

Autres questions procédurales découlant des procédures de règlement des différends

Décisions préliminaires

Les demandes de décision préliminaire sont devenues une pratique courante dans les procédures de règlement des différends de l'OMC. À la différence d'autres juridictions¹, le système de règlement des différends de l'OMC ne prévoit pas de règles quant à la manière de traiter les demandes des parties visant à ce que l'organe juridictionnel adopte une décision rapide sur certaines questions de procédure ou de compétence. Au fil des années, les parties ont néanmoins demandé aux groupes spéciaux et à l'Organe d'appel de rendre des «décisions préliminaires»² sur un certain nombre de questions. Le sujet qui revient le plus souvent est la compatibilité d'une demande d'établissement d'un groupe spécial avec l'article 6:2 du Mémoire d'accord.³ Parmi les autres questions, il y

¹ Voir, par exemple, l'article 79 («Exceptions préliminaires») du Règlement de la CIJ.

² Les décisions rendues par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel avant leur rapport final ne sont pas toujours qualifiées de «décisions préliminaires». C'est un concept qui s'est développé dans la pratique. Par exemple, les groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont qualifié leurs décisions anticipées concernant les droits de tierce partie renforcés, les procédures en matière de renseignements confidentiels (rapport du Groupe spécial *Australie – Saumon (article 21:5 – Canada)*, paragraphes 7.5 et 7.7) ou la présence d'avocats privés à l'audience (rapport de l'Organe d'appel *CE – Bananes III*, paragraphe 10) simplement de «décisions». En outre, les parties ont utilisé une terminologie différente par le passé, telle qu'une demande de «décision immédiate» (rapport du Groupe spécial *Australie – Saumon (article 21:5 – Canada)*, paragraphes 4.18 et 7.10) ou la présentation d'une «exception préliminaire» (rapport du Groupe spécial *Indonésie – Automobiles*, paragraphe 14.3).

³ Voir, par exemple, les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Mesures compensatoires et mesures antidumping (Chine)*, paragraphes 4.5 à 4.52; *États-Unis – Mesures compensatoires (Chine)*, paragraphes 4.1 à 4.28; et *Argentine – Mesures à l'importation*, paragraphes 5.1 à 5.91. Voir aussi les rapports des Groupes spéciaux *États-Unis – Mesures compensatoires et mesures antidumping (Chine)*, paragraphes 1.9 à 1.10, 6.5 et 6.6 et 7.1 à 7.5; *États-Unis – Acier au carbone (Inde)*, paragraphes 1.10 à 1.43; *États-Unis – Mesures compensatoires (Chine)*, paragraphes 1.14 à 1.16 et 6.6 à 6.8; *Argentine – Mesures à l'importation*, paragraphes 1.32 à 1.36, 6.11 à 6.24 et annexe D; *Inde – Produits agricoles*, paragraphes 1.14 à 1.16, 1.17 à 1.19 et 7.5 à 7.105; et *UE – Biodiesel*, paragraphes 1.10 et 1.11 et 7.9 à 7.65.

a par exemple le caractère adéquat des consultations⁴, les questions de compétence⁵, les questions liées à la composition des groupes spéciaux⁶, les conflits d'intérêt allégués⁷, les droits de tierce partie renforcés⁸, la recevabilité de certains éléments de preuve⁹, les procédures RCC et autres questions de confidentialité¹⁰, la participation de conseils privés ou d'experts de la branche de production¹¹, le calendrier du groupe spécial, les mémoires *d'amici curiae*¹², les audiences ouvertes¹³, les consultations avec des experts scientifiques¹⁴ et l'interprétation dans une langue autre que les langues officielles de l'OMC.¹⁵

⁴ Voir les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Subventions concernant le coton*, paragraphes 278 à 294; *États-Unis – Maintien de la réduction à zéro*, paragraphes 213 à 241; et *Argentine – Mesures à l'importation*, paragraphes 5.1 à 5.31.

⁵ Voir, par exemple, les rapports de l'Organe d'appel *Mexique – Taxes sur les boissons sans alcool*, paragraphes 40 à 57; *Mexique – SHTF (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 36; *États-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd)*, paragraphe 207; et *CE – Éléments de fixation (article 21:5 – Chine)*, paragraphe 5.292.

⁶ Voir, par exemple, le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Réduction à zéro (CE) (article 21:5 – CE)*, paragraphes 164 à 172; et le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Coton (article 21:5 – Brésil)*, paragraphes 8.27 et 8.28 et pages A-59 à A-63.

⁷ Voir, par exemple, le rapport de l'Organe d'appel *CE – Sucre*, paragraphe 11; les rapports des Groupes spéciaux *CE – Préférences tarifaires*, paragraphes 7.9 à 7.13; et *Guatemala – Ciment II*, paragraphes 8.10 à 8.12.

⁸ Voir la section sur les droits de tierce partie renforcés à la page 81.

⁹ Voir, par exemple, les rapports des Groupes spéciaux *Chine – Terres rares*, paragraphes 7.11 à 7.28; et *Russie – Porcins (UE)*, paragraphe 6.52.

¹⁰ Voir, par exemple, les rapports des Groupes spéciaux *États-Unis – Acier au carbone (Inde)*, paragraphe 1.9; *Inde – Produits agricoles*, paragraphes 1.11 à 1.13 et annexe A-2; *Chine – AMGO (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 1.11 et annexe A-2; *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada / Article 21:5 – Mexique)*, paragraphe 1.11 et annexes A-5 et A-6; *États-Unis – Lave-linge*, paragraphe 1.10 et annexe A-2; *Russie – Porcins (UE)*, paragraphe 1.12 et annexe A-2; et *Russie – Traitement tarifaire*, paragraphe 1.13 et annexe B-2.

¹¹ Dans l'affaire *CE – Bananes*, l'Organe d'appel a estimé que les Membres de l'OMC pouvaient inclure dans leur délégation des conseils privés pour les audiences. Rapport de l'Organe d'appel *CE – Bananes*, paragraphes 5 à 12. Dans l'affaire *Russie – Porcins (UE)*, le Groupe spécial a rejeté une demande présentée par l'Union européenne visant à exclure un représentant de la branche de production faisant partie de la délégation de la Russie. Rapport du Groupe spécial *Russie – Porcins (UE)*, paragraphes 7.20 à 7.22.

¹² Voir la page 194 pour une liste des rapports de l'Organe d'appel dans lesquels les sections de l'Organe d'appel ont reçu des mémoires *d'amici curiae*.

¹³ Voir la note de bas de page 298 au chapitre 4 pour une liste exemplative des rapports de groupes spéciaux dans lesquels le public a été autorisé à assister aux réunions de fond du groupe spécial, et la note de bas de page 458 au chapitre 4 pour une liste exemplative des rapports de l'Organe d'appel dans lesquels le public a été autorisé à assister aux audiences.

¹⁴ Voir la note de bas de page 109 au chapitre 2 pour une liste exemplative des différends dans lesquels les groupes spéciaux ont désigné des experts agissant à titre individuel.

¹⁵ Dans l'affaire *Russie – Porcins (UE)*, le Groupe spécial a accepté la demande de la Russie (défendeur) d'autoriser l'interprétation simultanée anglais-russe/russe-anglais lors des

Il n'y a pas de critères préétablis que les groupes spéciaux doivent appliquer lorsqu'ils décident de rendre ou non des décisions préliminaires, mis à part les prescriptions en matière de régularité de la procédure et celles imposant de mener la procédure de manière efficace en vue d'éviter des retards inutiles. Même si le Mémoire d'accord et les autres accords visés ne contiennent aucune disposition explicite destinée à orienter les groupes spéciaux ou l'Organe d'appel quant à la manière de traiter ces demandes, les articles 12:1 et 17:9 du Mémoire d'accord donnent, respectivement aux groupes spéciaux et à l'Organe d'appel, la possibilité d'ajuster leurs procédures de travail¹⁶, soit en rendant la décision demandée à titre préliminaire¹⁷, soit en différant cette décision jusqu'à l'émission de leur rapport.¹⁸ Parmi les groupes spéciaux qui ont rendu des décisions préliminaires, certains ont communiqué ces décisions à l'ORD sous la forme d'un document de l'OMC, avec l'accord des parties.¹⁹ Toutefois, la plupart de ces décisions

première et deuxième réunions de fond du Groupe spécial avec les parties, ainsi que lors de la réunion du Groupe spécial avec les experts. Rapport du Groupe spécial *Russie – Porcins (UE)*, paragraphes 1.13 à 1.17 et 7.1 à 7.19.

¹⁶ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Bananes III*, paragraphe 144.

¹⁷ Dans l'affaire *Australie – Pommes*, par exemple, le Groupe spécial a indiqué qu'il avait décidé de rendre une décision rapide à l'égard d'une contestation par l'Australie du caractère adéquat de la demande d'établissement d'un groupe spécial, «[p]our garantir la régularité de la procédure, et en particulier pour ménager aux parties et aux tierces parties suffisamment de temps pour préparer leurs premières communications écrites». Voir le rapport du Groupe spécial *Australie – Pommes*, annexe A-2, paragraphe 3. Dans l'affaire *États-Unis – Acier au carbone (Inde)*, le Groupe spécial a rendu des décisions préliminaires sur la demande des États-Unis selon laquelle certaines allégations présentées par l'Inde dans sa première communication écrite ne relevaient pas du mandat du Groupe spécial. Ce dernier a rendu ses décisions avant la deuxième réunion de fond afin de préciser le champ du différend. Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Acier au carbone (Inde)*, paragraphes 1.10 à 1.18. Voir aussi le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Mesures compensatoires et mesures antidumping (Chine)*, paragraphes 1.9 et 1.10 et 7.1 à 7.5.

¹⁸ Par exemple, dans l'affaire *Chine – Terres rares*, le Groupe spécial a différé jusqu'à l'émission de ses rapports une décision sur la possibilité de recourir à un moyen de défense au titre de l'article XX du GATT de 1994 pour une violation de la section 11.3 du Protocole d'accession de la Chine, au motif que la décision portait sur une question complexe de fond, et non de procédure, qui nécessitait un examen attentif des arguments des parties et tierces parties. Rapport du Groupe spécial *Chine – Terres rares*, paragraphes 1.11 à 1.14. Voir aussi le rapport du Groupe spécial *République Dominicaine – Mesures de sauvegarde*, paragraphe 1.11.

¹⁹ Voir les communications des groupes spéciaux *Canada – Exportations de blé et importations de grains*, WT/DS276/12, 21 juillet 2003; *Australie – Pommes*, WT/DS367/7, 23 juin 2008; *Chine – Matières premières*, WT/DS394/9, WT/DS395/9, WT/DS398/8, 18 mai 2010; *Chine – Services de paiement électronique*, WT/DS413/4, 30 septembre 2011; *Canada – Programme de tarifs de rachat garantis / Canada – Énergie renouvelable*, WT/DS412/8,

sont communiquées aux parties et aux tierces parties, et reproduites ensuite dans le rapport.²⁰ Récemment, certains groupes spéciaux ont d'abord rendu leurs conclusions préliminaires et, par la suite, fourni les raisons détaillées étayant ces conclusions.²¹

Dans un souci d'efficacité des procédures de groupes spéciaux et pour répondre aux préoccupations en matière de régularité de la procédure, les demandes de décision préliminaire doivent être présentées le plus tôt possible au cours de la procédure.²² Elles ne doivent *pas* être utilisées comme des outils en matière de contentieux.²³ Les procédures de travail

WT/DS426/7, 25 mai 2012; *CE – Produits dérivés du phoque*, WT/DS400/6, WT/DS401/7, 5 février 2013; *États-Unis – Mesures compensatoires et mesures antidumping (Chine)*, WT/DS449/4, 7 juin 2013; *États-Unis – Mesures compensatoires (Chine)*, WT/DS437/4, 21 février 2013; et *Inde – Produits agricoles*, WT/DS430/5, 28 juin 2013.

²⁰ Par exemple, rapports des Groupes spéciaux *Guatemala – Ciment II*, paragraphe 8.11; *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE)*, paragraphe 6.3; *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*, paragraphe 7.47; *États-Unis – Acier au carbone (Inde)*, paragraphes 1.10 et 1.11; et *États-Unis – Mesures compensatoires (Chine)*, paragraphes 1.14 à 1.16.

²¹ Voir, par exemple, les rapports des Groupes spéciaux *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis*, paragraphe 7.8; *États-Unis – Viande d'agneau*, paragraphes 5.15 et 5.16; et *Russie – Traitement tarifaire*, paragraphes 1.14 et 1.15.

²² Certaines parties ont ainsi déposé des demandes de décision préliminaire lors de la composition du groupe spécial ou peu de temps après. Voir, par exemple, les rapports des Groupes spéciaux *CE – Marques et indications géographiques*, paragraphes 1.4, 2.2 et 7.1; *États-Unis – Coton upland*, paragraphes 1.5 et 7.1; *États-Unis – Mesures compensatoires et mesures antidumping*, paragraphes 1.5 et 1.9; *États-Unis – Mesures compensatoires (Chine)*, paragraphes 1.5 et 1.14. Lorsqu'un Membre souhaite soulever une objection dans le cadre d'une procédure de règlement des différends, il lui appartient toujours de la faire rapidement. S'il ne le fait pas, il peut être réputé avoir renoncé à son droit de faire examiner ses objections par un groupe spécial. Voir le rapport de l'Organe d'appel *Mexique – Sirop de maïs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 50. Quant aux demandes de décision préliminaire dans les procédures d'examen en appel, «[u]ne exception concernant la compétence devrait être soulevée le plus tôt possible» (rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Loi de 1916*, paragraphe 54) et «il serait préférable, dans l'intérêt de la régularité de la procédure, que l'appelant soulève de telles questions dans la déclaration d'appel, de sorte que les intimés soient avisés que cette allégation sera formulée en appel». Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd)*, paragraphe 208.

²³ Rien dans le Mémorandum d'accord n'empêche une partie défenderesse de demander d'autres précisions sur les allégations formulées dans une demande d'établissement d'un groupe spécial, même avant le dépôt de la première communication écrite. Les «règles de procédure du mécanisme de règlement des différends de l'OMC ont pour objet de promouvoir non pas la mise au point de techniques en matière de contentieux, mais simplement le règlement équitable, rapide et efficace des différends commerciaux». Rapport de l'Organe d'appel *Thaïlande – Poutres en H*, paragraphe 97 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – FSC*, paragraphe 166).

récentes des groupes spéciaux contiennent une formulation type²⁴ prévoyant le dépôt rapide des demandes de décision préliminaire.²⁵ Les parties sont ainsi invitées à présenter toute demande de décision préliminaire le plus tôt possible et en tout état de cause au plus tard dans leur première communication écrite au Groupe spécial.

En règle générale, ni les groupes spéciaux ni l'Organe d'appel ne jugent nécessaire de tenir une audience ou une réunion distincte au cours de laquelle les parties pourraient avancer des arguments oraux et poser des questions au sujet des demandes de décision préliminaire.²⁶ Cependant, il est parfois arrivé que des groupes spéciaux ou l'Organe d'appel convoquent des réunions avec les parties pour traiter spécifiquement des demandes de décision préliminaire.²⁷

²⁴ Cette formulation peut être libellée comme suit:

Une partie présentera une demande de décision préliminaire le plus tôt possible et en tout état de cause au plus tard dans sa première communication écrite au Groupe spécial. Si [le plaignant] demande une telle décision, le défendeur présentera sa réponse à la demande dans sa première communication écrite. Si [le défendeur] demande une telle décision, [le plaignant] présentera sa réponse à la demande avant la première réunion de fond du Groupe spécial, à un moment qui sera déterminé par le Groupe spécial compte tenu de la demande. Des exceptions à la présente procédure seront autorisées sur exposé de raisons valables.

²⁵ Alors que les Procédures de travail actuelles pour l'examen en appel (WT/AB/WP/6) ne contiennent pas de disposition traitant spécifiquement de la question des demandes de décision préliminaire, la règle 16 1) de ces Procédures ménage à l'Organe d'appel une flexibilité suffisante pour adopter une «procédure additionnelle» pour «assurer l'équité et le bon déroulement d'une procédure» dans les cas où se pose une question de procédure qui n'est pas visée par les Procédures de travail pour l'examen en appel. Cette procédure additionnelle ne doit pas être incompatible avec le Mémoire d'accord, les autres accords visés ou les Procédures de travail elles-mêmes (rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, annexe III, paragraphe 7). En pratique, les participants sont encouragés à présenter ces demandes le plus tôt possible. Au vu de la durée limitée des procédures d'examen en appel, ces demandes ont souvent été présentées avant l'audience. Voir, par exemple, les rapports de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 51; *États-Unis – Maintien de la réduction à zéro*, paragraphes 7 à 10, annexe III; *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, annexe III, paragraphes 1, 2, 7 et 28; et *Canada – Programme de tarifs de rachat garantis / Canada – Énergie renouvelable*, annexe 4, paragraphes 1 et 8.

²⁶ Rapport du Groupe spécial *Argentine – Mesures à l'importation*, annexe D-2, paragraphes 3.19 et 3.20.

²⁷ Voir les rapports de l'Organe d'appel *Brésil – Aéronefs*, paragraphes 103 à 125; *Canada – Aéronefs*, paragraphes 125 à 147; *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, annexe III; et *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2ème plainte)*, annexe III. Voir aussi les rapports des Groupes spéciaux *Canada – Exportations de blé et importations de grains*, paragraphe 6.10; et *Chine – Matières premières*, paragraphes 7.1 à 7.4.

Les groupes spéciaux donnent habituellement aux tierces parties la possibilité de formuler des observations au sujet des demandes de décision préliminaire²⁸, à moins que ces demandes aient été présentées après l'épuisement des droits des tierces parties. La raison en est que l'article 10:3 du Mémorandum d'accord garantit le droit des tierces parties de participer à la procédure de groupe spécial jusqu'à la «première réunion du groupe spécial».²⁹ Généralement, l'Organe d'appel accorde aussi aux participants tiers la possibilité de formuler des observations concernant les demandes de décision préliminaire.³⁰

²⁸ Les premiers groupes spéciaux n'avaient pas pour pratique constante d'autoriser la participation des tierces parties à l'étape relative à une décision préliminaire de la procédure de groupe spécial. Voir, par exemple, les rapports des Groupes spéciaux *Indonésie – Automobiles*, paragraphes 14.1 à 14.9; *Corée – Boissons alcooliques*, paragraphes 10.14 à 10.16 et 10.20 à 10.23; *Inde – Restrictions quantitatives*, paragraphes 5.8 à 5.10, pour les cas dans lesquels les groupes spéciaux n'ont pas consulté les tierces parties avant de rendre une décision préliminaire. À l'inverse, voir, par exemple, les rapports des Groupes spéciaux *Canada – Exportations de blé et importations de grains*, paragraphes 6.6 et 6.7; et *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 7.3, pour les cas dans lesquels les groupes spéciaux ont invité les tierces parties à participer à l'étape de la décision préliminaire de la procédure de groupe spécial. De la même manière, les premiers groupes spéciaux au titre de l'article 21:5 ont rendu des décisions préliminaires rejetant l'idée selon laquelle les tierces parties étaient autorisées à participer à toutes les procédures jusqu'à la tenue de la seule réunion du groupe spécial de la mise en conformité. Voir les rapports des Groupes spéciaux *Australie – Cuir pour automobiles II (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphes 3.7 à 3.10; et *Australie – Saumon (article 21:5 – Canada)*, paragraphes 7.5 et 7.6. Cependant, la participation des tierces parties jusqu'à la seule réunion du groupe spécial de la mise en conformité a depuis été autorisée dans les procédures au titre de l'article 21:5, à la suite de la décision préliminaire du Groupe spécial *Canada – Produits laitiers* (rapport du Groupe spécial *Canada – Produits laitiers (article 21:5 – Nouvelle-Zélande et États-Unis)*, paragraphe 2.34) et des déclarations faites par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – FSC* (rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE)*, paragraphe 245). Voir aussi la déclaration du Brésil lors de la réunion de l'ORD du 28 janvier 2013, soulignant son soutien en faveur de la participation des tierces parties aux demandes de décision préliminaire, se référant à la procédure du groupe spécial de la mise en conformité dans l'affaire *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte) (article 21:5 – CE)*, et en faveur de la communication des décisions préliminaires par les groupes spéciaux (WT/DSB/M/328).

²⁹ Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE)*, paragraphe 245.

³⁰ Voir, par exemple, les rapports de l'Organe d'appel *CE – Bananes III*, paragraphes 5 à 12; *Brésil – Aéronefs*, paragraphes 103 à 125; *Canada – Aéronefs*, paragraphes 125 à 147; *Thaïlande – Poutres en H*, paragraphes 62 à 78; *États-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd)*, paragraphes 185 et 187; et *Canada – Programme de tarifs de rachat garantis / Canada – Énergie renouvelable*, annexe 4, paragraphe 4.

Confidentialité

Remarques générales

Le principe de confidentialité s'applique à l'ensemble de la procédure de règlement des différends de l'OMC: consultations (article 4:6 du Mémoire d'accord); délibérations des groupes spéciaux et communications écrites (articles 14:1 et 18:2 du Mémoire d'accord et paragraphe 3 des Procédures de travail figurant à l'appendice 3 du Mémoire d'accord); et procédure de l'Organe d'appel (article 17:10 du Mémoire d'accord).³¹

Néanmoins, les parties peuvent faire valoir leur droit de divulguer leurs propres communications au public et il peut leur être demandé de fournir un résumé non confidentiel de ces communications (article 18:2 du Mémoire d'accord et paragraphe 3 des Procédures de travail figurant à l'Appendice 3 du Mémoire d'accord). En outre, les rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel donnent aussi une description de la procédure, y compris des positions prises par les différents participants. Ces rapports sont rendus publics dès leur distribution officielle aux Membres de l'OMC.

Confidentialité au cours des consultations

S'agissant du principe de confidentialité au cours des consultations, les groupes spéciaux ont précisé que l'obligation de préserver la confidentialité est imposée aux Membres qui participent aux consultations et concerne les renseignements qui ne sont pas disponibles par ailleurs dans le domaine public.³² L'objectif essentiel des consultations est de permettre aux parties de recueillir les renseignements pertinents; par conséquent, les parties n'enfreignent pas le principe de confidentialité en divulguant, lors d'une procédure de groupe spécial, des renseignements obtenus lors des consultations.³³ Toutefois, les groupes spéciaux ne devraient pas chercher à savoir ce qui s'était passé lors des consultations.³⁴

³¹ Les groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont mis au point des procédures de travail spécifiques pour le traitement des renseignements confidentiels. Nous évoquerons ces procédures dans les sections suivantes.

³² Rapport du Groupe spécial *Canada – Exportations de blé et importations de grains*, paragraphe 5.6.

³³ Rapport du Groupe spécial *Corée – Boissons alcooliques*, paragraphe 10.23.

³⁴ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Volaille (Chine)*, paragraphe 7.35.

En outre, les groupes spéciaux ont estimé qu'ils pouvaient prendre note des éléments de preuve documentaires concernant le point purement factuel de savoir si certaines questions ont été soulevées durant les consultations sans aller à l'encontre de l'objectif de ces consultations.³⁵ À cet égard, même les renseignements obtenus en lien avec de précédents groupes spéciaux concernant les mêmes parties et la même question peuvent être recevables dans une procédure ultérieure.³⁶ Cependant, dans le cas où il n'est pas possible d'arriver à une solution mutuellement convenue, les offres de règlement faites dans le cadre des consultations sont sans conséquence en droit pour les étapes ultérieures du règlement du différend, en ce qui concerne les droits des parties au différend.³⁷

Confidentialité au cours de la procédure de groupe spécial

Pour ce qui est des communications écrites, bien qu'une partie ne puisse pas divulguer les communications d'une autre partie, chaque partie est en droit de communiquer ses propres positions.³⁸ Les parties et les tierces parties à un différend sont entièrement responsables de tout acte accompli par leurs fonctionnaires ainsi que par leurs représentants, conseils ou consultants³⁹, qu'il s'agisse de membres de la délégation officielle de la partie ou non.⁴⁰ Ces règles s'appliquent aussi aux procédures d'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord.⁴¹

L'article 14:1 du Mémorandum d'accord prévoit que les délibérations des groupes spéciaux doivent être confidentielles. Les groupes spéciaux ont précisé que cette disposition s'applique à eux-mêmes et à leurs obligations en matière de confidentialité, mais non aux obligations des parties en matière de confidentialité.⁴² Même si les auditions se tiennent en règle générale à huis clos, les groupes spéciaux ont accepté d'ouvrir les auditions au public, sur demande des parties. Ils ont considéré que

³⁵ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Viande d'agneau*, paragraphes 5.39 et 5.40.

³⁶ Rapport du Groupe spécial *Australie – Cuir pour automobiles II*, paragraphe 9.34.

³⁷ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Vêtements de dessous*, paragraphe 7.27.

³⁸ Rapport du Groupe spécial *Argentine – Droits antidumping sur la viande de volaille*, paragraphe 7.14.

³⁹ Rapports des Groupes spéciaux *États-Unis – Sauvegardes concernant l'acier*, paragraphe 5.3; et *CE – Préférences tarifaires*, paragraphes 7.15 et 7.16.

⁴⁰ Rapport du Groupe spécial *Brésil – Aéronefs (article 21:5 – Canada II)*, paragraphes 3.5 à 3.10.

⁴¹ Décision de l'arbitre *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis I)*, paragraphe 1.33.

⁴² Rapport du Groupe spécial *Brésil – Aéronefs (article 21:5 – Canada II)*, note de bas de page 13.

l'ouverture des auditions au public ne constitue pas une violation de la prescription de confidentialité figurant à l'article 14:1 du Mémoire d'accord.⁴³

En pratique, les groupes spéciaux ont mis au point, à la demande des parties, des procédures de travail spécifiques pour traiter les renseignements confidentiels. Pour des explications concernant les diverses procédures de travail adoptées par les groupes spéciaux afin de traiter les renseignements confidentiels, voir la page 114.

Confidentialité au cours de l'examen en appel

Comme cela est expliqué dans le rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Aéronefs*, l'obligation de préserver la confidentialité s'applique aux communications écrites, mémoires juridiques, réponses écrites aux questions, déclarations orales des participants et des participants tiers, procès-verbaux ou enregistrements des audiences et aux délibérations, échanges de vues et travaux internes de l'Organe d'appel.⁴⁴

Lorsque cela est nécessaire compte tenu des circonstances particulières d'un appel, l'Organe d'appel peut adopter des procédures afin d'accorder une protection additionnelle pour les RCC et les RSC. À cet égard, dans des affaires récentes, l'Organe d'appel a établi des procédures visant à protéger les renseignements sensibles conformément à la Règle 16 1) des Procédures de travail.⁴⁵ En outre, dans les cas où l'audience était ouverte au public sur demande des participants, l'Organe d'appel a adopté des procédures additionnelles afin d'assurer la protection des RCC et des RSC pendant l'audience.⁴⁶

⁴³ Rapports des Groupes spéciaux *États-Unis – Maintien de la suspension*, paragraphe 7.49; et *Canada – Maintien de la suspension*, paragraphe 7.47. Voir note de bas de page 458 au chapitre 4 pour une liste des rapports de groupe spécial dans lesquels celui-ci a ouvert les audiences au public.

⁴⁴ Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Aéronefs*, paragraphe 121. Dans l'affaire *Thaïlande – Poutres en H*, la Thaïlande a affirmé que le conseil privé de la Pologne avait peut-être violé les règles de l'OMC en matière de confidentialité en fournissant la communication confidentielle de la Thaïlande à une association professionnelle, laquelle avait présenté un mémoire d'*amicus* qui citait la communication de la Thaïlande. Rapport de l'Organe d'appel *Thaïlande – Poutres en H*, paragraphe 74.

⁴⁵ Rapports de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 19; et *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)*, paragraphes 23 et 24.

⁴⁶ Rapports de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 22; *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)*, paragraphe 31; et *États-Unis – EPO*, paragraphe 12.

Représentation juridique

Le Mémorandum d'accord ne traite pas spécifiquement la question de savoir qui peut représenter une partie devant les groupes spéciaux et l'Organe d'appel. Peu de temps après la mise en place du système de règlement des différends de l'OMC s'est posée la question de savoir si les parties et les tierces parties à un différend pouvaient uniquement se faire représenter par des fonctionnaires ayant des attaches avec des administrations nationales aux réunions avec le groupe spécial et à l'audience de l'Organe d'appel, comme le voulait la pratique au temps du GATT.

Dans l'affaire *CE – Bananes III*, la délégation de l'une des tierces parties à l'audition tenue par le Groupe spécial comprenait des conseillers juridiques n'ayant pas d'attaches avec des administrations nationales. En raison d'objections soulevées par les plaignants, le Groupe spécial a décidé de ne pas autoriser les conseils juridiques privés à assister à l'audition. En revanche, au stade de l'appel, l'Organe d'appel a désapprouvé le raisonnement du Groupe spécial et autorisé les conseils juridiques privés à assister à son audience. Rien dans l'Accord sur l'OMC, le Mémorandum d'accord, les procédures de travail, le droit international coutumier ou la pratique des tribunaux internationaux n'empêche un Membre de l'OMC de déterminer la composition de sa propre délégation dans les procédures de règlement des différends de l'OMC.⁴⁷ La représentation par des «agents» n'ayant pas d'attaches avec des administrations nationales est aussi une tradition de longue date dans les tribunaux internationaux. En tant que tribunaux quasi judiciaires relevant du droit international, les groupes spéciaux et l'Organe d'appel ne sont nullement différents, à cet égard, des autres tribunaux internationaux.

Il est désormais courant qu'un conseil juridique privé représente une partie dans les procédures de groupe spécial et de l'Organe d'appel. Il la représente en tant que membre de la délégation d'un Membre de l'OMC et plaide au nom de ce dernier. Plus courante encore est l'intervention de cabinets juridiques privés dans l'élaboration des communications écrites des parties, encore que cela passe habituellement inaperçu du fait que la partie concernée présente ces communications elle-même. Cela peut être particulièrement intéressant pour les pays en développement Membres, dans la mesure où ils peuvent ainsi participer aux procédures de règlement des différends même s'ils ne disposent pas de personnel

⁴⁷ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Bananes III*, paragraphe 10.

spécialisé dans les procédures de règlement des différends de l'OMC.⁴⁸ Chaque Membre est naturellement responsable de ces représentants comme de tous ses délégués gouvernementaux, et doit veiller à ce qu'ils respectent la confidentialité de la procédure.⁴⁹

Communications d'*amici curiae*

Une autre question qui n'est pas explicitement régie par le Mémoire d'accord est le point de savoir si les groupes spéciaux et l'Organe d'appel peuvent accepter et prendre en considération les communications non demandées que leur adressent des entités qui ne sont ni parties ni tierces parties au différend, et qu'on appelle généralement des mémoires d'*amici curiae*.⁵⁰ Ces communications émanent fréquemment d'ONG, y compris d'associations professionnelles, ou d'universitaires.

Rien dans le Mémoire d'accord n'autorise explicitement les entités qui ne sont pas Membres de l'OMC, telles que les ONG ou les particuliers, à présenter des mémoires d'*amici curiae* non demandés à un groupe spécial ou à l'Organe d'appel. Toutefois, cette pratique n'est pas non plus expressément interdite.

Mémoires d'amici curiae dans les procédures de groupe spécial

C'est dans l'affaire *États-Unis – Crevettes* qu'un groupe spécial a été confronté pour la première fois à la question de savoir s'il pouvait ou non accepter les mémoires non demandés présentés par les ONG. Dans ce différend, le Groupe spécial a reçu des mémoires de trois ONG. Les plaignants ont demandé au Groupe spécial de ne pas en tenir compte. Le défendeur, les États-Unis, qui connaissait bien la pratique des mémoires d'*amici curiae* dans ses propres tribunaux nationaux, a exhorté le Groupe spécial à prendre ces mémoires en considération. Le Groupe spécial a considéré qu'accepter des mémoires non demandés serait incompatible avec les dispositions du Mémoire d'accord.⁵¹ L'Organe d'appel a

⁴⁸ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Bananes III*, paragraphe 12; voir la section relative à la représentation juridique des pays en développement Membres, y compris le Centre consultatif sur la législation de l'OMC à la page 213.

⁴⁹ Rapport de l'Organe d'appel *Thaïlande – Poutres en H*, paragraphe 68.

⁵⁰ Voir la note de bas de page 62 au chapitre 2 concernant la définition des mémoires d'*amici curiae*.

⁵¹ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Crevettes*, paragraphe 7.8.

contesté l'avis du Groupe spécial et constaté que le pouvoir très étendu qu'à un groupe spécial de demander des renseignements à toute source qu'il jugera appropriée (article 13 du Mémoire d'accord) et d'étoffer les procédures de travail énoncées dans l'Appendice 3 du Mémoire d'accord ou d'y déroger (article 12:1 du Mémoire d'accord) lui permet d'accepter et de prendre en considération des renseignements ou des avis, ou de les rejeter, même s'ils lui ont été communiqués sans qu'il les ait demandés.⁵² En conséquence, les groupes spéciaux peuvent accepter et prendre en considération des mémoires d'*amici curiae*, mais ils n'ont aucune obligation de le faire.⁵³ Les mémoires joints à la communication d'une partie sont, en revanche, considérés comme faisant partie intégrante de la communication de cette partie.⁵⁴

L'Organe d'appel a confirmé ce point de vue à plusieurs reprises⁵⁵, mais la question continue d'être sujette à controverse entre les Membres de l'OMC. Certains d'entre eux estiment que le Mémoire d'accord ne devrait pas autoriser les groupes spéciaux à accepter et prendre en considération des mémoires d'*amici curiae* non demandés. Ils considèrent que les différends de l'OMC sont des procédures menées strictement entre les Membres de l'OMC et que les tiers, en particulier les ONG, n'ont aucun rôle à y jouer.⁵⁶

À ce jour, seuls quelques groupes spéciaux ont usé de leur pouvoir discrétionnaire d'accepter et de prendre en considération des mémoires non demandés.⁵⁷

Mémoires d'amici curiae dans le cadre de l'examen en appel

L'Organe d'appel a aussi reçu un certain nombre de mémoires d'*amici curiae* non demandés. Comme pour les groupes spéciaux, lorsque

⁵² Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Crevettes*, paragraphes 105 à 108.

⁵³ Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Plomb et bismuth II*, paragraphe 39; *États-Unis – Crevettes*, paragraphe 108; et *CE – Sardines*, paragraphes 157 et 167.

⁵⁴ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Crevettes*, paragraphes 89 à 91.

⁵⁵ Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Plomb et bismuth II*, paragraphe 42; et *CE – Sardines*, paragraphes 159 et 160.

⁵⁶ Les déclarations de ces Membres peuvent être consultées dans les comptes rendus des réunions de l'ORD dans lesquels celui-ci a adopté le rapport du Groupe spécial (et de l'Organe d'appel) correspondant. Voir aussi Conseil général, Compte rendu de la réunion du 22 novembre 2000, WT/GC/M/60.

⁵⁷ Par exemple, rapports des Groupes spéciaux *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphes 7.1 à 7.9; *États-Unis – EPO*, paragraphes 2.9 et 2.10; et *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphes 1.17 à 1.19.

l'Organe d'appel reçoit de tels mémoires, l'entité qui les dépose n'a aucun droit à ce qu'ils soient pris en considération.⁵⁸ L'Organe d'appel a le pouvoir d'accepter et de prendre en considération tout renseignement qu'il juge pertinent et utile pour statuer sur un appel, y compris des mémoires d'*amici curiae* non demandés. Cela découle du large pouvoir dont il dispose d'adopter des règles de procédure à condition qu'elles n'entrent pas en conflit avec le Mémoire d'accord ou les accords visés (article 17:9 du Mémoire d'accord).⁵⁹ Comme c'est le cas pour les procédures de groupe spécial, les mémoires d'*amici curiae* joints à la communication d'un participant à l'étape de l'examen en appel sont aussi considérés comme faisant partie intégrante de cette communication.

Dans l'affaire *CE – Amiante*, l'Organe d'appel a prévu qu'il pourrait recevoir un nombre élevé de mémoires d'*amici curiae* et a adopté, aux fins de ce seul appel, une procédure additionnelle conformément à la règle 16 1) des Procédures de travail.⁶⁰ Cette procédure spécifiait plusieurs critères à remplir pour déposer de telles communications. Les personnes autres que les parties ou tierces parties qui avaient l'intention de déposer de genre de communication devaient demander l'autorisation de le faire. En réaction contre l'adoption de cette procédure additionnelle, le Conseil général de l'OMC a débattu de la question à une réunion extraordinaire. Lors de cette réunion, un certain nombre de Membres de l'OMC ont jugé inacceptable que l'Organe d'appel accepte et prenne en considération des mémoires d'*amici curiae*.⁶¹ Dans l'affaire en question, et après examen des demandes, l'Organe d'appel a refusé à tous les requérants l'autorisation de présenter une communication.⁶²

Dans l'affaire *CE – Sardines*, l'Organe d'appel a reçu une communication d'*amicus curiae* émanant d'un Membre de l'OMC qui n'avait pas été tierce partie à la procédure du groupe spécial et ne pouvait donc devenir participant tiers à la procédure d'appel.⁶³ L'Organe d'appel a rappelé qu'il avait le pouvoir de recevoir des mémoires d'*amici curiae* émanant d'un particulier ou d'une organisation, et a conclu qu'il était également habilité à accepter un tel

⁵⁸ Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Plomb et bismuth II*, paragraphes 40 et 41; et *CE – Sardines*, paragraphes 161 à 164 et 167.

⁵⁹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Plomb et bismuth II*, paragraphe 43.

⁶⁰ Voir la section relative aux procédures pour l'examen en appel à la page 123.

⁶¹ Conseil général, Compte rendu de la réunion du 22 novembre 2000, WT/GC/M/60.

⁶² Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphes 52 à 55.

⁶³ Voir la section relative aux participants tiers dans les procédures d'examen en appel à la page 129.

mémoire émanant d'un Membre de l'OMC. Toutefois, il a considéré que le mémoire ne l'aidait pas dans l'appel.⁶⁴

À ce jour, l'Organe d'appel ne s'est pas explicitement appuyé sur les communications d'*amici curiae* non demandées dans ses raisonnements ou les constatations figurant dans ses rapports. Néanmoins, comme les groupes spéciaux, il accorde généralement aux participants la possibilité de formuler des observations au sujet des mémoires d'*amici curiae* présentés dans un appel donné.⁶⁵

⁶⁴ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Sardines*, paragraphe 170.

⁶⁵ Sur les 33 appels pour lesquels des rapports de l'Organe d'appel ont été distribués entre 2010 et aujourd'hui, un mémoire d'*amicus* a été présenté dans 6 appels: *États-Unis – Droits antidumping et compensateurs (Chine)*, *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, *États-Unis – Thon II (Mexique)*, *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis*, *CE – Produits dérivés du phoque* et *États-Unis – Thon II (Mexique) (article 21:5 – Mexique)*. Dans chacun de ces appels, la section de l'Organe d'appel n'a pas jugé nécessaire de s'appuyer sur les mémoires présentés en qualité d'*amicus* pour rendre sa décision. Voir les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Droits antidumping et compensateurs (Chine)*, paragraphe 18; *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 11; *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 8; *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis*, paragraphe 1.30; *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 1.15; et *États-Unis – Thon II (Mexique) (article 21:5 – Mexique)*, note de bas de page 68 relative au paragraphe 1.16.