« Structure et fonction du système de règlement des différends de l'OMC: les enseignements des dix premières années » [1]

par

Georges Sacerdoti
Professeur à l'Université Bocconi de Milan,
Membre de l'Organe d'appel de l'O.M.C.

1. Du GATT à l'O.M.C.
2. Caractéristiques principales du système.
3. Le rôle du système au sein de l'O.M.C.
4. L'Organe d'appel en tant qu'organe judiciaire.
5. Les relations entre organes politiques et organes judiciaires.
6. Les dix premières années d'activité.
7. La réforme du Mémorandum d'accord.
8. La situation des parties privées.

1. Le système de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce (O.M.C.) présente un certain nombre de caractéristiques innovantes, par rapport aux divers modèles de justice internationale existant au tournant de ce millénaire. Dix ans après sa création, il mérite une analyse de ses caractéristiques principales dans une perspective comparative, explorant ses forces et ses faiblesses et mettant en valeur tant les aspects d'intérêt général que les possibles évolutions.

On peut rappeler que, durant le Cycle d'Uruguay, aucun mécanisme de règlement des différends obligatoire n'avait encore été prévu, ni même envisagé, dans le « Rapport Dunkel », presque adopté à Bruxelles en 1991, c'est-à-dire après cinq années de négociations. Ce sont les engagements dérivant de *l'Accord de Marrakech établissant l'Organisation mondiale du commerce* (*Accord sur l'O.M.C.*) de 1994 et le principe de l'« accord unique » – d'une portée considérable et intimement liés – qui incitèrent les parties à élaborer et adopter un système de règlement des différends, destiné à être significativement plus fiable que le mécanisme des Groupes spéciaux prévu par l'article XXIII de l'*Accord général sur les tarifs douanier*s (*GATT*) de 1947. L'objectif recherché était, avant tout, de nature économique : assurer que les engagements d'accès au marché et les autres garanties mutuellement acceptées, en particulier dans les nouveaux domaines tels que l'*Accord général sur le commerce des service* (A.G.C.S.) et l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* (*Accord A.D.P.I.C.*), seraient protégés et ne pourraient être écartés ou contournés sans la possibilité d'une sanction efficace des violations. Le *Mémorandum d'accord sur les règles et procédures relatives au règlement des différends* (*Mémorandum d'accord*) a été conçu pour fournir cette discipline, grâce à une réforme substantielle du système des Groupes spéciaux du GATT, qui conserve néanmoins certains de ses traits traditionnels.

[1] La traduction de l'article a été assurée par Vincent Tomkiewicz, Docteur en droit de l'Université Paris I – Panthéon Sorbonne.

Le Mémorandum d'accord est un des accords annexés à l'Accord établissant l'O.M.C. Il est souvent qualifié d'« horizontal » dans la mesure où il est, en cas de différend, applicable tant aux accords sectoriels (« verticaux ») conclus à Marrakech qu'au traité de base établissant l'O.M.C. Comme c'est fréquent en matière de négociations diplomatiques, les nouvelles caractéristiques sont issues d'un développement des procédures de Groupes spéciaux du GATT existantes plutôt que de la création d'un système totalement nouveau. Cela explique pourquoi, dans l'optique d'instaurer un système obligatoire et contraignant, les négociateurs n'ont pas adopté l'approche qui aurait pourtant semblé naturelle à un universitaire, celle de remplacer le mécanisme existant par une nouvelle cour internationale qui serait venue s'ajouter aux nombreux organes de ce type établis ces dernières années au sein de la communauté internationale. Les parties aux négociations décidèrent au contraire de conserver le système existant en tant que cadre d'origine, tout en y introduisant tant de nouvelles caractéristiques qu'il s'est trouvé radicalement transformé. Cette manière de faire, quoique mise en œuvre de façon moins radicale, a été courante durant les quarante années de vie du GATT : il suffit de rappeler que l'Accord général ne mentionnait même pas les Groupes spéciaux.

Le système des Groupes spéciaux, tel qu'il fonctionnait à la fin du Cycle d'Uruguay, était le fruit d'une pratique entérinée par plusieurs décisions des Parties Contractantes du GATT. Les Parties Contractantes, compétentes pour recommander un « ajustement satisfaisant » de tout différend dans le cadre de l'article XXIII, confiait à des comités d'experts l'appréciation des faits et leur évaluation. Il convient de rappeler qu'un différend n'impliquait pas nécessairement la violation d'une obligation. Il pouvait résulter d'un préjudice imprévu causé par une action d'une Partie légale d'un point de vue formel mais compromettant un avantage découlant d'un accord (plainte en situation de non-violation), ce qui montre la priorité accordée aux intérêts économiques et commerciaux sous-jacents. En pratique, les Groupes spéciaux ont dès l'origine pris l'initiative d'évaluer toute mesure mise en cause d'un point de vue juridique, même si leur pouvoir de conciliation n'a jamais été formellement supprimé. Parallèlement, les garanties procédurales d'un procès juste et équitable ont été renforcées au fil des années.

Ce mécanisme présentait néanmoins plusieurs faiblesses. En premier lieu, un défendeur pouvait empêcher l'établissement du Groupe spécial. En outre, les membres des Groupes spéciaux n'étaient pas des juristes spécialisés, mais plutôt des diplomates et des spécialistes du commerce. Mais l'exigence la plus embarrassante, qui affaiblissait l'efficacité de l'ensemble du mécanisme pour régler effectivement les différends commerciaux, était l'exigence – correspondant à la pratique générale du GATT – que le rapport du Groupe spécial soit, pour devenir obligatoire, adopté par consensus par toutes les Parties Contractantes du GATT.

Ainsi, l'opposition de la partie perdante pouvait empêcher l'adoption du rapport du Groupe spécial, ce qui s'est souvent produit. Il n'existait pas non plus de garantie d'exécution, hormis le recours à des contre-mesures commerciales qui s'avéraient difficiles à mettre en œuvre. La défiance à l'égard de l'effectivité des engagements pris rendait les Etats réticents à souscrire des obligations plus approfondies lors des négociations. De même, les « gros joueurs » (notamment les Etats-Unis) ont été prompts à introduire dans leur législation commerciale le recours à des contre-mesures unilatérales comme instrument de dissuasion, de pression et de sanction.

2. La première caractéristique nouvelle du système de règlement des différends de l'O.M.C. concerne sa fonction même, qui n'apparaissait pas clairement auparavant[2]. L'objectif, allant bien au-delà du seul règlement de quelques différends occasionnels, est devenu d'en faire « un élément essentiel pour assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral » (Article 3 : 2 du Mémorandum d'accord). Cette fonction explique l'évolution vers la juridicisation ou la « juridictionnalisation » du système de règlement des différends, laquelle reflète, à son tour, le saut qualitatif effectué entre le GATT et l'O.M.C. : d'un cadre partiel et incomplet, multilatéral mais pas encore organisé, basé essentiellement sur des rapports de puissance, s'appuyant uniquement sur les négociations, on s'oriente vers une organisation gouvernée par le droit. Dans le nouveau système, la mise en place de garanties procédurales et d'un mécanisme de mise en œuvre destiné à garantir le respect des règles représente un complément indispensable des dispositions de base.

Cette approche a deux implications. En premier lieu, il est maintenant évident que les organes spécialisés de règlement des différends (les groupes spéciaux, le nouvel Organe d'appel, ainsi que les arbitres) doivent fonder leurs décisions sur des bases juridiques. Le corps de règles à appliquer doit être interprété au moyen des « règles coutumières d'interprétation du droit international public » (article 3 : 2 du Mémorandum d'accord). En pratique, les organes de règlement des différends ont appliqué les principes d'interprétation contenus dans la *Convention de Vienne sur le droit des traités* de 1969. Il est ainsi clair que l'O.M.C. n'est pas un « système de *soft law* », laissé à la discrétion unilatérale et aux règlements négociés en cas de défaut de conformité. C'est le droit international général, et non les convenances économiques ou politiques, qui guide le règlement des différends dans le cadre de la nouvelle organisation. L'O.M.C. peut donc être considérée comme un « sous-système » ou un « régime » spécialisé au sein de la communauté internationale, même si elle présente des caractéristiques particulières (telles que celles relatives aux conséquences d'actes illicites). Celles-ci ne signifient pas que le système fonctionne en dehors de l'ordre juridique international ; plus précisément, il n'évolue pas « en isolement clinique par rapport au droit international public »[3].

La nouvelle approche se répercute à tous les niveaux du cadre actuel. D'une part, la formule de Groupes spéciaux *ad hoc* (ayant compétence à la fois à l'égard des faits et du droit, et traditionnellement non composés de juristes) a été retenue, ce qui laisse subsister le risque de décisions incohérentes qui ne seraient pas nécessairement fondées sur des raisonnements juridiques corrects. D'autre part, une procédure d'appel a été introduite, menée devant un organe permanent doté de la plupart des attributs classiques d'une juridiction internationale. Il s'agit d'une évolution notable, l'instance d'appel demeurant exceptionnelle dans les litiges interétatiques. En effet, la procédure d'appel convient difficilement à la nature arbitrale (une justice *ad hoc* reposant sur une convention d'arbitrage entre les parties au différend) qui caractérise la plupart des litiges interétatiques soumis à des organes de règlement des différends. La compétence limitée des tribunaux permanents explique également l'absence d'une seconde instance pour ce type de juridiction[4]. L'appel devant la

[2] Pour une vue d'ensemble, voir The World Trade Organization, *A Handbook on the WTO Dispute Settlement System*, Cambridge, 2004.

[3] Cette expression, désormais célèbre, a été utilisée dans le premier rapport de l'Organe d'appel *Etats-Unis – Essence*, p. 17, *DSR* 1996:1, pp. 3-16.

[4] J'ai développé des considérations générales sur ce sujet *in* : « Appeal and Judicial Review in International Arbitration and Adjudication: The Case of the WTO Appellate Review », *in* Ernst-Ulrich Petersmann (ed.), *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, The Hague, Kluwer, 1997, pp. 245-280, spec. p. 245s.

Cour de justice des Communautés européennes et devant les juridictions pénales internationales ne constitue pas un précédent pertinent, dans la mesure où il poursuit un objectif différent, celui de garantir les droits individuels.

Le renforcement de la branche juridictionnelle a été accompagné (ou compensé) par un rôle accru, en matière de règlement des différends, des organes politiques de l'organisation, qui représentent l'expression directe de la volonté collective des Etats dans une « organisation conduite par ses Membres », selon une expression couramment employée pour décrire l'OMC. Cela explique, en partie, que les décisions rendues par les organes de règlement des différends n'aboutissent pas à des jugements en eux-mêmes obligatoires, c'est-à-dire dotés de la *vis rei judicatae*. Elles constituent plutôt, au moins formellement, des recommandations adressées aux parties en litige par le biais de l'Organe de règlement des différends (O.R.D.), c'est-à-dire le Conseil général au sein duquel les Membres exercent leurs fonctions collectives d'initiative, de prise de décisions, ainsi que le contrôle et la surveillance de la mise en œuvre des rapports des organes de jugement. C'est ainsi que les Membres ont conservé les fonctions que les Parties Contractantes du GATT exerçaient précédemment collectivement du fait de l'absence de cadre institutionnel propre à cette institution.

A mon avis, ce qui est généralement considéré comme une faiblesse par les juristes spécialistes, à savoir l'absence d'effet formellement contraignant des conclusions des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel établissant l'existence d'une violation d'une obligation de l'O.M.C., devrait plutôt être considéré comme un point fort du nouveau système. Formellement, les conclusions établissant qu'une violation a été commise et prescrivant le rétablissement de l'ordre juridique violé et la mise en conformité avec l'obligation qui n'a pas été respectée sont toujours de simples recommandations, qui émanent toutefois de l'organe politique, l'O.R.D. La branche juridictionnelle n'assume donc pas seule la tâche de juger. Le risque d'être confronté à un refus de mise en conformité avec les conclusions ne repose pas entièrement sur elle. C'est plutôt l'organe politique de l'O.M.C., et donc l'ensemble des Membres, qui demeure la source de la décision et qui la prend en adoptant le rapport du Groupe spécial ou de l'Organe d'appel. C'est donc l'organe politique qui exige la mise en conformité de la part du Membre concerné et qui autorise, en définitive, les contre-mesures à titre de sanction, si le différend n'a pas été résolu conformément au droit, c'est-à-dire grâce à une mise en conformité rapide (Article 21 : 1 du Mémorandum d'accord).

C'est manifestement de cette façon que la question est généralement perçue par le grand public, si l'on en croit les articles de presse se rapportant à l'O.M.C. Lorsqu'elle se réfère à la Cour internationale de Justice ou à la Cour de justice des Communautés européennes, la presse mentionne que chacune des deux cours a « constaté », « décidé » ou « ordonné » ceci ou cela, suivant le cas d'espèce. Les choses sont présentées différemment pour l'O.M.C., dont les décisions issues du mécanisme de règlement des différends se trouvent bien plus souvent en première ligne. La presse attribue directement chaque jugement ou décision à l'organisation : c'est l'O.M.C. qui a « décidé », « sommé » ou « ordonné » ceci ou cela, suivant le cas d'espèce. C'est seulement avec une lecture attentive qu'on apprendra que c'est en réalité d'un « Groupe spécial » ou d'un « panel d'appel » (*sic*), ou de temps en temps de « la haute cour de l'O.M.C. », que provient la décision et ce, même avant l'adoption du rapport par l'O.R.D. (qui est considérée comme allant de soi, ce qui est *de facto* exact).

Mettre le poids de l'ensemble des Membres derrière chaque décision réglant un différend favorise l'exécution. Les conséquences politiques de la non-exécution deviennent en effet beaucoup plus difficiles à supporter pour la partie concernée qui ne sera pas seulement confrontée à son adversaire dans le litige mais à l'ensemble des Membres. En d'autres termes, tous les Membres sont politiquement engagés afin d'éviter la non-exécution d'une décision qui a dûment établi – c'est-à-dire de façon indépendante, impartiale, objective, et fondée en droit – l'existence d'une violation par l'un d'entre eux. Plus généralement, le système vise à prévenir la perte de confiance susceptible d'en résulter pour l'organisation, au détriment de l'ensemble des Membres.

Il n'en reste pas moins que le rôle de l'organe politique se résume en substance davantage à une sorte de validation notariale (par « adoption automatique ») d'une décision qui lui est transmise et qui est, en réalité, prise par la branche juridictionnelle. Les négociateurs ont prévu une telle configuration afin de garantir que l'opportunisme politique et les préoccupations liées à l'équilibre des forces ne fassent pas obstacle, comme cela avait été le cas dans le cadre du GATT, à un règlement impartial du différend et à l'obligation de mise en conformité. Cette dernière repose en fin de compte sur le devoir de respecter les obligations du traité acceptées au moment de l'acquisition de la qualité de Membre de l'O.M.C. A cette fin, les négociateurs ont opté pour la règle du « consensus négatif » pour les principales décisions prises par l'O.R.D. : les rapports et les conclusions sont automatiquement adoptés et confirmés par l'O.R.D., à moins que ce dernier décide, par consensus, de ne pas adopter le rapport de Groupe spécial ou de l'Organe d'appel (Articles 16 : 4 et 17 : 14 du Mémorandum d'accord).

La dimension politique n'est donc pas ignorée, bien au contraire. Sa présence devient même patente quand l'O.R.D. surveille la mise en oeuvre. C'est à cet organe qu'il revient d'autoriser les contre-mesures, généralement qualifiées de sanctions ou de représailles (commerciales), consistant en la suspension ou le retrait de concessions en matière de droits de douane ou d'autres droits. Ces contre-mesures ne sont ni définitives, ni un objectif en soi, mais un moyen au service d'une fin : celle d'assurer la mise en conformité (Articles 21 : 1 et 22 : 8 du Mémorandum d'accord) en faisant appel à la pression multilatérale, et d'éviter ainsi le recours aux représailles unilatérales, qui sont explicitement prohibées.

Mais les considérations politiques jouent également en sens inverse. En fait, au stade de la mise en œuvre, le Mémorandum d'accord prend en compte la charge économique, politique et bureaucratique que les Etats ont à supporter pour opérer les modifications législatives ou administratives qu'implique la mise en conformité. Plusieurs caractéristiques de la procédure de mise en œuvre ont pour but d'aider les Etats dans cette tâche. Tout d'abord, il est, selon l'article 22 : 1 du Mémorandum d'accord, possible de substituer une « compensation volontaire » à la mise en œuvre, encore qu'il ne puisse s'agir que d'une « mesure temporaire » ; une telle compensation peut faire l'objet d'un accord bilatéral négocié avec le plaignant de façon à lui convenir[5]. Surtout, un « délai raisonnable » de mise

[5] S'agissant de l'importance systémique de l'obligation fondamentale de se conformer à une recommandation ou à une décision de l'O.R.D., même si aucune obligation formelle à cet effet n'est énoncée par le Mémorandum d'accord, voir les deux commentaires de John H. Jackson, « The WTO Dispute Settlement Understanding – A Misunderstanding on the Nature of Legal Obligation? », *American Journal of International Law*, 1997, pp. 60–64, spéc. p. 60 ; John H. Jackson, « International Law Status of WTO Settlement Reports: Obligation to Comply or Option to "Buy Out"? », *American Journal of International Law*, 2004, pp. 109-123, spéc. p. 109. Pour une perspective économique, voir Bernard Hoekman & Michel Kostecki, *The Political Economy of the World Trading System*, 2nd ed., Oxford, 2001.

en conformité a été prévu, délai qui peut aller jusqu'à quinze mois, voire même au-delà, à compter de la date d'adoption du rapport (Article 21 : 3 du Mémorandum d'accord). C'est une dérogation notoire au principe général de droit international suivant lequel un Etat doit réparer la violation d'une obligation légale *ex tunc* et pas seulement *ex nunc* (c'est-à-dire pas seulement pour l'avenir). Qui plus est, la longueur de la phase de mise en conformité, comparée à la durée inhabituellement brève pour un litige international de la phase contentieuse (un délai moyen de deux ans et demi de l'établissement du Groupe spécial à l'adoption du rapport de l'Organe d'appel n'est pas rare), revient quasiment à récompenser l'Etat défendeur pour sa résistance. Cela limite d'autant l'efficacité du mécanisme, notamment lorsque sont en cause des mesures de protection temporaires, du type droits anti-dumping ou mesures de sauvegardes

En dépit de ses faiblesses, cette solution de compromis est préférable et représente un progrès significatif par rapport aux arrangements pratiqués sous le GATT. Elle constitue également une tentative plus efficace pour garantir le respect des obligations consenties, en comparaison d'autres mécanismes internationaux, dans lesquels le non respect par le défendeur d'une décision obligatoire, judiciaire ou autre, n'est pas sanctionné.

3. Cette flexibilité dans la phase de mise en œuvre constitue, d'une certaine manière, le « pendant » des obligations strictes acceptées par les Membres afin d'assurer un respect effectif des accords commerciaux multilatéraux. Ces obligations leur imposent de participer aux procédures obligatoires aboutissant à une décision contraignante, sans exception d'aucune sorte, déclenchées à l'initiative unilatérale de tout autre Membre qui allègue que ses droits ont été violés ou ses avantages « annulés ou compromis ». Il s'agit d'un développement considérable parmi les régimes internationaux : un système juridictionnel obligatoire *de facto*, applicable, qui plus est, à un large éventail d'accords et à un grand nombre de relations englobant l'ensemble du système commercial multilatéral, *i.e.* les biens, les services et les droits de propriétés intellectuels.

Les avantages sont évidents pour les Membres de l'O.M.C. en général, mais encore plus pour les pays dont la capacité de négociation économique n'est pas suffisante pour protéger leurs intérêts dans les différends commerciaux. D'un autre côté, les obligations résultant du système ont parfois alimenté les critiques à l'encontre des soi-disant « juges étrangers anonymes » qui tranchent les questions commerciales à Genève. Il faut alors souligner que les organes chargés de trancher les affaires, c'est-à-dire les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel, sont soumis à des limites clairement définies concernant les questions posées, les types de conclusions qu'ils peuvent rendre, ainsi que la portée du contrôle exercé sur les mesures nationales[6].

Les préoccupations relatives à la responsabilité, la légitimité et la démocratie au sein de l'O.M.C. proviennent d'horizons assez divers, notamment des mouvements altermondialistes et défenseurs de l'environnement. Ceux qui dénoncent le caractère envahissant de la réglementation commerciale internationale lui reprochent d'être libéralisatrice à l'excès et de ne pas prendre en compte à sa juste valeur la protection des intérêts non-commerciaux, qui ont aussi, souvent, une dimension nationale. Les critiques adressées à l'O.M.C. en tant qu'organisation qui imposerait des décisions bureaucratiques et non transparentes aux parlements nationaux, lesquels seraient dès lors « dépouillés de leur

[6] Sur cette dernière question qui attire beaucoup d'attention, mais que nous ne développerons pas ici, voir Matthias Oesch, *Standards of Review in WTO Dispute Settlement*, Oxford, 2003.

souveraineté », sont courantes. Mais ces critiques tendent à négliger le fait que ce n'est pas l'OMC en tant que telle qui élabore les règles et que toute réglementation est le résultat d'accords intergouvernementaux dûment acceptés par les parlements nationaux. De même, les bénéfices de la libéralisation (non-discrimination entre biens ou services nationaux et biens ou services étrangers, et entre ces derniers quelle que soit leur origine nationale) ainsi que les apports à la lutte contre la pauvreté d'une ouverture équilibrée des marchés, prenant en compte les demandes de traitement spécial et différencié des pays les moins avancés, tendent également à être minimisés[7].

L'impossibilité de communiquer et la frustration qui caractérisent par moment ce qui devrait constituer un dialogue ouvert et de bonne foi entre différents points de vue reflète les difficultés inhérentes à la gestion des systèmes complexes dans le contexte global actuel. Cela requiert une prise de décision au niveau multilatéral ou régional, processus dans lequel il est difficile d'impliquer effectivement l'opinion publique et les représentants des citoyens de tous les pays, alors même que ce sont eux qui, en définitive, bénéficient des avantages et supportent le poids de ces décisions. Conférer une place appropriée à la participation politique et démocratique, ainsi qu'à la responsabilité (qui a une dimension essentiellement nationale), à la fois pour les petits et pour les gros joueurs, constitue un véritable défi[8]. Même l'Union Européenne n'est pas parvenue, en cinquante ans, à concilier les deux branches de ce dilemme, malgré le rôle joué par un Parlement européen élu, comme en témoigne le récent rejet de la Constitution européenne par référendum en France et aux Pays-Bas en 2005.

A l'O.M.C., un choix novateur a été fait afin de légitimer l'application d'une obligation donnée et surmonter la résistance à son exécution de la part de chaque Membre : celui de confier l'évaluation de l'obligation à un mécanisme de règlement des différends certes subsidiaire, mais obligatoire et impartial. Le résultat de la procédure est, en substance, un jugement déclaratoire, qui n'est pas automatiquement exécutoire, mais qui est mis en œuvre par le biais d'une procédure multilatérale de surveillance de l'exécution. Comme souligné plus haut, une certaine souplesse est, à cet égard, acceptée, avec l'objectif d'assurer la mise en conformité dans un laps de temps raisonnable, de façon à préserver les droits et intérêts de tous les Membres. L'adoption automatique des rapports par consensus négatif de l'ensemble des Membres évite les immixtions politiques dans l'issue du différend, comme cela serait le cas si un vote à la majorité était prévu, ce dernier conduisant nécessairement à des alliances de circonstance et à des compromis politiques[9]. Dans un tel contexte, les rapports ne seraient guère plus que des avis consultatifs, adoptés seulement à condition d'être appuyés par un consensus général, comme c'était le cas dans le cadre du GATT.

Il importe de souligner que c'est aux gouvernements des Membres que reviennent les choix politiques lors des négociations, sous réserve du débat démocratique et du contrôle parlementaire dans leurs pays respectifs[10]. Les juridictions internationales et autres organes

---

[7] Jagdish Bagwati, *In Defence of Globalisation*, Oxford, 2003 ; Joseph Stieglitz, *Globalisation and Its Discontents*, Penguin, New York, 2004.

[8] A cet égard, voir Robert HOWSE, *The Legitimacy of the WTO*, in Jean-Marc Coicaud & Veijo Heiskanen (Eds.), *The Legitimacy of International Organizations*, Tokyo, UN University, 2001.

[9] Tels que prônés par Claude Barfield, *Free Trade, Sovereignty, Democracy. The Future of the WTO*, Washington, AEI Press, 2001, p. 125.

[10] Pour des opinions différentes parmi les politologues concernant les rôles respectifs des Etats et de la société civile du point de vue de l'habilitation populaire, de la lutte contre la pauvreté et des négociations et réglementations commerciales, voir Fareed Zacharia, *The Future of Freedom*, New York, Norton, 2003, pp. 245 -246, et Michael Walzer, *Politics and Passion*, Yale, 2004, pp. 131 et s.

similaires ont pour mission d'interpréter les règles existantes, et non d'en poser de nouvelles. Le Mémorandum d'accord reflète clairement l'intention de limiter et définir le rôle propre du système de règlement des différends. D'abord, et bien que les différends soient réglés par des organes indépendants et impartiaux appliquant le droit de l'O.M.C., ces organes n'ont pas été définis comme des organes juridictionnels, bien que telle soit, en réalité, leur fonction. Ensuite, le Mémorandum d'accord énonce clairement que les « recommandations, conclusions, constatations », qu'ils soient issus de l'O.R.D., des Groupes spéciaux ou de l'Organe d'appel, « ne peuvent accroître ou diminuer les droits et obligations énoncés dans les accords visés » (Articles 3 : 2 et 19 : 2 du Mémorandum d'accord).

Le politique a également conservé pour lui-même le pouvoir d'influencer l'interprétation des accords, éventuellement dans un sens différent de celui retenu dans un différend particulier et qui n'est obligatoire que pour ce seul différend. L'article IX : 2 de l'*Accord sur l'O.M.C.* stipule que le Conseil général dispose du « pouvoir exclusif d'adopter des interprétations » de tout Accord de l'O.M.C., et pas nécessairement par consensus, puisqu'une majorité des trois quart suffit. Une interprétation de ce type, à laquelle il n'a encore jamais été recouru, est une interprétation authentique qui pourrait même entraîner une modification d'une disposition existante. A ce titre, elle devrait être respectée pour la résolution de tout différend ultérieur (Article 3 : 9 du Mémorandum d'accord).

4. Un point important pour évaluer le système, qui pourrait également servir de modèle pour améliorer le fonctionnement d'autres organisations internationales, est de savoir si l'Organe d'appel peut être valablement qualifié de juridiction internationale, nonobstant les particularités mentionnées précédemment, notamment l'absence de force obligatoire de ses conclusions.

Il faut d'abord souligner les dispositions de base régissant les procédures qui conduisent à la production par l'Organe d'appel, comme par les Groupes spéciaux, de « rapports » (et non de jugements) qui contiennent les *recommandations et conclusions juridiques*. Selon l'article 19 du Mémorandum d'accord (« *Recommandations d'un Groupe spécial ou de l'Organe d'appel* »), quand un Groupe spécial ou l'Organe d'appel « *conclura qu'une mesure est incompatible avec un accord visé, il recommandera que le Membre concerné la rende conforme audit accord* ». En règle générale, la fonction des Groupes spéciaux, selon la formule générale contenue à l'article 11 du Mémorandum d'accord (reflétant la fonction des Groupes spéciaux dans le cadre du GATT) est « *d'aider l'O.R.D. à s'acquitter de ses responsabilités* » au titre du Mémorandum d'accord ; cela consiste à fournir une « *évaluation objective des faits de la cause, de l'applicabilité des dispositions des accords visés pertinents et de la conformité des faits avec ces dispositions* », et à formuler « *d'autres constatations propres à aider l'O.R.D. à faire des recommandations ou à statuer ainsi qu'il est prévu dans les accords visés* ». Ces constatations et recommandations ont, à leur tour, pour objectif de « *régler* [la question] *de manière satisfaisante conformément aux droits et obligations* » résultant du Mémorandum d'accord et des accords visés (Article 3 : 4 du Mémorandum d'accord). L'O.R.D. adopte les rapports des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel dans délai de 60 ou 30 jours après leur distribution, à moins que « *l'O.R.D. ne décide par consensus de ne pas adopter le rapport* » (Articles 16 : 4 et 17 : 4 du Mémorandum d'accord).

Concernant les rapports de l'Organe d'appel, l'article 17: 4 contient une disposition supplémentaire qui mérite d'être soulignée et selon laquelle un rapport sera « *accepté sans*

condition par les parties au différend ». En adoptant le rapport, l'O.R.D. ne décide pas *motu proprio*, mais endosse simplement la recommandation contenue dans celui-ci. La teneur de la recommandation adressée par l'O.R.D. aux parties au différend, à laquelle elles devront, selon l'article 21, donner suite dans les moindres délais, est de se conformer aux recommandations du rapport[11].

Examinons maintenant les traits essentiels de l'Organe d'appel (a), ses règles de procédure (b) et ses fonctions (c), tels que prévus par l'article 17 du Mémorandum d'accord.

(a) Dans ses *caractéristiques*, telles que la composition, la nomination et le mandat de ses membres, l'Organe d'appel correspond au modèle d'autres juridictions internationales. Il est composé de personnes « qui auront fait la preuve de leur connaissance du droit, du commerce international et des questions relevant des accords visés en général », désignées sur une base individuelle et non affiliées à un gouvernement. L'O.R.D. les désigne par consensus pour un mandat de quatre ans, renouvelable une fois, en veillant à ce qu'elles soient représentatives de la composition de l'O.M.C., comme c'est d'usage pour de tels organes internationaux.

L'indépendance, l'impartialité et la qualification sont ainsi garanties ; l'abstention en cas de conflit d'intérêts est requise. Ce sont des conditions préalables typiques et essentielles pour les membres d'un organe juridictionnel. Au surplus, l'organe est permanent, bien que l'emploi n'y soit qu'à temps partiel (caractéristique qui n'est pas rare dans les juridictions internationales), en raison d'une présomption initiale d'une charge de travail limitée.

Certains caractères sont propres à l'Organe d'appel et ne se retrouvent pas dans d'autres juridictions internationales. Outre le mandat inhabituellement court de ses membres, il est étonnant de trouver un si petit nombre de membres (sept), en comparaison avec la relative abondance des juges qui composent la plupart des juridictions internationales, alors même qu'elles ont une compétence plus étroite et une charge de travail moindre. Cette configuration accroît le rôle des membres qui se partage la responsabilité des décisions, bien que la collégialité soit en même temps assurée : trois membres, choisis au hasard et par roulement, composent la section qui connaît d'une affaire particulière mais un échange de vues entre tous les membres intervient avant toute décision d'appel finale. Une autre caractéristique importante réside dans le fait que la nationalité des membres de l'Organe d'appel n'est pas prise en compte pour la composition de chaque section, qui ne tient pas compte de quel Membre est partie au différend.

A l'inverse d'autres juridictions fonctionnant dans des organisations internationales, il n'y a pas de séparation logistique entre l'O.M.C. et les organes de jugement : les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel sont situés dans le même bâtiment de l'O.M.C. Alors que les Groupes spéciaux reçoivent le soutien juridique et administratif de la Division des affaires juridiques du secrétariat de l'O.M.C., l'Organe d'appel dispose de son propre personnel,

[11] Voir le rapport de l'Organe d'appel, *Communautés européennes – Subventions à l'exportation de sucre*, par. 334 ; adoptée, la recommandation d'un Groupe spécial « deviendra une recommandation ou une conclusion de l'O.R.D. ». Voir également Mitsuo Matsushita, Thomas. J. Schoenbaum, Petros Mavroidis, *The WTO, Law, Practice and Policy*, Oxford, 2003, p. 25.

distinct du reste du secrétariat de l'O.M.C. L'indépendance fonctionnelle par rapport à l'organisation est ainsi assurée au niveau de l'appel[12].

(b) En ce qui concerne la *procédure*, les débats contradictoires et le procès équitable, typiques de la juridiction internationale, sont une caractéristique essentielle de la procédure devant les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel.

Il est utile de rappeler certaines caractéristiques particulières de ces procédures. L'extrême rapidité de la procédure devant l'Organe d'appel (une durée de 60 jours qui peut être, et est en fait toujours, étendue à 90 jours) impose de multiples contraintes, telles que des délais de principe très courts pour le traitement des communications des parties, une seule audience et peu de place pour les exceptions procédurales. A l'inverse de la pratique dominante dans les juridictions internationales, les procédures devant les Groupes spéciaux (essentiellement arbitrales) et l'Organe d'appel sont confidentielles : les mémoires, documents et auditions ne sont pas publiques, bien que certains Etats militent pour plus de transparence. La publicité ne semble pas être, en toute hypothèse, une exigence essentielle en matière de juridiction internationale ; la confidentialité est en réalité typique de l'arbitrage[13]. Ce trait résulte de l'origine diplomatico-arbitrale du système de règlement des différends du GATT ; il se traduit dans le caractère relativement informel des auditions, tout en respectant pleinement les exigences du procès équitable.

La chronologie de l'affaire, l'objet du différend et les arguments des parties sont indiqués dans les décisions, qui contiennent le raisonnement détaillé (énoncé des fondements). Dans une de ses premières affaires, l'Organe d'appel a réglé une question controversée en admettant que des conseils privés pouvaient représenter les gouvernements et plaider en leur nom[14]. C'est devenu depuis une pratique commune. Ainsi, l'« égalité des armes » dans l'exercice des droits de la défense est rendue possible, notamment pour les Etats moins pourvus en ressources juridiques internes. En outre, les pays en développement peuvent bénéficier pour le règlement des différends de l'O.M.C. des services du Centre consultatif, créé en 1999 en tant qu'organisation indépendante de l'O.M.C. financée par des contributions volontaires.

Les procédures sont caractérisées par une combinaison originale de bilatéralisme et de multilatéralisme. A proprement parler, les parties au différend sont des Membres de l'O.M.C. C'est-à-dire, d'un côté, l'Etat ou les Etats qui allègue(nt), en tant que plaignant(s), la violation d'une obligation ou l'atteinte à une règle ayant des effets négatifs sur leurs intérêts au titre d'un des accords visés (ceux liés à l'*Accord sur l'O.M.C.*). D'un autre côté, l'Etat défendeur dont la conduite ou, plus précisément, les mesures sont mises en cause comme violant ces règles et obligations. Tout Membre de l'O.M.C. qui considère avoir un intérêt dans le règlement du différend peut participer à la procédure, pour autant qu'il y prenne part dès la phase de Groupe spécial. Les droits des tierces parties sont certes limités, mais elles peuvent néanmoins développer pleinement leurs arguments juridiques. La justification en est

[12] Voir, à titre général, Steve Charnovitz, « Judicial independence in the WTO », *in* Laurence Boisson, Cesare. Romano, Ruth Mackenzie (eds.) *International Organizations and International Dispute Settlement: Trends and Prospects*, New York, Transnational Publishers, 2002, pp. 219-240, spéc. p. 219.

[13] En septembre 2005, un Groupe spécial a pour la première fois décidé, suite à une demande des parties (le Canada, les Communautés européennes et les Etats-Unis), d'ouvrir ses procédures au public par le biais d'un circuit fermé de télévision, dans le cadre des affaires *Canada, Etats-Unis – Hormones* (*Maintien de la suspension des obligations dans le différend CE - Hormones)*

[14] Rapport de l'Organe d'appel *Communautés européennes – Bananes*, par. 5-10.

que toute décision peut affecter l'interprétation et l'application des dispositions des accords visés à l'égard de tous les Membres. Le rôle de l'intervention des tierces parties peut être comparé davantage au rôle que jouent les Etats membres des Communautés européennes non parties à un différend lorsqu'ils interviennent devant la Cour de Justice à Luxembourg, qu'aux interventions de tierces parties devant la Cour internationale de justice (C.I.J.) (où l'intérêt direct à la résolution du litige est une condition préalable).

(c) La *fonction* confiée aux Groupes spéciaux et à l'Organe d'appel est, sans aucun doute, de juger. Leur tâche est de régler les différends entre Membres de l'O.M.C. en appréciant la conformité des mesures ou, de façon plus générale, la conduite du défendeur dont le plaignant prétend qu'elle constitue une violation d'une obligation juridique découlant du traité. L'accomplissement de cette tâche requiert une évaluation objective des faits (réservée aux Groupes spéciaux) et doit être fondée sur le droit international.

En d'autres termes, l'objet du différend est la prétention d'un Membre qu'un autre Membre ne se conforme pas à une obligation de l'O.M.C., c'est-à-dire qu'une violation d'une règle de droit international a – ou n'a pas- eu lieu. La procédure traite ainsi de questions de légalité internationale (*contentieux de légalité*) et ne vise ni évaluer ni à réparer un quelconque dommage (comme dans le contexte des arbitrages en matière d'investissement devant le C.I.R.D.I.). Il est résolu par le biais de ce qui constitue en substance un jugement déclaratif, typique des juridictions internationales, qui détermine quelle partie a raison et quelle partie a tort. La référence explicite aux règles coutumières d'interprétation du droit international public dans l'article 3 : 2 du Mémorandum d'accord est à cet égard essentielle : grâce à elle, les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel peuvent être adéquatement qualifiés, respectivement, de tribunaux arbitraux, et de Cour qui « crée une jurisprudence » dans le système international. De fait, la littérature juridique, ainsi que les juridictions internationales et d'autres autorités[15], les considèrent en tant que tels, c'est-à-dire comme une des sources subsidiaires de droit international au sens de l'article 38 : 1 (d) du Statut de la C.I.J.

Les Groupes spéciaux et, surtout, l'Organe d'appel ont apporté des développements intéressants aux principes d'interprétation des traités, notamment en marquant de façon systématique la différence entre le contexte, la pratique ultérieure, les travaux préparatoires d'un traité et les circonstances de sa conclusion, conformément aux articles 31 et 32 de la *Convention de Vienne*. L'approche de l'Organe d'appel à l'égard de l'interprétation diffère de celle suivie par beaucoup d'autres juridictions internationales par l'attention minutieuse accordée aux termes du traité et par le recours méthodique et explicite aux règles d'interprétation contenus dans les articles 31 et 32 de la *Convention de Vienne*, comme en témoigne l'insistance sur l'interprétation textuelle et contextuelle[16]. Cette approche

[15] *International Law Commission's Commentary on the Draft Articles on State Responsibility – Introduction, Comment to Article 2*, footnote 76; *Comment to Article 13*, footnote 233; *Comment to Article 30*, footnote 459; *Comment to Article 50*, footnote 814; *Comment to Article 55*, footnote 863.

[16] Cette démarche a été mise en valeur et justifiée par le précédent président de l'Organe d'appel; voir Claus-Dieter Ehlermann, « Reflections on the Appellate Body of the WTO », *Journal of International Economic Law*, 2003, n°6, pp. 695-708, spéc. p. 699 : « a method of interpretation that puts the emphasis on the ordinary meaning of the terms of the treaty is more faithful to the intention of the parties of the treaty » ; James Bacchus, *Appellators: the Quest for the Meaning of And/Or* (mimeo, 2005), qui qualifie l'approche de « littéraliste » ou, en langage américain, de « constructionnisme strict ». La jurisprudence de l'Organe d'appel est systématiquement publiée dans le *Répertoire de rapports et de décisions de l'Organe d'appel 1995-2004*, compilée par le Secrétariat de l'Organe d'appel, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, également disponible sur internet sur le site de l'O.M.C. (www.wto.org).

méthodologique a été critiquée comme excessivement étroite. La prudence de l'Organe d'appel, tout comme sa réticence à s'engager dans des interprétations novatrices ou téléologiques[17], peuvent s'expliquer en partie par le caractère obligatoire et exclusif de sa juridiction.

Ces traits nouveaux et majeurs du système de règlement des différends de l'O.M.C. sont inconnus de la plupart (sinon tous) des autres organisations et régimes internationaux. Plus la juridiction *ex ante* est contraignante, plus la prudence et l'autolimitation de l'organe de jugement dans l'usage des différentes règles d'interprétation des obligations des Membres paraissent justifiées. Le large champ d'application des accords commerciaux multilatéraux, l'importance et la variété des obligations qu'ils contiennent, de même que les différents intérêts qui conduisent les Etats à devenir Membres de l'O.M.C., ne peuvent que renforcer la préoccupation pour la viabilité du système, qui est « dans l'intérêt de tous les Membres » (Article 21 : 1 du Mémorandum d'accord). L'ambiguïté résultant des compromis passés lors des négociations de plusieurs dispositions – pas seulement sur des points de détail – et les interprétations contradictoires soumises par les parties à un différend devant l'Organe d'appel montrent que le consensus réel sur les dispositions clés est sans doute plus mince que ce qu'on aurait pu penser à première vue. En outre, le Mémorandum d'accord ne permet pas aux Groupes spéciaux ni à l'Organe d'appel de s'abstenir de juger dans de telles affaires, en ayant recours à une conclusion de *non liquet* ou en renvoyant la question aux organes politiques intergouvernementaux (voir l'Article 17 : 12 du Mémorandum d'accord). Ce contexte accroît le risque que la solution d'une affaire ne soit mal accueillie, si la méthodologie interprétative au soutien de la décision n'est pas généralement pas considérée comme correcte, non seulement par les Membres et les intérêts commerciaux qui y sont impliqués, mais également par la communauté juridique. La perception de la légitimité procédurale et méthodologique des décisions jour de manière importante pour leur acceptation au fond par les Membres, y compris par la partie perdante[18].

Déterminer la portée des obligations juridiques qui découlent des Accords de l'O.M.C. est également comme une question sensible d'un point de vue plus général. Le mécanisme de règlement des différends n'ayant pas d'équivalent dans les autres secteurs du droit et des relations internationales, avec lesquels des interactions éventuellement contentieuses sont susceptibles de se produire (en particulier dans le domaine de la protection de l'environnement et des normes sociales), la branche juridictionnelle de l'O.M.C. peut *de facto* être appelée à poser les limites de la compétence de l'O.M.C. Une autre ligne de

[17] Cette tendance n'a pas empêché certaines critiques en sens opposé, à savoir que l'Organe d'appel s'est engagé dans un activisme juridique ou de « fabrication juridictionnelle du droit » (cette dernière notion étant un concept généralement obscur pour les juristes continentaux), de même que dans le « comblement des lacunes » (c'est-à-dire le comblement des vides laissés par les négociateurs des accords). Pour un rejet de cette critique, voir, pour un angle politique, Robert Howse, Susan Esserman, « The WTO on Trial », *Foreign Affairs*, 2003, pp. 130-140, et, pour un angle plus juridique, Richard Steinberg, « Judicial Lawmaking at the WTO: Discourse, Constitutional and Political Constraints », *American Journal of International Law*, 2004, pp. 247-275.

[18] Les discussions qui ont lieu au sein de l'Organe de règlement des différends (O.R.D.), lors de l'adoption des rapports, représentent une occasion importante pour les Membres d'exprimer leurs opinions, à la fois s'agissant des conséquences du différend et des questions systémiques générales d'interprétation et de mise en oeuvre. Les articles 16 : 4 et 17 : 4 du Mémorandum d'accord reconnaissent expressément ce droit. Grâce à ce « retour » immédiat, une sorte de « dialogue à distance » est établi entre les organes juridictionnels et les Membres, quoique la critique exprimée n'affecte pas l'« adoption automatique » des rapports. Ainsi, lors d'une réunion de l'O.R.D. tenue en 2005, un Membre partie à un différend dont le rapport allait être adopté a fait remarquer que « la réputation durement acquise par l'Organe d'appel dépendait de la confiance des Membres dans le fait qu'il appliquerait des raisonnements juridiques détaillés indifféremment et de façon cohérente à tous les Membres ».

démarcation sensible, que le système de règlement des différends de l'O.M.C. peut encore être amené à déterminer, est celle séparant les obligations multilatérales liées au commerce de la compétence que conservent les Etats Membres de réglementer librement les besoins et intérêts dans la sphère nationale (compétence normative nationale).

5. En somme, les caractéristiques marquantes du système de règlement des différends sont les suivantes. Dans le cheminement complexe partant (i) des *consultations bilatérales*, passant, si elles se révèlent infructueuses, par (ii) un *règlement du différend par une tierce personne*, avant d'aboutir à (iii) une *surveillance multilatérale de la mise en œuvre*, l'étape de la prise de décision confiée aux arbitres et aux juges est fondamentale. C'est, tout d'abord, un type de juridiction obligatoire : tous les Membres de l'O.M.C., conformément aux accords de l'O.M.C., sont liés par le Mémorandum d'accord et tenus de se soumettre aux procédures correspondantes. Ces dernières peuvent être engagées et poursuivies unilatéralement par n'importe lequel d'entre eux.

Ensuite, la *compétence est exclusive*. Les Membres ne peuvent recourir à d'autres *fora*, pas plus qu'ils ne peuvent eux-mêmes se prononcer unilatéralement sur les éventuelles violations commises par d'autres Membres (Article 23 du Mémorandum d'accord). Il s'agit, au surplus, d'un *cadre multilatéral spécialisé*. Les organes de règlement des différends interprètent systématiquement un ensemble étendu et important d'accords, ce qui constitue un cas unique, si l'on excepte les accords régionaux tels que l'Union européenne et la Convention européenne des droits de l'homme. Le Mémorandum d'accord n'attribue pas aux décisions antérieures de l'Organe d'appel rendues dans le même domaine l'effet de précédent obligatoire[19] ; un tel effet serait contraire à la portée naturelle des décisions juridictionnelles –celle de ne valoir pour l'affaire portée en l'espèce devant la juridiction – ainsi qu'à la pratique des juridictions internationales[20]. Toutefois, dès lors qu'un Organe d'appel permanent chargé de revoir les conclusions de droit des Groupes spéciaux a été établi, cela signifie que, *de facto*, ses conclusions servent de guide pour la résolution d'affaires ultérieures. L'article 3 : 2 du Mémorandum d'accord décrit le rôle général et la fonction du système de règlement des différends comme consistant à « assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral » ainsi qu'à « préserver les droits et obligations résultant pour les Membres des accords visés », et, donc, à assister les Membres de l'O.M.C. dans la mise en œuvre de leurs obligations comme, de façon plus générale, dans leurs relations au sein de l'organisation.

La phrase de l'article 3: 2 du Mémorandum d'accord, suivant laquelle le recours aux principes d'interprétation du droit international devrait servir à « clarifier les dispositions existantes de ces accords », élargit, en usant d'un terme aussi modeste et juridiquement indéterminé que « clarifier », le rôle général des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel. C'est pourquoi, durant les débats qui ont lieu à l'O.R.D. à l'occasion de l'adoption des rapports de l'Organe d'appel, les représentants des Membres soulignent fréquemment l'« orientation » qui en résulte pour la future conduite des Membres au titre des différents accords. En outre, les Groupes spéciaux s'appuient sur, et tendent à se conformer à la jurisprudence de l'Organe d'appel. C'est sans doute une des raisons pour lesquelles, ces

[19] Pour un point de vue le considérant comme existant *de facto* et le prônant en droit, voir Raj Bhala, *Modern GATT Law*, London, Sweet & Maxwell, 2005, p. xvii.

[20] De plus, les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel ne peuvent affecter directement les situations juridiques des tierces parties à un différend, conformément à l'article 19 : 2 Du Mémorandum d'accord.

dernières années, près d'un tiers des rapports des Groupes spéciaux n'ont pas fait l'objet d'un appel, alors qu'à l'origine, les appels étaient presque automatiques.

Toutefois, au regard des développements précédents, il manque un trait caractéristique pour pouvoir qualifier formellement les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel de « juridictions ». Il s'agit de l'absence du pouvoir de trancher les différends avec force obligatoire à l'égard des parties sur la seule base du jugement, c'est-à-dire le défaut d'autorité de chose jugée (*res iudicata*) des rapports des Groupes spéciaux ou de l'Organe d'appel. Ces rapports ne sont pas des jugements énonçant des décisions, mais des rapports contenant des recommandations. La *vis rei iudicata* leur est, en réalité, accordée par l'adoption des rapports au sein de l'O.R.D., cette adoption étant automatique en raison de la règle du « consensus négatif » (Articles 16 : 4 et 17 : 14 du Mémorandum d'accord). Seul un accord unanime des Membres, incluant les parties au différend, pourrait permettre de rejeter un rapport[21]. Les recommandations d'un Groupe spécial ou de l'Organe d'appel aux fins de mise en conformité avec l'obligation violée, qui figurent dans les conclusions du rapport, deviennent ainsi une obligation pour les parties au différend, en particulier pour la partie perdante, conformément à l'article 21 du Mémorandum d'accord. Cela reste vrai même si, formellement, c'est l'O.R.D. qui émet la recommandation de se conformer aux recommandations finales du Groupe spécial ou de l'Organe d'appel. De plus, il faut rappeler à nouveau que, selon l'article 17 : 14 du Mémorandum d'accord, un rapport de l'Organe d'appel doit « accepté sans condition par les parties … ».

Le caractère définitif, typique des jugements internationaux, s'applique également aux rapports des Groupes spéciaux qui n'ont pas fait l'objet d'un appel et aux rapport d'appel : l'O.R.D. n'a pas le pouvoir de modifier les rapports, même s'il a la faculté de ne pas les adopter, et le même litige ne peut être légalement soumis une deuxième fois au mécanisme.

L'exigence que les Membres adoptent le jugement rendu à l'égard des parties pour qu'il devienne effectif pour ces dernières et tous les Membres de l'O.M.C. n'est pas incompatible avec la théorie générale des décisions internationales obligatoires résultant de sentences rendues par des tiers ou de décisions judiciaires. Au contraire, l'approche théorique traditionnelle, toujours valable, est que l'autorité de chose jugée et le caractère obligatoire des décisions de ces organes de jugement découle de l'accord des parties de confier la résolution obligatoire de leur différend à un mécanisme de règlement des différends particulier (qu'il s'agisse d'un tribunal *ad hoc* ou permanent[22]). Le jugement crée, pour les parties, de nouvelles obligations - celles contenues dans la décision - et engendre ainsi de nouvelles normes juridiques entre elles. Ces nouvelles normes ne peuvent, cependant, ni porter atteinte aux droits et obligations existants des tiers, ni en créer de nouveaux. Dans la mesure où le règlement des différends de l'O.M.C. concerne tous les Membres par le biais de leur implication dans la surveillance de l'exécution (y compris, notamment, l'autorisation de sanctions ayant un effet multilatéral), il est plus que naturel que le règlement d'un différend bilatérale puisse faire l'objet d'un examen ou d'une acceptation multilatéral avant de devenir

[21] Cela pourrait survenir soit du fait d'un désaccord radical avec le raisonnement juridique et les fondements de la décision, soit pour des raisons plus systémiques, telles que l'introduction, au travers de négociations ultérieures, de règles différentes de celles appliquées dans le rapport.

[22] Voir plus spécialement les contributions du juge Morelli de la C.I.J. ; Gaetano Morelli, *La sentenza internazionale*, Padova, Cedam, 1931, Gaetano Morelli, « La théorie générale du procès international », Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, 1937-III, pp. 257 et s. Voir également Louis Delbez, *Les principes généraux du contentieux international*, Paris, 1962.

applicable *erga omnes*. La décision rendue, toutefois, repose sur une présomption de conformité avec les accords multilatéraux et de respect des droits et devoirs des tiers. Du fait du caractère automatique de l'adoption de chaque rapport, la volonté unanime des Membres serait nécessaire afin d'écarter un tel rapport mais, pour les raisons indiquées, cette possibilité n'empêche pas la qualification juridique du règlement comme décision obligatoire. Il faut ajouter que les parties à une procédure de règlement d'un différend international peuvent toujours décider d'un commun accord pour ne pas se conformer au jugement et de régler leur litige autrement. A l'O.M.C., écarter un rapport rendu nécessiterait non seulement le consentement des parties au différend, mais aussi le consensus de l'ensemble des Membres[23].

On pourrait en conclure, à la lumière de dix ans de pratique, que l'O.R.D. n'est pas un organe juridictionnel, encore moins un organe judiciaire, en conséquence de quoi les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel exerceraient seulement un rôle consultatif ou simplement préparatoire. Mais l'O.R.D. est plutôt un organe politique, c'est le Conseil général de l'O.M.C. qui « change simplement de nom lorsqu'il traite des différends », et qui est alors investi de compétences spécifiques qui apparaissent explicitement lorsque l'O.R.D. autorise (également automatiquement) l'établissement des Groupes spéciaux, ou lors de la phase ultérieure de surveillance multilatérale de la mise en oeuvre. Comme pour l'adoption, le rôle de l'O.R.D. est simplement de conférer, formellement et sans aucune possibilité d'intervenir sur le fond de l'affaire, un caractère obligatoire à la décision rendue par les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel, lesquels agissent en réalité en tant qu'organes judiciaires de l'O.M.C.[24]. Cette « effectivité en action » fait partie intégrante du raisonnement juridique quand il s'agit

---

[23] Les parties à un différend peuvent s'accorder de façon « informelle » sur une base bilatérale (le « gagnant » peut même le décider unilatéralement) pour que le rapport ne soit pas adopté, simplement en ne demandant pas que l'adoption soit inscrite à l'ordre du jour de la réunion de l'O.R.D. qui se déroule dans les 30 ou 60 jours après qu'il ait été rendu.

En outre, les parties peuvent convenir sur une base bilatérale que, malgré le défaut d'exécution intégrale par la partie perdante des recommandations d'un rapport dans un délai raisonnable (alors qu'elle y est toujours tenue), l'autre partie s'abstiendra pour l'instant de chercher à recourir à des sanctions. Voir par exemple les Mémorandums (identiques en substance) conclus à cet effet par les parties (les Etats-Unis et le Japon, ainsi que les Etats-Unis et les Communautés européennes) dans les affaires *Etats-Unis - Mesures antidumping appliquées à certains produits en acier laminés à chaud en provenance du Japon* et *Etats-unis - Article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits* (voir respectivement les documents WT/DS184/19 du 8 juillet 2005 et WT/DS176/16 du 1er juillet 2005).

[24] Les universitaires partagent généralement cette opinion concernant la « juridictionnalisation » du système ; voir Wolfgang Benedek, *Die Welthandels-Organisation*, Munich, Beck, 1998, p. 34 ; Michael J. Trebilcock & Robert Howse, *The Regulation of International Trade*, 2nd ed., London, Routledge, 1999, p. 54 ; John H. Jackson et al., *Legal Problems of International Legal Relations*, West Gr., St. Paul, MN, 2002, p. 247 (le chapitre de William J. Davey) ; Patrick Daillier, Alain Pellet, *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 7ème éd., 2002, p. 918, par. 552 bis (« arbitrage qui ne veut pas dire son nom ») ; Paolo Picone & Aldo Ligustro, *Diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Padova, Cedam, 2002, p. 596 ; Hervè Ascensio, *La notion de juridiction internationale, in* SFDI, *La juridictionalisation du droit international (*Colloque de Lille 2002), Paris 2003, p. 163s. ; Eric Canal-Forgues, *Le règlement des différends à l'OMC*, 2ème éd., Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 27.

En revanche, nous ne considérons pas que les opinions contraires suivantes dépeignent correctement le fonctionnement actuel du système : Carlo Santulli, « Qu'est-ce qu'est une juridiction internationale? Des organes répressifs internationaux à l'ORD », *A.F.D.I.*, 2000, p. 58; Friedl Weiss, « Inherent Powers of National and International Courts », *in* Federico Ortino, Ernst-Ulrich Petersmann (eds.), *The WTO Dispute Settlement System 1995-2003*, Kluwer, 2004, p. 190 (« they do not issue judgements or awards, but only make advisory reports containing recommendations to the Members, albeit highly influential ones ») ; Dominique Carreau, Patrick Juillard, *Droit international économique*, Paris, Dalloz, 2ème éd., 2005, pp. 76 et 79, paras. 206 et 211. Quant aux caractères particuliers de la fonction de contrôle international à l'OMC, à la fois contentieux et non contentieux, v. Pierre-Mary Dupuy, *Droit international public,*7ème éd., Paris 2004, par. 499, p. 515.

d'évaluer les caractéristiques d'une institution internationale, comme en l'espèce l'O.M.C. et son système de règlement des différends.

Dans le cadre de l'O.M.C., la probabilité de mise en conformité – qui permet de mesurer la capacité du mécanisme d'atteindre les objectifs qui lui sont fixés – est renforcée par la réglementation détaillée de la surveillance multilatérale de l'exécution par l'O.R.D. Il est important de souligner ici la confiance considérable, prévue par le Mémorandum d'accord, dans la prise de décision par des organes impartiaux investis d'une fonction d'arbitre ou de jugement (les arbitres, les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel), y compris aux différents stades de la mise en œuvre – il s'agit ici de se référer aux étapes procédurales de la mise en conformité, c'est-à-dire celles visant à éviter les contournements dans la mise en œuvre ou les contre-mesures excessives. Le recours à ces mécanismes a été croissant ces dernières années.

Trois hypothèses sont envisagées par le Mémorandum d'accord, à la discrétion des parties au différend dans l'hypothèse d'un désaccord sur des questions cruciales de mise en oeuvre : afin d'établir le délai raisonnable de mise en oeuvre (Article 21 : 3 du Mémorandum d'accord), pour évaluer si les mesures d'exécution adoptées par la partie perdante ont effectivement conduit à mettre un terme à la violation de ses obligations (Article 21 : 5 du Mémorandum d'accord) et afin de déterminer le niveau des contre-mesures commerciales correspondant au préjudice causé par le défaut de mise en conformité (Article 22 : 6 du Mémorandum d'accord). Ces procédures présentent, elles aussi, un caractère novateur. En réalité, elles combinent le rôle central de l'organe politique, l'O.R.D. – tel que prévu par les dispositions pertinentes du Mémorandum d'accord – avec le règlement impartial de désaccords qui pourraient surgir entre les parties au différend à l'occasion de la mise en conformité. Le recours à ces procédures additionnelles aide à mieux satisfaire l'objectif de règlement effectif des différends (« *pour que le différend soit résolu efficacement dans l'intérêt de tous les Membres, il est indispensable de donner suite dans les moindres délais aux recommandations* », selon l'article 21 : 1 du Mémorandum d'accord ; « *la mise en œuvre intégrale d'une recommandation de mettre une mesure en conformité avec les accords visés* », est prescrite par l'article 22 : 1 du Mémorandum d'accord).

En conséquence, le système va au-delà de l'évaluation juridictionnelle des droits et obligations des parties au différend par le biais de jugements déclaratoires, comme c'est le cas lors de la phase de jugement. Le système fait un usage actif de la prise de décision par un tiers, non seulement pour décider sur les aspects juridiques (savoir si la décision précédente a été respectée), mais également pour faire usage d'un pouvoir d'appréciation équitable (comme le délai raisonnable en matière de mise en œuvre), ou pour se prononcer sur des données économiques factuelles (niveau du préjudice et des contre-mesures). A cet égard également, l'O.R.D. est chargé d'endosser les décisions des organes de jugement, plutôt que d'exercer des pouvoirs de décision autonome[25].

[25] Ce modèle a été appliqué dans le cadre de la décision prise à Doha d'accorder une dérogation conditionnelle à la Communauté européenne concernant son régime bananier. Les pays non-ACP pouvaient recourir à l'arbitrage s'ils désiraient mettre en cause le niveau d'ouverture du marché pratiqué par la Communauté européenne dans le cadre de sa nouvelle réglementation du marché de la banane. Les deux arbitrages prévus se sont déroulés en 2005 mais n'ont pas permis de résoudre le différend (le premier arbitrage a eu lieu au cours de l'été 2005, voir *Communautés Européennes - Accord de partenariat ACP-CE - Recours à l'arbitrage conformément à la décision du 14 Novembre 2001 - Décision de l'arbitre,* 1er août 2005 (WT/L/616)). Bien que cet arbitrage se déroule dans le cadre de l'O.M.C., il n'est pas régi par le Mémorandum d'accord, ni sujet à adoption par l'O.R.D.

6. Les dix dernières années ont montré la vitalité du système de règlement des différends, tel qu'il avait été prévu, ainsi que sa position centrale au sein de l'O.M.C. en tant qu'élément capable de garantir le respect des règles consenties[26]. Ces éléments mettent en valeur les rôles et le fonctionnement différents du « pilier juridico-judiciaire » (le « judiciaire ») et du pilier diplomatico-négociateur (le « législateur »)[27]. Ce dernier a particulièrement affecté par des confrontations politico-économiques récurrentes, mises en évidence par les échecs de Seattle et de Cancun et par les difficultés rencontrées dans les actuelles négociations du Cycle de Doha pour le développement. Au surplus, le processus de décision à l'O.M.C. souffre, en termes d'efficacité (capacité à produire des résultats équilibrés et partagés), de la règle du consensus et de l'absence d'organes exécutifs[28]. D'un autre côté, la base consensuelle de toutes les décisions dans cette « organisation conduite par ses Membres » devrait renforcer le sentiment de participation et l'implication dans chaque décision prise par l'ensemble des Membres.

L'efficacité des procédures de règlement des différends ne peut compenser les défauts des mécanismes de recherche du consensus entre les Etats Membres. Cependant, les clarifications obligatoires et faisant autorité relatives au champ d'application des accords en vigueur, qui résultent des décisions des organes juridictionnels – tels que les rapports de l'Organe d'appel rendus en 2004-2005 concernant les contradictions entre l'*Accord sur l'agriculture* et les subventions agricoles accordées, respectivement, par les Etats-Unis au coton et par les Communautés européennes au sucre – peut aider indirectement les négociateurs en clarifiant l'étendue des obligations actuelles découlant des accords existant[29].

Pourtant, les deux doivent être distingués. Les négociations concernent la réglementation des intérêts économiques et commerciaux pour l'avenir. Le règlement des différends concerne la détermination des droits et obligations réciproques dans le cadre des accords existant. Les premières surmontent les conflits d'intérêts par l'établissement de nouvelles règles ; le second règle les désaccords sur les droits sur la base des règles existantes.

Au cours des dix dernières années, jusque fin 2005, plus de 300 différends ayant donné lieu à des consultations formelles ont été enregistrés. Plus de 90 rapports de Groupes spéciaux, ayant fait ou non l'objet d'un appel, et plus de 70 décisions d'appel ont été rendus[30]. Le système a bien fonctionné. Les procédures ont été menées à leur terme dans le respect des délais imposés. La structure administrative a supporté la charge de travail. Les principaux acteurs commerciaux ne sont plus les seuls initiateurs des affaires – comme c'était prévisible –, les petits pays en développement ayant également, de plus en plus souventn recours au système. Les différends portent sur des questions spécifiques, essentiellement bilatérales – telles que les droits antidumping, les mesures de sauvegardes et les droits

---

[26] Voir Yves Nouvel, *L'unité du système commercial multilateral*, in *AFDI* 2000, p. 654s. ; Ernst-Ulrich Petersmann (ed.), *The WTO Dispute Settlement System*, The Hague, 2004.

[27] Dans cette perspective, le troisième pilier, branche ou bras de l'O.M.C. serait, bien évidemment, le secrétariat.

[28] A Cancún, Pascal Lamy, qui était alors Commissaire européen et qui est devenu Directeur général de l'O.M.C. le 1er septembre 2005, avait qualifié ce processus décisionnel de « médiéval ».

[29] Voir Ernst-Ulrich Petersmann, "Strategic Use of WTO Dispute Settlement Proceedings for Advancing WTO Negotiation on Agriculture", *in* Ernst-Ulrich Petersmann (Ed.), *Reforming the World Trading Ssystem: Legitimacy, Efficiency and Democratic Governance*, Oxford University Press, 2005, pp. 127 et s.

[30] Pour des données statistiques concernant les différends, voir O.R.D., *Rapport annuel (*2005), WT/DSB/39/Add.1, ainsi que : Organe d'appel, *Rapport annuel* (depuis 2003).

compensateurs (mesures commerciales correctives) – mais aussi sur des questions d'interprétation et de mise en œuvre qui ont un impact bien plus large et qui concernent plusieurs Etats – allant de l'étendue du Système généralisé de préférences aux subventions agricoles. Même s'il y a une certaine prédominance des questions liées au GATT, plusieurs différends concernant de nouveaux accords conclus durant le Cycle de l'Uruguay, tels que l'*Accord S.P.S.*, l'*Accord O.T.C.*, l'*Accord sur les règles d'origine* et, récemment, l'*A.G.C.S.*, ont été portés devant les organes de jugement de l'O.M.C.

A l'inverse, la mise en oeuvre a souvent été complexe et s'est prolongée dans le temps. L'engagement des gouvernements de mettre en oeuvre de bonne foi les décisions dans un délai raisonnable a été tenu assez rapidement lorsque les mécanismes nationaux dont il dépendait nécessitaient seulement des mesures de nature administrative, relevant de la compétence de la branche exécutive. Cela n'a en revanche pas toujours été le cas lorsque la branche législative devait intervenir. La mise en œuvre de plusieurs décisions anciennes est encore à venir. Le recours aux contre-mesures n'a sans doute pas été fréquent, mais il n'a pas non plus été rare. Néanmoins, il n'y a qu'un seul cas où un Membre a choisi de subir durablement des contre-mesures, plutôt que de se conformer à une décision, en raison de l'hostilité manifestée par son opinion publique nationale[31].

En définitive, nonobstant ses faiblesses, le système de l'O.M.C. est le meilleur exemple d'un multilatéralisme opérant correctement dans le scénario actuel de la mondialisation, en grande partie grâce au fonctionnement efficace du système de règlement des différends, « le joyau de la couronne » selon les termes de l'ancien Directeur général Mike Moore.

Dans une perspective politique et juridique plus générale, le fonctionnement du mécanisme suggère une autre observation. Dans les relations internationales, ce n'est qu'en dernier recours que les Etats ont traditionnellement recours à l'arbitrage ou au règlement judiciaire, lorsque les négociations échouent à résoudre leur différend. De plus, ce ne sont pas les litiges les plus importants qui sont soumis à un règlement par un tiers et fondé en droit. Il existe une certaine aversion pour les procédures juridictionnelles, dont témoigne le fait que fréquemment, dans les mécanismes juridictionnels *ex parte*, l'Etat défendeur tente de se soustraire à l'autorité de la future décision, en objectant à la compétence du tribunal, ou en refusant de prendre part dès l'origine aux procédures. Au contraire, le recours aux procédures de règlement des différends est devenu habituel au sein de l'O.M.C. Qui plus est, les producteurs nationaux l'acceptent, voire même y poussent immédiatement, plutôt que d'attendre l'issue de négociations diplomatiques souvent peu concluantes. La confiance dans la rapidité et le caractère approprié des procédures et des décisions est maintenant très répandue.

D'un autre côté, les procédures alternatives mentionnées à l'article 5 du Mémorandum d'accord (bons officies, conciliation et médiation) ont été rarement employées, peut-être en raison l'absence de cadre organisationnel ou du manque de transparence inhérent à ces procédés.

L'acceptation générale de la légitimité et de l'effet obligatoire des procédures de règlement des différends de l'O.M.C. est une réussite et un précédent important, en même

[31] Précisément la Communauté européenne à la suite de l'issue défavorable du différend *Communautés européennes – Hormones*, qui opposait le Canada et les Etats-Unis aux Communautés européennes.

temps qu'une nouvelle expérience, en particulier pour ceux des Etats qui n'étaient pas habitués, jusque-là, à voir leurs réglementations internes commerciales ou autres faire l'objet d'un contrôle externe. Ce n'est, en effet, pas une nouveauté pour les pays européens ; ils sont habitués à être confrontés à des procédures internationales devant la C.J.C.E. ou la Cour européenne des droits de l'homme, procédures souvent déclenchées par des personnes privées. Ils sont également accoutumés, en conséquence, à devoir se conformer à des jugements défavorables rendus par ces cours. Là aussi, la mise en conformité est souvent un processus lourd. En revanche, tout ceci est une nouveauté pour les puissances commerciales non européennes telles que les Etats-Unis le Canada, et le Japon, qui se retrouvent fréquemment en position de défendeur, parallèlement à leurs actions comme plaignant dans les différends de l'O.M.C.

Le règlement des différends à l'O.M.C. apparaît ainsi comme un nouveau chapitre dans l'évolution de la justice internationale.[32]

7. L'équilibre entre les dynamiques politico-diplomatiques et le règlement des différends par un tiers à l'O.M.C., tel qu'envisagé en 1994 et en place actuellement, est le pivot du fonctionnement du système commercial multilatéral[33].

Une extension supplémentaire de la compétence du système de règlement des différends de l'O.M.C. ne semble pas un objectif réaliste à l'heure actuelle, en dépit des quelques faiblesses que dix années de fonctionnement ont pu faire ressortir. Parmi les réformes envisagées, il y a l'admission des plaintes de personnes privées et la faculté pour les organes juridictionnels d'accorder des réparations[34]. Mais cela rendrait l'obligation de conformité aux obligations juridiques et contre-mesures plus sévère et bouleverserait considérablement l'équilibre actuel. Une révision parallèle de l'autre pilier, c'est-à-dire un renforcement des mécanismes politiques et administratifs de l'O.M.C. qui pourrait accompagner ces innovations, s'avère également improbable[35].

Il faut rappeler que le Mémorandum d'accord était supposé faire l'objet d'un réexamen quatre ans après l'entrée en vigueur des Accords de l'O.M.C. Les négociations se sont poursuivies au-delà du temps imparti, mais il y a peu de chance que des changements significatifs interviennent avant la fin du Cycle de Doha, du moins en l'état actuel de la situation[36]. La conclusion que beaucoup d'observateurs en ont pu tiré est que les Membres de l'O.M.C. sont généralement satisfaits du fonctionnement du système et ne sont pas prêts à y apporter des modifications substantielles.

---

[32] Pour une vue d'ensemble : *The WTO at Ten : The Contribution of the Dispute Settlement System,* Edited by Giorgio Sacerdoti, Alan Yanovich, Jan Bohanes, Cambridge 2006 (Actes du Colloque de Stresa 2005).

[33] Voir, de façon générale, José Alvarez, *International Organisations as Law-Makers*, Oxford, 2005.

[34] Voir, de façon générale, Gregory Shaffer, *Defending Interests. Public-Private Parnership in WTO Litigation*, Washington, D.C., Brookings Institution Press, 2003.

[35] Voir Robert Howse, Kalipso Nicolaidis, « Legitimacy and Global Governance: Why Constitutionalizing the WTO is a Step Too Far? », *in* Roger Blaine Porter et al. (eds.) *Efficiency, Equity, and Legitimacy: The Multilateral Trading System at the Millenium*, Washington, D. C., Brookings Institution Press, 2001, pp. 227-252. Voir également, pour une discussion théorique plus large, Deborah Cass, *The Constitutionalization of the WTO: Legitimacy, Democracy, and Community in the International Trading System*, Oxford, 2005.

[36] Pour une vue d'ensemble, voir Ernst-Ulrich Petersmann, « The Doha Development Round Negotiations on Improvements and Clarifications of the DSU 2001-2003: An Overview », *in* Federico Ortino, Ernst-Ulrich Petersmann (eds.), *The WTO Dispute Settlement System 1995-2003*, The Hague, Kluwer, 2004, pp. 3–17, spéc. p. 16.

D'un point de vue systémique, deux types de propositions, soumises, respectivement, par les Communautés européennes et les Etats-Unis lors de ces négociations, apporteraient des changements significatifs dotés d'un impact systémique. Les Communautés européennes proposent que les membres des Groupes spéciaux soient choisis sur une liste semi-permanente d'experts en droit et en commerce international. Les caractéristiques juridictionnelles des Groupes spéciaux seraient ainsi renforcées, éloignant alors le système de des caractéristiques à dominante arbitrale héritées du GATT de 1947. A l'inverse, les Etats-Unis proposent d'accroître le « contrôle des parties » sur la phase d'appel, en augmentant la flexibilité et en introduisant des caractéristiques de la procédure des Groupes spéciaux (suspension de la procédure à la demande des parties, réexamen intérimaire, ainsi que possibilité d'adoption partielle des rapports). Cela amplifierait les caractéristiques arbitrales de la phase d'appel : l'intérêt particulier des parties au différend à rechercher un règlement se verrait donner une priorité évidente sur les intérêts systémiques des tierces parties et des Membres dans leur ensemble.

Aucune de ces propositions (qui ne sont pas mutuellement incompatibles) ne constituerait une refonte du système actuel, mais aucune non plus ne semble bénéficier d'un soutien général à l'heure d'aujourd'hui. En définitive, le système actuel semble acceptable aux Membres. L'accent reste davantage mis sur la consolidation de l'*acquis* O.M.C. par la pratique ultérieure que sur l'introduction d'innovations majeures dans son architecture.

8. Avant de conclure, un trait frappant du système doit être mis en relief, trait en opposition marquée avec une tendance répandue dans les différends économiques internationaux. Il s'agit de la nature strictement intergouvernementale des procédures de règlement des différends à l'O.M.C., alors même que les litiges touchent souvent des branches de production particulières ou même des entreprises isolées et sont soulevés par les Etats dans leur intérêt, s'ils ne le sont formellement en leur nom[37]. Cela s'inscrit dans la tradition de règlement des litiges interétatiques, mais contraste fortement avec les autres innovations du système soulignées précédemment.

La justice internationale est aujourd'hui affectée par une tendance contraire, qui privilégie le règlement direct des différends économiques entre Etats et personnes privées étrangères par le recours à l'arbitrage ou aux tribunaux internationaux[38]. Les personnes privées sont non seulement admises devant la C.J.C.E. ou la C.E.D.H. mais également, en matière d'investissements, devant le C.I.R.D.I. ou dans le cadre du Chapitre 11 de l'A.L.E.N.A. S'agissant des différends en matière d'investissements, l'objectif n'est pas de conférer un privilège aux investisseurs étrangers en les libérant de l'obligation de recourir aux tribunaux nationaux, mais de « dépolitiser » ces litiges, en offrant un jugement fondé sur le droit en tant qu'alternative aux litiges interétatiques. Le droit d'agir reconnu ici aux personnes privées coïncide avec la privatisation des relations économiques entre Etats et étrangers dans l'économie mondiale actuelle.

---

[37] Voir Alberto Alemanno, « Private Parties and the WTO Dispute Settlement System », *Cornell Law School LLM Paper Series*, 2004, 1.

[38] Hélène Ruiz Fabri, « La juridictionnalisation du règlement des litiges économiques entre Etats », *Revue de l'Arbitrage*, 2003, n°3, p. 881-947.

Le système de l'O.M.C. n'est pas touché par ce phénomène. La nature purement intergouvernementale des différends reflète le caractère intergouvernemental de l'O.M.C. elle-même. Les Membres sont seuls admis à prendre part au règlement d'un différend parce que la procédure porte sur l'allégation de violation par un Etat Membre d'obligations internationales qui le lient à un autre Etat Membre. Les Membres sont libres de décider comment protéger leurs intérêts nationaux et ceux de leurs entreprises, en mettant en cause ou non la conduite d'un autre Membre qui leur occasionne un préjudice en violation d'une obligation de l'O.M.C. C'est au sein du processus de décision interne que les intérêts privés peuvent jouer un rôle, et le jouent par le biais du *lobbying* et/ou par l'introduction de plaintes formelles.

La plupart des accords de l'O.M.C. visent à faciliter les échanges entre les personnes privées par la réduction des ingérences et obstacles d'origine gouvernementale, et en accroissant la transparence et la stabilité, tout en reconnaissant le rôle de dernier ressort de l'Etat dans la poursuite des intérêts nationaux. Plusieurs dispositions obligent les Membres à octroyer des droits spécifiques aux personnes privées étrangères et à leur accorder un accès effectif aux recours nationaux afin de protéger les droits qu'ils tirent indirectement des accords visés. Toutefois, la violation d'une telle obligation ne peut être invoquée internationalement que par l'Etat national de la personne privée ainsi touchée. Lorsque la violation mise en cause consiste dans l'imposition indue de droits antidumping à une entreprise particulière, l'Etat plaignant exerce avant tout la traditionnelle protection diplomatique. Mais le droit de l'O.M.C. ne requiert pas l'épuisement des voies de recours internes. En fait, il est possible – et cela arrive effectivement – qu'alors qu'un Etat se plaint de la violation de l'Accord antidumping ou de l'imposition irrégulière de mesures compensatoires ou de mesures de sauvegarde, l'entreprise touchée conteste parallèlement la même mesure devant les tribunaux nationaux du pays étranger. Dans une telle hypothèse, les procédures de règlement des différends de l'O.M.C. constituent en réalité un recours supplémentaire contre la mesure attaquée, en alternative aux ou en surplus des procédures nationales, dont l'existence est, quant à elle, souvent exigée par les Accords de l'O.M.C.

Il y a là une curieuse divergence entre la réalité et la logique juridique : les personnes privées n'ont pas de *locus standi* à l'O.M.C., alors que les procédures de règlement des différends de cette dernière sont destinées à servir leurs intérêts, en surplus de ceux des économies nationales et de l'ensemble du public, y compris les consommateurs.

Enfin, un autre contraste entre les objectifs et les moyens liés à la situation des personnes privées et à la sauvegarde de leurs intérêts réside dans l'impossibilité presque générale pour les personnes privées d'invoquer le droit de l'O.M.C. devant les juridictions nationales. Il est de notoriété publique que cette absence d'effet direct en droit interne ne découle pas de dispositions spécifiques contenues dans les accords multilatéraux, qui sont généralement muets sur ce point. S'agissant de la Communauté européenne, cela découle d'une interprétation restrictive de certaines caractéristiques fondamentales du droit de l'O.M.C. par la C.J.C.E., liée à son approche relative à la place des traités internationaux dans l'ordre juridique communautaire[39].

Vu sous l'angle du système commercial multilatéral, le caractère strictement interétatique du système de règlement des différends, dont les gouvernements peuvent faire

[39] Voir les récentes décisions de la C.J.C.E. *Biret* C-93/02 du 30 septembre 2003 et *Van Parys* C-377/02 du 1 Mars 2005, nonobstant les conclusions contraires rendues par les avocats généraux.

usage à leur convenance, est étroitement lié (ou vice versa) à l'absence de droit pour les personnes privées de contester les violations des Accords de l'O.M.C. dans des *fora* nationaux. Selon la Cour de Justice, les personnes privées ne peuvent pas non plus mettre en cause la validité et l'applicabilité des actes juridiques communautaires qui sont en contradiction avec les obligations de l'O.M.C. (et donc demander une réparation aux institutions de la Communauté), même lorsque l'incompatibilité a été établie par les organes de règlement des différends de l'O.M.C.[40].

Le contraste est saisissant. D'un côté, l'approche fondée sur le droit actuellement en vigueur à l'O.M.C. permet des réclamations internationales pour tout défaut de conformité, avec l'obligation consécutive pour l'Etat considéré comme ayant commis une violation, d'y remédier ou de faire face à des sanctions. D'un autre côté, les acteurs commerciaux privés directement affectés par ces manquements n'ont pas de *locus standi* pour les contester ou pour réclamer des réparations au sein du système juridique interne. Il s'agit d'une résurgence – ou d'une survivance – inhabituelle d'un dualisme rigoureux entre droit international et droit interne, une approche qui a été abandonnée dans la plupart des domaines du droit international mais aussi dans la plupart des constitutions nationales lorsque des droits privés peuvent être touchés.

[40] Voir Antonio Tancredi, « EC Practice in the WTO: How Wide is the "scope of Manoeuvre"? », *European Jl. of International Law*, 2004, p. 933–961, spéc. p. 934.

© Giorgio Sacerdoti 2008