



WORKING PAPERS SERIES

2008/5

**OMC et accords régionaux :
les relations entre les mécanismes de règlement des différends**

Henri Culot

Juillet 2008

The Working Paper Series aims at promoting the dissemination of the research results of different researchers within the Centre Jean Renauld to the broader academic community.

The use and further distribution of the Working Papers is allowed for scientific purposes only. Working Papers are published in their original language (French, English, Dutch, or German) and are provisional.

The Working Papers will be kept in full text version even after their publication in paper form. The Working Papers may however differ from the final version as commercially published. We therefore recommend to consult the final version as well.

1. Introduction¹

La prolifération des accords commerciaux bilatéraux ou « régionaux » menace-t-elle la spécificité du système commercial international, basé sur le multilatéralisme et la non-discrimination ? Certes, la possibilité de conclure de tels accords est une des conditions (politiques) de l'existence et du maintien du système multilatéral. Mais la coexistence de ces divers traités entraîne un enchevêtrement des obligations substantielles des États, dont certains jugent indésirables les effets sur le commerce international².

L'existence de mécanismes formalisés de règlement des différends commerciaux est un phénomène plus récent que la réglementation substantielle du commerce international lui-même. Ces mécanismes existent tant au niveau régional qu'au plan mondial, à tout le moins depuis la création de l'ORD au sein de l'Organisation mondiale du commerce (1994). A la question de l'articulation des règles régionales avec les règles multilatérales s'ajoute ainsi celle de la relation entre les juges. Cette dernière a été moins étudiée³, sauf sous l'angle particulier de la question de l'effet direct, ou de l'invocabilité, du droit de l'OMC⁴.

Cette contribution propose quelques réflexions quant aux relations entre les modes juridictionnels de règlement des différends interétatiques⁵ institués par des traités commerciaux internationaux. Ne sont donc pas étudiés, d'une part, la relation entre les normes substantielles contenues dans deux instruments différents, mais dont l'objet ou l'effet est similaire et, d'autre part, des litiges auxquels sont parties des acteurs non étatiques. Certes, l'examen de ces deux thèmes connexes permettrait de mieux éclairer la réflexion menée ici, mais il nécessiterait une étude qui dépasse l'ampleur de cette contribution.

¹ Une autre version de ce papier a été présentée au Colloque international sur le thème « Le commerce international entre bi et multilatéralisme », organisé par l'Association Internationale de Droit Économique (AIDE) et l'UMR Droit Comparé de Paris, du 27 au 29 mars 2008. J'adresse au professeur Philippe Coppens mes vifs remerciements pour ses remarques, ses conseils et ses encouragements.

² Pour une vision nuancée, F.M. ABBOTT, « A New Dominant Trade Species Emerges: Is Bilateralism a Threat? », *Journal of International Economic Law*, 2007, p. 571-583.

³ Voy. toutefois, récemment, plusieurs contributions de l'ouvrage L. BARTELS et F. ORTINO (eds), *Regional Trade Agreements and the WTO Legal System*, Oxford, Oxford University Press, 2006 et quelques autres articles cités *infra*.

⁴ Sur ceci, voy., parmi d'autres, P. EECKHOUT, « The Domestic Legal Status of the WTO Agreement – Interconnecting Legal Systems », *Common Market Law Review*, 1997, p. 11-58 ; G.A. ZONNEKEYN, « The Status of WTO Law in the EC Legal Order – The Final Curtain? », *Journal of World Trade* 34(3), 2000, p. 111-125 ; D. LUFF, « Considérations sur l'effet des règles de l'OMC dans les ordres juridiques belge et communautaire », *Rapports belges au Congrès de l'Académie Internationale de Droit comparé à Brisbane*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 685 et s. ; C. KADDOUS, « Le statut du droit de l'OMC dans l'ordre juridique communautaire : développements récents », *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, vol. II, Bruxelles, Éditions de l'Université libre de Bruxelles, 2003, p. 107-126. Pour un exposé synthétique et actuel, voy. conclusions de l'Avocat général M. M. Poiares Maduro dans les affaires jointes *FIAMM* et *FIAMM Technologies c. Conseil e.a.*, C-120/06 et 121/06, 20 février 2008, 22 et s.

⁵ Pour la facilité de l'expression dans le cadre de ce papier, le mot « État » et ses dérivés incluent la Communauté européenne lorsque cela est approprié, notamment lorsqu'il s'agit des membres de l'OMC.

Cette contribution s'intéresse aux litiges identiques, similaires ou connexes, susceptibles d'être traités par deux mécanismes distincts de règlement⁶. Qu'on en rencontre dans la pratique n'est pas douteux ; on le doit notamment à l'imbrication des normes substantielles internationales dans cette matière, et à l'inspiration que les rédacteurs d'un traité trouvent dans les autres accords internationaux.

Un court détour conceptuel est toutefois nécessaire pour se donner les moyens d'apprécier la similarité entre deux différends. En droit procédural de tradition française, on distingue l'objet d'une demande en justice, et sa cause⁷. L'objet est l'avantage matériel ou moral que le demandeur souhaite obtenir⁸. La cause est le complexe des faits présentés au juge qui, aux yeux du demandeur, fonde sa demande⁹. La notion de cause fait l'objet d'une controverse classique entre ceux qui n'y incluent que des éléments de fait¹⁰ et d'autres pour qui elle comprend également la qualification juridique de ces faits (soit qu'ils estiment que la cause est constituée de deux éléments distincts soit, plus fréquemment, qu'ils récusent l'idée qu'on puisse exprimer des faits juridiquement pertinents sans, d'une manière ou d'une autre, faire référence à des règles de droit pour les décrire, donc les qualifier¹¹). Il existe ainsi une conception factuelle et une conception juridique de la cause.

En droit interne, ces concepts sont nécessaires pour définir les contours du principe dispositif et pour résoudre des questions à la fois théoriques et pratiques liées à la nature et à l'étendue l'autorité de la chose jugée ou du contrôle de la Cour de cassation. Ils nous intéressent ici comme outils pour décrire la similarité entre deux différends : l'identité ou la ressemblance entre deux litiges requiert, notamment, de comparer leur objet et/ou leur cause. On ne prétend pas prendre position sur les problèmes théoriques que posent ces termes, mais seulement les utiliser pour tenter de décrire la conception de la similarité qu'on rencontre dans les traités, la jurisprudence et la doctrine. Toutefois, si l'objet et la cause (dans ses deux conceptions) sont des outils d'analyse pertinents, ils n'en demeurent pas moins issus d'une théorie du droit procédural à laquelle sont étrangers les textes étudiés ci-dessous. Il faudra donc éviter de vouloir à tout prix réduire chaque mécanisme à une catégorie strictement définie sur ces bases¹².

⁶ Sur la notion de « même différend » dans le cadre de l'OMC, voy. M. LOVELL, « Regional Trade Agreements and the WTO: An Analysis of the Efficacy of the Asean-China Free Trade Area (ACFTA) Forum Selection Clause in Resolving Jurisdictional Conflict », 1^{er} mai 2007, <http://ssrn.com/abstract=1114770>, p. 30-34.

⁷ Pour un exposé résumé de ces concepts et des thèses en présence, J. VINCENT et S. GUINCHARD, *Procédure civile*, 24^e éd., Paris, Dalloz, 1996, p. 382-390.

⁸ A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, 2^e éd., Faculté de droit de Liège, 1987, p. 58.

⁹ A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, 2^e éd., Faculté de droit de Liège, 1987, p. 60 ; comp. E. KRINGS, « L'office du juge, évolution – révolution ou tradition », *Journal des tribunaux*, 1993, p. 18.

¹⁰ P. ex. J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Casser, juger et toujours dire le droit », *Annales de droit de Louvain*, 2003, p. 448-453, qui synthétise les conclusions de sa thèse (*Cassation et juridiction. Iura dicit curia*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2004).

¹¹ P. ex. F. RIGAUX, « L'opacité du fait face à l'illusoire limpidité du droit », *Droit et société*, 1999, p. 91-93.

¹² Pour une distinction du même type entre « de jure dispute » et « de facto dispute », voy. M. LOVELL, « Regional Trade Agreements and the WTO: An Analysis of the Efficacy of the Asean-China Free Trade Area (ACFTA) Forum Selection Clause in Resolving Jurisdictional Conflict », 1^{er} mai 2007, <http://ssrn.com/abstract=1114770>, p. 18 et s.

Le nombre des traités commerciaux est tel qu'on ne peut prétendre les analyser tous¹³. Cette contribution expose plutôt quelques exemples et propose une grille de lecture à partir de catégories. On remarque ainsi que les relations entre les mécanismes de règlement des différends sont organisées sur le mode de l'exclusivité ou sur celui du choix (2). Dans certains traités, les parties s'obligent à soumettre leurs différends à une juridiction déterminée (2.1). Tant que le traité est en vigueur, elles renoncent par conséquent au choix du for. D'autres accords, en revanche, reconnaissent la pluralité des juridictions internationales et permettent un choix, pour chaque différend particulier (2.2)¹⁴. Le choix entre l'un et l'autre modes est significatif des valeurs du système juridique en question (2.3). Plus pratiquement, cette distinction induit des solutions différentes lorsqu'une affaire concerne plus d'un système (3). Si les deux systèmes en cause laissent le choix aux parties, on court le risque du *forum shopping* (3.1). Lorsqu'un seul des deux systèmes prévoit l'exclusivité, il prend généralement l'ascendant sur l'autre (3.2). Enfin, des frictions peuvent survenir lorsque les deux systèmes fonctionnent sur le mode de l'exclusivité (3.3).

2. Sur la liberté d'élection de sa juridiction

Même s'il est difficile d'isoler une caractéristique spécifique des traités commerciaux internationaux, on peut y déceler deux grandes catégories : les systèmes fondés sur le choix des parties (2.1) et ceux basés sur une règle d'exclusivité (2.2). Le choix d'un système est significatif de la portée et des objectifs du traité (2.3).

Pour chaque catégorie, on examine quelques exemples, en se limitant, dans cette section, à décrire les règles d'un point de vue interne à chaque système.

2.1 L'exclusivité de juridiction ou l'interdiction de choix

Certains traités commerciaux interdisent aux États parties de choisir le juge auquel ils confient le différend né de l'interprétation et de l'application de leurs dispositions. Cette exclusivité ne s'impose pas, en tant que telle, à des juridictions instituées par un autre traité¹⁵. Celles-là trouvent dans leur traité constitutif la définition de leurs compétences, qui n'est *a priori* pas limitée par des normes d'exclusivité existant dans un autre traité¹⁶. À défaut de pouvoir édicter une limitation des compétences des autres juridictions, l'exclusivité prend donc la forme d'une interdiction pour les États parties de soumettre des différends à d'autres mécanismes de règlement. Cette interdiction est sanctionnée selon les particularités de l'ordre juridique qui l'édicte.

¹³ Pour une analyse plus complète, J. PAUWELYN, « Going Global, Regional, or Both? Dispute Settlement in the Southern African Development Community (SADC) and Overlaps with the WTO and other Jurisdictions », *Minnesota Journal of Global Trade*, 2004, p. 231-304, spéc. p. 265 et s.

¹⁴ Pour un autre exposé de cette distinction entre « closeness » et « exclusivity », voy. T. TREVES, « Fragmentation of International Law: the Judicial Perspective », *Comunicazioni e studi*, XXIII, Milan, Giuffrè, 2007, p. 851 et s.

¹⁵ T. TREVES, « Fragmentation of International Law: the Judicial Perspective », *Comunicazioni e studi*, XXIII, Milan, Giuffrè, 2007, p. 853.

¹⁶ On réserve évidemment la possibilité d'une clause contraire explicite. Voy., par exemple, l'article 282 de la Convention de Montego Bay sur le droit de la mer (*infra*).

Cette manière d'assurer l'exclusivité diffère de celle qu'on l'on rencontre en droit international privé, où l'exclusivité des juridictions d'un État trouve seulement son expression dans le refus de ces juridictions de reconnaître les décisions prises par des autorités étrangères ou d'accorder l'*exequatur*. Il est probable qu'en droit économique international également, une décision rendue par une juridiction instituée par un autre traité ne soit pas reconnue dans l'ordre juridique dont la règle d'exclusivité a été violée. Mais, dans les exemples étudiés ici, cette sanction n'apparaît explicitement ni dans les traités ni dans la jurisprudence. Quoi qu'il en soit, ces traités prévoient une sanction distincte qui d'ailleurs, contrairement à la non-reconnaissance, vise le fait de saisir une juridiction, indépendamment de l'éventuel prononcé d'une décision. Là où le droit international privé se limite à bloquer les effets d'une décision étrangère, certains traités commerciaux interdisent (avec certes une efficacité limitée) la saisine du juge « étranger ». La méthode diffère, mais l'objectif est similaire : il faut éviter, tant que possible, que le problème soit résolu par le juge étranger.

En droit économique international, on trouve une telle exclusivité, notamment, dans les règles de l'OMC (2.1.1) et de la Communauté européenne (2.1.2). On rencontre des exemples un peu différents dans les accords bilatéraux conclus par la Communauté européenne avec le Mexique et avec le Chili (2.1.3).

2.1.1 L'exclusivité de juridiction en droit de l'OMC

L'article 23 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends – Annexe 2 de l'Accord de Marrakech de 1994 (MRD) – énonce clairement, à titre de principe général, une obligation d'exclusivité :

« Lorsque des Membres chercheront à obtenir réparation en cas de violation d'obligations ou d'annulation ou de réduction d'avantages résultant des accords visés, ou d'entrave à la réalisation d'un objectif desdits accords, ils auront recours et se conformeront aux règles et procédures du présent mémorandum d'accord. »

Les alinéas qui suivent en constituent des applications, sans effet limitatif¹⁷. Ainsi, seules les procédures de règlement des différends de l'ORD peuvent être utilisées pour trancher les différends relatifs à l'application d'une norme de l'OMC.

Dans la conception traditionnelle, cet article vise prioritairement à garantir la stabilité du système multilatéral en interdisant, sauf autorisation préalable de l'ORD, les sanctions unilatérales des États¹⁸.

Politiquement, on connaît en effet les termes du « marché » par lequel les États-Unis acceptaient de renoncer à leurs (menaces de) sanctions commerciales unilatérales des années

¹⁷ Groupe spécial, *États-Unis, Articles 301 à 310 de la loi de 1974 sur le commerce extérieur*, WT/DS152/R, 22 décembre 1999, 7.45.

¹⁸ Voy. Organe d'appel, *États-Unis – Mesures à l'importation de certains produits en provenance des Communautés européennes*, WT/DS165/AB/R, 11 décembre 2000, 111.

1980 en échange d'un renforcement du mécanisme de règlement des différends¹⁹. Leur souci de voir les règles commerciales effectivement appliquées se conciliait ainsi avec le refus des autres États d'être soumis à la menace permanente de sanctions pratiquées par l'économie la plus forte du monde, qui décidait seule de leur fait générateur et de leur ampleur.

Juridiquement, il s'agit aussi d'éviter qu'en se faisant justice à eux-mêmes, par l'invocation (à tort ou à raison) de l'exception d'inexécution²⁰, les États ne minent les Accords de l'OMC, ou à tout le moins leur effectivité²¹. La possibilité accordée par l'article 25 MRD de soumettre les différends à l'arbitrage, dont l'organisation et les modalités sont très largement laissées au choix des parties, n'énervé pas ces principes, car l'arbitrage doit se situer « dans le cadre de l'OMC »²² et les règles relatives à la mise en œuvre et à la suspension d'obligations sont applicables aux décisions des arbitres comme à celles de l'ORD²³. Cette règle empêche, par ailleurs, de considérer les mécanismes bilatéraux ou régionaux comme une forme d'arbitrage au sens de cette disposition.

Même si la lutte contre les comportements unilatéraux est son objectif premier, le texte lui-même est plus restrictif. Il interdit aussi aux États de saisir toute juridiction non expressément prévue par le MRD de différends relatifs aux obligations qu'imposent les accords visés. La jurisprudence a d'ailleurs tendance à donner une interprétation large à cette disposition. C'est, d'abord, le champ d'application de l'interdiction qui est largement défini, pour inclure toutes les réactions possibles à une violation (alléguée) du traité :

« le Groupe spécial considère [...] que l'obligation d'avoir recours au Mémoire d'accord lorsque les Membres “cherch[ent] à obtenir réparation en cas de violation ...” couvre tout acte d'un Membre en réponse à ce qu'il considère comme une violation par un autre Membre d'une obligation dans le cadre de l'OMC par lequel le premier Membre tente unilatéralement de rétablir l'équilibre des droits et obligations en cherchant à obtenir le retrait de la mesure incompatible avec les règles de l'OMC, en cherchant à obtenir une compensation de cet autre Membre ou en suspendant des concessions ou des obligations résultant de l'Accord sur l'OMC en ce qui concerne ce Membre. »²⁴

¹⁹ R.E. HUDEC, *Enforcing International Trade Law – The Evolution of the Modern GATT Legal System*, Salem, Butterworth, 1993, p. 237. Voy. aussi R.E. HUDEC, « Broadening the Scope of Remedies in WTO Dispute Settlement », in F. WEISS (ed.), *Improving WTO Dispute Settlement Procedures: Issues & Lessons from the Practice of Other International Courts & Tribunals*, Londres, Cameron May, 2000, p. 373 et s.

²⁰ Art. 60 de la Convention de Vienne.

²¹ Ce phénomène de destruction du contrat est connu en droit interne (voy. J. GHESTIN, « L'exception d'inexécution – Rapport français », in M. FONTAINE et G. VINEY, *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 49-52). Il résulte notamment du caractère unilatéral de l'exception d'inexécution et d'absence de contrôle *a priori* de son bien-fondé.

²² Art. 25.1, MRD. Voy. art. II.1 (« cadre institutionnel commun pour la conduite des relations commerciales entre ses Membres ») et III.1, OMC.

²³ Art. 25.4 MRD.

²⁴ Groupe spécial, *Communautés européennes – Mesures affectant le commerce des navires de commerce*, WT/DS301/R, 22 avril 2005, 7.207. Aucune partie n'a interjeté appel contre ce rapport. Pour plus de clarté, on reproduit aussi le texte original : « In sum, the Panel considers [...] that the obligation to have recourse to the DSU when Members “seek the redress of a violation...” covers any act of a Member in response to what it considers to be a violation of a WTO obligation by another Member whereby that first Member attempts unilaterally to restore the balance of rights and obligations by seeking the removal of the WTO-inconsistent measure, by seeking compensation from that Member, or by suspending concessions or obligations under the

Lorsqu'ils poursuivent l'un de ces objectifs, les États n'ont aucun choix. Ils doivent confier l'affaire aux organes de règlement des différends de l'OMC, et le recours à d'autres techniques, unilatérales ou non, leur est interdit.

« L'article 23:1 [MRD] [...] impose à tous les Membres le "recours" au processus multilatéral défini dans le Mémorandum d'accord lorsqu'ils cherchent à obtenir réparation d'une incompatibilité au regard de l'OMC. Dans ces circonstances, les Membres doivent avoir recours au système de règlement des différends prévu dans le Mémorandum d'accord à l'exclusion de tout autre système, en particulier un système d'exécution unilatérale des droits et obligations au regard de l'OMC. Cette disposition, que l'on pourrait qualifier de "clause d'exclusivité en matière de règlement des différends", est un nouvel élément important des droits et obligations des Membres au titre du Mémorandum d'accord. »²⁵

Finalement, l'interdiction de l'unilatéralisme est même reléguée à une place secondaire par rapport à l'exclusivité de juridiction.

« Interprété à la lumière de son contexte et de son but, l'article 23:1 non seulement garantit l'exclusivité en matière de compétence de l'OMC par rapport à d'autres instances internationales mais protège également le système multilatéral d'un comportement unilatéral. »²⁶

C'est à juste titre que le rapport *CE – Navires de commerce*, cité plus haut, a été critiqué comme excessif, en ce qu'il semblait interdire également toute démarche diplomatique en vue du retrait de la mesure²⁷, ce qui dépasse manifestement la portée de l'article 23 MRD. Encore faut-il pouvoir – et c'est là toute la difficulté – distinguer les « simples » démarches diplomatiques de pressions telles qu'elles pourraient constituer une forme de rétorsion unilatérale.

Quoi qu'il en soit, l'article 23 MRD établit bel et bien une exclusivité de juridiction en faveur des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel. Dans ce domaine, le traité de Marrakech envisage donc ses relations avec les accords régionaux et bilatéraux sur un autre mode que pour les obligations substantielles (accès aux marchés et protection des droits de propriété intellectuelle, par exemple). Ici, pas d'OMC-plus ; c'est au contraire l'interdiction de compléter, de renforcer ou d'aménager le mécanisme de l'OMC qui prévaut.

Certains auteurs adoptent une vision moins stricte, ne voyant par exemple aucun inconvénient à ce qu'un tribunal arbitral établi par un traité commercial bilatéral se prononce sur des

WTO Agreement in relation to that Member. » Pour une application, Groupe spécial, *États-Unis – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones*, WT/DS320/R, 31 mars 2008, 7.203 et s.

²⁵ Groupe spécial, *États-Unis – Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur*, WT/DS152/R, 22 décembre 1999, 7.43. Aucune partie n'a interjeté appel contre ce rapport. Les débats de l'ORD précédant son adoption révèlent l'accueil largement favorable qui lui fut réservé ; les États ont tout au plus cherché à apporter quelques nuances aux affirmations du groupe spécial (voy. Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 27 janvier 2000, WT/DSB/M/74, 22 février 2000, p. 10-20).

²⁶ Groupe spécial, *Communautés européennes – Mesures affectant le commerce des navires de commerce*, WT/DS301/R, 22 avril 2005, 7.193.

²⁷ Voy. la déclaration en ce sens des États-Unis lors de l'adoption du rapport du groupe spécial (Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 20 juin 2005, WT/DSB/M/192, 15 juillet 2005, n° 55, p. 13).

dispositions du droit de l'OMC auxquelles ce traité se réfère²⁸. Cette opinion repose (implicitement) sur une conception juridique de la cause de la demande, qui considère qu'un État ne cherche pas à faire respecter les obligations résultant de l'OMC si, formellement, il invoque une disposition d'un autre traité (même lorsque cette disposition reprend en substance une obligation contenue dans l'Accord de Marrakech). Cette position peut trouver appui dans l'interprétation jurisprudentielle du terme « question » qu'on trouve notamment à l'article 7 MRD et à l'article 17 de l'Accord antidumping. Selon l'Organe d'appel, la « question » soumise au groupe spécial comprend « deux éléments : les mesures spécifiques en cause et le fondement juridique de la plainte (ou des allégations) »²⁹. Ainsi, une « question » dirigée contre la même mesure étatique, mais fondée sur un autre traité, ne tomberait pas dans la sphère de compétence de l'ORD et l'article 23 ne s'y appliquerait pas. Cette vision n'est cependant guère en phase avec l'orientation qu'on peut déceler dans la jurisprudence.

Un autre auteur explique la relative désaffection pour les mécanismes bilatéraux de règlement des différends (par rapport à celui de l'OMC) par des considérations d'efficacité et de légitimité, sans envisager que, dans certains cas au moins, l'article 23 MRD empêche de faire appel au mécanisme bilatéral³⁰. Cette affirmation se rattache à un courant plus large qui admet la possibilité que deux États membres de l'OMC dérogent entre eux aux dispositions de l'Accord³¹. Sans entrer ici dans un examen général de cette question complexe, il paraît à tout le moins que ce ne soit pas le cas de l'article 23 MRD, au vu de son texte et son objectif, tels qu'ils sont interprétés par la jurisprudence.

L'exclusivité de juridiction de l'ORD rappelle par ailleurs celle établie en faveur de la Cour de justice européenne.

²⁸ I. GARCIA BERCERO, « Dispute Settlement in European Union Free Trade Agreements: Lessons Learned? », in L. BARTELS et F. ORTINO (eds), *Regional Trade Agreements and the WTO Legal System*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 403.

²⁹ Organe d'appel, *Guatemala – Enquête antidumping concernant le ciment portland en provenance du Mexique*, WT/DS60/AB/R, 2 novembre 1998, 69-72 ; Groupe spécial, *Inde – Mesures concernant le secteur automobile*, WT/DS146/R et WT/DS175/R, 21 décembre 2001, 7.65. Ces décisions sont basées sur une interprétation des articles 7 et 6.2 MRD. On remarque que la première décision examine la cause dans le cadre d'une discussion relative à la saisine du groupe spécial, alors qu'il s'agit dans le second cas d'une question d'autorité de la chose jugée d'une décision antérieure. Or, il n'est pas certain que la notion de cause soit exactement la même dans les deux cas, puisque l'existence d'une chose jugée implique nécessairement que les faits aient été qualifiés, ce que reconnaissent même les partisans d'une conception factuelle de la cause alors qu'ils estiment la situation est différente pour la cause de la demande (G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2005, p. 36-41 et 248-249). Sur ces décisions, voy. aussi M. LOVELL, « Regional Trade Agreements and the WTO: An Analysis of the Efficacy of the Asean-China Free Trade Area (ACFTA) Forum Selection Clause in Resolving Jurisdictional Conflict », 1^{er} mai 2007, <http://ssrn.com/abstract=1114770>, p. 31-32. Sur la notion de question dans le cadre du contentieux de la conformité, voy. Organe d'appel, *Communautés européennes – Droits antidumping sur les importations de linge de lit en coton en provenance d'Inde* – Recours de l'Inde à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS141/AB/RW, 8 avril 2003, 78.

³⁰ W.J. DAVEY « Dispute Settlement in the WTO and RTAs: A Comment », in L. BARTELS et F. ORTINO (eds), *Regional Trade Agreements and the WTO Legal System*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 354-357.

³¹ Telle est l'opinion de J. PAUWELYN, citée par M. LOVELL, « Regional Trade Agreements and the WTO: An Analysis of the Efficacy of the Asean-China Free Trade Area (ACFTA) Forum Selection Clause in Resolving Jurisdictional Conflict », 1^{er} mai 2007, <http://ssrn.com/abstract=1114770>, p. 38. Voy. plus généralement l'exposé détaillé aux p. 45-65 de cet article.

2.1.2 L'exclusivité de juridiction en droit communautaire

D'aucuns s'étonneront qu'on aborde ici le mécanisme de règlement des différends du droit européen. Pour la plupart des « européenistes », la Cour de justice s'apparente davantage à une juridiction supranationale ou constitutionnelle, qu'à un simple organe de règlement des différends commerciaux entre États, ne serait-ce que parce qu'elle tranche de nombreux litiges auxquels la Communauté elle-même est partie. Sans pouvoir entrer ici dans tous les détails que requerrait une analyse approfondie de cette question, on remarque simplement que, dans le cadre de l'OMC, la Communauté est à la fois un membre et une union douanière au sens de l'article XXIV GATT. Les États européens sont aussi membres de l'OMC. Ceci confère à la Communauté un statut particulier et génère – même en tenant compte des enseignements de l'avis 1/94³² – plusieurs incertitudes quant au(x) débiteur(s) de l'engagement unique résultant du cycle de l'Uruguay. Ces particularités et ces incertitudes donnent lieu à une incompatibilité fondamentale : les différends relatifs aux règles commerciales multilatérales et impliquant les États membres de l'Union (ou la Communauté et ses États membres) apparaissent, *en droit européen*, comme une question interne à l'ordre juridique communautaire, alors que, *du point de vue de l'OMC*, ils ne peuvent être relégués au rang de litiges de droit communautaire dont le système multilatéral n'aurait pas à se préoccuper³³.

Ceci étant, *dans le cadre du droit européen*, l'article 292 CE prévoit une exclusivité de juridiction en faveur de la Cour de justice de Luxembourg pour statuer sur les différends entre États membres à propos du droit communautaire.

« Les États membres s'engagent à ne pas soumettre un différend relatif à l'interprétation ou à l'application du présent traité à un mode de règlement autre que ceux prévus par celui-ci. »

Dans son avis concernant le traité sur l'Espace économique européen, la Cour de justice s'est fondée notamment sur cet article pour affirmer qu'un traité international conclu par la Communauté et ses États membres ne peut « porter atteinte » à la répartition des compétences entre les institutions communautaires, et notamment qu'il serait inacceptable qu'il ait pour effet de soumettre l'interprétation ou l'application du droit européen (en particulier les règles d'attribution de compétences à la Communauté) à une juridiction autre que la Cour de justice³⁴.

L'affaire de l'usine MOX constitue la première application de cet article dans une situation contentieuse. A la suite de l'autorisation accordée par le Royaume-Uni pour la construction, en bord de Mer d'Irlande, d'une usine de recyclage de déchets nucléaires (dite « usine MOX »), l'Irlande avait saisi, entre autres, le Tribunal arbitral institué sur la base de l'Annexe VII de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, en reprochant au Royaume-Uni

³² C.J.C.E., 15 novembre 1994, Avis 1/94, *Rec.*, 1994, p. I-5267.

³³ Sans discuter la question, J. PAUWELYN passe en revue les règles communautaires au même titre que celles d'autres accords régionaux (« Going Global, Regional, or Both? Dispute Settlement in the Southern African Development Community (SADC) and Overlaps with the WTO and other Jurisdictions », *Minnesota Journal of Global Trade*, 2004, p. 266 et s.).

³⁴ C.J.C.E., 14 décembre 1991, Avis 1/91, *Rec.*, 1991, p. I-6079, 35. Voy. aussi C.J.C.E., 18 avril 2002, Avis 1/00, *Rec.*, 2002, p. I-3493, 11-12.

le non-respect de dispositions de cette convention relatives principalement à la protection de l'environnement marin. Or, la convention a été signée par la Communauté et ses États membres, en vertu d'une compétence partagée. Dans ses écrits de procédure, l'Irlande invoquait, de manière complémentaire et/ou aux fins de l'interprétation, certaines règles communautaires.

Pour la Commission, ce comportement de l'Irlande constitue un manquement aux obligations découlant du traité CE, et notamment de son article 292 (*supra*). Dans son arrêt du 30 mai 2006³⁵, la Cour de justice constate le manquement de l'Irlande. Après avoir démontré que le litige soumis au tribunal arbitral portait, en partie au moins, sur des questions liées à des compétences communautaires, fussent-elles partagées, la Cour affirme sa compétence exclusive pour en connaître et, partant, la violation du droit communautaire commise par l'Irlande en saisissant une autre juridiction. L'issue du recours en manquement était, pour tout dire, inévitable. En effet, l'Irlande avait elle-même invoqué des règles de droit communautaire dérivé à l'appui de son argumentation devant le tribunal arbitral, sur la base de l'article 293 de la Convention de Montego Bay qui permet à ce tribunal d'appliquer « les dispositions de la Convention et les autres règles du droit international qui ne sont pas incompatibles avec celle-ci »³⁶. En invoquant explicitement le droit européen, l'Irlande rendait flagrante la violation de l'article 292 CE : malgré les incertitudes éventuelles existant au sujet de la répartition exacte des compétences entre les Communauté et ses États membres, on ne pouvait douter (et l'Irlande ne pouvait contester³⁷) qu'en l'espèce, le litige touchait aux compétences de la Communauté.

En outre, la décision de la Cour de justice fut probablement facilitée, sur le plan politique, par le fait que la Convention de Montego Bay elle-même établit le caractère subsidiaire des modes de règlement des différends qu'elle institue³⁸ et que le Tribunal arbitral saisi par l'Irlande avait admis l'existence de doutes quant à sa compétence³⁹, estimant

« que les questions soulevées à propos de sa compétence concernent essentiellement le fonctionnement interne d'un ordre juridique distinct, à savoir l'ordre juridique communautaire, et doivent être tranchées dans le cadre institutionnel de la Communauté »⁴⁰.

³⁵ C.J.C.E. (gde ch.), 30 mai 2006, *Commission c. Irlande*, C-459/03, *Rec.*, 2006, p. I-4635 (ci-après : « Arrêt MOX »). Voy. les commentaires de Y. KERBRAT et P. MADDALON, « Affaire de l'Usine MOX : la CJCE rejette l'arbitrage pour le règlement des différends entre États membres », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2007, p. 165-182 et de S. MALJEAN-DUBOIS et J.-C. MARTIN, « L'affaire de l'Usine Mox devant les tribunaux internationaux », *Journal du droit international*, 2007, p. 437-471.

³⁶ Arrêt MOX, 146 et s. Dans une vision fortement empreinte des principes européens, on peut discuter si, entre États membres, le droit européen fait partie des « règles du droit international ». Mais il n'est guère douteux que, dans l'esprit des rédacteurs d'une convention internationale « classique » comme celle de Montego Bay et dans celui des juges internationaux chargés de l'appliquer, les traités et le droit dérivé communautaires soient des « règles de droit international » au sens de cet article.

³⁷ Arrêt MOX, 112.

³⁸ Voy. en particulier l'article 282 de la Convention sur le droit de la mer, qui dispose : « Lorsque les États Parties qui sont parties à un différend relatif à l'interprétation ou à l'application de la Convention sont convenus, dans le cadre d'un accord général, régional ou bilatéral ou de toute autre manière, qu'un tel différend sera soumis, à la demande d'une des parties, à une procédure aboutissant à une décision obligatoire, cette procédure s'applique au lieu de celles prévues dans la présente partie, à moins que les parties en litige n'en conviennent autrement. »

³⁹ Arrêt MOX, 44.

⁴⁰ Arrêt MOX, 45.

En condamnant l'Irlande, la Cour de justice n'entre donc pas en conflit avec une autre juridiction internationale.

Pour sa défense, l'Irlande avait élaboré un argument subsidiaire selon lequel, si la Cour constatait que les matières réglées par la Convention de Montego Bay font partie de l'ordre juridique communautaire (ce qui est nécessaire pour établir la violation de l'article 292 CE), elle devait logiquement admettre aussi que le Tribunal arbitral institué sur la base de la même convention est une juridiction établie en vertu de l'ordre juridique communautaire, c'est-à-dire « un mode de règlement des différends prévu par le traité CE », de sorte que l'article 292 CE n'est pas violé⁴¹. Mais la Cour de justice martèle

« qu'une convention internationale telle la Convention [de Montego Bay] ne saurait porter atteinte à la compétence exclusive de la Cour en ce qui concerne le règlement des différends entre États membres relatifs à l'interprétation et à l'application du droit communautaire »⁴².

La Cour ne précise pas en quoi le fait que des juridictions autres qu'elle-même statuent à propos du droit communautaire énerverait « l'ordre des compétences fixé par les traités et, partant l'autonomie du système juridique communautaire »⁴³. Pourquoi présumer que des juridictions internationales n'appliqueraient pas correctement le droit communautaire, alors que les juridictions des États membres l'appliquent quotidiennement et, en général, fidèlement⁴⁴ ? Il est vrai cependant que de nombreuses dispositions sont sujettes à interprétations multiples, et qu'en ce qui concerne l'interprétation et l'application du droit communautaire, les juridictions nationales agissent sous le contrôle de la Cour de Luxembourg. Pour la Cour, ce contrôle ultime de l'interprétation du traité, par la juridiction qu'il établit, assure l'autonomie du système communautaire⁴⁵ et fait régner en son sein une cohérence jurisprudentielle. Ainsi, les « modes de règlement des différends » prévus par le Traité de Rome, au sens de son article 292, ne peuvent être des mécanismes juridictionnels établis par un traité international, même ratifié par la Communauté et tous ses États membres. On imagine facilement que, dans l'esprit de la Cour, le mécanisme de règlement des différends de l'OMC doit recevoir le même statut que celui de la Convention de Montego Bay.

La préoccupation du maintien de l'intégrité de l'ordre juridique communautaire⁴⁶ transparaît encore lorsque la Cour affirme à propos de l'article 282 de la Convention sur le droit de la mer :

« Il convient d'emblée de constater que la Convention permet précisément d'éviter qu'une telle atteinte soit portée à la compétence exclusive de la Cour de façon à préserver l'autonomie du système juridique communautaire. »⁴⁷

⁴¹ Arrêt MOX, 130.

⁴² Arrêt MOX, 132. Voy. aussi 154.

⁴³ Arrêt MOX, 123.

⁴⁴ Sur ce thème, Y. KERBRAT et P. MADDALON, « Affaire de l'Usine MOX : la CJCE rejette l'arbitrage pour le règlement des différends entre États membres », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2007, p. 172.

⁴⁵ Pour une explication de l'arrêt MOX en termes d'« autonomie » : voy. N. LAVRANOS, « Protecting its Exclusive Jurisdiction: the MOX-Plant Judgment of the ECJ », *Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2006, p. 488.

⁴⁶ Y. KERBRAT et P. MADDALON parlent d'une « autonomie [...] qui limite les possibilités de dialogue entre les juridictions internationales et la CJCE » (« Affaire de l'Usine MOX : la CJCE rejette l'arbitrage pour le règlement des différends entre États membres », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2007, p. 167).

Dans l'affaire MOX, la Commission imputait également à l'Irlande un manquement à l'article 10 CE qui, en substance, interdit aux États de gêner la réalisation des objectifs communautaires et leur impose d'aider la Communauté à accomplir sa mission. En fait, il était reproché à l'Irlande, indépendamment de la saisine du Tribunal arbitral, de ne pas avoir consulté la Commission avant d'introduire l'instance. La Cour estime le reproche fondé, en rappelant l'obligation particulière de collaboration dans le cadre de l'exercice de compétences partagées. Et elle ajoute :

« Il en est particulièrement ainsi dans le cas d'un différend qui, tel celui de l'espèce, porte essentiellement sur des engagements découlant d'un accord mixte qui relèvent d'un domaine [...] dans lequel les compétences respectives de la Communauté et des États membres sont susceptibles d'être étroitement imbriquées [...].

Le fait de soumettre un différend de cette nature à une juridiction telle que le Tribunal arbitral comporte le risque qu'une juridiction autre que la Cour se prononce sur la portée d'obligations s'imposant aux États membres en vertu du droit communautaire. »⁴⁸

L'affaire de l'usine MOX confirme clairement le caractère exclusif de la juridiction de la Cour de Luxembourg. L'arrêt en donne une interprétation particulièrement large, que renforce encore la lecture conjointe de l'article 292 avec l'article 10 CE⁴⁹.

Dans ses conclusions, l'avocat général insiste aussi sur l'exclusivité de la juridiction de la Cour en précisant qu'à son avis, un seul élément de droit communautaire suffit pour que s'applique l'interdiction de soumettre la totalité du différend à une juridiction autre que la C.J.C.E.

« Il n'existe en définitive aucun seuil d'application des règles établissant le monopole juridictionnel de la Cour. Dès lors que le droit communautaire est concerné, les États membres sont tenus de régler leurs différends au sein de la Communauté »⁵⁰.

Et d'ajouter, dans une note de bas de page, presque en opportunité :

« Cela ne signifie pas nécessairement que les États membres doivent toujours minutieusement isoler les éléments communautaires afférents à un litige qui les oppose, en vue de ne porter que ces seuls éléments devant la Cour, tout en soumettant les autres points en litige à un autre mode de règlement. En théorie, une telle solution serait conforme aux articles 292 CE/193 EA. Toutefois, en pratique, il peut sembler préférable de soumettre des litiges « hybrides » entre États membres (portant à la fois sur des questions relevant de la compétence de la Cour et sur des questions n'en relevant pas) dans leur totalité à l'appréciation de la Cour, au titre des articles 239 CE ou 154 EA. »⁵¹

⁴⁷ Arrêt MOX, 124. Voy. aussi 132.

⁴⁸ Arrêt MOX, 176 et 177.

⁴⁹ On a même pu y voir « une affirmation de principe de compétence exclusive de la Cour pour tout le contentieux des accords mixtes entre États membres » (Y. KERBRAT et P. MADDALON, « Affaire de l'Usine MOX : la CJCE rejette l'arbitrage pour le règlement des différends entre États membres », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2007, p. 175).

⁵⁰ Conclusions de l'Avocat général M. M. Poiares Maduro dans l'affaire *Commission c. Irlande*, C-459/03, 18 janvier 2006, 14.

⁵¹ Conclusions de l'Avocat général M. M. Poiares Maduro dans l'affaire *Commission c. Irlande*, C-459/03, 18 janvier 2006, 14, note de bas de page 9.

Dans ce même avis, l'avocat général affirme aussi :

« De surcroît, même s'ils étaient confrontés à de véritables difficultés, les États membres ne sont pas habilités à agir en dehors du contexte communautaire au seul motif qu'ils considèrent une telle démarche comme plus appropriée »⁵² [notes omises].

Un État membre pourrait donc agir devant la Cour lorsque le Traité ne lui attribue pas la compétence pour connaître du litige mais que cela « semble préférable », alors qu'il ne pourrait invoquer « de véritables difficultés » pour s'affranchir de l'exclusivité de juridiction de la Cour. Cette asymétrie montre à quel point l'exclusivité s'envisage de manière extensive.

Au-delà de cette application concrète de l'article 292 CE, il faut surtout retenir que la Cour de justice est jalouse de son pouvoir d'interpréter les règles d'attribution des compétences à la Communauté et, partant, de décider ce qui relève des compétences résiduelles des États membres. Ceci transparaissait déjà clairement, quinze ans plus tôt, dans l'avis relatif au traité sur l'Espace économique européen⁵³. Plus récemment, l'arrêt *Merck Genéricos* est une nouvelle illustration de ce principe⁵⁴.

2.1.3 Les accords bilatéraux CE-Chili et CE-Mexique

Les accords bilatéraux conclus par la Communauté européenne avec le Mexique, d'une part, et avec le Chili, d'autre part, instituent un mécanisme « quasi juridictionnel » de règlement des différends⁵⁵, assorti d'une règle d'exclusivité. Celle-ci ne ressemble pas, formellement, à celle de l'OMC ou de la CE, parce qu'au lieu d'être exprimée d'une manière générale et abstraite, elle vise directement, et uniquement, les rapports entre le mécanisme bilatéral et celui de l'OMC. En outre, cette règle d'exclusivité n'a pas pour objet d'affirmer, au profit de la juridiction qu'institue l'accord bilatéral, une compétence générale pour tous les litiges qui en découlent. Elle répartit plutôt les tâches entre deux juridictions qui, sinon, pourraient devoir trancher des questions identiques ou similaires. Cependant, c'est bien un système d'exclusivité qui est mis en place, en ce sens que le traité impose la juridiction à saisir, plutôt que de laisser un choix à une des parties.

Dans l'accord avec le Mexique, on trouve un mécanisme en cascade pour éviter que l'arbitre désigné en vertu de l'accord bilatéral ne statue sur les droits et obligations découlant des accords de l'OMC.

⁵² Conclusions de l'Avocat général M. M. Poiares Maduro dans l'affaire *Commission c. Irlande*, C-459/03, 18 janvier 2006, 40.

⁵³ C.J.C.E., 14 décembre 1991, Avis 1/91, *Rec.*, 1991, p. I-6079, 35. Voy. aussi C.J.C.E., 18 avril 2002, Avis 1/00, *Rec.*, 2002, p. I-3493, 11-13. Y. KERBRAT et P. MADDALON, « Affaire de l'Usine MOX : la CJCE rejette l'arbitrage pour le règlement des différends entre États membres », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2007, p. 172-174.

⁵⁴ C.J.C.E., 11 septembre 2007, *Merck Genéricos*, C-431/05, *Rec.*, 2007, p. I-7001, 33. Pour un commentaire, J. ETIENNE, « Arrêt « Merck Genéricos » : la compétence d'interprétation d'un accord international conclu par la Communauté et les États membres », *Journal de droit européen*, 2008, p. 46-48.

⁵⁵ I. GARCIA BERCERO, « Dispute Settlement in European Union Free Trade Agreements: Lessons Learned? », in L. BARTELS et F. ORTINO (eds), *Regional Trade Agreements and the WTO Legal System*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 383.

D'abord, certaines clauses de l'accord, qui manifestement se bornent à confirmer les engagements pris dans le cadre de l'OMC, sont expressément exclues du champ d'application du mécanisme arbitral de règlement des différends⁵⁶.

Ensuite, et plus généralement, là où ce mécanisme s'applique, les arbitres n'ont

« pas à connaître des questions relatives aux droits et obligations de chacune des parties en vertu de l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce (OMC) »⁵⁷.

Enfin, l'accord interdit aux parties d'introduire une instance à l'OMC si une instance « concernant la même espèce » est déjà pendante au titre de l'arbitrage bilatéral, et vice-versa⁵⁸. On cherche à éviter que deux juridictions différentes soient saisies du même différend, ce qui, implicitement, revient à reconnaître que, nonobstant les deux règles précédentes, les deux juridictions pourraient parfois être l'une et l'autre compétentes. Pour donner un sens à cette troisième règle, il faut comprendre qu'elle part d'une conception moins juridique de la cause de l'action. Alors que, pour appliquer la seconde règle, il faut tenir compte de la base juridique de la demande, la troisième vise une « espèce particulière » sans insister sur son fondement juridique. Cette troisième règle n'est pas sanctionnée de la même manière selon que l'ORD est saisi en premier ou non. Dans le premier cas, l'action devant l'arbitre « bilatéral » est irrecevable. Dans le second, l'ORD poursuivra son examen nonobstant l'existence d'une procédure bilatérale⁵⁹, même si la demande d'établissement d'un groupe spécial constituera une violation du traité bilatéral.

L'accord bilatéral avec le Chili est plus clair encore dans sa formulation de la répartition des compétences juridictionnelles :

- « a) Si une partie cherche à obtenir réparation en cas de violation d'une obligation résultant de l'accord instituant l'OMC, elle a recours aux règles et procédures de cet accord, qui s'appliquent nonobstant les dispositions du présent accord.
- b) Si une partie cherche à obtenir réparation en cas de violation d'une obligation résultant de la présente partie de l'accord, elle a recours aux règles et procédures du présent titre.
- c) Sauf convention contraire des parties, si une partie cherche à obtenir réparation en cas de violation d'une obligation résultant de la présente partie de l'accord, équivalente en substance à

⁵⁶ Art. 41, § 2, de la Décision n° 2/2000 du Conseil conjoint CE-Mexique du 23 mars 2000, *J.O.C.E.*, L 157, 30 juin 2006, p. 10.

⁵⁷ Art. 47, § 3, de la Décision n° 2/2000 du Conseil conjoint CE-Mexique du 23 mars 2000, *J.O.C.E.*, L 157, 30 juin 2006, p. 10.

⁵⁸ Art. 47, § 4, de la Décision n° 2/2000 du Conseil conjoint CE-Mexique du 23 mars 2000, *J.O.C.E.*, L 157, 30 juin 2006, p. 10.

⁵⁹ Comp., dans un autre contexte, Groupe spécial, *Mexique – Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool et autres boissons*, WT/DS308/R, 7 octobre 2005, 7.7 et s. *Contra*, à propos de l'accord de libre échange Chine-ASEAN : M. LOVELL, « Regional Trade Agreements and the WTO: An Analysis of the Efficacy of the Asean-China Free Trade Area (ACFTA) Forum Selection Clause in Resolving Jurisdictional Conflict », 1^{er} mai 2007, <http://ssrn.com/abstract=1114770>, spéc. p. 45-67, qui interprète le § 54 du rapport de l'Organe d'appel dans cette affaire comme une ouverture (« nous n'exprimons aucune opinion quant au point de savoir s'il peut y avoir d'autres circonstances dans lesquelles il pourrait exister des obstacles juridiques qui empêcheraient un groupe spécial de se prononcer sur le fond des allégations dont il est saisi. [...] Nous n'exprimons aucune opinion sur le point de savoir s'il existerait un obstacle juridique à l'exercice de la compétence d'un groupe spécial en présence d'éléments tels que ceux qui sont exposés ci-dessus »).

une obligation dans le cadre de l'OMC, elle a recours aux règles et procédures de l'accord instituant l'OMC, qui s'appliquent nonobstant les dispositions du présent accord.

d) Une fois que des procédures de règlement des différends ont été engagées, l'encontre saisie, si elle ne s'est pas déclarée incompétente, est utilisée à l'exclusion de l'autre. [...] »⁶⁰

Les deux premiers alinéas tracent les limites du pouvoir de juridiction. Le troisième règle les cas où les deux juridictions seraient compétentes en vertu des deux dispositions qui précèdent. Lorsque l'objet de la demande est de sanctionner la violation d'obligations « équivalentes », il faut saisir l'ORD. En filigrane, on aperçoit une conception factuelle de la cause, puisqu'une base légale différente n'empêche pas deux demandes d'être similaires. Enfin, comme dans l'accord avec le Chili, une disposition « anti-cumul » complète le dispositif. Son caractère subsidiaire ressort clairement de la prise en compte d'une éventuelle irrecevabilité de l'action pour incompétence de la juridiction.

On peut comprendre ces règles de différentes manières. Certains y verront une forme de priorité accordée au mécanisme de l'OMC, pour tout ce que l'ORD est habilité à juger⁶¹. Ils l'expliquent par la conviction qu'ont pu acquérir les États, après quelques années de fonctionnement, de l'efficacité et de la légitimité de ce mécanisme⁶².

Sans nécessairement exclure les motifs qui précèdent, l'objet de ces règles est aussi d'opérer une répartition des tâches entre deux mécanismes. Dans cette optique intervient le souci de ces membres de l'OMC de ne pas énerver, dans leur accord bilatéral, la compétence juridictionnelle exclusive que prévoit l'article 23 MRD.

On comprend, en particulier, que la Communauté européenne n'entende pas ignorer les exigences de l'article 23 MRD, qu'elle est d'ailleurs la première à avoir invoqué comme fondement principal d'une demande de consultations, qui a abouti à un rapport en sa faveur du groupe spécial⁶³, puis de l'Organe d'appel⁶⁴. Mais si elle respecte ces exigences dans ses relations avec les États tiers, elle les considère cependant inapplicables dans ses relations avec

⁶⁰ Art. 189, § 4, de l'Accord établissant une association entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la République du Chili, d'autre part, *J.O.C.E.*, L 352, 30 décembre 2002, p. 3. La partie de l'accord dont il est question aux points b) et c) est celle intitulée « Commerce et questions commerciales connexes ».

⁶¹ Voy. à ce sujet art. 1^{er}, § 1^{er}, MRD.

⁶² En ce sens, quant à ces deux accords en particulier, I. GARCIA BERCERO, « Dispute Settlement in European Union Free Trade Agreements: Lessons Learned? », in L. BARTELS et F. ORTINO (eds), *Regional Trade Agreements and the WTO Legal System*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 405. Plus généralement, à propos des accords régionaux, W.J. DAVEY, « Dispute Settlement in the WTO and RTAs: A Comment », in L. BARTELS et F. ORTINO (eds), *Regional Trade Agreements and the WTO Legal System*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 343-357. A propos de l'ALENA, A. DE MESTRAL, « NAFTA Dispute Settlement: Creative Experiment or Confusion? », in L. BARTELS et F. ORTINO (eds), *Regional Trade Agreements and the WTO Legal System*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 378-379. Pour M.L. BUSCH (« Overlapping Institutions, Forum Shopping, and Dispute Settlement in International Trade », *International Organization* 61(4), 2007, p. 735-761), le choix du for s'explique aussi par le type de jurisprudence (au sens de *precedent*) que les États souhaitent créer. L'auteur construit un modèle à ce sujet, qui part toutefois du principe que les États peuvent choisir le for (multilatéral ou régional) devant lequel ils portent leurs litiges commerciaux.

⁶³ États-Unis – Mesures à l'importation de certains produits en provenance des Communautés européennes – Rapport du Groupe spécial, WT/DS165/R, 17 juillet 2000.

⁶⁴ États-Unis – Mesures à l'importation de certains produits en provenance des Communautés européennes – Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS165/AB/R, 11 décembre 2000. C'est aussi sur cet article qu'est très largement basée la demande des CE dans l'affaire États-Unis – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones, WT/DS320/R.

ses États membres, lesquelles relèvent, dans sa conception, du droit « constitutionnel » de l'Union, donc notamment de l'article 292 CE⁶⁵.

2.2 Le droit de choisir un des mécanismes de règlement des différends disponibles

Alors que certains traités interdisent aux États de faire appel à d'autres juridictions que celles qu'ils désignent, d'autres leur permettent au contraire de soumettre le différend à un mode de règlement des différends de leur choix. Les États doivent évidemment respecter les règles applicables au mécanisme qu'ils mobilisent, et en premier lieu trouver dans les règles constitutives de celui-ci le fondement de la compétence pour trancher le litige. Or plusieurs juridictions ne sont pas limitées à l'application des règles inscrites dans leur traité constitutif⁶⁶.

Cette permission est parfois implicite, simplement parce que le traité n'aborde pas la question des relations entre les divers mécanismes de règlement des différends. C'est là la règle générale du droit international public : sous la réserve de l'interdiction du recours à la force, le mode de règlement des différends est, en principe, laissé à la discrétion des États⁶⁷. D'autres traités, plus intéressants pour notre propos, règlent explicitement cette question. Le principe du choix s'accompagne alors généralement d'une organisation de ses modalités. Comme le montrent les exemples qui suivent, apparaissent au sein de cette catégorie de nombreuses variantes selon le titulaire du choix, la conception du principe dispositif, ou encore le caractère inclusif ou exclusif de l'alternative.

En son article 2005, l'ALENA n'envisage que les relations entre son mécanisme de règlement des litiges et celui de l'OMC⁶⁸. En règle générale, le choix est laissé au demandeur de confier le différend aux instances de l'ALENA ou à celles de l'OMC (§ 1^{er}). Ce principe connaît toutefois trois limites.

D'abord, si le défendeur estime que le conflit a trait aux questions d'environnement ou de santé, il peut exiger que la question soit tranchée dans le cadre de l'ALENA (§ 3 à 5). Selon les cas, cette règle met en œuvre le choix du défendeur (plutôt que du demandeur) ou s'apparente au contraire aux systèmes d'exclusivité exposés plus haut. S'il est satisfait du for saisi par le plaignant, le défendeur ne soulèvera pas d'exception. Dans le cas contraire, le demandeur est obligé de saisir le panel de l'ALENA. S'il a déjà saisi l'ORD, l'ALENA lui impose de se désister de son instance et de soumettre le conflit au panel de l'ALENA. Il s'agit en réalité, dans cette hypothèse exceptionnelle, d'une forme plus faible d'exclusivité, à laquelle le défendeur peut renoncer au début du litige.

⁶⁵ Voy. *infra*.

⁶⁶ Tel n'est justement pas le cas de l'OMC, dont le mécanisme de règlement des différends est limité à l'application des « accords visés », qui font tous partie de l'Accord de Marrakech. (Art. 1.1 MRD, tel qu'interprété par l'Organe d'appel, *Mexique – Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool et autres boissons*, WT/DS308/AB/R, 6 mars 2006, 56).

⁶⁷ J. VERHOEVEN, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 692-698.

⁶⁸ On analyse ici le règlement des différends « de droit commun » entre États, soit le chapitre 20 de l'ALENA.

Ensuite, par application de l'adage *electa una via*, le demandeur qui choisit un mode de règlement du différend renonce à faire usage de l'autre, sous réserve de l'exception relative aux questions d'environnement (§ 6)⁶⁹.

Enfin, si deux parties de l'ALENA souhaitent agir contre la troisième sur une même question, et que l'une entend saisir l'ORD alors que l'autre souhaite voir juger l'affaire dans le cadre de l'ALENA, ces deux États plaignants doivent se concerter pour choisir ensemble la juridiction qu'ils vont saisir. En l'absence d'accord, la règle supplétive désigne le mécanisme de l'ALENA (§ 2). Pour déterminer si deux actions concernent une même question, la demande est logiquement envisagée de manière factuelle : on examine si les motifs de l'une et l'autre sont « équival[ents] en substance ».

L'ASEAN laisse aussi le choix du mécanisme aux États parties.

« The provisions of this Protocol are without prejudice to the rights of Member States to seek recourse to other fora for the settlement of disputes involving other Member States. A Member State involved in a dispute can resort to other fora at any stage before a party has made a request to the Senior Economic Officials Meeting ("SEOM") to establish a panel pursuant to paragraph 1 Article 5 of this Protocol. »⁷⁰

Le champ d'application est ici plus large, puisque la disposition règle les relations entre le mécanisme de l'ASEAN et tout autre mécanisme potentiellement applicable. Passée la demande de constitution du panel, le choix devient exclusif du recours à d'autres mécanismes, et les États doivent s'abstenir de faire appel à un autre organe de règlement.

Au niveau bilatéral, on trouve des principes du même type dans l'accord créant une zone de libre-échange entre les États-Unis et Bahreïn⁷¹, par exemple. L'article 19.4 ne règle que les rapports entre le mécanisme de règlement des différends de cet accord et celui de l'OMC. Le demandeur a le choix du for qu'il mobilise (§ 1^{er}). Une fois que le demandeur a opté pour un mécanisme, les parties ne peuvent recourir à un autre forum, quel qu'il soit (§ 3). L'accord ne donne pas de critère pour déterminer si deux différends sont identiques ou non. La procédure prévue par cet accord ressemble à certains égards à celle de l'OMC, avec cependant des différences notables (pas de procédure d'appel, possibilité de sanctions financières, ...).

C'est encore un système basé sur le choix du demandeur que met en place, dans le Mercosur, le Protocole d'Olivos (art. 1^{er}, § 2, al. 1^{er}). Les parties au litige peuvent évidemment choisir le for de commun accord. Mais, dès lors qu'une partie a saisi une juridiction, aucune partie ne peut en saisir une autre d'une question portant sur le même objet. Cette dernière règle ne figurait pas explicitement dans le Protocole de Brasilia, applicable antérieurement à l'entrée en vigueur du Protocole d'Olivos. Ceci a été interprété comme signifiant qu'avant cette entrée

⁶⁹ L'efficacité de cette règle est limitée, en ce sens qu'elle n'a pas pour effet de rendre irrecevable l'action introduite postérieurement à l'OMC, en particulier lorsque l'action introduite devant les organes de l'ALENA était basée sur le chapitre 19 de celui-ci (A. DE MESTRAL, « NAFTA Dispute Settlement: Creative Experiment or Confusion? », in L. BARTELS et F. ORTINO (eds), *Regional Trade Agreements and the WTO Legal System*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 370).

⁷⁰ Article 1^{er}, § 3, du ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism du 29 novembre 2004.

⁷¹ Accord signé à Washington, le 14 septembre 2004.

en vigueur, les États membres du Mercosur ne s'interdisaient pas de saisir l'ORD d'une question déjà tranchée dans le cadre du Mercosur⁷².

2.3 La signification de chaque système

Le choix entre un système d'exclusivité ou de choix du for est porteur de signification, sans qu'il ne faille cependant y voir le critère ultime d'une distinction – de degré, non de principe – qui reste floue à bien des égards.

On opte généralement pour une compétence exclusive du juge du for lorsque le système juridique en question est considéré comme la structure d'un ordre institutionnel (par opposition au contrat), porteur de valeurs et d'objectifs communs, qu'il convient de défendre. C'est très clair dans le cadre de la Communauté européenne, dont la Cour est chargée de contrôler l'application des normes. Dès lors qu'on admet le rôle des juridictions dans la création ou l'évolution du droit, ou même simplement l'incidence de leur action sur le fonctionnement des règles, on comprend qu'on cherche à éviter l'intrusion de juges « étrangers » dans l'application d'un tel système normatif. Pour préserver son intégrité et sa cohérence, on réserve au juge du for, présumé plus fidèle aux objectifs et aux principes de l'ordre juridique dont il est issu, le contrôle du respect des normes⁷³.

Quant à l'Organe d'appel, sa prétention à l'exclusivité se fait plus discrète que celle de la Cour de Luxembourg. Prudent, il n'invoque aucun transfert de souveraineté ni, explicitement, un quelconque ordre institutionnel qui romprait avec le *leitmotiv* de l'organisation conduite par les membres (*member-driven*). Mais au-delà des craintes de sanctions unilatérales délétères pour le système commercial, l'idée sous-jacente, sinon du Mémorandum d'accord, du moins de sa compréhension actuelle, est bien de faire prévaloir les règles commerciales, et singulièrement celles de l'OMC, sur les autres champs du droit international. On l'a suffisamment reproché à l'OMC à l'occasion de manifestations concrètes de cette tendance, au sujet de questions plus substantielles. Que cette prétention à la suprématie provienne davantage du juge que du texte du traité – que les États contrôlent mieux – n'étonnera personne, surtout pas la Communauté européenne⁷⁴.

Même si cela est beaucoup moins marqué, on remarque que l'ALENA (ou ses États membres) considère aussi que certaines questions impliquent des valeurs particulières que la juridiction du for est plus apte à protéger. En conséquence, on lui accorde une priorité sur la juridiction « étrangère », celle de l'OMC. Mais là où les règles européennes suivent une logique d'ordre public (de direction), celle de l'ALENA sont plutôt conçues comme du droit impératif (ordre public de protection). Il est admis que, de commun accord, les États en cause puissent y

⁷² Voy. Groupe spécial, *Argentine – Droits antidumping définitifs visant la viande de volaille en provenance du Brésil*, WT/DS241/R, 22 avril 2003, 7.38

⁷³ Voy. l'expression forte de M. KOSKENNIEMI (« Le droit international et la voie de l'éducation juridique : entre constitutionnalisme et gestionnariat », *European Journal of Legal Studies* 1(1), 2007) qui, reprenant Kelsen, parle de solipsisme et d'impérialisme.

⁷⁴ Sur la présence de « valeurs » partagées, et promues par l'organe judiciaire, tant dans l'UE qu'à l'OMC, voy. R. LEAL-ARCAS, « The EU Institutions and their *Modus Operandi* in the World Trading System », *Columbia Journal of European Law*, 2005, p. 166.

déroger après la naissance du litige. Cette différence s'explique par l'objectif des règles, à savoir le maintien d'un ordre « constitutionnel » d'un côté, et la protection de certains intérêts face aux forces du marché, de l'autre.

Par contre, on a tendance à laisser le choix du for lorsqu'on croit que les règles juridiques ne sont pas porteuses de valeurs. Même s'il s'agit davantage d'une perception que de la réalité – dans ces matières économiques où les effets (re)distributifs des normes juridiques sont omniprésents – il est exact que certaines règles s'inscrivent moins que d'autres dans un projet « politique » ou explicitement orienté vers la réalisation d'un intérêt général. Il s'agit alors simplement d'assurer l'effectivité des règles, mais n'importe quel juge dont les décisions font autorité peut s'en charger, puisque sa décision ne s'inscrit pas dans le projet ou dans les valeurs d'une institution. Il ne doit pas nécessairement être imprégné des convictions, des valeurs, des objectifs politiques du système de normes à propos duquel il statue. Dans ces conditions, il n'est pas étonnant que les unions douanières et « communautés » économiques, plus étroitement intégrées, prévoient plus souvent une exclusivité de juridiction, alors que les accords de libre-échange laissent plutôt le choix du for⁷⁵. Valeurs mises à part, celui-ci n'est cependant jamais parfaitement neutre : il peut conférer au demandeur un avantage stratégique, en ce qu'il détermine les règles de fond et de procédure applicables⁷⁶.

La distinction est classique en droit international privé : alors qu'on admet facilement l'application par le juge étranger de normes de droit privé (présumées sans incidence sur la réalisation des objectifs publics d'intérêt général), les règles institutionnelles (ou d'ordre public, ou de police) ne sont en principe applicables que par le juge du for. Sans doute des distinctions plus fines sont-elles à opérer à ce sujet, mais l'idée générale est bien celle de la sauvegarde, par l'interdiction de l'immixtion du juge étranger, de l'intégrité d'un système de normes destiné à réaliser un objectif particulier et dès lors soustrait à la libre disposition des participants⁷⁷.

3. Relations entre les systèmes

Après avoir examiné, en théorie, la manière dont divers systèmes règlent leur relation aux autres mécanismes de règlement des différends, il faut étudier comment ils interagissent à l'occasion d'un différend particulier. A cet égard, trois cas peuvent se présenter, selon les caractéristiques des systèmes en présence : soit les deux systèmes sont basés sur un choix des

⁷⁵ J. PAUWELYN, « Going Global, Regional, or Both? Dispute Settlement in the Southern African Development Community (SADC) and Overlaps with the WTO and other Jurisdictions », *Minnesota Journal of Global Trade*, 2004, p. 285-286.

⁷⁶ A propos de l'ALENA, en citant l'exemple du différend *Canada – Périodiques*, A. DE MESTRAL, « NAFTA Dispute Settlement: Creative Experiment or Confusion? », in L. BARTELS et F. ORTINO (eds), *Regional Trade Agreements and the WTO Legal System*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 364-365.

⁷⁷ Sur ce thème, voy. S. FRANCO, *L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 12 et s. En droit international privé, cette exclusivité se réalise généralement de deux manières. Souvent, le juge n'a, selon son droit national, aucune compétence pour statuer sur des questions de droit public étranger (par exemple : la vérification de la constitutionnalité des lois étrangères), ce qui évite tout conflit. A l'inverse, lorsque le juge étranger statue néanmoins au sujet de règles d'ordre public étranger, l'ordre juridique ainsi « atteint » dans son intégrité réagit en refusant de reconnaître la décision étrangère, du moins si elle n'est pas conforme au résultat auquel aboutirait le juge du for.

parties (3.1), soit un système laisse un choix alors que l'autre connaît la règle de l'exclusivité (3.2), soit encore les deux systèmes contiennent une règle d'exclusivité (3.3). On étudie ces hypothèses en présentant, à titre d'exemples, quelques différends dans lesquels l'interaction entre deux systèmes a (ou pourrait avoir) fait l'objet d'une discussion.

3.1 Les deux systèmes permettent le choix du for

On pourrait croire que la situation est la plus simple lorsque les deux ordres juridiques en présence permettent au demandeur de choisir la juridiction. Pourtant, cette rencontre de deux ordres juridiques pose des problèmes particuliers.

On pense en premier lieu au classique *forum shopping*. Lorsque deux ou plusieurs juridictions sont simultanément compétentes, rien n'empêche le demandeur de choisir la juridiction sur la base de considérations stratégiques, voire d'en saisir plusieurs simultanément ou successivement. Le défendeur peut aussi « contre-attaquer » en saisissant une autre juridiction. Ces questions ont été suffisamment étudiées pour qu'il ne faille pas y consacrer de longs développements⁷⁸. Cette multiplication des juridictions n'aboutit pas nécessairement, d'ailleurs, à une pléthore de décisions (éventuellement contradictoires) sur le fond, mais peut aussi favoriser une certaine frilosité des juges à trancher les questions difficiles⁷⁹.

On a vu que certains traités interdisent explicitement de saisir une seconde juridiction à propos d'un même différend. Cette règle n'est réellement efficace que si elle fait partie des règles de procédure applicables à la seconde juridiction saisie. Son application requiert en outre d'apporter une forme de réponse à la question de la définition de l'identité entre deux demandes, et en particulier de trancher la controverse de la cause. Si l'on considère que deux demandes sont distinctes au seul motif qu'elles reposent sur des bases juridiques différentes, le simple fait d'être en présence de deux traités empêchera systématiquement que l'interdiction du cumul juridictionnel s'applique. C'est pourquoi certains accords adoptent une formulation plus souple impliquant que l'interdiction s'applique dès que les deux actions poursuivent le même objectif ou, plus largement encore, qu'elles concernent le même différend. C'est là une manière, en droit international, de regrouper devant le même juge les demandes connexes.

⁷⁸ En ce qui concerne spécifiquement notre sujet, voy. R. LEAL-ARCAS, « Choice of Jurisdiction in International Trade Disputes: Going Regional or Global », *Minnesota Journal of International Law* 61, 2007, p. 1-59, qui discute notamment les avantages et les inconvénients liés à l'introduction d'une action devant l'OMC ou devant l'ALENA ; M. LOVELL, « Regional Trade Agreements and the WTO: An Analysis of the Efficacy of the Asean-China Free Trade Area (ACFTA) Forum Selection Clause in Resolving Jurisdictional Conflict », 1^{er} mai 2007, <http://ssrn.com/abstract=1114770>, p. 21-23. Récemment, en droit international privé européen, voy. P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES (ed.), *Forum Shopping in the European Judicial Area*, Oxford, Hart, 2007, qui analyse la Convention de Bruxelles I et leur application notamment par la Cour de justice des Communautés européennes.

⁷⁹ Voy. l'étude de A. HUMBERT, « L'attrait trompeur de la pluralité des juges internationaux : libres réflexions à partir de l'affaire du Lichtenstein devant la C.E.D.H. et la C.I.J. », *Revue de droit international et de droit comparé*, 2007, p. 313.

3.2 Un système permet le choix, l'autre prévoit l'exclusivité

Lorsque le système juridictionnel d'un ordre juridique repose sur des compétences exclusives alors que l'autre laisse un choix aux parties, leur rencontre devrait logiquement tourner à l'avantage du premier. L'affaire de l'usine MOX, exposée plus haut, le montre très clairement. Pour se concentrer sur le droit économique international, on propose d'étudier, à titre d'exemple, les relations entre le juge de l'ALENA et celui de l'OMC⁸⁰.

Plusieurs différends entre les États membres de l'ALENA ont été soumis à l'ORD. En revanche, dans le différend des *Balais en paille de sorgho*⁸¹, le Mexique a opté pour le mécanisme institué par le chapitre 20 de l'ALENA. Les États-Unis, défendeurs, ont plaidé l'incompétence du groupe spécial pour statuer sur le respect des règles de l'OMC, à moins que ces règles n'aient été « intégrées » dans l'accord ALENA⁸², *quod non* en l'espèce. Sans invoquer l'article 23 MRD, les États-Unis se basaient sur le caractère limité des compétences attribuées au groupe spécial par l'ALENA. Quant au Mexique, il déduit de l'article 2005, § 6 (*electa una via*), que

« un instrument propre à l'ALENA, choisi en vertu du paragraphe 2005(1) a nécessairement la compétence voulue pour résoudre toutes les questions qui se chevauchent ressortissant à l'Accord général et impliquées dans ce différend. »⁸³

Le débat était clairement posé en termes d'interprétation des dispositions de l'ALENA. Le groupe spécial a esquivé cette problématique en constatant une violation par les États-Unis d'une disposition de l'ALENA dont le texte est « à peu près le même » que celui de la règle invoquée en droit de l'OMC. En conséquence, un examen sous l'angle de l'OMC n'aurait pas pu, selon le groupe spécial, aboutir à une conclusion différente, ce qui rend cet examen inutile. La décision est donc uniquement basée sur l'ALENA et aucune réponse n'est apportée aux allégations du Mexique fondées sur les règles de l'OMC⁸⁴. Tout en réglant le litige, le groupe spécial évite ainsi de heurter de front l'exclusivité de juridiction de l'ORD en appliquant explicitement des règles « réservées » à ce dernier.

⁸⁰ Un différend entre le Chili et les Communautés européennes concernant les espadons a également été soumis tant au Tribunal du droit de la mer qu'à l'ORD de l'OMC. Les parties ont toutefois suspendu les procédures de commun accord. Voy. Tribunal international du droit de la mer, ordonnance 2007/3 du 30 novembre 2007, *Affaire concernant la conservation et l'exploitation durable des stocks d'espadon dans l'Océan pacifique sud-est (Chili / Communauté européenne)*, et *Chili – Mesures concernant le transport en transit et l'importation d'espadons*, WT/DS193.

⁸¹ Groupe spécial (ALENA), *Mesures de sauvegarde américaines prises relativement aux balais en paille de sorgho du Mexique*, USA-97-2008-01, 30 janvier 1998. La mesure de sauvegarde litigieuse a aussi été critiquée devant l'OMC, par la Colombie, qui s'est toutefois limitée à une demande de consultations (*États-Unis – Sauvegarde contre les importations de balais en sorgho*, Demande de consultations présentée par la Colombie, WR/DS78/1, 1^{er} mai 1997).

⁸² On peut y voir une analogie avec le raisonnement de la Cour de justice européenne dans les affaires *Fediol* et *Nakajima* : C.J.C.E., 22 juin 1989, *Fédération de l'industrie de l'huilerie de la CEE (Fediol)*, 70/87, Rec., 1989, p. 1781 et C.J.C.E., 7 mai 1991, *Nakajima All Precision Co. Ltd*, C-69/89, Rec., 1991, p. I-2069.

⁸³ Groupe spécial (ALENA), *Mesures de sauvegarde américaines prises relativement aux balais en paille de sorgho du Mexique*, USA-97-2008-01, 30 janvier 1998, 28.

⁸⁴ Groupe spécial (ALENA), *Mesures de sauvegarde américaines prises relativement aux balais en paille de sorgho du Mexique*, USA-97-2008-01, 30 janvier 1998, 49-50.

Néanmoins, le groupe spécial de l'ALENA ne s'est pas déclaré incompétent pour appliquer les règles de l'OMC et, en décidant qu'une de celles-ci est similaire à une règle de l'ALENA, il en a même fait, paradoxalement, une forme d'application ou, à tout le moins, d'interprétation. Pour ce faire, il a adopté une conception factuelle de la cause⁸⁵, en se contentant d'une similitude approximative entre le texte des deux bases juridiques applicables pour considérer que les chefs de demande étaient identiques. Pour éviter un choc frontal avec les règles procédurales de l'OMC, cette démarche du Groupe spécial est d'une forme assez habile, même si elle n'efface pas tout conflit. Mais en amont, c'est la demande du Mexique, indépendamment de la réponse qu'on y apporte, qui est introduite en violation de l'article 23 MRD. Cette violation semble toutefois être restée sans conséquences à l'OMC. Il est vrai que, dans le contexte, elle ne causait un grief particulier à personne.

Les rapports entre les systèmes de l'OMC et de l'ALENA ont aussi été examinés dans l'affaire des *Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool*, portée cette fois devant l'ORD⁸⁶. Sans contester la compétence du groupe spécial de l'OMC⁸⁷, le Mexique invoquait une forme de connexité avec un différend soulevé dans le cadre de l'ALENA. Il demandait au groupe spécial de l'OMC de s'abstenir de statuer⁸⁸, parce que ce dernier aurait dû se cantonner à l'application des règles de son propre ordre juridique⁸⁹, alors que le mécanisme de règlement des différends de l'ALENA aurait pu traiter l'affaire dans sa globalité. Le groupe spécial estime cependant que l'article 11 MRD lui impose de recommander une solution au différend⁹⁰ qui lui est soumis, et que l'article 23 MRD est la source d'un droit pour les États membres à voir le différend traité par l'OMC⁹¹. A cette décision de principe s'ajoute une argumentation en fait, relativisant la connexité alléguée entre les deux différends⁹².

Cette décision est confirmée par l'Organe d'appel. Après avoir constaté que la compétence elle-même n'est pas contestée et au terme d'une analyse approfondie des dispositions du Mémoire d'accord, l'Organe d'appel confirme l'obligation à charge du groupe spécial de statuer sur le différend⁹³. Il rappelle aussi l'interdiction faite aux juridictions de l'OMC de se

⁸⁵ Pour une brève discussion des critères formel et matériel de l'identité de la cause en droit international public, à l'occasion de l'affaire MOX, voy. S. MALJEAN-DUBOIS et J.-C. MARTIN, « L'affaire de l'*Usine Mox* devant les tribunaux internationaux », *Journal du droit international*, 2007, p. 447-448.

⁸⁶ Sur cette affaire, voy. K. KENNEDY, « Parallel Proceedings at the WTO and Under NAFTA Chapter 19: Whither the Doctrine of Exhaustion of Local Remedies in DSU Reform », *George Washington International Law Review* 39(1), 2007, p. 69-72.

⁸⁷ Groupe spécial, *Mexique – Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool et autres boissons*, WT/DS308/R, 7 octobre 2005, 7.13.

⁸⁸ Groupe spécial, *Mexique – Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool et autres boissons*, WT/DS308/R, 7 octobre 2005, 4.98 et s.

⁸⁹ L'ALENA n'est, en effet, pas un accord visé au sens de l'article 1^{er}, § 1^{er}, MRD.

⁹⁰ Groupe spécial, *Mexique – Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool et autres boissons*, WT/DS308/R, 7 octobre 2005, 7.7.

⁹¹ Groupe spécial, *Mexique – Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool et autres boissons*, WT/DS308/R, 7 octobre 2005, 7.9.

⁹² Groupe spécial, *Mexique – Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool et autres boissons*, WT/DS308/R, 7 octobre 2005, 7.14 et 7.16.

⁹³ Organe d'appel, *Mexique – Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool et autres boissons*, WT/DS308/AB/R, 6 mars 2006, 44-53. Cette solution est approuvée par A. DE MESTRAL, « NAFTA Dispute Settlement: Creative Experiment or Confusion? », in L. BARTELS et F. ORTINO (eds), *Regional Trade Agreements and the WTO Legal System*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 364. Sans citer ce différend, K. KWAK et G. MARCEAU adoptent un point de vue convergent (« Overlaps and Conflicts of Jurisdiction between the World Trade Organization and Regional Trade Agreements », in L. BARTELS et F. ORTINO (eds),

prononcer sur le respect par les États membres d'obligations autres que celles contenues dans les accords visés, fût-ce dans le cadre d'une question accessoire ou préliminaire⁹⁴. Avec ces décisions, les juges de l'OMC affirment leur autonomie. Ils n'acceptent pas que d'autres appliquent « leurs » normes (art. 23 MRD), mais ils souhaitent en outre garder leur indépendance par rapport à d'autres ordres juridiques, en s'abstenant de statuer à leur sujet et en refusant de se laisser (trop) influencer par les développements survenant en leur sein⁹⁵.

3.3 Les deux systèmes prévoient une compétence exclusive

Lorsque se rencontrent, à l'occasion d'un même litige, deux mécanismes de règlement des différends qui soutiennent l'un et l'autre leur compétence exclusive, la situation ressemble à une forme de blocage. On imagine ici deux traités qui interdiraient chacun de saisir la juridiction instituée par l'autre. Sauf à retenir une conception particulièrement étroite de l'identité ou de la connexité entre les deux différends, la double interdiction revient en définitive, dans les faits, à priver les États du bénéfice de l'un et l'autre mécanismes de règlement des différends, sauf à risquer un recours pour violation de l'un des deux accords. Cependant, il ne s'agit pas à proprement parler d'une incompatibilité entre les deux traités⁹⁶. Dès lors que le demandeur n'est pas obligé de saisir une juridiction, il peut parfaitement respecter simultanément l'un et l'autre traité mais, paradoxalement, au prix de s'interdire l'accès effectif aux juridictions qui, pourtant, ont été dans les deux cas instituées de commun accord.

On a vu qu'en ce qui concerne les accords avec le Mexique et le Chili, les relations entre les mécanismes de règlement des différends de ces accords et l'OMC étaient expressément prises en compte. En revanche, des telles dispositions explicites n'existent pas au sujet des relations entre la Communauté européenne et l'OMC. On ne décèle cependant, ni d'une part ni de l'autre, de norme qui permettrait de déroger à l'exclusivité de juridiction. En ce qui concerne le droit communautaire, l'affaire de l'usine MOX démontre à suffisance qu'une telle dérogation n'est pas concevable, même dans un traité conclu par la Communauté et tous ses

Regional Trade Agreements and the WTO Legal System, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 482-483). A l'inverse, C. HENCKELS plaide pour une application mesurée de la doctrine du *comity*, en vertu de laquelle une juridiction peut refuser de statuer sur le litige qui lui est soumis lorsqu'elle l'estime inapproprié, ce qui peut être utilisé pour éviter les conflits de juridictions (« Overcoming Jurisdictional Isolationism at the WTO-FTA Nexus: A Potential Approach for the WTO », *European Journal of International Law*, 2008, p. 571-599).

⁹⁴ Organe d'appel, *Mexique – Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool et autres boissons*, WT/DS308/AB/R, 6 mars 2006, 56.

⁹⁵ Pour une autre manifestation de cette tendance, voy. Organe d'appel, *Brésil – Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés*, WT/DS332/AB/R, 3 décembre 2007, spéc. 228. Toujours dans le cadre du Mercosur, un groupe spécial a rejeté un raisonnement, basé sur l'*estoppel*, par lequel il lui était demandé de s'abstenir de statuer, dès lors que la question avait déjà été tranchée par un tribunal arbitral établi sur la base du Protocole de Brasilia. La demande subsidiaire, visant à ce que le groupe spécial se considère lié par la décision du tribunal arbitral, est aussi rejetée (Groupe spécial, *Argentine – Droits antidumping définitifs visant la viande de volaille en provenance du Brésil*, WT/DS241/R, 22 avril 2003, 7.17-7.42). En ce qui concerne le Mercosur, cette affaire a été réglée sur la base du Protocole de Brasilia, applicable avant l'entrée en vigueur du Protocole d'Olivos, et qui, contrairement à ce dernier, n'interdisait pas explicitement de saisir un groupe spécial de l'OMC après avoir saisi un Tribunal arbitral du Mercosur.

⁹⁶ Cette absence d'incompatibilité évite d'ailleurs qu'il faille envisager une solution encore plus étonnante selon laquelle l'Accord de Marrakech – traité postérieur – l'emporterait sur le traité de Rome par application de l'article 30, § 3, de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

États membres. En ce qui concerne l'OMC, l'article XXIV permet aux membres d'un accord régional de s'accorder mutuellement des préférences (et donc de discriminer les États tiers), soit une dérogation à l'article I^{er} du GATT. Mais l'accord OMC n'indique pas si – et à quelles conditions – des dérogations à d'autres dispositions seraient possibles. On admet généralement que sont autorisées les dérogations nécessaires à l'établissement de l'union douanière ou de la zone de libre échange⁹⁷. Ce critère n'est pas des plus précis, et son application dans la pratique risque d'être compliquée car l'admissibilité d'une dérogation dépendra des particularités de la négociation politique précédant la conclusion de chaque accord régional particulier. Sous ces réserves, on peut admettre qu'il soit nécessaire au bon fonctionnement de l'accord régional qu'un mécanisme de règlement des différends soit prévu pour trancher les litiges entre les membres au sujet de l'application de l'accord. Par contre, on n'aperçoit pas de nécessité pour la juridiction instituée par l'accord régional d'être compétente pour se prononcer sur le droit de l'OMC⁹⁸.

On n'a pas connu, jusqu'à présent, d'opposition frontale entre la Cour de justice et l'ORD, mais on présente ici deux affaires dans lesquelles le problème apparaît⁹⁹.

A titre préliminaire, il faut rappeler que le droit européen ne se considère pas comme du droit international « ordinaire ». Ce serait mal poser le problème d'affirmer que la Communauté prétend se parer de certains attributs étatiques, dès lors qu'elle est le fruit d'un projet original qui entend, précisément, dépasser la conception classique de la division du monde en États souverains issue du Moyen Âge et actée par les traités de Westphalie. Il n'empêche que la manifestation concrète de cette philosophie consiste parfois à reconnaître à la Communauté des caractéristiques généralement réservées aux États. La jurisprudence classique de la Cour est éloquente à cet égard :

« Attendu que l'objectif du Traité C.E.E. qui est d'instituer un marché commun dont le fonctionnement concerne directement les justiciables de la Communauté, implique que ce Traité constitue plus qu'un accord qui ne créerait que des obligations mutuelles entre les États contractants ; que cette conception se trouve confirmée par le préambule du Traité qui, au-delà des gouvernements, vise les peuples, et de façon plus concrète par la création d'organes qui institutionnalisent des droits souverains dont l'exercice affecte aussi bien les États membres que leurs citoyens »¹⁰⁰.

« En instituant une Communauté de durée illimitée, dotée d'institutions propres, de la personnalité, de la capacité juridique, d'une capacité de représentation internationale et plus

⁹⁷ Organe d'appel, *Turquie – Restrictions à l'importation de produits textiles et de vêtements*, WT/DS34/AB/R, 22 octobre 1999, 58 et K. KWAK et G. MARCEAU, « Overlaps and Conflicts of Jurisdiction between the World Trade Organization and Regional Trade Agreements », in L. BARTELS et F. ORTINO (eds), *Regional Trade Agreements and the WTO Legal System*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 466.

⁹⁸ *Contra*, semble-t-il, même si la question n'est pas discutée dans les détails, M.L. BUSCH, « Overlapping Institutions, Forum Shopping, and Dispute Settlement in International Trade », *International Organization* 61(4), 2007, p. 738.

⁹⁹ Pour comparer avec les autres systèmes évoqués plus haut, et notamment l'ALENA, il faut noter que la Communauté européenne est la seule union douanière qui soit, en tant que telle, membre de l'OMC. Les autres accords régionaux n'ont pas donné lieu à la création d'une organisation internationale, ou l'organisation internationale qu'ils ont instituée n'est pas membre de l'OMC, de sorte que seuls ses États membres sont titulaires des droits et obligations découlant de l'Accord de Marrakech.

¹⁰⁰ C.J.C.E., 5 février 1963, *van Gend en Loos*, 26/62, *Rec.*, 1963, p. 3.

particulièrement de pouvoirs réels issus d'une limitation de compétence ou d'un transfert d'attributions des États à la Communauté, ceux-ci ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains et créé ainsi un corps de droit applicable à leurs ressortissants et à eux-mêmes. »¹⁰¹

Participe de cette vision l'idée que, dans les matières communautaires, ce n'est pas la Communauté qui agit conformément aux décisions de ses États membres, mais que ces derniers, comme leurs citoyens, sont soumis aux décisions de la Communauté. En ce qui concerne les relations internationales, c'est la Communauté qui a le pouvoir exclusif de conclure et d'exécuter, dans les matières de sa compétence, des traités avec des États tiers. A cet égard, les relations entre la Communauté et ses États membres ne se situent pas dans la sphère du droit international, mais elles constituent simplement une catégorie particulière de droit interne. D'un point de vue européen, le « corps de droit » communautaire n'est donc pas, pour les États membres, du droit international qui serait de même nature que celui résultant de traités conclus avec des États tiers.

Sans entrer dans plus de détails, cette vision n'est pas nécessairement celle des États tiers ou de l'OMC. En toute hypothèse, cette conception n'est valable qu'en ce qui concerne les matières relevant de la compétence communautaire, ce qui oblige à se préoccuper de la répartition des compétences entre la Communauté et ses États membres dans les domaines régis par l'OMC¹⁰². La participation des États membres à l'OMC implique que cet accord relève en partie de leurs compétences, mais

« l'accord OMC a été conclu par la Communauté et ratifié par ses États membres, sans que leurs obligations respectives envers les autres parties contractantes aient été réparties entre eux. »¹⁰³

Même pour des juristes européens, la question de la répartition des compétences peut s'avérer particulièrement complexe. Elle l'est à plus forte raison pour les partenaires commerciaux, qui parfois peinent à distinguer les cas où la Communauté agit en son nom ou au nom de ses États membres, et inversement les hypothèses où un État membre agit en vertu de ses propres compétences ou, au contraire, en tant qu'agent de la Communauté¹⁰⁴.

¹⁰¹ C.J.C.E., 15 juillet 1964, *Costa c. E.N.E.L.*, 6/64, *Rec.*, 1964, p. 1141.

¹⁰² Sur cette question, en général, voy. p. ex. R. LEAL-ARCAS, « Polycephalous Anatomy of the EC in the WTO: An Analysis of Law and Practice », *Florida Journal of International Law*, 2007, p. 569-670.

¹⁰³ C.J.C.E., 16 juin 1998, *Hermès International*, C-53/96, *Rec.*, 1998, p. I-3603, 24. La question de l'éventuelle solidarité entre la Communauté et ses États membres à l'égard des autres membres de l'OMC n'est pas tranchée dans l'avis de la Cour relatif à l'Accord de Marrakech (C.J.C.E., 15 novembre 1994, *Avis 1/94*, *Rec.*, 1994, p. I-5267). Sur ce thème, voy. R. LEAL-ARCAS, « Polycephalous Anatomy of the EC in the WTO: An Analysis of Law and Practice », *Florida Journal of International Law*, 2007, p. 645 et P. EECKHOUT, « The EU and its Member States in the WTO – Issues of Responsibility », in L. BARTELS et F. ORTINO (eds), *Regional Trade Agreements and the WTO Legal System*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 449-464 (ce dernier conclut à une responsabilité solidaire)

¹⁰⁴ La manière dont la Cour détermine si la compétence a été exercée, ou non, par la Communauté dans une matière particulière (ce qui fait rentrer les compétences partagées dans la sphère d'action de la communauté) est en outre imprécise, car elle se fonde sur des critères non binaires, presque qualitatifs. Ainsi, le domaine des droits d'auteur (convention de Berne) est « largement couvert par le traité [de Rome] » (C.J.C.E., 19 mars 2002, *Commission c. Irlande*, C-13/00, *Rec.*, 2002, p. I-2943, 20) de sorte qu'il relève de la compétence communautaire. Par contre, en droit des brevets, l'exercice de sa compétence par la Communauté « est, à ce jour, resté insuffisamment important pour pouvoir considérer que, en l'état actuel, ce domaine relève du droit communautaire », de sorte que les États membres restent « principalement » compétents (C.J.C.E., 11 septembre 2007, *Merck Genéricos*, C-431/05, *Rec.*, 2007, p. I-7001, 46-47). On conviendra qu'il s'agit d'une question

Ceci précisé, on examine maintenant les deux affaires sélectionnées.

La première est bien connue de ceux que préoccupent les relations entre le droit de l'OMC et le droit communautaire. Il s'agit de l'affaire *Portugal c. Conseil*, dans laquelle le Portugal demandait l'annulation d'une décision du Conseil au motif, notamment, qu'elle était contraire aux obligations de la Communauté découlant des accords de l'OMC.

Dans cette affaire, la Cour refuse au Portugal d'invoquer les règles de l'OMC après avoir affirmé que « les règles du GATT n'ont pas d'effet direct et que les particuliers ne peuvent s'en prévaloir devant les organes juridictionnels »¹⁰⁵. Or, le Portugal n'est précisément pas un particulier mais, comme la Communauté, un sujet de droit international ayant conclu le traité dont il alléguait la violation. C'est ainsi qu'on peut comprendre son argument selon lequel

« la présente affaire ne soulève pas [...] le problème de l'effet direct, mais concerne la question de savoir dans quelles circonstances un *État membre* peut invoquer devant la Cour les accords OMC aux fins d'apprécier la légalité d'un acte du Conseil. »¹⁰⁶

Quoique la Cour n'explicite pas cette réponse, le cheminement intellectuel semble partir de l'hypothèse que cette matière relève de la compétence exclusive de la Communauté (commerce international des textiles), de sorte que le Portugal ne doit pas être considéré comme une partie au traité OMC *en ce qui concerne cette matière* et qu'il se trouve, partant, dans la même position qu'un particulier. Sans entrer ici dans le débat plus général de l'invocabilité du droit de l'OMC devant la Cour de justice, on peut constater que l'arrêt s'insère de manière cohérente dans sa jurisprudence et dans sa conception du droit européen.

Comment un tel recours en annulation serait-il considéré par l'ORD sous l'angle de l'article 23 du Mémoire d'accord ? Formellement, le Portugal a violé cet article : en saisissant la Cour de justice pour obtenir d'un autre membre de l'OMC – la Communauté européenne – qu'il en respecte les règles, il n'a pas respecté l'exclusivité de juridiction de l'ORD. Du point de vue de l'OMC, une demande en annulation n'est-elle pas précisément une manière, pour un membre, de « cherch[er] à obtenir le retrait de la mesure incompatible »¹⁰⁷ avec les obligations d'un autre membre ?

Les européanistes objecteront que la compétence d'annuler les actes de droit dérivé revient, par essence, à la Cour de justice, ce qui signifie qu'il s'agit d'une question interne à l'ordre juridique européen¹⁰⁸. D'ailleurs, dans la vision européenne, le Portugal n'est pas même partie

d'appréciation assez délicate, voire de nuances, dont on peut difficilement présumer la connaissance et la compréhension par les États tiers.

¹⁰⁵ C.J.C.E., 23 novembre 1999, *Portugal c. Conseil*, C-149/96, *Rec.*, 1999, p. I-8395, 27. Pour un raisonnement similaire, avant 1995, C.J.C.E., 5 octobre 1994, *Allemagne c. Conseil*, C-280/93, *Rec.*, 1994, p. I-4973, spéc. 109.

¹⁰⁶ C.J.C.E., 23 novembre 1999, *Portugal c. Conseil*, C-149/96, *Rec.*, 1999, p. I-8395, 32 (nos italiques).

¹⁰⁷ Groupe spécial, *Communautés européennes – Mesures affectant le commerce des navires de commerce*, WT/DS301/R, 22 avril 2005, 7.207.

¹⁰⁸ Dans le même ordre d'idées, certains commentateurs de l'arrêt MOX y ont vu une interdiction de faire trancher des litiges entre États européens par l'ORD, même si l'hypothèse leur paraît d'école (Y. KERBRAT et P. MADDALON, « Affaire de l'Usine MOX : la CJCE rejette l'arbitrage pour le règlement des différends entre États membres », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2007, p. 176).

aux accords de l'OMC en ce qui concerne la question litigieuse. Il n'est pas certain, cependant que cette manière de voir soit acceptée, telle quelle, par l'OMC et par ses États membres (non européens), eu égard en particulier à l'absence d'une répartition claire des obligations.

Si tel était le cas, on aboutirait à une confrontation entre les deux systèmes juridiques, qui prétendent l'un et l'autre à l'exclusivité. Certes, le traité CE et le MRD ne sont pas strictement incompatibles, parce que le premier donne un droit d'agir aux États, qu'ils ne sont cependant jamais obligés d'exercer. C'est alors les États européens qui en font les frais car s'en trouve compromise leur action contre les organes de la Communauté, au cœur même de l'ordre juridique européen. L'importance pratique de ces réflexions doit cependant être doublement relativisée. D'une part, il est peu probable qu'en cas d'action intentée par un État, la possible violation de l'article 23 MRD soit soumise aux instances de l'OMC, dès lors qu'elle peut difficilement léser un tiers. D'autre part, les États n'ont guère de raison d'agir devant la Cour sur la base du droit de l'OMC puisque, sauf revirement, cette action est, de toute manière, vouée à l'échec en vertu de la jurisprudence relative à l'invocabilité du droit de l'OMC.

Une situation symétrique se présenterait si la Commission, sur la base de l'article 300, § 7, CE, agissait en manquement contre un État membre qui ne respecte pas les règles de l'OMC. Introduire une demande et se pencher sur l'affaire pourrait constituer une violation de l'article 23 MRD, commise par la Communauté agissant à l'intermédiaire de la Commission et de la Cour. Or, pour ce type d'action, le droit de l'OMC peut être invoqué devant la Cour¹⁰⁹. Dans cette hypothèse, l'article 23 MRD pourrait effectivement gêner la Commission dans l'exercice de l'action en manquement, si du moins elle s'embarrasse pour si peu. Comme l'État membre ne peut invoquer le droit de l'OMC devant la Cour, cet argument ne lui sera pas utile à titre de moyen de défense. La probabilité qu'un tiers saisisse l'OMC apparaît, quant à elle, minime. Un État européen qui oserait une telle action subirait les foudres de la Cour de justice, comme l'Irlande dans l'affaire de l'usine MOX.

La seconde affaire a été tranchée par un groupe spécial de l'OMC. Elle concerne un différend intenté par les États-Unis au sujet du traitement tarifaire de certains matériels informatiques. En particulier, en raison apparemment d'une divergence d'interprétation du tarif douanier commun, les marchandises sont soumises à un droit de douane plus élevé par les administrations britannique et irlandaise. Les États-Unis demandent l'établissement d'un groupe spécial contre les trois membres de l'OMC impliqués (selon eux), à savoir l'Irlande, le

¹⁰⁹ Celle-ci l'a admis dans un recours en manquement contre l'Allemagne qui n'avait pas respecté un arrangement conclu dans le cadre du GATT (C.J.C.E., 10 septembre 1996, *Commission c. Allemagne*, C-61/94, *Rec.*, 1996, p. I-3989). Dans son arrêt *Portugal c. Conseil*, la Cour limite expressément sa décision aux actions dans lesquelles elle « contrôle la légalité des actes des institutions communautaires » (C.J.C.E., 23 novembre 1999, *Portugal c. Conseil*, C-149/96, *Rec.*, 1999, p. I-8395, 47 (nous soulignons)) ce qui peut être interprété comme une manière de maintenir la possibilité d'admettre l'invocabilité dans le cadre d'une action en manquement. Tel est aussi l'avis de l'Avocat général dans ses conclusions prises dans l'affaire *FIAMM* (Conclusions de l'Avocat général M. M. Poiares Maduro dans les affaires jointes *FIAMM* et *FIAMM Technologies c. Conseil e.a.*, C-120/06 et 121/06, 20 février 2008, 40). L'asymétrie de la solution étonne, en particulier lorsqu'on lit simultanément que l'invocabilité est fonction de « la nature et l'économie du traité » (*ibid.*, 27) et qu'elle est une condition à l'aboutissement de l'action « quelle que soit la nature du recours au soutien duquel est allégué un moyen tiré de la violation d'un accord international » et « quelle que soit la qualité du requérant, qu'il s'agisse d'un particulier ou d'un requérant privilégié » (*ibid.*, 28). Mais cette asymétrie s'explique, par contre, si l'on considère qu'elle a pour but d'assurer la primauté du droit européen et des institutions communautaires, tant à l'égard du droit national que des règles de l'OMC.

Royaume-Uni et la CE¹¹⁰. Cette démarche ne manque pas d'ouvrir la boîte de Pandore de la répartition des compétences¹¹¹.

C'est d'abord, vraisemblablement, sur cette base que le Royaume-Uni et l'Irlande refusent de mener des consultations avec le plaignant¹¹².

Dans la même ligne, la Commission conclut au rejet de la plainte en tant que dirigée contre les deux États, au motif

¹¹⁰ Communautés européennes – Classement tarifaire de certains matériels informatiques, WT/DS62, Royaume-Uni – Classement tarifaire de certains matériels informatiques, WT/DS67 et Irlande – Classement tarifaire de certains matériels informatiques, WT/DS68.

¹¹¹ Si cette affaire est la seule dans laquelle la question de la répartition des compétences entre la Communauté et ses États membres a été explicitement posée à un groupe spécial, d'autres différends ont été introduits contre la Communauté européenne et certains de ses États membres (voy. les groupes de différends suivants : Irlande – Mesures affectant la protection des droits des auteurs et des droits voisins, WT/DS82 et Communautés européennes – Mesures affectant la protection des droits des auteurs et des droits voisins, WT/DS115 ; Communautés européennes – Moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle pour les films et les programmes de télévision, WT/DS124 et Grèce – Moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle pour les films et les programmes de télévision, WT/DS125 ; Communautés européennes – Mesures relatives au développement d'un système de gestion de vol, WT/DS172 et France – Mesures relatives au développement d'un système de gestion de vol, WT/DS173). Si le règlement de ces différends avait été poursuivi, la question de la répartition des compétences aurait sans doute surgi également. D'une manière plus générale, cette question est susceptible de se poser chaque fois que la Communauté et/ou un de ses États membres est mis en cause dans des matières qui ne relèvent pas à l'évidence de ses compétences. C'est loin d'être exceptionnel. Voy., Portugal – Protection conférée par un brevet prévue par la Loi sur la propriété industrielle – Notification de la solution convenue d'un commun accord, WT/DS37/2, 8 octobre 1996 ; Belgique – Mesures visant les services d'annuaire téléphonique commercial, WT/DS80 ; Danemark – Mesures affectant les moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle – Demande de consultations présentée par les États-Unis, WT/DS83/1, 21 mai 1997 ; Suède – Mesures affectant les moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle – Demande de consultations présentée par les États-Unis, WT/DS86/1, 2 juin 1997 ; Belgique – Certaines mesures relatives à l'impôt sur le revenu constituant des subventions, WT/DS127 ; Pays-Bas – Certaines mesures relatives à l'impôt sur le revenu constituant des subventions, WT/DS128 ; Grèce – Certaines mesures relatives à l'impôt sur le revenu constituant des subventions, WT/DS129 ; Irlande – Certaines mesures relatives à l'impôt sur le revenu constituant des subventions, WT/DS130 ; France – Certaines mesures relatives à l'impôt sur le revenu constituant des subventions, WT/DS131 ; 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, 7 décembre 1998 ; Communautés européennes – Protection des marques et des indications géographiques pour les produits agricoles et les denrées alimentaires – Demande de consultations présentée par les États-Unis, WT/DS174/1, 7 juin 1999 ; Belgique – Application de mesures établissant les droits de douane applicables au riz – Demande de consultations présentée par les États-Unis, WT/DS210/1, 19 octobre 2000 ; Communautés européennes – Protection des marques et des indications géographiques pour les produits agricoles et les denrées alimentaires – Demande de consultations présentée par l'Australie, WT/DS290/1, 23 avril 2003. Cette relative confusion contraste avec la situation dans laquelle la Communauté et ses États membres sont dans la position du plaignant : dans ce cas, les États européens n'ont jamais agi seuls. Lorsqu'il s'agissait d'une matière afférente à une compétence partagée, la demande a été introduite par la Communauté, en son nom et en celui des États membres (Inde – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture – Demande de consultations présentée par les Communautés européennes, WT/DS79/1, 6 mai 1997 ; Canada – Mesures visant les services de distribution de films – Demande de consultations présentée par les Communautés européennes, WT/DS117/1, 22 janvier 1998 ; États-Unis – Article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits – Demande de consultations présentée par les Communautés européennes et leurs États membres, WT/DS176/1, 15 juillet 1999 ; États-Unis – Article 337 de la Loi douanière de 1930 et modifications y relatives – Demande de consultations présentée par les Communautés européennes et leurs États membres, WT/DS186/1, 18 janvier 2000. Le titre officiel des documents ne doit pas faire illusion : le texte précise bien, dans les quatre cas, que la demande est formulée au nom de la CE et de ses États membres.).

¹¹² Voy. Groupe spécial, Communautés européennes – Classement tarifaire de certains matériels informatiques, WT/DS62/R, WT/67/R et WT/DS68/R, 5 février 1998, 1.6.

« que ces États membres n’avaient procédé à aucune consolidation tarifaire à l’égard des États-Unis ou de n’importe quel autre pays, [de sorte qu’] ils ne pouvaient être considérés comme ayant manqué à des obligations au titre de l’article II du GATT »¹¹³.

En réponse, les États-Unis avancent un argument d’inopposabilité :

« la Commission semblait laisser entendre qu’un transfert de souveraineté dans le cadre juridique interne des CE avait pour effet de réduire les droits et obligations attribués aux États membres. Tel était peut-être le cas dans le cadre juridique interne des Communautés, mais il ne s’agissait pas de ce cadre dans la présente affaire. Ce dont il s’agissait c’étaient les droits des États-Unis dans le cadre de l’OMC et les obligations des CE, de l’Irlande et du Royaume-Uni dans le cadre de l’OMC »¹¹⁴.

La Commission répond en affirmant l’opposabilité aux tiers du transfert de compétences, non sans glisser une allusion à l’arrêt *van Gend en Loos*¹¹⁵ :

« Les CE avaient consolidé une liste tarifaire qui leur était propre dans le cadre du GATT de 1994 et étaient un membre fondateur de l’OMC, ce qui montrait que le transfert de souveraineté avait été reconnu par les Membres et qu’elles étaient davantage qu’une simple union douanière. Elles étaient prêtes à assumer leurs obligations internationales mais non à accepter que leur constitution soit contestée à l’OMC »¹¹⁶.

Ce débat montre bien la nature de l’opposition, dans le cadre de l’OMC entre la vision communautaire et la vision « internationale » de la nature de la CE. Pour les États-Unis, l’Irlande, le Royaume-Uni et la CE sont trois membres de l’organisation, qui assument des obligations à leur égard. Ils ne semblent pas invoquer une solidarité entre la CE et ses États membres, puisqu’ils demandent au groupe spécial de déterminer quelle partie défenderesse est responsable¹¹⁷. Leur position est logique, et somme toute modérée : ils exigent simplement le respect des accords par l’entité compétente, quelle qu’elle soit.

Tout anodine qu’elle puisse paraître, cette demande adressée au groupe spécial est hautement problématique pour les Européens. Car si elle pouvait être examinée, cela signifierait que la Communauté et ses États membres auraient autorisé une juridiction autre que la Cour de justice à trancher une question qui repose nécessairement sur une interprétation et une application du Traité de Rome, ce que l’article 292 de ce dernier interdit formellement. On se souvient en particulier de l’avis négatif de la Cour de justice au sujet du traité sur l’EEE, dont la motivation était largement basée sur la crainte de voir les questions de répartition des compétences soustraites à son contrôle¹¹⁸. On ne pourrait pas, bien entendu, reprocher aux

¹¹³ Groupe spécial, *Communautés européennes – Classement tarifaire de certains matériels informatiques*, WT/DS62/R, WT/67/R et WT/DS68/R, 5 février 1998, 3.3.

¹¹⁴ Groupe spécial, *Communautés européennes – Classement tarifaire de certains matériels informatiques*, WT/DS62/R, WT/67/R et WT/DS68/R, 5 février 1998, 4.14.

¹¹⁵ C.J.C.E., 5 février 1963, *van Gend en Loos*, 26/62, *Rec.*, 1963, p. 3 : « ce Traité [le Traité de Rome] constitue plus qu’un accord qui ne créerait que des obligations mutuelles entre les États contractants ».

¹¹⁶ Groupe spécial, *Communautés européennes – Classement tarifaire de certains matériels informatiques*, WT/DS62/R, WT/67/R et WT/DS68/R, 5 février 1998, 4.15.

¹¹⁷ Groupe spécial, *Communautés européennes – Classement tarifaire de certains matériels informatiques*, WT/DS62/R, WT/67/R et WT/DS68/R, 5 février 1998, 3.2 et 8.15.

¹¹⁸ C.J.C.E., 14 décembre 1991, *Avis* 1/91, *Rec.*, 1991, p. I-6079, 35. Voy. aussi C.J.C.E., 18 avril 2002, *Avis* 1/00, *Rec.*, 2002, p. I-3493, 11-12. Voy. aussi C.J.C.E., 11 septembre 2007, *Merck Genéricos*, C-431/05, *Rec.*, 2007, p. I-7001, 33, dans la ligne de l’arrêt du 14 décembre 2000, *Dior e.a.*, C-300/98 et 392/98, *Rec.*, 2000, p. I-11307, 33.

États-Unis d'avoir formulé une demande contraire à l'article 292 CE, mais on pourrait considérer que l'accord de l'OMC est, sur ce point, « incompatible avec le droit communautaire »¹¹⁹.

Pour éviter cet écueil, la CE avance que les États membres font partie de l'ordre juridique communautaire et qu'ils ne sont que les agents de la Communauté pour l'exécution de ses obligations. Dans la ligne de l'avis 1/91, la clarification des liens juridiques entre la Communauté et les États membres, fondements de l'ordre institutionnel européen, ne peut être soumise qu'à la juridiction communautaire. Ceci relève de la « constitution » européenne, qui ne peut être contestée à l'OMC. Dans cette mesure, la seule affirmation de la Communauté qu'elle assume la responsabilité des actes des États européens devrait suffire à les mettre hors de cause. Ainsi, la Commission défend aussi sa compétence, attribuée par le droit européen, de mener la politique commerciale commune. Pour ce faire, elle « assume »¹²⁰ les actes des États membres, qui ont agi comme ses agents d'exécution.

Face à cette opposition, le groupe spécial adopte une position peu claire dans son expression, mais qui contient néanmoins les éléments suivants. D'abord, il ne considère pas la question de la répartition des compétences comme irrecevable, ce qu'elle n'était effectivement pas en droit de l'OMC. En second lieu, il assimile les actes de la Communauté européenne et ceux de ses États membres, considérant qu'une (non-)violation par la première rend inutile l'examen du comportement des seconds¹²¹. En conséquence, il ne formule de recommandation qu'à l'égard de la Communauté¹²². Enfin, il affirme au passage que « les Communautés européennes, l'Irlande et le Royaume-Uni sont tous liés par leurs engagements tarifaires »¹²³, ce qui est inexact du point de vue du droit européen puisque les États membres n'ont aucune compétence à ce sujet, et qui, en outre, n'est guère cohérent avec sa formule de recommandation.

Cette approche est prudente, ou elle est ambiguë. Dans le concret, elle donne plutôt raison à la Commission (sur la question des compétences) en ne recommandant rien aux États. Cette conclusion aurait pu résulter d'une analyse implicite de la répartition des compétences, mais le groupe spécial s'en défend¹²⁴.

Le groupe spécial pourrait aussi refuser d'entrer dans cette analyse, et s'en tenir aux affirmations de la Commission et des États membres quant à la répartition des compétences entre eux. C'est une manière de renvoyer la question à l'ordre juridique européen. Cette solution – qui n'est pas exprimée dans le rapport – n'est pas éloignée de celle qui est adoptée par un groupe spécial plus récent, dans l'affaire des *Produits biotechnologiques* :

¹¹⁹ C.J.C.E., 14 décembre 1991, Avis 1/91, *Rec.*, 1991, p. I-6079, 36.

¹²⁰ Groupe spécial, *Communautés européennes – Classement tarifaire de certains matériels informatiques*, WT/DS62/R, WT/67/R et WT/DS68/R, 5 février 1998, 3.3.

¹²¹ Groupe spécial, *Communautés européennes – Classement tarifaire de certains matériels informatiques*, WT/DS62/R, WT/67/R et WT/DS68/R, 5 février 1998, 8.72.

¹²² Groupe spécial, *Communautés européennes – Classement tarifaire de certains matériels informatiques*, WT/DS62/R, WT/67/R et WT/DS68/R, 5 février 1998, 9.1-9.2.

¹²³ Groupe spécial, *Communautés européennes – Classement tarifaire de certains matériels informatiques*, WT/DS62/R, WT/67/R et WT/DS68/R, 5 février 1998, 8.16.

¹²⁴ Groupe spécial, *Communautés européennes – Classement tarifaire de certains matériels informatiques*, WT/DS62/R, WT/67/R et WT/DS68/R, 5 février 1998, 8.72.

« Concernant la troisième catégorie – les mesures de sauvegarde des États membres – nous notons qu'elle comprend neuf mesures distinctes prises par six États membres des CE différents, à savoir l'Autriche, la France, l'Allemagne, la Grèce, l'Italie et le Luxembourg. [...] Il importe de noter que même si les mesures de sauvegarde des États membres ont été mises en place par les États membres pertinents et sont applicables uniquement sur le territoire des États membres concernés, les Communautés européennes dans leur ensemble sont la partie défenderesse en ce qui concerne les mesures de sauvegarde des États membres. Il s'agit d'une conséquence directe du fait que les parties plaignantes ont dirigé leurs plaintes contre les Communautés européennes, et non contre les États membres des CE à titre individuel.¹²⁵ Les Communautés européennes n'ont jamais contesté qu'aux fins du présent différend les mesures des États membres contestées leur étaient imputables en droit international et pouvaient donc être considérées comme des mesures des CE. En effet, ce sont les Communautés européennes - et elles seules – qui ont défendu devant le Groupe spécial les mesures de sauvegarde des États membres contestées.¹²⁶ »¹²⁷

Que les plaignants aient dirigé leur plainte contre les Communautés et non contre les États membres est sans pertinence, puisque si la plainte est formée contre un membre de l'OMC à qui la mesure n'est pas imputable, elle doit simplement être rejetée. Par contre, on peut comprendre qu'on déduise en l'espèce du comportement des CE une acceptation tacite de la responsabilité pour les actes de leurs États membres dans le domaine du commerce des marchandises. Il en va d'autant plus ainsi que les États membres étaient représentés, et qu'ils n'ont pas protesté. La position des acteurs européens quant à la répartition des compétences entre eux est ainsi acceptée sur la seule foi de leurs affirmations, du moins tant que l'un d'entre eux assume la responsabilité de la mesure en cause. Ceci évite aux juridictions de l'OMC d'avoir à trancher la question par application du Traité de Rome.

Similaire est l'analyse du groupe spécial du différend *CE – Marques et indications géographiques* :

« La délégation des Communautés européennes [...] indique que la législation communautaire n'est généralement pas mise en œuvre par l'intermédiaire des autorités communautaires, mais plutôt par le recours aux autorités des États membres qui, dans une telle situation, "agissent de facto en tant qu'organes de la Communauté, dont celle-ci serait responsable au regard du droit de l'OMC et du droit international en général". [note omise] Le Groupe spécial admet cette explication de ce qui constitue les arrangements constitutionnels internes des Communautés européennes et admet que les communications de la délégation des Communautés européennes

¹²⁵ [Note de l'original] Une situation semblable s'est produite précédemment dans la procédure de groupe spécial concernant l'affaire *CE – Amiante*, où les Communautés européennes étaient la partie défenderesse alors que la mesure en cause était maintenue par un seul État membre, à savoir la France. Rapport du Groupe spécial *CE – Amiante*, paragraphes 2.3 et 3.4.

¹²⁶ [Note de l'original] Il convient de noter, toutefois, que des représentants des États membres pertinents faisaient partie des délégations des CE présentes aux réunions de fond du Groupe spécial avec les parties. En outre, dans le cadre de leur défense concernant les mesures de sauvegarde des États membres, les Communautés européennes ont présenté de nombreux documents qu'elles avaient obtenus des États membres concernés.

¹²⁷ Groupe spécial, *Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques*, WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R, 29 septembre 2006, 7.101.

dans le cadre de la présente procédure de groupe spécial sont faites au nom de toutes les autorités du pouvoir exécutif des Communautés européennes.¹²⁸ »¹²⁹

4. Conclusion

Même s'ils ont chacun leurs spécificités, les divers systèmes de règlement des différends internationaux peuvent être classés en deux grandes catégories. Certains adoptent un régime d'exclusivité, interdisant aux États de recourir à d'autres mécanismes pour régler une catégorie de différends en se basant sur des normes de leur propre système. D'autres acceptent que les différends qui naissent du traité qui les institue soient réglés par le juge choisi par le demandeur.

Lorsqu'à l'occasion d'un différend particulier, deux de ces mécanismes « se rencontrent », des questions différentes surgissent selon la nature des systèmes en présence. Sans surprise, ce sont les systèmes basés sur l'exclusivité qui suscitent le plus de frictions. Il serait trop simple d'affirmer qu'il ne s'agit là que de conséquences de l'inorganisation de la société internationale. Mais il est exact que, dans l'ordre interne, ces tensions sont réduites, sinon évitées, par un système judiciaire hiérarchisé, des règles de compétence cohérentes et une juridiction suprême qui contrôle la légalité de leur application.

Des solutions plus faciles à mettre en œuvre dans la société internationale d'aujourd'hui existent néanmoins. On observe heureusement que de nombreux traités récents règlent explicitement la relation entre la juridiction qu'ils instituent et d'autres juridictions internationales. On voit aussi pointer une meilleure prise en compte des spécificités de la Communauté européenne et de ses relations avec ses États membres, ce qui ne peut que faciliter son action dans la sphère internationale.

¹²⁸ [Note de l'original] La délégation des Communautés européennes qui a participé aux réunions avec le Groupe spécial était composée de fonctionnaires de la Commission européenne et de délégués de certains États membres des CE. Les Communautés européennes ont indiqué que leurs déclarations au Groupe spécial "engage[aient] les Communautés européennes": voir la réponse à la question n° 15 du Groupe spécial. Le Groupe spécial admet cette explication, pour les mêmes raisons que celles qui avaient été données au Groupe spécial dans l'affaire *États-Unis - Article 301, Loi sur le commerce extérieur*, au paragraphe 7.123. Voir aussi, à cet égard, les paragraphes 7.269, 7.339, 7.450 et 7.725 du présent rapport.

¹²⁹ Groupe spécial, *Communautés européennes – Protection des marques et des indications géographiques pour les produits agricoles et les denrées alimentaires*, WT/DS174/R, 15 mars 2005, 7.98.