

ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE

RESTRICTED

IP/C/W/124

28 janvier 1999

(99-0319)

**Conseil des aspects des droits de propriété
intellectuelle qui touchent au commerce**

PLAINTES EN SITUATION DE NON-VIOLATION ET ACCORD SUR LES ADPIC

Note du Secrétariat

1. L'article 64:3 de l'Accord sur les ADPIC dispose que le Conseil doit, au cours de la période de cinq ans se terminant le 31 décembre 1999, examiner la portée et les modalités pour les plaintes du type de celles qui sont prévues aux alinéas 1 b) et 1 c) de l'article XXIII du GATT de 1994 formulées au titre de l'Accord sur les ADPIC et présenter ses recommandations à la Conférence ministérielle pour adoption. C'est pourquoi, à sa réunion du 17 septembre 1998, le Conseil des ADPIC a demandé¹ au Secrétariat d'établir une note d'information factuelle sur les points suivants:

- I. expérience en matière de différends relatifs à l'Accord sur les ADPIC, y compris les plaintes en situation de non-violation;
- II. historique de la négociation des paragraphes 2 et 3 de l'article 64;
- III. cas de plaintes en situation de non-violation dans le cadre du GATT/de l'OMC; et
- IV. tous renseignements disponibles sur le recours à la notion de non-violation en matière de différends concernant la propriété intellectuelle dans d'autres instances.

2. La présente note a été élaborée en réponse à cette demande et reprend, dans l'ordre, les points susmentionnés. Les textes de l'article 64 de l'Accord sur les ADPIC et de l'article XXIII:1 du GATT de 1994 sont reproduits à l'annexe 1.

3. Le texte introductif de l'article XXIII:1 du GATT de 1994 prévoit deux motifs de plainte. Ainsi, un Membre est habilité à recourir à la procédure de règlement des différends lorsqu'il considère que:

- "un avantage résultant pour [lui] directement ou indirectement du présent accord se trouve annulé ou compromis"; ou
- "la réalisation de l'un des objectifs de l'Accord est entravée".

4. Les alinéas de l'article XXIII:1 prévoient les trois types de plainte suivants:

- les plaintes formulées au titre de l'alinéa 1 a), communément appelées plaintes "en situation de violation";

¹ IP/C/M/20, paragraphe 79.

- les plaintes formulées au titre de l'alinéa 1 b), communément appelées plaintes "en situation de non-violation"; et
- les plaintes formulées au titre de l'alinéa 1 c), communément appelées plaintes "motivées par une autre situation".²

5. Chacun des motifs de plainte mentionnés dans le texte introductif peut être invoqué pour chaque type de plainte prévu dans les alinéas, ce qui donne au total six catégories de plainte possibles. Deux d'entre elles concernent des plaintes formulées au titre de l'alinéa 1 a) et n'entrent donc pas dans le champ de la présente note. La plupart des plaintes formulées au titre de l'alinéa 1 b) reposent sur l'allégation qu'un avantage a été annulé ou compromis, et la Partie III de la présente note sera donc, pour l'essentiel, consacrée à l'expérience en la matière. La Partie III comprend aussi des sections récapitulant brièvement quelques cas de plaintes formulées au titre de l'alinéa 1 c) et de plaintes fondées sur l'allégation que la réalisation d'un objectif est entravée.

I. EXPÉRIENCE EN MATIÈRE DE DIFFÉRENDS RELATIFS À L'ACCORD SUR LES ADPIC, Y COMPRIS LES PLAINTES EN SITUATION DE NON-VIOLATION

A. RÉSUMÉ DES DIFFÉRENDS

6. À ce jour, il y a eu 15 différends au titre de l'Accord sur les ADPIC portant sur onze affaires distinctes. Deux de ces onze affaires ont fait l'objet de rapports de groupes spéciaux: il s'agissait, premièrement, de la plainte formulée par les États-Unis contre l'Inde, qui a aussi fait l'objet d'un rapport de l'Organe d'appel³, et par les Communautés européennes contre l'Inde, qui a fait l'objet d'un rapport de groupe spécial distinct⁴; et, deuxièmement, de la plainte formulée par les États-Unis contre l'Indonésie à propos de son programme pour l'industrie automobile.⁵ Quatre autres affaires ont fait l'objet de solutions convenues d'un commun accord⁶ et les cinq restantes en sont encore au stade des consultations bilatérales.⁷

² Les plaintes relevant de l'alinéa 1 b) et de l'alinéa 1 c) ne concernent ni les unes ni les autres des violations. C'est pourquoi elles sont parfois regroupées sous la dénomination "plaintes en situation de non-violation", comme dans le titre de la présente note.

³ *Inde - Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, plainte des États-Unis, rapport adopté le 16 janvier 1998, WT/DS50/AB/R (ci-après dénommé *Inde - Brevets I*).

⁴ *Inde - Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, plainte des Communautés européennes, rapport adopté le 22 septembre 1998, WT/DS79/R (ci-après dénommé *Inde - Brevets II*).

⁵ *Indonésie - Certaines mesures affectant l'industrie automobile*, rapport adopté le 23 juillet 1998, plainte des États-Unis, WT/DS55/R.

⁶ *Japon - Mesures concernant les enregistrements sonores*, solutions convenues d'un commun accord avec les États-Unis, WT/DS28/4, et les Communautés européennes, WT/DS42/4; *Pakistan - Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, solution convenue d'un commun accord avec les États-Unis, WT/DS36/4; *Portugal - Protection conférée par un brevet prévue par la Loi sur la propriété industrielle*, solution convenue d'un commun accord avec les États-Unis, WT/DS37/2; et *Suède - Mesures affectant les moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle*, solution convenue d'un commun accord avec les États-Unis, WT/DS86/2.

⁷ *Danemark - Mesures affectant les moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle*, demande de consultations présentée par les États-Unis, WT/DS83/1; *Irlande et Communautés européennes*

7. Bien sûr, aucun de ces différends n'a été soulevé au titre des alinéas 1 b) ou 1 c) de l'article XXIII du GATT de 1994 étant donné que les dispositions de l'article 64:2 de l'Accord sur les ADPIC excluaient le dépôt de telles plaintes.

B. INDE – BREVETS I

8. Les différends en situation de non-violation ont été examinés par l'Organe d'appel dans son rapport de décembre 1997 sur l'affaire *Inde – Brevets I*. Dans cette affaire, les États-Unis ont allégué dans leur plainte qu'il n'y avait pas en Inde, d'une part, de protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture au titre de l'article 27 de l'Accord sur les ADPIC et, d'autre part, de moyen de déposer des demandes de brevet pour ces produits conformément à l'article 70:8 ni de fondement juridique concernant l'octroi de droits exclusifs de commercialisation pour ces produits conformément à l'article 70:9. Dans son rapport, le Groupe spécial a constaté que l'Inde n'avait pas rempli les obligations qui lui incombait au titre de l'article 70:8 a) et, subsidiairement, des paragraphes 1 et 2 de l'article 63, et de l'article 70:9 de l'Accord sur les ADPIC. L'Organe d'appel a confirmé les principales constatations relatives aux obligations découlant pour l'Inde de l'article 70:8 a) et 70:9, mais a infirmé la constatation concernant l'article 63.⁸

9. Toutefois, l'Organe d'appel a contesté la constatation ci-après à laquelle le Groupe spécial était parvenu à l'issue de l'analyse faite dans son rapport, de l'"interprétation de l'Accord sur les ADPIC"⁹:

"En conclusion, nous constatons que, lorsqu'il s'agit d'interpréter le texte de l'Accord sur les ADPIC, les attentes légitimes des Membres de l'OMC concernant ledit accord doivent être prises en considération ainsi que les règles d'interprétation définies dans les rapports de groupes spéciaux antérieurs dans le cadre du GATT, en particulier celles qui énoncent le principe de la protection des conditions de concurrence découlant des accords commerciaux multilatéraux."¹⁰

10. Pour contester cette constatation, l'Organe d'appel a examiné la question des plaintes en situation de non-violation. Le passage pertinent de son rapport se lit comme suit:

"36. Même si le Groupe spécial indique qu'il applique simplement un "principe bien établi dans le cadre du GATT", son raisonnement ne correspond pas exactement à la pratique du GATT/de l'OMC. En définissant son principe d'interprétation, le Groupe spécial mêle, et dès lors confond, deux concepts différents découlant de la

- *Mesures affectant la protection des droits des auteurs et des droits voisins*, demandes de consultations présentées par les États-Unis, WT/DS82/1 et WT/DS115/1; *Canada - Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques*, demande de consultations présentée par les Communautés européennes, WT/DS114/1; *Communautés européennes et Grèce - Moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle pour les films et les programmes de télévision*, demandes de consultations présentées par les États-Unis, WT/DS124/1 et WT/DS125/1; et *Communautés européennes - Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, demande de consultations présentée par le Canada, WT/DS153/1.

⁸ Rapport de l'Organe d'appel *Inde – Brevets I*, WT/DS50/AB/R, paragraphe 97.

⁹ Cette analyse figurant dans le rapport du Groupe spécial est reproduite dans son intégralité à l'annexe 2 de la présente note.

¹⁰ Rapport du Groupe spécial *Inde – Brevets I*, WT/DS50/R, paragraphe 7.22.

pratique antérieure du GATT. L'un est le concept de la protection des attentes des parties contractantes quant au rapport compétitif entre leurs produits et les produits des autres parties contractantes. Il s'agit d'un concept qui a été élaboré dans le contexte de plaintes en situation de *violation* concernant les articles III et XI, formulées au titre de l'article XXIII:1 a) du GATT de 1947. L'autre est le concept de la protection des attentes raisonnables des parties contractantes concernant les concessions en matière d'accès aux marchés. Il s'agit d'un concept qui a été élaboré dans le contexte de plaintes en situation de *non-violation* formulées au titre de l'article XXIII:1 b) du GATT.

37. L'article 64:1 de l'*Accord sur les ADPIC* incorpore par référence l'article XXIII du GATT de 1994 qui est la disposition générale en matière de règlement des différends régissant l'*Accord sur les ADPIC*. En conséquence, nous ne contestons pas en principe l'idée que la pratique antérieure du GATT en ce qui concerne l'article XXIII est pertinente pour l'interprétation de l'*Accord sur les ADPIC*. Toutefois, cette interprétation doit s'accompagner d'une bonne perception des différentes bases sur lesquelles une action peut être engagée au titre de l'article XXIII.

38. L'article XXIII:1 du GATT de 1994 indique les différents motifs d'action sur lesquels un Membre peut fonder une plainte. Un Membre peut avoir recours au règlement des différends au titre de l'article XXIII lorsqu'il considère que:

... un avantage résultant pour [lui] directement ou indirectement du présent accord se trouve annulé ou compromis, ou que la réalisation de l'un des objectifs de l'Accord est entravée du fait

- a) qu'une autre partie contractante ne remplit pas les obligations qu'elle a contractées aux termes du présent accord;
- b) ou qu'une autre partie contractante applique une mesure, contraire ou non aux dispositions du présent accord;
- c) ou qu'il existe une autre situation.

39. L'article XXIII:1 a) concerne ce que l'on appelle les plaintes "en situation de violation". Il s'agit de différends qui découlent du fait qu'un Membre aurait manqué à ses obligations. Depuis qu'il est appliqué, c'est-à-dire depuis presque 50 ans, l'article XXIII:1 a) a été à la base de la quasi-totalité des différends soulevés dans le cadre du GATT de 1947 et de l'*Accord sur l'OMC*. Par contre, l'article XXIII:1 b) concerne ce qu'on appelle les plaintes "en situation de non-violation". Il s'agit de différends pour lesquels il n'est pas nécessaire d'alléguer un manquement à une obligation. L'aspect fondamental du motif d'action au titre de l'article XXIII:1 b) n'est pas forcément une violation des règles, mais plutôt l'annulation ou la réduction d'un avantage résultant pour un Membre d'un accord visé. Dans l'histoire du GATT/de l'OMC, il n'y a eu que quelques affaires introduites à la suite de plaintes "en situation de non-violation" formulées au titre de l'article XXIII:1 b). L'article XXIII:1 c), concernant ce que l'on appelle couramment les plaintes "motivées par une autre situation", n'a jamais servi de base à une recommandation ou une décision des PARTIES CONTRACTANTES du GATT ou de l'Organe de règlement des différends, mais dans un petit nombre d'affaires les parties ont fondé sur cette disposition les arguments présentés devant les groupes spéciaux.

40. Dans le contexte de plaintes en situation de violation formulées au titre de l'article XXIII:1 a), il est vrai que des groupes spéciaux examinant des allégations présentées au titre des articles III et XI du GATT ont fréquemment indiqué que le but de ces articles était de protéger les attentes des Membres concernant le rapport compétitif entre les produits importés et les produits d'origine nationale, et non les attentes concernant le volume des échanges. Toutefois, cette indication est souvent donnée *après* qu'un groupe spécial a constaté une violation, par exemple, de l'article III ou de l'article XI qui établit une présomption d'annulation ou de réduction d'avantages. À ce stade du raisonnement, le Groupe spécial examine si la partie défenderesse a été en mesure de réfuter l'allégation d'annulation ou de réduction d'avantages. C'est dans ce contexte que les groupes spéciaux ont évoqué les attentes des Membres concernant les conditions de concurrence.

41. La notion de protection des "attentes raisonnables" des parties contractantes a été élaborée dans le contexte de plaintes "en situation de non-violation" formulées au titre de l'article XXIII:1 b) du GATT de 1947. Certaines des règles et procédures concernant les affaires introduites à la suite de ce type de plainte ont été codifiées dans l'article 26:1 du Mémoire d'accord. Les plaintes "en situation de non-violation" tirent leur origine du fait que le GATT a été conçu comme un accord destiné à protéger les concessions tarifaires réciproques négociées par les parties contractantes au titre de l'article II. En l'absence de règles juridiques de fond dans de nombreux domaines touchant le commerce international, la disposition de l'article XXIII:1 b) relative aux actions "en situation de non-violation" visait à empêcher les parties contractantes de recourir à des obstacles non tarifaires ou à d'autres mesures de politique générale pour neutraliser les avantages des concessions tarifaires négociées. Au titre de l'article XXIII:1 b) du GATT de 1994, un Membre peut formuler une plainte "en situation de non-violation" lorsque l'équilibre des concessions négocié entre les Membres est rompu par l'application d'une mesure, que celle-ci soit ou non incompatible avec les dispositions de l'accord visé. Il ne s'agit pas en définitive d'obtenir le retrait de la mesure en cause, mais d'arriver à un ajustement mutuellement satisfaisant, généralement au moyen d'une compensation.

42. L'article 64:2 de l'*Accord sur les ADPIC* dispose ce qui suit:

Les alinéas 1 b) et 1 c) de l'article XXIII du GATT de 1994 ne s'appliqueront pas au règlement des différends dans le cadre du présent accord pendant une période de cinq ans à compter de la date d'entrée en vigueur de l'*Accord sur l'OMC*.

Le sens de cette disposition est clair: le *seul* motif d'action autorisé dans le cadre de l'*Accord sur les ADPIC* pendant les cinq premières années après l'entrée en vigueur de l'*Accord sur l'OMC* est une procédure de plainte "en situation de violation" au titre de l'article XXIII:1 a) du GATT de 1994. L'affaire à l'étude a pour objet le manquement allégué à des obligations découlant de l'*Accord sur les ADPIC*. Toutefois, en invoquant les "attentes légitimes" des Membres concernant les conditions de concurrence, le Groupe spécial confond les bases juridiquement distinctes des plaintes "en situation de violation" et "en situation de non-violation" au titre de l'article XXIII du GATT de 1994 pour en faire un seul motif d'action uniforme. Cela n'est compatible ni avec l'article XXIII du GATT de 1994 ni avec l'article 64 de l'*Accord sur les ADPIC*. La faculté de formuler des plaintes "en situation de non-violation" pour des différends relevant de l'*Accord sur les ADPIC* est une question qui doit encore être examinée par le Conseil des aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (le "Conseil des ADPIC")

conformément à l'article 64:3 de l'*Accord sur les ADPIC*. Ce n'est pas une question qui doit être réglée par le biais d'une interprétation donnée par des groupes spéciaux ou par l'Organe d'appel.¹¹

II. HISTORIQUE DE LA NÉGOCIATION DES PARAGRAPHES 2 ET 3 DE L'ARTICLE 64 DE L'ACCORD SUR LES ADPIC

11. Un élément-clé de l'historique de la négociation de la disposition de l'Accord sur les ADPIC relative au règlement des différends, c'est-à-dire l'article 64, tient à ce que les négociations sur les ADPIC ont eu lieu notamment sur la base de la disposition ci-après, figurant dans la partie pertinente de la Décision d'avril 1989 du Comité des négociations commerciales du Cycle d'Uruguay (qui a clos l'examen à mi-parcours du Cycle d'Uruguay):

"Les Ministres conviennent qu'il n'est pas préjugé de l'issue des négociations et que celles-ci sont sans préjudice des vues des participants concernant les aspects institutionnels de la mise en œuvre au plan international des résultats des négociations dans ce domaine, au sujet de laquelle une décision doit être prise conformément au dernier paragraphe de la Déclaration de Punta del Este."¹²

Ce paragraphe de la Déclaration de Punta del Este est ainsi libellé:

"Lorsque les résultats des Négociations commerciales multilatérales seront établis dans tous les domaines, les Ministres, également réunis à l'occasion d'une session extraordinaire des PARTIES CONTRACTANTES, décideront de la mise en œuvre de ces résultats respectifs au plan international."¹³

12. Étant donné que la question du cadre institutionnel pour la mise en œuvre des résultats des négociations sur les ADPIC, souvent appelée question de la "Gattabilité", est restée en suspens jusqu'à la fin des négociations et que les arrangements concernant le règlement des différends étaient étroitement liés à cette question, les négociations sur le règlement des différends ont été laissées de côté jusqu'à un stade avancé du processus de négociation. C'est pourquoi le projet d'accord sur les ADPIC transmis par le Président du Groupe de négociation à la Conférence ministérielle de Bruxelles à la fin de 1990, qui rendait déjà compte des progrès réalisés au cours des négociations sur la plupart des aspects fondamentaux, ne présentait pas de texte commun en matière de règlement des différends.¹⁴ Il contenait au contraire, en annexe, trois textes destinés à indiquer l'éventail des options soumises au Groupe de négociation et à servir de base à l'éventuelle élaboration d'un texte à la lumière de la décision qui devait être prise sur les arrangements institutionnels. En quelques mots, une de ces propositions préconisait l'application telle quelle des procédures de règlement des différends du GATT qui résulteraient du Cycle d'Uruguay. Une autre envisageait un mécanisme de règlement des différends distinct et simplifié, qui ne reprendrait pas les termes de l'article XXIII du GATT pour décrire les éventuels motifs d'action mais prévoirait plutôt des procédures applicables "lorsqu'un différend surgira[it] au sujet de l'interprétation ou de la mise en œuvre du présent accord ...". La troisième approche était censée être une proposition de compromis. Elle préconisait l'application des règles du GATT en matière de règlement des différends qui résulteraient du Cycle d'Uruguay, et de

¹¹ Les notes de bas de page figurant dans le passage cité du rapport de l'Organe d'appel ont été supprimées.

¹² MTN.TNC/9, page 9.

¹³ IBDD, S33/29.

¹⁴ MTN.TNC/W/35/Rev.1.

certaines dispositions spécifiques concernant les différends relatifs aux ADPIC; ces dernières prévoyaient une étape de conciliation, médiation et bons offices, une liste d'experts spécialisés dans les questions de propriété intellectuelle et des procédures spéciales concernant l'éventuelle autorisation de suspendre des concessions ou d'autres obligations.

13. Lorsque les négociations du Cycle d'Uruguay sur les ADPIC et sur les autres sujets ont repris sérieusement à l'automne de 1991, on ne savait toujours pas très bien de quelle manière le problème du cadre institutionnel serait réglé. En conséquence, la question du règlement des différends a été pour une large part laissée de côté. Ce n'est qu'en décembre de cette année-là qu'il est devenu manifeste que le moyen de régler cette question en ce qui concernait l'ensemble du Cycle d'Uruguay serait probablement de créer une nouvelle organisation, alors appelée Organisation multilatérale du commerce, et d'instituer un mécanisme de règlement des différends intégré qui s'appliquerait à tous les différends soulevés dans le cadre de cette organisation. Les discussions qui ont alors eu lieu ont porté essentiellement sur la proposition de compromis et, en particulier, sur la question de savoir dans quelle mesure il serait nécessaire de conserver les diverses dispositions spéciales applicables aux différends relatifs aux ADPIC compte tenu des dispositions générales du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends qui étaient en cours d'élaboration. Au vu de ces discussions, pendant lesquelles il est apparu que les problèmes sous-tendant ces dispositions spéciales proposées seraient vraisemblablement pris en compte dans les règles générales concernant le règlement des différends alors en cours d'élaboration, le texte qui a été inclus dans le projet d'acte final, présenté le 20 décembre 1991, était en substance le même que celui du paragraphe 1 actuel de l'article 64 de l'Accord sur les ADPIC.¹⁵ Aucun autre paragraphe n'a été ajouté à la disposition relative au règlement des différends qui figurait dans le projet de texte sur les ADPIC du 20 décembre 1991. Toutefois, étant donné que les travaux sur l'élaboration d'un mémorandum d'accord sur le règlement des différends intégré n'étaient pas encore achevés, une note de bas de page a été insérée, qui disposait ce qui suit: "Cette disposition devra peut-être être révisée en fonction des résultats des travaux relatifs à l'établissement d'un mémorandum d'accord sur le règlement des différends intégré au titre de l'Accord établissant l'Organisation multilatérale du commerce."

14. La question de la non-violation n'avait pas été abordée pendant les négociations qui ont débouché sur ce texte, mais elle s'est posée avec force à l'automne de 1991, pendant la négociation du texte de l'article 8 de l'Accord sur les ADPIC. Le texte de l'article 8 présenté à Bruxelles en 1990 était fondamentalement le même que le texte actuel si ce n'est qu'au paragraphe 1, la disposition restrictive "à condition que ces mesures soient compatibles avec les dispositions du présent accord" était libellée de la manière suivante: "à condition de ne pas déroger aux obligations découlant du présent accord", et qu'une différence semblable apparaissait aussi dans le projet de libellé du paragraphe 2. Le problème qui s'est posé et a débouché sur des négociations assez longues tenait à ce que certaines délégations se sont dites préoccupées par le recours éventuel aux dispositions de l'article 8 pour justifier des mesures qui, sans être incompatibles avec les obligations découlant de l'Accord, risquaient d'avoir pour effet de compromettre des avantages dont les autres Membres pouvaient légitimement s'attendre à bénéficier en vertu de l'Accord; en d'autres termes, la disposition pouvait être utilisée dans une affaire en situation de non-violation comme argument de défense selon lequel on ne pouvait que raisonnablement s'attendre lors de la conclusion des négociations sur les ADPIC à ce que les mesures prévues par l'article 8 soient prises. Pour prévenir cet effet, il a été suggéré que les termes "ou compromettre les avantages" soient insérés après le terme "obligations". Par la suite, les négociations se sont centrées sur l'inclusion éventuelle des termes "ni de les amoindrir de quelque autre manière" après le terme "accord". Des objections ont été formulées à ces modifications et, en fin de compte, le texte transmis par la Présidence pour être inclus dans le projet d'Acte final était celui de l'article 8 actuel, lequel dispose que les mesures visées doivent être compatibles avec les

¹⁵ MTN.TNC/W/FA.

"dispositions" de l'Accord au lieu d'interdire aux Membres de déroger aux "obligations" découlant de l'Accord.

15. Les négociations du Cycle d'Uruguay ont peu progressé sur les questions de fond jusqu'à la fin de 1993. Toutefois, dans l'intervalle, des travaux utiles de légistique ont été effectués. Dans ce contexte, la question des plaintes en situation de non-violation s'est posée au moment de déterminer s'il convenait d'abandonner ou de conserver la note de bas de page relative à l'article 64 du projet d'Acte final (voir le paragraphe 13 ci-dessus). Certaines délégations étaient opposées à sa suppression car elles désiraient avoir la possibilité de revenir sur la question de la non-violation dans le cadre des ADPIC suivant l'évolution des travaux en cours sur l'établissement des dispositions du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, y compris celles qui se rapportaient à la non-violation.

16. Les négociations du Cycle d'Uruguay sont entrées dans leur phase fondamentale finale à l'automne 1993. À ce moment-là, il a été proposé d'apporter un petit nombre de modifications au texte de 1991 de l'Accord sur les ADPIC. En fin de compte, la plupart de ces suggestions n'ont pas été retenues et le texte final adopté le 15 décembre 1993 ne comportait que deux modifications de fond: la première était l'adjonction des paragraphes 2 et 3 de l'article 64, et l'autre était l'introduction à l'article 31 c) de l'énoncé relatif à la technologie des semi-conducteurs.

III. CAS DE PLAINTES EN SITUATION DE NON-VIOLATION DANS LE CADRE DU GATT/DE L'OMC

17. La disposition en matière de règlement des différends qui figure à l'article 64 de l'Accord sur les ADPIC fait fond sur l'application des dispositions des articles XXII et XXIII du GATT de 1994, telles qu'elles sont explicitées et mises en application par le Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends de l'OMC. L'Organe d'appel a noté que la pratique antérieure du GATT en ce qui concerne l'article XXIII est donc pertinente pour l'interprétation de l'Accord sur les ADPIC¹⁶, et que les rapports de groupes spéciaux adoptés sont une partie importante de l'"acquis" du GATT.¹⁷

18. Dans la plupart des cas, les plaintes en situation de non-violation présentées dans le cadre du GATT de 1947 et de l'OMC relèvent de l'article XXIII:1 b) et allèguent l'annulation ou la réduction d'un avantage découlant de l'accord visé. Ces plaintes sont examinées dans la partie A. La partie B passe en revue les plaintes dites "motivées par une autre situation" qui relèvent de l'article XXIII:1 c) et la section C les plaintes alléguant que la réalisation d'un objectif de l'accord visé a été entravée. Toutefois, le premier point abordé concerne l'évolution depuis 1947 des textes juridiques applicables aux affaires de non-violation.

Évolution des textes juridiques applicables

19. Les dispositions du GATT de 1947, qui sont reprises dans le GATT de 1994 et servent de fondement pour les plaintes en situation de non-violation, sont examinées aux paragraphes 3 à 5 de la présente note et sont reproduites à l'annexe 1.

20. Dans la "Description convenue de la pratique habituelle du GATT en matière de règlement des différends (article XXIII, paragraphe 2)", qui a été annexée au Mémoire d'accord concernant

¹⁶ *Inde – Brevets I*, WT/DS50/AB/R, paragraphe 37, cité au paragraphe 10 de la présente note.

¹⁷ Rapport de l'Organe d'appel sur l'affaire *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques*, adopté le 1^{er} novembre 1996, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, pages 16 et 17, que l'Organe d'appel a cité, en l'approuvant, dans son rapport sur l'affaire *Inde – Brevets I*, WT/DS50/AB/R, paragraphe 35.

les notifications, les consultations, le règlement des différends et la surveillance adopté le 28 novembre 1979, à la fin du Tokyo Round, il est dit ce qui suit en ce qui concerne le recours à l'article XXIII:1 b) ou c):

"Si une partie contractante qui dépose un recours au titre de l'article XXIII faisait valoir que des mesures qui ne contreviennent pas aux dispositions de l'Accord général ont annulé ou compromis des avantages résultant pour elle de l'Accord général, elle serait appelée à présenter une justification détaillée."¹⁸

21. Les codes issus du Tokyo Round, qui contenaient des mécanismes de règlement des différends fondés sur celui du GATT de 1947 bien que distincts, ménageaient également la possibilité de présenter des plaintes en situation de non-violation. Le libellé était quelque peu plus condensé que celui du GATT de 1947 s'agissant des différents motifs d'action, même si le concept fondamental d'annulation ou de réduction d'avantages en situation de non-violation était toujours présent.¹⁹

22. À l'OMC, l'annulation et la réduction d'avantages en situation de non-violation restent des motifs d'action au titre du GATT de 1994 et des autres accords sur le commerce des marchandises qui figurent à l'Annexe 1A de l'Accord sur l'OMC.²⁰

23. L'article XXIII:3 de l'AGCS contient la disposition spéciale ci-après sur l'annulation ou la réduction d'avantages en situation de non-violation:

"3. Si un Membre considère qu'un avantage dont il aurait raisonnablement pu s'attendre à bénéficier conformément à un engagement spécifique contracté par un autre Membre au titre de la Partie III du présent accord se trouve annulé ou compromis du fait de l'application d'une mesure qui ne contrevient pas aux dispositions du présent accord, ledit Membre pourra recourir au Mémorandum d'accord sur le règlement des différends. Si l'ORD détermine que la mesure a annulé ou compromis un tel avantage, le Membre affecté aura droit à une compensation mutuellement satisfaisante, sur la base du paragraphe 2 de l'article XXI, qui pourra inclure la modification ou le retrait de la mesure. Dans les cas où les Membres concernés ne pourront pas arriver à un accord, l'article 22 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends sera d'application."

¹⁸ IBDD, S26/237, paragraphe 5.

¹⁹ Accord relatif aux obstacles techniques au commerce, article 14; Accord relatif aux marchés publics, article VII; Accord relatif à l'interprétation et à l'application des articles VI, XVI et XXIII du GATT, articles 12 et 13; Accord relatif à la mise en œuvre de l'article VII du GATT, articles 19 et 20; Accord relatif à la mise en œuvre de l'article VI du GATT, article 15; à l'inverse, l'article 4 de l'Accord relatif aux procédures en matière de licences d'importation faisait référence aux articles XXII et XXIII du GATT.

²⁰ Néanmoins, la situation peut être différente dans le cadre de certains de ces accords. L'article 5 de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires contient une disposition spécifique sur l'annulation ou la réduction des avantages résultant pour d'autres Membres du GATT de 1994. L'article 10 de l'Accord sur l'agriculture énonce expressément certaines obligations de non-contournement, de sorte que toute annulation ou réduction des avantages concernés pourrait de fait constituer une violation, et l'article 13 exempte temporairement certaines mesures de soutien interne des actions fondées sur l'annulation ou la réduction en situation de non-violation, des avantages des concessions tarifaires. L'article 8:10 de l'Accord sur les textiles et les vêtements prévoit uniquement que le paragraphe 2 de l'article XXIII du GATT de 1994 et les dispositions pertinentes du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends peuvent être invoqués en cas de non-respect des recommandations de l'Organe de supervision des textiles.

24. Il convient par ailleurs de noter que l'AGCS ne ménage pas la possibilité de présenter des plaintes motivées par une autre situation du type de celles qui sont prévues à l'article XXIII:1 c) du GATT de 1994, ni des plaintes pour cause d'entrave à la réalisation d'un de ses objectifs.

25. Pour ce qui est de l'Accord sur les ADPIC, les dispositions des paragraphes 2 et 3 de l'article 64, qui concernent les plaintes en situation de non-violation, sont reproduites à l'annexe 1.

26. Le Mémoire d'accord sur le règlement des différends, qui établit des procédures de règlement des différends applicables à tous les Accords de l'OMC, prévoit à l'article 26 des procédures spéciales pour les plaintes en situation de non-violation du type décrit à l'article XXIII:1 b) du GATT de 1994 et les plaintes du type décrit à l'article XXIII:1 c) du GATT de 1994. Le texte de l'article 26 du Mémoire d'accord est reproduit à l'annexe 3.

A. PLAINTES DU TYPE PRÉVU À L'ARTICLE XXIII:1 B) DU GATT DE 1947 ET DU GATT DE 1994
CONCERNANT L'ANNULATION OU LA RÉDUCTION D'UN AVANTAGE

1. Fréquence des plaintes

27. Peu de plaintes ont été formulées au titre de l'alinéa 1 b) de l'article XXIII. Seuls huit groupes de travail et groupes spéciaux ont examiné au fond des plaintes de ce type dans le cadre du GATT de 1947.²¹ La liste figurant à l'annexe 4 fournit des détails à propos de ces rapports et des autres rapports pertinents. Il ressort de l'examen de ces rapports que:

- dans trois cas, la plainte en situation de non-violation a abouti et le rapport du Groupe de travail ou du Groupe spécial a été adopté. Un rapport a été établi sur la suite donnée à l'un de ces rapports²²;
- dans deux cas, les groupes spéciaux ont constaté que les plaintes en situation de non-violation étaient justifiées mais leurs rapports n'ont pas été adoptés²³;
- dans trois cas, les plaintes en situation de non-violation ont été rejetées pour absence de justification détaillée.²⁴

²¹ En 1998, le Groupe spécial *Japon – Pellicules* a estimé, dans son rapport, que "le recours en situation de non-violation devrait être envisagé avec prudence et demeurer exceptionnel", WT/DS44/R, paragraphe 10.37.

²² Rapport du Groupe de travail *Les subventions australiennes aux importations de sulfate d'ammonium*, adopté le 3 avril 1950, IBDD, II/204; rapport du Groupe spécial *Régime des importations de sardines en Allemagne*, adopté le 31 octobre 1952, IBDD, S1/56 (ci-après dénommé *Allemagne – Sardines*); et rapport du Groupe spécial *Communautés européennes – Primes et subventions versées aux transformateurs et aux producteurs d'oléagineux et de protéines apparentées destinées à l'alimentation des animaux*, adopté le 25 janvier 1990, IBDD, S37/91 (ci-après dénommé *CEE – Oléagineux*), et rapport des membres du Groupe spécial des oléagineux originel, *Suite donnée au rapport du Groupe spécial sur les primes et subventions versées aux transformateurs et aux producteurs d'oléagineux et de protéines apparentées destinées à l'alimentation des animaux*, DS28/R, daté du 31 mars 1992, IBDD, S39/101.

²³ Rapport du Groupe spécial *Communauté européenne – Traitement tarifaire à l'importation de produits du secteur des agrumes en provenance de certains pays de la région méditerranéenne* de 1985, L/5776, non adopté (ci-après dénommé *CEE – Agrumes*) et rapport du Groupe spécial *Communauté économique européenne – Aides accordées à la production de pêches en boîte, poires en boîte, mélanges de fruits en boîte et raisins secs* de 1985, L/5778, non adopté (ci-après dénommé *CEE – Fruits en boîte*).

²⁴ Rapport du Groupe spécial *Recours de l'Uruguay à l'article XXIII*, adopté le 16 novembre 1962, IBDD, S11/98 (ci-après dénommé *Recours de l'Uruguay*); rapport du Groupe spécial *Japon – Commerce des semi-conducteurs*, adopté le 24 mai 1960, IBDD, S35/126 (ci-après dénommé *Japon – Semi-conducteurs*); et

28. Des plaintes en situation de non-violation ont été formulées dans un petit nombre d'autres affaires mais elles sont restées sans suite.²⁵ Des questions relatives aux "attentes raisonnables" résultant des négociations tarifaires et à l'effet des subventions sur la valeur des concessions ont aussi été soulevées dans un rapport de groupe spécial de 1955²⁶ et dans le rapport du Groupe spécial de 1961 sur les subventions.²⁷

29. Depuis l'institution de l'OMC, un seul groupe spécial a examiné au fond une plainte en situation de non-violation.²⁸ De telles plaintes ont également été formulées, parallèlement à des plaintes en situation de violation, dans diverses autres demandes d'ouverture de consultations ou d'établissement d'un groupe spécial.²⁹ En outre, dans quelques autres affaires, des plaintes pour annulation ou réduction d'avantages ont été présentées sans qu'il soit précisé s'il y avait ou non violation.

rapport du Groupe spécial *États-Unis – Restrictions à l'importation de sucre et de produits contenant du sucre appliquées au titre de la dérogation de 1955 et de la note introductive de la Liste de concessions tarifaires*, adopté le 7 novembre 1990, IBDD, S37/245 (ci-après dénommé *États-Unis – Dérogation de 1955*).

²⁵ Il s'agit notamment d'une plainte de 1948 concernant les *Restrictions à l'importation de textiles appliquées par Cuba*, qui a fait l'objet d'une solution bilatérale, GATT/CP.2/43; rapport du Groupe spécial *Droits appliqués par l'Allemagne à l'importation de l'amidon et de la fécule de pomme de terre*, dont il a été pris acte le 16 février 1955, IBDD, S3/86; rapport du Groupe spécial *Restrictions à l'importation appliquées par la France*, adopté le 14 novembre 1962, IBDD, S11/96 et rapport du Groupe spécial *États-Unis – Mesures commerciales affectant le Nicaragua* de 1986, L/6053, non adopté; et rapport du Groupe spécial *Communautés européennes – Restitutions à l'exportation de sucre*, adopté le 6 novembre 1979, IBDD, S26/317; et plainte de 1974 concernant l'affaire *Canada - Renégociations au titre de l'article XXIV:6 avec la CEE*, L/4107, et plainte de 1994 concernant l'affaire *CEE – Application du régime relatif aux viandes de bœuf et de veau*, C/M/183.

²⁶ Adopté le 3 mars 1955, IBDD, S3/249.

²⁷ Rapport du Groupe spécial *Application des dispositions de l'article XVI*, adopté le 21 novembre 1961, IBDD, S10/217.

²⁸ Il s'agissait du rapport du Groupe spécial *Japon – Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs*, adopté le 22 avril 1998, WT/DS44/R (ci-après dénommé *Japon – Pellicules*).

²⁹ Il s'agit notamment des affaires suivantes: *Japon – Mesures affectant les services de distribution*, demande de consultations présentée par les États-Unis, WT/DS45/1; *Brésil – Certaines mesures concernant les investissements dans le secteur automobile*, demandes de consultations présentées par le Japon et les États-Unis, WT/DS51/1 et WT/DS52/1; *États-Unis – Loi pour la liberté et la solidarité démocratique à Cuba*, demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par les Communautés européennes, WT/DS38/2; *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, demande de consultations présentée par les Philippines, WT/DS61/1; *Communautés européennes – Mesures affectant des produits butyreux*, demande de consultations et d'établissement d'un groupe spécial présentée par la Nouvelle-Zélande, WT/DS72/1 et 2; *Brésil – Mesures affectant le commerce et les investissements dans le secteur automobile*, demandes de consultations présentées par les États-Unis et les Communautés européennes, WT/DS65/1 et WT/DS81/1; *Inde – Restrictions quantitatives à l'importation de produits agricoles, textiles et industriels*, demande de consultations présentée par la Nouvelle-Zélande, WT/DS93/1; *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par le Canada, WT/DS135/3; *Communautés européennes – Enquêtes antidumping concernant les tissus de coton écru en provenance d'Inde*, demande de consultations présentée par l'Inde, WT/DS140/1; et *États-Unis – Certaines mesures visant l'importation de bovins, de porcins et de céréales en provenance du Canada*, demande de consultations présentée par le Canada, WT/DS144/1.

2. Principales données d'expérience

30. La doctrine de la non-violation trouve son origine dans le constat qu'un large éventail de mesures gouvernementales peuvent avoir une incidence sur la valeur des engagements souscrits dans le cadre d'accord commerciaux internationaux et qu'il serait très difficile et peut-être inopportun de chercher à réglementer toutes ces mesures. Une note élaborée par le Secrétariat pour le Groupe de négociation sur le règlement des différends comportait une partie sur la genèse de l'article XXIII:1 b), y compris le passage ci-après qui indiquait que la doctrine de la non-violation était une des nombreuses approches élaborées pour traiter cette question:

"Le concept de la protection des concessions et des avantages remonte aux accords commerciaux bilatéraux négociés dans les années 20 et 30. Pour empêcher que les réductions tarifaires convenues ainsi que "l'équilibre des concessions" réciproques ne soient érodés par des obstacles non tarifaires au commerce ou d'autres mesures gouvernementales (par exemple des mesures extérieures au domaine commercial), ces accords faisaient appel à trois techniques juridiques complémentaires: 1) des règles juridiques de fond interdisant ou limitant le recours à des mesures de politique commerciale exerçant des effets de restriction ou de distorsion sur les échanges; 2) des règles de procédure prévoyant des correctifs juridiques non seulement en cas de violation du traité, mais aussi dans des situations où les possibilités commerciales protégées par ces accords seraient annulées par d'autres mesures (purement intérieures, par exemple); et 3) des clauses de dénonciation permettant à une partie insatisfaite de rompre l'ensemble de ses engagements en matière de politique commerciale à bref délai (trois à six mois dans la plupart des cas). (...)"³⁰

31. Un groupe spécial établi dans le cadre du GATT a présenté l'objectif de l'article XXIII:1 b) en ces termes:

"Il a relevé que ces dispositions, telles que leurs auteurs les avaient conçues et que les parties contractantes les avaient appliquées, servaient principalement à protéger l'équilibre des concessions tarifaires. [Les dispositions de l'article XXIII:1 b)] procédaient de l'idée que les possibilités de concurrence accrues que l'on pouvait légitimement attendre d'une concession tarifaire risquaient d'être compromises non seulement par des mesures interdites par l'Accord général, mais aussi par des mesures compatibles avec celui-ci. Afin d'encourager les parties contractantes à accorder des concessions tarifaires, il fallait donc leur donner un droit à réparation pour le cas où une concession réciproque serait compromise par une autre partie contractante à la suite de l'application d'une mesure quelconque, contrevenant ou non à l'Accord général."³¹

32. Il ressort de l'examen des cas d'annulation ou de réduction d'avantages en situation de non-violation relevant de l'article XXIII:1 b) du GATT de 1947 et du GATT de 1994 que, pour construire une argumentation probante, la partie plaignante doit satisfaire aux prescriptions fondamentales ci-après:

- une mesure imputable au gouvernement de la partie défenderesse existe;

³⁰ MTN.GNG/NG13/W/31, daté du 14 juillet 1989, paragraphe 5.

³¹ CEE – Oléagineux, IBDD, S37/91, 135, passage que le Groupe spécial *Japon – Pellicules* a cité, en l'approuvant, dans son rapport, WT/DS44/R, paragraphe 10.35.

- la partie plaignante ne pouvait pas raisonnablement s'attendre à cette mesure lorsqu'elle a négocié l'engagement avec la partie défenderesse; et
- la mesure nuit au rapport de concurrence entre les produits qui a été établi par l'engagement visé.

33. Outre le deuxième alinéa ci-dessus, les attentes raisonnables (parfois appelées attentes légitimes) sont évoquées dans la pratique du GATT à propos des avantages dont une partie peut raisonnablement s'attendre à bénéficier. Ces deux sortes de référence à cette notion constituent les deux facettes d'une même réalité, c'est-à-dire que le critère permettant de déterminer si des avantages que l'on pouvait raisonnablement s'attendre à tirer d'un engagement ont été annulés ou compromis par une mesure est que la partie qui a négocié l'engagement ne devait avoir, à ce moment-là, aucune raison de s'attendre à ce que la mesure visée soit prise.³²

34. Les paragraphes qui suivent exposent plus en détail l'expérience touchant à ces questions, ainsi qu'aux prescriptions procédurales jugées nécessaires dans les cas d'annulation ou de réduction d'avantages en situation de non-violation. Le premier point abordé est l'expérience relative à la nature de l'"avantage". L'examen portera en deuxième lieu sur les "mesures" susceptibles d'entraîner ce type de cas, en particulier leur nature, les attentes raisonnables les concernant et leur rapport temporel avec la négociation des engagements. Troisièmement, il conviendra d'analyser l'expérience relative au lien de causalité entre la mesure visée et l'annulation ou la réduction alléguée de l'avantage, et de déterminer à quelle partie il incombe de démontrer qu'il y a annulation ou réduction d'avantages dans ce type de cas. Enfin, l'expérience touchant aux mesures correctives adoptées dans les affaires ayant abouti sera étudiée.

3. Nature de l'"avantage"

35. La notion selon laquelle les avantages découlant d'une concession ou d'une obligation établie au titre d'un accord ont d'une certaine manière une portée plus large que le libellé littéral de l'engagement lui-même est inhérente au concept de l'annulation ou de la réduction d'avantages en situation de non-violation. En d'autres termes, l'avantage qu'un Membre peut légitimement s'attendre à tirer de l'engagement va au-delà du simple respect formel de la disposition visée.³³ Dans la pratique du GATT, pour que cela soit le cas, il a été estimé qu'un engagement devait avoir établi des conditions de concurrence – parfois appelées rapport de concurrence ou création de possibilités de concurrence. Il s'agit habituellement du rapport de concurrence existant dans un pays entre des produits importés et

³² Voir le paragraphe 50 de la présente note.

³³ Cet aspect-clé de l'applicabilité des plaintes en situation de non-violation a été évoqué dans deux notes élaborées sur ce sujet par le Secrétariat pendant les négociations du Cycle d'Uruguay. La note du Secrétariat de 1989 mentionnée plus haut dans la note de bas de page 30 posait la question de savoir si "... [l]es "avantages" découlant des règles de l'Accord général relatives aux obstacles non tarifaires au commerce [avaient] une portée plus vaste que les règles elles-mêmes de l'Accord général (par exemple, protége[ai]ent-ils également de toutes mesures faussant le marché autres que celles qu'interdis[ai]ent explicitement ces règles de l'Accord général)?" Une note sur l'applicabilité des plaintes en situation de non-violation dans le secteur des marchés publics, établie par le Secrétariat pour le Groupe de travail informel des marchés publics pendant la négociation de l'accord plurilatéral actuel, posait la question suivante: "... quelles sont les attentes légitimes découlant des engagements contractés par les autres pays en vertu de l'Accord? Portent-elles simplement sur le fait que les entités visées passeront leurs marchés conformément aux procédures établies dans l'Accord, ou impliquent-elles quelque chose de plus – la garantie d'un accès effectif à un marché?".

des produits d'origine nationale, bien que le rapport existant dans un pays entre des produits importés d'autres pays ait aussi été visé.³⁴

36. L'importance fondamentale de la notion de rapport de concurrence a été clairement établie dans le cadre de la première plainte en situation de non-violation ayant abouti, qui date de 1950 et portant sur les *subventions australiennes aux importations de sulfate d'ammonium*. L'examen par le Groupe de travail de l'élément de la plainte relatif à la non-violation commence de la manière suivante:

"Le groupe de travail a ensuite examiné si le préjudice que le gouvernement du Chili dit avoir subi est tel qu'un avantage quelconque résultant, pour le Chili, directement ou indirectement de l'Accord général a été annulé ou compromis, et si ce préjudice relève par conséquent des dispositions de l'article XXIII. Le groupe a admis que cet avantage serait compromis au cas où les mesures prises par le gouvernement australien, qui ont eu pour résultat de renverser le rapport de concurrence existant entre le nitrate de sodium et le sulfate d'ammonium, n'auraient raisonnablement pu être prévues par le gouvernement du Chili au moment où il a négocié la consolidation du régime d'admission en franchise du nitrate de sodium, compte tenu de tous les éléments pertinents de la situation et des dispositions de l'Accord général."³⁵

37. Le Groupe spécial de 1952 chargé d'examiner la deuxième plainte en situation de non-violation ayant abouti, l'affaire *Allemagne – Sardines*, a commencé son examen de l'élément de la plainte relatif à la non-violation de la même manière.³⁶ Dans son rapport, qui n'a pas été adopté, le Groupe spécial *CEE – Fruits en boîte* de 1985 a examiné les rapports antérieurs concernant des plaintes en situation de non-violation et a constaté ce qui suit:

"... il avait été établi, dans la pratique passée du GATT, qu'un bouleversement de la position concurrentielle d'un produit importé en raison de l'institution ultérieure d'une mesure interne, que la partie présentant la plainte ne pouvait raisonnablement prévoir au moment de la négociation d'une concession tarifaire sur le produit importé, valait une présomption d'annulation ou d'amoindrissement de la valeur des concessions."³⁷

38. Plus récemment, le Groupe spécial *CEE – Oléagineux* de 1990 a indiqué ce qui suit dans son rapport (voir aussi le paragraphe 31 de la présente note): "[les dispositions de l'article XXIII:1 b)] procédaient de l'idée que les possibilités de concurrence accrues que l'on pouvait légitimement attendre d'une concession tarifaire risquaient d'être compromises non seulement par des mesures interdites par l'Accord général, mais aussi par des mesures compatibles avec celui-ci".³⁸ Il a dit ensuite que "le principal intérêt d'une concession tarifaire est qu'elle donne l'assurance d'un meilleur accès au marché grâce à une plus grande concurrence par les prix. Les parties contractantes négocient

³⁴ Les rapports *CEE – Agrumes* (L/5776), qui n'a pas été adopté, et *Japon – Semi-conducteurs* (IBDD, S35/126) portaient sur les conditions de concurrence entre des produits importés d'autres pays.

³⁵ IBDD, II/204, 209.

³⁶ IBDD, S1/56, 61-62.

³⁷ L/5778, rapport non adopté, paragraphes 55 et 80.

³⁸ IBDD, S37/91, 135, paragraphe 144.

des concessions tarifaires essentiellement pour obtenir cet avantage".³⁹ Le Groupe spécial *Japon - Pellicules* de 1998 a cité, en les approuvant, ces déclarations dans son rapport.⁴⁰

39. Le Groupe spécial *Japon - Pellicules* a aussi dit que pour qu'un avantage soit annulé ou compromis du fait de l'application d'une mesure, "il faut qu'il soit démontré que la position concurrentielle des produits importés faisant l'objet et bénéficiant d'une concession (tarifaire) pertinente concernant l'accès au marché se trouve *bouleversée par* ("annulé ou compromis ... du fait" de) l'application d'une mesure qui n'était pas raisonnablement prévue".⁴¹

40. En pratique, l'"avantage" résultant d'un accord dont les plaignants dans les affaires en situation de non-violation ont allégué qu'il était annulé ou compromis était généralement l'avantage qui découlait des concessions tarifaires. Cela était vrai pour chacune des affaires susmentionnées. L'explication avancée dans les publications théoriques tient à ce qu'une concession tarifaire est nécessaire pour qu'il existe une certaine attente en matière d'accès au marché, s'agissant des possibilités de concurrence. Un auteur a écrit: "En l'absence de concession tarifaire, un Membre de l'OMC peut imposer des droits de douane de n'importe quel niveau et l'attente légitime concernant l'accès au marché n'est donc suscitée dans le cadre du GATT que par une concession tarifaire"⁴²; un autre a dit: "Si le produit ne fait l'objet d'aucune concession, alors les autres règles du GATT ne garantissent pas vraiment un niveau déterminé de débouchés; elles garantissent simplement la prévention des obstacles au commerce dont elles traitent."⁴³

41. Trois groupes spéciaux ont examiné des plaintes en situation de non-violation qui concernaient des obligations générales et non des concessions tarifaires spécifiques. Le premier rapport, qui n'a pas été adopté, était celui du Groupe spécial *CEE - Agrumes* de 1985. Dans cette affaire, il était allégué que le traitement tarifaire préférentiel était incompatible avec le traitement de la nation la plus favorisée ou, à défaut, qu'il annulait ou compromettait des avantages sans qu'il y ait violation de l'Accord. Le Groupe spécial a constaté que la plainte en situation de non-violation était justifiée et, en particulier, que l'"avantage" évoqué à l'article XXIII:1 ne se limitait pas aux concessions tarifaires. Le passage pertinent du rapport du Groupe spécial est le suivant:

"... le Groupe spécial a considéré que, bien que les réclamations déposées précédemment au titre de l'article XXIII:1 b) aient concerné des avantages résultant de l'article II, cela ne signifie pas que l'article XXIII:1 b) ne vise que ces avantages. L'historique de la rédaction de l'article XXIII confirme que cet article, y compris le paragraphe 1 b), protège tout avantage résultant de l'Accord général ... [I]l couvre donc les avantages résultant pour les États-Unis de l'article premier, paragraphe 1, qui s'applique au même titre aux positions tarifaires consolidées et non consolidées ...

³⁹ *Loc. cit.*

⁴⁰ WT/DS44/R, paragraphe 10.35.

⁴¹ *Ibid.*, paragraphe 10.82.

⁴² Frieder Roessler: "The Concept of Nullification and Impairment in the Legal System of the World Trade Organization" dans E.-U. Petersmann (ed.), *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, Kluwer Law International, 1997, pages 125-142.

⁴³ Robert E. Hudec: "Regulation of Domestic Subsidies Under the MTN Subsidies Code" dans Wallace, Loftus et Krikorian (eds), *Interface Three: The Legal Treatment of Domestic Subsidies*, International Law Institute, 1984, page 7.

Le Groupe spécial a noté que l'article XXIII:1 b) a pour objet essentiel de permettre un règlement par voie de compensation dans des situations où l'équilibre des droits et des obligations des parties contractantes a été rompu ... [D]ans ce cas particulier, l'équilibre des droits et des obligations sur lequel reposent les articles premier et XXIV de l'Accord général a été rompu au détriment des parties contractantes non signataires de ces accords [préférentiels] et que les États-Unis ont donc droit à une compensation dans la mesure où l'octroi des préférences a causé un préjudice substantiel à leurs échanges effectifs ou potentiels."⁴⁴

42. Le Groupe spécial *Japon - Semi-conducteurs* de 1988 a examiné des mesures appliquées aux exportations de semi-conducteurs à destination de marchés de pays tiers et a constaté qu'elles étaient incompatibles avec l'article XI:1 du GATT de 1947 sur l'élimination des restrictions quantitatives. Après avoir noté qu'une partie alléguant qu'il y avait annulation ou réduction d'avantages en situation de non-violation devait présenter une justification détaillée, il a dit qu'il estimait "que les éléments de preuve présentés par la CEE au sujet de l'accès au marché japonais ne lui permettaient pas d'identifier de mesure prise par le gouvernement japonais qui amoindrirait la compétitivité des exportateurs de semi-conducteurs de la CEE par rapport à ceux des États-Unis et qui pourraient, par conséquent, annuler ou compromettre des avantages résultant pour la CEE de l'Accord général et compromettre la réalisation des objectifs de cet accord au sens de l'article XXIII".⁴⁵

43. Le Groupe spécial *États-Unis – Dérogation de 1955* de 1990 a examiné une plainte en situation de non-violation se rapportant à une mesure non tarifaire et à une obligation générale, à savoir des restrictions à l'importation qui contrevenaient à l'article XI du GATT de 1947. Il a fait les observations ci-après:

"... La CEE n'a pas prétendu que des avantages résultant pour elle d'une concession tarifaire accordée par les États-Unis conformément à l'article II ont été annulés ou compromis sous l'effet des mesures prises au titre de la Dérogation. La principale justification qu'elle a présentée au Groupe spécial pour faire valoir que des avantages étaient annulés ou compromis était que, malgré la Dérogation, les restrictions restaient incompatibles avec l'Accord général. Le Groupe spécial a reconnu que l'article XXIII:1 b) n'exclut pas les plaintes pour annulation ou réduction d'avantages qui sont fondées sur des dispositions de l'Accord général autres que l'article II."⁴⁶

44. Les accords sur le commerce des marchandises qui constituent l'Annexe 1A de l'Accord sur l'OMC ménagent la possibilité de présenter des plaintes au motif qu'une mesure compatible avec un accord annule ou compromet un avantage découlant de cet accord, mais l'AGCS limite cette possibilité dans le secteur des services aux situations dans lesquelles l'avantage découlant d'un engagement spécifique contracté par un autre Membre au titre de la Partie III de l'Accord est annulé ou compromis. La Partie III de l'AGCS contient les engagements spécifiques que les Membres ont négociés et inscrits dans leurs Listes nationales annexées à l'Accord. Les autres parties de l'AGCS énoncent des règles générales d'application ainsi que certaines dispositions institutionnelles et procédurales.

45. Les négociations relatives à cette disposition de l'AGCS se sont, pour l'essentiel, déroulées lors de réunions informelles et n'ont donc pas fait l'objet de comptes rendus officiels. Il est indiqué

⁴⁴ L/5776, rapport non adopté, paragraphes 4.36 et 4.37.

⁴⁵ IBDD, S35/126, 178.

⁴⁶ IBDD, S37/245, 282.

dans les documents officiels du Groupe de négociation sur les services du Cycle d'Uruguay qu'une disposition en matière de non-violation est apparue pour la première fois entre crochets dans le projet de texte d'accord sur les services du 23 juillet 1990.⁴⁷ En 1990, plusieurs délégations ont présenté des projets d'accord, dont deux traitaient spécifiquement des plaintes en situation de non-violation, les limitant en fait, de différentes manières, aux avantages découlant d'engagements spécifiques.⁴⁸ À la réunion du Groupe de négociation sur les services tenue en mai et juin 1991, de nombreuses délégations ont fait valoir que ces plaintes devaient être soigneusement circonscrites et définies, vu en particulier que le fait d'obliger les Membres à déréglementer certains marchés pourrait avoir des conséquences non voulues.⁴⁹

4. Mesure

a) Nature d'une "mesure"

46. L'article XXIII:1 b) du GATT de 1994 requiert l'application par un Membre d'une "mesure", sans exclusion *a priori* un quelconque type de "mesure". Les plaintes en situation de non-violation ayant abouti dans le cadre du GATT de 1947 ont concerné des lois ou des règlements établis par les gouvernements en vue, par exemple, d'instituer des impositions, d'accorder des aides à la production ou de supprimer une subvention.

47. Dans son rapport, le Groupe spécial *Japon – Semi-conducteurs* de 1988 a notamment examiné dans quelle mesure des types d'action gouvernementale moins formels, tels que des directives administratives, pourraient être considérés comme des restrictions visées par l'article XI:1 du GATT de 1947 étant donné:

"... qu'il existait des incitations ou des désincitations suffisantes pour que des mesures non obligatoires prennent effet ... [et] que l'application des mesures ... dépendait essentiellement d'une action ou d'une intervention du gouvernement [car en ce cas] les mesures auraient un effet équivalant à des prescriptions impératives et la différence entre les unes et les autres ne tiendrait qu'à la forme et non au fond ...".⁵⁰

48. Le Groupe spécial *Japon – Restrictions à l'importation de certains produits agricoles* de 1988, chargé d'examiner une plainte en situation de violation, a constaté dans son rapport que les directives administratives informelles utilisées par le gouvernement japonais pour restreindre la production de certains produits agricoles pouvaient être considérées comme des mesures gouvernementales au sens de l'article XI:2 du GATT de 1947 étant donné qu'elles émanaient du gouvernement et étaient efficaces dans le contexte japonais. En particulier, s'agissant de la méthode utilisée pour l'application de ces mesures, le Groupe spécial a constaté ce qui suit:

"... la pratique des "directives administratives" jouait un rôle important. Considérant que cette pratique est un instrument traditionnel de la politique japonaise qui est fondée sur le consensus et la pression exercée par les pairs, le Groupe a décidé de fonder ses jugements sur l'efficacité des mesures en dépit du manque initial de

⁴⁷ MTN.TNC/W/35/Rev.1, pages 398 et 399.

⁴⁸ Communication du Cameroun, de la Chine, de l'Égypte, de l'Inde, du Kenya, du Nigéria et de la Tanzanie (MTN.GNS/W/101 du 4 mai 1990, projet d'articles 25 et 26); et communication de la Suisse (MTN.GNS/W/102 du 7 juin 1990, projet d'article 27:1 b)).

⁴⁹ Voir la note du Secrétariat sur la réunion tenue du 27 mai au 6 juin 1991 (MTN.GNS/42).

⁵⁰ IBDD, S35/126, 170-171.

transparence. Étant donné les caractéristiques particulières de la société japonaise, le Groupe spécial tient toutefois à souligner que l'approche qu'il a adoptée dans la présente affaire ne doit pas être interprétée comme un précédent pour d'autres affaires dans lesquelles la société en cause n'est pas adaptée à cette forme de politique suivie par les pouvoirs publics pour faire appliquer une mesure."⁵¹

49. Le Groupe spécial *Japon – Pellicules* a fait référence à ces deux rapports de groupes spéciaux et a estimé qu'il devait être "ouvert à une définition large du terme mesure aux fins de l'article XXIII:1 b), qui envisage la question de savoir si une action gouvernementale non contraignante exerce un effet semblable à celui d'une action contraignante".⁵² Il a également constaté que:

"... le fait qu'une action est décidée par des parties privées n'exclut pas la possibilité qu'elle soit considérée comme gouvernementale si le gouvernement y intervient suffisamment. Cela dit, il est difficile de poser à cet égard des règles clairement délimitées. Aussi cette possibilité devra-t-elle être examinée cas".⁵³

b) Attentes raisonnables

50. Conformément à la pratique du GATT et de l'OMC, une plainte du type prévu à l'alinéa 1 b) de l'article XXIII du GATT de 1994 doit être fondée sur une mesure que la partie plaignante n'aurait pas pu raisonnablement escompter ou prévoir. Cette prescription, telle qu'elle est décrite dans les rapports des groupes spéciaux, correspond aux attentes raisonnables de la partie plaignante en ce qui concerne aussi bien les mesures qui ne devaient pas être introduites par le Membre mis en cause⁵⁴ que l'avantage découlant pour elle d'un accord.⁵⁵ Elle est aussi décrite comme ce que la partie plaignante pouvait "légitimement attendre" et "raisonnablement prévoir". Un bref résumé de la manière dont cette question a été traitée dans chacune des affaires ayant abouti est présenté ci-après et donne une idée du type d'attentes qui ont été jugées raisonnables.

51. Le Groupe de travail *Les subventions australiennes aux importations de sulfate d'ammonium* a constaté dans son rapport que la partie plaignante était raisonnablement en droit de supposer que les subventions accordées par la partie défenderesse à l'engrais pour lequel elle avait négocié une concession tarifaire et à un engrais concurrent resteraient identiques à celles qui étaient accordées au moment où elle avait négocié ladite concession. Le Groupe spécial a tenu compte d'un ensemble de circonstances, à savoir que les deux catégories d'engrais étaient étroitement associées, que toutes deux avaient bénéficié d'une subvention et avaient été réparties par le même organisme et vendues au même prix, que ni l'une ni l'autre n'avait bénéficié d'une subvention avant la deuxième guerre mondiale, qu'elles avaient bénéficié des subventions en même temps par suite de la pénurie d'engrais qui

⁵¹ IBDD, S35/180, 273.

⁵² *Japon – Pellicules*, WT/DS44/R, paragraphe 10.49.

⁵³ *Ibid.*, paragraphe 10.56, qui renvoie au rapport du Groupe spécial *Japon – Semi-conducteurs* (IBDD, S35/126) et à celui du Groupe spécial *CEE – Restrictions à l'importation de pommes de table (plainte du Chili)* de 1989 (IBDD, S36/100).

⁵⁴ Voir par exemple les rapports des Groupes spéciaux *Allemagne – Sardines* (IBDD, S1/56, 61-62); *CEE – Fruits en boîte* (L/5778, non adopté, paragraphes 51, 52 et 79); *CEE – Oléagineux* (IBDD, S37/91, 136-137); *Japon – Pellicules* (WT/DS44/R, paragraphe 10.82).

⁵⁵ Voir par exemple les rapports *CEE – Fruits en boîte* (L/5778, non adopté, paragraphe 54); *CEE – Oléagineux* (IBDD, S37/91, 135); *Japon – Pellicules* (WT/DS44/R, paragraphe 10.72).

sévisait en temps de guerre, et que les subventions avaient été maintenues après la guerre pour les deux catégories d'engrais. Il a constaté que la partie plaignante pouvait, dans ces circonstances, supposer que les deux engrais continueraient à bénéficier d'une subvention tant qu'il y aurait pénurie de ce type d'engrais en Australie.⁵⁶

52. Le Groupe spécial *Allemagne – Sardines* a constaté dans son rapport que l'imposition d'un droit de douane à l'importation et d'une autre surtaxe à des taux différents selon les poissons, et la suppression des restrictions quantitatives frappant les conserves d'une variété donnée de poissons mais pas les autres, ce qui débouchait sur l'octroi d'un traitement relativement moins favorable pour celles qui avaient fait l'objet d'une concession tarifaire, ne pouvaient pas avoir été prévues par le gouvernement plaignant au moment où il avait négocié la concession. Le Groupe spécial a tenu particulièrement compte du fait que les produits étaient très proches au point qu'ils étaient souvent considérés comme directement concurrents, que la question de l'égalité de traitement avait été discutée au cours des négociations tarifaires et que, bien qu'il n'ait pas été possible de déterminer quelles assurances avaient été données sur ce point, il était raisonnable de supposer que la partie plaignante avait fait fond sur cela pour évaluer la valeur globale des concessions offertes.⁵⁷

53. Le Groupe spécial *Allemagne - Amidon* a examiné les promesses qu'un gouvernement avait faites pendant les négociations mais n'avait pas inscrites dans sa liste de concessions; il a toutefois pris acte d'une solution convenue bilatéralement.⁵⁸

54. Dans l'affaire *CEE – Fruits en boîte*, les parties sont convenues que le plaignant n'aurait pas pu raisonnablement s'attendre à l'introduction des subventions visées pendant les négociations tarifaires qui ont précédé cette introduction. Le Groupe spécial a par ailleurs constaté dans son rapport, lequel n'a pas été adopté, que la partie plaignante aurait dû avoir connaissance d'une subvention établie avant une série de négociations ultérieure et aurait dû en tenir dûment compte. Il a aussi constaté que, même si la Grèce ne faisait pas partie de la CEE lors des négociations tarifaires en question, la partie plaignante aurait raisonnablement dû prévoir que les raisins secs d'origine grecque recevraient une subvention communautaire si la Grèce adhéra à la CEE étant donné qu'ils bénéficiaient déjà d'un accès en franchise au marché communautaire et d'une subvention au niveau national et que la Grèce serait le seul État membre de la CEE à produire le produit visé. Le Groupe spécial a observé qu'il n'aurait peut-être pas été raisonnable de supposer que la CEE accorderait une subvention aux producteurs des autres États membres qui n'avaient pas auparavant été subventionnés, et il a également indiqué qu'il était disposé à considérer qu'il n'aurait pas été raisonnablement possible de prévoir que la subvention communautaire créerait une quelconque distorsion additionnelle de la concurrence plus importante que celle qui était induite par la subvention grecque.⁵⁹

55. Le Groupe spécial *CEE – Oléagineux* a constaté dans son rapport que la partie plaignante aurait pu raisonnablement s'attendre à ce qu'une concession tarifaire donne l'assurance d'un meilleur accès au marché grâce à une plus grande concurrence par les prix, et qu'elle ne pouvait pas avoir prévu l'octroi de subventions qui protégeaient complètement les producteurs des mouvements des prix des importations et empêchaient ainsi les concessions tarifaires d'avoir une incidence sur le rapport de concurrence entre les oléagineux d'origine communautaire et les oléagineux importés, et qui avaient

⁵⁶ IBDD, II/204, 209-210.

⁵⁷ IBDD, S1/56, 61-62.

⁵⁸ IBDD, S3/86.

⁵⁹ L/5778, rapport non adopté, paragraphe 81.

notamment pour conséquence que tous les oléagineux produits dans la Communauté étaient écoulés sur son marché bien qu'il fût possible d'en importer.⁶⁰

c) Rapport temporel

56. Comme le montre la discussion ci-dessus, le rapport temporel entre l'introduction de la mesure et la négociation de l'engagement dont il est allégué que les avantages sont annulés ou compromis par la mesure a été jugé concret pour déterminer si cette mesure aurait raisonnablement pu être prévue. En général, la position adoptée dans les affaires soulevées au titre du GATT de 1947 était que la mesure devait avoir été introduite après la négociation de la concession visée.⁶¹

57. Toutefois, il a été estimé dans certains cas qu'une mesure qui n'était pas encore en vigueur mais dont l'application était prévisible aurait raisonnablement pu être escomptée lors de la négociation de la concession. Le Groupe spécial *CEE – Agrumes* de 1985 a rejeté l'allégation en situation de non-violation concernant certains produits car divers rapports de la CEE sur les avantages qui devaient être accordés aux produits agricoles des pays méditerranéens étaient connus lors de la négociation des concessions visées et les négociateurs de la partie plaignante auraient dû savoir que la valeur des concessions serait affectée par l'élargissement et l'accroissement prévus des préférences.⁶²

58. Le Groupe spécial *Japon – Pellicules* de 1998 a examiné le problème du rapport temporel de manière assez détaillée. Ses principales conclusions en la matière sont reproduites ci-après:

"10.79 Nous considérons qu'il convient d'envisager la question de la prévision raisonnable de telle ou telle "mesure" spécifique à la lumière des lignes directrices suivantes. En premier lieu, s'agissant des mesures dont les États-Unis ont prouvé qu'elles ont été instituées postérieurement à la conclusion des négociations tarifaires en cause, nous estimons que les États-Unis ont donné à présumer qu'ils ne devraient pas être censés avoir prévu ces mesures et qu'il incombe donc au Japon de réfuter cette présomption. Cette réfutation pourrait consister, par exemple, à établir que la mesure litigieuse se trouve si manifestement envisagée dans une mesure antérieure que les États-Unis devraient être censés l'avoir prévue. Encore faut-il qu'un lien manifeste soit établi. A notre sens, il ne suffit pas d'alléguer qu'une mesure *spécifique* aurait dû être prévue parce qu'elle cadre avec une politique *générale* antérieure du gouvernement ou en est la continuation. Comme dans l'affaire *CEE - Oléagineux*, nous ne pensons pas qu'il y ait lieu de considérer que les États-Unis avaient raisonnablement prévu toutes les mesures compatibles avec le GATT, y compris les "mesures" destinées à améliorer ce que le Japon dépeint comme l'inefficience du secteur japonais de la distribution. De fait, si un Membre était censé prévoir toutes les mesures compatibles avec le GATT, il n'y aurait pas de plainte possible en situation de non-violation. Et nous ne considérons pas davantage qu'en règle générale les États-Unis auraient dû raisonnablement prévoir les mesures japonaises qui sont analogues aux mesures prises sur les marchés d'autres Membres. Pour toutes ces mesures, la question de la prévision raisonnable demande à être traitée cas par cas.

⁶⁰ IBDD, S37/91, 137-138.

⁶¹ Voir, par exemple, *Les subventions australiennes aux importations de sulfate d'ammonium* (IBDD, II/204, 210-211); *Allemagne – Sardines* (IBDD, S1/56, 61-63); et *CEE – Agrumes* (L/5776, rapport non adopté, paragraphes 4.27 à 4.34).

⁶² L/5778, rapport non adopté, paragraphes 51 et 52.

10.80 Deuxièmement, en ce qui concerne les mesures dont le Japon a établi qu'elles ont été instituées avant la conclusion des négociations tarifaires en cause, nous estimons que le Japon a donné à présumer que les États-Unis devraient être censés avoir prévu ces mesures et qu'il leur incombe de réfuter cette présomption. À ce propos, nous sommes d'avis que les États-Unis sont censés connaître les mesures prises par le gouvernement japonais à la date de leur publication. Nous avons conscience que savoir qu'une mesure existe n'équivaut pas à comprendre l'incidence de cette mesure sur le marché d'un produit particulier. À titre d'exemple, une mesure vague pourrait se voir conférer de la consistance par des modes d'exécution qui sont au départ inattendus ou par la suite très sensiblement modifiés. Cela dit, dans les cas où les États-Unis allèguent qu'ils ne savaient pas qu'une mesure avait un rapport avec les conditions d'accès au marché des pellicules ou des papiers, nous attendrions d'eux qu'ils démontrent clairement pourquoi à l'origine ils n'auraient pas pu raisonnablement prévoir l'effet d'une mesure existante sur le marché des pellicules ou des papiers et quand ils se sont effectivement rendu compte de cet effet. Cette démonstration devra être reliée aux points adéquats dans le temps (à savoir, la conclusion du Kennedy Round, du Tokyo Round et du Cycle d'Uruguay, respectivement) pour permettre d'apprécier l'étendue des avantages qu'ils étaient légitimement en droit d'attendre de ces trois séries de négociations. La simple affirmation que les mesures d'un Membre étaient si opaques et si informelles qu'il était impossible d'en évaluer l'incidence n'est pas suffisante. S'il est vrai que, dans la plupart des précédents litiges en situation de non-violation, on pouvait aisément discerner un lien manifeste entre une action portant sur un produit particulier et son effet sur la concession tarifaire qu'elle avait prétendument compromise, on peut cependant aussi discerner un lien entre des mesures générales affectant la vente et la distribution de produits sur le marché intérieur, telles les règles applicables à la publicité et aux primes, et des concessions tarifaires accordées pour des produits en général."⁶³

5. Causalité

59. La jurisprudence du GATT établit que le recours en situation de non-violation ne peut être invoqué que lorsqu'un avantage découlant d'un accord est annulé ou compromis par (ou, selon les termes de l'article XXIII:1 du GATT, "du fait" de) la mesure visée. Le Groupe spécial *Japon - Pellicules* de 1998 a résumé ce point dans son rapport en ces termes:

"En d'autres termes, il faut que les États-Unis [la partie plaignante] établissent une corrélation manifeste entre les mesures et l'effet défavorable exercé sur les rapports de concurrence pertinents."⁶⁴

60. La mesure visée doit causer un bouleversement des conditions de concurrence, et pas nécessairement une réduction effective des volumes importés. Le Groupe spécial *CEE – Oléagineux* de 1990 a exprimé ce point comme suit dans son rapport:

"L'approche adoptée par les PARTIES CONTRACTANTES tient au fait que les gouvernements ne peuvent souvent pas prévoir avec précision quelle sera l'incidence de leurs interventions sur le volume des importations. Si, pour constater que des avantages sont annulés ou compromis, il fallait non seulement déterminer si une

⁶³ WT/DS44/R.

⁶⁴ *Ibid.*, paragraphe 10.82.

modification défavorable des conditions de concurrence s'était produite, mais encore si cette modification entraînait une diminution des importations, le risque que couraient les parties contractantes d'être en butte à des recours au titre de l'article XXIII:1 b) dépendrait de facteurs sur lesquels elles n'ont aucun contrôle; les règles relatives à l'annulation et à la réduction ne pourraient donc plus guider les politiques des gouvernements. En outre, les parties contractantes confrontées à une modification défavorable des politiques ne pourraient se plaindre de l'annulation ou de la réduction d'avantages qu'une fois que la modification aurait produit ses effets. (...)"⁶⁵

61. Le Groupe spécial *Japon – Pellicules* de 1998 a examiné la question de la causalité au regard de quatre paramètres – le degré de causalité à établir, la pertinence de la neutralité des mesures quant à l'origine, la pertinence de l'intention et la question de savoir jusqu'à quel point l'effet collectif des mesures peut être pris en compte. À propos du premier point, le Groupe spécial a constaté qu'à ce stade de la procédure, il s'agissait de savoir si une mesure avait apporté à l'annulation ou à la réduction d'un avantage plus qu'une contribution minimale. Deuxièmement, il a constaté que, même si les mesures n'établissaient pas de discrimination *de jure* sur la base de l'origine, elles pouvaient le faire *de facto* mais, en pareilles circonstances, la partie plaignante devait faire une démonstration détaillée de toute incidence qu'elle prétendait disproportionnée sur les importations. Troisièmement, s'agissant de l'intention, le Groupe spécial a constaté que ce qui comptait aux fins de l'établissement d'un lien de causalité était l'incidence de la mesure, c'est-à-dire de savoir si elle bouleversait ou non les rapports de concurrence, mais si l'intention de restreindre les importations était établie, le groupe spécial pouvait être plus enclin à constater une relation de cause à effet dans certains cas impliquant une mesure qui se présentait en apparence comme neutre quant à l'origine. Quatrièmement, à propos de l'incidence collective des mesures, il n'a pas rejeté la possibilité de procéder à un tel examen, mais a indiqué qu'il était sensible au fait que la technique consistant à s'engager dans une évaluation conjointe de plusieurs mesures afin de déterminer s'il existait un lien de causalité se prêtait à d'éventuels abus, et qu'il fallait par conséquent l'aborder avec prudence et la circonscrire dans la mesure nécessaire.⁶⁶

62. Le Groupe spécial *Japon – Pellicules* a aussi noté qu'il était possible que l'effet conjoint de différentes mesures soit pertinent:

"Il n'est pas absolument illogique qu'une mesure qui, analysée isolément, n'aurait qu'une incidence très limitée sur les conditions de concurrence sur un marché, puisse éventuellement en avoir une plus importante sur ces mêmes conditions lorsqu'elle est envisagée dans le contexte d'un ensemble plus vaste de mesures – conjointement avec elles."⁶⁷

6. Charge de démontrer l'annulation ou la réduction d'avantages

63. Le Groupe spécial *Recours de l'Uruguay à l'article XXIII* a indiqué ce qui suit dans son rapport:

"Bien qu'il ne soit pas impossible qu'il puisse y avoir un commencement de preuve du fait qu'un avantage est annulé ou compromis alors même qu'il n'y aurait pas violation des dispositions de l'Accord général, il incombe en pareil cas à la partie qui invoque l'article XXIII d'établir le bien-fondé, en droit et en fait, de son recours audit article.

⁶⁵ IBDD, S37/91, 139.

⁶⁶ WT/DS44/R, paragraphe 10.82.

⁶⁷ *Ibid.*, paragraphe 10.88.

Il est donc indispensable qu'elle présente sur ces points des conclusions circonstanciées pour qu'un jugement puisse être porté au titre de l'article XXIII."⁶⁸

64. Cette approche, qui suppose une distinction entre le traitement des cas de violation et des cas de non-violation, a été codifiée dans la Description convenue de la pratique habituelle du GATT en matière de règlement des différends annexée au Mémorandum d'accord concernant les notifications, les consultations, le règlement des différends et la surveillance du 28 novembre 1979.⁶⁹ Le paragraphe 5 de ce texte contenait les dispositions suivantes:

"Dans les cas où il y a infraction aux obligations souscrites au titre de l'Accord général, la mesure en cause est présumée annuler ou compromettre un avantage. [...] Si une partie contractante qui dépose un recours au titre de l'article XXIII faisait valoir que des mesures qui ne contreviennent pas aux dispositions de l'Accord général ont annulé ou compromis des avantages résultant pour elle de l'Accord général, elle serait appelée à présenter une justification détaillée."

65. Dans le cadre de l'OMC, l'article 26:1 a) du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, qui s'applique aux plaintes en situation de non-violation du type prévu à l'article XXIII:1 b) du GATT de 1994, dispose que "la partie plaignante présentera une justification détaillée à l'appui de toute plainte concernant une mesure qui n'est pas contraire à l'accord visé en l'espèce". Cette disposition contraste avec l'approche établie pour les plaintes en situation de violation à l'article 3:8 du Mémorandum d'accord:

"Dans les cas où il y a infraction aux obligations souscrites au titre d'un accord visé, la mesure en cause est présumée annuler ou compromettre un avantage. En d'autres termes, il y a normalement présomption qu'une infraction aux règles a une incidence défavorable pour d'autres Membres parties à l'accord visé, et il appartiendra alors au Membre mis en cause d'apporter la preuve du contraire."

66. Le manquement à l'obligation de démontrer qu'il y avait effectivement annulation ou réduction d'avantages a été décisif dans plusieurs affaires comportant des plaintes en situation de non-violation, y compris les affaires *Japon – Semi-conducteurs*, *États-Unis – Dérogation de 1955 et Japon – Pellicules*.⁷⁰

7. Mesure corrective

a) Pas d'obligation de modifier ou de retirer la mesure

67. Puisque, dans une affaire en situation de non-violation, la mesure ayant pour effet d'annuler ou de compromettre les avantages n'est pas en elle-même incompatible avec les obligations découlant pour le pays qui l'a prise de l'accord visé, la pratique et le droit du GATT et de l'OMC établissent clairement que la mesure corrective qui peut être recommandée dans une telle affaire ne peut pas être le retrait de la mesure. Cela a été spécifié dans la première affaire en situation de non-violation

⁶⁸ IBDD, S11/98, 103.

⁶⁹ IBDD, S26/231.

⁷⁰ IBDD, S35/126, IBDD, S37/245 et WT/DS44/R, respectivement.

examinée au titre du GATT de 1947, à savoir *Les subventions australiennes aux importations de sulfate d'ammonium*.⁷¹ Le Groupe spécial a indiqué dans son rapport ce qui suit:

"16. (...) À son avis, aucune des dispositions de l'article XXIII ne donne aux PARTIES CONTRACTANTES le droit d'exiger qu'une partie contractante supprime ou réduise [la mesure dont il a été constaté qu'elle n'était pas incompatible avec l'Accord général] et la recommandation du groupe de travail ne doit pas être interprétée comme signifiant le contraire. La faculté qu'en définitive les PARTIES CONTRACTANTES peuvent exercer en vertu de l'article XXIII est celle d'autoriser une partie contractante lésée à suspendre l'application des obligations qui lui incombent ou des concessions qu'elle a octroyées dans le cadre de l'Accord général. (...)"

68. Le Groupe spécial *États-Unis – Mesures commerciales affectant le Nicaragua*⁷² de 1986 est parvenu, dans son rapport (qui n'a pas été adopté), à une constatation similaire en se fondant sur l'historique de la rédaction de l'article XXIII:1. Le rapport contenait le passage ci-après:

"En ce qui concerne la première des options ci-dessus [à savoir une recommandation aux fins du retrait de la mesure visée], le Groupe spécial a relevé ce qui suit: il ressort clairement de l'historique de la rédaction que, dans le cas de recommandations concernant des mesures qui ne sont pas constatées être incompatibles avec l'Accord général, les parties contractantes "n'ont aucune obligation de se conformer à ces recommandations" (EPCT/A/PV/5, page 13). Lors de la Conférence de La Havane, la sixième Commission, dans son rapport, a noté ce qui suit au sujet de la faculté du Conseil exécutif de faire des recommandations aux États membres sur toute question découlant de l'application des alinéas b) ou c) du paragraphe 1 de l'article 93 de la Charte de La Havane (qui correspondent aux alinéas b) et c) du paragraphe 1 de l'article XXIII de l'Accord général): "Il a été reconnu que l'alinéa e) du paragraphe 2 de l'article 94 n'autorisait pas le Conseil exécutif ou la Conférence à exiger d'un État membre la suspension ou la dérogation d'une mesure qui n'est pas contraire aux dispositions de la Charte (...)." ⁷³

69. Dans le cadre de l'OMC, l'article 26:1 b) du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends dispose ce qui suit:

"... dans les cas où il a été constaté qu'une mesure annule ou compromet des avantages résultant de l'accord visé en l'espèce ou entrave la réalisation des objectifs dudit accord, sans qu'il y ait violation de celui-ci, il n'y a pas obligation de la retirer. Toutefois, dans ces cas, le groupe spécial ou l'Organe d'appel recommandera que le Membre concerné procède à un ajustement mutuellement satisfaisant;"

Il convient en outre de noter que l'article 3:2 du Mémorandum d'accord dispose que:

"3.2 (...) Les recommandations et décisions de l'ORD ne peuvent pas accroître ou diminuer les droits et obligations énoncés dans les accords visés."

⁷¹ IBDD, II/204, 211-212, rapport que les Groupes spéciaux *CEE – Agrumes* (L/5776, rapport non adopté, paragraphe 5.2) et *CEE – Fruits en boîte* (L/5778, rapport non adopté, paragraphe 82) ont cité en l'approuvant.

⁷² L/6053.

⁷³ *Ibid.*, paragraphe 5.8.

De même, l'article 19:2 du Mémoire d'accord prévoit ce qui suit:

"19.2 Conformément au paragraphe 2 de l'article 3, dans leurs constatations et leurs recommandations, le groupe spécial et l'Organe d'appel ne pourront pas accroître ou diminuer les droits et obligations énoncés dans les accords visés."

70. L'article XXIII:3 de l'AGCS mentionne la modification ou le retrait de la mesure mais les présente comme un des éléments possibles de la compensation mutuellement satisfaisante des engagements dont les parties visées conviennent conformément aux dispositions de l'article XXI:2 de l'AGCS sur les négociations sur la modification des Listes.

b) Ajustement mutuellement satisfaisant

71. Dans le cadre de l'OMC, en cas de plainte en situation de non-violation du type prévu à l'alinéa 1 b) de l'article XXIII du GATT de 1994, il peut être recommandé, comme cela est indiqué dans le passage du Mémoire d'accord cité au paragraphe 69 ci-dessus, que "le Membre concerné procède à un ajustement mutuellement satisfaisant".

72. Cette disposition du Mémoire d'accord est inspirée de l'expérience acquise dans le cadre du GATT de 1947. Le Groupe spécial *CEE – Fruits en boîte* de 1985 a noté dans son rapport, qui n'a pas été adopté, que, lors de l'examen de plaintes antérieures en situation de non-violation contre des mesures annulant ou compromettant des concessions tarifaires (en particulier, l'affaire des *Subventions australiennes aux importations de sulfate d'ammonium* et l'affaire *Allemagne - Sardines*):

"... les PARTIES CONTRACTANTES ont recommandé que la partie contre laquelle la constatation a été faite recherche les voies et moyens de supprimer l'inégalité de concurrence qu'entraîne, sur le plan de la concurrence, la mesure en cause."⁷⁴

Le Groupe spécial a ensuite présenté une proposition de recommandation semblable.⁷⁵ La recommandation énoncée par le Groupe spécial *CEE – Oléagineux* dans son rapport avait la même teneur, même si les termes en étaient différents.⁷⁶

73. Certains groupes spéciaux ont recommandé ou indiqué des méthodes particulières pour parvenir à un ajustement mutuellement satisfaisant. Le Groupe de travail *Les subventions australiennes aux importations de sulfate d'ammonium* a expliqué son raisonnement dans le passage ci-après de son rapport:

"S'il est recommandé de modifier le régime des subventions de manière à faire disparaître toute inégalité entre les deux produits due à l'octroi de subventions et faussant le jeu de la concurrence, c'est uniquement parce que, dans ce cas particulier, il semble que ce soit le meilleur moyen de régler la question de façon satisfaisante pour les deux parties."⁷⁷

⁷⁴ L/5778, rapport non adopté, paragraphe 82.

⁷⁵ *Ibid.*, paragraphe 83.

⁷⁶ IBDD, S37/91, 141.

⁷⁷ IBDD, II/204, 212.

74. Les Groupes spéciaux *CEE - Agrumes*⁷⁸ de 1985 et *États-Unis – Mesures commerciales affectant le Nicaragua*⁷⁹ de 1986 ont cité ce passage, en l'approuvant, dans leurs rapports, qui n'ont ni l'un ni l'autre été adoptés; le deuxième Groupe spécial a ajouté qu'il aurait suggéré le retrait de la mesure visée si cela avait été le meilleur moyen de parvenir à un règlement mutuellement satisfaisant, mais il avait été reconnu que ce n'était pas le cas.

75. Le Groupe spécial *CEE – Agrumes* a indiqué dans son rapport que, sans préjudice des autres solutions auxquelles les deux parties pouvaient arriver, la CEE devait envisager d'abaisser certains droits NPF, ce qui aurait pour effet de rétablir le traitement NPF et de supprimer la préférence sans que les mesures auparavant préférentielles mises en cause soient retirées.⁸⁰

76. Le Groupe spécial *CEE – Oléagineux* a, quant à lui, indiqué que la réduction des concessions tarifaires qui avait été constatée pouvait être corrigée moyennant soit une modification du nouveau programme communautaire de soutien des oléagineux, soit une renégociation par la CEE, conformément à l'article XXVIII du GATT de 1947, des concessions tarifaires qu'elle accordait pour les oléagineux.⁸¹

77. Comme cela a été indiqué plus haut, l'article XXIII:3 de l'AGCS dispose qu'en cas de différend en situation de non-violation relevant de l'Accord (ce qui ne s'applique que s'il y a annulation ou réduction alléguée d'avantages découlant d'un engagement spécifique) une compensation mutuellement satisfaisante devra être accordée "sur la base du paragraphe 2 de l'article XXI", lequel porte sur la renégociation des engagements spécifiques inscrits sur les Listes nationales. L'article XXI:2 de l'AGCS est ainsi libellé:

"a) A la demande de tout Membre dont les avantages au titre du présent accord peuvent être affectés (dénommé dans le présent article un "Membre affecté") par une modification ou un retrait projeté notifié conformément à l'alinéa 1 b), le Membre apportant la modification se prêtera à des négociations en vue d'arriver à un accord sur toute compensation nécessaire. Au cours de ces négociations et dans cet accord, les Membres concernés s'efforceront de maintenir un niveau général d'engagements mutuellement avantageux non moins favorable pour le commerce que celui qui était prévu dans les Listes d'engagements spécifiques avant les négociations.

b) La compensation se fera sur la base du principe de la nation la plus favorisée."

78. En vertu de l'article 26:1 c) du Mémoire d'accord sur le règlement des différends de l'OMC, il incombe à un arbitre, si l'une ou l'autre des parties en fait la demande au titre de l'article 21:3 du Mémoire d'accord, de formuler des suggestions concernant les moyens d'arriver à un ajustement mutuellement satisfaisant. Il peut être demandé à cet arbitre de déterminer le niveau des avantages qui ont été annulés ou compromis et d'indiquer les moyens d'arriver à un ajustement mutuellement satisfaisant. Ces suggestions ne sont pas contraignantes pour les parties au différend. L'article 26:1 d) du Mémoire d'accord dispose que, nonobstant la règle normale qui veut qu'elle soit une mesure corrective temporaire, pour les plaintes en situation de non-violation du type décrit à

⁷⁸ L/5776, rapport non adopté, paragraphe 5.2.

⁷⁹ L/6053, rapport non adopté, paragraphe 5.10.

⁸⁰ L/5776, rapport non adopté, paragraphe 5.3.

⁸¹ IBDD, S37/91, 141.

l'article XXIII:1 b) du GATT de 1994, "la compensation pourra faire partie de l'ajustement mutuellement satisfaisant qui règlera définitivement le différend".

c) Suspension de concessions ou d'autres obligations

79. Dans le cadre du GATT de 1947 comme de l'Accord sur l'OMC, l'autorisation de suspendre des concessions ou d'autres obligations demeure la mesure corrective ultime, et la moins prise, en cas de plainte en situation de non-violation ou de violation ayant abouti. Cela figure expressément à l'article XXIII:3 de l'AGCS, qui dispose que "[d]ans les cas où les Membres concernés ne pourront pas arriver à un accord [sur la renégociation de l'engagement], l'article 22 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends sera d'application", mais rien dans le Mémorandum d'accord n'exclut les différends en situation de non-violation de l'applicabilité des règles de l'article 22 sur le retrait de concessions ou d'autres obligations. Il n'existe aucune donnée d'expérience spécifique concernant les demandes, et encore moins les autorisations, de retrait de concessions ou d'autres obligations dans le cadre de ce type de différends.

B. PLAINTES DU TYPE PRÉVU À L'ALINÉA 1 c) DE L'ARTICLE XXIII DU GATT DE 1947 ET DU GATT DE 1994

80. L'article XXIII:1 c) du GATT de 1994 ménage à un Membre la possibilité de présenter une plainte lorsqu'il estime qu'un avantage résultant pour lui directement ou indirectement de l'Accord se trouve annulé ou compromis, ou que la réalisation de l'un des objectifs de l'Accord est entravée du fait "qu'il existe une autre situation", d'où l'expression courante "plaintes motivées par une autre situation".

81. L'article 26:2 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends dispose expressément ce qui suit:

"Lorsque les dispositions du paragraphe 1 c) de l'article XXIII du GATT de 1994 seront applicables à un accord visé, un groupe spécial ne pourra statuer ni faire de recommandations que dans les cas où une partie considérera qu'un avantage résultant pour elle directement ou indirectement de l'accordé visé en l'espèce se trouve annulé ou compromis, ou que la réalisation de l'un des objectifs dudit accord est entravée du fait qu'il existe une situation autre que celles auxquelles les dispositions du paragraphe 1 a) et b) de l'article XXIII du GATT de 1994 sont applicables."

82. Il apparaît que, pour certains des premiers négociateurs du GATT au moins, une situation relevant de l'alinéa 1 c) pouvait faire intervenir des éléments macro-économiques ou des considérations liées à l'emploi. Au cours des discussions qui ont eu lieu sur l'article correspondant du projet de Charte de Genève, il a été déclaré notamment que cet article donnait à un pays le droit "de chercher à obtenir une modification des engagements qu'il avait contractés si des mesures prises par d'autres pays créaient des conditions telles qu'il ne pouvait plus tenir ces engagements – en d'autres termes: s'il y avait un effondrement général de la demande, si la pénurie d'une monnaie particulière entraînait des difficultés de balance des paiements pour tous les pays, si les prix des produits de base accusaient à nouveau de fortes fluctuations ayant des effets dévastateurs sur les économies des différents pays ...".⁸²

⁸² EPCT/A/PV/5 page 12, cité dans l'*Index analytique* (OMC, 1995), de même que les autres renseignements concernant l'application de l'alinéa 1 c) de l'article XXIII qui sont reproduits dans la présente partie (pages 724 à 726).

83. Des avis semblables ont été exprimés par une sous-commission, à La Havane, à propos de l'article correspondant de la Charte de La Havane, et par le Groupe de travail des restrictions quantitatives et le Groupe de travail des questions relatives à l'organisation et aux fonctions à la session de révision de 1954-1955.⁸³

84. Les plaintes relevant de l'alinéa 1 c) de l'article XXIII du GATT de 1947 n'ont jamais servi de base à des recommandations ou à des décisions des PARTIES CONTRACTANTES du GATT, mais elles ont été peu nombreuses.

85. En 1953, dans son rapport sur l'adhésion du Japon, le Comité spécial de l'ordre du jour et des questions d'intersession a estimé qu'un "bouleversement violent des conditions des échanges ... si des mesures correctives compatibles avec les dispositions de [l'Accord général] devaient entraîner un relèvement général des niveaux des tarifs douaniers et d'autres obstacles au commerce mondial" créerait une situation relevant de l'alinéa 1 c) de l'article XXIII. Un groupe de travail du GATT ultérieur a indiqué dans son rapport que certains pays ne considéraient pas que l'approbation d'une interprétation de l'article XXIII dans le sens de celle qui se trouvait dans le rapport du Comité spécial était "nécessaire ou désirable"; d'autres délégations ne partageaient pas cet avis.⁸⁴

86. En 1974, le Canada a formulé une plainte au titre de l'alinéa 1 c) dans le cadre de l'affaire *Canada - Renégociations au titre de l'article XXIV:6 avec les Communautés européennes*, qui concernait les nouvelles listes tarifaires de la CEE et remettait en question le maintien par ces listes du niveau général des concessions octroyées entre le Canada et les Communautés européennes sur une base de réciprocité et d'avantages mutuels.⁸⁵ Un groupe spécial a été établi mais le différend a été réglé bilatéralement.

87. En 1983, les Communautés européennes ont présenté une plainte au titre de l'article XXIII:2 dans l'affaire *Japon - Facteurs ayant pour effet d'annuler ou de compromettre les avantages résultant pour la CEE de l'Accord général et de compromettre la réalisation des objectifs de celui-ci*⁸⁶, dans laquelle elles alléguaient que "les avantages découlant de négociations successives menées au GATT avec le Japon ne [s'étaient] pas matérialisés du fait [...] d'une série de facteurs particuliers à l'économie japonaise ...". En particulier, la partie plaignante estimait que "l'objectif général consistant à conclure des accords ... sur une base de réciprocité et d'avantages mutuels [n'avait] pas été réalisé". Il n'a pas été donné suite à la plainte.

88. À l'OMC, il est possible de formuler des plaintes au titre de l'alinéa 1 c) de l'article XXIII s'agissant de différends qui relèvent de tous les accords visés à l'exception de l'AGCS. Aucune plainte de ce type n'a été formellement présentée depuis l'établissement de l'OMC. Dans le cadre de l'AGCS, l'article XXIII:3 n'autorise pas la présentation de telles plaintes.

89. Les procédures habituelles établies par le Mémoire d'accord sur le règlement des différends s'appliquent aux plaintes au titre de l'alinéa 1 c) de l'article XXIII seulement jusqu'au point de la procédure où le rapport du Groupe spécial est distribué aux Membres inclusivement. Ensuite, conformément à l'article 26:2 du Mémoire d'accord, les anciennes règles et procédures de règlement des différends énoncées dans la Décision du 12 avril 1989 sur les améliorations des règles

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ Voir l'*Index analytique*, page 725, qui fait référence au paragraphe 9 du document G/55/Rev.1 (IBDD, S2/114, 116).

⁸⁵ L/4107.

⁸⁶ L/5479.

et procédures de règlement des différends du GATT⁸⁷ s'appliquent à l'examen du rapport en vue de son adoption, à la surveillance et à la mise en œuvre des recommandations et décisions. Cette décision prévoit le maintien de la pratique de l'adoption des rapports des groupes spéciaux par consensus et n'établit pas la procédure d'appel. La partie I de la Décision dispose qu'il faut donner suite sans retard aux recommandations ou décisions et établit une procédure pour la surveillance de la mise en œuvre, mais elle ne prévoit pas d'arbitrage en ce qui concerne le délai raisonnable pour cette mise en œuvre, ni de procédures équivalentes à celles de l'article 22 du Mémorandum d'accord pour la compensation et la suspension de concessions ou d'autres obligations. La partie I fait aussi référence aux mesures supplémentaires qui pourraient être prises dans les affaires soulevées par des pays en développement. L'article 26:2 b) du Mémorandum d'accord dispose que le groupe spécial doit établir des rapports séparés sur les questions relevant de la plainte motivée par une autre situation et sur les autres questions soulevées, même si elles l'ont été en même temps, pour tenir compte du fait que les procédures applicables sont différentes.

90. L'article 26:2 a) du Mémorandum d'accord stipule qu'une partie plaignante "présentera une justification détaillée à l'appui de tout argument avancé au sujet" d'une plainte motivée par une autre situation.

C. ENTRAVES À LA RÉALISATION DE L'UN DES OBJECTIFS

91. L'article XXIII:1 dispose que des plaintes peuvent être formulées au motif que la réalisation de l'un des objectifs d'un accord est entravée. Ce motif de plainte peut être invoqué en ce qui concerne tous les alinéas de l'article XXIII:1, y compris les plaintes en situation de violation, mais il n'a jamais été examiné quant au fond par un groupe spécial.

92. La partie plaignante dans l'affaire *Japon – Semi-conducteurs* a fait valoir que le système de surveillance des marchés des pays tiers visé "était contraire à la philosophie et aux objectifs fondamentaux de l'Accord général". Elle a en particulier fait observer que:

"l'un des objectifs énoncés dans le Préambule de l'Accord général était "la réduction substantielle des tarifs douaniers et des autres entraves aux échanges", et que cette réduction avait pour objet, entre autres, l'accroissement de la production et des échanges de produits. ... Pour atteindre ces objectifs, il fallait que toutes les parties contractantes s'abstiennent de manipuler le système en imposant des restrictions unilatérales arbitraires à l'exportation, en particulier dans des domaines où elles avaient pris une place prépondérante, si l'on considérait le degré de concentration de la production de biens essentiels."⁸⁸

Le Japon a dit que les mesures "étaient conformes à l'esprit et aux objectifs fondamentaux de l'Accord général".⁸⁹ Le Groupe spécial a estimé que les preuves fournies n'étaient pas suffisantes pour étayer cet aspect de la plainte.⁹⁰

93. Diverses plaintes formulées au titre du GATT de 1947 ont allégué que la réalisation d'un objectif de cet accord était entravée. La plainte présentée en 1979 par l'Australie dans l'affaire

⁸⁷ IBDD, S36/64.

⁸⁸ Rapport du Groupe spécial, IBDD, S35/126, 151.

⁸⁹ *Ibid.*, page 152.

⁹⁰ *Ibid.*, page 178.

*Communautés européennes – Restitutions à l'exportation de sucre*⁹¹ comportait une telle allégation mais, aucune communication détaillée n'ayant été fournie sur ce point, le Groupe spécial ne l'a pas examinée. La plainte que les Communautés européennes ont déposée contre le Japon en 1983⁹², à laquelle elles n'ont pas donné suite, reposait en partie sur l'allégation selon laquelle la réalisation de ce qu'elles appelaient l'objectif consistant à conclure des "accords ... sur une base de réciprocité et d'avantages mutuels" de l'Accord général était entravée. L'Australie a aussi fait référence aux objectifs du GATT dans une plainte en situation de non-violation qu'elle a formulée en 1984 dans le cadre de l'affaire *CEE – Application du régime relatif aux viandes de bœuf et de veau*⁹³ et à laquelle elle n'a pas donné suite. En 1986, la plainte du Nicaragua dans l'affaire *États-Unis – Mesures commerciales affectant le Nicaragua* alléguait, entre autres choses, qu'un embargo commercial entravait la réalisation des objectifs de l'Accord général. Le Groupe spécial, dont le mandat était limité, a conclu dans son rapport, qui n'a pas été adopté, que les embargos commerciaux étaient contraires à des "buts" fondamentaux de l'Accord général, "qui [étaient] en particulier de promouvoir des politiques commerciales non discriminatoires et ouvertes, de favoriser le développement des parties contractantes peu développées et de réduire l'incertitude dans les relations commerciales".⁹⁴

94. Depuis l'institution de l'OMC, il a été allégué, dans un certain nombre de demandes de consultations ou d'établissement d'un groupe spécial, que la réalisation des objectifs de l'accord visé était entravée.⁹⁵ Aucune question de ce type n'a été examinée au fond par un groupe spécial.

95. À l'OMC, des plaintes peuvent être formulées au motif que la réalisation d'un objectif de n'importe lequel des Accords visés, à l'exception de l'AGCS, serait entravée. L'article XXIII:3 de l'AGCS n'autorise pas les plaintes de ce type.

IV. RENSEIGNEMENTS DISPONIBLES SUR LE RECOURS À LA NOTION DE NON-VIOLATION EN MATIÈRE DE DIFFÉRENDS CONCERNANT LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE DANS D'AUTRES INSTANCES

96. Le recours en situation de non-violation est apparu pour la première fois dans les accords commerciaux bilatéraux conclus au cours des décennies qui ont précédé le GATT de 1947. Il visait à empêcher que les réductions tarifaires convenues et l'"équilibre des concessions" réciproque ne soient érodés par des obstacles non tarifaires au commerce ou d'autres mesures gouvernementales. En outre, les accords prohibaient ou limitaient l'application de certaines mesures restreignant ou faussant les échanges, et autorisaient une partie insatisfaite à dénoncer l'accord à bref délai, à cette même fin. Ces accords portaient essentiellement sur des concessions tarifaires et, à notre connaissance, ne

⁹¹ Rapport du Groupe spécial adopté le 6 novembre 1979, IBDD, S26/317.

⁹² Voir le paragraphe 87 de la présente note.

⁹³ C/M/183.

⁹⁴ Rapport du Groupe spécial, L/6053, non adopté.

⁹⁵ Il s'agit des demandes suivantes: demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par les Communautés européennes dans l'affaire *États-Unis – Loi pour la liberté et la solidarité démocratique à Cuba* (WT/DS38/2); demande de consultations présentée par les Communautés européennes dans l'affaire *États-Unis – Mesure affectant les marchés publics* (WT/DS88/1 et WT/DS88/3); demande de consultations présentée par l'Argentine dans l'affaire *États-Unis – Contingent tarifaire à l'importation d'arachides* (WT/DS111/1); demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par le Canada dans l'affaire *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant* (WT/DS135/3); et demande de consultations présentée par les Communautés européennes dans l'affaire *États-Unis – Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur* (WT/DS152/1).

comportaient pas de dispositions relatives à la protection de la propriété intellectuelle. Depuis lors, un grand nombre d'accords commerciaux régionaux et bilatéraux ont été conclus mais ce n'est que depuis peu qu'ils semblent traiter plus spécifiquement des questions de propriété intellectuelle. La partie ci-après de la présente note s'intéresse donc à ces accords récents.

1. ALENA

97. L'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994. Il contient des dispositions détaillées sur le traitement national, les normes minimales et les moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle. Il ménage la possibilité de formuler des plaintes en situation de non-violation dans certaines parties, y compris celle qui a trait à la propriété intellectuelle, bien que son libellé diffère de celui de l'article XXIII:1 du GATT de 1994. Les dispositions pertinentes sont les suivantes:

"Article 2004 : Recours aux procédures de règlement des différends

Sauf stipulation contraire du présent accord, les dispositions du présent chapitre relatives au règlement des différends s'appliqueront lorsqu'on voudra prévenir ou régler tout différend touchant l'interprétation ou l'application du présent accord, ou chaque fois qu'une partie estimera qu'une mesure adoptée ou envisagée par une autre partie est ou serait incompatible avec les obligations découlant du présent accord ou aurait pour effet d'annuler ou de compromettre un avantage, au sens de l'annexe 2004."

Annexe 2004 - Annulation et réduction d'avantages

1. Toute partie qui estime qu'un avantage dont elle pouvait raisonnablement s'attendre à bénéficier en vertu d'une disposition

- a) de la partie II (Commerce des produits), exception faite des dispositions de l'annexe 300-A (Secteur de l'automobile) ou du chapitre 6 (Énergie) relatives à l'investissement,
- b) de la partie III (Obstacles techniques au commerce),
- c) du chapitre 12 (Commerce transfrontières des services), ou
- d) de la partie VI (Propriété intellectuelle),

est annulé ou compromis par suite de l'application d'une mesure qui n'est pas incompatible avec le présent accord, pourra recourir aux procédures de règlement des différends prévues au présent chapitre.

2. Une Partie ne pourra invoquer

- a) l'alinéa 1) a) ou 1) b), dans la mesure où l'avantage découle d'une disposition des parties II ou III relative au commerce transfrontières des services, ou
- b) l'alinéa 1) c) ou 1) d)

au regard d'une mesure faisant l'objet d'une exception en vertu de l'alinéa 2101 (Exceptions générales)."

98. Les exceptions générales énoncées à l'article 2101 sont inspirées de l'article XX du GATT de 1947 et peuvent être invoquées dans le cadre de certaines parties de l'ALENA, à l'exclusion de celle qui concerne la propriété intellectuelle.

99. En outre, l'ALENA contient les dispositions ci-après:

"Article 2106 : Industries culturelles

L'annexe 2106 s'applique aux parties qui y sont visées pour ce qui concerne les industries culturelles."

Article 2107 : Définitions

Aux fins du présent chapitre:

industries culturelles s'entend des personnes qui se livrent à l'une quelconque des activités suivantes:

- a) la publication, la distribution ou la vente de livres, de revues, de périodiques ou de journaux, sous forme imprimée ou exploitable par machine, à l'exclusion toutefois de la seule impression ou composition de ces publications;
- b) la production, la distribution, la vente ou la présentation de films ou d'enregistrements vidéo;
- c) la production, la distribution, la vente ou la présentation d'enregistrements de musique audio ou vidéo;
- d) l'édition, la distribution ou la vente de compositions musicales sous forme imprimée ou exploitable par machine; ou
- e) les radiocommunications dont les transmissions sont destinées à être captées directement par le grand public, et toutes les activités de radiodiffusion, de télédiffusion et de câblodistribution et tous les services des réseaux de programmation et de diffusion par satellite;"

Annexe 2106

Nonobstant toute autre disposition du présent accord, et s'agissant du Canada et des États-Unis, toute mesure adoptée ou maintenue relativement aux industries culturelles, sauf disposition expresse de l'article 302 (Traitement national et accès aux marchés - Élimination des droits de douane), et toute mesure d'effet commercial équivalent adoptée en riposte, seront régies dans le cadre du présent Accord exclusivement par les dispositions de l'*Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis*. Les droits et obligations s'appliquant entre le Canada et toute autre partie relativement à ces mesures seront identiques aux droits et obligations s'appliquant entre le Canada et les États-Unis."

100. À ce jour, aucun rapport n'a concerné des plaintes en situation de non-violation formulées dans le domaine de la propriété intellectuelle au titre de l'ALENA.

2. Accord de libre-échange du Groupe des Trois

101. L'Accord de libre-échange entre le Mexique, la Colombie et le Venezuela, dit du "Groupe des Trois", est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1995. Il contient des dispositions détaillées sur le traitement national, le traitement NPF, les normes minimales et les moyens de faire respecter certains droits de propriété intellectuelle (chapitre XVIII). Les parties peuvent porter plainte lorsqu'elles estiment qu'une mesure prise par une autre partie est incompatible avec les obligations de cette dernière au regard de l'Accord ou annule ou compromet les avantages que les parties auraient raisonnablement pu s'attendre à tirer de l'application de certains chapitres de l'Accord. Le chapitre sur la propriété intellectuelle (article 19-02 et annexe) ne fait pas partie de ces chapitres. Les différends se rapportant à une question soulevée à la fois au titre de cet accord et du GATT de 1947 ou d'un quelconque accord négocié dans le cadre de celui-ci peuvent être réglés dans l'une ou l'autre enceinte, le choix appartenant à la partie plaignante (article 19-03).

3. Accords de libre-échange conclu par le Mexique avec la Bolivie et le Costa Rica

102. L'Accord de libre-échange entre le Mexique et la Bolivie et l'Accord de libre-échange entre le Mexique et le Costa Rica sont tous deux entrés en vigueur le 1^{er} janvier 1995. Ils comportent des dispositions détaillées sur le traitement national, le traitement NPF, les normes minimales et les moyens de faire respecter certains droits de propriété intellectuelle (chapitres XVI et XIV, respectivement). Dans chaque cas, les parties peuvent porter plainte lorsqu'elles estiment qu'une mesure prise par une autre partie est incompatible avec les obligations de cette dernière au regard de l'Accord ou annule ou compromet les avantages que les parties auraient raisonnablement pu s'attendre à tirer de l'application de certains chapitres de l'Accord, dont le chapitre sur la propriété intellectuelle (article 19-02 et annexe; article 17-02 et annexe). Toutefois, une partie ne peut pas invoquer cette disposition à l'égard des mesures qui sont prises au titre d'une des exceptions générales établies par des dispositions très similaires au paragraphe 2 de l'annexe 2004 de l'ALENA (paragraphe 2 de l'annexe de l'article 19-02, faisant référence à l'article 20-01; paragraphe 2 de l'annexe de l'article 17-02, faisant référence à l'article 18-01). Par ailleurs, l'Accord de libre-échange entre le Mexique et le Costa Rica ne ménage pas la possibilité, dans le chapitre sur la propriété intellectuelle, de présenter des plaintes en situation de non-violation qui portent sur des mesures prises en vertu d'une exception générale relevant du chapitre sur le commerce des services (paragraphe 2 de l'annexe de l'article 17-02, faisant référence à l'article 9-16). Les différends se rapportant à une question soulevée au titre de l'un ou l'autre accord et du GATT de 1947 ou d'un quelconque accord négocié dans le cadre de celui-ci peuvent être réglés dans l'une ou l'autre enceinte, le choix appartenant à la partie plaignante (article 19-03 et article 17-03, respectivement).

4. Accord de libre-échange entre le Mexique et le Nicaragua

103. L'Accord de libre-échange entre le Mexique et le Nicaragua est entré en vigueur le 1^{er} juillet 1998. Il comporte également des dispositions détaillées sur le traitement national, le traitement NPF, les normes minimales et les moyens de faire respecter certains droits de propriété intellectuelle (septième partie). Les dispositions relatives aux plaintes en situation de non-violation (article 20-02 et annexe) sont, pour l'essentiel, semblables à celles de l'Accord de libre-échange entre le Mexique et la Bolivie, si ce n'est qu'une partie peut porter plainte lorsqu'elle estime que tant une proposition qu'une mesure de l'autre partie est incompatible avec les obligations de cette dernière au regard de l'Accord ou annule ou compromet les avantages que les parties auraient raisonnablement pu s'attendre à tirer de l'application de certaines parties de l'Accord. Une autre différence réside dans la disposition relative au choix de l'enceinte (article 20-03), qui fait référence à l'Accord sur l'OMC au lieu du GATT.

5. Traité de libre-échange entre les pays d'Amérique centrale et la République dominicaine

104. L'Accord de libre-échange entre les pays d'Amérique centrale et la République dominicaine a été signé par les gouvernements du Costa Rica, d'El Salvador, du Guatemala, du Honduras, du Nicaragua et de la République dominicaine le 16 avril 1998. Il incorpore l'Accord sur les ADPIC dans son intégralité, y compris toutes les dispositions de l'article 64, sans exclusion (article 14-01). Conformément à l'Accord, une partie peut en règle générale porter plainte si elle estime qu'une mesure en vigueur ou proposée est incompatible avec l'Accord ou annule ou compromet les avantages que les parties auraient raisonnablement pu s'attendre à tirer de l'application de l'Accord (article 16-03). Les différends se rapportant à une question soulevée à la fois au titre de cet accord et de l'Accord sur l'OMC peuvent être soumis à l'une ou l'autre enceinte, le choix appartenant à la partie plaignante (article 16-04). Les pays d'Amérique centrale ne peuvent pas porter plainte les uns contre les autres au titre de l'Accord (article 16-01).

105. Aucun rapport n'a concerné des plaintes en situation de non-violation formulée dans le domaine de la propriété intellectuelle au titre d'un des accords susmentionnés.

106. Aucun des accords susmentionnés ne ménage la possibilité de présenter des plaintes motivées par une autre situation analogues à celles qui sont prévues à l'alinéa 1 c) de l'article XXIII du GATT de 1994, ni des plaintes pour cause d'entrave à la réalisation d'un des objectifs de ces accords.

ANNEXE 1

Extrait de l'Accord sur les ADPIC

Article 64

Règlement des différends

1. Les dispositions des articles XXII et XXIII du GATT de 1994, telles qu'elles sont précisées et mises en application par le Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, s'appliqueront aux consultations et au règlement des différends dans le cadre du présent accord, sauf disposition contraire expresse de ce dernier.
2. Les alinéas 1 b) et 1 c) de l'article XXIII du GATT de 1994 ne s'appliqueront pas au règlement des différends dans le cadre du présent accord pendant une période de cinq ans à compter de la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC.⁹⁶
3. Pendant la période visée au paragraphe 2, le Conseil des ADPIC examinera la portée et les modalités pour les plaintes du type de celles qui sont prévues aux alinéas 1 b) et 1 c) de l'article XXIII du GATT de 1994 formulées au titre du présent accord et présentera ses recommandations à la Conférence ministérielle pour adoption. Toute décision de la Conférence ministérielle d'approuver lesdites recommandations ou de prolonger la période visée au paragraphe 2 ne sera prise que par consensus, et les recommandations approuvées prendront effet pour tous les Membres sans autre processus d'acceptation formel.

Extrait du GATT de 1994

Article XXIII

Protection des concessions et des avantages

1. Dans le cas où une partie contractante considérerait qu'un avantage résultant pour elle directement ou indirectement du présent Accord se trouve annulé ou compromis, ou que la réalisation de l'un des objectifs de l'Accord est compromise du fait
 - a) qu'une autre partie contractante ne remplit pas les obligations qu'elle a contractées aux termes du présent Accord;
 - b) ou qu'une autre partie contractante applique une mesure, contraire ou non aux dispositions du présent Accord;
 - c) ou qu'il existe une autre situation,

⁹⁶ L'Accord sur l'OMC est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1995.

ladite partie contractante pourra, en vue d'arriver à un règlement satisfaisant de la question, faire des représentations ou des propositions écrites à l'autre ou aux autres parties contractantes qui, à son avis, seraient en cause. Toute partie contractante ainsi sollicitée examinera avec compréhension les représentations ou propositions qui lui auront été faites.

2. (...)

ANNEXE 2

Extrait du rapport du Groupe spécial *Inde – Brevets I* (WT/DS50/R)

C. Interprétation de l'Accord sur les ADPIC

7.18 Avant d'examiner les mesures spécifiques en cause, nous étudions d'abord une question générale d'interprétation, à savoir les règles applicables à l'interprétation de l'Accord sur les ADPIC. Premièrement, en vertu de l'article 3:2 du Mémoire d'accord, il incombe aux groupes spéciaux de clarifier les dispositions des accords visés, notamment l'Accord sur les ADPIC, "conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public". Comme il a été souligné dans plusieurs rapports récents de groupes spéciaux et de l'Organe d'appel, les règles coutumières d'interprétation du droit international public sont énoncées dans la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités ("Convention de Vienne"). L'article 31 1) de la Convention de Vienne dispose ce qui suit:

"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."

En conséquence, l'Accord sur les ADPIC doit être interprété de bonne foi à la lumière i) du sens ordinaire de ses termes, ii) du contexte et iii) de son objet et de son but. A notre avis, une interprétation de bonne foi exige la protection des attentes légitimes suscitées par la protection des droits de propriété intellectuelle prévue dans l'Accord. Un avis semblable a également été exprimé dans le rapport du Groupe spécial chargé de l'affaire *Vêtements de dessous*:

"[L]es dispositions pertinentes [de l'Accord sur les textiles et les vêtements] doivent être interprétées de bonne foi. En se fondant sur le texte, le contexte et le but général de l'Accord, les Membres exportateurs peuvent ... légitimement s'attendre que l'accès au marché et les investissements ne seront pas contrecarrés par des Membres importateurs ayant indûment recours à de telles mesures."⁹⁷

7.19 Deuxièmement, nous devons nous rappeler que l'Accord sur les ADPIC, dont le texte intégral a été récemment négocié lors du Cycle d'Uruguay et a un statut particulier relativement autonome dans l'Accord sur l'OMC, fait néanmoins partie intégrante du système de l'OMC, qui lui-même met à profit l'expérience acquise pendant près d'un demi-siècle dans le cadre de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1947 ("GATT de 1947"). En effet, l'article XVI:1 de l'Accord sur l'OMC dispose ce qui suit:

"Sauf disposition contraire du présent accord ou des Accords commerciaux multilatéraux, l'OMC sera guidée par les décisions, les procédures et les pratiques habituelles des PARTIES CONTRACTANTES du GATT de 1947 et des organes établis dans le cadre du GATT de 1947."

Dès lors que l'Accord sur les ADPIC est un des Accords commerciaux multilatéraux, nous devons nous conformer à la jurisprudence établie dans le cadre du GATT de 1947 pour interpréter les dispositions de l'Accord sur les ADPIC, à moins qu'il y ait une disposition contraire. Comme l'Organe d'appel l'a indiqué au sujet de l'affaire *Japon - Boissons alcooliques*, les rapports de groupes

⁹⁷ Rapport du Groupe spécial *États-Unis - Restrictions à l'importation de vêtements de dessous de coton et de fibres synthétiques ou artificielles en provenance du Costa Rica*, adopté le 25 février 1997, WT/DS24/R, paragraphe 7.20.

spéciaux adoptés "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".⁹⁸ En fait, étant donné que l'Accord sur les ADPIC a été négocié lors du Cycle d'Uruguay dans le cadre de l'ensemble global de concessions, il serait inopportun de ne pas appliquer pour interpréter l'Accord sur les ADPIC les mêmes principes que ceux qui régissent l'interprétation d'autres parties de l'Accord sur l'OMC.

7.20 La protection des attentes légitimes des Membres concernant les conditions de concurrence est dans le cadre du GATT un principe bien établi qui découle en partie de l'article XXIII où sont énoncées les dispositions fondamentales du GATT (et de l'OMC) en matière de règlement des différends.⁹⁹ S'agissant de l'article III du GATT, le Groupe spécial chargé de l'affaire *Italie - Machines agricoles* a dit que "[l']intention [des rédacteurs] était d'assurer des conditions égales de concurrence dès le dédouanement des marchandises".¹⁰⁰ Ce principe a ensuite été précisé par le Groupe spécial chargé de l'affaire *Fonds spécial* qui a indiqué ce qui suit: "L'élimination générale des restrictions quantitatives prévue par l'article XI ... et les prescriptions de l'article III en matière de traitement national ... ont essentiellement la même raison d'être: protéger le rapport compétitif que les parties contractantes s'attendent à voir maintenir entre leurs produits et ceux des autres parties contractantes".¹⁰¹ Le Groupe spécial chargé de l'affaire *L'article 337*, qui s'est occupé de questions concernant la protection de la propriété intellectuelle à la frontière, est lui aussi arrivé à des conclusions semblables.¹⁰²

7.21 La protection des attentes légitimes est essentielle pour assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral. A cet égard, nous notons que les disciplines élaborées dans le cadre du GATT de 1947 (ce que l'on appelle l'acquis du GATT) visaient essentiellement le traitement des marchandises des autres pays, alors que les règles énoncées dans l'Accord sur les ADPIC concernent principalement le traitement des ressortissants des autres Membres de l'OMC. Il en résulte que le concept de la protection des attentes légitimes doit être appliqué dans le secteur des ADPIC au rapport compétitif entre les propres ressortissants d'un Membre et ceux des autres Membres (et non entre les marchandises d'origine nationale et les marchandises des autres Membres, comme c'est le cas dans le secteur des marchandises), mais, à notre avis, cela ne veut pas dire que le principe fondamental n'est pas applicable. Le préambule de l'Accord sur les ADPIC, qui reconnaît la nécessité d'élaborer de nouvelles règles et disciplines concernant "l'applicabilité des principes fondamentaux du GATT de 1994 ...", offre un contexte utile à cet égard.

⁹⁸ Rapport de l'Organe d'appel *Japon - Taxes sur les boissons alcooliques*, adopté le 1^{er} novembre 1996, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS13/AB/R, page 17.

⁹⁹ Nous notons à cet égard que l'article 64 de l'Accord sur les ADPIC (règlement des différends) prévoit l'application des dispositions de l'article XXIII du GATT de 1994, telles qu'elles sont précisées par le Mémoire d'accord, au règlement des différends dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC.

¹⁰⁰ Rapport du Groupe spécial *Mesures discriminatoires appliquées par l'Italie à l'importation de machines agricoles*, adopté le 23 octobre 1958, IBDD, S7/64, paragraphes 12 et 13.

¹⁰¹ Rapport du Groupe spécial *États-Unis - Taxes sur le pétrole et certains produits d'importation*, adopté le 17 juin 1987, IBDD, S34/154, paragraphe 5.2.2.

¹⁰² Rapport du Groupe spécial *États-Unis - L'article 337 de la Loi douanière de 1930*, adopté le 7 novembre 1989, IBDD, S36/386, paragraphe 5.13.

7.22 En conclusion, nous constatons que, lorsqu'il s'agit d'interpréter le texte de l'Accord sur les ADPIC, les attentes légitimes des Membres de l'OMC concernant ledit accord doivent être prises en considération ainsi que les règles d'interprétation définies dans les rapports de groupes spéciaux antérieurs dans le cadre du GATT, en particulier celles qui énoncent le principe de la protection des conditions de concurrence découlant des accords commerciaux multilatéraux.

ANNEXE 3

Extrait du Mémoire d'accord sur le règlement des différends

Article 26

Non-violation

1. *Plaintes en situation de non-violation du type décrit au paragraphe 1 b) de l'article XXIII du GATT de 1994*

Lorsque les dispositions du paragraphe 1 b) de l'article XXIII du GATT de 1994 seront applicables à un accord visé, un groupe spécial ou l'Organe d'appel ne pourra statuer ni faire de recommandations que dans les cas où une partie au différend considérera qu'un avantage résultant pour elle directement ou indirectement de l'accord visé en l'espèce se trouve annulé ou compromis, ou que la réalisation de l'un des objectifs dudit accord est entravée du fait qu'un Membre applique une mesure, contraire ou non aux dispositions dudit accord. Dans les cas et dans la mesure où cette partie considérera, et où un groupe spécial ou l'Organe d'appel déterminera, que l'affaire concerne une mesure qui n'est pas contraire aux dispositions d'un accord visé auquel les dispositions du paragraphe 1 b) de l'article XXIII du GATT de 1994 sont applicables, les procédures énoncées dans le présent mémorandum d'accord seront d'application, sous réserve de ce qui suit:

a) la partie plaignante présentera une justification détaillée à l'appui de toute plainte concernant une mesure qui n'est pas contraire à l'accord visé en l'espèce;

b) dans les cas où il a été constaté qu'une mesure annule ou compromet des avantages résultant de l'accord visé en l'espèce ou entrave la réalisation des objectifs dudit accord, sans qu'il y ait violation de celui-ci, il n'y a pas obligation de la retirer. Toutefois, dans ces cas, le groupe spécial ou l'Organe d'appel recommandera que le Membre concerné procède à un ajustement mutuellement satisfaisant;

c) nonobstant les dispositions de l'article 21, l'arbitrage prévu au paragraphe 3 de l'article 21 pourra, à la demande de l'une ou l'autre des parties, inclure une détermination du niveau des avantages qui ont été annulés ou compromis, et des suggestions concernant les moyens d'arriver à un ajustement mutuellement satisfaisant; ces suggestions ne seront pas contraignantes pour les parties au différend;

d) nonobstant les dispositions du paragraphe 1 de l'article 22, la compensation pourra faire partie de l'ajustement mutuellement satisfaisant qui réglera définitivement le différend.

2. *Plaintes du type décrit au paragraphe 1 c) de l'article XXIII du GATT de 1994*

Lorsque les dispositions du paragraphe 1 c) de l'article XXIII du GATT de 1994 seront applicables à un accord visé, un groupe spécial ne pourra statuer ni faire de recommandations que dans les cas où une partie considérera qu'un avantage résultant pour elle directement ou indirectement de l'accord visé en l'espèce se trouve annulé ou compromis, ou que la réalisation de l'un des objectifs dudit accord est entravée du fait qu'il existe une situation autre que celles auxquelles les dispositions du paragraphe 1 a) et b) de l'article XXIII du GATT de 1994 sont applicables. Dans les cas et dans la mesure où cette partie considérera, et où un groupe spécial déterminera, que la question est visée par le présent paragraphe, les procédures énoncées dans le présent mémorandum d'accord s'appliqueront uniquement jusqu'au point de la procédure où le rapport du groupe spécial a été distribué aux Membres inclusivement. Les règles et procédures de règlement des différends énoncées dans la

Décision du 12 avril 1989 (IBDD, S36/64-70) s'appliqueront à l'examen du rapport en vue de son adoption, à la surveillance et à la mise en oeuvre des recommandations et décisions. Les dispositions ci-après seront aussi d'application:

- a) la partie plaignante présentera une justification détaillée à l'appui de tout argument avancé au sujet de questions visées dans le présent paragraphe;
- b) dans une affaire concernant des questions visées par le présent paragraphe, si un groupe spécial constate que l'affaire fait aussi intervenir des questions de règlement des différends autres que celles qui sont visées par le présent paragraphe, il distribuera un rapport sur ces questions à l'ORD et un rapport distinct sur les questions relevant du présent paragraphe.

ANNEXE 4

Rapports sur des plaintes en situation de non-violation

Rapport du Groupe de travail *Les subventions australiennes aux importations de sulfate d'ammonium*, adopté le 3 avril 1950, IBDD, II/204; plainte au motif que la suppression d'une subvention par l'Australie contrevenait aux articles XI:1, III:2 et XVI du GATT ou, à défaut, annulait ou compromettait les avantages découlant de l'Accord.

Rapport du Groupe spécial *Régime des importations de sardines en Allemagne ("Allemagne - Sardines")*, adopté le 31 octobre 1952, IBDD, S1/56; plainte au motif que l'imposition d'un droit de douane et d'une surtaxe à l'importation nouveaux et la suppression des restrictions quantitatives pour un produit, mais pas pour les autres, contrevenaient aux articles I:1 et XIII:1 ou, à défaut, annulaient ou compromettaient l'avantage découlant des concessions tarifaires.

Rapport du Groupe spécial *Droits appliqués par l'Allemagne à l'importation de l'amidon et de la fécule de pomme de terre ("Allemagne - Amidon")*, dont il a été pris acte le 16 février 1955, IBDD, S3/86; plainte au motif que certains droits à l'importation n'avaient pas été abaissés conformément aux promesses faites par les parties pendant les négociations; le Groupe spécial a examiné la question et pris acte du règlement bilatéral satisfaisant auquel les parties étaient parvenues.

Rapport du Groupe spécial *Recours de l'Uruguay à l'article XXIII ("Recours de l'Uruguay")*, adopté le 16 novembre 1962, IBDD, S11/98, demande formulée au titre de l'article XXIII:2 à l'effet que le Groupe spécial examine les mesures restrictives, adoptées par 15 parties contractantes, qui créaient des conditions commerciales défavorables pour l'Uruguay, et fasse rapport à ce sujet.

Rapport du Groupe spécial *CEE – Traitement tarifaire à l'importation de produits du secteur des agrumes en provenance de certains pays de la région méditerranéenne ("CEE – Agrumes")*, L/5776, daté du 7 février 1985, non adopté; allégations selon lesquelles le traitement tarifaire préférentiel était incompatible avec le traitement de la nation la plus favorisée prévu à l'article premier du GATT de 1947 et n'était pas conforme à l'exception énoncée à l'article XXIV ou, à défaut, qu'il annulait ou compromettait des avantages sans qu'il y ait violation de l'Accord.

Rapport du Groupe spécial *CEE – Aides accordées à la production de pêches en boîte, poires en boîte, mélanges de fruits en boîte et raisins secs ("CEE – Fruits en boîte")*, L/5778, daté du 20 février 1985, non adopté. Allégations selon lesquelles les aides accordées à la production annulaient ou réduisaient les concessions tarifaires sans qu'il y ait violation de l'Accord.

Rapport du Groupe spécial *Japon – Commerce des semi-conducteurs ("Japon – Semi-conducteurs")*, adopté le 4 mai 1988, IBDD, S35/126; plainte relative à un arrangement entre le Japon et les États-Unis concernant le commerce des semi-conducteurs, au motif que certaines mesures de surveillance des marchés des pays tiers prises par le Japon au titre de l'arrangement créaient dans les pays tiers un dumping contraire aux articles VI et XI du GATT de 1947, ainsi qu'aux articles premier et XVII; que d'autres mesures favorisaient l'accès des producteurs américains au marché japonais en contravention de l'article premier; que les mesures manquaient de transparence, ce qui contrevenait à l'article X; et, à défaut, que même si ces mesures étaient compatibles avec l'Accord, elles annulaient ou compromettaient des avantages découlant pour la CEE de l'Accord général et entravaient la réalisation de ses objectifs.

Rapport du Groupe spécial *CEE – Primes et subventions versées aux transformateurs et aux producteurs d'oléagineux et de protéines apparentées destinées à l'alimentation des animaux ("CEE - Oléagineux")*, adopté le 25 janvier 1990, IBDD, S37/91; allégations selon lesquelles les

primes versées aux transformateurs d'oléagineux sous réserve de l'achat d'oléagineux produits dans la CEE contrevenaient à l'obligation de traitement national énoncée à l'article III du GATT de 1947, et l'introduction de programmes de subventions à la production annulait ou réduisait les concessions tarifaires accordées conformément à l'article II du GATT de 1947.

Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Restrictions à l'importation de sucre et de produits contenant du sucre appliquées au titre de la dérogation de 1955 et de la note introductive de la Liste de concessions tarifaires ("États-Unis – Dérogation de 1955")*, adopté le 7 novembre 1990, IBDD, S37/245; plainte relative à la compatibilité des droits imposés sur le sucre raffiné avec les concessions tarifaires et à la conformité des restrictions à l'importation frappant les produits contenant du sucre avec l'article XI et une dérogation.

Rapport des membres du Groupe spécial des oléagineux originel *"Suite donnée au rapport du Groupe spécial sur les primes et subventions versées aux transformateurs et aux producteurs d'oléagineux et de protéines apparentées destinées à l'alimentation des animaux"*, DS28/R, daté du 31 mars 1992, IBDD, S39/101.

Rapport du Groupe spécial *Japon – Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs*, WT/DS44/R, adopté le 22 avril 1998; plainte alléguant que les lois, règlements et prescriptions japonais affectant la distribution, la mise en vente et la vente sur le marché intérieur de pellicules et papiers photographiques d'importation destinés aux consommateurs contrevenaient aux articles III et X du GATT, et que ces mesures annulaient ou compromettaient les avantages revenant aux États-Unis. Le Groupe spécial a constaté que les États-Unis n'avaient pas démontré que les mesures japonaises citées par eux annulaient ou compromettaient, individuellement ou collectivement, des avantages leur revenant au sens de l'article XXIII:1 b).
