des Communautés européennes, de l'Inde, de l'Indonésie, du Japon, de la République de Corée et de la Thaïlande)* (2004), OMC Doc, WT/DS217/25 (Recours de la Corée à l'article 22:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends).
- États-Unis – Subventions concernant le coton Upland (Plainte du Brésil)* (2005), OMC Doc WT/DS267/21 (Recours du Brésil à l'article 4.10 de l'Accord SMC et à l'article 22:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends).
- États-Unis – Subventions concernant le coton Upland (Plainte du Brésil)* (2005), OMC Doc WT/DS267/26 (Recours du Brésil à l'article 7.9 de l'Accord SMC et à l'article 22:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends).
- États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris – Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends (Plainte d'Antigua et Barbuda)* (2007), OMC Doc WT/DS285/22 (Recours d'Antigua-et-Barbuda à l'article 22:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends).
- États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris : Communication présentée par Antigua-et-Barbuda*, OMC Doc WT/DS285/26.
- États-Unis – Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon (Plainte du Mexique)* (2016), OMC Doc WT/DS381/29 (Recours du Mexique à l'article 22:2 du Mémoire d'accord).
- États-Unis – Certaines prescriptions en matière d'étiquetage indiquant le pays d'origine (EPO)* (Plainte du Canada) (2015), OMC Doc WT/DS384/25 (Mémoire d'accord entre les États-Unis et le Canada concernant des procédures au titre des articles 21 et 22 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends)
- États-Unis – Certaines prescriptions en matière d'étiquetage indiquant le pays d'origine (EPO)* (Plainte du Canada) (2015), OMC Doc WT/DS384/35 (Recours du Canada à l'article 22:2 du Mémoire d'accord).
- États-Unis – Certaines prescriptions en matière d'étiquetage indiquant le pays d'origine (EPO)* (Plainte du Mexique) (2015), OMC Doc WT/DS386/34 (Recours du Mexique à l'article 22:2 du Mémoire d'accord).

## II. Autres documents

- OMC, *Accords commerciaux : faits et chiffres*, en ligne : OMC <[https://www.wto.org/french/tratop\\_f/region\\_f/regfac\\_f.htm](https://www.wto.org/french/tratop_f/region_f/regfac_f.htm)>.
- OMC, *Anti-dumping Measures : By Reporting Member 01/01/1995-31/12/2017*, OMC Doc, en ligne : <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/adp\\_e/AD\\_MeasuresByRepMem.pdf](https://www.wto.org/english/tratop_e/adp_e/AD_MeasuresByRepMem.pdf)>.
- OMC, *Countervailing Measures: By Exporter 01/01/1995 - 31/12/2017*, OMC Doc, en ligne : <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/scm\\_e/CV\\_MeasuresByExpCty.pdf](https://www.wto.org/english/tratop_e/scm_e/CV_MeasuresByExpCty.pdf)>.
- OMC, *Fabriqué dans le monde*, en ligne : OMC <[https://www.wto.org/french/res\\_f/statis\\_f/miwi\\_f/miwi\\_f.htm](https://www.wto.org/french/res_f/statis_f/miwi_f/miwi_f.htm)>.
- OMC, *L'examen statistique du commerce mondial 2016*, Genève, 2016, en ligne : OMC <[wto.org](https://www.wto.org)>.
- OMC, *Liste chronologique des différends*, en ligne: <[https://www.wto.org/french/tratop\\_f/dispu\\_f/dispu\\_status\\_f.htm](https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/dispu_status_f.htm)>.
- OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2014 : Commerce et développement: tendances récentes et rôle de l'OMC*, Genève, 2014, en ligne : OMC <<https://www.wto.org>>.
- OMC, *Rapport sur le Commerce mondial 2017*, Genève, 2017, en ligne : OMC <<https://www.wto.org>>.
- OMC, *Renseignements techniques sur les règles d'origine*, en ligne : OMC <[wto.org](https://www.wto.org)>.
- OMC, *Safeguard Measures by Reporting Member : Period: 01/01/1995 to 31/12/2017*, OMC Doc, en ligne OMC <[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/safeg\\_e/SG-MeasuresByRepMember.pdf](https://www.wto.org/english/tratop_e/safeg_e/SG-MeasuresByRepMember.pdf)>.
- OMC, Comité des règles d'origine, *Rapport (1995) du Comité des règles d'origine au Conseil du commerce des marchandises*, OMC Doc G/L/36, en ligne : OMC <[docs.wto.org](https://www.wto.org)>.
- OMC, Comité des règles d'origine, *Rapport (2015) du Comité des règles d'origine au Conseil du commerce des marchandises*, OMC Doc G/L/1127, en ligne : OMC <[docs.wto.org](https://www.wto.org)>.
- OMC, Conférence ministérielle (quatrième session), *Déclaration ministérielle*, OMC Doc WT/MIN(01)/DEC/1, Doha, 14 novembre 2001.
- OMC, Organe de règlement des différends (session extraordinaire), *Négociations concernant le Mémoire d'accord sur le règlement des différends : Proposition du Groupe africain*, OMC Doc TN/DS/W/15.
- OMC, Organe de règlement des différends (session extraordinaire), *Négociations concernant le Mémoire d'accord sur le règlement des différends : Proposition du Groupe des PMA*, OMC Doc TN/DS/W/17.
- OMC, Organe de règlement des différends (session extraordinaire), *Négociations sur les améliorations et clarifications à apporter au Mémoire d'accord sur le règlement des différends : Proposition du Mexique*, OMC Doc TN/DS/W/23.
- OMC, Organe de règlement des différends (session extraordinaire), *Texte de propositions du Groupe africain concernant les négociations sur le mémorandum d'accord sur le règlement des différends : Communication du Kenya*, OMC Doc TN/DS/W/42.
- OMC, Organe de règlement des différends (session extraordinaire), *Texte de propositions du Groupe africain concernant les négociations sur le Mémoire d'accord sur le règlement des différends : Communication de la Côte d'Ivoire*, OMC Doc TN/DS/W/92.

## ONU

*Création d'une commission du droit international*, Rés A/RES/174(II), Doc off AG NU, 123<sup>e</sup> sess plénière (1947).

*Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international*, Rés AG 3201 (S-VI), Doc off AG NU, 6<sup>e</sup> sess extraordinaire, Doc NU A/9556 (1974) 3.

*Programme d'action concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international*, Rés AG 3202 (S-VI), Doc off AG NU, 6<sup>e</sup> sess extraordinaire, Doc NU A/9556 (1974) 5.

*Responsabilité de l'État pour faite internationalement illicite*, Rés. AG/56/83, Doc Off AG NU, 56<sup>eme</sup> sess, supp. n°49 Doc NU A/56/49 (2001).

*Vers un nouvel ordre économique international*, Rés AG 67/217, Doc off AG NU, 67<sup>e</sup> sess, Doc NU A/67/439/Add.1 proj de rés.

## JURISPRUDENCE

### JURISPRUDENCE : JURIDICTIONS INTERNATIONALES

*Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c États-Unis d'Amérique)*, [1986] CIJ rec 14.

*Affaire Haya de la Torre (Colombie c Pérou)*, [1951] CIJ rec 71.

*Affaire relative à la sentence arbitrale du 31 juillet 1989 (Guinée-Bissau c Sénégal)*, [1991] CIJ Rec 53.

*Affaire relative à l'usine de Chorzów (Allemagne c Pologne) (1928)*, CPJI (sér A) n°13.

*Affaire relative au Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie c Slovaquie)*, arrêt, [1997] CIJ rec 7.

*Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Avis consultatif, [2004] CIJ rec 136.

*Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c Nicaragua)*, [2009] CIJ rec 213.

*Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran (États-Unis d'Amérique c Iran)*, [1980] CIJ rec 3.

*Statut de la Carélie orientale (1923)*, Avis consultatif CPJI (sér B) n°5.

*Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c Uruguay)*, [2010] CIJ rec 14.

### JURISPRUDENCE : DÉCISIONS ARBITRALES

*Affaire concernant l'Accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les États-Unis d'Amérique et la France*, [1978] RSA vol XVIII 417.

*Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol (Espagne c Royaume-Uni)*, [1925] RSA vol II 615.

*Archer Daniels Midland Company/ Tate & Lyle Ingredients Inc v The United Mexican States* (Affaire CIRDI N° ARB(AF)/04/05), Award, 21 novembre 2007.  
*Corn Products International v The United Mexican States* (Affaire CIRDI N° ARB(AF)/04/01) Decision on Responsibility, 15 janvier 2008.  
*Responsabilité de l'Allemagne à raison des dommages causés dans les colonies portugaises du sud de l'Afrique (sentence sur le principe de la responsabilité) (Portugal c Allemagne)* [1928] RSA vol II 1011.

#### JURISPRUDENCE : ALÉNA

*Re Cross-Border Trucking Services (Mexique c États-Unis)* (2001), USA-MEX-98-2008-01 (Groupe spécial c 20), en ligne : Secrétariat de l'ALÉNA <<https://www.nafta-sec-alena.org>>.

#### JURISPRUDENCE : GATT

*Affaire des produits laitiers, Mesures prises par les Pays-Bas en conformité du paragraphe 2 de l'article XXIII à l'effet de suspendre des obligations envers les États-Unis d'Amérique (Plainte des États-Unis)* (1952), GATT Doc. L/61, Supp. n° 1 IBDD (1953) 66.  
*CEE — Régimes d'importation applicables aux bananes dans les États membres (Plainte de la Colombie, du Costa Rica, du Guatemala, du Nicaragua et du Venezuela)* (1993), GATT Doc DS32/R (Rapport du groupe spécial du GATT non-adopté), en ligne : OMC <[wto.org](http://wto.org)>.  
*CEE — Régime d'importation applicable aux bananes (Plainte de la Colombie, du Costa Rica, du Guatemala, du Nicaragua et du Venezuela)* (1994), GATT Doc DS38/R (Rapport du groupe spécial du GATT non-adopté), en ligne : OMC <[wto.org](http://wto.org)>.  
*États-Unis - Mesures commerciales affectant le Nicaragua (Plainte du Nicaragua)* (1986), GATT Doc L/6053 (Rapport du groupe spécial non-adopté) en ligne : OMC <[www.wto.org](http://www.wto.org)>.

#### JURISPRUDENCE : OMC

*Australie — Certaines mesures concernant les marques de fabrique ou de commerce, les indications géographiques et autres prescriptions en matière d'emballage neutre applicables aux produits du tabac et à leur emballage (Indonésie) (Plainte de l'Indonésie)* (2018), OMC Doc WT/DS435/R, WT/DS441/R WT/DS458/R, WT/DS467/R (Rapport du groupe spécial).  
*Brésil — Programme de financement des exportations pour les avions (Plainte du Canada)* (1999), OMC Doc WT/DS46/R (Rapport du groupe spécial).

- Canada – Certaines mesures affectant l'industrie automobile (Plainte du Japon) (Plainte des Communautés européennes)* (2000), OMC Doc WT/DS139/R, WT/DS142/R (Rapport du Groupe spécial).
- Canada — Crédits à l'exportation et garanties de prêts accordés pour les aéronefs régionaux – Recours du Canada à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends et de l'article 4.11 de l'Accord SMC (Plainte du Brésil)* (2003), OMC Doc WT/DS222/ARB (Décision de l'arbitre).
- Chine — Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissement audiovisuels (Plainte des États-Unis)* (2009), OMC Doc WT/DS363/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel),
- Communautés européennes - Mesures concernant les viandes et les produits carnés – Recours des Communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends (Plainte des États-Unis)* (1999), OMC Doc WT/DS26/ARB (Décision des arbitres).
- Communautés européennes — Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes (Plaintes de l'Équateur, du Guatemala, du Honduras, du Mexique et des États-Unis)* (1997), OMC Doc WT/DS27/R/USA, WT/DS27/R/MEX, WT/DS27/R/ECU, WT/DS27/R/GTM ; WT/DS27/R/HND (Rapports du groupe spécial).
- Communautés européennes — Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes (Plaintes de l'Équateur, du Guatemala, du Honduras, du Mexique et des États-Unis)* (1997), OMC Doc WT/DS27/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).
- Communautés européennes — Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes – Arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (Plaintes de l'Équateur, du Guatemala, du Honduras, du Mexique et des États-Unis)* (1998), OMC Doc WT/DS27/15 (Décision de l'arbitre).
- Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes – Recours des Communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends (Plainte des États-Unis)*, (1999) OMC Doc WT/DS27/ARB (Décision de l'arbitre).
- Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes – Recours des Communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends (Plainte de l'Équateur)*, (2000) OMC Doc WT/DS27/ARB/ECU (Décision de l'arbitre).
- Communautés européennes — Subventions à l'exportation de sucre (Plaintes de l'Australie, du Brésil et de la Thaïlande)* (2005), OMC Doc WT/DS265/AB/R, WT/DS266/AB/R, WT/DS283/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).
- Communautés européennes — Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones) – Recours des Communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends (Plainte du Canada)* (1999), OMC Doc WT/DS48/ARB (Décision de l'arbitre).

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

*Corée — Mesures affectant les marchés publics (Plainte des États-Unis)* (1999), OMC Doc WT/DS163/R au n°7.96 (Rapport du groupe spécial).

*États-Unis — Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules (Plainte de la République Bolivarienne du Venezuela)* (1996), OMC Doc WT/DS2/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).

*États-Unis — Mesure affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés en provenance d'Inde (Plainte de l'Inde)* (1997), OMC Doc WT/DS33/R au para 3.4 (Rapport du groupe spécial).

*États-Unis — Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes – Recours de la Malaisie à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends (Plaintes de l'Inde, de la Malaisie, du Pakistan et de la Thaïlande)* (2001), OMC Doc WT/DS58/AB/RW (Rapport de l'Organe d'appel).

*États-Unis — Loi antidumping de 1916 – Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends (Plainte des Communautés européennes)* (2004), OMC Doc WT/DS136/ARB (Décision des arbitres).

*États-Unis — Traitement fiscal des “sociétés de ventes à l'étranger” – Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends et de l'article 4.11 de l'Accord SMC (Plainte des Communautés européennes)* (2002), OMC Doc WT/DS108/ARB (Décision de l'arbitre).

*États-Unis – Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur (Plainte de Communautés européennes)* (1999), OMC Doc WT/DS152/R (Rapport du groupe spécial).

*États-Unis – Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur (Plainte des Communautés européennes) – Recours à l'arbitrage au titre de l'article 25 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends* (2001), OMC Doc WT/DS160/ARB25/1 au para 3.18 (Décision de l'arbitre).

*États-Unis — Mesures à l'importation de certains produits en provenance des Communautés européennes (Plainte des Communautés européennes)* (1999), OMC Doc WT/DS165/R (Rapport du groupe spécial).

*États-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et du maintien de la subvention – Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends (Plainte du Brésil)* (2004), OMC Doc, WT/DS217/ARB/BRA (Décisions de l'arbitre)

*États-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et du maintien de la subvention – Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends (Plainte du Chili)* (2004), OMC Doc, WT/DS217/ARB/CHL (Décisions de l'arbitre)

*États-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et du maintien de la subvention – Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends (Plainte des Communautés européennes)* (2004), OMC Doc, WT/DS217/ARB/EEC (Décisions de l'arbitre)



- États-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et du maintien de la subvention – Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends (Plainte de l'Inde) (2004), OMC Doc, WT/DS217/ARB/IND (Décisions de l'arbitre)*
- États-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et du maintien de la subvention – Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends (Plainte du Japon) (2004), OMC Doc, WT/DS217/ARB/JPN (Décisions de l'arbitre)*
- États-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et du maintien de la subvention – Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends (Plainte de la Corée) (2004), OMC Doc, WT/DS217/ARB/KOR (Décisions de l'arbitre)*
- États-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention – Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends (Plaintes du Canada et du Mexique) (2004), OMC Doc WT/DS234/ARB/CAN (Décision de l'arbitre).*
- États-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention – Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends (Plaintes du Canada et du Mexique) (2004), OMC Doc WT/DS234/ARB/MEX (Décision de l'arbitre).*
- États-Unis – Subventions concernant le coton Upland – Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends et de l'article 4.11 de l'Accord SMC (Plainte du Brésil) (2005), OMC Doc WT/DS267/ARB/1 (Décision de l'arbitre).*
- États-Unis – Subventions concernant le coton Upland – Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends et de l'article 7.10 de l'Accord SMC (Plainte du Brésil) (2005), OMC Doc WT/DS267/ARB/2 (Décision de l'arbitre)*
- États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris – Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends (Plainte d'Antigua et Barbuda) (2007), OMC Doc WT/DS285/ARB (Décision de l'arbitre).*
- États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris – Recours d'Antigua-et-Barbuda à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends (Plainte d'Antigua-et-Barbuda) (2007), OMC Doc WT/DS285/RW (Rapport du groupe spécial).*
- États-Unis – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones (Plainte des Communautés européennes), (2008), OMC Doc WT/DS320/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).*
- États-Unis – Mesures antidumping finales visant l'acier inoxydable en provenance du Mexique (Plainte du Mexique) (2008), OMC Doc WT/DS344/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).*
- États-Unis – Maintien en existence et application de la méthode de réduction à zéro (Plainte des Communautés européennes) (2009), OMC Doc WT/DS350/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).*
- États-Unis – Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon – Recours des États-Unis à l'article 22:6 du Mémoire*

- d'accord sur le règlement des différends (Plainte du Mexique)* (2017), OMC Doc WT/DS381/ARB (Décision de l'arbitre).
- États-Unis — Certaines prescriptions en matière d'étiquetage indiquant le pays d'origine (EPO) – Recours des États-Unis à l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends (Plaintes du Canada et du Mexique)* (2015), OMC Doc WT/DS384/ARB, WT/DS386/ARB (Décision de l'arbitre).
- États-Unis — Mesures affectant la production et la vente de cigarettes aux clous de girofle (Plainte de l'Indonésie)* (2012), OMC Doc WT/DS406/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).
- Guatemala — Enquête antidumping concernant le ciment Portland en provenance du Mexique (Plainte du Mexique)* (1998) OMC Doc WT/DS60/R (Rapport du groupe spécial).
- Inde — Droits additionnels et droits additionnels supplémentaires sur les importations en provenance des États-Unis (Plainte des États-Unis)* (2008), OMC Doc WT/DS360/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).
- Japon — Taxes sur les boissons alcooliques (Plaintes des Communautés européennes, du Canada et des États-Unis)* (1996), OMC Doc WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).
- Japon — Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs (Plainte des États-Unis)* (1998), OMC Doc WT/DS44/R au para 10.72 (Rapport du groupe spécial).
- Mexique — Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool et autres boissons (Plainte des États-Unis)*, (2006), OMC Doc WT/DS308/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).

#### DOCTRINE : MONOGRAPHIES

- Alexander, Kern. *Economic Sanctions Law and Public Policy*, Basingstoke (R-U), Palgrave Macmillan, 2009.
- Babu, R Rajesh. *Remedies under the WTO Legal System*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2012.
- Beaudreau, Bernard C. *Energy and the Rise and Fall of Political Economy*, Westport, Conn, Greenwood Press, 1999.
- Beaudreau, Bernard C. *Interregional and International Trade : a Network Approach*, Bernard C Beaudreau, 2008.
- Boisson de Chazournes, Laurence. *Les contre-mesures dans les relations internationales économiques*, Genève, Institut universitaire de hautes études internationales, 1993
- Brownlie, Ian. *Principles of Public International Law*, 7<sup>e</sup> éd, Oxford, Oxford University Press, 2008
- Carreau, Dominique et al. *Droit international économique*, 6<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz, 2017.
- Côté, Charles-Emmanuel. *La participation des personnes privées au règlement des différends internationaux économiques : l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC*, Bruxelles, Bruylant, 2007

- Crawford, James. *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite : introduction, texte et commentaires*, Paris, A Pedone, 2003.
- Dam, Kenneth W. *The GATT : Law and International Economic Organization*, Chicago, University of Chicago Press, 1970.
- Delich, Valentina. « Developing Countries and the WTO Dispute Settlement System » dans Bernard M Hoekman et al, dir, *Development, trade, and the WTO : a handbook*, Washington, DC, World Bank, 2002.
- Denis, Henri. *Histoire de la pensée économique*, Paris, Presses universitaires de France, 1999.
- Dörr, Oliver et Kirsten Schmalenbach, *Vienna Convention on the Law of Treaties A Commentary*, Berlin, Heidelberg, Springer Berlin Heidelberg, 2018.
- Dunning, John H. *International Production and the Multinational Enterprise*, Londres, Allen & Unwin, 1981.
- Dunning, John H et Sarianna M Lundan. *Multinational Enterprises and the Global Economy*, 2<sup>e</sup> éd, Cheltenham (R-U), Edward Elgar, 2008.
- Dupuy, Pierre-Marie et Yann Kerbrat. *Droit international public*, 12<sup>e</sup> éd, Dalloz, Paris, 2014
- Engels, Friedrich. *La situation de la classe laborieuse en Angleterre*, Chicoutimi, Bibliothèque Paul-Émile Boulet de l'Université du Québec à Chicoutimi, 2003, en ligne : Ariane <accès [http://classiques.uqac.ca/classiques/Engels\\_friedrich/situation/situation.html#Anchor-La-63642](http://classiques.uqac.ca/classiques/Engels_friedrich/situation/situation.html#Anchor-La-63642)>.
- Fulcher, James. *Capitalism : a Very Short Introduction*, Oxford, Oxford University Press, 2004
- Hamann, Andrea. *Le contentieux de la mise en conformité dans le règlement des différends de l'O.M.C.*, Leiden/Boston, Brill Nijhoff, 2014.
- Hart, Herbert. *The Concept of Law*, Birmingham, The Legal Classics Library, 1990.
- Hudec, Robert E. *The GATT Legal System and World Trade Diplomacy*, 2<sup>e</sup> éd, Salem (NH), Butterworth Legal Publishers, 1990
- Hudson, Heather E. *From rural village to global village : telecommunications for development in the information age*, Mahwah, NJ, Lawrence Erlbaum Associates, 2006.
- Jackson, John H. *The World Trading System : Law and Policy of International Economic Relations*, 2<sup>e</sup> éd, Cambridge, The MIT Press, 1997.
- Jackson, John Howard. *The jurisprudence of GATT and the WTO : insights on treaty law and economic relations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.
- Lesaffre, Hubert. *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, LGDJ, 2007.
- Limenta, Michelle Engel. *WTO Retaliation Effectiveness and Purposes*, Oxford, Hart Publishing, 2017.
- Piketty, Thomas. *Le capital au XXI<sup>e</sup> siècle*, Paris, Éditions du Seuil, 2013.

- Ricardo, David. *Des principes de l'économie politique et de l'impôt*, Chicoutimi, Bibliothèque Paul-Émile Boulet de l'Université du Québec à Chicoutimi, 2003, en ligne : Ariane <Accès direct [http://classiques.uqac.ca/classiques/ricardo\\_david/principes\\_eco\\_pol/principes\\_eco\\_pol.html](http://classiques.uqac.ca/classiques/ricardo_david/principes_eco_pol/principes_eco_pol.html)>.
- Rivier, Raphaële. *Droit international public*, 2e éd, Paris, Presses universitaires de France, 2013.
- Schermers, Henry G et Niels Blokker. *International institutional law : unity within diversity*, 5<sup>e</sup> ed, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2011.
- Serazzi, Fernando Gamboa. *Manual de derecho internacional público*, 3<sup>e</sup> éd, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 1986.
- Shadikhodjaev, Sherzod. *Retaliation in the WTO Dispute Settlement System*, Alphen-sur-le-Rhin (Pays-Bas), Kluwer Law International, 2009.
- Zoller, Elisabeth. *Peacetime Unilateral Remedies : An Analysis of Countermeasures*, Dobbs Ferry, NY, Transnational Publishers, 1984.

## DOCTRINE : ARTICLES

### I. Périodiques

- Abi-Saab, Georges « Fragmentation or unification: some concluding remarks.(The Proliferation of International Tribunals: Piecing Together the Puzzle) » (1999) 31:4 NYUJ Intl L & Pol 919.
- Ali-Yrkkö, Jyrki et al.« Who Captures Value in Global Supply Chains? Case Nokia N95 Smartphone » (2011) 11:3 J Industry, Competition & Trade 263
- Anderson, Kym. « Peculiarities of retaliation in WTO dispute settlement » (2002) 1:2 World Trade R 123.
- Barber, Clarence L « Canadian Tariff Policy » (1955) 21:4 Canadian J Economics Political Science 513.
- Bauerle Danzman, Sarah. « Contracting with Whom? The Differential Effects of Investment Treaties on FDI » (2016) 42:3 Intl Interactions 452
- Beaudreau, Bernard C. « Vertical Comparative Advantage » (2011) 25:3 Intl Trade J 305.
- Beaudreau, Bernard C. « What the OECD-WTO TiVA Data Tell Us about Comparative Advantage and International Trade in General » (2013) 27:5 Intl Trade J 465.
- Beaudreau, Bernard C. « Competitive and Comparative Advantage: Towards a Unified Theory of International Trade » (2016) 30:1 Intl Economic J.
- Bello, Judith Hippler. « National Sovereignty and Transnational Problem Solving » (1996) 18 Cardozo L Rev 1027.
- Bello, Judith Hippler. « The WTO Settlement Understanding: Less is More », (1996) 90 AJIL 416.

- Bernstein, Jason et David Skully. « Calculating Trade Damages in the Context of the World Trade Organization's Dispute Settlement Process » (2003) 25:2 R Agricultural Economics 385.
- Bezanson, Anna. « The Early Use of the Term Industrial Revolution » (1922) 36:2 QJ Economics 343.
- Bhala, Raj. « The myth about stare decisis and international trade law (Trilogy, part 1) » (1999) 14:4 Am U Intl L R 845.
- Bronckers, Marco et Freya Baetens. « Reconsidering financial remedies in WTO dispute settlement » (2013) 16:2 J Int Economic Law 281
- Busch, Marc L, Eric Reinhardt et Gregory Shaffer, « Does legal capacity matter? A survey of WTO Members » (2009) 8:4 World Trade R 559
- Cai, Phoenix X F. « Making WTO Remedies Work for Developing Nations: The Need for Class Actions » (2011) 25 Emory Intl L Rev 151.
- Calamita, N Jansen. « Countermeasures and jurisdiction: between effectiveness and fragmentation. » (2011) 42:2 Geo J Intl L 233.
- Charnovitz, Steve. « Rethinking WTO trade sanctions » (2001) 95:4 AJIL 792.
- Charnovitz, Steve. « What is International Economic Law? » (2011) 14:1 J Int Economic L 3.
- Choi, Won-Mog. « To Comply or Not to Comply?-Non-implementation Problems in the WTO Dispute Settlement System » (2007) 41:5 J World Trade 1043.
- Corden, W M. « The Structure of a Tariff System and the Effective Protective Rate » (1966) 74:3 J Political Economy 221
- Davey, William J. « Dispute settlement in GATT » (1987) 11:1 Fordham Intl LJ 51.
- Hafner, Gerhard. « Pros and Cons Ensuing from Fragmentation of International Law » (2003) 25 Mich J Int L 849.
- Hummels, David. « Transportation Costs and International Trade in the Second Era of Globalization » (2007) 21:3 J Economic Perspectives 131.
- Feenstra, Robert C. « Integration of Trade and Disintegration of Production in the Global Economy » (1998) 12:4 J Economic Perspectives 31.
- Fischer-Lescano, Andreas et Gunther Teubner. « Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law » (2003) 25 Mich J Intl L 999
- Franck, Thomas M. « On proportionality of countermeasures in international law » [2008] AJIL 71.
- Hummels, David, Jun Ishii et Kei-Mu Yi, « The Nature and Growth of Vertical Specialization in World Trade » (2001) 54:1 J Intl Economics 75.
- Josling, Timothy Edward. « Bananas and the WTO: Testing the New Dispute Settlement Process » dans Timothy Edward Josling et Timothy G Taylor, dir, *Banana Wars : the Anatomy of Trade Dispute*, California, Institute for International Studies Stanford University, 2003, 169.
- Josling, Timothy Edward et Timothy G Taylor. « Introduction » dans Timothy Edward Josling et Timothy G Taylor, dir, *Banana Wars : the Anatomy of Trade Dispute*, California, Institute for International Studies Stanford University, 2003, 1.
- Klemm, Alexander et Stefan Parys, « Empirical evidence on the effects of tax incentives » (2012) 19:3 Intl Tax & Public Finance 393.
- Koopman, Robert Zhi Whang et Shang-Jin Wei « Tracing Value-Added and Double Counting in Gross Exports » (2014) 104:2 American Economic R 459.

- Krugman, Paul, Richard Cooper et T Srinivasan. « Growing World Trade: Causes and Consequences » (1995) 1 *Brookings Papers on Economic Activity* 327.
- Kuyper, P J. « The law of GATT as a special field of international law \* : Ignorance, further refinement or self-contained system of international law? » (1994) 25 *Netherlands YB Intl L* 227.
- Losari, Junianto James et Michael Ewing-Chow. « A Clash of Treaties: The Lawfulness of Countermeasures in International Trade Law and International Investment Law » (2015) 16:2 *J World Investment & Trade* 274
- Leontief, Wassily. « Domestic Production and Foreign Trade; The American Capital Position Re-Examined » (1953) 97:4 *Proceedings American Philosophical Society* 332.
- Luanratana, Woraboon et Alessandro Romano. « Stare Decisis in the WTO: Myth, Dream, or a Siren's Song? » (2014) 48:4 *J World Trade* 773.
- McRae, Donald. « Measuring the Effectiveness of the WTO Dispute Settlement System » (2008) 3 *Asian J WTO & Intl Health L & Policy* 1.
- Madsen, Jakob. « Trade Barriers and the Collapse of World Trade During the Great Depression » (2001) 67:4 *Southern Economic J* 848.
- Marboe, Irmgard. « Compensation and Damages in International Law » (2006) 7:5 *J World Investment & Trade* 723.
- Marceau, Gabrielle et Julian Wyatt., « Dispute Settlement Regimes Intermingled: Regional Trade Agreements and the WTO » (2010) 1:1 *J Intl Dispute Settlement* 67.
- Martin, Antoine et Rorden Wilkinson. « Doha dead and buried in Nairobi: lessons for the WTO » (2017) 16:1 *J International Trade L & Policy* 49
- Maurer, Andreas et Christophe Degain. « Globalization and Trade Flows: What You See Is Not What You Get! » (2012) 3:03 *J Intl Commerce, Economics & Policy* 1.
- Mavroidis, Petros C. « Remedies in the WTO legal system: between a rock and a hard place » (2000) 11:4 *Eur J Intl L* 763
- Morgenthau, Hans. « Théorie des sanctions internationales » (1935) 16:3d *ser R Dr Intl & Législation Comp* 809.
- Paparinskis, Martins. « Investment arbitration and the law of countermeasures. » (2008) 79 *Brit YB Intl L* 264
- Paparinskis, Martins. « Circumstances Precluding Wrongfulness in International Investment Law » (2016) 31:2 *ICSID R* 484.
- Pauwelyn, Joost. « Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules are Rules-Toward a More Collective Approach » (2000) 94:2 *AJIL* 335.
- Pauwelyn, Joost. « The Role of Public International Law in the WTO: How far can we go? » (2001) *AJIL* 535.
- Pauwelyn, Joost « Bridging Fragmentation and Unity: International Law as a Universe of Inter-Connected Islands » (2003) 25 *Mich J Intl L* 903.
- Rhodes, Sylvia A. « The Article 21.5/22 Problem: Clarification Through Bilateral Agreements? » (2000) 3:3 *J Intl Econ L* 553.
- Ruffin, Roy J. « Tariffs, Intermediate Goods, and Domestic Protection » (1969) 59:3 *American Economic R* 261.
- Salas, Mauricio et John H Jackson. « Procedural Overview of the WTO EC-Banana Dispute » (2000) 3:1 *J Int Economic L* 145.
- Scully-Hill, Anne et Hans Mahncke. « The Emergence of the Doctrine of Stare Decisis in the World Trade Organization Dispute Settlement System » (2009) 36:2 *Leg Issues Economic Integration* 133.

- Schreuer, Christoph. « The Waning of the Sovereign State: Towards a New Paradigm for International Law? » (1993) 4 Eur J Int L 447.
- Shadikhodjaev, Sherzod et Nohyoung Park. « Cessation and Reparation in the GATT/WTO Legal System: A View from the Law of State Responsibility » (2007) 41 J World Trade 1237.
- Spadano, Lucas Eduardo F A. « Cross-Agreement Retaliation in the WTO Dispute Settlement System: an Important Enforcement Mechanism for Developing Countries? » (2008) 7:3 World Trade R 511.
- Spamann, Holger. « The Myth of “Rebalancing” Retaliation in WTO Dispute Settlement Practice » (2006) 9:1 J Intl Economic L 31.
- Subramanian, Arvind et Jayarashee Watal, « Can trips serve as an enforcement device for developing countries in the WTO? » (2000) 3:3 J Int Economic L 403.
- Timmer, Marcel P et al. « Slicing Up Global Value Chains » (2014) 28:2 J Economic Perspectives 99.
- Townsend, David J et Steve Charnovitz. « Preventing Opportunistic Uncompliance by WTO Members » (2011) 14:2 J Int Economic L 437.
- Vagneron, Isabelle et Solveig Roquigny. « Value distribution in conventional, organic and fair trade banana chains in the Dominican Republic » (2011) 32:3 Canadian Journal of Development Studies/Revue canadienne d'études du développement 324.
- Waldkirch, Andreas. « Comparative advantage FDI? A host country perspective » (2011) 147:3 R World Economics 485.
- Wilkinson, Rorden. « Back to the future: ‘retro’ trade governance and the future of the multilateral order » (2017) 93:5 Intl Affairs 1131.

## II. Cours et ouvrage collectifs

- Arndt, Sven W et Henryk Kierzkowski. « Introduction » dans Sven W Arndt et Henryk Kierzkowski, dir, *Fragmentation :New Production Patterns in the World Economy*, Oxford, Oxford University Press, 2001, 1.
- Baldwin, Richard. « Global supply chains: why they emerged, why they matter, and where they are going » dans Deborah K Elms et Partrick Low, dir, *Global value chains in a changing world*, Genève, WTO Publications, 2013, 13
- Benedek, Wolfgang. « General Agreement on Tariffs and Trade (1947 and 1994) » dans *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, par Rüdiger Wolfrum, Oxford Public International Law, mars 2015 au para 2, en ligne : Oxford Public International Law <opil.oupilaw.com>.
- Bown, Chad P et Joost Pauwelyn. « Introduction: Trade retaliation in WTO dispute settlement: a multi-disciplinary analysis » dans Chad P. Bown et Joost Pauwelyn, dir, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, 1.
- Caflich, Lucius « Cent ans de règlement pacifique des différends interétatiques » (2001) 288 Recueil des cours 245.
- Caminos, Hugo. « The Growth of Specialized International Tribunals and the Fears of Fragmentation of International Law » dans Nerina Boschiero, dir, *International courts*

- and the development of international law essays in honour of Tullio Treves*, La Haye, T M C Asser Press, 2013, 55.
- Curzon Price, Victoria, « Some Causes and Consequences of Fragmentation » dans Sven W Arndt et Henryk Kierzkowski, dir, *Fragmentation :New Production Patterns in the World Economy*, Oxford, Oxford University Press, 2001, 88.
- David, Eric. « Primary and Secondary Rules » dans James Crawford, Alain Pellet et Simon Olleson, dir, *The Law of International Responsibility*, New York, Oxford University Press, 2010, 27.
- De La Brière, Yves. « Évolution de la doctrine et de la pratique en matière de représailles », (1928) 22 *Recueil des cours* 237.
- Dupuy, Pierre-Marie. « Quelques remarques sur l'évolution de la pratique des sanctions décidées par le Conseil de sécurité des Nations Unies dans le cadre du Chapitre VII de la Charte » dans Vera Gowlland-Debbas, dir, *United Nations Sanctions and International Law*, La Haye, Kluwer Law International, 2001, 48.
- Feinäugle, Clemens. « Article XXVIII GATS » dans Rüdiger Wolfrum, Peter-Tobias Stoll et Clemens Feinäugle, dir, *WTO – Trade in Services*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, 540.
- Forlati, Laura Picchio. « The legal core of international economic sanctions » dans Laura Forlati et Linos-Alexandre Sicilianos, dir, *Les sanctions économiques en droit international / Economic sanctions in international law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2004, 99.
- Giegerich, Thomas. « Retorsion » dans *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, par Rüdiger Wolfrum, Oxford Public International Law, mars 2011, en ligne : Oxford Public International Law <opil.ouplaw.com>.
- Greffi, Garry. « Capitalism, Development and Global Commodity Chains » dans Leslie Sklair, dir, *Capitalism & Development*, Londres et New York, Routledge, 1994, 211.
- Harris, Richard G. « A Communication-Based Model of Global Production Fragmentation » dans Sven W Arndt et Henryk Kierzkowski, dir, *Fragmentation :New Production Patterns in the World Economy*, Oxford, Oxford University Press, 2001, 52.
- Henkin, Louis. « International Law : Politics, Values and Functions : General Course on Public International Law » (1989) 216 *Recueil des cours* 9.
- Jones, Ronald W et Henrik Kierzkowski. « A Framework for Fragmentation » dans Sven W Arndt et Henryk Kierzkowski, dir, *Fragmentation :New Production Patterns in the World Economy*, Oxford, Oxford University Press, 2001, 17.
- Khabayan, Vasken. « Canada's experience and practice in suspending WTO obligations » dans Chad P. Bown et Joost Pauwelyn, dir, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, 277.
- Kolb, Robert. « La proportionnalité dans le cadre des contre-mesures et des sanctions – essai de clarification conceptuelle » dans Laura Forlati et Linos-Alexandre Sicilianos, dir, *Les sanctions économiques en droit international / Economic sanctions in international law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2004, 379.
- McRae, Donald. « The Contribution of International Trade Law to the Development of International Law » (1999) 99 *Recueil des cours* 103.
- Paparinskis, Martins « The schizophrenia of countermeasures in international economic law: the case of the ASEAN Comprehensive Investment Agreement » dans Chin Lim et



- Bryan Mercurio, dir, *International Economic Law after the Global Crisis : A Tale of Fragmented Disciplines*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, 263.
- Pauwelyn, Joost. « The calculation and design of trade retaliation in context: what is the goal of suspending WTO obligations? » dans Chad P. Bown et Joost Pauwelyn, dir, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, 34.
- Sacerdoti, Giorgio. « Havana Charter » dans *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, par Rüdiger Wolfrum, Oxford Public International Law, juin 2014 aux para 2–10, en ligne : Oxford Public International Law <opil.ouplaw.com>
- Sicilianos, Linos-Alexandre. « Sanctions institutionnelles et contre-mesures : tendances récentes » dans Laura Forlati et Linos-Alexandre Sicilianos, dir, *Les sanctions économiques en droit international / Economic sanctions in international law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2004, 3.
- Shaffer, Gregory et Daniel Ganin. « Extrapolating purpose from practice: rebalancing or inducing compliance » dans Chad P. Bown et Joost Pauwelyn, dir, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, 73.
- Stoll, Peter-Tobias. « Article 22 DSU » dans Rüdiger Wolfrum, Peter-Tobias Stoll et Karen Kaiser, dir, *WTO – Institutions and Dispute Settlement*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff, 2006.
- Stovall, John G et Dale E. Hathaway. « US Interests in the Banana Trade Controversy Banana Wars » dans Timothy Edward Josling et Timothy G Taylor, dir, *Banana Wars : the Anatomy of Trade Dispute*, California, Institute for International Studies Stanford University, 2003, 151.

#### DOCTRINE : DOCUMENTS DE TRAVAIL

- Bown, Chad P et Rachel McCulloch. « Antidumping and Market Competition: Implications for Emerging Economies » (2015) European University Institute: Robert Schuman Centre for Advanced Studies Global Governance Programme, Document de travail, RSCAS 2015/76.
- Nordås, Hildegunn Kyvik. « International production sharing: a case for a coherent policy framework », Discussion Paper No 11, en ligne: OMC <wto.org>.
- Sacerdoti, Giorgio. « Precedent in the Settlement of International Economic Disputes: the WTO and Investment Arbitration models » (2011) Bocconi University - Department of Law, Document de travail, No 1931560, en ligne: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1931560](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1931560)>.
- Sykes, Alan O. « Trade Remedy Laws » (2005) Law School, University of Chicago Document de travail John M. Olin Law & Economics Working Paper No 240 (2e ser), Trade Remedies.
- Xing, Yuqing et Neal Detert. « How iPhone Widens the US Trade Deficits with the PRC? » (2010) IDEAS Working Paper Series from RePEc, Document de travail, No 257, en ligne: <<https://www.adb.org/publications/how-iphone-widens-united-states-trade-deficit-peoples-republic-china>>.

## DOCTRINE : DICTIONNAIRES ET ENCYCLOPÉDIES

- Boczek, Boleslaw Adam. *International Law : a Dictionary*, Lanham (MD), Scarecrow Press, 2005.
- Real Academia Española, *Diccionario de la lengua Española*, 22<sup>e</sup> éd, Madrid, Editorial Espasa Calpe, 2001.
- Salmon, Jean. *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001.
- Collins Writer's Thesaurus of the English Language*, Glasgow, HarperCollins Publishers, 2010.
- Le Petit Robert de la langue française*, Paris, Le Robert, 2018
- Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, par Rüdiger Wolfrum, Oxford Public International Law, 2008, en ligne : Oxford Public International Law <opil.ouplaw.com>.
- The Princeton encyclopedia of the World Economy*, par Kenneth A Rennart et al, Princeton, Princeton University Press, 2009.
- The New Palgrave Dictionary of Economics*, 3<sup>e</sup> éd, Londres, Palgrave Macmillan, 2018.

## AUTRES SOURCES

### I. Articles de journaux

- « Après la résolution de l'ONU, les mesures de rétorsion d'Israël », *La Dépêche du Midi* (28 décembre 2016) en ligne <<https://www.ladepeche.fr/article/2016/12/28/2486831-apres-resolution-onu-mesures-retorsion-israel.html>>.
- « Don't keep on trucking », *The Economist* (19 mars 2009), en ligne: *The Economist* <<http://www.economist.com/node/13331117>>.
- « Le Mexique impose des visas aux officiels et aux diplomates canadiens », Agence France-Presse (16 juillet 2009), en ligne : <<http://www.lapresse.ca/international/amerique-latine/200907/16/01-884763-le-mexique-impose-des-visas-aux-officiels-et-aux-diplomates-canadiens.php>>.
- Cawthorne, Andrew et China, Eyanir. « U.S. expels Venezuelan diplomats in tit-for-tat move over unrest », *REUTERS* (25 février 2015), en ligne : <<http://www.reuters.com/article/2014/02/25/us-venezuela-protests-idUSBREA1O12B20140225>>.

### II. Allocutions et textes présentés à l'occasion de conférence

- Escaith, Hubert. « Nouvelle économie industrielle mondiale, commerce international et valeur ajoutée : implications statistiques et comptables » dans *Actes du 12<sup>e</sup> colloque de l'Association de comptabilité nationale*, Paris, 2008 à la p 228, en ligne : <<https://insee.fr/fr/information/2572727>>.

Grossman, Gene M et Esteban Rossi-Hansberg, « The rise of offshoring: it's not wine for cloth anymore » Economic Policy Symposium 2006 présenté à Jackson Hole, en ligne : Federal Reserve Bank of Kansas City < <https://www.kansascityfed.org> > 59.

Lamy, Pascal. « L'avantage comparatif est mort? Pas du tout, indique M. Lamy à des économistes à Paris », présentée à l'École d'économie de Paris, 12 avril 2010 [non publiée], en ligne: OMC <[https://www.wto.org/french/news\\_f/sppl\\_f/sppl152\\_f.htm](https://www.wto.org/french/news_f/sppl_f/sppl152_f.htm)>.

### III. Sites Internet

International Chamber of Commerce, The Incoterms Rules, en ligne : <<http://www.iccwbo.org/products-and-services/trade-facilitation/incoterms-2010/the-incoterms-rules/>>.

### IV. Blogues

Kuijper, Pieter Jan. « Guest Post from Pieter Jan Kuijper on the US Attack on the Appellate Body » (15 novembre 2017), *International Economic Law and Policy Blog*, en ligne : <<http://worldtradelaw.typepad.com/ielpblog/2017/11/guest-post-from-pieter-jan-kuijper-professor-of-the-law-of-international-economic-organizations-at-the-faculty-of-law-of-th.html>>.