

Les sanctions dans le droit de l'Organisation mondiale du commerce



Université catholique de Louvain
Faculté de droit et de criminologie
Institut pour la recherche interdisciplinaire en sciences juridiques

Les sanctions dans le droit de l'Organisation mondiale du commerce

Henri Culot

Thèse présentée en vue de
l'obtention du titre de docteur en
sciences juridiques

Avril 2012

Membres du jury

Monsieur Philippe Coppens, professeur à l'Université catholique de Louvain, promoteur

Monsieur Christian Arnsperger, professeur à l'Université catholique de Louvain,
membre du comité d'encadrement

Monsieur Paul Nihoul, professeur à l'Université catholique de Louvain,
membre du comité d'encadrement

Monsieur Bernard Dubuisson, professeur à l'Université catholique de Louvain, président

Monsieur Nicolas Angelet, professeur à l'Université libre de Bruxelles

Madame Laurence Boisson de Chazournes, professeur à l'Université de Genève

Monsieur Pierre d'Argent, professeur à l'Université catholique de Louvain

Sommaire

Introduction	1
Section 1	Introduction
Section 2	L'économie, le droit et le rôle de l'OMC
Section 3	Nature et fonction de la sanction en droit
Section 4	Conception traditionnelle des sanctions dans le droit de l'OMC
Section 5	Projet de thèse
Section 6	Structure de la thèse
Partie I – Analyse juridique des sanctions de l'OMC	57
Chapitre I	Conditions d'ouverture du droit de suspendre des obligations
Section 1	Décision de l'ORD
Section 2	Inexécution de la décision de l'ORD
Section 3	Absence d'accord sur une compensation
Chapitre II	Procédure
Section 1	Autorisation de l'ORD
Section 2	Arbitrage
Section 3	Décision de droit interne
Section 4	Surveillance par l'ORD
Chapitre III	Caractéristiques des sanctions
Section 1	Choix des obligations suspendues
Section 2	Niveau de la suspension
Section 3	Durée de la suspension
Partie II – Fondements traditionnels du système de sanctions de l'OMC et leurs insuffisances	223
Chapitre I	Fondements traditionnels des sanctions
Section 1	Les sanctions et le droit international
Section 2	Les sanctions et le libre-échange
Chapitre II	Problèmes et insuffisances des fondements traditionnels des sanctions
Section 1	Les théories économique et juridique et leur rapport à la réalité
Section 2	L'analyse centrée sur l'État
Section 3	Mauvaise prise en compte de l'écoulement du temps
Section 4	Mauvaise prise en compte des aspects de justice dans le fonctionnement des sanctions
Section 5	La réciprocité
Partie III – Perspective institutionnelle des sanctions de l'OMC	389
Chapitre I	Institutionnalisation du droit du commerce international
Section 1	Le phénomène de l'institutionnalisation
Section 2	Fonctions de l'institution
Chapitre II	Institutionnalisation du règlement des différends de l'OMC
Section 1	Différends et juridictions
Section 2	La nature du règlement des différends de l'OMC
Section 3	Prolongements de l'institutionnalisation du règlement des différends
Chapitre III	Institutionnalisation des sanctions de l'OMC
Section 1	Le phénomène de l'institutionnalisation des sanctions
Section 2	Rôle des sanctions dans la perspective institutionnelle
Conclusion	605
Affaires citées par leur titre abrégé	617
Bibliographie	621
Table des matières	659

Introduction

Section 1 Introduction

1. Commerce international, droit international et Organisation mondiale du commerce

Le commerce et le droit international entretiennent des liens étroits. Depuis des siècles, les souverains concluent des accords portant sur les conditions des échanges commerciaux entre leurs territoires. Que l'on trouve en droit international des règles applicables au commerce international n'est donc pas une chose nouvelle, ni surprenante.

Le *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT) est un traité multilatéral signé en 1947, par lequel les parties contractantes s'engagent à réduire les droits de douane sur les importations de marchandises et à s'abstenir de discriminer les marchandises étrangères. Le GATT a ensuite progressivement accueilli de nouveaux membres et poursuivi l'élimination d'autres obstacles au commerce. Une réorganisation fondamentale intervient en 1994 avec l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce (OMC)¹. En matière de marchandises, cet Accord reprend pour l'essentiel les règles et principes du GATT ; mais viennent désormais s'y ajouter des règles en matière de commerce des services et de protection des droits intellectuels. Surtout, l'Accord de Marrakech a formalisé et considérablement renforcé la structure institutionnelle chargée de « faciliter[...] la mise en œuvre, l'administration et le fonctionnement » des Accords de l'OMC (art. III.1 OMC).

Ce développement du droit économique international trouve en partie son origine dans une évolution technique des transports et des communications qui, facilitant les échanges commerciaux internationaux, a permis leur développement quantitatif², de sorte qu'un encadrement juridique plus élaboré est apparu souhaitable, voire indispensable. À son tour, le

¹ Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, signé à Marrakech le 15 avril 1994 et Décision 94/800/CE du Conseil du 22 décembre 1994 relative à la conclusion au nom de la Communauté européenne, pour ce qui concerne les matières relevant de ses compétences, des accords des négociations multilatérales du cycle de l'Uruguay (1986-1994), *J.O.C.E.*, 23 décembre 1994, L 336, p. 1.

² Les statistiques communiquées par l'OMC donnent une idée de cette augmentation du commerce international. Elles indiquent que la valeur totale des exportations de marchandises a été multipliée par 145 entre 1950 et 2010 et leur volume multiplié par 30 sur la même période, tandis que la production en volume et le PIB total n'ont été multipliés que par 8,5 environ (ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE, *Statistiques du commerce international 2011*, Genève, 2011, p. 202).

développement des règles de libéralisation du commerce international a favorisé une augmentation de ces échanges, dans un mouvement autorenforcé généralement appelé « mondialisation ». Ainsi, le droit économique international consacre et promeut l'interdépendance des États dans le domaine économique, en contraste avec d'autres règles du droit international qui visent plutôt à garantir leur indépendance.

2. Droit économique international, droit de l'OMC, droit de l'Union européenne

Le commerce international est régi par une articulation de règles à plusieurs niveaux. Le plus global d'entre eux est le droit international, dont certaines des règles générales (c'est-à-dire applicables en principe à tous les sujets du droit international) ont des implications en matière commerciale. Nous ne les aborderons pas directement.

Le droit de l'OMC fait partie du droit international ; il s'agit d'un droit particulier, applicable aux seuls membres de cette Organisation. À l'appellation de « droit de l'OMC », certains préfèrent celle de « droit économique international » ou « droit international économique ». Ils entendent ainsi le distinguer du droit « commercial international », qui vise la partie du droit privé, comprenant surtout du droit commercial interne et du droit international privé, réglant les relations commerciales entre entreprises établies dans des États différents. D'autres retiennent encore une acception plus large du droit économique international, comprenant aussi les règles du Fonds monétaire international et de la Banque mondiale et la protection internationale des investissements. Face à ces autres sous-branches, le droit de l'OMC est bien un droit « du commerce ». Lorsqu'il faut occasionnellement le distinguer des autres sous-branches du droit économique international, on parlera donc de « droit du commerce international » pour désigner le droit de l'OMC, ou les règles qui l'ont précédé sur un objet similaire.

En Europe, les questions de commerce international autrefois réglées par les États relèvent aujourd'hui de la compétence de l'Union européenne. Le commerce entre États membres est, depuis longtemps, très profondément libéralisé ; le développement et l'intégration du marché unique sont tels qu'on peut douter qu'il s'agisse encore de commerce *international*. Les compétences de l'Union européenne s'étendent en outre à la gestion des relations commerciales avec les États tiers, notamment dans le cadre de l'OMC (art. 207 TFUE). Les États européens en sont membres aux côtés de l'Union³, mais seule l'Union y intervient pour défendre

³ L'avis rendu par la Cour de justice au moment de la signature des Accords de Marrakech indiquait en effet que la Communauté avait la compétence exclusive pour conclure les Accords relatifs au commerce des marchandises, mais que la compétence pour conclure l'AGCS et l'ADPIC était partagée entre la Communauté et ses États membres (C.J.C.E., 15 novembre 1994, Avis 1/94, *Rec.*, 1994, p. I-5267).

l'ensemble formé par ses intérêts et ceux de ses États membres, même si une participation et un contrôle des États membres sont prévus dans l'ordre juridique européen.

Le rôle de l'Union européenne à l'OMC appelle deux précisions terminologiques. Premièrement, lorsqu'on parle des membres de l'OMC, le mot « État » ou « État membre » vise, sauf indication contraire, les États et les « territoires douaniers distincts » au sens de l'article XII.1 de l'Accord sur l'OMC. Par facilité, l'Union européenne – qui est un membre de l'OMC, mais pas un État – se verra donc parfois désignée par un terme formellement impropre. En second lieu, la CECA, la CEE et l'EURATOM formaient à partir de 1957, « les » Communautés européennes. Elles sont ainsi désignées dans les documents du GATT et de l'OMC (p. ex. art. XI.1 OMC), même après l'expiration du traité CECA. Avec l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne en 2009, l'Union européenne a succédé à la Communauté européenne, ce qui a été notifié à l'OMC⁴, qui utilise désormais cette appellation. Autant que possible, on emploiera la dénomination en vigueur au moment de l'acte dont il est question. Il en va de même pour la désignation des institutions de l'Union, en particulier la Cour de justice. On préférera les termes « Union européenne » lorsqu'on en parle de manière générale. Ceci étant, les développements qui suivent ne nécessitent pas de rentrer dans ces distinctions relevant du droit européen, de sorte qu'Union et Communauté(s) peuvent être tenus ici pour des synonymes.

3. Le droit international et les sanctions

On a beaucoup débattu de la question des sanctions en droit international. Dans une conception assez répandue, tant dans le public que parmi les spécialistes, le droit est un ensemble de commandements accompagnés de (menaces de) sanctions ; il n'y aurait donc pas de droit sans sanction. La question de la validité d'une règle sans sanction ne revêt un intérêt pratique qu'en l'absence de sanction. Or, on peut sans doute plus facilement douter de l'existence de sanctions juridiquement organisées en droit international qu'en droit interne. Le premier a dès lors souvent servi d'exemple pour étudier les rapports entre le droit et la sanction, de même que l'absence de sanctions a fréquemment été invoquée à l'appui de la thèse niant l'existence, la « juridicité » ou le caractère obligatoire du droit international.

Face à un syllogisme du type : « Majeure – le droit est un ensemble d'ordres assortis de sanctions / Mineure – le droit international ne prévoit pas de sanctions / Conclusion – le droit international n'est pas du droit », tant la vérité de la majeure que de la mineure doivent être démontrées pour prouver que le droit international n'est pas du droit. Comme on le verra, l'une

⁴ *Note verbale du Conseil de l'Union européenne et de la Commission des Communautés européennes*, WT/L/779, 30 novembre 2009.

et l'autre sont fausses, si l'on tient compte des spécificités du droit international qui, en raison de son objet et de la nature de ses principaux sujets (les États souverains), n'est pas similaire en tous points au droit interne de ces derniers.

Même si l'on démontre la juridicité du droit international, encore l'absence de sanctions (effectives) peut-elle invoquée pour contester son effectivité, c'est-à-dire son impact réel sur le comportement des destinataires de ses règles. C'est une autre manière de le disqualifier, sur laquelle nous reviendrons aussi.

Sans anticiper sur la suite, il suffit pour l'instant de percevoir que l'étude de la sanction peut révéler beaucoup sur les règles juridiques et sur leur rôle dans le fonctionnement de la société. Bien sûr, on n'applique pas ici cette approche au droit tout entier, mais à une petite partie des règles qui régissent notre société, à savoir celles du droit de l'OMC. La thèse propose une explication institutionnelle des sanctions de l'OMC, qui se démarque des manières dont il en est traditionnellement rendu compte. Cette approche permet d'expliquer les caractéristiques des sanctions sous un angle neuf et de trancher certaines controverses à leur sujet, mais aussi, plus largement, d'éclairer sous un autre angle les développements contemporains du droit économique international.

Section 2 L'économie, le droit et le rôle de l'OMC

4. Les objectifs sociaux du droit et de l'économie

L'étude du droit économique requiert quelques explications préalables sur la nature des rapports entre le droit et l'économie, pour donner une idée de leur rôle et de leurs interactions, et pour expliquer la raison d'être des développements économiques de la thèse, particulièrement ceux de sa deuxième partie.

Sur un plan très général, tant le droit que l'économie ont pour fonction d'organiser certains aspects de la vie en société en créant « des mécanismes de coordination des actions individuelles »⁵. Ils sont des éléments de la structure sociale, avec laquelle ils interagissent ; ils la constituent autant qu'ils sont formés par elle.

Maximiser les richesses est l'objectif traditionnellement assigné à l'économie. Pour y parvenir, elle a besoin d'un ensemble de règles juridiques configurées de manière particulière. De ce point

⁵ Ph. COPPENS, « La sécurité juridique comme expression de la normativité », in L. BOY, J.-B. RACINE et F. SIIRIAINEN (coord.), *Sécurité juridique et droit économique*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 175.

de vue, le droit est un moyen subordonné aux fins poursuivies par l'économie (*infra*, n° 5). Mais la maximisation des richesses n'est pas le seul objectif poursuivi par une société. Notamment, elle se préoccupe aussi de distribuer les richesses entre ses membres d'une manière qu'elle considère juste, même (jusqu'à un certain point) au détriment de la maximisation des richesses. Le droit intervient aussi dans cette opération de redistribution (*infra*, n° 6).

5. **L'économie et le droit dans leur fonction de maximisation des richesses**

Les économistes ne s'accordent pas sur la manière de définir la richesse, mais la théorie dominante se range à une conception marchande (connaissant elle-même des variantes), par laquelle sont additionnés les prix de marché de tous les biens et services qui sont produits. Ceci exclut du calcul certains éléments qui contribuent aussi au bien-être, dans la mesure où ils ne s'échangent pas sur le marché (par exemple le travail domestique, la santé, l'amitié). On maximise les richesses en organisant le système de manière économiquement efficiente, ce qui signifie, d'une part, que les ressources doivent être possédées par ceux qui en tirent la plus grande utilité (efficience allocative) et, d'autre part, que les biens et services doivent être produits par ceux qui peuvent les produire avec le moins de ressources (efficience productive). Sur un plan très général, la théorie économique libérale, dominante même si elle est aussi très contestée, enseigne que la liberté laissée aux agents économiques de produire ce qu'ils souhaitent et d'échanger les biens et services sur un marché concurrentiel, à un prix fixé par la rencontre entre l'offre et la demande, et dans l'objectif de maximiser leur propre utilité, conduit en principe – c'est le symbole de la main invisible – à une organisation économique qui maximise les richesses⁶.

Mais ce mécanisme ne peut fonctionner sans l'aide du droit.

D'une part, certaines règles juridiques forment un socle minimum qui constitue une condition de possibilité de l'activité économique et de l'existence d'un marché. Ainsi, il est nécessaire que soit reconnu un droit de propriété (ou un droit similaire) qui permette aux agents économiques de s'approprier et d'utiliser les ressources. De même, il faut régler, au moins de manière minimale, la manière dont les ressources sont échangées ; on vise ici le droit des contrats, y compris les règles qui assurent que les contrats sont effectivement exécutés. On peut concevoir ces règles de très nombreuses manières mais, si elles n'existent pas minimalement, l'activité économique comme production et échange de biens et de services n'est simplement pas possible.

⁶ Sur le concept d'efficience économique, v. les explications de A.-L. SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, Paris, L.G.D.J., 2008, p. 87 et s. Cet auteur parle aussi d'une troisième forme d'efficience (dynamique), qui concerne l'innovation.

D'autre part, même les conceptions les plus libérales reconnaissent qu'en se limitant aux règles juridiques décrites ci-dessus, on pourrait certes avoir un marché économique, mais qui n'aboutirait pas, en pratique, à une maximisation des richesses. Ceci résulte du fait que les hypothèses sur lesquelles est construite toute théorie, et la théorie économique en particulier, ne correspondent qu'imparfaitement à la réalité. Les imperfections du marché (*market failures*) empêchent le système d'atteindre parfaitement son objectif de maximisation des richesses. Le droit peut jouer un rôle pour corriger ces imperfections, notamment (pour reprendre les deux exemples ci-dessus) en imposant des obligations d'information ou en réglementant la concurrence. Si les activités de création et de mise en œuvre de ces règles de droit utilisent moins de ressources que celles perdues dans les imperfections du marché, alors ces règles augmentent l'efficacité du système⁷.

Les externalités forment une catégorie particulière d'imperfection du marché, qui résulte du fait que certains font (partiellement) supporter à d'autres les conséquences négatives de leurs actions (externalité négative) ou que certains bénéficient de l'action d'autres personnes sans en supporter (complètement) le coût (externalité positive). Si elles ne sont pas corrigées, les externalités conduisent à une allocation des ressources sub-optimale, parce que ceux qui ne paient pas tout le prix de ce qu'ils consomment ont tendance à consommer trop. Par exemple, l'entreprise qui pollue sans assumer le coût de son activité polluante pour les riverains et la collectivité, ne prendra pas les mesures suffisantes pour limiter la pollution. En théorie, il est possible de corriger les externalités par un accord entre toutes les personnes affectées. R. Coase a montré qu'un tel accord devrait aboutir au même résultat (à savoir celui qui maximise les richesses), quelle que soit la configuration des règles juridiques, à condition bien sûr qu'elles permettent cet accord. Mais R. Coase indiquait en même temps que les coûts liés à la négociation, à la conclusion et à la surveillance de l'exécution de l'accord (coûts de transaction) pouvaient être plus importants que les gains d'efficacité en résultant, ce qui empêche sa conclusion⁸. Dans cette hypothèse, la plus fréquente, le rôle du droit peut être d'imposer la correction des externalités, de les « internaliser », de manière à s'approcher de l'allocation optimale des ressources sans devoir exposer les coûts de transaction liés à la conclusion d'un contrat – ce qui revient à dire qu'un rôle du droit est de réduire les coûts de transaction.

⁷ Sur le rôle du droit en tant qu'il permet d'augmenter l'efficacité économique de l'échange contractuel, v. E. BROUSSEAU, « L'économiste, le juriste et le contrat », in *Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXI^e siècle*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 153-176.

⁸ R.H. COASE, « The Problem of Social Cost », *Journ. L. and Econ.* 3, 1960, p. 1-44.

De manière très schématique, c'est par ces deux techniques – création d'un cadre permettant l'échange et correction des imperfections du marché – que le droit aide l'économie à poursuivre l'objectif de maximisation des richesses.

6. La redistribution comme autre fonction du système juridique

La maximisation des richesses au sens entendu par l'économie n'est pas le seul objectif que la société doit poursuivre. Ainsi, divers impératifs nous mènent à vouloir des solutions qui ne maximisent pas nécessairement la richesse mais qui améliorent notre société d'une autre manière. Notamment, beaucoup pensent qu'indépendamment de la question de savoir si le « libre » jeu du marché *maximise* effectivement les richesses (ou non), la *répartition* de celles-ci qui en résulterait ne serait pas juste, étant entendu que diverses conceptions s'opposent sur ce que serait une répartition juste. Ceci justifie alors des choix politiques de redistribution, différents selon la conception de la justice qui les justifie, mais consistant tous à prélever, en dehors d'un mécanisme de marché et de manière plus ou moins directe, une partie de la richesse des uns pour la transférer aux autres. Certaines règles de droit ont pour fonction de mettre en œuvre ces choix de redistribution.

Ces distinctions sur le rôle du droit et de l'économie et les finalités qu'ils poursuivent ont une certaine vertu pour décrire la part que l'un et l'autre prennent dans l'organisation de la société. Mais les séparations sont moins nettes dans la réalité, parce que les différents mécanismes organisant la société, avec toutes leurs fonctions, sont imbriqués dans une seule société. Ainsi, de nombreuses règles en apparence neutres ont des effets redistributifs non explicites, ce qui signifie qu'elles sont fondées sur une conception au moins implicite de la manière dont les richesses doivent être partagées, et pas seulement de la manière dont les richesses doivent être maximisées. La plupart des règles cherchent à combiner une certaine efficience économique et une certaine justice distributive, de sorte que les tentatives de séparer radicalement les règles juridiques sur cette base sont vouées à l'échec. On ne peut pas non plus cloisonner parfaitement les différents modes (juridiques, économiques, et autres) d'organisation de la société, tant il est vrai qu'ils interagissent et qu'ils sont chacun, dans chaque société particulière, façonnés en fonction des autres. En particulier, l'organisation du système juridique dépend en partie de celle du système économique, et vice-versa. Fondamentalement, ceci résulte de ce que les êtres humains sont à la fois et en même temps des sujets de droit, des agents économiques, des membres d'une société et d'une culture particulière, etc., sans qu'ils puissent distinguer parfaitement ces différentes qualités.

7. Le rôle de l'autorité publique et celui du secteur privé

La question des rapports entre le droit et l'économie rejoint en partie celle de la répartition des tâches entre l'autorité publique et le secteur privé. L'image traditionnelle veut que, dans une économie de marché, l'autorité publique se charge de l'organisation sociale au moyen des règles juridiques alors que l'activité économique, autre mode de coordination sociale, est laissée aux personnes privées (individus et entreprises) qui produisent et échangent des biens et des services.

Cette conception doit toutefois être nuancée.

L'autorité publique participe à l'activité économique dans une mesure qui est loin d'être négligeable, tant comme producteur (entreprises publiques) que comme consommateur (marchés publics). Elle ne se borne donc pas à fixer les règles du jeu ; elle prend aussi part au jeu de l'économie, comme le font les acteurs privés.

Par ailleurs, l'autorité publique utilise les mécanismes économiques, et notamment la volonté des agents économiques de maximiser leur richesse – une volonté certes contrainte par les règles juridiques et par les exigences du système économique –, pour leur faire adopter des comportements qu'elle pourrait aussi leur imposer par une règle juridique. C'est le cas avec les incitants, utilisés par exemple pour mener des politiques environnementales ou de santé publique. Comme les règles juridiques, ils ont pour objectif de faire adopter par autrui un comportement dont on pense qu'il ne l'adopterait pas si l'incitant ou la règle n'existait pas. Mais plutôt que d'y obliger autrui au moyen d'une règle, on fait en sorte que son intérêt économique soit d'adopter le comportement voulu. On voit ici l'autorité publique utiliser les techniques de l'économie, non pas pour se comporter comme un agent économique, mais pour réaliser par ce biais des finalités autres que la maximisation des richesses.

Par ailleurs, certaines personnes ou groupements privés, dont la conception traditionnelle voudrait qu'ils se contentent de maximiser leurs profits dans le respect des règles fixées par l'autorité, sont en position de fixer des normes qui, pratiquement, ont un effet similaire à celui des règles juridiques promulguées par l'autorité publique. Dans le domaine économique, cela peut être considéré comme une imperfection du marché, car dans un marché parfaitement concurrentiel, aucun acteur n'est capable d'imposer sa volonté aux autres.

8. La position des règles de l'OMC

Les règles de l'OMC ne sont pas des règles par lesquelles une autorité publique règlemente directement l'activité économique de personnes privées, mais bien des règles *s'imposant* à des

autorités publiques (les États membres), dans les domaines liés au commerce international. Dans la mesure où l'action des États, en cette matière, consiste à édicter et à appliquer des règles commerciales, le droit de l'OMC contient en grande partie des « métarègles », c'est-à-dire de règles qui déterminent certaines caractéristiques que doivent présenter un sous-ensemble des règles promulguées par les États membres. Ce sous-ensemble est, en gros, celui des règles nationales qui encadrent le commerce des biens et des services, spécialement si ce commerce revêt un caractère international, et la protection des droits intellectuels.

Si l'on se réfère à la classification présentée ci-dessus, les règles de l'OMC sont d'abord conçues comme des règles visant à corriger une inefficience du système économique international induite par la configuration des règles nationales. Du point de vue global et selon la théorie des avantages comparatifs développée au départ des écrits de D. Ricardo, les richesses sont maximisées si les biens et les services peuvent être librement échangés sur la terre entière, de manière telle que chaque pays se spécialise dans la production des biens et des services qu'il produit avec le moins de ressources (relativement aux autres biens et services). Mais on constate que les États posent néanmoins des obstacles au commerce. Parfois, ces obstacles empêchent la maximisation des richesses mondiales et la maximisation des richesses de l'État qui impose l'obstacle, lequel s'explique alors par une politique redistributive consistant pour l'État à transférer (pour des raisons plus ou moins légitimes) des richesses à certains, aux dépens de l'objectif de maximisation. Dans d'autres cas – assez spécifiques – décrits par la nouvelle théorie du commerce international, l'obstacle accroît les richesses de l'État qui le pose tout en constituant une inefficience au niveau mondial. Il s'agit alors d'une externalité que l'État impose au reste du monde : le coût de l'inefficience liée à l'obstacle au commerce est répercuté sur les États étrangers. Dans les deux cas, les obstacles au commerce sont sub-optimaux du point de vue global.

Les règles de l'OMC visent principalement à augmenter l'efficacité économique en réduisant les obstacles au commerce international et en rendant plus prévisible l'action des États en cette matière. Le droit de l'OMC reconnaît toutefois des exceptions où un obstacle au commerce est permis dans des circonstances ou pour des raisons particulières, même s'il introduit une inefficience du point de vue de la maximisation des richesses. Il en va ainsi, par exemple, de la possibilité de déroger aux règles générales du commerce international dans le cadre d'une politique de protection de l'environnement ou pour laisser à une branche de l'industrie nationale le temps de s'adapter à la concurrence étrangère.

Ainsi, l'objectif des règles de l'OMC est d'abord d'accroître le total des richesses produites au niveau mondial, en augmentant l'efficacité de la production. Elles ne visent pas en premier lieu à redistribuer les richesses mondiales. Certes, le préambule de l'Accord OMC fait état, au-delà de cet objectif de maximisation, de la nécessité de tenir compte d'autres impératifs qui concernent davantage la répartition des ressources que l'efficacité économique, tels que la protection de l'environnement et le développement économique.

« Les Parties au présent accord,
Reconnaissant que leurs rapports dans le domaine commercial et économique devraient être orientés vers le relèvement des niveaux de vie, la réalisation du plein emploi et d'un niveau élevé et toujours croissant du revenu réel et de la demande effective, et l'accroissement de la production et du commerce de marchandises et de services, tout en permettant l'utilisation optimale des ressources mondiales conformément à l'objectif de développement durable, en vue à la fois de protéger et préserver l'environnement et de renforcer les moyens d'y parvenir d'une manière qui soit compatible avec leurs besoins et soucis respectifs à différents niveaux de développement économique,
Reconnaissant en outre qu'il est nécessaire de faire des efforts positifs pour que les pays en développement, et en particulier les moins avancés d'entre eux, s'assurent une part de la croissance du commerce international qui corresponde aux nécessités de leur développement économique,
Désireuses de contribuer à la réalisation de ces objectifs par la conclusion d'accords visant, sur une base de réciprocité et d'avantages mutuels, à la réduction substantielle des tarifs douaniers et des autres obstacles au commerce et à l'élimination des discriminations dans les relations commerciales internationales,
Résolues, par conséquent, à mettre en place un système commercial multilatéral intégré, plus viable et durable, englobant l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, les résultats des efforts de libéralisation du commerce entrepris dans le passé, et tous les résultats des Négociations commerciales multilatérales du Cycle d'Uruguay,
Déterminées à préserver les principes fondamentaux et à favoriser la réalisation des objectifs qui sous-tendent ce système commercial multilatéral, »

Mais outre que le préambule mentionne en premier lieu la croissance des revenus et de la production ainsi que le plein emploi, les obligations des États contenues dans les différentes annexes à l'Accord OMC, comme la non-discrimination, l'interdiction des restrictions quantitatives et la limitation des droits de douane, visent, dans leur ensemble, à augmenter l'efficacité du système commercial international. Même le préambule de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) présente les objectifs de cet Accord principalement sous l'angle de l'efficacité économique : reconnaissance et protection des droits de propriété, élimination d'obstacles au commerce. Les questions liées à la redistribution apparaissent plutôt au titre des exceptions, ce qui signifie que les États membres *peuvent*, dans certaines limites, adopter des politiques commerciales qui ont une visée redistributive (ou au moins qui tiennent compte d'objectifs de cet ordre), sans toutefois y être *obligés* par les règles de l'OMC.

9. Les règles de l'OMC, la redistribution et les questions de justice

Même si ce n'est pas leur objectif premier, les règles de l'OMC ont néanmoins, à l'évidence, un effet sur la redistribution des ressources. C'est d'ailleurs parce qu'elles ont un tel effet que sont prévues les exceptions aux règles de libéralisation du commerce international, qui se justifient aussi pour permettre aux États membres de « corriger » certains effets de la libéralisation du commerce, dans la mesure où ils les estimeraient inopportuns sous l'angle de la redistribution des richesses.

Le fait que la prise en compte par l'OMC des effets redistributifs des règles de libéralisation du commerce passe par des exceptions à ces règles, qui autorisent, mais n'obligent pas, les États membres à appliquer certaines politiques de redistribution, provient d'une conception – présente dès les discussions de Bretton Woods – de la répartition des tâches entre le GATT, puis l'OMC, et leurs États membres. Dans cette conception, ce n'est pas le rôle de l'OMC, mais bien celui des États membres, d'opérer les choix politiques en matière de redistribution des richesses, et de les mettre en œuvre. L'OMC se contente d'établir et de maintenir un système qui maximise la richesse totale, et laisse à chacun de ses membres le soin de répartir cette richesse entre ses citoyens, notamment en taxant les « gagnants » de la libéralisation pour soutenir ses « perdants ». L'OMC est ainsi déchargée des questions de redistribution, qui restent de la compétence des États dans la perspective de *welfare state* qui s'est développée après la Seconde Guerre mondiale.

Cette répartition des rôles pourrait avoir un sens si la maximisation des richesses et leur redistribution étaient deux questions totalement indépendantes. Les États membres seraient alors parfaitement libres et capables de décider la répartition des richesses qu'ils estiment justifiée, indépendamment des règles de maximisation définies notamment par l'OMC. En pratique, ce n'est évidemment pas le cas. Dans leur fonction de redistribution des richesses, les États ont certes un réel pouvoir d'appréciation et d'action. Mais leur action dans ce domaine est contrainte, non seulement par l'organisation sociale, politique et économique interne, mais aussi par les règles et les effets de la libéralisation du commerce elle-même. Les règles de libéralisation limitent la redistribution interne acceptable (par exemple en réglementant les subventions). La libéralisation a pour effet d'accentuer la concurrence fiscale et réglementaire entre les États, ce qui rend plus difficile l'exercice par les États de leurs compétences fiscales et réglementaires – l'État qui se montre trop exigeant à cet égard (parce qu'il veut une forte redistribution des richesses) s'exposant à des délocalisations. Cette pression sur les politiques redistributives ne paraît pas tenable à long terme, de sorte qu'il apparaît inévitable que l'OMC

devra à l'avenir assumer davantage des politiques redistributives, si elle veut poursuivre son projet de libéralisation du commerce international.

Dans ce contexte, le droit de l'OMC et, plus généralement, les règles et le fonctionnement de l'économie internationale, posent un grand nombre de questions de justice. On ne les discutera pas dans ce travail, car elles n'ont qu'un rapport indirect avec les sanctions de l'OMC. L'organisation du système économique mondial résulte en effet, principalement et avant tout, des règles matérielles, et non des règles de sanction. S'il faut corriger des injustices, c'est donc essentiellement les règles matérielles qu'il faut réviser. Nous verrons cependant que les sanctions soulèvent des questions de justice qui leur sont spécifiques ; nous étudierons celles-ci, tout en sachant qu'elles ne sont qu'un aspect mineur des problèmes de justice que pose l'organisation de l'économie internationale. Ceci étant, il n'est pas inutile de présenter brièvement dans cette introduction ce qui nous apparaît comme les principales questions de justice soulevées par le droit de l'OMC. La plupart de celles-ci concernent les effets économiques de l'organisation de l'économie internationale – tant des règles de libéralisation que des exceptions à celles-ci.

On peut d'abord examiner ces questions de justice au niveau des États. L'organisation de l'économie internationale bénéficie-t-elle à tous les États, ou détériore-t-elle la situation économique de certains d'entre eux ? À supposer que, comme le soutient la théorie ricardienne du commerce international, la libéralisation du commerce international soit Pareto-améliorante, c'est-à-dire qu'elle améliore la situation d'au moins un État sans nuire à aucun État, comment les gains qu'elle procure sont-ils répartis ? Ces gains réduisent-ils les inégalités préexistantes entre les États ou, au contraire, aggravent-ils l'inégalité car la plus grosse part des gains profite aux États les mieux lotis ?

Les questions de justice peuvent aussi être posées au regard de la situation des individus. On admet généralement que, de ce point de vue, la libéralisation produit des « gagnants » et des « perdants ». Mais il est souvent soutenu qu'il suffit de taxer les premiers pour offrir une compensation aux seconds, de sorte qu'il se pourrait qu'en définitive, personne ne voie sa situation détériorée. Se posent alors notamment les questions suivantes. Est-il concrètement possible de taxer suffisamment les gagnants de la libéralisation pour offrir, à l'intérieur de chaque État, une juste compensation aux citoyens qui pâtissent de ses effets (pour citer un exemple classique, à l'ouvrier qui perd son emploi en raison d'une délocalisation) ? Si une telle opération de redistribution s'avère impossible ou à tout le moins difficile à mettre en œuvre, est-ce là une conséquence de la libéralisation elle-même, ou les causes en sont-elles

indépendantes ? À la supposer possible, une compensation est-elle effectivement allouée aux « perdants » et, si non, pour quelles raisons ? La situation des « gagnants » et des « perdants » doit aussi s'envisager dans le temps, en analysant comment les gains et les pertes de la libéralisation se répartissent entre les générations actuelles et les générations futures.

On peut enfin s'interroger sur les mécanismes institutionnels qui devraient être chargés de la redistribution des richesses. Celle-ci doit-elle être gérée par les États et/ou par des mécanismes infraétatiques (la famille) et/ou supraétatiques (une organisation internationale) ? Plus particulièrement, la redistribution des richesses doit-elle faire partie des missions de l'OMC et, le cas échéant, dans quelle mesure ? Ceci implique-t-il de modifier les règles de fonctionnement de l'OMC, notamment la composition et les pouvoirs de ses organes et la procédure de prise de décision ? Quels sont, à cet égard, les avantages et les inconvénients d'une institutionnalisation de l'OMC telle qu'elle est décrite dans la troisième partie de la thèse ? Les réponses à ces questions ont une incidence sur la manière de prendre des décisions collectives quant à la redistribution des richesses, mais aussi sur le contenu de ces décisions, notamment en ce qui concerne le niveau (national, international, ...) auquel la redistribution doit s'opérer et le degré (fort ou faible) de cette redistribution.

Section 3 **Nature et fonction de la sanction en droit**

§ 1. La sanction comme condition d'existence de la règle juridique

10. Portée de ce paragraphe

Peut-on concevoir des règles juridiques, donc des règles obligatoires, sans sanction ? Voilà une question récurrente et controversée de la théorie du droit.

On pourrait croire inutile de la traiter en profondeur s'agissant du droit de l'OMC, puisqu'il est communément admis que ses règles sont assorties de sanctions. Mais la question présente néanmoins un intérêt car elle donne l'occasion de définir la sanction et de préciser la relation qu'elle entretient avec la règle de droit. Quelques développements à ce sujet ne sont pas superflus au seuil d'un ouvrage qui utilise le concept abondamment. L'enjeu est de caractériser la sanction sur un plan abstrait, d'une manière qui corresponde aux intuitions et à la pratique des juristes et qui puisse également s'appliquer au droit international et au droit de l'OMC. La discussion part de la position de H. Kelsen, qu'elle réfute sur la base des écrits de H.L.A. Hart.

11. Position de Kelsen : le droit comme ordre de contrainte

Pour réaliser son projet d'élaborer une « théorie pure du droit », H. Kelsen doit, notamment, distinguer le droit d'autres ordres sociaux, dont la morale. Il examine l'hypothèse selon laquelle la morale, au contraire du droit, serait un ordre social qui ne prévoit pas de sanctions⁹. Mais il rejette aussitôt cette hypothèse : tous les ordres sociaux prévoient des sanctions ; c'est le type de sanctions qui diffère¹⁰. Ceci l'amène à consacrer d'importants développements à la place de la sanction en droit, et même à donner à celle-là un rôle central dans la définition de celui-ci.

Les sanctions ordonnées par le droit sont socialement immanentes. Kelsen entend par là qu'elles sont ancrées dans une société humaine, qu'elles sont mises en œuvre par des êtres humains à destination de leurs semblables, dans le contexte de la vie en société. Elles ne sont pas transcendantes, comme le sont les sanctions religieuses subies dans l'au-delà, en dehors de toute intervention humaine.

Certaines sanctions socialement immanentes sont une simple « approbation ou désapprobation »¹¹ sociale, relativement informelle et diffuse. Au contraire, les sanctions juridiques sont socialement organisées, ce qui signifie qu'elles prennent la forme d'actes précisément établis, posés par des individus désignés par l'ordre juridique, suivant une procédure fixée par celui-ci¹².

De manière plus précise encore, les sanctions juridiques sont des actes de contrainte. Ce critère paraît être celui qui, dans l'esprit de Kelsen, distingue le droit d'autres ordres sociaux, dont la morale¹³, au point que le droit est qualifié d'« ordre de contrainte »¹⁴. Ainsi, le droit réagit

« par un acte de contrainte à certaines circonstances considérées comme indésirables parce que socialement nuisibles, en particulier à des faits de comportement humain de cette nature »¹⁵.

L'acte de contrainte est

« un mal – tel que le retrait de la vie, de la santé, de la liberté, de biens économiques et autres – qui doit être infligé à celui qu'il atteindra, même contre son gré, et, si besoin est, en employant la force physique »¹⁶.

⁹ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., trad. Ch. Eisenmann, Paris, L.G.D.J., Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 35-36.

¹⁰ H. Kelsen, *Théorie pure...*, *op. cit.*, p. 36.

¹¹ H. Kelsen, *Théorie pure...*, *op. cit.*, p. 37.

¹² *Ibid.*

¹³ H. Kelsen, *Théorie pure...*, *op. cit.*, p. 60, 70.

¹⁴ H. Kelsen, *Théorie pure...*, *op. cit.*, p. 41.

¹⁵ *Ibid.*

L'acte de contrainte doit être distingué de la « contrainte psychique », qui conduit les êtres humains à adopter certains comportements en raison de leurs représentations de la religion, de la morale, ou même du droit. L'acte de contrainte est, au contraire, celui qui doit être posé lorsque le droit n'est pas respecté, ce qui revient à dire qu'il n'existe qu'à titre de sanction¹⁷.

Dans une telle perspective, une norme¹⁸ juridique ne peut exister que si elle prévoit une sanction. Il revient au même d'ordonner qu'un tel comportement soit adopté, ou de prescrire qu'une sanction soit appliquée à ceux qui ne l'adoptent pas. Kelsen assimile donc complètement la norme et la sanction, en disant que la première n'existe que par et dans la seconde :

« ce qui « doit être », ce n'est pas la conduite ordonnée mais bien la sanction »¹⁹

« le droit *commande* un certain comportement (et cela signifie qu'il en fait une obligation juridique) *en posant* comme obligatoire une sanction comme condition du comportement contraire [...] »

On a l'habitude de distinguer entre les normes juridiques qui commandent un certain comportement et les normes juridiques qui attachent une sanction au comportement allant contre ces normes, et de les appeler respectivement des normes juridiques primaires et secondaires ; par exemple, « on ne doit pas voler ; si quelqu'un vole, il doit être puni ». Mais la formulation de la première de ces deux normes est superflue car *juridiquement*, le « ne-pas-devoir-voler » existe seulement dans le « devoir-être-puni » qui lui est attaché comme condition du vol. »²⁰

La position de Kelsen s'inscrit dans une tradition regroupant de nombreux auteurs qui définissent « la sanction par la contrainte et le droit par la sanction »²¹. On a retenu en particulier (sans doute grâce aux écrits de Hart) la conception de J. Austin qui considère la sanction comme une part constitutive de la règle de droit puisque cette dernière se comprend comme un ordre (*command*) accompagné d'une sanction en cas de violation²². Mais la tradition est bien plus ancienne et remonte à Thomas d'Aquin, avec des ramifications tant en Angleterre (Hobbes²³, Bentham) que dans le monde germanique (Fichte, Jhering, Kelsen²⁴, Morgenthau²⁵)²⁶.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ H. Kelsen, *Théorie pure...*, *op. cit.*, p. 43.

¹⁸ H. Kelsen utilise dans ses écrits le terme « norme » là où d'autres, comme Hart dont on parlera plus loin, choisissent plutôt de parler de règles. On peut les considérer ici comme équivalents, même si une nuance peut exister dans d'autres contextes.

¹⁹ H. Kelsen, *Théorie pure...*, *op. cit.*, p. 33.

²⁰ H. Kelsen, *Théorie générale des normes*, trad. O. Beaud et F. Malkani, Paris, P.U.F., 1996, p. 176. V. dans le même sens, H. Kelsen, *Théorie pure...*, *op. cit.*, p. 33, 123.

²¹ Ch.-A. Morand, « La sanction », *Arch. philo. dr.* 35, 2000, p. 293.

²² J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge University Press, 1995, p. 21 et s.

²³ Th. Hobbes, *De Cive ou les fondements de la politique*, trad. S. Sorbière, Paris, Sirey, 1981, p. 256-257 (chap. XIV, § VII et VIII).

²⁴ Pour une application en droit international de la théorie de Kelsen à ce sujet, v. A. D'Amato, « The Coerciveness of International Law », *German Yearbook of Int. L.*, 2009, spéc. p. 439.

12. **Quid d'une « norme » sans sanction ?**

Kelsen envisage explicitement l'hypothèse d'un législateur qui, voulant créer une norme, poserait un acte sans sanction :

« Il ne peut naturellement pas être nié qu'un législateur peut faire – selon une procédure conforme à la norme fondamentale – un acte qui ait pour signification subjective une norme qui prescrive une certaine conduite humaine, qu'il peut le faire sans instituer un acte de contrainte comme sanction pour le cas d'une conduite contraire, et sans que cependant on puisse, comme dans le cas de l'obligation naturelle, présenter les faits comme consistant en la limitation de la validité d'une norme instituant un acte de contrainte. En ce cas, si la norme fondamentale supposée est formulée comme une norme qui institue des actes de contrainte, il est impossible de reconnaître à l'acte en question la signification objective correspondant à sa signification subjective ; la norme qui est sa signification subjective ne peut pas être interprétée comme une norme juridique, mais doit être considérée comme juridiquement irrelevante. »²⁷

Kelsen fait ici référence à la distinction entre la validité d'une norme et la volonté subjective de celui qui l'a posée²⁸. La validité dépend d'une édicition conformément à la norme fondamentale, laquelle peut exiger, comme élément de la procédure d'élaboration des normes, que certaines personnes habilitées par ou en vertu de cette norme fondamentale expriment leur volonté. Mais une fois cette procédure respectée, la norme est valide et le reste indépendamment de la volonté du législateur, c'est-à-dire même si cette volonté se trouve modifiée. Il peut donc exister une différence entre la validité d'une norme et la volonté du législateur, ce qui ouvre aussi la porte, comme le passage précité l'indique, à ce que le législateur exprime sa volonté sans cependant créer, objectivement, une norme juridique. Tel est le cas si le législateur pose un acte qu'il conçoit comme une norme, mais sans prévoir de sanction, alors que ceci est requis par la norme fondamentale, laquelle fonde un ordre de contrainte. Ainsi, la « norme » sans sanction est finalement un cas particulier d'acte non conforme à la loi fondamentale, qui ne peut donc pas constituer une norme valide.

Cette hypothèse paraît très rare à Kelsen :

« Dans les ordres juridiques modernes, ce n'est que très exceptionnellement que l'on rencontre des normes qui ont la signification subjective d'actes de législation et qui prescrivent une certaine conduite sans faire de la conduite contraire la condition d'une sanction consistant en un acte de contrainte. D'ailleurs il faut reconnaître que dans le cas contraire, c'est-à-dire si les ordres sociaux que l'on appelle droits contenaient effectivement une proportion importante d'impératifs qui ne seraient pas en relation essentielle avec des normes qui instituent des actes de contrainte comme

²⁵ H. MORGENTHAU, « Théorie des sanctions internationales », *Revue de droit international et de législation comparée*, 1935, p. 479.

²⁶ Sur ces différents auteurs, v. Ch.-A. MORAND, « La sanction », *Arch. philo. dr.* 35, 2000, p. 295-298.

²⁷ H. Kelsen, *Théorie pure...*, op. cit., p. 59.

²⁸ H. Kelsen, *Théorie pure...*, op. cit., p. 10-11, 18.

sanction, cela remettrait en question l'admissibilité d'une définition du droit comme ordre de contrainte – mais cette hypothèse n'est pas vérifiée dans la réalité »²⁹.

13. L'efficacité comme condition du maintien de validité de la norme

On pourrait être tenté de déduire de ce qui précède que l'existence d'une sanction serait simplement une condition de validité des normes. La théorie de Kelsen ne s'arrête pas là.

On sait que, pour Kelsen, une norme est valide si elle est édictée conformément aux normes supérieures, qui forment une pyramide au sommet de laquelle se trouve la norme fondamentale supposée. Cette dernière constitue le fondement ultime de la validité de toutes les normes d'un ordre juridique. S'agissant de la norme fondamentale, sa validité ne peut pas se déduire du fait qu'elle a été édictée conformément à une norme supérieure ; il s'agit d'une norme « supposée », dont la validité « ne peut plus faire l'objet d'une question »³⁰.

Mais une norme juridique ainsi validement créée ne le reste que si elle est *efficace*, c'est-à-dire si, « en gros et de façon générale », elle est observée ou appliquée³¹. L'efficacité d'une norme est un fait, ou « un être »³² (par opposition à un devoir-être). Une norme est efficace si le comportement des sujets y est généralement conforme ou si la sanction prévue par la norme est généralement appliquée aux sujets qui ne la respectent pas³³. L'efficacité d'un ordre normatif dans son ensemble s'apprécie de la même manière, étant entendu qu'on ne peut pas déduire l'inefficacité d'un ordre normatif du seul fait qu'un petit nombre des normes particulières qu'il contient seraient inefficaces³⁴. La raison pour laquelle la norme est observée – qu'il s'agisse de la représentation que le sujet se fait de la sanction, ou d'une autre norme morale ou religieuse – n'intervient pas dans l'appréciation de son efficacité³⁵.

L'efficacité n'est pas le fondement de la validité de la norme au moment de son édictation ; seule la norme fondamentale constitue ce fondement. Mais elle est une condition pour que cette validité ne se perde pas. Outre l'hypothèse où le respect de la « norme » deviendrait naturellement impossible ou, au contraire, nécessaire³⁶, Kelsen envisage le cas d'une norme qui ne serait plus obéie par personne, ni par le sujet ni par ceux chargés d'appliquer la sanction. Il

²⁹ H. Kelsen, *Théorie pure...*, op. cit., p. 61.

³⁰ H. Kelsen, *Théorie pure...*, op. cit., p. 194.

³¹ H. Kelsen, *Théorie générale...*, op. cit., p. 184.

³² H. Kelsen, *Théorie générale...*, op. cit., p. 185.

³³ H. Kelsen, *Théorie pure...*, op. cit., p. 19.

³⁴ H. Kelsen, *Théorie pure...*, op. cit., p. 215.

³⁵ H. Kelsen, *Théorie pure...*, op. cit., p. 20.

³⁶ H. Kelsen, *Théorie pure...*, op. cit., p. 19.

s'agit alors d'une désuétude, sorte de « coutume négative » qui fait perdre à la norme sa validité³⁷.

La sanction intervient donc à un double titre dans la question de la validité de la norme : d'une part, il est nécessaire qu'une sanction soit prévue pour qu'on puisse parler d'une norme valide au regard de la norme fondamentale ; d'autre part, l'application de la sanction est une des modalités possibles pour assurer l'efficacité de la norme, sans laquelle elle perd sa validité.

14. Raisons de mettre en doute la position de Kelsen

On peut s'interroger sur le bien-fondé de la position de Kelsen qui vient d'être rappelée. Une première question surgit quand on se place à l'intérieur même du schéma de pensée de Kelsen. Il est étonnant que, dans le contexte de son projet de « théorie pure » du droit, qu'il veut construire sur des bases exclusivement juridiques, il puisse faire dépendre la validité des normes d'un élément aussi factuel et empirique que leur efficacité³⁸. Les précautions qu'il prend pour aborder ce sujet sont d'ailleurs révélatrices d'un certain malaise. Kelsen annonce au départ que les rapports entre l'efficacité et la validité est un problème « des plus difficiles »³⁹, ce qui n'est pas étonnant dès lors que l'on touche aux rapports entre l'être et le devoir-être, sans que le premier ne puisse jamais – dans l'optique défendue par Kelsen – se transformer en second. Il ne termine pas cette section de son ouvrage sans rappeler « avec insistance » que « l'efficacité est une condition de la validité, mais [qu']elle n'est pas cette validité elle-même »⁴⁰. S'il est exact qu'on ne peut pas considérer une condition (seulement) nécessaire comme « identique à ce qui est conditionné par elle »⁴¹, il demeure que la validité des normes dépend de leur efficacité, non à l'instant de leur création, mais à partir du moment où cette efficacité peut être vérifiée.

On peut en outre s'interroger sur la manière dont Kelsen définit l'efficacité. Car dans les deux branches de l'alternative qu'il envisage, il est des cas où l'on se demande si l'on parle bien d'efficacité de la norme juridique. D'une part, comme on l'a vu, les sujets adoptent parfois le

³⁷ H. Kelsen, *Théorie pure...*, op. cit., p. 216.

³⁸ Les développements que Kelsen consacre à l'efficacité de la norme laissent d'ailleurs penser que, comme chez d'autres auteurs (dont Hart), c'est bien un fait sociologique qui, même dans la théorie de Kelsen, est à la base de la validité des normes, étant entendu que la norme fondamentale « n'est que la qualification normative de ce fait », qualification normative rendue nécessaire par la séparation radicale entre l'être et le devoir-être que Kelsen s'impose (v. Ph. Coppens, *Normes et fonction de juger*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 1998, 291 p. 103-106).

³⁹ H. Kelsen, *Théorie pure...*, op. cit., p. 211.

⁴⁰ H. Kelsen, *Théorie pure...*, op. cit., p. 216.

⁴¹ H. Kelsen, *Théorie pure...*, op. cit., p. 215.

comportement requis par la norme, non pas en raison de la norme juridique, mais en raison de la représentation qu'ils ont d'une autre norme, par exemple une norme morale :

« il se peut que cette obéissance à la norme juridique soit provoquée aussi par d'autres motifs, de sorte que ce qui est efficace ne soit pas, à proprement parler, la représentation de la norme juridique dans l'esprit des sujets, mais la représentation d'une norme religieuse ou d'une norme morale »⁴².

Dans cette hypothèse, on peut se demander s'il s'agit d'une efficacité *de la norme juridique*. D'autre part, l'autre forme d'efficacité semble consister simplement dans l'application d'une sanction quelconque, sans considération de son intensité ou de son aptitude à faire effectivement respecter la norme. Ainsi, l'application généralisée d'une sanction mineure à toute violation paraît suffisante pour assurer l'efficacité de la norme au sens voulu par Kelsen, alors même qu'en réalité le comportement souhaité ne serait généralement pas adopté. Dans ce cas, c'est l'idée d'*efficacité* qui pose question. Certes, la sanction peut être imposée, au besoin, par la force, mais ce n'est pas ça qui fait qu'un sujet adopte généralement le comportement souhaité, si la sanction n'est pas assez sévère et que le sujet choisit de ne pas adopter ce comportement et de subir ensuite la sanction si elle lui est imposée.

La combinaison de ces deux considérations amène à se demander pourquoi, dans l'optique de Kelsen, une « norme » sans sanction ne pourrait pas être valide si, tout en étant créée conformément à la norme fondamentale, elle est réellement efficace (ce qui est effectivement une question de fait). Dès lors que l'efficacité est rencontrée lorsque le comportement indiqué par la norme juridique est généralement adopté, même pour des raisons qui ne tiennent pas à la représentation de cette norme juridique, et par ailleurs qu'il n'est même pas exigé de la sanction qu'elle soit concrètement de nature à contraindre les sujets à l'obéissance, on se demande pourquoi l'existence d'une sanction serait absolument nécessaire, et ce qui justifie l'exigence purement formelle d'une sanction.

Indépendamment de ces considérations qui se placent à l'intérieur du système de pensée de Kelsen, il est douteux que la conception généralement partagée de la nature et du fonctionnement du droit corresponde à celle défendue par Kelsen. Cette conception généralement partagée ne considère pas la norme comme se réduisant à l'obligation⁴³ pesant

⁴² H. Kelsen, *Théorie pure...*, op. cit., p. 20.

⁴³ On peut suivre Kelsen sur la définition de l'obligation comme une autre expression de la norme, centrée sur le point de vue du débiteur : « Sans doute est-on accoutumé de distinguer norme juridique et obligation juridique, et de dire qu'une norme établit une obligation juridique. Mais il faut bien comprendre que l'obligation juridique à une certaine conduite, loin d'être une donnée différente de la

sur certaines autorités de sanctionner certains comportements. Elle considère au contraire que les normes juridiques prescrivent d'abord certains comportements directement aux sujets avec, ensuite et en outre, des règles de sanction pour le cas où ces normes ne seraient pas respectées.

Comme Kelsen lui-même le remarque⁴⁴, le droit pénal se limite souvent à édicter la sanction sans prévoir expressément l'interdiction. Mais même dans ce cas, la règle est comprise comme formulant d'abord et avant tout une interdiction. Si l'on demande aux citoyens d'exposer l'état du droit concernant le vol, on peut obtenir des réponses du type « voler est interdit », ou « celui qui vole doit aller en prison », mais la réponse première ne sera pas « le juge à qui l'on présente un voleur doit le condamner à une peine de prison ». Non pas que cette dernière réponse serait inexacte, mais on trouverait à tout le moins que c'est une manière étrange d'exprimer la règle, car l'énorme majorité des citoyens comprennent la règle comme une interdiction s'imposant à *eux*, et non seulement une injonction adressée au juge ; dans cette optique, ils s'y soumettent très souvent indépendamment du risque de sanction⁴⁵.

Kelsen répondrait probablement que la justesse de sa théorie ne dépend pas d'une intuition collective. Une telle approche ne peut, par contre, être si facilement écartée lorsqu'on considère le droit comme une composante de la vie sociale, ancrée dans la société ; la manière dont la population comprend et pratique la règle de droit devient alors une composante essentielle de sa nature, comme l'ont montré, par ailleurs, les travaux de Wittgenstein sur les règles. De ce point de vue, le projet d'établir une « théorie pure » a conduit Kelsen à négliger certains éléments importants pour la compréhension de la pratique du droit, du droit en action.

15. Éléments à retenir de la position de Kelsen

Malgré ces faiblesses, l'approche de Kelsen nous apprend (au moins) deux choses importantes sur la sanction et sur le droit.

D'une part, l'assimilation de la sanction et de la norme juridique, telle que l'expose Kelsen, montre bien, nonobstant les réserves qu'elle appelle, que la sanction fait partie du domaine des normes, et non des faits. La sanction est une norme prévoyant ce qui *doit* être fait dans telle hypothèse ; elle n'est pas l'acte matériel qui est posé dans cette hypothèse. La sanction, c'est la

norme juridique qui ordonne cette conduite, est cette norme juridique elle-même. » (H. Kelsen, *Théorie pure...*, *op. cit.*, p. 123).

⁴⁴ H. Kelsen, *Théorie pure...*, *op. cit.*, p. 62.

⁴⁵ Pour une réfutation de cette conception de H. Kelsen, H.L.A. Hart, *Le concept de droit*, trad. M. van de Kerchove, Bruxelles, F.U.S.L., 1976, p. 54 et s.

règle qui prévoit que le meurtrier doit être emprisonné, ce n'est pas le *fait* qu'il soit effectivement arrêté et jeté en prison.

D'autre part, la théorie de Kelsen aurait facilement pu l'amener à ne fonder la validité des normes que sur le critère formel d'une édicition conforme à la norme fondamentale, sans se préoccuper de l'effet concret de la norme. À juste titre, il perçoit que la validité des normes et de l'ordre juridique n'est pas complètement indépendante de leur efficacité, c'est-à-dire du fait qu'ils sont respectés, d'une manière générale.

16. Une autre conception de la norme : l'aspect interne des règles

Dans *Le concept de droit*, H.L.A. Hart cherche aussi à expliquer la spécificité des règles de droit, en réfléchissant à ce qui les distingue des simples habitudes ou d'un commandement intimé par un bandit. Ceci l'amène à mettre en évidence l'aspect interne des règles, en partant de la manière dont les membres d'un groupe social vivent et pratiquent la règle, et dont ils expliquent leur comportement au regard de cette règle. Les agents sont, le plus souvent, capables de reconnaître une règle : ils parviennent facilement à distinguer, d'une part, ce qu'ils doivent faire ou ce qui leur est interdit (même s'ils ne risquent pas de subir une sanction en cas de violation de leur devoir) et, d'autre part, ce qu'ils peuvent mais ne doivent pas faire (même si leur choix d'adopter le comportement en question leur occasionnera un dommage énorme). Lorsqu'ils se conforment à une règle, les agents, ou au moins la plupart d'entre eux, ont conscience qu'ils n'agissent pas seulement par habitude, par conformisme ou par intérêt, mais qu'ils adoptent le comportement attendu d'eux et de tous leurs semblables auxquels la règle s'applique. Ils sont convaincus que la règle est, en soi, une *raison acceptable* d'adopter le comportement en question, et cette conviction est largement partagée dans le groupe social. Inversement, ceux qui ne se conforment pas à la règle s'exposent à des reproches de la part de leurs congénères et à des demandes de se mettre en conformité avec la règle⁴⁶. On comprend ainsi en quoi les normes *doivent* être suivies, et se différencient de simples régularités comportementales qu'on observe *en fait* ou de commandements imposés sans justification.

Cette conviction qu'il s'agit d'une règle qui doit être respectée provient en effet de la justification de la règle. Les sujets se considèrent généralement liés par une règle, et ils la tiennent pour une raison acceptable d'y conformer leur comportement, lorsqu'ils estiment que la règle est justifiée et légitime, et qu'ils peuvent dès lors la considérer, non pas (seulement) comme une règle qui leur est imposée, mais (aussi) comme une règle qu'ils estiment justifiée de

⁴⁶ H.L.A. HART, *Le concept...*, *op. cit.*, p. 78-79, 114-115.

s'imposer à eux-mêmes. « Ils s'appliquent" eux-mêmes à eux-mêmes des règles »⁴⁷. Selon les conceptions, la légitimité dérive de l'autorité législatrice, de la procédure d'édiction de la norme, ou encore de ses effets. L'individu respecte la règle s'il croit, par conviction ou par habitude, que la règle est justifiée et légitime.

Cette conviction peut notamment résulter du fait que la règle est adéquate, c'est-à-dire conçue dans l'intérêt bien compris de ses destinataires (indépendamment de toute sanction). C'est la perception de cet intérêt qui importe ici ; elle peut évidemment inclure des anticipations, c'est-à-dire être basée sur une vision à long terme plutôt que sur un intérêt immédiat. Même si nous n'en avons pas toujours conscience, l'existence des règles, et l'anticipation qu'elles seront effectivement respectées, nous informe sur les comportements futurs d'autrui et nous permet d'adapter notre conduite en conséquence – ce qui nous est à tous particulièrement profitable.

Pour prendre un exemple classique, nous nous conformons à la règle imposant de rouler à droite parce que nous savons que, très probablement, les autres le font également, et qu'ainsi nous évitons tous les accidents. S'il n'y avait pas de règle (même tacite) à ce sujet, ou si la règle imposait aux hommes de rouler à droite et aux femmes de rouler à gauche, conduire serait probablement bien trop risqué pour que nous l'osions. Cet exemple est, à vrai dire, assez simple, car il s'agit d'une simple règle de coordination qu'*a priori*, chacun a personnellement et immédiatement intérêt à respecter. Mais les règles de coopération, comme celles qui nous imposent de contribuer au fonctionnement des institutions publiques en payant des impôts, sont aussi susceptibles d'une justification internalisée par les sujets. Le raisonnement est alors plus compliqué, et implique de nombreux paramètres dont les intérêts indirects ou à long terme (bénéficier des services étatiques, vivre dans une société paisible, etc.), les conceptions de la justice (à quel point la société doit-elle être égalitaire ?), la procédure d'édiction de la règle (il faut respecter les décisions prises par les organes démocratiques), etc.

17. **Domaine des règles de droit**

Comme on le perçoit en lisant les exemples qu'il propose, Hart ne limite pas sa théorie de la règle aux normes juridiques, même si son projet est de mieux comprendre ces dernières. Le droit est constitué de normes, mais toutes les normes ne sont pas juridiques. Certaines relèvent plutôt du savoir-vivre, de la morale, de la politique, de la discipline d'une profession ou d'une corporation quelconque, ou encore du sport ou de la religion, qui sont autant de sous-systèmes sociaux.

⁴⁷ H.L.A. HART, *Le concept..., op. cit.*, p. 57.

Il n'est pas possible de déterminer *a priori* les normes qui font partie du droit, car cela nécessiterait d'établir une liste exhaustive des sources du droit. Or, comme l'ont montré les philosophes du droit de ces dernières décennies, la théorie des sources ne se laisse pas enfermer dans des limites si strictes. Plusieurs critères peuvent être utilisés – et rien n'indique qu'un seul soit décisif – parmi lesquels la nature de l'autorité qui crée la norme (on perçoit qu'il doit s'agir d'un contexte institutionnel) et la manière dont cette dernière est considérée à la fois par les juristes (juges, auteurs de doctrine, etc.) et dans la société en général. Le problème n'est pas différent pour la définition des autres sciences sociales, dont les limites ne sont pas non plus parfaitement nettes : qui peut indiquer le critère qui distingue de manière étanche l'économie, la sociologie, la psychologie, ... ?

Dans la plupart des cas, les acteurs sociaux ont cependant une compréhension intuitive, correspondant d'ailleurs à un consensus entre eux, du caractère juridique, ou non, des normes auxquelles ils sont confrontés. Cette compréhension, assez juste et précise, suffit généralement dans la pratique, même si apparaissent çà et là des cas-limites (parfois appelés *soft law*), incertains, suscitant la controverse.

18. Règles primaires et règles secondaires

Pour caractériser un système juridique développé, Hart le décrit comme une union entre des règles primaires et des règles secondaires. Les premières sont des règles qui « prescrivent à des êtres humains d'accomplir ou de s'abstenir de certains comportements »⁴⁸. Les règles secondaires sont des règles « relatives » à des règles primaires qui, dans un système juridique élaboré,

« déterminent la façon dont les règles primaires peuvent être définitivement identifiées, édictées, abrogées ou modifiées, et le fait de leur violation définitivement établi »⁴⁹.

Hart définit ainsi trois types de règles secondaires : les règles de reconnaissance, de changement et de décision. Les premières servent à déterminer avec certitude quelles sont les règles valides au sein d'un système juridique. Les secondes prévoient la manière de modifier les règles en vigueur, de les abroger, ou d'en créer de nouvelles. Les règles de décision visent surtout à faire en sorte que les incertitudes au sujet du respect (ou non) d'une norme primaire soient tranchées avec autorité⁵⁰.

⁴⁸ H.L.A. HART, *Le concept...*, op. cit., p. 105.

⁴⁹ H.L.A. HART, *Le concept...*, op. cit., p. 119-120.

⁵⁰ H.L.A. HART, *Le concept...*, op. cit., p. 120-123.

L'aspect interne des règles mis en évidence par Hart ne s'applique pas seulement aux règles primaires, mais aussi aux règles secondaires. Ainsi, de même que les « simples » sujets internalisent la justification des règles primaires, les autorités tiennent les règles secondaires pour des raisons acceptables de suivre ces règles secondaires dans l'exercice de leurs fonctions, c'est-à-dire de prendre des décisions qui y sont conformes. Hart imagine, « à la limite », la possibilité que l'aspect interne des règles ne concerne que les règles secondaires et, en conséquence, qu'il ne vise que les autorités auxquelles ces règles s'appliquent. Alors, ce ne serait pas un point de vue interne qui expliquerait l'existence des règles primaires, mais la décision des autorités qui « seules [...] admettent et utilisent les critères de validité juridique du système »⁵¹. Les règles primaires seraient suivies sans que leur justification soit internalisée par les sujets, qui ressembleraient « à un troupeau de moutons »⁵². Même s'il admet qu'il s'agirait toujours d'un système juridique, on comprend que Hart considère un tel système comme très improbable en fait, et certainement non souhaitable.

19. Une sanction est-elle nécessaire à l'existence de la norme ?

Cette conception de la règle juridique comme l'énoncé institutionnalisé d'un devoir-être internalisé par les sujets qui en sont les destinataires donne une autre idée des rapports entre l'existence des règles et les sanctions.

Dans cette conception, la sanction ne fait pas partie de l'essence de la règle juridique, laquelle repose plutôt sur une conviction partagée que la règle est une raison acceptable d'agir. Sans doute cette conviction est-elle *révélée* par des marques d'approbation à l'égard de ceux qui se conforment à la règle, et des marques de désapprobation (dont des sanctions) à l'adresse de qui ne la respecterait pas. Mais, outre que les marques de désapprobation ne sont pas toujours des sanctions, ceci n'est jamais qu'une manifestation extérieure de ce qui, précisément, est une conviction interne.

L'idée, qu'on trouve chez Kelsen (*supra*, n° 15), selon laquelle la règle de droit doit être globalement efficace, c'est-à-dire respectée par les agents ou par les autorités chargées de sanctionner, s'insère facilement dans cette seconde théorie. Il s'agit en effet d'un signe que les justifications de la règle sont, de manière générale, internalisées par les membres du groupe social, ce qui explique qu'ils respectent la règle et qu'ils chargent des autorités de sanctionner ceux qui ne s'y conforment pas.

⁵¹ H.L.A. HART, *Le concept...*, *op. cit.*, p. 146-147.

⁵² H.L.A. HART, *Le concept...*, *op. cit.*, p. 147.

Une règle qui ne serait pas assortie d'une sanction n'en serait pas pour autant inutile ou absurde. On pourrait, certes, dire qu'il est vain d'imposer un comportement que tous adopteraient aussi en l'absence de règle. Mais même les règles de pure coordination, que personne n'a intérêt à violer, ont au moins une fonction précise : indiquer à tous le comportement qu'il faut adopter pour réaliser la coordination. Pour reprendre l'exemple de la conduite à droite, même si l'intérêt qu'a chacun de s'y conformer rendait les sanctions superflues, encore la règle est-elle utile pour préciser qu'on doit conduire à droite, et non à gauche. Plus généralement, dès lors qu'on s'affranchit d'une conception dans laquelle seule la sanction assure le respect de la règle, on peut envisager, au moins sur le plan théorique, des règles suffisamment efficaces indépendamment de la sanction et pour lesquelles une sanction s'avère inopportune. Une règle sans sanction peut donc avoir un sens et une utilité sociale réelle.

Ceci étant, il va de soi, comme nous le verrons dans le paragraphe suivant, que des sanctions peuvent s'avérer utiles pour faire respecter la règle par les membres du groupe social qui n'auraient pas internalisé ses justifications.

§ 2. La sanction comme réponse à la violation de la règle juridique

20. Introduction

Le paragraphe précédent a montré qu'une règle juridique peut exister sans nécessairement être assortie d'une sanction ou, pour le dire autrement, que la sanction n'est pas une composante essentielle de la règle de droit. Mais indépendamment de cette conclusion sur le plan théorique, il est évident qu'en pratique, la plupart des règles juridiques sont sanctionnées, selon diverses modalités. Se pose alors la question de la raison d'être de la sanction, et de sa fonction par rapport à la règle. On peut y voir plus clair en étudiant le fonctionnement de la sanction en tant que réponse à la violation de la règle juridique.

21. Pourquoi respecter les règles juridiques ?

Nous ne nous posons que rarement la question de savoir pourquoi nous respectons généralement les règles juridiques. Cette question se pose sur le plan de l'observation psychologique et sociale empirique (pourquoi, dans les faits, respectons-nous les règles ?), et elle n'équivaut pas à se demander quelle *raison* nous avons, sur le plan normatif, pour respecter la règle. Car la réponse à la seconde question est évidente et tautologique : l'existence d'une règle qui nous oblige, constitue, en soi, une raison suffisante pour la respecter. Mais comme l'obligation juridique n'est jamais une nécessité physique, et qu'il est donc toujours concevable

que la règle ne soit pas suivie⁵³ (à l'inverse, par exemple, de la gravitation dans la physique newtonienne), on peut se demander pourquoi, en fait, elle l'est somme toute très souvent.

De ce point de vue, les éléments qui déterminent notre comportement sont divers, et souvent relativement mélangés et confus. La plupart d'entre nous sommes habitués à nous comporter selon les normes de notre milieu social, ce qui inclut les règles juridiques, et cette habitude suffit dans la plupart des circonstances de vie quotidienne. Mais cette habitude provient d'un grand nombre de cas où, dans le passé, nous avons obéi à la règle ; elle n'explique donc pas pourquoi, précisément, nous y avons obéi antérieurement.

Une explication majeure de notre obéissance aux règles vient du fait que nous internalisons leurs justifications. Comme on l'a déjà expliqué, cette internalisation permet de distinguer la règle de l'habitude, mais elle explique aussi pourquoi, en fait, nous nous conformons à la règle. Car si nous sommes convaincus que la règle est justifiée, il est (simplement) cohérent d'y conformer son comportement ; et si l'internalisation des justifications de la règle est largement partagée dans la société, il n'est pas étonnant que la conformité soit le comportement le plus courant. Ceci permet aussi de comprendre pourquoi les règles dont les justifications sont les plus fortes et donc les mieux internalisées, sont aussi celles qui sont les mieux respectées, indépendamment de toute autre considération.

Mais le législateur peut estimer, selon les circonstances, que le degré de conformité auquel la légitimité de la règle permettra probablement d'aboutir est insuffisant. Il peut en effet anticiper le fait que certaines personnes n'internalisent pas la justification de la règle (par exemple parce que cette justification est fortement débattue) ou que, bien qu'ayant fait leur la justification de la règle, elles ne le suivent quand même pas, adoptant ainsi une attitude de *free riding* de manière à bénéficier des effets bénéfiques de la règle sur la société en général sans toutefois souffrir les inconvénients que la règle leur cause à titre personnel. Dans cette hypothèse, le législateur mettra en place des mécanismes de nature à orienter le comportement des destinataires de la règle, afin qu'ils s'y conforment nonobstant les circonstances précitées.

Un de ces mécanismes est la sanction, c'est-à-dire la règle secondaire (sur ce concept, v. *infra*, n° 22) qui prévoit un désagrément à charge de celui qui n'adopte pas volontairement le comportement imposé. Ce désagrément est conçu pour modifier la structure des préférences du destinataire de la règle, afin qu'il préfère y conformer son comportement, indépendamment de

⁵³ V. H. MORGENTHAU, « Théorie des sanctions internationales », *Revue de droit international et de législation comparée*, 1935, p. 490.

la justification de la règle. La sanction joue ici comme une menace conduisant les agents qui ne respecteraient pas la règle si elle n'était pas sanctionnée, à la respecter pour éviter ce qu'ils considèrent comme un mal pire encore.

En d'autres termes, le législateur, redoutant que l'internalisation de la justification de la règle ne conduise pas à un respect suffisamment généralisé, lui ajoute un complément destiné à améliorer le taux de comportements conformes (sans toutefois jamais pouvoir être certain d'une conformité totale). En quelque sorte, la sanction vient ainsi améliorer le fonctionnement de la règle à laquelle elle se rapporte.

Dans la réalité, les agents ne distinguent pas toujours explicitement les différents motifs qui les conduisent à respecter les règles. La justification de la règle et la crainte de la sanction peuvent ainsi se combiner et se compléter pour déterminer l'agent à agir de manière conforme à la règle. Toutes choses restant égales, plus les autres motivations sont importantes, moins les sanctions sont utiles (ou : moins les sanctions doivent être sévères), et inversement⁵⁴. Anticipant (plus ou moins) les réactions des destinataires de la règle, le législateur peut choisir entre les sanctions et d'autres techniques (dont les incitants), les combiner, les calibrer, ou encore les considérer comme inutiles et donc y renoncer.

22. Nature de la sanction : une règle secondaire

L'analyse de la pensée de Kelsen a mis en lumière le caractère normatif de la sanction : la sanction est une règle (*supra*, n° 15). Mais à l'encontre de Kelsen qui assimile complètement la norme et la sanction, on défend ici une conception de la sanction comme une règle d'un type particulier : sa particularité est d'être une règle qui s'applique lorsqu'une autre règle n'a pas été respectée⁵⁵. Il y a donc, entre la règle et sa sanction, un rapport de causalité normative : le non-respect de la règle est une condition pour que la sanction doive ou puisse s'appliquer, et la sanction trouve sa cause dans le non-respect de la règle.

En ce sens, la sanction est une règle secondaire : elle vient en appui à une norme primaire qui, elle, impose ou autorise tel ou tel comportement. On peut se demander si Hart – dont on a vu qu'il a proposé une distinction entre les règles primaires et les règles secondaires (*supra*, n° 18) – incluait les sanctions dans les règles secondaires, et plus particulièrement comme une forme de règle de décision. Certains extraits de son ouvrage pourraient le laisser penser :

⁵⁴ V. H. MORGENTHAU, « Théorie des sanctions internationales », *Revue de droit international et de législation comparée*, 1935, p. 502.

⁵⁵ H. KELSEN fait état de cette conception, qu'il réfute (*Théorie générale...*, *op. cit.*, p. 176, cité *supra*, n° 11).

« Il n'est guère besoin de dire qu'il est peu de systèmes dans lesquels les pouvoirs du juge se réduisent à décider d'autorité le fait de la violation des règles primaires. La plupart des systèmes ont aperçu, après quelque temps, les avantages d'une centralisation plus grande de la pression sociale ; et ils ont en partie interdit le fait que les simples particuliers aient recours à des peines physiques ou qu'ils se fassent justice à eux-mêmes par la force. Ils les ont remplacés en complétant le système des règles primaires d'obligation par d'autres règles secondaires qui déterminent, ou tout au moins limitent, les sanctions [*penalties*] applicables en cas de transgression, et ils ont conféré aux juges qui auraient établi le fait de la violation, le pouvoir exclusif d'ordonner l'application de sanctions [*penalties*] par d'autres autorités. Ces règles secondaires fournissent les « sanctions » publiques et centralisées [*centralized official 'sanctions'*] du système. »⁵⁶

Ou encore :

« Les concepts spécifiquement juridiques dont s'occupe le juriste de par sa profession, tels que ceux d'obligation et de droits, de validité et de source de droit, de législation et de juridiction, et enfin de sanction [*sanction*], ne sont pas les seuls à recevoir la meilleure élucidation possible à la lumière de cette articulation d'éléments »⁵⁷.

D'autres passages, par contre, accréditent l'idée que les sanctions ne sont pas réellement des règles de décision, mais bien des règles qui « se rapportent aux actions que les individus doivent ou non accomplir »⁵⁸, c'est-à-dire des règles primaires.

Il n'est pas nécessaire de trancher la question ici. Il suffit de reprendre l'idée de norme secondaire, que Hart n'est d'ailleurs pas le seul à avoir utilisée⁵⁹, dans un sens qui, éventuellement, est partiellement différent de celui qu'il lui donnait. Mais il existe au moins deux points communs entre les règles secondaires décrites par Hart et la sanction comme norme secondaire décrite ici. D'une part, il s'agit d'une règle qui favorise un meilleur fonctionnement du système juridique. D'autre part, la règle secondaire n'est, en théorie, pas nécessaire à l'existence de règles primaires⁶⁰, même si elle est toujours présente en fait dans les systèmes juridiques de nos sociétés contemporaines.

23. Le fonctionnement de la règle secondaire de sanction

Comme toute règle de droit, la sanction a pour effet de modifier l'ordre juridique en créant ou supprimant des droits ou des obligations et en habilitant des autorités à prendre des décisions et à poser des actes. Sa particularité ne réside pas dans son objet, mais dans le fait qu'elle s'applique lorsqu'une autre règle de l'ordre juridique n'a pas été respectée.

⁵⁶ H.L.A. HART, *Le concept...*, op. cit., p. 123. Les termes entre crochets sont ceux utilisés dans le texte original en anglais (H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961, p. 95).

⁵⁷ H.L.A. HART, *Le concept...*, op. cit., p. 123-124.

⁵⁸ H.L.A. HART, *Le concept...*, op. cit., p. 119.

⁵⁹ V. par exemple la citation de Kelsen, *supra*, n° 11.

⁶⁰ H.L.A. HART, *Le concept...*, op. cit., p. 116-117.

Ses rapports avec la règle sanctionnée peuvent varier. Parfois, la sanction ne fait pas disparaître l'obligation résultant de la règle violée, qui subsiste et doit donc être exécutée en sus de la sanction. Ainsi, lorsqu'un débiteur ne paie pas sa dette à l'échéance, il doit parfois payer des intérêts ou une pénalité, outre le principal qu'il aurait dû payer dès le départ. Dans d'autres cas, il n'est plus possible d'exiger du sujet qu'il exécute l'obligation ou qu'il respecte la règle qu'il a violée, de sorte que la sanction est en définitive la seule obligation qui s'impose au moment où elle s'applique. C'est le cas lorsqu'un meurtrier est puni d'emprisonnement, lorsqu'une personne doit détruire la construction qu'elle a érigée en violation d'une servitude *non aedificandi* ou lorsque l'auteur d'un quasi-délit doit payer des dommages et intérêts. Enfin, l'objet de la sanction peut aussi être de faire disparaître l'obligation qui a été violée, comme dans le cas de la nullité ou de la résolution.

Dans certains cas, la sanction s'applique de plein droit, en ce sens que le fait même de la violation fait naître l'obligation secondaire. Il en va ainsi, par exemple, de l'obligation de payer des intérêts de retard sur les créances commerciales impayées à l'échéance⁶¹. Souvent, l'obligation secondaire ne naît que moyennant le respect de conditions procédurales plus ou moins élaborées. Dans certains cas, on exige une demande du créancier, par exemple sous la forme d'une mise en demeure. Dans d'autres, une procédure judiciaire est nécessaire pour que la sanction trouve à s'appliquer, notamment en matière d'annulation des contrats ou d'infractions pénales (hors le cas de la transaction pénale). La condamnation par le juge est ici une condition d'application de la sanction. Lorsque la sanction s'applique de plein droit, par contre, l'intervention du juge n'est pas un passage obligé, mais elle peut être rendue nécessaire pour trancher le litige survenant au sujet de l'application de la sanction.

La sanction étant elle-même une règle, il est toujours possible qu'elle ne soit pas respectée. Aussi, le législateur prévoit parfois des sanctions pour le cas où la (première) sanction n'est pas exécutée. C'est comme cela qu'on peut analyser l'emprisonnement subsidiaire (art. 40 C. pén.) en cas de non-paiement des amendes pénales. L'astreinte, soit la condamnation au paiement d'une somme d'argent pour le cas où une partie n'exécute pas la condamnation principale prononcée à sa charge (art. 1385*bis* C. jud.), en est un autre exemple. Des chaînes de sanctions peuvent ainsi se former.

Comme il n'est pas acceptable de toujours remplacer une obligation par une autre (ou d'accumuler les obligations) sans jamais les exécuter, la sanction peut aussi inclure une

⁶¹ Art. 5 de la loi du 2 août 2002 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, *M.B.*, 7 août 2002, p. 34281.

habilitation ou un ordre donné à une autorité d'agir dans un sens déterminé. C'est cette habilitation ou cet ordre qui permettra la plus souvent de procéder à l'exécution forcée (*infra*, n° 27). Mais la sanction n'est pas seulement une norme qui s'adresse à l'autorité ; elle modifie aussi la situation juridique des agents en créant ou en supprimant, pour eux, des droits et des obligations.

24. Exemples et applications

Quelques exemples permettront d'illustrer ce qui précède. Il y a d'abord l'hypothèse classique de la sanction. On dira ensuite quelques mots de l'obligation alternative, qui lui ressemble à certains égards mais qui n'en constitue certainement pas une. Enfin, on verra un cas-limite, où la distinction entre obligation primaire et sanction n'est pas claire.

Le Code pénal interdit le vol (règle primaire). Si une personne est poursuivie et jugée coupable, le tribunal prononce une peine (sanction), par exemple d'emprisonnement. Ceci entraîne une série de conséquences juridiques. La sanction ôte au condamné une liberté dont il jouissait précédemment (la liberté d'aller et venir) ; elle habilite aussi certaines autorités à prendre des mesures coercitives. Mais la sanction, qui n'a directement que des effets normatifs, donc qui se limite à modifier l'ordonnancement juridique, est à distinguer soigneusement des mesures d'exécution (*infra*, n° 27), par lesquelles, en fait, le condamné est arrêté et emprisonné. De même, le Code civil interdit de conclure des contrats contraires à l'ordre public (règle). S'il est saisi de cette question, le juge annule les contrats qui y seraient contraires (sanction). La sanction agit sur le plan des droits des parties, en éliminant le contrat litigieux. Le cas échéant, elle inclut aussi une obligation de restitution ou d'indemnisation comme conséquence de l'annulation et une habilitation donnée à un huissier d'exécuter la décision par la force⁶². Mais de nouveau, elle est différente de cette exécution elle-même, parce qu'elle opère sur le plan du droit et non sur celui des faits.

Toute différente est l'hypothèse de l'obligation alternative. Aux termes des articles 1189 et suivants du Code civil, l'obligation alternative est celle par laquelle le débiteur doit exécuter l'obligation A ou l'obligation B, à son choix. Par exemple, il doit livrer soit cinq croissants, soit cinq pains au chocolat. Ce type d'obligation ressemble un peu à certaines obligations assorties

⁶² H.L.A. Hart refuse de considérer la nullité comme une sanction, essentiellement parce qu'il considère des cas où les formalités ou conditions requises n'ont pas été accomplies, de sorte que l'acte n'a, en réalité, jamais existé. Dans les hypothèses qu'il décrit, on peine en effet à voir quelle règle a été violée (H.L.A. HART, *Le concept...*, *op. cit.*, p. 51 et s.). Tel n'est pas le cas du contrat conclu de manière contraire à l'ordre public, où la nullité vient effectivement sanctionner le comportement consistant à contracter sur un objet illicite.

d'une sanction, comme par exemple celle qui imposerait de livrer cinq croissants, en précisant à titre de sanction que, si le débiteur ne le fait pas, il sera redevable du paiement de dommages intérêts. La ressemblance existe *sur le plan factuel* : dans les deux cas, le débiteur peut, en fait, choisir, d'une part, entre les croissants et les pains au chocolat et, d'autre part, entre les croissants et les dommages et intérêts. Mais *sur le plan juridique*, les deux mécanismes sont très différents. Le débiteur soumis à une obligation alternative peut, juridiquement, choisir entre l'exécution de l'une ou de l'autre obligation. Dans le second cas, par contre, le choix n'est pas juridiquement possible : l'obligation de livrer doit être exécutée, et ce n'est que dans le cas pathologique où elle ne le serait pas que la sanction entre en jeu et vient s'ajouter à (ou remplacer) l'obligation. Ainsi la sanction n'intervient qu'en deuxième ligne par rapport à l'obligation primaire. Contrairement au cas de l'obligation alternative, le débiteur ne peut juridiquement choisir d'assumer la sanction en lieu et place de la règle primaire (même s'il peut avoir une telle faculté en fait).

Enfin, il y a des cas ambigus, dans lesquels il est difficile de comprendre la structure des règles. Suscitent par exemple ce genre de question les redevances forfaitaires de stationnement pour lesquelles l'usager est « réputé avoir opté » s'il n'approvisionne pas le parcmètre. En région bruxelloise, les dispositions pertinentes s'articulent comme suit :

« Art. 37. [...] il est prélevé une redevance pour l'utilisation d'une place de stationnement située dans une zone réglementée rouge ou verte [...].

La redevance est mise à charge du conducteur du véhicule à moteur occupant une place de stationnement [...].

Art. 38. § 1^{er}. Le Gouvernement fixe le taux de la redevance due pour le stationnement dans la zone rouge dans une fourchette :

- de 0,50 EUR à 1 EUR pour une demi-heure ; [...]

Sauf dérogation décidée par le Gouvernement, la durée maximale de stationnement dans cette zone est fixée à deux heures. [...]

En cas de non-paiement de la redevance visée au premier alinéa ou de non-respect de la durée de stationnement autorisée ou correspondant au montant de la redevance payée, la personne visée à l'article 37 est réputée avoir opté pour le paiement d'une redevance forfaitaire dont le Gouvernement fixe le montant dans une fourchette de 20 à 50 EUR en pouvant distinguer les trois hypothèses précitées. »⁶³

La lecture de la disposition ne permet pas de trancher immédiatement la question de savoir s'il existe une règle de comportement (obligation de limiter le stationnement à deux heures et de payer la redevance de 50 cents à un euro par demi-heure) et une sanction en cas de violation (amende déguisée sous l'appellation de redevance forfaitaire), ou s'il s'agit dans les deux cas d'une redevance, avec un choix entre un stationnement de courte ou de longue durée, mais sans

⁶³ Ordonnance du 22 janvier 2009 portant organisation de la politique du stationnement et création de l'Agence du stationnement de la Région de Bruxelles-Capitale, *M.B.*, 30 janvier 2009, p. 7287.

violation d'une obligation. L'idée d'une règle avec sanction se trouve dans la phrase qui limite la durée du stationnement à deux heures, ce qui paraît poser une interdiction, d'autant qu'elle est suivie d'une disposition qui s'applique « en cas de non-paiement de la redevance » ou de « non-respect de la durée », ce qui est typique d'une sanction. Par contre, indiquer que l'automobiliste est « réputé avoir opté » pour la redevance de 20 à 50 EUR rapproche plutôt la règle d'une obligation alternative, car on ne peut pas, en droit, choisir entre le respect de la règle et la sanction. Or, le terme « opter » dans la disposition analysée laisse précisément penser qu'en l'espèce, le droit autorise ce choix.

Il n'y a pas lieu de trancher cette question ici. Il s'agit juste d'une illustration, qui permet de montrer comment s'opposent les conceptions de Kelsen et de Hart.

Pour Kelsen, distinguer deux analyses possibles de la disposition analysée ci-dessus (règle sanctionnée ou une obligation alternative) n'a pas de sens. Dans les deux cas et quelle que soit la présentation, la structure de la règle est identique : il s'agit toujours d'une obligation s'imposant à l'autorité de poursuivre le paiement d'une redevance, au besoin en employant la force physique. Le montant à réclamer varie selon l'hypothèse, mais pas le type de règle. Pour Kelsen, la sanction n'est pas une règle d'un type particulier : la règle, c'est la sanction.

Hart s'oppose à cette conception qui opère une « inversion du rapport de principal à accessoire »⁶⁴. Elle nie le fait que les règles de droit (il parle en particulier du droit pénal) s'appliquent immédiatement aux citoyens, qui doivent les respecter indépendamment de l'action de l'autorité ; « ils s'"appliquent" eux-mêmes à eux-mêmes des règles »⁶⁵. La règle n'est donc pas toujours un ordre adressé à l'autorité d'appliquer une sanction, ce qui implique l'existence d'une distinction entre une règle primaire et sa sanction. Et, en général, les citoyens font correctement la différence entre une règle primaire et une sanction, même s'il existe des cas qui ne sont pas parfaitement clairs :

« La punition d'une infraction, telle qu'une amende, n'est pas identique à un impôt frappant un type de conduite, bien que les deux impliquent l'existence de directives données aux autorités d'infliger une même privation pécuniaire. Ce qui différencie les deux notions, c'est que la première implique, contrairement à la seconde, l'existence d'une infraction ou la violation d'une obligation, sous la forme de transgression d'une règle édictée en vue de diriger la conduite de simples citoyens. Il est vrai que cette distinction, généralement claire, peut être troublée en certaines circonstances. Des impôts peuvent être levés, non pour obtenir des revenus, mais pour décourager les activités taxées, même si la règle de droit n'enjoint pas expressément de s'en abstenir, comme c'est le cas lorsqu'elle les "érige en infraction". Inversement, les amendes à payer pour une infraction pénale peuvent, en raison de la dépréciation monétaire, devenir si faibles qu'on les paie

⁶⁴ H.L.A. HART, *Le concept...*, op. cit., p. 59.

⁶⁵ H.L.A. HART, *Le concept...*, op. cit., p. 57.

volontiers. Il est alors possible qu'elles soient ressenties comme étant de "simples taxes", et que les "infractions" deviennent fréquentes, précisément parce que, en ces circonstances, on perd le sentiment de ce que la règle, comme l'ensemble du droit pénal, entend se voir considérée sérieusement comme un modèle de comportement. »⁶⁶

25. Sanction et efficacité de la règle

Quel est le rapport entre la sanction et le respect de la règle dans la théorie de la sanction comme règle secondaire ?

La sanction n'est pas la cause principale pour laquelle la règle est respectée. Dans la plupart des cas, les agents adoptent le comportement que la règle impose parce qu'ils s'approprient sa justification et considèrent donc la règle comme obligatoire. Mais le législateur sait que ceci n'est pas toujours suffisant. Souvent, il souhaite améliorer le taux de respect de la règle en jouant sur un autre plan, celui des intérêts des agents. Il menace alors ceux qui n'adopteraient pas le comportement imposé d'un mal dont la perspective est censée les faire renoncer à la violation de la règle. Il vise ainsi une catégorie de destinataires qu'en fait, la promulgation de la règle ne suffirait pas à faire obéir. Même avec une sanction, il est toutefois impossible d'obtenir l'assurance d'une conformité totale, car les normes juridiques demeurent toujours susceptibles d'être transgressées.

On peut alors se demander s'il serait concevable que tous les destinataires de la règle fassent partie de cette seconde catégorie, ce qui rendrait à la fois la sanction cruciale et l'internalisation de la justification de la norme pratiquement inutile. Mais une telle conception n'est pas possible. Il faut bien que, dans la société, certaines personnes respectent la règle parce qu'elles l'estiment justifiée et non seulement par crainte de la sanction. Dans le cas contraire, on ne voit pas comment on parviendrait à sanctionner les violations de la règle, car menacer de sanction le juge qui refuserait d'appliquer une sanction mènerait à une régression à l'infini. Mais il faudrait surtout constater qu'on n'est plus face à une règle lorsque qu'elle n'est pas, en général, considérée comme justifiée.

Notons encore que la promulgation de règles, souvent accompagnées de sanctions, ne constitue pas la seule manière d'obtenir d'autres personnes qu'elles adoptent un comportement déterminé. C'est que le droit n'est pas le seul champ des relations sociales, et que les autres domaines permettent aussi d'obtenir certains résultats. Ainsi, dans la sphère économique, les incitants peuvent faire en sorte que celui qui les octroie influence le comportement de celui qui

⁶⁶ Sur cette hypothèse, H.L.A. HART, *Le concept...*, op. cit., p. 58 ; Fr. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, F.U.S.L., 2002, p. 231-232.

les reçoit. De ce point de vue, la règle juridique apparaît comme une technique parmi d'autres, avec des effets qui, en fait, peuvent être assez similaires à ceux d'autres techniques.

26. Sanction et efficience économique

Une manière de considérer les règles de droit – mais ce n'est pas la seule – est d'étudier comment elles contribuent à l'efficience économique, c'est-à-dire comment elles contribuent à s'approcher d'une allocation optimale des ressources rares. Ce courant de pensée, généralement appelé « analyse économique du droit », a donné lieu à des recherches abondantes et fécondes qu'il n'est pas possible de synthétiser ici⁶⁷.

Comme on l'a vu, l'économie libérale enseigne qu'en règle générale une allocation optimale des ressources s'obtient en laissant les agents économiques s'échanger les ressources aux conditions qu'ils conviennent librement. Chacun procèdera à autant d'échanges qu'il est nécessaire pour obtenir le panier de ressources qui maximise son utilité. Dans un tel système, le rôle du droit est relativement limité, mais il doit à tout le moins garantir les droits de propriété et la force obligatoire des contrats, afin que l'échange marchand soit possible.

Un tel système n'est toutefois pas possible dans la réalité, notamment parce que le fait même d'échanger des biens entraîne des coûts de transaction pour chacune des parties (recherche d'un cocontractant intéressé, négociation d'un contrat, etc.), ce qui rend désavantageux certains échanges qui, pourtant, amélioreraient le bien-être d'une partie au moins si ces coûts n'existaient pas. Ici apparaît un second rôle pour le droit, qui met en œuvre des techniques destinées à réduire les coûts de transaction.

Ceci suppose à l'évidence que les règles juridiques soient suivies, au moins en principe, à défaut de quoi leur contribution à l'efficience économique n'existe pas. Cette contribution doit, de surcroît, dépasser un niveau marginal, car la production de la règle et sa mise en œuvre ont aussi un coût (traitements des fonctionnaires, par exemple), qui doit être inférieur au bénéfice que la règle apporte pour que sa contribution nette à l'efficience économique soit positive. Ceci ramène à l'utilisation de la sanction dans une perspective d'efficacité de la règle (*supra*, n° 25), avec l'élément complémentaire que la mise en œuvre des sanctions a aussi un coût qu'il convient, dans une perspective de maximisation des richesses, de mettre en balance avec leurs effets.

⁶⁷ V., pour une telle synthèse, Th. KIRAT, *Économie du droit*, Paris, La Découverte, 1999, spéc. p. 57 et s.

Le fait qu'une règle juridique contribue, en général, à l'efficacité économique n'empêche pas que, dans certains cas, l'efficacité puisse encore être augmentée en *ne respectant pas* cette règle. Ainsi, la règle qui impose de respecter les contrats fait partie de ces règles essentielles au bon fonctionnement du système économique, mais il y a des cas dans lesquels l'utilité totale se trouverait maximisée en ne respectant pas le contrat. Tout dépend de la situation de fait. On peut aisément concevoir des exemples, en particulier lorsque les circonstances ont changé depuis la conclusion du contrat. Il peut alors arriver que l'avantage que tire une partie de la non-exécution du contrat soit plus grand que le désavantage que subit son cocontractant (dans les deux cas, par rapport à la situation qui existerait pour chacune de ces parties si le contrat était exécuté). L'analyse économique du droit appelle cette situation « *efficient breach* » (*infra*, n° 219). La première partie pourrait alors indemniser totalement l'autre partie du dommage qu'elle subit à la suite de l'inexécution et encore se trouver dans une situation meilleure que si le contrat avait été exécuté. Pour maximiser les gains, la règle juridique doit rendre l'*efficient breach* possible.

Dans cette hypothèse, le transfert qui, économiquement, partage le surplus provenant de la non-exécution du contrat, de manière à ce qu'aucune partie ne sorte perdante de l'opération, est souvent ce que les juristes appellent la sanction de l'inexécution. Une manière de limiter la non-exécution du contrat à l'hypothèse où la violation est efficiente au sens défini plus haut est de fixer l'indemnisation minimale à payer par celui qui rompt le contrat au montant du dommage subi par le créancier à la suite de l'inexécution. On évite ainsi qu'il rompe le contrat lorsque le gain qu'il tirerait de l'inexécution serait inférieur au dommage de l'autre partie.

Quoi qu'il en soit de l'intérêt intellectuel et pratique de la théorie de l'*efficient breach*, il ne faut pas se méprendre sur sa portée. Il s'agit d'une théorie économique, qui dit assez peu sur le fonctionnement interne des règles de droit. En particulier, elle n'implique aucunement qu'il devienne *juridiquement* permis de choisir entre l'exécution d'un contrat et son inexécution accompagnée de dommages et intérêts, même si le second choix peut être *économiquement* justifié. Le droit ne peut pas accepter qu'un sujet puisse (légalement) choisir de violer une obligation. Utilisée en droit (c'est-à-dire en dehors de son milieu naturel, l'économie), cette théorie annihile le concept d'obligation et l'adage *pacta sunt servanda*, pour les remplacer par un enchaînement causal de comportements et d'effets. On verra que la confusion existe toutefois dans le discours de certains économistes ou de juristes qui raisonnent comme eux.

L'*efficient breach* est un cas particulier d'un phénomène plus général. Les destinataires des normes ne sont pas des êtres exclusivement juridiques. Ils doivent vivre avec leurs obligations

juridiques, mais aussi leur morale, leur psychologie, leur environnement social, leurs relations économiques, etc. Dans tous ces domaines, ils font face à des contraintes, qui s'imposent à eux selon des modes et des intensités qui diffèrent en fonction du domaine considéré. Il est, de temps à autre, difficile ou impossible de concilier tous ces impératifs, comme le fait ressentir la tragédie d'Antigone. Même l'internalisation de la justification de la règle n'empêche pas toujours que des raisons extérieures au droit amène l'agent, dans un cas particulier, à violer cette règle. Le législateur est forcément conscient de ces conflits potentiels, et il peut calibrer la sanction en conséquence. Il peut ainsi choisir une sanction telle qu'il doit s'attendre à ce que, dans certains cas du moins, le débiteur préfère violer ses obligations et subir la sanction. Modérer les sanctions constitue ainsi une manière d'aménager la cohabitation entre différents systèmes normatifs, de manière à rendre la violation des règles humainement possible en fait dans les cas où le conflit est trop criant. Du point de vue du droit, violer la règle demeure une possibilité de fait, qui peut s'expliquer, voire se justifier, par des raisons extérieures au droit. Mais ceci n'ôte aucunement à la règle son caractère obligatoire, et n'autorise pas, juridiquement, à choisir de la violer et de subir la sanction.

27. Sanction et exécution par voie de contrainte

Nous avons vu que la sanction, en tant que règle, modifie l'ordonnancement juridique, en donne une nouvelle configuration, en créant ou en supprimant des droits et des obligations. Assez fréquemment, elle impose une obligation nouvelle ou supplémentaire à celui qui n'a pas respecté la règle primaire. Mais on peut craindre que, dans certains cas au moins, celui qui n'a pas suivi la règle primaire n'exécute pas non plus volontairement l'obligation qui lui est infligée à titre de sanction. Il n'est pas certain, par exemple, que la personne n'ayant pas respecté l'interdiction du meurtre se rendra volontairement à la prison une fois qu'elle aura été condamnée. On pourrait bien entendu prévoir une sanction pour les condamnés qui ne se présentent pas spontanément à la prison, mais ce ne serait que reporter le problème. Le système juridique ne peut pas indéfiniment imposer des obligations sans qu'elles ne soient jamais exécutées.

C'est pourquoi le droit prévoit aussi des voies d'exécution, qui sont des manières de forcer physiquement une personne à exécuter ses obligations, qu'il s'agisse d'ailleurs d'une obligation primaire ou d'une sanction. On vise ici, par exemple, l'action des huissiers de justice et des policiers, qui s'emparent, au besoin par la force, des biens et des personnes afin de leur réserver le traitement que le droit impose.

On remarque une tendance à assimiler ces voies d'exécution aux sanctions. Il est vrai que les voies d'exécution se situent assez naturellement dans le prolongement des sanctions. Ainsi, c'est parce qu'il a été condamné à une peine qui restreint sa liberté, donc qui limite son droit de circuler librement, que le condamné peut être arrêté et amené en prison. C'est parce qu'il a été condamné au paiement d'une amende, donc qu'on lui a imposé une obligation supplémentaire, qu'on pourra saisir sa maison et l'en expulser avant une vente forcée. On comprend aussi aisément que certaines sanctions manqueraient souvent d'efficacité si elles n'étaient pas accompagnées de voies d'exécution (présentes au moins comme menace).

Mais les deux mécanismes sont fondamentalement différents, car les voies d'exécution ne sont pas des règles, mais des actes matériels. Certes, ceux qui posent ces actes y ont été habilités par des règles ; on a d'ailleurs vu que cela pouvait être une des composantes de la sanction. Mais cette habilitation ne change rien à la nature de l'acte, qui reste matériel. C'est d'ailleurs précisément l'objectif : hormis le cas de l'exécution volontaire à l'un ou l'autre stade (ce qui reste l'hypothèse la plus fréquente), seul le passage de la sanction à la voie d'exécution fait que les normes sont mises en œuvre dans le concret. Contrairement à la voie d'exécution, la sanction se situe sur le plan du droit, et non des faits. La condamnation, par elle-même, n'a d'effet que dans la sphère du droit ; en soi, elle ne modifie pas la situation matérielle de la personne sanctionnée. Mais elle permet l'exercice d'une voie d'exécution qui, elle, modifie réellement sa situation factuelle.

Les voies d'exécution sont une espèce de contrainte, si l'on entend par là l'ensemble des mécanismes de toute nature qui visent à amener, voire forcer, le destinataire de la contrainte à adopter un certain comportement dans les faits, en exerçant sur lui une pression, plus ou moins forte, de nature physique, économique, psychologique, sociale, etc. La contrainte, en général, ne se situe pas dans le domaine des normes, mais bien dans celui de l'action ; elle est d'ailleurs souvent interdite par le droit (art. 434 C. pén., par exemple). Comme l'écrit M. Troper,

« Obligation et contrainte apparaissent donc comme totalement séparées : on peut être contraint de faire quelque chose, même si l'on n'en a pas l'obligation, et avoir une obligation sans être contraint. »⁶⁸

La voie d'exécution est un type de contrainte particulier qui, parce qu'elle est autorisée ou imposée par le droit et, le plus souvent, mise en œuvre par l'autorité publique, jouit d'une légitimité certaine, contrairement à la contrainte que peut exercer un bandit armé.

⁶⁸ M. TROPER, *Le droit et la nécessité*, Paris, P.U.F., 2011, p. 8. Sur la notion de contrainte et la distinction entre contrainte et obligation, Ph. COPPENS, *Normes et fonction de juger*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 1998, 291 p. 86 et s.

Notons aussi que les voies d'exécution ne sont pas nécessairement d'une efficacité totale. Tout est question, en somme, du rapport de forces entre l'exécuteur et celui qu'il poursuit. On part généralement de l'idée que les voies d'exécutions sont mises en œuvre par l'autorité publique (l'État), censée disposer du monopole de l'usage de force et, partant, supposée plus forte que toute personne privée. Mais ses pouvoirs ne sont pas illimités, notamment parce qu'ils ne s'étendent en principe qu'à son territoire et parce que toutes les méthodes d'emploi de la force ne sont pas autorisées. En outre, l'utilité ou le coût de l'exécution matérielle de l'obligation (selon le point de vue) finit par être mis en balance avec l'énergie déployée et les dégâts nécessaires respectivement à l'exercice de la voie d'exécution ou pour y échapper, ce qui, à un certain point, conduit une des deux parties à renoncer.

§ 3. Les sanctions en droit international

28. Les sanctions du droit international

Le droit de l'OMC et ses sanctions font partie du droit international. Or, par rapport au droit interne qu'on a, jusqu'ici, utilisé pour notre raisonnement, le droit international présente des particularités.

Certes, il existe des sanctions en droit international public. Les Articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite reprennent et précisent les principales règles de droit coutumier qui s'appliquent lorsqu'un État ne respecte pas ses obligations internationales, quelle que soit leur source. En bref, l'État qui viole ses obligations internationales est soumis à des obligations de cessation et de réparation. S'il ne les exécute pas, l'État victime de la violation est autorisé à appliquer des contre-mesures, c'est-à-dire à poser des actes de nature à contraindre l'État responsable à exécuter ses obligations, même si ces actes seraient illicites s'ils n'étaient pas posés au titre des contre-mesures. Il existe en outre des sanctions qui s'appliquent plus particulièrement à l'hypothèse où un État ne respecte pas une obligation que lui impose un traité. Dans ce cas, le traité peut s'éteindre, ou les obligations d'une ou des autres parties au traité peuvent être suspendues, selon les cas. Nous aurons l'occasion de revenir plus en détail sur ces règles.

Mais on invoque souvent l'absence, en droit international, d'autorités centralisées et généralement efficaces dotées, à l'égard de tous les sujets du droit international, du pouvoir de faire respecter les règles en ordonnant les sanctions (après avoir éventuellement tranché un litige à leur sujet) et en les mettant en œuvre par des voies d'exécution. Pour schématiser, il manquerait en droit international la figure du juge et celle du policier. On trouve certes de bons

candidats pour constituer ces autorités, mais il manque à chacun un attribut de leur équivalent en droit interne. La Cour internationale de justice, par exemple, est compétente pour trancher les différends internationaux entre États, mais seulement à condition que les États aient accepté de lui soumettre le litige. Il existe par ailleurs des juridictions spécialisées, dont la compétence est parfois obligatoire pour les États soumis au régime au sein duquel cette juridiction est instituée, mais cette compétence est limitée à certaines questions. En conséquence, il peut arriver qu'un différend international ne relève de la compétence d'aucun juge. De même, le Conseil de sécurité peut, dans certaines conditions, autoriser l'emploi de la force pour contraindre un État à respecter ses obligations internationales, mais il ne s'agit pas là d'une compétence générale d'exécution, et son exercice est, en pratique, soumis à un accord politique des membres du Conseil de sécurité, et singulièrement de ses membres permanents.

Pour résumer, le droit international contient des sanctions, c'est-à-dire des règles secondaires qui s'appliquent en cas de violation des règles primaires, mais ces sanctions manquent parfois d'effectivité, en raison de l'absence d'autorités centralisées dotées des pouvoirs nécessaires pour les appliquer ou pour les mettre en œuvre de manière contraignante.

29. Position de Hart quant à l'incidence des sanctions sur la qualification des règles du droit international comme des règles juridiques

On se souvient que, pour Hart, un système juridique peut être décrit comme une union de règles primaires et de règles secondaires de reconnaissance, de changement et de décision. Or, d'après Hart, le droit international ne contient pas de règles secondaires (au sens qu'il a défini) et s'analyse donc comme un *ensemble* de règles primaires comparable à ceux qui régissent les sociétés primitives⁶⁹. Cet ensemble de règles diffère d'un *système*, en ceci qu'il n'existe pas de règle fondamentale de laquelle découleraient toutes les règles de l'ensemble⁷⁰. Mais ceci n'empêche pas qu'il s'agisse néanmoins de règles obligatoires, dès lors qu'elles sont considérées et pratiquées comme telles dans la communauté des États, et que le respect des règles donne lieu à des marques d'approbation et leur violation à des critiques formulées non pas sur le plan moral, mais en des termes techniques relatifs à la violation de règles juridiques⁷¹ :

« ce que ces règles exigent est considéré comme obligatoire et c'est en ces termes qu'on en parle ; il existe une pression générale qui pousse à se conformer aux règles ; des revendications et des reconnaissances se fondent sur elles et leur violation est considérée comme justifiant non seulement des réclamations instantes de réparation, mais encore des représailles et des mesures

⁶⁹ H.L.A. HART, *Le concept...*, op. cit., p. 254.

⁷⁰ H.L.A. HART, *Le concept...*, op. cit., p. 276-277.

⁷¹ H.L.A. HART, *Le concept...*, op. cit., p. 260-261, 269 et s.

de rétorsion. Lorsque les règles se trouvent méconnues, ce n'est pas parce qu'elles ne sont pas obligatoires ; on s'efforce au contraire de dissimuler les faits »⁷².

Avec d'autres mots, c'est sur le même fondement que certains auteurs contemporains fondent l'existence du droit international :

« le droit international existe parce que les États, les hommes politiques, les mouvements d'opinion, les organisations internationales, gouvernementales ou non, le reconnaissent et l'invoquent et parce qu'il serait totalement invraisemblable que tant de gens consacrent tant de temps, d'énergie, d'intelligence et, parfois, d'argent, à poursuivre une chimère. Les gouvernements, en particulier, tiennent le plus grand compte du droit international – ce qui ne signifie pas forcément qu'ils le respectent ; mais c'est un tout autre problème. Ils s'entourent de conseils [...] de façon à déterminer la conduite à tenir à son égard soit pour mettre en œuvre concrètement les préceptes, soit pour les tourner le plus commodément possible, soit pour se défendre des violations qui leur sont imputées, soit encore pour en modifier les règles ou pour en créer de nouvelles. »⁷³

Dans le cadre de son analyse, Hart examine particulièrement la question de savoir si, comme il est parfois soutenu, l'absence (selon lui) de sanctions organisées dans ce qu'on appelle traditionnellement le « droit international » empêche de le considérer comme obligatoire (ce qui signifierait que l'appellation de « droit » ou de règles « juridiques » est utilisée improprement)⁷⁴. Il répond d'abord, dans la ligne de la conception qu'il a développée pour le droit interne, que cette thèse revient à considérer que les règles ne sont obligatoires que s'il s'agit d'« ordres appuyés de menaces »⁷⁵, conception qu'il a précisément réfutée en décrivant l'aspect interne des règles :

« à partir du moment où nous nous dégageons de l'analyse en termes de prédiction et de la conception qui lui est apparentée selon laquelle la règle de droit consiste essentiellement en un ordre appuyé de menaces, il semble n'y avoir aucune raison valable de limiter l'idée normative d'obligation aux règles assorties de sanctions organisées »⁷⁶.

Il ajoute ensuite que, si l'on considérait les sanctions et les règles qui organisent leur mise en œuvre par la puissance publique comme des règles nécessaires dans un système de droit national (qui s'applique à des individus), une telle nécessité n'existe pas dans le domaine du droit international, applicable aux États. En effet, les individus sont « approximativement égaux en force physique et en vulnérabilité »⁷⁷, de sorte que des sanctions sont à la fois nécessaires pour éviter que certains ne se soustraient au respect des règles au détriment de ceux qui y obéissent, et possibles dans la mesure où aucun délinquant n'est suffisamment puissant pour

⁷² H.L.A. HART, *Le concept...*, op. cit., p. 260.

⁷³ P. DAILLIER, M. FORTEAU et A. PELLET, *Droit international public*, 8^e éd., Paris, L.G.D.J., 2009, n° 44, p. 100.

⁷⁴ H.L.A. HART, *Le concept...*, op. cit., p. 256 et s.

⁷⁵ H.L.A. HART, *Le concept...*, op. cit., p. 258.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ H.L.A. HART, *Le concept...*, op. cit., p. 259.

résister au pouvoir de ceux qui font respecter les règles au nom de la collectivité. Les États ne sont pas dans cette situation, car l'usage de la force dans le domaine international est soumis à des aléas plus forts, l'issue d'une guerre étant toujours incertaine, même pour les grandes puissances, et parce que, dans la communauté internationale, on ne peut pas supposer que les plus forts se rangeront toujours du côté du respect du droit. Mais ceci n'empêche pas qu'il s'agisse bien de droit :

« on ne peut simplement déduire de la nécessité de sanctions pour le droit national, considéré dans son cadre physique et psychologique, la conclusion que, sans elles, le droit international, considéré dans son cadre très différent, n'impose pas d'obligations, n'est pas "obligatoire", et, en conséquence, ne mérite pas la qualification de "droit" »⁷⁸.

30. Les sanctions du droit international comme règles secondaires

Dans ses Articles sur la responsabilité de l'État et le commentaire y relatif⁷⁹, la Commission du droit international présente les sanctions du droit international général comme des obligations secondaires⁸⁰.

La violation par un État des obligations primaires que lui impose le droit international fait naître à sa charge des « conséquences juridiques » (art. 28 du Projet de la CDI), qui s'analysent comme des obligations secondaires. Il s'agit essentiellement, d'une part, d'une obligation de cesser l'acte illicite et/ou de garantir la non-répétition et, d'autre part, d'une obligation de réparer ses conséquences dommageables.

Ces obligations secondaires sont distinctes de l'obligation primaire violée, laquelle subsiste et doit être exécutée, en sus des obligations secondaires découlant de sa violation (art. 29 du Projet de la CDI). La Commission explique en quoi l'obligation de cesser l'acte illicite ne peut être assimilée à l'obligation de respecter l'obligation primaire, même si, en pratique, le comportement attendu de l'État est similaire :

« Il existe plusieurs raisons de considérer la cessation comme étant plus qu'un simple élément du devoir d'exécuter l'obligation primaire. Premièrement, la question de la cessation ne se pose qu'en cas de violation. Ce qui doit se produire alors dépend non seulement de l'interprétation de l'obligation primaire mais aussi des règles secondaires relatives aux recours et il est approprié de les traiter, du moins d'une manière générale, dans les articles relatifs aux conséquences d'un fait internationalement illicite. Deuxièmement, les faits illicites continus sont une caractéristique

⁷⁸ H.L.A. HART, *Le concept...*, op. cit., p. 261 (traduction rectifiée sur la base de l'original H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961, p. 215).

⁷⁹ Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session (23 avril-1^{er} juin et 2 juillet-10 août 2001), A/56/10, *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol. II(2).

⁸⁰ Même si le terme est identique, sa signification dans ce contexte est différente de celle qu'il reçoit chez Hart, ce qui n'exclut évidemment pas des analogies ou des rapprochements.

commune des affaires de responsabilité des États et font l'objet d'une disposition distincte, l'article 14. Il est nécessaire d'énoncer les conséquences de tels faits dans la deuxième partie. »⁸¹

Les obligations secondaires naissent du seul fait de la commission de l'acte illicite, sans qu'il soit nécessaire de passer par la décision d'un juge ou d'une quelconque autre autorité, ni même que l'État victime de la violation les invoque. Comme l'indique la Commission du droit international,

« l'obligation générale de réparer naît automatiquement dès la commission d'un fait internationalement illicite et ne dépend pas, en elle-même, de la formulation d'une exigence ou d'une protestation par un État »⁸².

31. Les voies d'exécution en droit international

Le droit international connaît aussi des voies d'exécution conçues comme une contrainte par des actes matériels destinés à amener l'État récalcitrant à se conformer à ses obligations⁸³. Relevant du fait et non de la règle, cette contrainte peut prendre des formes multiples, et l'évolution des relations internationales a vu se développer diverses techniques, en partie différentes de celles qu'on trouve dans les relations internes, mieux adaptées aux spécificités du monde interétatique. Au-delà de l'emploi de la force armée, généralement considérée comme la mesure extrême, interdite en principe mais admise dans certains cas, la pratique connaît un arsenal de mesures, dirigées contre les États ou contre leurs dirigeants, incluant l'embargo total ou partiel, le blocage des comptes bancaires, la rupture des relations diplomatiques, etc. Le droit international reconnaît au moins une forme de contrainte d'application générale (prévue au chapitre VII de la Charte des Nations Unies), d'autres qui sont décidées ou autorisées dans le cadre d'un régime particulier ou d'une organisation (même si la mesure de contrainte est alors souvent exécutée par un ou plusieurs États), et d'autres encore qui sont l'œuvre unilatérale des États.

Les Articles de la CDI règlent aussi la mise en œuvre de la responsabilité de l'État. Ils distinguent les rétorsions et les contre-mesures⁸⁴ et autorisent en particulier, avec certaines limites, l'État

⁸¹ Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session (23 avril-1^{er} juin et 2 juillet-10 août 2001), A/56/10, *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol. II(2), p. 95.

⁸² Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session (23 avril-1^{er} juin et 2 juillet-10 août 2001), A/56/10, *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol. II(2), p. 97. Sur le caractère « automatique » de la responsabilité et de l'obligation de réparer, v. P. D'ARGENT, *Les réparations de guerre en droit international public – La responsabilité des États à l'épreuve de la guerre*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 566, 669-674.

⁸³ J. COMBACAU, « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », *Arch. philo. dr.* 31, 1986, p. 93 (et non des sanctions, comme le relève cet auteur).

⁸⁴ Telle est la terminologie adoptée par la Commission du droit international dans son commentaire du Projet d'articles (Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session (23 avril-1^{er} juin et 2 juillet-10 août 2001), A/56/10, *Annuaire de la Commission du droit*

victime de la violation à prendre des contre-mesures pour contraindre l’auteur du fait illicite à exécuter ses obligations secondaires, s’il ne le fait pas volontairement (art. 49 et s. du Projet de la CDI). La CDI confirme par-là la pertinence de notre analyse. Elle évite certes d’utiliser le terme de « sanction », qu’elle juge imprécis, pour désigner les contre-mesures⁸⁵. Mais il ne fait pas de doute que le mécanisme de responsabilité réglé par le Projet d’articles est bien une sanction au sens décrit plus haut, applicable en principe à la violation de toutes les obligations internationales. Pour la CDI, les sanctions sont bien des règles, et non des actes. En l’occurrence, elles mettent des obligations supplémentaires à charge des États ayant méconnu leurs obligations primaires. Il s’agit aussi de règles secondaires, applicables en cas de violation des règles primaires et qui viennent en appui de ces dernières. En l’occurrence, ces règles secondaires ont pour objectif d’effacer autant que possible les conséquences de l’acte illicite, pour rétablir la situation qui aurait existé si le droit international n’avait pas été violé. Quant aux règles de mise en œuvre – que la CDI ne qualifie pas expressément de règles secondaires –, elles visent à autoriser l’exercice d’une pression sur l’État qui n’exécute pas ses obligations.

Peut-être l’efficacité de la contrainte internationale est-elle moindre que celle de la contrainte sur les sujets de l’ordre interne, même si l’on aurait tort de supposer une efficacité parfaite de la seconde. Sans doute aussi les besoins de la société internationale ne sont-ils pas identiques à ceux des rapports internes⁸⁶. Il n’empêche que la contrainte existe, qu’elle est même organisée et limitée par le droit international.

international, 2001, vol. II(2), p. 137-138). Sur les discussions terminologiques, v. G.M. ABI-SAAD, « De la sanction en droit international – Essai de clarification », in J. MAKARCZYK (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century – Essays in honour of Krzysztof Skubiszewski*, La Haye, Kluwer Law International, 1996, p. 68-69.

⁸⁵ Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session (23 avril-1^{er} juin et 2 juillet-10 août 2001), A/56/10, *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol. II(2), p. 138.

⁸⁶ H.L.A. HART, *Le concept..., op. cit.*, p. 260, qui ajoute : « il existe une pression générale qui pousse à se conformer aux règles ».

Section 4 Conception traditionnelle des sanctions dans le droit de l'OMC

32. Les sanctions dans le contentieux de l'OMC – délimitation du sujet

L'Annexe 2 de l'Accord sur l'OMC, intitulée « Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends » (MRD ou Mémoire d'accord)⁸⁷, détermine la manière de régler les litiges qui surviennent lorsqu'un État membre reproche à un autre de violer les règles de l'OMC. Le Mémoire d'accord prévoit en substance que, si les parties ne parviennent pas à résoudre leur litige à l'amiable, toute partie peut obtenir qu'il soit tranché par un groupe spécial et, en appel, par l'Organe d'appel, dont les rapports sont rendus obligatoires par une décision de l'Organe de règlement des différends (ORD). Si l'ORD reconnaît l'existence d'une violation et impose en conséquence à l'État défendeur de se mettre en conformité avec ses obligations, et que ce dernier ne s'exécute pas, l'État plaignant peut être autorisé à suspendre certaines de ses obligations à l'égard du défendeur. Cette suspension d'obligations, prévue à l'article 22 du Mémoire d'accord, et généralement considérée comme la sanction du droit de l'OMC, fait l'objet du présent travail.

Au-delà des plaintes pour violation du droit de l'OMC, le Mémoire d'accord prévoit aussi la possibilité de plaintes en situation de non-violation (art. XXIII.1, b GATT et 26.1 MRD) et de plaintes « dans une autre situation » (art. XXIII.1, c GATT et 26.2 MRD). On ne traite pas ici des conséquences de plaintes « dans une autre situation », qui n'existent que de manière purement théorique. Par contre, le cas de plaintes en situation de non-violation est bien visé. Dans cette hypothèse, le plaignant ne soutient pas que le défendeur a manqué à ses obligations, mais seulement que la mesure en cause « annule ou compromet des avantages résultant de l'accord visé en l'espèce ou entrave la réalisation des objectifs dudit accord » (art. 26.1, b) MRD). En l'absence de violation, l'ORD ne peut pas recommander au défendeur de se conformer à ses obligations, mais il peut exiger qu'il « procède à un ajustement mutuellement satisfaisant ». Et ce n'est que si cet ajustement n'est pas accordé que le plaignant pourra être autorisé à suspendre ses obligations. Contrairement à ce que laisse penser l'appellation de cette procédure, il y a bien, ici aussi, une violation d'obligation. Mais il s'agit seulement de l'obligation de respecter la décision de l'ORD imposant d'accorder un ajustement. Le non-respect de cette obligation ouvre au plaignant le droit d'imposer des sanctions.

⁸⁷ *Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, Annexe 2 de l'Accord OMC.

Cette délimitation du sujet exclut les autres sanctions internationales, dont certaines se situent aussi dans la sphère économique. En particulier, on voit se développer depuis plusieurs années des sanctions économiques infligées à certains États et à leurs dirigeants pour des motifs étrangers à la violation des règles du commerce international. Il s'agit notamment de lutter contre certains régimes dictatoriaux qui entraînent leur État à violer le droit international ou à mener des actions nuisibles à leur population ou à la communauté internationale. On a vu dans ce type de contexte, par exemple à la faveur d'initiatives de portée mondiale adoptées notamment par l'ONU contre l'Irak ou l'Afghanistan, la mise en place d'embargos totaux ou sur certains produits, de gel des avoirs détenus à l'étranger, etc. On peut se demander si le droit de l'OMC permet ces mesures ou, plus généralement, des sanctions commerciales prises en réponse à la violation d'obligations internationales autres que celles imposées par le droit de l'OMC. Tout ceci est largement exploré par ailleurs, et l'on se concentre donc ici sur les mesures prévues par le droit de l'OMC pour sanctionner la violation des règles de l'OMC.

33. Le mécanisme de sanctions du droit de l'OMC

Les caractéristiques et le mode de fonctionnement des sanctions de l'OMC sont étudiés en détail dans la première partie. Il faut seulement montrer ici qu'il s'agit bien de sanctions, même si le Mémoire d'accord ne les qualifie pas expressément de la sorte.

La suspension d'obligations présente les traits caractéristiques des sanctions tels qu'ils sont exposés ci-dessus. Il s'agit d'une articulation de règles à trois niveaux. Le droit de l'OMC contient un ensemble d'obligations matérielles, qui interdisent aux États membres certains comportements (et leur en imposent d'autres) principalement dans le domaine du commerce international des marchandises et des services et de la protection des droits intellectuels. Il s'agit des obligations primaires du droit de l'OMC. Lorsque ces États ne respectent pas ces obligations, l'ORD leur « recommande » de se mettre en conformité avec leurs obligations. Cette décision de l'ORD crée une nouvelle obligation de droit international, qui s'ajoute aux obligations primaires. C'est une première obligation secondaire. Si cette obligation secondaire n'est pas respectée dans le délai fixé, l'ORD autorise l'État plaignant à suspendre ses obligations vis-à-vis du défendeur. Il s'agit ici d'une deuxième règle secondaire, qui a deux effets juridiques principaux : d'une part, elle ôte temporairement certains droits au défendeur et, d'autre part, elle autorise le plaignant à prendre les mesures qui mettent en œuvre concrètement la suspension des obligations. Ceci permet de mettre en œuvre la sanction contre la volonté de l'État défendeur, ce qui est une forme de voie d'exécution, même s'il n'est pas question d'utiliser la force pour contraindre le défendeur à respecter son obligation primaire.

Sans toujours s'en justifier explicitement, la doctrine a largement adopté l'appellation de sanction⁸⁸.

34. Le modèle : contre-mesures et suspension des traités

De nombreux auteurs présentent les sanctions de l'OMC comme une application, dans un domaine particulier, des sanctions du droit international général. Ceux qui abordent ce sujet se réfèrent pour la plupart au droit de la responsabilité, mais certains analysent aussi les sanctions de l'OMC au regard du droit des traités.

Du point de vue du droit de la responsabilité, on peut présenter la suspension d'obligations du droit de l'OMC comme une forme de contre-mesures. Moins nombreux sont ceux qui cherchent à qualifier avec les concepts du droit de la responsabilité internationale la décision de l'ORD approuvant les rapports du groupe spécial et de l'Organe d'appel, mais la présentation la plus convaincante à cet égard est celle qui analyse cette décision comme créant une obligation de cessation. Les sanctions de l'OMC présentent, bien sûr, quelques particularités par rapport au droit international général mais, comme la plupart des règles de ce dernier sont supplétives, on peut soutenir que même les dérogations convenues entre les parties à l'Accord sur l'OMC sont une application du droit général, en ce qu'il permet de telles dérogations.

La suspension d'obligations prévue par l'article 22 MRD peut aussi être présentée comme une suspension du traité du même type que celle prévue à l'article 60 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Cette convention qui, dans une large mesure, codifie le droit coutumier en matière de traités internationaux, prévoit qu'une partie victime de l'inexécution d'un traité peut, dans certaines conditions, suspendre son application à l'égard de l'État fautif. À nouveau, la suspension d'obligations du droit de l'OMC présente des ressemblances avec cette technique

⁸⁸ Pour s'en tenir à quelques titres en français, allemand et anglais : O. BLIN, « Les sanctions dans l'Organisation mondiale du commerce », *J.D.I.*, 2008, p. 441-466 ; S. CHARNOVITZ, « Rethinking WTO Trade Sanctions », *Amer. Journ. Int. L.* 95(4), 2001, p. 792-832 ; S. CHO, « The Nature of Remedies in International Trade Law », *University Pittsburgh L. R.* 65(4), 2004, p. 777 ; R.A. FORD, « The Beef Hormone Dispute and Carousel Sanctions: A Roundabout Way of Forcing Compliance with World Trade Organization Decisions », *Brooklyn Journ. Int. L.* 27(2), 2002, p. 543-573 ; M.R. ISLAM, « Recent Trade Sanctions on the US to Induce Compliance with the WTO Ruling in the Foreign Sales Corporations Case: Its Policy Contradiction Revisited », *J.W.T.*, 2004, p. 471-489 ; M. JORDAN, *Sanktionsmöglichkeiten im WTO-Streitbeilegungsverfahren*, Berlin, Duncker & Humblot, 2005, 477 p. ; Th. JÜRGENSEN, « Das WTO-Schiedsverfahren zur Festlegung von Sanktionen nach Art. 22 DSU », *R.I.W.*, 2000, p. 577-583 ; C. MOCQUART, « Efficacité des sanctions et retraits de concession dans le système de règlement des différends de l'OMC », *R.D.A.I.*, 2003, p. 39-59 ; S. PUTH, « Sanktionen im Welthandelsrecht: Die Neuausrichtung des Sanktionsmechanismus der WTO am europäischen Modell? », *Europarecht* 36(5), 2001, p. 706-723 ; O.Z. TOURÉ, « La mise en œuvre des sanctions au sein de l'Organisation mondiale du commerce », *R.D.I.D.C.*, 2009, p. 210 et les références citées aux n. 3-5.

du droit international général, et ses particularités peuvent s'analyser comme une dérogation conventionnelle à des règles supplétives.

Cette manière d'envisager les sanctions de l'OMC s'explique sans doute par le fait que le droit de l'OMC fait partie du droit international. En outre, la structure des règles de l'OMC est similaire à celle du droit international public général. Dans les deux cas, des obligations secondaires découlent de la violation d'une obligation primaire et, si ces obligations secondaires ne sont pas exécutées, l'État victime de l'inexécution obtient le droit de suspendre l'exécution de certaines de ses obligations à l'égard de l'État défendeur pour le contraindre à exécuter ses obligations secondaires.

Une différence importante provient cependant de la nécessité de passer par une décision de l'ORD pour faire naître les obligations secondaires. En droit international général, les obligations de cessation et de réparation, d'une part, et le droit d'imposer des contre-mesures, d'autre part, naissent sans qu'il soit besoin de l'intervention d'un juge. Il faut aussi noter que, comme on le verra par la suite, la décision de l'ORD qui fait suite aux rapports du groupe spécial et de l'Organe d'appel se présente formellement comme une recommandation (obligatoire) de se mettre en conformité avec ses obligations au titre des Accords de l'OMC. Comme l'obligation de cessation du droit général, il s'agit, techniquement, d'une obligation secondaire mais, du point de vue de son contenu (c'est-à-dire de la conduite qu'elle exige concrètement de la part de l'État défendeur), elle se différencie peu de l'obligation primaire. En pratique, respecter l'une revient dans la plupart des cas à respecter (aussi) l'autre.

Ces aspects seront étudiés plus en détail dans la deuxième partie de la thèse.

35. L'objectif des sanctions : rétablissement d'un équilibre ou mise en conformité

L'objectif des sanctions de l'OMC est l'objet d'une interrogation persistante dans la doctrine spécialisée et dans la jurisprudence de l'OMC. Deux positions principales se dégagent, même si des nuances sont parfois exprimées.

Pour l'une, la suspension d'obligations vise à rétablir un équilibre entre les prestations des parties en litige. Elle part de l'idée qu'au moment de la conclusion des accords commerciaux internationaux (dans le cadre du GATT puis de l'OMC), les États membres se sont consenti mutuellement des avantages réciproques, ce qui signifie que les avantages accordés par un État à un autre ont pour contrepartie les avantages accordés au second par le premier. Dès lors, les prestations des parties qui exécutent correctement leurs obligations sont contractuellement considérées comme équivalentes. Si une partie cesse de respecter ses obligations, un

déséquilibre se crée en défaveur de la partie qui continue à respecter les siennes alors qu'elle ne recueille plus le bénéfice qu'elle tirait de la bonne exécution de ses obligations par l'autre partie. Dans cette optique, la suspension d'obligations qu'elle peut mettre en œuvre au titre des sanctions rétablit l'équilibre initial, puisqu'alors le plaignant ne « donne » plus sans « recevoir » (et le défendeur ne « reçoit » plus sans « donner »). Il est certes vrai que la coopération entre les États s'établit à un niveau moindre qu'auparavant, mais elle est au moins équilibrée et le nouvel équilibre tient compte de l'existence de la violation (sans toutefois la justifier au regard du droit de l'OMC).

L'autre conception des sanctions y voit un moyen de contraindre l'État défendeur à se mettre en conformité avec ses obligations. Formellement, c'est avec la décision de l'ORD que la mise en conformité doit être réalisée mais, en pratique, cela signifie aussi une mise en conformité avec l'obligation primaire. L'idée n'est plus, dans ce cas, de réaliser un quelconque équilibre tenant compte de la violation, mais bien d'autoriser la victime à exercer une pression sur l'État défendeur pour le contraindre à se mettre en conformité. Certes, si cette contrainte est efficace, on revient alors à une situation d'équilibre contractuel, comme il existait avant que la violation soit commise. Avant ce moment, par contre, l'idée n'est plus de rééquilibrer les prestations eu égard à la violation.

Le choix entre l'une ou l'autre conception peut être basé sur des considérations diverses, que nous examinerons. Le texte et la structure des Accords de l'OMC sont invoqués à l'appui d'arguments dans l'un ou l'autre sens. L'incidence pratique peut être considérable, notamment lorsqu'une marge de manœuvre est laissée pour déterminer l'ampleur des sanctions : la théorie de l'équilibre implique un calcul précis du montant des sanctions et une limitation de celui-ci au montant qui rétablit l'équilibre, tandis que la théorie de la mise en conformité justifierait des sanctions d'un montant plus élevé.

36. Problèmes de la conception traditionnelle de la sanction de l'OMC

Il ne fait aucun doute que la conception traditionnelle, qu'on retrouve sous diverses formes dans la plupart des commentaires doctrinaux, est utile pour comprendre et pour expliquer les sanctions de l'OMC, au moins dans certains de leurs aspects. Mais, par sa structure et ses présupposés, cette analyse écarte certains éléments dont il faudrait pourtant tenir compte pour bien comprendre les sanctions telles qu'elles sont pratiquées aujourd'hui. Elle s'avère alors incapable de rendre compte de certaines évolutions ou caractéristiques des sanctions, ou de leur signification plus globale dans le cadre du système de l'OMC. Ces éléments seront plus systématiquement exposés dans la deuxième partie, où l'on a regroupé et synthétisé les

résultats de travaux de différents horizons qui, d'une manière ou d'une autre, attirent l'attention sur des aspects que la conception traditionnelle n'intègre pas.

Les deux conceptions traditionnelles des sanctions de l'OMC partagent au moins un point commun : elles partent de l'idée que les sanctions en cas de non-respect du droit de l'OMC sont une affaire bilatérale entre les États impliqués dans le différend. Les différences qu'elles présentent sur le plan de l'analyse de l'objectif poursuivi impliquent certes quelques nuances mais, fondamentalement, aucune des deux conceptions ne permet de dépasser l'analyse centrée sur les États en litige.

En ne considérant que les relations entre États en litige, égaux en souveraineté, les conceptions traditionnelles ne tiennent pas compte du rôle actif de l'OMC dans l'administration et le développement du système commercial. Elles attribuent à l'Organisation un rôle passif, celui d'un non-acteur simplement chargé de trancher les litiges entre États sur la base d'une application « neutre » des Accords convenus entre ces États. Elles ne peuvent percevoir comment, grâce notamment à son mécanisme de règlement des différends et aux sanctions, l'OMC est devenue une autorité internationale dotée d'une volonté propre et dont les décisions s'imposent aux États membres.

En outre, ces conceptions n'intègrent pas assez le rôle, la position et les intérêts des personnes privées dans le règlement des différends, alors que celles-ci sont pourtant les principaux acteurs du commerce international. Ainsi, les intérêts des personnes privées sont supposés représentés par la position de « leur » État, sans qu'on se demande comment les décisions sont prises à l'intérieur de l'État, considéré comme une sorte de « boîte noire ». On ne s'interroge pas plus sur le mode d'« appartenance » d'une entreprise à un État, à l'heure où une grande part du commerce international est aux mains de groupes multinationaux dont une caractéristique majeure est de découpler le lieu de production des marchandises et des services et le lieu où s'exercent le pouvoir de décision et les intérêts économiques effectifs. Ainsi focalisé sur l'État, on ne voit pas non plus les effets des violations du droit de l'OMC et des sanctions sur les personnes privées, alors qu'on ne peut pas déduire du fait qu'un État est, dans l'ensemble, dans une situation plus ou moins favorable, que cette situation se répercute, dans une mesure égale, sur la position de chacun de ses nationaux.

Les conceptions traditionnelles, surtout dans la version fondée sur le rétablissement d'un équilibre, ont aussi quelques difficultés à expliquer comment les sanctions peuvent se justifier d'un point de vue économique. Cette manière de considérer les sanctions, qui accepte comme

équivalentes ou équilibrées deux situations où l'ouverture aux échanges internationaux n'est pas identique, s'accorde mal avec la théorie du libre-échange, qui sert de fondement principal aux règles de l'OMC. Selon cette théorie, qui sera exposée plus en détail, l'ouverture aux échanges internationaux améliore l'efficacité économique car elle permet de produire les biens et les services là où cette production nécessite comparativement le moins de ressources. Dans cette perspective, une violation des règles de l'OMC qui cause un obstacle est dommageable, mais l'introduction d'un autre obstacle au commerce à titre de sanction ne rétablit évidemment pas la situation plus efficiente qui prévalait avant la violation.

Enfin, les conceptions traditionnelles postulent l'égalité des États, ce qui empêche d'examiner comment, dans la réalité, le système de sanctions fonctionne entre États de puissances inégales.

Section 5 **Projet de thèse**

37. Une conception institutionnelle de l'OMC

Pour surmonter les difficultés que posent les conceptions traditionnelles des sanctions de l'OMC, on propose de partir d'un cadre d'analyse différent, celui des publicistes français du début du XX^e siècle, en particulier M. Hauriou, qui ont élaboré une théorie de l'institution permettant de rendre compte du phénomène de l'autorité en dépassant le contrat. Les institutionnalistes parlaient surtout de l'État dans son organisation interne ; ils n'abordaient guère le domaine des relations internationales (et, évidemment, pas du tout l'OMC). L'intérêt de recourir à leurs écrits se trouve notamment dans leur construction de l'idéal-type de l'institution, qui se présente, en résumé, comme un projet soutenu par une structure d'autorité destinée à durer. L'idée développée dans la thèse est que le GATT et l'OMC, partant d'une configuration plutôt contractuelle, ont évolué vers une structure plus institutionnelle. On est ainsi passé progressivement d'un traité conclu entre des États souverains, libres et égaux, prévoyant des engagements réciproques entre ces États, à une structure de pouvoir dotée d'une existence autonome, d'un projet propre et de pouvoirs pour le réaliser. L'OMC apparaît donc comme un de ces éléments d'un « droit de subordination » qui se développe au sein du droit international⁸⁹, dont la fonction traditionnelle se limitait à coordonner les actions des États souverains.

⁸⁹ P. DAILLIER, M. FORTEAU et A. PELLET, *Droit international public*, 8^e éd., Paris, L.G.D.J., 2009, n° 45-46, p. 102-103.

L'analyse comprend deux aspects, intimement liés : d'une part, un point de vue statique qui consiste à concevoir l'OMC comme une institution reconnue par l'Accord de Marrakech et à montrer qu'elle en possède les caractéristiques et, d'autre part, un point de vue dynamique décrivant une évolution sur le long terme (qui n'est probablement pas terminée à ce jour) par laquelle le GATT et l'OMC ont renforcé et renforcent encore leur caractère institutionnel.

On reviendra dans la partie III sur une description plus précise de l'institution telle qu'elle est entendue ici, et sur les éléments qui permettent d'affirmer l'existence d'un développement institutionnel dans le cadre du GATT et de l'OMC.

Dans le cadre de cette introduction, on peut en avoir un aperçu en examinant l'OMC au regard des considérations que Hart développe à propos du droit international. Bien sûr, Hart parle du droit international dans son ensemble ; il n'aborde pas ses sous-systèmes, et encore moins des traités particuliers comme celui du GATT. Pour rappel, Hart estime que les systèmes juridiques « développés », comme ceux du droit national des États occidentaux qu'il prend en exemple, peuvent être décrits comme une combinaison de règles primaires et de règles secondaires, les secondes permettant de déterminer la validité des premières, de les modifier et de trancher les litiges à leur sujet. Le droit international, par contre, serait plutôt une structure « primitive » sous la forme d'un ensemble d'obligations primaires globalement dépourvu de règles secondaires. Il disqualifie les candidats au rang de règles secondaires, en particulier la Charte des Nations Unies, au motif que leur application est (en cette époque de guerre froide) « paralysée » en raison du mode de fonctionnement du Conseil de sécurité⁹⁰.

Mais qu'aurait dit Hart si on lui avait présenté l'Accord de Marrakech ? Peut-être n'y aurait-il pas trouvé tous les caractères d'un système juridique parfaitement développé. Mais sans doute aurait-il dû admettre qu'on y trouve davantage qu'un ensemble de règles primaires. L'Accord OMC contient des règles secondaires de reconnaissance (notamment son article XVI.3 qui établit la hiérarchie des normes, et sa liste des annexes), c'est-à-dire des règles « permettant d'identifier de manière décisive les règles primaires d'obligation »⁹¹ qui font partie d'un système juridique⁹². Les articles X et XII OMC, sur l'amendement et l'accession, peuvent être considérés

⁹⁰ H.L.A. HART, *Le concept...*, *op. cit.*, p. 275.

⁹¹ H.L.A. HART, *Le concept...*, *op. cit.*, p. 120.

⁹² Il ne s'agit toutefois pas d'une règle *ultime* de reconnaissance, c'est-à-dire une règle de reconnaissance telle « qu'il n'existe aucune règle qui fournirait des critères pour apprécier sa propre validité » (H.L.A. HART, *Le concept...*, *op. cit.*, p. 135). La validité de l'Accord OMC peut en effet être appréciée au regard des règles du droit international, et la règle ultime de reconnaissance est, dans ce cas, celle du droit international.

comme des règles de changement. Mais surtout, le Mémorandum d'accord sur le règlement des différends contient des règles de décision particulièrement élaborées, qui ont été remarquées à juste titre comme constituant un régime exceptionnellement développé au regard des standards du droit international. Ainsi, le droit de l'OMC, s'il reste marqué par son insertion dans le droit international, s'éloigne de l'« ensemble » pour se rapprocher du « système », ce qui n'est sans lien avec l'évolution vers une structure institutionnelle telle que la présente la troisième partie.

38. Une conception institutionnelle des sanctions

Les sanctions interviennent à un double titre dans la conception institutionnelle de l'OMC. D'une part, elles sont un élément qui démontre la réalité de cette évolution. D'autre part, elles prennent, dans un contexte institutionnel, un sens différent de celui qu'on leur donne dans un contexte contractuel.

Les sanctions sont plutôt rares en droit international, et les États souverains sont généralement frileux à l'idée d'accepter un tel symbole et une telle contrainte sur leurs relations économiques internationales. Un système élaboré de sanctions, dans le prolongement d'un mécanisme juridictionnel et obligatoire de règlement des différends, est le signe qu'existe, au-delà du traité qui prévoit les obligations des États, une autorité qui impose sa volonté aux États. Les sanctions n'existent pas seulement en théorie : la manière dont elles sont appliquées depuis plus de quinze ans vient confirmer le fonctionnement effectif du système de sanctions et, au-delà, du mécanisme de règlement des différends. L'analyse de la jurisprudence, et notamment la manière dont les arbitres chargés de statuer sur les litiges suscités par l'application de sanctions insistent, dans l'intérêt de tous, sur le respect des règles de l'OMC plutôt que sur l'équivalence des prestations réciproques, révèle qu'ils promeuvent un intérêt institutionnel au-delà de la tâche qui consisterait simplement à trancher les litiges entre les parties. Ce faisant, ils adoptent la même attitude que celle des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel.

La conception institutionnelle donne aussi aux sanctions de l'OMC un sens différent de celui que leur prête la conception traditionnelle. Lorsqu'on les envisage dans le contexte de l'évolution du GATT et de l'OMC, les sanctions apparaissent comme la marque d'un pouvoir de l'Organisation sur ses membres, dont la raison d'être est d'assurer la survie de l'Organisation nonobstant les défaillances de l'un ou l'autre membre. À cette fin, il faut à la fois punir les violations des règles, mais aussi éviter que la violation et la sanction aboutissent à une disparition de l'Accord, comme c'est souvent le cas en matière de contrats, pour promouvoir au contraire la poursuite de la coopération entre les parties. On voit immédiatement poindre ici les applications pratiques de cette théorie, notamment en matière d'interprétation des règles qui fixent le montant des

sanctions. En outre, entre ceux qui analysent les sanctions de l'OMC comme un mécanisme de rééquilibrage des obligations réciproques et ceux qui les considèrent comme une manière de contraindre au respect des règles, la perspective institutionnelle permet de trancher clairement en faveur des seconds, mais elle fournit surtout à cette solution une justification cohérente qui ne se limite pas à l'invocation du texte des Accords et de la jurisprudence. La perspective institutionnelle permet aussi de mieux prendre en compte les intérêts des tiers au différend : il ne s'agit plus seulement d'un litige entre deux États membres, mais bien d'une question de respect des règles communes qui, potentiellement, intéresse tous les membres, voire des tiers (notamment les commerçants).

Notre travail a donc pour objectif d'étudier le rôle et la signification du système de sanctions dans l'Organisation mondiale du commerce considérée comme une institution au sens esquissé plus haut. Il s'agit de comprendre un mécanisme et son évolution, et d'en rendre compte d'une manière qui n'est pas celle généralement adoptée par la doctrine, ce qui permet aussi d'apercevoir des perspectives pour l'avenir et d'améliorer notre compréhension de phénomènes plus larges, comme le développement du droit de l'OMC ou de la réglementation commerciale internationale. Une autre démarche eût pu être de relever les failles du système de sanctions (au regard de certains impératifs dont les plus évidents semblent être l'efficacité et la justice) et de proposer un mécanisme différent qui n'aurait pas comporté les mêmes faiblesses. Cette voie n'a pas été suivie, même si le choix d'une perspective institutionnelle n'est pas exempt d'une appréciation normative. On montrera, en particulier, qu'un système conçu sur la base de relations contractuelles entre États peine à tenir compte des inégalités entre États et de la situation des personnes privées, ce qui mène à des injustices, qui peuvent être à tout le moins réduites si le système se développe dans une perspective institutionnelle.

Pour synthétiser, les questions qu'on se pose peuvent être formulées comme suit :

- Comment fonctionnent les sanctions de l'OMC ?
- Comment explique-t-on ce système de sanctions dans la littérature juridique et économique ?
- Quelles sont les lacunes de ces explications traditionnelles ?
- Comment une conception institutionnelle de l'OMC et de ses sanctions complète-t-elle l'explication traditionnelle des sanctions ?

39. Perspectives

Au-delà de la question des sanctions, la conception institutionnelle dessine des perspectives sur le développement du droit économique international. Même s'il n'est pas possible d'en explorer ici toutes les conséquences, elle permet de comprendre l'évolution des relations et des pouvoirs respectifs des autorités chargées d'encadrer juridiquement l'activité commerciale. Elle apporte un regard neuf sur les rapports économiques, juridiques et politiques entre les États, les organisations économiques régionales (en particulier l'Union européenne) et les organisations mondiales (en particulier l'OMC) et leur rôle par rapport aux acteurs privés du commerce international.

La portée de l'étude est aussi pratique. Outre une solution à la controverse sur l'objectif des sanctions – dont la portée est, en soi, plutôt théorique – la conception institutionnelle des sanctions et, plus largement, de l'OMC fournit un cadre d'analyse dont les implications pratiques sont potentiellement nombreuses. Pour ne choisir qu'un exemple, la démonstration du caractère juridictionnel du mécanisme de règlement des différends emporte certaines exigences à charge de ses organes et confère à ses décisions une portée particulière.

Section 6 Structure de la thèse

40. Plan

La thèse est construite en trois parties. La première décrit le fonctionnement juridique du système de sanctions de l'OMC, en analysant les règles du Mémoire d'accord et la jurisprudence qui les applique. Une deuxième partie confronte ce système aux théories par lesquelles les juristes et les économistes l'expliquent traditionnellement : après avoir exposé comment on rend compte des sanctions dans la théorie économique du libre-échange et au regard du droit international public général, on montre que ces théories classiques n'ont qu'un pouvoir d'explication partiel. Elles permettent bien sûr de comprendre certaines caractéristiques des sanctions. Mais en raison de certains présupposés sur lesquels elles sont fondés (parfois implicitement), ces théories classiques ont tendance à analyser l'OMC comme un simple traité et les sanctions comme un mécanisme intéressant seulement les deux États en litige.

En conséquence leur échappe une autre dimension expliquant le fonctionnement actuel des sanctions de l'OMC. Il s'agit, pour nous, de l'institutionnalisation, qui forme l'objet de la troisième partie. On y montre comment le droit économique international s'institutionnalise par le développement d'une structure durable, jouissant de l'autorité d'imposer ses décisions aux

États membres. Après l'avoir exposé en général, on précise cette mutation par l'examen du mécanisme de règlement des différends – le domaine par excellence où l'OMC prend des décisions obligatoires pour les membres – qui est devenu de nature juridictionnelle. On examine enfin comment le système de sanctions participe à cette institutionnalisation, mais aussi comment l'idée d'institution aide à en comprendre l'exacte portée.

Partie I – Analyse juridique des sanctions de l'OMC

41. Introduction

Cette première partie analyse le fonctionnement juridique du système de sanctions de l'OMC. On étudie d'abord les conditions qu'un État doit remplir pour pouvoir suspendre l'exécution de ses obligations. Des obligations ne peuvent être suspendues qu'après une décision de l'Organe de règlement des différends (ORD) (section 1) à laquelle le défendeur ne s'est pas conformé (section 2), et si les parties ne sont pas convenues de compensations (section 3). Le deuxième chapitre est consacré aux aspects procéduraux et le dernier aux caractéristiques juridiques des sanctions.

Chapitre I *Conditions d'ouverture du droit de suspendre des obligations*

Section 1 **Décision de l'ORD**

42. Accords visés

La première phase de la procédure de règlement des différends se clôt par une décision de l'ORD, par laquelle cet organe de l'OMC statue soit sur la violation par le défendeur d'un Accord visé, soit sur l'existence d'une mesure du défendeur qui annule ou compromet, sans violation des Accords visés, les avantages résultant pour le plaignant d'un de ceux-ci.

Dans les deux cas, le champ d'application du Mémorandum d'accord, et donc le domaine d'intervention de l'ORD, sont limités par la notion d'« Accords visés ». Seuls les différends à leur sujet sont soumis à la procédure prévue par le Mémorandum d'Accord. Font partie des Accords visés l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce (Accord OMC), ses Annexes 1A, 1B et 1C contenant respectivement les règles multilatérales relatives au commerce des marchandises, au commerce des services et aux aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, ainsi que le Mémorandum d'accord lui-même (Annexe 2) (art. 1.1 MRD et Appendice 1). Les différends relatifs aux Accords commerciaux plurilatéraux ne sont réglés selon la procédure du Mémorandum d'accord que si les parties à ces Accords l'ont décidé et en ont fixé les modalités d'application.

Le mécanisme d'examen des politiques commerciales ne fait donc pas partie des Accords visés. Il en va de même de l'accord transactionnel conclu par des membres de l'OMC pour terminer un différend. L'ORD n'est donc pas compétent pour en constater la violation⁹³, ce qui, par conséquent, rend impossible l'utilisation du système de sanctions pour assurer l'exécution de ces accords. Toutefois, dans la mesure où ces « transactions » doivent être compatibles avec les règles de l'OMC (art. 3.5 MRD), leur violation peut parfois être présentée comme une transgression des règles substantielles contenues dans les Accords visés⁹⁴.

43. Résumé de la procédure au fond

Il suffit pour notre propos de retracer les grandes lignes de la procédure aboutissant à une décision de l'ORD.

Lorsqu'un État membre estime qu'un autre membre ne respecte pas ses obligations ou qu'une mesure annule ou compromet des avantages, il demande la tenue de consultations confidentielles en vue de résoudre le litige à l'amiable. Il motive sa demande, qui doit indiquer clairement la mesure attaquée (appelée « mesure en cause ») et le fondement juridique de la demande (art. 4.4 MRD).

A défaut de réponse ou si ces consultations n'aboutissent pas dans les soixante jours de la demande, le plaignant requiert l'établissement d'un groupe spécial (art. 4.3 et 4.7 MRD). La demande d'établissement d'un groupe spécial constitue l'acte introductif d'instance. Elle sert à la fois de « base » à la rédaction du mandat du groupe spécial et à donner au défendeur les renseignements nécessaires à la préparation de sa défense (art. 6.2 MRD)⁹⁵.

Lorsqu'une telle demande lui est présentée une première fois, l'ORD institue le groupe spécial par consensus. A défaut, la demande peut être présentée à nouveau lors de la réunion suivante, et l'ORD désigne alors automatiquement un groupe spécial sauf si un consensus des membres se dégage en sens contraire (art. 6.1 MRD).

⁹³ Organe d'appel, *Communautés européennes – Mesures affectant l'importation de certains produits provenant de volailles*, WT/DS69/AB/R, 13 juillet 1998, 79 et s. ; D. LUFF, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce – Analyse critique*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 892 ; J. PAUWELYN, *Conflict of Norms in Public International Law – How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge University Press, 2003, p. 44.

⁹⁴ V. la formulation utilisée par les Communautés européennes, *Contribution des Communautés européennes et de leurs États membres à l'amélioration du Mémoire d'accord de l'OMC sur le règlement des différends*, TN/DS/W/1, 13 mars 2002, p. 9 et 21.

⁹⁵ Organe d'appel, *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, WT/DS27/AB/R, 9 septembre 1997, 142.

Le groupe spécial est composé de trois ou de cinq experts dans le domaine du commerce international. Il peut s'agir de fonctionnaires, de professeurs, d'auteurs ou d'anciens membres du Secrétariat (art. 8.1 MRD), qui doivent être indépendants et ne peuvent, en règle, être des ressortissants des parties en litige (art. 8.2 et 8.3 MRD). Ils sont désignés sur une base *ad hoc*, de commun accord par les parties ou, à défaut d'accord, par le Directeur général de l'OMC (art. 8.7 MRD). Afin de faciliter le choix, une « liste indicative » de personnes susceptibles d'être désignées est tenue à jour par le Secrétariat (art. 8.4 MRD).

Le mandat du groupe spécial est, sauf convention contraire des parties ou intervention du président de l'ORD (art. 7.3 MRD), établi conformément au modèle de l'article 7.1 MRD, rédigé comme suit :

« Examiner, à la lumière des dispositions pertinentes de (nom de l'(des) accord(s) visé(s) cité(s) par les parties au différend), la question portée devant l'ORD par (nom de la partie) dans le document ... ; faire des constatations propres à aider l'ORD à formuler des recommandations ou à statuer sur la question, ainsi qu'il est prévu dans ledit (lesdits) accord(s). »

L'Organe d'appel insiste sur l'importance du mandat pour garantir une procédure régulière :

« Le mandat d'un groupe spécial est important pour deux raisons. Premièrement, il vise un objectif important qui est de garantir une procédure régulière : il donne aux parties et aux tierces parties des renseignements suffisants concernant les allégations en cause dans le différend pour leur permettre de répondre aux arguments du plaignant. Deuxièmement, il établit le domaine de compétence du groupe spécial en définissant les allégations précises en cause dans le différend. »⁹⁶

Ainsi, le groupe spécial est chargé d'examiner les demandes du plaignant, en fait et en droit, à la lumière des dispositions des Accords invoqués. L'article 11 du Mémoire d'accord définit sa mission comme suit :

« un groupe spécial devrait procéder à une évaluation objective de la question dont il est saisi, y compris une évaluation objective des faits de la cause, de l'applicabilité des dispositions des accords visés pertinents et de la conformité des faits avec ces dispositions, et formuler d'autres constatations propres à aider l'ORD à faire des recommandations ou à statuer ainsi qu'il est prévu dans les accords visés. Le groupe spécial devrait avoir régulièrement des consultations avec les parties au différend et leur donner des possibilités adéquates d'élaborer une solution mutuellement satisfaisante. »

La procédure devant le groupe spécial est fixée à l'article 12 et dans l'Appendice 3 du Mémoire d'accord. Le groupe spécial tient deux « réunions de fond » avec les parties, au cours desquelles les parties peuvent présenter leurs arguments et le groupe spécial peut poser des questions. Chaque réunion de fond est précédée du dépôt par chaque partie d'un mémoire écrit. Les tierces parties, qui participent à la procédure sans être ni plaignant ni défendeur

⁹⁶ Organe d'appel, *Brésil – Mesures visant la noix de coco desséchée*, WT/DS22/AB/R, 21 février 1997, p. 23.

(art. 10 MRD) peuvent exposer leurs arguments au cours de la première réunion de fond. Le groupe spécial peut faire appel à des experts ou à des organismes susceptibles de fournir des renseignements utiles au débat (art. 13 MRD).

La procédure est en principe confidentielle, tant en ce qui concerne les écrits que les réunions du groupe spécial, qu'il s'agisse des réunions avec les parties ou des délibérations (art. 14 MRD). Toutefois, chaque partie est libre de rendre publique sa propre position. Une pratique d'ouvrir au public les réunions de fond avec les parties s'est toutefois développée (*infra*, n° 307).

Le groupe spécial communique aux parties son projet de rapport pour leur permettre de faire des observations et de demander le réexamen de points précis (art. 15 MRD).

Dans un délai de principe de six mois (art. 12.8 MRD), le groupe spécial remet à l'ORD un rapport final, contenant un avis permettant de « formuler des recommandations » ou « de statuer sur la question » posée (art. 7.1 MRD). Le rapport est distribué à tous les États membres de l'OMC.

Chaque partie à la procédure devant le groupe spécial (à l'exclusion des tierces parties) peut interjeter appel du rapport du groupe spécial devant l'Organe d'appel. Ce dernier est composé de sept membres permanents désignés pour une période de quatre ans. Ses membres sont indépendants des administrations des États membres, compétents et reconnus, et globalement représentatifs de la composition de l'OMC (art. 17.3 MRD). Ils siègent en sections, composées aléatoirement de trois membres.

L'Organe d'appel ne peut être saisi que de questions de droit, y compris l'interprétation du droit (art. 17.6 MRD), et se réfère aux constatations du groupe spécial pour la détermination des faits du différend. La procédure devant l'Organe d'appel est réglée par les *Procédures de travail pour l'examen en appel* qu'il adopte et adapte périodiquement⁹⁷. Elles prévoient notamment le dépôt de communications écrites ainsi que la tenue d'une audience. En principe, la procédure d'appel prend 60 jours (art. 17.5 MRD).

L'Organe d'appel peut « confirmer, modifier ou infirmer » le rapport du groupe spécial et, en fonction d'un raisonnement juridique modifié, l'amender, le compléter et en adapter tant les motifs que les conclusions, dans les limites permises par les constatations de fait du groupe spécial (art. 17.13 MRD). Il ne peut toutefois renvoyer la cause au groupe spécial, même si la modification du raisonnement juridique rendrait nécessaire la discussion d'éléments de fait

⁹⁷ V. la dernière version en date : *Procédures de travail pour l'examen en appel*, WT/AB/WP/6, 16 août 2010.

précédemment omis. Par exemple, dans l'affaire *Canada – Produits laitiers*, l'Organe d'appel infirme les constatations du groupe spécial, tout en indiquant que sa décision ne signifie pas que les mesures canadiennes sont conformes aux Accords, mais simplement qu'il ne peut pas se prononcer à leur sujet⁹⁸. Dans ce cas, les parties ont demandé à nouveau la constitution d'un groupe spécial. La possibilité de permettre le renvoi de l'affaire devant le groupe spécial est discutée *de lege ferenda*⁹⁹.

Cette description de la procédure de règlement des différends est évidemment sommaire. De nombreux ouvrages y sont consacrés¹⁰⁰. Des aspects particuliers sont examinés plus en détail *infra* (notamment n^{os} 354 et s.).

44. Décision de l'ORD et écoulement du délai de mise en conformité

Le rapport du groupe spécial, éventuellement réformé par celui de l'Organe d'appel, est présenté à l'ORD, composé des États membres – donc également de chacune des parties au différend. L'ORD adopte le rapport sauf s'il s'établit un consensus contre l'adoption ; le rapport devient ainsi obligatoire pour les parties au litige (art. 16.4 et 17.14 MRD)¹⁰¹.

⁹⁸ V. p. ex. Organe d'appel, *Canada – Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers*, Recours des États-Unis et de la Nouvelle-Zélande à l'article 21:5 du Mémoire d'accord, WT/DS103/AB/RW et WT/DS113/AB/RW, 3 décembre 2001, 102-104. V. aussi *Canada – Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers*, Deuxième recours des États-Unis à l'article 21:5 du Mémoire d'accord, Demande d'établissement d'un groupe spécial, WT/DS103/23, 6 décembre 2001 et *Canada – Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers*, Deuxième recours de la Nouvelle-Zélande à l'article 21:5 du Mémoire d'accord, Demande d'établissement d'un groupe spécial, WT/DS113/23, 6 décembre 2001.

⁹⁹ V. *Contribution des Communautés européennes et de leurs États membres à l'amélioration du Mémoire d'accord de l'OMC sur le règlement des différends*, TN/DS/W/1, 13 mars 2002, p. 9.

¹⁰⁰ Parmi d'autres : E. CANAL-FORGUES, *Le règlement des différends à l'OMC*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2008, 209 p. ; D. LUFF, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce – Analyse critique*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 771-981 ; D. PALMETER et P.C. MAVROIDIS, *Dispute Settlement in the World Trade Organization: Practice and Procedure*, 2nd éd., Cambridge University Press, 2004, 330 p. ; R. WOLFRUM, P.-T. STOLL et K. KAISER (eds), *WTO – Institutions and Dispute Settlement*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2006, p. 268-618 ; C. SCHUCHHARDT, « Consultations », in P.F.J. MACRORY, A.E. APPLETON et M.G. PLUMMER (eds), *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis*, t. I, New York, Springer, 2005, p. 1197-1232 ; W. ZDOUC, « The Panel Process », in P.F.J. MACRORY, A.E. APPLETON et M.G. PLUMMER (eds), *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis*, t. I, New York, Springer, 2005, p. 1233-1276 ; V. DONALDSON, « The Appellate Body: Institutional and Procedural Aspects », in P.F.J. MACRORY, A.E. APPLETON et M.G. PLUMMER (eds), *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis*, t. I, New York, Springer, 2005, p. 1277-1339.

¹⁰¹ D. PALMETER et P.C. MAVROIDIS, *Dispute Settlement in the World Trade Organization – Practice and Procedure*, 2nd éd., Cambridge University Press, 2004, p. 234. Déjà du temps du GATT : J.H. JACKSON, « The Legal Meaning of a GATT Dispute Settlement Report: Some Reflections », in N. BLOKKER et S. MULLER (eds), *Towards More Effective Supervision by International Organizations – Essays in Honour of Henry G. Schermers*, Vol. I, Dordrecht, Nijhoff, 1994, p. 157.

S'il ressort du rapport adopté que le défendeur a manqué à ses obligations, ce dernier doit mettre en œuvre les injonctions de l'ORD, qui consistent le plus souvent dans une « recommandation » (art. 19.1 MRD) de modifier sa législation ou sa pratique, pour la rendre conforme aux obligations découlant des Accords¹⁰². Dans l'hypothèse d'une action en situation de non-violation, l'État n'a pas l'obligation de se mettre en conformité avec ses obligations substantielles, puisqu'il l'est déjà, mais il doit accorder une compensation (procéder « à un ajustement mutuellement satisfaisant ») (art. 26.1, b) MRD).

La décision de l'ORD oblige juridiquement les parties¹⁰³. Reliquat des finesses diplomatiques, l'appellation « recommandation » n'empêche pas qu'il s'agisse d'une décision obligatoire¹⁰⁴. L'État défendeur doit l'exécuter « dans les moindres délais » (art. 22.1 MRD), voire « immédiatement » (art. 22.3 MRD). Si des raisons pratiques, politiques, juridiques ou autres l'en empêchent, le défendeur peut demander qu'il lui soit accordé un « délai raisonnable » – en principe inférieur à quinze mois – pour se mettre en conformité. A défaut d'accord des parties, la durée de ce délai est fixée par un arbitre choisi de commun accord ou désigné par le Directeur

¹⁰² C. CARMODY, « Remedies and Conformity under the WTO Agreement », *J.I.E.L.*, 2002, p. 308.

¹⁰³ Sur le caractère obligatoire des décisions de l'ORD, v., en doctrine, J.H. JACKSON, *The World Trading System – Law and Policy of International Economic Relations*, 2nd ed., Cambridge (MA), MIT Press, 1997, p. 125 ; J.H. JACKSON, « The WTO Dispute Settlement Understanding – Misunderstandings on the Nature of Legal Obligation », *Amer. Journ. Int. Law*, 1997, p. 60-64 ; C. SANTULLI, « Qu'est-ce qu'une juridiction internationale ? Des organes répressifs internationaux à l'O.R.D. », *A.F.D.I.*, 2000, p. 72 ; M. GARCIA-RUBIO, « Unilateral Measures as a Means of Forcible Execution of WTO Recommendations and Decisions », in L. PICCHIO FORLATI et L.-A. SICILIANOS (eds), *Les sanctions économiques en droit international – Economic Sanctions in International Law*, Leiden, Nijhoff, 2004, p. 449-451 ; 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. 377 ; G. SACERDOTI, « Structure et fonction du système de règlement des différends de l'OMC : les enseignements des dix premières années », *R.G.D.I.P.*, 2006, p. 787.

¹⁰⁴ V. M. GARCIA-RUBIO, « Unilateral Measures as a Means of Forcible Execution of WTO Recommendations and Decisions », in L. PICCHIO FORLATI et L.-A. SICILIANOS (eds), *Les sanctions économiques en droit international – Economic Sanctions in International Law*, Leiden, Nijhoff, 2004, p. 449-451 ; 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. 377 ; H. LESAFFRE, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 405-406. Comp. C. CARMODY, « Remedies and Conformity under the WTO Agreement », *J.I.E.L.*, 2002, p. 316, pour qui le mot « recommander » est volontairement ambigu et semble constituer un moyen terme entre l'obligation juridique et la simple faculté. Pour une discussion similaire dans d'autres mécanismes de règlement des différends internationaux, v. C.I.J., *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 juin 2001, *C.I.J. Recueil*, 2001, p. 502-503, § 102 (art. 41 du Statut de la C.I.J.) et R. ZIADÉ, « Mesures conservatoires (tribunal arbitral et tribunal étatique) », in Ch. LEBEN (dir.), *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux – aspects récents*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, p. 215-216 (art. 39 régl. arb. CIRDI).

général (art. 21.3 MRD)¹⁰⁵. Dans le cas de subventions prohibées, le délai de mise en conformité est déterminé par le groupe spécial initial et commence à courir à dater de l'adoption de son rapport ou, en cas d'appel, du rapport de l'Organe d'appel (art. 4.7 et 4.10 SMC).

45. Recommandations et suggestions

Si les groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont l'obligation de recommander la mise en conformité dès qu'ils constatent une violation, formuler une suggestion relève, par contre, de la simple faculté, exercée de manière discrétionnaire (art. 19.1 MRD)¹⁰⁶. Les groupes spéciaux sont en général prudents avant de suggérer à l'État une manière de se mettre en conformité, ce qui tiendrait à la structure institutionnelle des groupes spéciaux, souvent composés de fonctionnaires gouvernementaux pragmatiques, politiquement réalistes, et considérant les suggestions comme une atteinte à la souveraineté des membres¹⁰⁷. L'attitude de l'Organe d'appel est encore plus réservée¹⁰⁸. Parfois, la demande de suggestion est simplement rejetée¹⁰⁹. Des suggestions ne sont toutefois pas absentes de la jurisprudence, mais la suggestion n'est pas toujours celle demandée par le plaignant. Dans certains cas, le groupe spécial formule une suggestion vague, donc peu contraignante¹¹⁰. La suggestion est parfois présentée comme « une

¹⁰⁵ D. PALMETER et P.C. MAVROIDIS, *Dispute Settlement in the World Trade Organization – Practice and Procedure*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2004, p. 236 et s., 247. Sur le délai, la procédure d'arbitrage et les critères utilisés, L. BOISSON DE CHAZOURNES, « L'arbitrage à l'OMC », *Rev. arb.*, 2003, p. 961-971 ; H. RUIZ FABRI, « Le contentieux de l'exécution dans le règlement des différends de l'OMC », *J.D.I.*, 2000, p. 608-620.

¹⁰⁶ Groupe spécial, *Guatemala – Mesures antidumping définitives concernant le ciment portland gris en provenance du Mexique*, WT/DS156/R, 24 octobre 2000, 9.5 ; P.C. MAVROIDIS, « Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place », *E.J.I.L.*, 2000, p. 778 ; H. LESAFFRE, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 225.

¹⁰⁷ P.C. MAVROIDIS, « Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place », *E.J.I.L.*, 2000, p. 780. V. aussi H. RUIZ FABRI, « La juridictionnalisation du règlement des litiges économiques entre États », *Rev. arb.*, 2003, p. 923, n. 121 ; M. MATSUSHITA, T.J. SCHOENBAUM et P.C. MAVROIDIS, *The World Trade Organization – Law, Practice, and Policy*, Oxford University Press, 2003, p. 81 ; A. ROSAS, « Implementation and Enforcement of WTO Dispute Settlement Findings: An EU Perspective », *J.I.E.L.*, 2001, p. 134 ; M. GARCIA-RUBIO, « Unilateral Measures as a Means of Forcible Execution of WTO Recommendations and Decisions », in L. PICCHIO FORLATI et L.-A. SICILIANOS (eds), *Les sanctions économiques en droit international – Economic Sanctions in International Law*, Leiden, Nijhoff, 2004, p. 450 ; D. PALMETER et P.C. MAVROIDIS, *Dispute Settlement in the World Trade Organization – Practice and Procedure*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2004, p. 295.

¹⁰⁸ C. CARMODY, « Remedies and Conformity under the WTO Agreement », *J.I.E.L.*, 2002, p. 318 et les références citées à la n. 36.

¹⁰⁹ Par exemple Groupe spécial, *Guatemala – Mesures antidumping définitives concernant le ciment portland gris en provenance du Mexique*, WT/DS156/R, 24 octobre 2000, 9.7 ou Groupe spécial, *États-Unis – Mesures antidumping visant les produits tubulaires pour champs pétrolifères en provenance du Mexique*, WT/DS282/R, 20 juin 2005, 8.18.

¹¹⁰ V. par exemple Groupe spécial, *États-Unis – Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud originaires du Royaume-Uni*, WT/DS138/R, 23 décembre 1999, 8.2 qui, après avoir refusé la suggestion proposée par les Communautés européennes, écrit, sans qualifier expressément cette phrase de « suggestion » : « Nous serions d'avis que les États-Unis

des façons » de réaliser la mise en conformité¹¹¹. À l'inverse, le groupe spécial peut présenter sa suggestion comme « le seul moyen approprié » pour mettre en œuvre la recommandation¹¹². Il est même possible de combiner subtilement ces deux approches :

« Bien que les États-Unis puissent la [la Loi CDSOA] rendre conforme de diverses façons, il nous est difficile de concevoir une méthode plus appropriée et/ou plus efficace que l'abrogation de la CDSOA. C'est pourquoi nous suggérons aux États-Unis de rendre la CDSOA conforme en abrogeant cette loi. »¹¹³

L'effet juridique de ces suggestions est discuté. On s'accorde pour reconnaître que, lorsqu'elles sont formulées, les suggestions ne sont pas obligatoires pour les États¹¹⁴.

« C'est au Membre concerné qu'il appartient en premier lieu de déterminer les modalités de mise en œuvre d'une recommandation d'un groupe spécial ou de l'Organe d'appel »¹¹⁵.

prennent toutes les mesures appropriées, notamment révisent leurs pratiques administratives, pour éviter que la violation susmentionnée de l'article 10 de l'accord SMC ne se reproduise à l'avenir. » Dans cette affaire, l'Organe d'appel ne formule aucune recommandation (Organe d'appel, *États-Unis – Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud originaires du Royaume-Uni*, WT/DS138/AB/R, 10 mai 2000, 75 et s.).

¹¹¹ Groupe spécial, *Communautés européennes – Protection des marques et des indications géographiques pour les produits agricoles et les denrées alimentaires*, Plainte des États-Unis, WT/DS174/R, 15 mars 2005, 8.5 et Groupe spécial, *Communautés européennes – Protection des marques et des indications géographiques pour les produits agricoles et les denrées alimentaires*, Plainte de l'Australie, WT/DS290/R, 15 mars 2005, 8.5.

¹¹² Groupe spécial, *Guatemala – Enquête antidumping concernant le ciment portland en provenance du Mexique*, WT/DS60/R, 19 juin 1998, 8.6. Cette décision est commentée par 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. 379 et s. Pour un exemple similaire, Groupe spécial, *Guatemala – Mesures antidumping définitives concernant le ciment portland gris en provenance du Mexique*, WT/DS156/R, 24 octobre 2000, 9.6.

¹¹³ Groupe spécial, *États-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention*, WT/DS217/R et WT/DS234/R, 16 septembre 2002, 8.6.

¹¹⁴ V. art. 26.1, c) MRD pour les actions en situation de non-violation. Groupe spécial, *Guatemala – Enquête antidumping concernant le ciment portland en provenance du Mexique*, WT/DS60/R, 19 juin 1998, 8.2 et Groupe spécial, *États-Unis – Mesures antidumping appliquées à certains produits en acier laminés à chaud en provenance du Japon*, WT/DS184/R, 28 février 2001, 8.6 (qui indiquent que les suggestions ne sont « pas contraignantes ») ; Groupe spécial, *Inde – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, WT/DS50/R, 5 septembre 1997, 7.66 : « Cette suggestion n'est pas un jugement déclaratoire. Elle doit plutôt être considérée comme une tentative d'arriver à une solution positive du présent différend » ; Décision de l'arbitre *États-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention*, Arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, WT/DS217/14 et WT/DS234/22, 13 juin 2003, 52 ; CE – *Bananes III (article 21:5 – États-Unis) (appel)*, 321. H. LESAFFRE, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 226 ; D. LUFF, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce – Analyse critique*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 924 ; P.C. MAVROIDIS, « Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place », *E.J.I.L.*, 2000, p. 785 ; M. MATSUSHITA, T.J. SCHOENBAUM et P.C. MAVROIDIS, *The World Trade Organization – Law, Practice, and Policy*, Oxford University Press, 2003, p. 81 ; L.E. SPADANO, « Cross-agreement retaliation in the WTO dispute settlement system: an important enforcement mechanism for developing countries? », *W.T.R.* 7(3), 2008, p. 516.

L'État peut donc opter pour une autre manière de réaliser la conformité¹¹⁶, à supposer que cela soit possible.

Pour certains, l'État qui déciderait de suivre la suggestion serait « *de facto* » présumé par le groupe spécial de la mise en conformité, en principe composé des membres du groupe spécial initial (*infra*, n° 47), s'être conformé à ses obligations résultant des Accords¹¹⁷. Cette présomption serait même irréfragable¹¹⁸. L'État qui soutiendrait s'être mis en conformité autrement qu'en suivant la suggestion supporterait la charge de la preuve¹¹⁹.

Dans un rapport rédigé à l'occasion de l'affaire *Bananes III*, un groupe spécial n'a pas expressément exclu que l'État qui met en œuvre une suggestion bénéficie d'une présomption de conformité, mais il a indiqué qu'à la supposer existante, une telle présomption ne serait pas irréfragable :

« Même s'il existait une présomption de légalité des mesures prises pour mettre en œuvre une suggestion formulée en application de l'article 19:1, le Mémoire d'accord sur le règlement des différends ne contient aucune disposition qui inciterait à penser que la légalité alléguée de ces mesures ne pourrait pas être réexaminée par un Groupe spécial de la mise en conformité, en vertu de l'article 21:5. »¹²⁰

En appel, l'Organe d'appel a mis un terme au débat en indiquant que la mise en conformité, qui constitue l'objet de la procédure organisée par l'article 21.5 MRD, s'apprécie uniquement au regard des recommandations et décisions de l'ORD, et que le fait de suivre une suggestion ne crée aucune présomption dans le cadre d'un différend relatif à la mise en conformité¹²¹.

¹¹⁵ Groupe spécial, *Guatemala – Enquête antidumping concernant le ciment portland en provenance du Mexique*, WT/DS60/R, 19 juin 1998, 8.3.

¹¹⁶ H. LESAFFRE, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 227.

¹¹⁷ D. PALMETER et P.C. MAVROIDIS, *Dispute Settlement in the World Trade Organization – Practice and Procedure*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2004, p. 299.

¹¹⁸ P.C. MAVROIDIS, « Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place », *E.J.I.L.*, 2000, p. 786 ; H. LESAFFRE, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 228-229. Comp. B.M. HOEKMAN et P.C. MAVROIDIS, « WTO Dispute Settlement, Transparency and Surveillance », *World Economy*, 2000, p. 537 (« ... should automatically create an irrefutable presumption... »).

¹¹⁹ Sur cette question, v. P.C. MAVROIDIS, « Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place », *E.J.I.L.*, 2000, p. 781, 786.

¹²⁰ Groupe spécial, *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes* – Deuxième recours de l'Équateur à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS27/RW2/ECU, 7 avril 2008, 7.251.

¹²¹ CE – *Bananes III* (article 21:5 – États-Unis) (appel), 317-327.

Section 2 Inexécution de la décision de l'ORD

46. Inexécution de la décision de l'ORD

La suspension des obligations ne peut intervenir que si, au terme du délai raisonnable de mise en conformité, le défendeur n'a pas exécuté la décision de l'ORD ou s'il ne l'a pas exécutée complètement (art. 22.1 MRD et 23.2, c MRD)¹²². On en déduit que le seul défaut de mise en conformité au terme du délai raisonnable ne peut être considéré comme une circonstance aggravante entraînant des sanctions plus sévères¹²³. L'arbitre chargé d'en déterminer le montant ne peut baser son appréciation sur le risque d'éventuelles « récidives » du défendeur, ce qui reviendrait à sanctionner des violations avant que l'ORD se soit prononcé à leur sujet¹²⁴.

Puisque l'objectif de la suspension d'obligations est d'obtenir la mise en conformité (*infra*, n° 410), la demande n'a plus d'objet si, entre la fin du délai raisonnable et la décision de l'arbitre des sanctions, l'État défendeur a retiré la mesure en cause¹²⁵. Dans l'affaire qui a permis à l'arbitre de poser ce principe, les parties étaient convenues de suspendre l'arbitrage des sanctions pendant la procédure relative à la mise en conformité (v. *infra*, n° 77), et le défendeur avait retiré sa mesure avant que le groupe spécial de la mise en conformité rende son rapport. Ce dernier avait donc refusé de se prononcer sur l'absence de mise en conformité, dès lors que la mesure en cause, si elle avait certes été maintenue après l'expiration du délai raisonnable, n'existait plus au moment de sa décision. Dans ces circonstances, l'arbitre des sanctions fonde aussi sa décision sur l'absence de décision multilatérale quant à l'absence de mise en conformité.

Ce principe pose problème lorsque, comme le Brésil l'alléguait en l'espèce¹²⁶, le défendeur s'est mis en conformité pendant un temps, puis a rétabli l'illicéité antérieure ou une illicéité similaire

¹²² Th. SEBASTIAN, « The law of permissible WTO retaliation », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 93 ; P.-T. STOLL, « Article 22 DSU », in R. WOLFRUM, P.-T. STOLL et K. KAISER (eds), *WTO – Institutions and Dispute Settlement*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2006, p. 529.

¹²³ *Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs (article 22:6 – Canada)*, 3.103. Cette affaire concerne une subvention, de sorte que l'arbitre a une latitude plus grande dans la détermination du montant des sanctions (*infra*, n° 144 et s.).

¹²⁴ *Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs (article 22:6 – Canada)*, 3.111.

¹²⁵ *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis I)*, 3.5-3.50 ; G.M. GROSSMAN et A.O. SYKES, « 'Optimal' Retaliation in the WTO – a commentary on the *Upland Cotton* Arbitration », *W.T.R.* 10(1), 2011, p. 135-136.

¹²⁶ *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis I)*, 3.9.

après la constatation de la mise en conformité¹²⁷. Dans cette situation, l'interdiction de l'unilatéralisme empêche le plaignant de mettre en œuvre des sanctions avant d'avoir fait constater l'existence de la « nouvelle » violation par un groupe spécial. La doctrine suggère que le litige pourrait être soumis à un groupe spécial de la mise en conformité, ce qui raccourcit en principe les délais de procédure¹²⁸.

47. Contestation portant sur l'(in)exécution

Parfois, l'inexécution de la décision n'est pas contestée¹²⁹ ou les parties s'accordent pour reconnaître que seule l'abrogation d'une disposition particulière réaliserait la conformité¹³⁰. Dans ces cas, la mise en conformité, ou son absence, est évidente. Plus fréquemment, l'État menacé de sanctions prétend qu'il s'est conformé à la décision, ou, à tout le moins, qu'il s'y est conformé partiellement. Survient alors un nouveau litige, portant sur l'exécution de la première décision.

Le système de l'OMC favorise l'apparition de ces contestations. Les décisions de l'ORD n'ont, en règle, pas d'effet direct et doivent être « transposées » en droit interne. Par respect pour la souveraineté des États et pour maintenir leur marge de manœuvre dans la mise en œuvre de leurs obligations¹³¹, les groupes spéciaux et l'Organe d'appel formulent en général la recommandation vague de rendre la mesure contestée « conforme » aux Accords (art. 19.1 MRD)¹³². Ne pas en dire plus laisse aux États une latitude pour déterminer les moyens

¹²⁷ Sur ce comportement et sur le raisonnement de l'arbitre, D.J. TOWNSEND et S. CHARNOVITZ, « Preventing Opportunistic Uncompliance by WTO Members », *J.I.E.L.* 14(2), 2011, p. 441 et s.

¹²⁸ D.J. TOWNSEND et S. CHARNOVITZ, « Preventing Opportunistic Uncompliance by WTO Members », *J.I.E.L.* 14(2), 2011, p. 452-458.

¹²⁹ A. ROSAS, « Implementation and Enforcement of WTO Dispute Settlement Findings: An EU Perspective », *J.I.E.L.*, 2001, p. 136, qui cite l'exemple de l'affaire *Hormones*. V. par exemple les différends *CE – Hormones (Canada) (article 22:6 – CE)*, 37 et *Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs*, dans lequel le Canada ne contestait pas la non-conformité, en tout cas pour certains aspects (Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 24 juin 2002, WT/DSB/M/128, 20 août 2002, n° 47, p. 13).

¹³⁰ V. Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 26 janvier 2004, WT/DSB/M/164, 12 mars 2004, n° 17, p. 4.

¹³¹ A. BORDES, « Le rôle du mécanisme de règlement des différends de l'OMC, entre souveraineté réglementaire et institutionnalisation : quel avenir ? », in O. BLIN (dir.), *Regards croisés sur le règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce (OMC)*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 27 ; P. GRANÉ, « Remedies under WTO Law », *J.I.E.L.*, 2001, p. 761.

¹³² Parfois, le groupe spécial ou l'Organe d'appel s'adressent à l'ORD, à qui ils « recommandent » de « demander » au membre concerné de rendre sa mesure conforme aux Accords (par exemple Groupe spécial, *États-Unis – Restrictions à l'importation de vêtements de dessous de coton et de fibres synthétiques ou artificielles en provenance du Costa Rica*, WT/DS24/R, 8 novembre 1996). Dans d'autres cas, la recommandation du groupe spécial est directement adressée au défendeur (par exemple 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, 8.4). L'ORD « adopte » le rapport.

d'exécuter cette obligation¹³³. Pour réaliser la conformité, le défendeur doit interpréter les termes de la motivation du rapport du groupe spécial ou de l'Organe d'appel et en tirer les conséquences dans son droit interne¹³⁴. Il est tenté de se limiter à une conformité formelle ou de recourir à d'autres artifices qui ne satisfont pas le plaignant, précisément parce qu'ils laissent subsister certains effets de la mesure illicite. Dans ce contexte, il n'est pas étonnant que le plaignant et le défendeur divergent sur l'interprétation des rapports.

Les contestations relatives à l'exécution de la décision sont soumises à un groupe spécial, qui les examine conformément à la procédure applicable au fond (*supra*, n° 43), mais dont la longueur est raccourcie à 90 jours, en principe (art. 21.5 MRD). Un appel est possible devant l'Organe d'appel¹³⁵.

Les relations entre les procédures de la mise en conformité (art. 21 MRD) et les sanctions (art. 22 MRD) ne sont pas « un modèle de clarté »¹³⁶. Elles mènent souvent un problème pratique, dit de « *sequencing* » ou de « *chronologie* » (*infra*, n° 69 et s.).

48. L'inexécution de la décision de l'ORD comme fait générateur des sanctions

C'est l'inexécution de la décision de l'ORD qui ouvre le droit d'imposer des sanctions. La violation des obligations primaires (les règles substantielles des Accords) entraîne la décision de l'ORD. La suspension d'obligations vient sanctionner l'absence de conformité à *cette décision*, c'est-à-dire la violation d'une obligation secondaire découlant de la décision de l'ORD¹³⁷.

Cette analyse s'autorise d'une analogie entre les sanctions de l'OMC et les contre-mesures du droit international public, qui servent à la mise en œuvre des obligations secondaires découlant de la responsabilité de l'État (*infra*, n°^{os} 198-199). En outre, certains éléments du régime des sanctions le confirment. L'absence de rétroactivité des sanctions les relie plus directement à une violation de la décision de l'ORD plutôt qu'à celles des règles substantielles. La possibilité de suspendre des obligations pour sanctionner l'inexécution d'une décision de l'ORD dans un cas de

¹³³ M. MATSUSHITA, T.J. SCHOENBAUM et P.C. MAVROIDIS, *The World Trade Organization – Law, Practice, and Policy*, Oxford University Press, 2003, p. 80.

¹³⁴ V. P.C. MAVROIDIS, « Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place », *E.J.I.L.*, 2000, p. 781 ; H. LESAFFRE, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 225.

¹³⁵ Sur cette procédure, H. RUIZ FABRI, « Le contentieux de l'exécution dans le règlement des différends de l'OMC », *J.D.I.*, 2000, p. 621-632.

¹³⁶ *États-Unis – Certains produits en provenance des CE (appel)*, 91.

¹³⁷ R. HOWSE et D.J. NEVEN, « United States – Tax treatment for 'Foreign Sales Corporations' Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU and Article 4.11 of the SCM Agreement (WT/DS108/ARB) – A Comment », *W.T.R.* 4(1), 2005, p. 110.

non-violation est une hypothèse, certes rare, où les sanctions sont possibles sans qu'aucune obligation primaire n'ait été violée¹³⁸. L'analyse du règlement des différends comme un processus juridictionnel (*infra*, n^{os} 370 et s.) implique que

« Le jugement crée, pour les parties, de nouvelles obligations – celles contenues dans la décision – et engendre ainsi de nouvelles normes juridiques entre elles »¹³⁹

et renforce ainsi l'analyse des sanctions comme découlant du non-respect de ces « nouvelles obligations » (secondaires). L'arbitre *Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs* le confirme expressément :

« Conformément à l'article 22:1 du Mémoire d'accord et à l'article 4.10 de l'Accord SMC, la non-mise en conformité est le fait même qui justifie l'adoption de contre-mesures. »¹⁴⁰

Le libellé des dispositifs des rapports et les décisions de l'ORD ne fait pas apparaître ceci très clairement. L'État défendeur reçoit seulement l'injonction d'adopter un comportement conforme aux Accords, le plus souvent sans autre précision. Par contraste, le juge judiciaire condamne le défendeur à exécuter une prestation précise et individualisée (souvent un paiement) qui, même si elle résulte de l'application de la loi, n'est pas formulée simplement comme une exigence de respect de la loi. Dans le cadre de l'OMC, les suggestions de mise en conformité qui, lorsqu'elles existent, renvoient à un comportement (plus) précis, ne sont pas obligatoires.

Par ailleurs, cette analyse ne peut mener à créer une division artificielle au sein du mécanisme de règlement des différends, alors qu'il n'existe en réalité aucune rupture. La suspension d'obligations fait partie intégrante de la réaction de l'OMC à une violation des Accords. Suite des procédures antérieures, elle est une étape du règlement des différends. Et le règlement des différends dans son ensemble, dont font partie les sanctions, vise la conformité aux Accords.

¹³⁸ R. HOWSE et D.J. NEVEN, « United States – Tax treatment for 'Foreign Sales Corporations' Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU and Article 4.11 of the SCM Agreement (WT/DS108/ARB) – A Comment », *W.T.R.* 4(1), 2005, p. 110.

¹³⁹ G. SACERDOTI, « Structure et fonction du système de règlement des différends de l'OMC : les enseignements des dix premières années », *R.G.D.I.P.*, 2006, p. 786. *Contra* : M.-A. FRISON-ROCHE, « Le système des sanctions », *Les Notes bleues de Bercy*, n° 186, 1^{er}-15 juillet 2000, http://www.minefi.gouv.fr/notes_bleues/nbb/nbb186/sanct.htm (octobre 2004) : « en suivant les recommandations de l'ORD, l'État exécute ses obligations, d'une façon moins paisible sans doute mais sans qu'il y ait un changement de nature. »

¹⁴⁰ *Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs (article 22:6 – Canada)*, 3.103.

Section 3 Absence d'accord sur une compensation

49. Négociations en vue d'une compensation

En l'absence de mise en conformité, les États en litige peuvent convenir d'une compensation temporaire et compatible avec les Accords. Cette compensation est préférée à la suspension des obligations, qui constitue ainsi l'étape la plus subsidiaire du règlement des différends.

Si le défendeur ne respecte pas la décision de l'ORD, le plaignant peut (mais ne doit pas¹⁴¹) exiger l'ouverture de négociations en vue d'obtenir des compensations satisfaisantes¹⁴². Le défendeur doit alors participer de bonne foi à ces négociations¹⁴³, au plus tard au terme du délai raisonnable, mais il n'a aucune obligation d'accorder les compensations demandées¹⁴⁴.

L'État pour lequel la conformité reste irréalisable au terme du délai raisonnable peut ainsi accepter un autre engagement qui satisfasse sa contrepartie. Ces compensations prennent généralement la forme d'un élargissement de l'accès au marché du défendeur : réduction de droits de douane, élargissement de quotas, nouveaux engagements en matière de services¹⁴⁵. La suspension d'obligations, quant à elle, implique souvent une réduction de l'accès au marché du plaignant¹⁴⁶.

Politiquement, les compensations peuvent représenter une solution équivalente pour le plaignant, mais plus facilement admissible pour le défendeur. En outre, elles constituent un palliatif transitoire et amiable qui apaise les tensions et permet d'éviter les mesures contraignantes, désagréables aux États souverains.

¹⁴¹ O. BLIN, « Les sanctions dans l'Organisation mondiale du commerce », *J.D.I.*, 2008, p. 447, n. 25.

¹⁴² C.M. VALLES et B.P. MCGIVERN, « The Right to Retaliate under the WTO Agreement – *The "Sequencing" Problem* », *J.W.T.* 34(2), 2000, p. 69 ; B.P. MCGIVERN, « Seeking Compliance with WTO Rulings: Theory, Practice and Alternatives », *Int. Lawyer* 36(1), 2002, p. 149. Comp. J. PAUWELYN, « Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules are Rules – Toward a More Collective Approach », *Amer. Journ. Int. Law* 94(2), 2000, p. 337, qui parle plutôt d'une possibilité pour le défendeur d'*offrir* des compensations.

¹⁴³ D. PALMETER et P.C. MAVROIDIS, *Dispute Settlement in the World Trade Organization – Practice and Procedure*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2004, p. 265.

¹⁴⁴ P.-T. STOLL, « Article 22 DSU », in R. WOLFRUM, P.-T. STOLL et K. KAISER (eds), *WTO – Institutions and Dispute Settlement*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2006, p. 535. Pour S. Shadikhodjaev, il n'est pas possible de convenir de compensations en matière de subventions prohibées (*Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, p. 97).

¹⁴⁵ V. C. CARMODY, « Remedies and Conformity under the WTO Agreement », *J.I.E.L.*, 2002, p. 308 ; D. LUFF, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce – Analyse critique*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 945.

¹⁴⁶ *États-Unis – Article 110 5*, *Loi sur le droit d'auteur (article 25:3)*, 2.6.

Si les États n'ont pu convenir de compensations satisfaisantes dans les vingt jours de l'expiration du délai raisonnable, le plaignant peut demander à l'ORD l'autorisation de suspendre des obligations. La brièveté de ce délai explique en partie la rareté des compensations¹⁴⁷.

Les compensations sont temporaires et prospectives (§ 1), compatibles avec les Accords de l'OMC (§ 2) et volontaires (§ 3).

§ 1. Caractère temporaire et prospectif

50. La compensation comme solution temporaire

La compensation ne remplace pas l'exécution de la décision, mais permet simplement d'éviter les sanctions pendant la période comprise entre la fin du délai raisonnable et le jour de l'exécution de la décision de l'ORD¹⁴⁸.

Cette idée est affirmée dès les débuts du GATT :

« the Working Party felt that any implication (such as had existed in the Scandinavian proposal) that the provision of appropriate compensation, on the one hand, and the removal of a measure inconsistent with the Agreement, on the other hand, are fully equivalent and satisfactory alternatives would not accord with the intent and spirit of the Article. In their view, the first objectives if the CONTRACTING PARTIES decided, in the event of a complaint under Article XXIII, that certain measures were inconsistent with provisions of the Agreement, should be to secure the withdrawal of the measures. In such a case, the alternative of providing compensation for damage suffered should be resorted to only if the immediate withdrawal of the measures was impracticable and only as a temporary measure pending the withdrawal of the measures which were inconsistent with the Agreement. »¹⁴⁹

Le Mémorandum d'accord qualifie clairement les compensations de « mesures temporaires » (art. 22.1. MRD)¹⁵⁰. Elles doivent se limiter à la période où le retrait de la mesure incompatible

¹⁴⁷ *Contribution des Communautés européennes et de leurs États membres à l'amélioration du Mémorandum d'accord de l'OMC sur le règlement des différends*, TN/DS/W/1, 13 mars 2002, p. 5 ; C. MOCQUART, « Efficacité des sanctions et retraits de concession dans le système de règlement des différends de l'OMC », *R.D.A.I.*, 2003, p. 41.

¹⁴⁸ C. CARMODY, « Remedies and Conformity under the WTO Agreement », *J.I.E.L.*, 2002, p. 319 ; P. GRANÉ, « Remedies under WTO Law », *J.I.E.L.*, 2001, p. 763 ; C. FUDALI, « A Critical Analysis of the WTO Dispute Settlement Mechanism: Its Contemporary Functionality and Prospects », *Netherlands Int. L. R.*, 2002, p. 72 ; P.C. MAVROIDIS, « Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place », *E.J.I.L.*, 2000, p. 800 ; M. MATSUSHITA, T.J. SCHOENBAUM et P.C. MAVROIDIS, *The World Trade Organization – Law, Practice, and Policy*, Oxford University Press, 2003, p. 87 ; M. HILF, « Das Streitbeilegungssystem der WTO », in M. HILF et S. OETER (Hrsg), *WTO-Recht – Rechtsordnung des Welthandels*, Baden-Baden, Nomos, 2005, p. 528. *Contra* (implicitement) : J. HIPPLER BELLO, « The WTO Dispute Settlement Understanding: Less is More », *Amer. Journ. Int. L.* 90(3), 1996, p. 417 et s.

¹⁴⁹ *Report of review working party IV on organizational and functional questions* (as approved by the CONTRACTING PARTIES on 28 February, 5 and 7 March 1955), L/327/Rev.1, 4 avril 1955, p. 19-20.

¹⁵⁰ V. C. FUDALI, « A Critical Analysis of the WTO Dispute Settlement Mechanism: Its Contemporary Functionality and Prospects », *Netherlands Int. L. R.*, 2002, p. 72.

avec les obligations du défendeur reste « irréalizable » (art. 3.7. MRD)¹⁵¹. Ceci se comprend notamment parce que les compensations n'aboutissent pas nécessairement à rétablir la situation antérieure des personnes privées qui, au sein de l'État plaignant, souffrent des conséquences de la violation¹⁵².

L'article 22.1 MRD ajoute que les compensations ne sont pas « préférables » à la conformité. Le Mémoire d'accord exprime là davantage un point de vue institutionnel. S'il les propose, c'est que l'État défendeur les préfère aux sanctions¹⁵³ et (au moins dans un premier temps) à la mise en conformité. Le point de vue du plaignant est un peu différent. Dans certaines circonstances, il pourrait préférer la compensation proposée à la mise en conformité, mais cela semble peu probable en pratique. Plus fréquemment, il craindra de ne pas obtenir la mise en conformité du défendeur, même en mettant des sanctions en œuvre, et il acceptera les compensations considérant qu'une poursuite de la violation avec des compensations est, subsidiairement, préférable à une poursuite de la violation sans compensations.

51. Les compensations ne valent que pour l'avenir

On ne peut assimiler les compensations du droit de l'OMC à la réparation d'un dommage. Dans le commerce international, les compensations sont prospectives, c'est-à-dire qu'elles visent à aménager une situation d'avenir et non à réparer les fautes du passé¹⁵⁴. C'est pourquoi les compensations, de même que les sanctions (*infra*, n° 160), n'ont en principe pas d'effet rétroactif¹⁵⁵. Mais ceci ne figure pas expressément dans le Mémoire d'accord et la pratique est trop rare pour en tirer une réelle confirmation. En outre, comme les compensations (et

¹⁵¹ Certains regrettent alors que « le provisoire dure » (O. BLIN, « Les sanctions dans l'Organisation mondiale du commerce », *J.D.I.*, 2008, p. 456).

¹⁵² P. GRANÉ, « Remedies under WTO Law », *J.I.E.L.*, 2001, p. 763. V. les réponses partielles de M. BRONCKERS et N. VAN DEN BROEK, « Financial Compensation in the WTO – Improving the Remedies of WTO Dispute Settlement », *J.I.E.L.* 8(1), 2005, p. 116-117.

¹⁵³ G.N. HORLICK, « Problems with the compliance structure of the WTO dispute resolution process », in D.L.M. KENNEDY et J.D. SOUTHWICK (eds), *The Political Economy of International Trade Law – Essays in Honor of Robert E. Hudec*, Cambridge University Press, 2002, p. 640. Les compensations risquent ainsi d'atténuer les incitants à la conformité (*India's questions to the European Communities and its member states on their proposal relating to improvements of the DSU*, TN/DS/W/5, 7 mai 2002, p. 4 et la *Réponse des Communautés européennes aux questions de l'Inde*, TN/DS/W/7, 30 mai 2002, p. 6).

¹⁵⁴ M.R. ISLAM, « Recent Trade Sanctions on the US to Induce Compliance with the WTO Ruling in the Foreign Sales Corporations Case: Its Policy Contradiction Revisited », *J.W.T.*, 2004, p. 482. *Contra* : L. BOY, « Évaluation du préjudice commercial au regard des mesures de rétorsion dans le cadre du règlement des différends par l'ORD », in Y. CHAPUT (dir.), *Le droit au défi de l'économie*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2002, p. 83.

¹⁵⁵ P. GRANÉ, « Remedies under WTO Law », *J.I.E.L.*, 2001, p. 762. Comp. G.M. GROSSMAN et P.C. MAVROIDIS, « United States – Section 110(5) of the US Copyright Act, Recourse to Arbitration under Article 25 of the DSU: would've or should've? Impaired benefits due to copyright infringement », *W.T.R.* 2(2), 2003, p. 241, 247-248, critiquant le raisonnement (implicite) de l'arbitre *État-Unis – Loi sur le droit d'auteur*.

notamment la détermination de leur montant) supposent un accord entre les États en litige, rien n'empêche ces derniers de tenir compte des effets de la violation antérieurs à la décision de l'ORD.

§ 2. Compatibilité avec les Accords

52. Une compensation ne peut pas être octroyée en violation des Accords

Les compensations convenues doivent être compatibles avec les Accords de l'OMC (art. 22.1 MRD)¹⁵⁶. Ceci implique à tout le moins qu'un État ne peut, par les compensations qu'il accorde à un autre, violer ses obligations à l'égard des autres États membres de l'OMC¹⁵⁷.

L'exigence de compatibilité avec les Accords implique ainsi que les compensations soient « multilatéralisées »¹⁵⁸. À défaut, l'État accordant des compensations traiterait un membre plus favorablement que les autres, en violation du principe de la nation la plus favorisée¹⁵⁹. La règle qui réalise la compensation en droit interne ne peut donc être discriminatoire ; elle être applicable à tous les membres, de sorte qu'*en droit*, chaque membre de l'OMC puisse bénéficier de la compensation. Mais ceci ne signifie pas nécessairement qu'*en fait*, la mesure de compensation aura des effets bénéfiques pour chaque membre¹⁶⁰.

Voilà qui explique le peu d'attrait des compensations : pour satisfaire un seul plaignant, il faut donner à tous les membres. Dans ces conditions, il peut être préférable de subir les effets de la suspension des obligations du plaignant. C'est pourquoi, lorsqu'il envisage *de lege ferenda* de rendre les compensations obligatoires, M.R. Islam précise qu'il conviendrait dans ce cas que les compensations ne soient pas multilatéralisées, car cela reviendrait à obliger le défendeur à consentir bien plus que le montant des effets commerciaux de sa violation, ce qui serait

¹⁵⁶ D. LUFF, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce – Analyse critique*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 945.

¹⁵⁷ J. PAUWELYN, « A Typology of Multilateral Treaty Obligations: Are WTO Obligations Bilateral or Collective in Nature? », *E.J.I.L.* 14(5), 2003, p. 907-951, spéc. p. 948.

¹⁵⁸ S. CHO, « The Nature of Remedies in International Trade Law », *University Pittsburgh L. R.* 65(4), 2004, p. 775-776.

¹⁵⁹ Art. 1^{er} GATT, notamment ; D. PALMETER et P.C. MAVROIDIS, *Dispute Settlement in the World Trade Organization – Practice and Procedure*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2004, p. 265. Dans le même sens, au sujet des compensations de l'article XXVIII du GATT, Organe d'appel, *Communautés européennes – Mesures affectant l'importation de certains produits provenant de volailles*, WT/DS69/AB/R, 13 juillet 1998, 100-102.

¹⁶⁰ V. à ce sujet la réflexion et la proposition de l'Australie : *Négociations sur les améliorations et les clarifications à apporter au Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, TN/DS/W/8, 8 juillet 2002, p. 4.

injuste¹⁶¹. Ceci dépend tout de même du type de violation qui est à la base de la décision de l'ORD. On peut imaginer des cas où un État ne viole ses obligations qu'à l'égard d'un autre État membre, par exemple s'il soumet les biens originaires de ce seul État à des droits de douane plus élevés. Mais souvent, la violation des règles de l'OMC constitue un manquement à l'égard de tous les États membres, même si un seul d'entre eux intente une procédure et obtient une décision de l'ORD. Dans le second cas, la multilatéralisation de la compensation se comprend plus facilement : si tous subissent la violation, il est normal que tous bénéficient de la compensation.

La question de savoir si la compensation peut consister dans le versement d'une somme d'argent est controversée. Dans une affaire où les Communautés européennes avaient obtenu une décision déclarant incompatible avec les Accords une législation américaine relative aux droits d'auteur, les parties sont convenues que les États-Unis pourraient maintenir leur législation pendant trois ans, en payant un montant de 3,3 millions de dollars US à un fonds destiné aux auteurs européens¹⁶². Ceci fut qualifié d'« arrangement temporaire mutuellement satisfaisant », ce qui est ambigu au regard de la distinction entre la solution mutuellement acceptable de l'article 3.7 MRD (qui n'est pas temporaire) et la compensation (qui l'est). Le fait que les États-Unis continuent de déposer chaque mois un rapport de situation confirme que le différend n'est toujours pas réglé¹⁶³. Quoi qu'il en soit, une telle pratique n'est pas expressément réglée par le Mémoire d'accord, mais elle est par nature bilatérale. L'Australie a critiqué la discrimination induite par cet accord¹⁶⁴, sans toutefois introduire une procédure à ce sujet, ce qui s'explique peut-être par la faiblesse de l'enjeu financier. Certains auteurs ont appuyé la thèse de l'Australie¹⁶⁵. D'autres répondent qu'il ne s'agit pas là d'une mesure commerciale et que la règle de la nation la plus favorisée ne s'y applique donc pas¹⁶⁶.

¹⁶¹ M.R. ISLAM, « Recent Trade Sanctions on the US to Induce Compliance with the WTO Ruling in the Foreign Sales Corporations Case: Its Policy Contradiction Revisited », *J.W.T.*, 2004, p. 485.

¹⁶² *États-Unis – Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur* – Notification d'un arrangement temporaire mutuellement satisfaisant, WT/DS160/23, 26 juin 2003 ; C. CARMODY, « Remedies and Conformity under the WTO Agreement », *J.I.E.L.*, 2002, p. 319. L'idée de sanctions monétaires, particulièrement dans le domaine des droits intellectuels, avait déjà été émise avant l'entrée en vigueur du MRD : P.J. KUYPER, « The Law of GATT as a Special Field of International Law: Ignorance, further refinement or self-contained system of international law », *Netherlands Yearbook Int. L.* XXV, 1994, p. 253.

¹⁶³ P. ex. *États-Unis – Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur* – Rapport de situation des États-Unis, WT/DS160/24/Add.87, 13 mars 2012.

¹⁶⁴ Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 18 janvier 2002, WT/DSB/M/117, 15 février 2002, n° 32, p. 7.

¹⁶⁵ A. TANCREDI, « EC Practice in the WTO: How Wide is the 'Scope for Manoeuvre'? », *Europ. Journ. Int. L.* 15(5), 2004, p. 956, qui classe cet accord entre les États-Unis et les Communautés européennes dans la catégorie « *contra legem* » ; B. O'CONNOR, « Remedies in the World Trade Organization Dispute Settlement System – The Bananas and Hormones Cases », *J.W.T.* 38(2), 2004, p. 260, pour qui cette technique

Plus tard, les États-Unis et le Brésil sont convenus du versement de sommes d'argent à un fonds destiné à soutenir l'assistance technique pour la culture du coton, comme élément d'un « Cadre » de discussions visant à aboutir à une solution amiable dans le différend du *Coton upland*¹⁶⁷.

§ 3. Caractère volontaire

53. Un arrangement entre les parties...

Par nature, les compensations sont accordées volontairement (art. 22.1 MRD)¹⁶⁸. Elles nécessitent l'accord des États en litige, le plaignant acceptant, en échange des compensations, de ne pas suspendre ses obligations malgré la non-conformité endéans le délai raisonnable.

Sauf les principes énoncés ci-dessus, le Mémoire d'accord ne donne pas d'indication sur le contenu ni sur le montant des compensations. La liberté des parties est totale à cet égard¹⁶⁹. Cette absence de critère prédéfini ne facilite pas la conclusion d'un accord, d'autant que le montant de la réduction des avantages subie par le plaignant n'est définitivement fixé qu'au

nécessiterait une modification des règles ; B. O'CONNOR et M. DJORDJEVIC, « Practical Aspects of Monetary Compensation – The *US – Copyright Case* », *J.I.E.L.* 8(1), 2005, spéc. p. 131-133. D. LUFF (*Le droit de l'Organisation mondiale du commerce – Analyse critique*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 945) est plus ambigu : il écrit que les compensations ne sont jamais monétaires, mais on ne comprend pas s'il considère que l'accord en question ne peut être qualifié de compensations, ou s'il s'agit d'une compensation contraire au Mémoire d'accord.

¹⁶⁶ M. BRONCKERS et N. VAN DEN BROEK, « Financial Compensation in the WTO – Improving the Remedies of WTO Dispute Settlement », *J.I.E.L.* 8(1), 2005, p. 119 ; S. SHADIKHODJAEV, *Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, p. 23-25. O.Z. TOURÉ défend aussi la licéité de cette forme de compensation, sans toutefois baser son opinion sur l'argument qu'il ne s'agirait pas d'une mesure commerciale (« La mise en œuvre des sanctions au sein de l'Organisation mondiale du commerce », *R.D.I.D.C.*, 2009, p. 219-220).

¹⁶⁷ « Cadre pour une solution mutuellement convenue du différend Coton à l'Organisation mondiale du commerce (WT/DS267) », annexé au document *États-Unis – Subventions concernant le coton upland – Communication conjointe présentée par le Brésil et les États-Unis*, WT/DS267/45, 31 août 2010 et *Memorandum of Understanding Between the Government of the United States of America and the Government of the Federative Republic of Brazil Regarding a Fund for Technical Assistance and Capacity Building with Respect to the Cotton Dispute in the World Trade Organization*, 20 avril 2010, <http://www.state.gov/documents/organization/143669.pdf> (3 avril 2012).

¹⁶⁸ C. MOCQUART, « Efficacité des sanctions et retraits de concession dans le système de règlement des différends de l'OMC », *R.D.A.I.*, 2003, p. 41 ; P.C. MAVROIDIS, « Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place », *E.J.I.L.*, 2000, p. 800 ; M.R. ISLAM, « Recent Trade Sanctions on the US to Induce Compliance with the WTO Ruling in the Foreign Sales Corporations Case: Its Policy Contradiction Revisited », *J.W.T.*, 2004, p. 482 ; O.Z. TOURÉ, « La mise en œuvre des sanctions au sein de l'Organisation mondiale du commerce », *R.D.I.D.C.*, 2009, p. 218.

¹⁶⁹ Comp. M.R. ISLAM, « Recent Trade Sanctions on the US to Induce Compliance with the WTO Ruling in the Foreign Sales Corporations Case: Its Policy Contradiction Revisited », *J.W.T.*, 2004, p. 485 et D. LUFF, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce – Analyse critique*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 945, qui indiquent que le montant des compensations devrait en principe équivaloir à (ou à tout le moins ne pas dépasser) celui de la réduction des avantages.

cours de l'arbitrage mené sur la base de l'article 22.6 MRD, c'est-à-dire quand l'octroi de compensations n'est plus à l'ordre du jour et qu'une suspension des obligations est demandée¹⁷⁰. La stratégie suivie par les États-Unis et les Communautés européennes dans le différend de la *Loi sur le droit d'auteur*¹⁷¹, qui consista à faire fixer le montant de la réduction des avantages, par arbitrage volontaire et rapide, avant de convenir de compensations, constitue une parade intéressante à cet obstacle. *De lege ferenda*, les Communautés européennes ont proposé de réformer le Mémorandum d'accord pour permettre de tenir l'arbitrage relatif au montant de la réduction des avantages avant la demande de suspension d'obligations¹⁷².

54. ... sans effet transactionnel

Le caractère volontaire ne permet pas d'attribuer à l'octroi de compensations la valeur d'une transaction. Les compensations offrent une marge de manœuvre à l'État qui ne peut ou ne veut pas se conformer aux décisions de l'ORD après la fin du délai raisonnable, mais elles ne l'affranchissent pas de son obligation de conformité¹⁷³. Même si elles satisfont le plaignant, elles ne mettent pas fin au litige. Il en va différemment en cas de plainte pour non-violation : dans cette hypothèse,

« nonobstant les dispositions du paragraphe 1 de l'article 22 [MRD], la compensation pourra faire partie de l'ajustement mutuellement satisfaisant qui réglera définitivement le différend » (art. 26.1, d) MRD).

Tout autre est la solution « mutuellement acceptable » visée à l'article 3.7 du Mémorandum d'accord. Il s'agit là de mettre fin au différend lui-même, et non simplement d'éviter des sanctions. Cela requiert une solution compatible avec les Accords, qui n'entrave pas leurs objectifs et n'en diminue pas les avantages (v. aussi art. 3.5 MRD). Lorsqu'une telle solution est dégagée à la suite d'une décision de l'ORD, qui, pour rappel, indique à l'État de mettre sa législation en conformité avec les Accords, cette solution doit inclure le respect de la recommandation de l'ORD, qui doit d'ailleurs être aussi conforme aux Accords (art. 3.2 et 3.4 MRD).

¹⁷⁰ C. MOCQUART, « Efficacité des sanctions et retraits de concession dans le système de règlement des différends de l'OMC », *R.D.A.I.*, 2003, p. 41.

¹⁷¹ *États-Unis – Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur (article 25:3)* ; B.P. MCGIVERN, « Seeking Compliance with WTO Rulings: Theory, Practice and Alternatives », *Int. Lawyer* 36(1), 2002, p. 157.

¹⁷² *Contribution des Communautés européennes et de leurs États membres à l'amélioration du Mémorandum d'accord de l'OMC sur le règlement des différends*, TN/DS/W/1, 13 mars 2002, p. 5 et s.

¹⁷³ Comp. avec la conception exposée *infra*, n° 220, qu'on trouve par exemple chez A.O. SYKES, « The Remedy for Breach of Obligations under the WTO Dispute Settlement Understanding: Damages or Specific Performance? », in M. BRONCKERS et R. QUICK (eds), *New Directions in International Economic Law – Essays in Honour of John H. Jackson*, La Haye, Kluwer, 2000, p. 347-357, pour qui un État peut choisir de ne pas se conformer à la décision de l'ORD, et de payer en échange des « dommages et intérêts ».

On ne peut assimiler simplement la conformité aux Accords et la compatibilité avec ceux-ci. Le second concept renferme assurément une exigence moindre, de manière similaire au terme « baser », lorsqu'il est opposé à « conformer » dans les Accords SPS et OTC¹⁷⁴. Dans le cadre des articles 3.5 et 3.7 MRD, cependant, il ne suffit pas qu'une solution respecte l'esprit ou les objectifs des Accords pour être compatibles avec eux ; il faut qu'elle évite toute violation des Accords, même mineure. Toutefois, il n'est pas requis que la solution soit une reproduction pure et simple des Accords ou de la décision de l'ORD. L'espace entre conformité et compatibilité permet de convenir d'une solution amiable au différend qui ne se résume pas à l'exécution de la recommandation¹⁷⁵.

55. Incidence de la possibilité de convenir de compensations sur la question de l'invocabilité des décisions de l'ORD devant la C.J.U.E.

Par une jurisprudence constante, la Cour de justice de l'Union européenne refuse que les règles de l'OMC (et auparavant celles du GATT) soient invoquées devant elle¹⁷⁶, sauf quelques exceptions appliquées de manière restrictive¹⁷⁷. La possibilité pour les États de convenir de compensations en cas de violation du droit de l'OMC constitue pour la Cour un argument majeur à l'appui de sa position.

Dans son premier arrêt à ce sujet, la Cour avait déjà avancé que le GATT est

« caractérisé par la grande souplesse de ses dispositions, notamment de celles qui concernent les possibilités de dérogation, les mesures pouvant être prises en présence de difficultés exceptionnelles et le règlement des différends entre les parties contractantes »¹⁷⁸

La Cour détaille davantage son argumentation dans son arrêt *Portugal c. Conseil*, cette fois-ci à propos du droit de l'OMC, dont les dispositions en matière de règlement des différends sont conçues de manière plus contraignante que celles du GATT. La Cour le concède en parlant d'un

¹⁷⁴ Sur la signification de ces deux termes, H. CULOT, « *Soft law* et droit de l'OMC », *R.I.D.E.*, 2005, p. 275-280.

¹⁷⁵ A. TANCREDI, « EC Practice in the WTO: How Wide is the 'Scope for Manoeuvre'? », *E.J.I.L.* 15(5), 2004, p. 947.

¹⁷⁶ Parmi les principaux arrêts : C.J.C.E., 12 décembre 1972, *International Fruit Company*, 21-24/72, *Rec.*, 1972, p. 1219 ; C.J.C.E., 5 octobre 1994, *R.F.A. c. Conseil (Bananes I)*, C-280/93, *Rec.*, 1994, p. I-4973 ; C.J.C.E., 23 novembre 1999, *Portugal c. Conseil*, C-149/96, *Rec.*, p. I-8395 ; C.J.C.E., 30 septembre 2003, *Biret International*, C-93/02, *Rec.*, 2003, p. I-10497 ; C.J.C.E., 30 septembre 2003, *Etablissements Biret et Cie*, C-94/02, *Rec.*, 2003, p. I-10565 ; C.J.C.E., 1^{er} mars 2005, *Van Parys*, C-377/02, *Rec.*, 2005, p. I-1465 ; C.J.C.E., 9 septembre 2008, *FIAMM et FIAMM Technologies e.a. c. Conseil e.a.*, C-120/06 et C-121/06, *Rec.*, 2008, p. I-6513.

¹⁷⁷ C.J.C.E., 22 juin 1989, *Fédération de l'industrie de l'huilerie de la CEE (Fediol)*, 70/87, *Rec.*, 1989, p. 1781 ; C.J.C.E., 7 mai 1991, *Nakajima All Precision Co. Ltd*, C-69/89, *Rec.*, 1991, p. I-2069.

¹⁷⁸ C.J.C.E., 12 décembre 1972, *International Fruit Company*, 21-24/72, *Rec.*, 1972, p. 1219, 21.

« renforcement », de même qu'elle admet que les compensations sont temporaires, qu'elles ne peuvent être maintenues que dans l'attente du retrait de la mesure contraire au droit de l'OMC et que la mise en conformité est la solution préférable aux termes de l'article 22.1 MRD¹⁷⁹. Mais il demeure que des compensations sont possibles et que la Cour doit dès lors laisser aux autorités politiques de la Communauté la marge de manœuvre nécessaire pour les négocier :

« Dans ces conditions, imposer aux organes juridictionnels l'obligation d'écarter l'application des règles de droit internes qui seraient incompatibles avec les accords OMC aurait pour conséquence de priver les organes législatifs ou exécutifs des parties contractantes de la possibilité, offerte par l'article 22 dudit mémorandum, de trouver, fût-ce à titre temporaire, des solutions négociées. »¹⁸⁰

L'invocabilité des règles de l'OMC doit donc, selon la Cour, être refusée.

Cette argumentation est reprise lorsqu'est invoquée devant la Cour, non pas la violation du droit de l'OMC, mais l'absence de mise en conformité de l'Union au terme du délai imparti par l'ORD.

« En effet, l'expiration de ce délai n'implique pas que la Communauté ait épuisé les possibilités prévues par le mémorandum d'accord pour trouver une solution au différend qui l'oppose à d'autres parties. Dans ces conditions, imposer au juge communautaire, du seul fait de l'expiration de ce délai, de contrôler la légalité des mesures communautaires concernées au regard des règles de l'OMC, pourrait avoir pour effet de fragiliser la position de la Communauté dans la recherche d'une solution mutuellement acceptable au différend et en conformité avec lesdites règles. »¹⁸¹

« [...] les considérations liées à la nature des accords OMC ainsi qu'à la réciprocité et à la flexibilité les caractérisant demeurent présentes une fois adoptées de telles décision ou recommandation [de l'ORD] et une fois écoulé le délai raisonnable imparti pour leur mise en œuvre. »¹⁸²

Ainsi la Cour, tout en reconnaissant le caractère temporaire des compensations et le fait que la mise en conformité doit leur être préférée, ce qui devrait conduire à n'envisager les compensations que de manière restrictive, tire argument de ce qu'elles sont prévues par le Mémorandum d'accord pour accentuer la « souplesse » des règles de l'OMC. Elle adopte d'ailleurs cette attitude indépendamment de la circonstance que, dans le cas qui lui est soumis, de telles compensations aient ou non été négociées ou convenues.

De nombreux autres arguments existent pour et contre l'invocabilité du droit de l'OMC. Il n'est pas possible de les traiter ici¹⁸³. Les développements qui précèdent ont seulement pour objet de

¹⁷⁹ C.J.C.E., 23 novembre 1999, *Portugal c. Conseil*, C-149/96, *Rec.*, p. I-8395, 36-39.

¹⁸⁰ C.J.C.E., 23 novembre 1999, *Portugal c. Conseil*, C-149/96, *Rec.*, p. I-8395, 40.

¹⁸¹ C.J.C.E., 1^{er} mars 2005, *Van Parys*, C-377/02, *Rec.*, 2005, p. I-1465, 51. Aussi C.J.C.E., 9 septembre 2008, *FIAMM et FIAMM Technologies e.a. c. Conseil e.a.*, C-120/06 et C-121/06, *Rec.*, 2008, p. I-6513, 117.

¹⁸² C.J.C.E., 9 septembre 2008, *FIAMM et FIAMM Technologies e.a. c. Conseil e.a.*, C-120/06 et C-121/06, *Rec.*, 2008, p. I-6513, 130.

¹⁸³ Pour de plus longs développements à ce sujet, H. CULOT, « *Soft law* et droit de l'OMC », *R.I.D.E.*, 2005, p. 258-269.

montrer comment la possibilité de convenir de compensations, prévue par le droit de l'OMC, peut influencer l'utilisation du droit de l'OMC devant les juridictions internes, ce qui n'est pas sans effet sur l'effectivité de ce droit.

56. Conclusion du chapitre I : la suspension d'obligations comme ultime remède

La suspension d'obligations apparaît donc comme l'ultime étape du règlement des différends. C'est le dernier remède, qui n'est mis en œuvre que si la décision de l'ORD et l'écoulement du délai raisonnable n'ont pas suffi pour obtenir du défendeur une mise en conformité ou, à tout le moins, une compensation acceptable.

Cette hiérarchie de l'exécution, déjà établie du temps du GATT¹⁸⁴, est clairement affirmée par l'article 3.7 du Mémoire d'accord : une solution négociée et compatible avec les Accords est « nettement préférable ». A défaut, l'État lésé pourra mettre en œuvre les procédures de règlement des différends, qui doivent aboutir au retrait des mesures incompatibles avec les Accords. Si un tel retrait est impossible, une compensation temporaire peut être accordée. Enfin, la suspension des concessions n'est possible qu'en « dernier recours »¹⁸⁵.

L'Organe d'appel le confirme :

« la suspension de concessions est une situation anormale car il s'agit du dernier recours disponible dans le cadre du Mémoire d'accord lorsque la mise en conformité n'est pas réalisée. Conformément à l'article 22:8, cette situation anormale doit être "temporaire" et le retour à la normale doit se faire le plus rapidement possible. »¹⁸⁶

Chapitre II *Procédure*

57. Introduction

Les sanctions sont soumises au respect de la procédure décrite à l'article 22 du Mémoire d'accord. L'ORD doit suspendre les obligations (section 1), après une éventuelle procédure arbitrale (section 2). Ainsi autorisé, le plaignant applique les sanctions par le biais d'une

¹⁸⁴ *Report of review working party IV on organizational and functional questions* (as approved by the CONTRACTING PARTIES on 28 February, 5 and 7 March 1955), L/327/Rev.1, 4 avril 1955, p. 19 ; K.W. DAM, *The GATT – Law and International Economic Organization*, Chicago, Londres, Chicago University Press, 1970, p. 368.

¹⁸⁵ Sur cette hiérarchie, v. P. GRANÉ, « Remedies under WTO Law », *J.I.E.L.*, 2001, p. 760 et s. ; S. CHARNOVITZ, « The WTO's Problematic "Last Resort" Against Noncompliance », *Aussenwirtschaft* 57(IV), 2002, p. 411-412 ; B.P. MCGIVERN, « Seeking Compliance with WTO Rulings: Theory, Practice and Alternatives », *Int. Lawyer* 36(1), 2002, p. 142 ; A. ROSAS, « Implementation and Enforcement of WTO Dispute Settlement Findings: An EU Perspective », *J.I.E.L.*, 2001, p.135 et s.

¹⁸⁶ *États-Unis – Maintien de la suspension (appel)*, 348.

modification de son droit interne (section 3). Enfin, l'ORD continue de surveiller la situation jusqu'à la parfaite conformité (section 4).

Section 1 Autorisation de l'ORD

58. Introduction

L'autorisation de sanctionner (§ 1) suppose une demande régulière (§ 2). La pratique révèle des difficultés au sujet des délais (§ 3) et des relations entre la procédure d'autorisation et celle concernant les litiges d'exécution (§ 4).

§ 1. Principe

59. Obligation d'obtenir une autorisation préalable de l'ORD

Aucun membre ne peut suspendre unilatéralement l'exécution de ses obligations. Il doit au préalable obtenir l'autorisation de l'ORD (art. 23 MRD)¹⁸⁷. Cette règle fait partie d'une interdiction plus générale de l'unilatéralisme, qui prohibe toute détermination unilatérale d'un défaut de conformité et, *a fortiori*, toute adoption unilatérale de sanctions (*infra*, n° 402).

En conséquence, le plaignant doit demander à l'ORD qu'il suspende ses obligations. Ce dernier statue, éventuellement après un arbitrage, selon la règle du consensus inversé. Sauf si l'arbitre décidait qu'il n'y a pas lieu à sanctions, la demande ne peut être rejetée contre le gré du plaignant. On peut douter de l'admissibilité d'une telle décision arbitrale. Il n'est toutefois pas impossible que l'arbitre décide – à tort ou à raison – que la violation d'une règle n'a réduit ni annulé aucun avantage du plaignant (*infra*, n°s 127 et s.)¹⁸⁸. En matière de subventions, où la marge de manœuvre de l'arbitre est plus grande, on pourrait concevoir que l'arbitre estime, dans un cas d'espèce, que l'imposition de contre-mesures n'est pas appropriée (*infra*, n°s 144 et s.), mais une telle situation ne s'est jamais présentée. Ainsi, la sanction, conçue comme une

¹⁸⁷ États-Unis – Certains produits en provenance des CE, 6.37 et s. ; C. MOCQUART, « Efficacité des sanctions et retraits de concession dans le système de règlement des différends de l'OMC », *R.D.A.I.*, 2003, p. 42 ; D. LUFF, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce – Analyse critique*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 967 et s. ; X. ZHANG, « Implementation of the WTO Agreements: Framework and Reform », *Northwestern Journ. Int. L. & Business* 23(2), 2003, p. 394.

¹⁸⁸ Une telle possibilité est évoquée par l'arbitre CE – Bananes III (États-Unis) (article 22:6 – CE), 4.13.

suspension des obligations du plaignant, est un droit de ce dernier si ses conditions sont remplies ; elle ne dépend pas d'un pouvoir d'appréciation de l'autorité qui la prononce¹⁸⁹.

Si l'arbitre estime que la demande initiale ne satisfait pas aux dispositions du Mémorandum d'accord – en particulier quant au choix des obligations suspendues et au niveau de la suspension – le plaignant doit, au terme de l'arbitrage, présenter une nouvelle demande de suspension, compatible avec la décision de l'arbitre¹⁹⁰.

Aucune règle particulière ne s'applique au cas où la demande de suspension présentée à l'ORD après l'arbitrage n'est, selon une partie, pas conforme à la décision des arbitres. Lorsque cette question s'est posée, le problème a été résolu à l'amiable¹⁹¹.

§ 2. Conditions de régularité de la demande

60. Qualité du demandeur

Seuls les plaignants à la procédure au fond peuvent demander la suspension de leurs obligations (art. 22.2 MRD), à l'exclusion des tierces parties et des États membres tiers à la procédure¹⁹².

Cette question de recevabilité est conceptuellement distincte de celle de l'existence d'une réduction des avantages du plaignant, qui relève du fond. Il n'est pas contestable que, pour avoir le droit de mettre en œuvre des sanctions, le plaignant doit voir ses avantages réduits¹⁹³. C'est seulement dans ce contexte que doit être discutée la présomption instituée par l'article 3.8 MRD et l'incidence que peut avoir la détermination, par le groupe spécial ou l'Organe d'appel, d'une réduction des avantages (*infra*, n^{os} 127 et s.).

¹⁸⁹ Sur la distinction entre sanctions facultatives et sanctions obligatoires, H. MORGENTHAU, « Théorie des sanctions internationales », *Revue de droit international et de législation comparée*, 1935, p. 485.

¹⁹⁰ CE – Bananes III (Équateur) (article 22:6 – CE), 33.

¹⁹¹ V. Th. SEBASTIAN, « The law of permissible WTO retaliation », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 97-98.

¹⁹² J. PAUWELYN, « Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules are Rules – Toward a More Collective Approach », *Amer. Journ. Int. Law* 94(2), 2000, p. 337 ; H. LESAFFRE, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 447 ; Th. SEBASTIAN, « The law of permissible WTO retaliation », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 91-92 ; P.-T. STOLL, « Article 22 DSU », in R. WOLFRUM, P.-T. STOLL et K. KAISER (eds), *WTO – Institutions and Dispute Settlement*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2006, p. 537.

¹⁹³ V. H. LESAFFRE, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 447.

61. Autorité compétente

La demande d'autorisation est adressée à l'ORD. Comme la demande d'établissement d'un groupe spécial, la demande d'autorisation de suspension doit permettre à l'État visé d'apprécier l'ampleur des sanctions et l'opportunité de les contester devant l'arbitre. En outre, elle

« définit le domaine de compétence de l'ORD pour ce qui est d'autoriser la suspension par la partie plaignante »¹⁹⁴.

En conséquence, même si le Mémoire d'accord ne le prévoit pas explicitement, les critères fixés à l'article 6.2 MRD pour la « spécificité » d'une demande d'établissement d'un groupe spécial doivent être pris en compte lors de la rédaction de la demande de suspension¹⁹⁵. Une augmentation, en cours d'arbitrage, de la réduction des avantages alléguée ou du niveau de la suspension demandée n'est pas recevable, puisque le défendeur n'a pas pu la contester dans sa demande d'arbitrage¹⁹⁶ et qu'elle ne fait pas partie du mandat des arbitres (*infra*, n° 82).

62. Indications contenues dans la demande

La demande adressée à l'ORD doit indiquer le niveau de la suspension envisagée ainsi que l'accord et le secteur dont relèvent les obligations dont la suspension est demandée¹⁹⁷.

Dans le différend relatif à la *Loi sur la compensation (Amendement Byrd)*, qui établit l'illicéité d'une redistribution du montant des droits antidumping et des droits compensateurs collectés aux entreprises ayant dénoncé le dumping ou la subvention, l'arbitre a accepté que la demande de suspension n'indique pas un montant précis, mais un mode de calcul basé sur l'ampleur de la violation par le défendeur (en l'espèce le montant des droits reversés). Une telle demande est recevable, car elle permet au défendeur de décider de contester le niveau de la suspension devant l'arbitre et de se défendre dans le cadre de cette procédure¹⁹⁸.

Dès lors que l'arbitre n'a pas compétence pour statuer sur la nature des sanctions, le plaignant ne doit pas nécessairement spécifier « précisément » quelles obligations il envisage de

¹⁹⁴ CE – Bananes III (Équateur) (article 22:6 – CE), 20. Dans le même sens, CE – Hormones (États-Unis) (article 22:6 – CE), 16.

¹⁹⁵ CE – Bananes III (Équateur) (article 22:6 – CE), 20.

¹⁹⁶ CE – Bananes III (Équateur) (article 22:6 – CE), 24.

¹⁹⁷ CE – Hormones (États-Unis) (article 22:6 – CE), 16 ; CE – Bananes III (Équateur) (article 22:6 – CE), 21 ; D. PALMETER et P.C. MAVROIDIS, *Dispute Settlement in the World Trade Organization – Practice and Procedure*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2004, p. 266 ; Th. SEBASTIAN, « The law of permissible WTO retaliation », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 94.

¹⁹⁸ Not. États-Unis – Loi de 2000 (Canada) (22:6 – États-Unis), 2.20-2.24.

suspendre¹⁹⁹. Il n'est pas requis non plus de détailler les mesures concrètes qui réaliseront la suspension des obligations²⁰⁰.

On perçoit cependant que les arbitres souhaiteraient une certaine précision, pour garantir la prévisibilité et la transparence des sanctions²⁰¹ :

« Naturellement, plus une demande de suspension est précise en ce qui concerne les produits visés, la nature et le degré de la suspension, etc., mieux c'est. Cette précision ne peut qu'être encouragée pour atteindre les objectifs du Mémorandum d'accord visant à "assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral" (article 3:2) et à chercher à obtenir rapidement une solution positive des différends (article 3:3 et 3:7). Elle serait également la bienvenue au regard de ce qui est dit à l'article 3:10, à savoir "tous les Membres engageront [les] procédures [du Mémorandum d'accord] de bonne foi dans un effort visant à régler [le] différend" »²⁰².

Dans le différend des *Jeux*, Antigua a refusé, sur la base de la jurisprudence précitée, d'indiquer quelles sanctions elle mettra en œuvre et s'est réservé la possibilité d'

« évaluer[...] les options qui s'offrent à elle » « une fois qu'[elle] sera autorisée à suspendre des concessions ou d'autres obligations et une fois que le niveau de l'autorisation sera fixé »²⁰³.

L'arbitre le déplore, mais se borne à en prendre acte :

« Il incombe à Antigua de s'assurer que, lorsqu'elle appliquera cette suspension, celle-ci ne dépasse pas ce niveau. Antigua a refusé d'expliquer comment elle se proposait d'appliquer cette suspension et comment elle ferait en sorte que le niveau de la suspension proposée ne soit pas supérieur au niveau qui serait autorisé par l'ORD. Nous regrettons qu'Antigua n'ait pas jugé utile de fournir de telles explications. »²⁰⁴

Le contrôle du respect du principe d'équivalence présuppose cependant que l'arbitre dispose des renseignements permettant d'apprécier l'incidence commerciale de la violation et celle de la sanction en projet (*infra*, n° 135).

¹⁹⁹ *États-Unis – Loi de 1916 (CE) (22:6 – États-Unis)*, 3.10 ; S. SHADIKHODJAEV, *Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, p. 81.

²⁰⁰ *CE – Hormones (Canada) (article 22:6 – CE)*, 19 ; *États-Unis – Loi de 2000 (Canada) (22:6 – États-Unis)*, 2.25-2.32.

²⁰¹ *États-Unis – Loi de 1916 (CE) (22:6 – États-Unis)*, 3.15 ; *États-Unis – Loi de 2000 (Canada) (22:6 – États-Unis)*, 2.33.

²⁰² *CE – Hormones (États-Unis) (article 22:6 – CE)*, 16, n. 16. V. aussi *CE – Bananes III (États-Unis) (article 22:6 – CE)*, 21, n. 9 ; *États-Unis – Loi de 1916 (CE) (22:6 – États-Unis)*, 3.15. Sur la bonne foi qu'exige l'article 3.10 MRD, M. PANIZZON, *Good Faith in the Jurisprudence of the WTO*, Oxford, Hart, 2006, p. 286 et s.

²⁰³ *États-Unis – Jeux (article 22:6 – États-Unis)*, 5.5.

²⁰⁴ *États-Unis – Jeux (article 22:6 – États-Unis)*, 5.8.

De même, l'existence d'une obligation de joindre une liste des produits visés par les sanctions a été discutée²⁰⁵. À ce sujet, il faut distinguer la demande faite avant la tenue d'un arbitrage et celle, éventuellement rectifiée, présentée à l'ORD après le prononcé de la sentence.

63. Liste de produits visés à fournir avant l'arbitrage

Le Mémoire d'accord n'impose pas explicitement d'établir des listes de biens visés par des sanctions en projet avant l'arbitrage. La doctrine et la jurisprudence majoritaires en déduisent que l'établissement de listes n'est pas obligatoire²⁰⁶. La pratique des États est fixée en ce sens²⁰⁷.

Appelé à statuer sur le cas d'une liste trop large, mais provisoire, l'arbitre de l'affaire *Hormones* a toutefois estimé que l'examen de l'équivalence nécessitait qu'il puisse vérifier la « valeur commerciale annuelle [pour] chacun de ces produits une fois assujettis au droit additionnel proposé ». Le plaignant pourrait donc proposer une liste large et choisir postérieurement d'imposer les sanctions sur certains (et non tous les) produits de la liste, dans la limite fixée par l'arbitre. Par contre, il ne pourrait lever un droit additionnel sur des marchandises absentes de la liste, dont l'arbitre n'aurait pas pu vérifier la valeur commerciale²⁰⁸. Cette décision, qui découle d'une saine conception de la mission arbitrale, implique en réalité l'obligation d'annexer une liste de produits à la première demande de suspension, avec l'indication du montant des échanges pour chacun d'entre eux, du moins lorsque les sanctions prennent la forme d'un obstacle direct au commerce des marchandises.

Ainsi, l'établissement d'une liste de produits visés avant l'arbitrage aurait au moins trois avantages. Premièrement, elle permettrait au défendeur de contester la sanction en projet utilement et avant toute mise en œuvre ; il ne devrait pas attendre que la sanction appliquée dépasse (éventuellement) le montant fixé par l'arbitre pour introduire une nouvelle demande de règlement du différend. En deuxième lieu, l'arbitre pourrait réellement exercer sa mission de

²⁰⁵ V. D. PALMETER et P.C. MAVROIDIS, *Dispute Settlement in the World Trade Organization – Practice and Procedure*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2004, p. 266-268.

²⁰⁶ *États-Unis – Loi de 2000 (Canada) (22:6 – États-Unis)*, 2.14-2.24 et, *a fortiori*, la jurisprudence citée *supra*, n° 62 ; Th. SEBASTIAN, « The law of permissible WTO retaliation », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 94 ; S. SHADIKHODJAEV, *Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, p. 81. *Contra* : N.H. YENKONG, « World Trade Organization Dispute Settlement Retaliatory Regime at the Tenth Anniversary of the Organization: Reshaping the “Last Resort” Against Non-compliance », *J.W.T.* 40(2), 2006, p. 369-371.

²⁰⁷ Th. SEBASTIAN, « The law of permissible WTO retaliation », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 95.

²⁰⁸ *CE – Hormones (Canada) (article 22:6 – CE)*, 21. Dans le même sens, O.Z. TOURÉ, « La mise en œuvre des sanctions au sein de l'Organisation mondiale du commerce », *R.D.I.D.C.*, 2009, p. 222, qui remarque que ceci permet en fait « l'exercice d'un certain 'carrousel' » (v. aussi *infra*, n° 117-118).

contrôle de l'équivalence. Troisièmement, l'annonce précoce des produits visés pourrait mobiliser les exportateurs établis sur le territoire du défendeur en vue d'obtenir un retrait de la mesure en cause, ce qui éviterait la mise en œuvre des sanctions²⁰⁹.

Ce dernier motif pose cependant la question de savoir si la publication d'une liste de produits visés ne tombe pas, dans certaines circonstances, sous l'interdiction de l'unilatéralisme (art. 23 MRD), en ce qu'elle constituerait une menace posée (par hypothèse) avant l'autorisation de l'ORD, en vue d'obtenir le respect des Accords²¹⁰. C'est ce qu'a soutenu la Corée, tierce-partie dans l'affaire *États-Unis – Article 301, Loi sur le commerce extérieur*, après avoir expliqué comment une telle publication est contraire aux articles I et XIII du GATT en ce qu'elle

« entraîne manifestement des conséquences pour le rapport concurrentiel entre les produits ciblés et les produits analogues provenant de tous les autres pays »²¹¹.

Le Japon a présenté un argument similaire²¹². Le groupe spécial n'a pas tranché cette question, mais deux considérations s'imposent à son sujet. D'une part, la publication d'une liste de produits visés avant l'arbitrage ne peut pas rationnellement être à la fois souhaitable, voire requise, et interdite. D'autre part, ce n'est que dans des circonstances particulières que la seule publication d'une liste de biens sur lesquels on envisage de faire porter des sanctions (sans mesure de mise en œuvre) pourrait contrevenir à l'article 23 MRD. Si cet article est fondamental pour le règlement des différends, il ne faut toutefois pas céder à la tentation de lui donner une interprétation trop absolue (*infra*, n° 402).

64. Liste de produits visés à fournir après l'arbitrage

Dans l'affaire *Bananes III*, la discussion a porté sur l'obligation de joindre une liste à la seconde demande de suspension, formulée après l'arbitrage. Les États-Unis, qui avaient transmis une liste de biens à la presse, entendaient obtenir l'autorisation de suspendre des concessions pour un montant équivalent à celui déterminé par l'arbitre, sans autre précision. Les Communautés européennes estimaient que la liste devait être annexée à la requête, de sorte que l'autorisation de l'ORD se rapporte tant au montant qu'à la liste des biens visés. En effet,

²⁰⁹ S. SHADIKHODJAEV, *Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, p. 82.

²¹⁰ Sur cet argument, S. SHADIKHODJAEV, *Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, p. 38-40.

²¹¹ Groupe spécial, *États-Unis – Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur*, WT/DS152/R, 22 décembre 1999, 5.305.

²¹² Groupe spécial, *États-Unis – Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur*, WT/DS152/R, 22 décembre 1999, 5.274.

« If that list were to be modified, or if certain items were to be replaced, this would substantially affect the amount of the retaliation that had been authorized. This would also create uncertainty, which would mean that the overall effect of the measures would be greater than the authorized amount. »²¹³

Au terme de la discussion et à la suite d'une intervention du président, un consensus semble s'être formé autour de l'idée que les membres se satisferaient de la distribution de la liste à toutes les délégations²¹⁴. Quelques semaines plus tard, le Canada sera autorisé à suspendre des concessions sans avoir encore fixé une liste définitive, ce que les Communautés européennes « regrettent ». Mais le Canada s'était engagé à la réunion de l'ORD à distribuer une liste définitive quelques jours plus tard²¹⁵. L'Australie, tierce à la procédure, s'est inquiétée de l'utilisation de ce procédé : certes, l'ORD ne peut s'immiscer dans la nature des obligations suspendues, mais

« there could be no confidence in a system that authorized the suspension of concessions in the abstract »²¹⁶.

Dans une décision postérieure, l'arbitre considère que, conformément à la pratique, le plaignant

« devrait communiquer à l'ORD une liste indiquant les produits pour lesquels il a l'intention de mettre en œuvre la suspension une fois qu'elle aura été autorisée »²¹⁷.

Ce vocabulaire semble indiquer l'existence d'une *opinio iuris* en ce sens, réaffirmée dans l'affaire de la *Loi sur la compensation (Amendement Byrd)*, où l'arbitre

« enjoin[t] également le Canada, s'il présente à l'ORD une demande révisée d'autorisation de suspendre des concessions ou d'autres obligations en l'espèce, et lorsqu'il le fera, de fournir une demande plus détaillée pour garantir plus de transparence et de prévisibilité dans ses suspensions

²¹³ Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 19 avril 1999, WT/DSB/M/59, 3 juin 1999, p. 3.

²¹⁴ Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 19 avril 1999, WT/DSB/M/59, 3 juin 1999, p. 11.

²¹⁵ Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 26 juillet 1999, WT/DSB/M/65, 15 septembre 1999, p. 18.

²¹⁶ Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 26 juillet 1999, WT/DSB/M/65, 15 septembre 1999, p. 19.

²¹⁷ *CE – Bananes III (Équateur) (article 22:6 – CE)*, 173. Pour un exemple de cette pratique, v. *Canada – Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers*, Recours de la Nouvelle-Zélande à l'article 22:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS113/17, 19 février 2001. Cette liste est rédigée de manière particulièrement large (deux chiffres du SH) et est qualifiée d'« indicative » par la Nouvelle-Zélande. V. encore *Canada – Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers*, Recours des États-Unis à l'article 22:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS103/17, 19 février 2001 ; *Canada – Crédits à l'exportation et garanties de prêts accordés pour les aéronefs régionaux*, Recours du Brésil à l'article 4.10 de l'accord sur les subventions et les mesures compensatoires et à l'article 22:2 du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, WT/DS222/7, 24 mai 2002 ; *Japon – Mesures visant l'importation de pommes*, Recours des États-Unis à l'article 22:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS245/12, 20 juillet 2004.

(et ainsi réduire la possibilité que le présent différend se poursuive par le recours au mécanisme de règlement des différends par les États-Unis) [note omise] »²¹⁸.

En pratique, ceci n'empêche pas les États de rédiger une liste trop large, même lors de cette seconde étape, en se réservant le droit de sélectionner certaines marchandises lors de la rédaction de la règle interne²¹⁹. Cette pratique soulève des objections de la part de l'Union européenne, mais non des États-Unis²²⁰.

§ 3. Délais

65. Délai pour le dépôt de la demande de suspension

Une lecture rigoriste de l'article 22.2 MRD pourrait laisser penser que la demande de suspension d'obligations ne peut être introduite que si aucune compensation n'a été convenue dans les vingt jours suivant celui où expire le délai raisonnable de mise en conformité :

« Si aucune compensation satisfaisante n'a été convenue dans les 20 jours suivant la date à laquelle le délai raisonnable sera venu à expiration, toute partie ayant invoqué les procédures de règlement des différends pourra demander à l'ORD l'autorisation de suspendre... »

Dans la pratique, la demande de suspension est souvent introduite moins de vingt jours après l'expiration du délai raisonnable²²¹. La tentative de fonder cette pratique sur une version habilement abrégée de l'article 22.2 MRD est peu convaincante :

« L'article 22:2 du Mémoire d'accord prévoit que, dans les 20 jours suivant la date à laquelle le "délai raisonnable" est venu à expiration, une partie ayant eu gain de cause peut demander à l'ORD l'autorisation de suspendre... »²²².

²¹⁸ *États-Unis – Loi de 2000 (Canada) (22:6 – États-Unis)*, 2.33. Aussi *ibid.*, 5.3.

²¹⁹ Pour un exemple, v. *Japon – Mesures visant l'importation de pommes*, Recours des États-Unis à l'article 22:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS245/12, 20 juillet 2004. V. aussi *infra*, n^{os} 117-118.

²²⁰ V. Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 18 mars 2003, WT/DSB/M/145, 7 mai 2003, n^{os} 48 et s., p. 11 et s.

²²¹ *CE – Bananes III (États-Unis) (article 22:6 – CE)* ; *CE – Hormones (États-Unis) (article 22:6 – CE)* ; *CE – Hormones (Canada) (article 22:6 – CE)* ; *États-Unis – FSC (article 22:6 – États-Unis)* ; *États-Unis – Loi de 1916 (CE) (22:6 – États-Unis)*.

²²² *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, Recours des États-Unis à l'article 22:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS27/43, 14 janvier 1999. Il ne semble pas que ce point ait été contesté lors des réunions que l'ORD consacra à cette demande de suspension. Les États étaient tout occupés à débattre de la question de chronologie. En outre, ces réunions se tinrent plus de vingt jours après l'expiration du délai raisonnable. Il était donc clair, à cette date, qu'aucune compensation n'avait pu être convenue (Procès-verbal de la réunion de l'ORD des 25, 28, 29 janvier et 1^{er} février 1999, WT/DSB/M/54, 20 avril 1999, p. 1-35).

Si la demande peut être présentée avant l'écoulement du délai, l'ORD ne peut accorder l'autorisation qu'au terme des vingt jours²²³.

Certains déduisent des articles 22.2 et 22.6 MRD que la demande de suspension doit être introduite dans le délai de trente jours que l'article 22.6 MRD accorde à l'ORD pour rendre sa décision²²⁴. Ce serait étonnant car, si le plaignant déposait sa demande le dernier jour du délai, l'ORD n'aurait pas le temps de se réunir et de statuer dans le temps qui lui est imparti. S'il fallait vraiment déduire de l'article 22.6 MRD un délai pour l'introduction de la demande, il faudrait nécessairement que ce délai expire avant le 30^e jour suivant l'expiration du délai raisonnable. Cette interprétation ne correspond pas à l'objet des textes et n'est pas conforme à leur lettre : en réalité, l'article 22.6 MRD est une disposition en faveur du plaignant, mais ne lui impose pas de délai pour demander l'autorisation de suspendre ses obligations (*infra*, n° 66).

66. Application du consensus inversé même après le délai de trente jours

L'ORD accorde l'autorisation de suspension, ou la rejette par consensus, dans un délai de trente jours à dater de l'expiration du délai raisonnable (art. 22.6 MRD)²²⁵.

Estimant que cet article pourrait être interprété comme interdisant à l'ORD d'autoriser une suspension des concessions au-delà du délai de trente jours – à tout le moins de l'autoriser par un consensus inversé²²⁶ –, le Canada avait formulé, dans l'affaire *Australie – Saumon*²²⁷, une demande de suspension dans ce délai, ce qui paraissait un peu précocement au regard de l'avancement du litige et des discussions. La demande avait manifestement une visée conservatoire. Cette interprétation aurait pour conséquence que la demande de suspension doit impérativement être formulée dans les vingt jours de l'expiration du délai raisonnable, pour tenir compte du délai d'établissement de l'ordre du jour de l'ORD. Plusieurs États ont indiqué

²²³ *Australie – Mesures visant les importations de saumons*, Recours du Canada à l'article 22:2 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, WT/DS18/12, 15 juillet 1999. Comp. B.P. MCGIVERN, « Seeking Compliance with WTO Rulings: Theory, Practice and Alternatives », *Int. Lawyer* 36(1), 2002, p. 149 : « while the text is not completely clear on this point, if the complaining party chooses not to seek compensation, it then waits until twenty days after the expiration of the compliance period before seeking to retaliate ».

²²⁴ Th. SEBASTIAN, « The law of permissible WTO retaliation », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 94.

²²⁵ C. MOCQUART, « Efficacité des sanctions et retraits de concession dans le système de règlement des différends de l'OMC », *R.D.A.I.*, 2003, p. 42.

²²⁶ Telle était aussi la position des États-Unis dans le différend *Bananes III* (C.M. VALLES et B.P. MCGIVERN, « The Right to Retaliate under the WTO Agreement – The “Sequencing” Problem », *J.W.T.* 34(2), 2000, p. 73).

²²⁷ *Australie – Mesures visant les importations de saumons*, Recours du Canada à l'article 22:2 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, WT/DS18/12, 15 juillet 1999.

nettement qu'ils rejetaient cette interprétation, alors qu'aucune voix ne s'est élevée pour la défendre²²⁸.

L'incertitude provient en réalité d'une imprécision du texte anglais de l'article 22.6 MRD, qui se lit comme suit :

« the DSB, upon request, shall grant authorization to suspend concessions or other obligations within 30 days of the expiry of the reasonable period of time unless the DSB decides by consensus to reject the request ».

Cette formulation n'indique pas clairement l'antécédent du mot « unless ». L'ORD accorde-t-il l'autorisation, sauf s'il rejette la demande par consensus, ou bien la règle du consensus inversé ne vaut-elle que pendant le délai de trente jours ?

La seconde interprétation s'intégrerait mal dans l'architecture du Mémoire d'accord, qui n'a pas pour fonction d'imposer des délais au plaignant. La première, plus logique, est renforcée par la version française, dans laquelle une virgule confirme que le « à moins que » se rapporte au verbe « accordera » et non au délai de trente jours. Dans le cas contraire, la virgule aurait été placée après « obligations » et non après « raisonnable » :

« l'ORD accordera, sur demande, l'autorisation de suspendre des concessions ou d'autres obligations dans un délai de 30 jours à compter de l'expiration du délai raisonnable, à moins qu'il ne décide par consensus de rejeter la demande. »

L'écoulement de plusieurs mois entre la fin du délai raisonnable et la demande d'autorisation de suspensions dans le différend *Bananes III (Équateur)*²²⁹ ne semble pas avoir suscité d'objection. Une incertitude persiste néanmoins, et elle est souvent clarifiée bilatéralement dans le cadre d'un arrangement relatif à la chronologie : soit le défendeur renonce expressément à invoquer le dépassement de ce délai²³⁰, soit la demande de suspension est introduite à l'expiration du délai

²²⁸ V. les discussions relatées dans le Procès-verbal de la réunion de l'ORD des 27 et 28 juillet 1999, WT/DSB/M/66, 23 septembre 1999, p. 4 et s. Sur cette affaire, C.M. VALLES et B.P. MCGIVERN, « The Right to Retaliate under the WTO Agreement – The “Sequencing” Problem », *J.W.T.* 34(2), 2000, p. 78 et s.

²²⁹ *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, Recours de l'Équateur à l'article 22:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS27/52, 9 novembre 1999.

²³⁰ *Argentine – Mesures visant l'exportation de peaux de bovins et l'importation de cuirs finis*, Accord entre les Communautés européennes et l'Argentine concernant les procédures au titre des articles 21 et 22 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS/155/12, 26 février 2002, p. 2. Pour une formulation un peu différente, sous la forme d'une prolongation du délai, v. l'accord des parties retranscrit dans le document *Brésil – Programme de financement des exportations pour les aéronefs*, Recours du Canada à l'article 4.10 de l'Accord SMC et à l'article 22:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS46/16, 11 mai 2000.

de mise en conformité, son montant est immédiatement contesté, et l'arbitrage est suspendu jusqu'au terme de la procédure menée sur la base de l'article 21.5 MRD²³¹ (*infra*, n^{os} 69 et s.).

En conclusion, le délai de trente jours est prévu dans l'intérêt du plaignant, qui conserve le droit de demander une autorisation de suspension après son expiration ou d'accepter le report de la décision de l'ORD.

67. Délai applicable à la procédure arbitrale

Le défendeur peut toutefois contester le niveau de la suspension ou, dans une certaine mesure, le choix des obligations suspendues (*infra*, n^{os} 80 et s.). Dans ce cas, la contestation est tranchée au cours d'un arbitrage avant que l'ORD n'autorise la suspension des obligations. L'arbitre doit en principe rendre sa décision dans un délai de soixante jours à dater de l'expiration du délai raisonnable (art. 22.6 MRD)²³². Cette règle impose à l'arbitre de faire diligence pour respecter le délai, mais elle n'invalide pas ses travaux en cas de dépassement²³³. Le délai de soixante jours doit donc être considéré comme indicatif²³⁴. Il permet de motiver le refus d'une suspension de la procédure d'arbitrage demandée par une partie²³⁵, mais l'arbitre peut préférer le dépasser si cela lui permet de rendre une décision plus claire, pour « éviter des désaccords futurs entre les parties »²³⁶. Le dépassement du délai a été critiqué dans le cas d'un arbitre ayant pris plus de six mois pour statuer²³⁷.

Les parties peuvent demander conjointement à l'arbitre de suspendre la procédure, par exemple dans l'attente d'une décision sur la conformité²³⁸ ou de l'aboutissement de négociations²³⁹, ou

²³¹ *États-Unis – FSC (article 22:6 – États-Unis)*, 1.3 et s. et *Japon – Mesures visant l'importation de pommes*, Procédures confirmées entre le Japon et les États-Unis au titre des articles 21 et 22 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS245/10, 2 juillet 2004. *Adde*, sur le différend *Japon – Mesures visant l'importation de pommes*, Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 30 juillet 2004, WT/DSB/M/174, 1^{er} septembre 2004, n^{os} 9 et s., p. 3.

²³² Les Communautés européennes souhaitent qu'une disposition spécifique indique le point de départ du délai lorsqu'il n'y a pas de période de mise en conformité (*Contribution des Communautés européennes et de leurs États membres à l'amélioration du Mémoire d'accord de l'OMC sur le règlement des différends*, TN/DS/W/1, 13 mars 2002, p. 9).

²³³ *CE – Bananes III (États-Unis) (article 22:6 – CE)*, 2.12 et n. 7.

²³⁴ *États-Unis – Certains produits en provenance des CE*, 6.135.

²³⁵ *CE – Bananes III (États-Unis) (article 22:6 – CE)*, 2.9.

²³⁶ *CE – Bananes III (États-Unis) (article 22:6 – CE)*, 2.12.

²³⁷ Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 27 septembre 2004, WT/DSB/M/176, 19 octobre 2004, n° 24, p. 7.

²³⁸ Par exemple *États-Unis – FSC (article 22:6 – États-Unis)*, 1.3 ou *Canada – Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers*, Mémoire d'accord entre le Canada et les États-Unis concernant des procédures au titre des articles 21 et 22 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS103/14, 5 janvier 2001. V. les exemples cités au n° 77.

comme une manière de prolonger le délai raisonnable de mise en conformité lorsqu'une solution paraît imminente²⁴⁰. D'une manière générale, les délais du règlement des différends sont supplétifs de l'accord des parties²⁴¹.

Dans la pratique, ces divers motifs empêchent le plus souvent de respecter le délai de soixante jours. L'affaire *Hormones* constitue la seule exception à cet égard.

68. Délai pour une seconde demande d'autorisation

S'il résulte de la sentence que la demande de suspension originelle n'était pas conforme aux dispositions du Mémoire d'accord, le plaignant peut présenter à l'ORD une nouvelle demande d'autorisation, compatible avec la décision de l'arbitre (art. 22.7 MRD). Aucun délai minimal ni maximal n'est à respecter entre la sentence et cette nouvelle demande²⁴².

§ 4. Incidence de l'existence d'une contestation relative à la conformité

1. Le problème de la chronologie

69. Introduction

Outre la fixation du délai raisonnable de mise en conformité (art. 21.3 MRD), deux contestations distinctes, mais indissociables, peuvent naître dans la phase d'exécution d'un différend²⁴³ : un litige concernant l'exécution (n° 70) et un autre au sujet du niveau des sanctions (n° 71).

70. Procédure de contestation de la mise en conformité

Les parties peuvent d'abord être en désaccord sur la conformité des mesures prises par le défendeur avec la décision de l'ORD. Il s'agit ici d'une question d'exécution au sens strict, c'est-à-dire de déterminer si la partie condamnée a exécuté correctement la décision de l'ORD²⁴⁴.

²³⁹ V. par exemple dans le différend de la *Loi sur le droit d'auteur*, Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 8 mars 2002, WT/DSB/M/121, 3 avril 2002, n° 3, p. 2 ou dans le différend *Canada – Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers*, Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 17 janvier 2003, WT/DSB/M/141, 14 février 2003, n° 11, p. 4.

²⁴⁰ Par exemple dans le différend de la *Loi antidumping de 1916, États-Unis – Loi de 1916 (CE)* (22:6 – États-Unis), 1.4 ; Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 8 mars 2002, WT/DSB/M/121, 3 avril 2002, n° 9, p. 3 et États-Unis – *Loi antidumping de 1916*, Recours des États-Unis à l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, Communication de l'arbitre, WT/DS162/21, 4 mai 2002.

²⁴¹ D. PALMETER et P.C. MAVROIDIS, *Dispute Settlement in the World Trade Organization – Practice and Procedure*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2004, p. 286.

²⁴² V. par exemple l'attitude des CE dans le différend des *Sociétés de vente à l'étranger* (Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 7 mai 2003, WT/DSB/M/149, 8 juillet 2003, n° 10, p. 3).

²⁴³ X. ZHANG, « Implementation of the WTO Agreements: Framework and Reform », *Northwestern Journ. Int. L. & Business* 23(2), 2003, p. 415 ; C. FUDALI, « A Critical Analysis of the WTO Dispute Settlement Mechanism: Its Contemporary Functionality and Prospects », *Netherlands Int. L. R.*, 2002, p. 75.

Cette contestation est soumise à la procédure de règlement des différends (art. 21.5 MRD). Autant que possible, le groupe spécial se compose des membres du groupe spécial initial. Par exception à la règle générale, un délai réduit à 90 jours est laissé au groupe spécial pour rendre son rapport. Quoiqu'un temps la question ait été incertaine²⁴⁵, un recours est possible auprès de l'Organe d'appel²⁴⁶. Cette procédure peut aboutir à trois types de constatations : soit le défendeur s'est parfaitement conformé à la décision de l'ORD, soit la violation des Accords se poursuit comme précédemment, soit la mesure prise par le défendeur n'est pas conforme aux Accords, mais la violation n'est pas identique à celle constatée pour la mesure contestée initialement (mise en conformité partielle ou violation d'une autre disposition des Accords par la mesure destinée à réaliser la mise en conformité).

71. Contestation du montant des sanctions

Parallèlement à cette procédure, le plaignant peut demander la suspension d'obligations, pour un montant équivalent à celui de la réduction des avantages. S'il le demande, il a le droit d'obtenir cette suspension dans les trente jours de l'expiration du délai de mise en conformité.

Si le défendeur conteste le choix et le niveau des obligations à suspendre, ce litige est soumis à l'arbitrage en vertu de l'article 22.6 du Mémoire d'accord. La sentence doit en principe être prononcée dans les 60 jours de l'expiration du délai raisonnable (*infra*, n°^{os} 80 et s.). La suspension des obligations est accordée par consensus inversé après la communication de la sentence à l'ORD.

72. Lien entre ces deux procédures

La question de l'exécution et celle des sanctions sont liées. Si, contrairement à ce qu'allègue le plaignant, le défendeur s'est parfaitement mis en conformité, aucune suspension ne se

²⁴⁴ Sur cette procédure, en général, J.E. KEARNS et S. CHARNOVITZ, « Adjudicating Compliance in the WTO: A Review of DSU Article 21.5 », *J.I.E.L.*, 2002, p. 331-352 ; H. RUIZ FABRI, « Le contentieux de l'exécution dans le règlement des différends de l'OMC », *J.D.I.*, 2000, p. 620-632.

²⁴⁵ *CE – Bananes III (États-Unis) (article 22:6 – CE)*, 9.1 ; Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 22 mai 2000, WT/DSB/M/81, 26 juin 2000, n° 5, p. 2, n° 8, p. 3 et n° 21, p. 7.

²⁴⁶ Not. Organe d'appel, *Canada – Mesures visant l'exportation des aéronefs civils*, Recours du Brésil à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS70/AB/RW, 21 juillet 2000, Organe d'appel, *Brésil – Programme de financement des exportations pour les aéronefs*, Recours du Canada à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS46/AB/RW, 21 juillet 2000 et Organe d'appel, *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, Recours de la Malaisie à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS58/AB/RW, 22 octobre 2001 : la question ne semble avoir fait l'objet d'un débat dans aucune des trois affaires. D. LUFF, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce – Analyse critique*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 941 et les références citées ; P.C. MAVROIDIS, « Remedies in the WTO Legal System : Between a Rock and a Hard Place », *E.J.I.L.*, 2000, p. 794 ; H. RUIZ FABRI, « La juridictionnalisation du règlement des litiges économiques entre États », *Rev. arb.*, 2003, p. 934.

justifie²⁴⁷, ce qui découle *a fortiori* de la règle imposant que les sanctions (lorsqu'elles ont été autorisées) cessent dès la mise en conformité (*infra*, n° 162). Si, au contraire, la procédure relative à la mise en conformité conduit à la constatation qu'une violation subsiste, une éventuelle mise en conformité partielle ou imparfaite peut néanmoins influencer la valeur commerciale des obligations dont la suspension est autorisée²⁴⁸.

Or, le Mémoire d'accord ne contient aucune indication explicite au sujet des relations entre ses articles 21.5 et 22.6 MRD. Pire, une application stricte des délais implique qu'il est techniquement possible d'autoriser des sanctions avant que le groupe spécial ait rendu son rapport sur la mise en conformité (et *a fortiori* avant l'éventuelle décision de l'Organe d'appel sur cette question). Avec le consensus inversé, l'application de ces règles et de ces délais est en réalité totalement soumise à la liberté du plaignant, à qui – du moins selon une simple lecture des dispositions applicables – l'on ne peut refuser l'autorisation de pratiquer des sanctions. De là vient le problème de chronologie²⁴⁹ : les deux procédures sont-elles indépendantes (ce que semble indiquer le texte) ou faut-il vider la contestation relative à la conformité avant de passer aux sanctions (ce que requiert le principe de multilatéralisme)²⁵⁰ ?

2. Jurisprudence

73. Le premier cas : l'affaire *Bananes III*

Le problème de chronologie surgit pour la première fois dans le différend *Bananes III*. Ce litige présente quelques particularités procédurales et concentre de lourds enjeux politiques et juridiques, ce qui n'a pas facilité sa solution. En effet, sous le GATT déjà, le commerce international de la banane avait fait l'objet de différends, sans que le conflit puisse être résolu. Il réapparaît devant l'OMC comme un des premiers différends majeurs entre les États-Unis et les Communautés européennes à trancher selon la procédure du Mémoire d'accord. Il sert

²⁴⁷ V. D. LUFF, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce – Analyse critique*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 958.

²⁴⁸ *Infra*, n° 131 et les références citées à la n. 665. D. LUFF, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce – Analyse critique*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 959.

²⁴⁹ L'appellation anglaise « sequencing », plus habituelle, est traduite ainsi par le CONSEIL CONSULTATIF (*L'avenir de l'OMC – Relever les défis institutionnels du nouveau millénaire*, Genève, OMC, 2004, p. 64).

²⁵⁰ Sur cette question, v. notamment les exposés généraux de H. LESAFFRE, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 433-437 ; D. LUFF, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce – Analyse critique*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 958-967 ; P.C. MAVROIDIS, « Proposals for Reform of Article 22 of the DSU: Reconsidering the "Sequencing" Issue and Suspension of concessions », in F. ORTINO et E.-U. PETERSMANN (eds), *The WTO Dispute Settlement System 1995-2003*, La Haye, Londres, New York, Kluwer Law International, 2004, p. 61-68 ; D. PALMETER et P.C. MAVROIDIS, *Dispute Settlement in the World Trade Organization – Practice and Procedure*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2004, p. 278-289.

donc en quelque sorte de test de l'efficacité du nouveau mécanisme de règlement des différends, tout en suscitant des questions procédurales, dont celle de la chronologie, à propos desquelles chaque État impliqué tient à obtenir une décision de principe.

Au terme du délai raisonnable, les États-Unis, plaignants, n'ont pas demandé l'établissement d'un groupe spécial sur la conformité, mais seulement (et immédiatement) une suspension d'obligations. Les Communautés européennes, défenderesses, prétendaient qu'elles s'étaient mises en conformité et ont demandé qu'un groupe spécial établi sur la base de l'article 21.5 MRD le constate²⁵¹. Dans la foulée, elles contestaient le montant de la suspension demandée par les États-Unis, de sorte que le litige devait être tranché par un arbitre. L'Équateur, quant à lui, prétendait que le nouveau régime européen d'importation des bananes n'était pas conforme aux Accords, mais désirait qu'un groupe spécial le constate²⁵².

Finalement, on nomma les mêmes personnes dans les trois organes juridictionnels (deux groupes spéciaux de la mise en conformité et un arbitre), avec l'espoir qu'ils puissent « trouver un moyen logique de procéder »²⁵³. Cet arrangement n'a pu être trouvé qu'après moult incidents et suspensions de séance, d'interminables discussions et une intervention personnelle du directeur général²⁵⁴. Les Communautés européennes ont estimé qu'un tel compromis devait rester exceptionnel²⁵⁵.

Les organes juridictionnels rendirent une sentence et deux rapports, datés du même jour²⁵⁶ ; comme leurs auteurs sont identiques, ces décisions ne se contredisent évidemment pas²⁵⁷. Dans

²⁵¹ Groupe spécial, *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, Recours des Communautés européennes à l'article 21:5, WT/DS27/RW/EEC, 12 avril 1999.

²⁵² Groupe spécial, *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, Recours de l'Équateur à l'article 21:5, WT/DS27/RW/ECU, 12 avril 1999.

²⁵³ Déclaration du président de l'ORD reproduite in *CE – Bananes III (États-Unis) (article 22:6 – CE)*, 4.9. V. aussi *ibid.*, 9.1 et S. SHADIKHODJAEV, *Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, p. 156.

²⁵⁴ Pour un aperçu de la discussion et des arguments, v. not. Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 25 novembre 1998, WT/DSB/M/51, 22 janvier 1999, p. 3-5 ; Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 15 décembre 1998, WT/DSB/M/51/Add.1, 26 février 1999, p. 1-10 ; Procès-verbal de la réunion de l'ORD des 25, 28, 29 janvier et 1^{er} février 1999, WT/DSB/M/54, 20 avril 1999, p. 2-35.

²⁵⁵ Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 19 avril 1999, WT/DSB/M/59, 3 juin 1999, p. 3.

²⁵⁶ Les rapports et la sentence ont été remis aux parties le même jour, soit le 6 avril 1999 (Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 19 avril 1999, WT/DSB/M/59, 3 juin 1999, p. 1). Les rapports ont cependant été distribués aux membres trois jours plus tard (D. LUFF, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce – Analyse critique*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 956, 960-961), ce qui s'expliquerait par les besoins de la traduction (P.C. MAVROIDIS, « Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place », *E.J.I.L.*, 2000, p. 796 ; P.C. MAVROIDIS, « Proposals for Reform of Article 22 of the DSU: Reconsidering the "Sequencing" Issue and Suspension of Concessions », in F. ORTINO et E.-U. PETERSMANN

sa décision, l'arbitre ne se réfère pas au rapport du groupe spécial en cause de l'Équateur, qui n'a pas encore été distribué aux parties ni aux membres et qui, *a fortiori*, n'a pas été adopté par l'ORD. L'arbitre estime plutôt qu'il lui est impossible de déterminer le montant de la suspension admissible avant d'avoir décidé de la conformité des nouvelles règles européennes d'importation des bananes²⁵⁸. Selon son interprétation des dispositions du Mémorandum d'accord, l'arbitre est compétent pour mener cet examen. On voit ainsi l'arbitre désigné sur la base de l'article 22.6 MRD s'engager dans la tâche que l'article 21.5 du même texte confie précisément à un groupe spécial. S'agissant d'un arbitrage, aucun appel n'est possible contre cette décision.

74. Décision du groupe spécial *États-Unis – Certains produits en provenance des CE*

Cette manière de régler la chronologie est également retenue par le groupe spécial désigné dans le différend *États-Unis – Certains produits en provenance des CE*. Cette affaire fait suite au différend des bananes, les Communautés reprochant aux États-Unis d'avoir suspendu l'exécution de leurs obligations avant d'y avoir été autorisés par l'ORD. Les États-Unis avaient en effet estimé que les sanctions pouvaient être imposées dès la date théorique du prononcé de la sentence, soixante jours après la fin du délai raisonnable.

Le groupe spécial décide non seulement que la suspension ne peut intervenir qu'après la décision de l'ORD, mais aussi que celui-ci ne peut accorder l'autorisation avant que la non-conformité ne soit officiellement constatée. Ainsi, précise le groupe spécial, si aucune décision de l'ORD n'est intervenue sur la mise en conformité, l'arbitre nommé sur la base de l'article 22.6 MRD est compétent pour statuer à ce sujet²⁵⁹.

L'Organe d'appel a infirmé cette partie du rapport. En effet, il était incontesté que la mesure en cause, présentée par les États-Unis comme une suspension d'obligations, avait été prise avant l'autorisation de l'ORD, ce qui suffisait à la rendre illicite. Il était donc sans intérêt de déterminer si les Communautés européennes s'étaient, ou non, mises en conformité. Cette détermination aurait été utile pour se prononcer sur une autre mesure de suspension d'obligations prise par les États-Unis, cette fois après la décision de l'ORD, mais le groupe spécial avait estimé que

(eds), *The WTO Dispute Settlement System 1995-2003*, La Haye, Kluwer Law International, 2004, p. 63, n. 7).

²⁵⁷ V. Groupe spécial, *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, Recours des Communautés européennes à l'article 21:5, WT/DS27/RW/EEC, 12 avril 1999, 4.15.

²⁵⁸ *CE – Bananes III (États-Unis) (article 22:6 – CE)*, 4.3 et s.

²⁵⁹ *États-Unis – Certains produits en provenance des CE*, 6.121. D. LUFF, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce – Analyse critique*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 962.

l'examen de cette seconde mesure ne faisait pas partie de son mandat²⁶⁰. Ainsi, l'Organe d'appel évite de se prononcer sur la question de chronologie en tant que telle, précisant explicitement qu'il revient aux États membres de régler cette question par une décision politique²⁶¹.

3. Appréciation et solutions

75. Opinion générale : la constatation de la non-conformité précède la sanction

D'une manière générale, la plupart des États rejoignent la doctrine pour souhaiter une décision interprétative ou un amendement des règles du Mémoire d'accord qui apporterait une réponse claire et définitive à la question²⁶². Les organes juridictionnels, quant à eux, ne semblent pas disposés à endosser la responsabilité d'une décision de principe à ce sujet²⁶³. Des propositions ont été avancées sans qu'un consensus ait pu être dégagé à ce jour. Une solution serait de « codifier » la pratique des États (*infra*, n° 77), selon laquelle la procédure relative à la mise en conformité est menée jusqu'à son terme, avant de diligenter l'arbitrage et d'autoriser les sanctions²⁶⁴. On pourrait aussi supprimer le second degré de juridiction pour la procédure relative à la mise en conformité²⁶⁵ et interdire de demander une autorisation de suspension avant la fin de cette procédure²⁶⁶.

²⁶⁰ États-Unis – Certains produits en provenance des CE (*appel*), 83-90.

²⁶¹ États-Unis – Certains produits en provenance des CE (*appel*), 91-92. V. aussi S. SHADIKHODJAEV, *Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, p. 157.

²⁶² V. les discussions précédant l'adoption des rapports par l'ORD : Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 10 janvier 2001, WT/DSB/M/96, 22 février 2001, p. 5-12 et par exemple : M. HILF, « Das Streitbeilegungssystem der WTO », in M. HILF et S. OETER (Hrsg), *WTO-Recht – Rechtsordnung des Welthandels*, Baden-Baden, Nomos, 2005, p. 532.

²⁶³ Groupe spécial, *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, Recours des Communautés européennes à l'article 21:5, WT/DS27/RW/EEC, 12 avril 1999, 4.16-4.17 et États-Unis – Certains produits en provenance des CE (*appel*), 91-92. V. aussi l'approche prudente de l'arbitre États-Unis – Coton upland (*article 22:6 – États-Unis II*), 3.14-3.18.

²⁶⁴ Parmi de nombreux documents en ce sens échangés dans le cadre des négociations du cycle de Doha : *Contribution des Communautés européennes et de leurs États membres à l'amélioration du Mémoire d'accord de l'OMC sur le règlement des différends*, TN/DS/W/1, 13 mars 2002, p. 5 ; *Négociations sur les améliorations et les clarifications à apporter au Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, TN/DS/W/8, 8 juillet 2002, p. 7. V. aussi les propositions annexées au document *Session extraordinaire de l'Organe de règlement des différends*, Rapport du Président, M. l'Ambassadeur Péter Balás, au Comité des négociations commerciales, TN/DS/9, 6 juin 2003 et, pour un état plus récent des discussions, *Session extraordinaire de l'Organe de règlement des différends*, Rapport du Président, M. l'Ambassadeur Ronald Saborío Soto, au Comité des négociations commerciales, TN/DS/25, 21 avril 2011. En doctrine : L. BOISSON DE CHAZOURNES, « L'arbitrage à l'OMC », *Rev. arb.*, 2003, p. 985-986.

²⁶⁵ *Contra* : *Contribution des Communautés européennes et de leurs États membres à l'amélioration du Mémoire d'accord de l'OMC sur le règlement des différends*, TN/DS/W/1, 13 mars 2002, p. 5.

²⁶⁶ V. la retranscription du rapport oral de M. Suzuki devant l'ORD (Procès-verbal de la réunion de l'ORD des 27 octobre et 3 novembre 1999, WT/DSB/M/70, 15 décembre 1999, p. 15).

La plupart des intervenants s'accordent à refuser que les sanctions prennent cours alors qu'une contestation relative à la conformité est pendante²⁶⁷. Une solution qui l'autoriserait porterait atteinte à l'interdiction de l'unilatéralisme, consacrée notamment par l'article 23 du Mémorandum d'accord, qui implique qu'un État ne peut déterminer l'existence d'une violation des Accords sans recourir aux procédures prévues à cet effet. Elle impliquerait aussi une présomption que le défendeur contrevient aux Accords, ce qui ne cadre pas avec les principes de l'OMC ni avec ceux du droit international²⁶⁸. Les négociateurs de l'*Uruguay Round* n'ont pas aperçu le problème de la chronologie, mais au vu de leur préoccupation constante pour le multilatéralisme, on peut penser qu'ils l'auraient réglé en n'autorisant les sanctions qu'au terme de la procédure de mise en conformité²⁶⁹.

76. Insuffisances de la solution jurisprudentielle

La solution esquissée par un arbitre et un groupe spécial dans l'affaire *Bananes III* – mais qui n'a jamais été consacrée par l'Organe d'appel – n'est fondamentalement pas satisfaisante.

En effet, les procédures des articles 21.5 et 22.6 MRD ne sont pas interchangeables²⁷⁰. Outre la question de la désignation du juge (*infra*, n° 89), dont l'incidence pratique est négligeable, plusieurs éléments les distinguent. La charge de la preuve repose sur des parties différentes : le plaignant doit démontrer la non-conformité, alors que le défendeur doit prouver que la suspension proposée n'est pas conforme aux Accords²⁷¹. Cette question de preuve n'est pas dirimante. Rien n'empêche, en effet, de soumettre à des règles de preuve opposées des questions différentes débattues au sein d'une même procédure. Les délais de procédure ne sont pas identiques. Le rapport du groupe spécial doit être approuvé par l'ORD, même si le consensus inversé rend cette adoption automatique, si bien qu'en pratique, on n'est pas loin du caractère obligatoire attaché au rapport lui-même, comme c'est le cas pour la sentence de l'arbitre.

²⁶⁷ *Contra* : 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. 399, pour qui les procédures introduites sur la base de l'article 21.5 MRD n'empêchent pas la suspension des obligations, jusqu'à ce qu'une décision définitive déclare la mise en conformité.

²⁶⁸ Sur ces arguments, v. la jurisprudence relative à la fin de la suspension (*infra*, n°s 161 et s.), dont on a fait remarquer à juste titre qu'elle peut aussi avoir un impact sur la manière d'envisager la chronologie (H. RUIZ FABRI et P. MONNIER, « Organisation mondiale du commerce. Chronique du règlement des différends 2008-2009 », *J.D.I.*, 2009, p. 928).

²⁶⁹ V. A.L. STOLER, « The WTO dispute settlement process: did the negotiators get what they wanted? », *W.T.R.* 3(1), 2004, p. 116.

²⁷⁰ P.C. MAVROIDIS, « Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place », *E.J.I.L.*, 2000, p. 798.

²⁷¹ D. LUFF, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce – Analyse critique*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 963 et s.

Surtout, le rapport du groupe spécial est susceptible de recours, à l'inverse de la sentence²⁷², même si les Membres discutent d'une possible extension de l'appel aux décisions des arbitres des sanctions²⁷³.

77. Solutions pragmatiques

Dans l'attente, les solutions pragmatiques sont de mise.

En une occasion, l'arbitre a adapté le calendrier de ses travaux pour qu'il lui soit possible, si nécessaire, de tenir compte des conclusions de l'Organe d'appel saisi d'un différend de la mise en conformité²⁷⁴.

Le plus souvent, ces questions de procédure peuvent être résolues par un accord bilatéral²⁷⁵. La pratique est devenue suffisamment courante pour que le jargon adopte l'expression d'« accords de chronologie »²⁷⁶. Généralement, cet accord intègre également une solution à la question du délai de la demande d'autorisation (*supra*, n° 66)²⁷⁷ ou écarte *a priori* d'autres obstacles procéduraux²⁷⁸.

²⁷² D. LUFF, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce – Analyse critique*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 964-965 ; P.C. MAVROIDIS, « Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place », *E.J.I.L.*, 2000, p. 798 ; P.C. MAVROIDIS, « Proposals for Reform of Article 22 of the DSU: Reconsidering the “Sequencing” Issue and Suspension of Concessions », in F. ORTINO et E.-U. PETERSMANN (eds), *The WTO Dispute Settlement System 1995-2003*, La Haye, Kluwer Law International, 2004, p. 64.

²⁷³ *Session extraordinaire de l'Organe de règlement des différends*, Rapport du Président, M. l'Ambassadeur Ronald Saborío Soto, au Comité des négociations commerciales, TN/DS/25, 21 avril 2011, not. p. B-7, B-9.

²⁷⁴ *Brésil – Aéronefs (article 22:6 – Brésil)*, 2.2.

²⁷⁵ V. par exemple *Argentine – Mesures visant l'exportation de peaux de bovins et l'importation de cuirs finis*, Accord entre les Communautés européennes et l'Argentine concernant les procédures au titre des articles 21 et 22 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS155/12, 26 février 2002. Sur ces accords, H. LESAFFRE, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 436-437.

²⁷⁶ *CE – Bananes III (article 21:5 – États-Unis) (appel)*, 203.

²⁷⁷ Par exemple, *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, Mémoire d'accord entre la Malaisie et les États-Unis au sujet d'éventuelles procédures au titre des articles 21 et 22 du Mémoire d'accord, WT/DS58/16, 12 janvier 2000.

²⁷⁸ S.A. RHODES, « The Article 21.5/22 Problem: Clarification Through Bilateral Agreements », *J.I.E.L.*, 2000, p. 557 et s. Par exemple *Canada – Mesures visant l'exportation des aéronefs civils*, Recours du Brésil à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS70/9, 23 novembre 1999, p. 3 et s. ; *Australie – Subventions accordées aux producteurs et exportateurs de cuir pour automobiles*, Recours par les États-Unis à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS126/8, 4 octobre 1999.

Les accords de chronologie ont pour la plupart un contenu similaire, même si l'on constate la présence de quelques variantes²⁷⁹. Ils prévoient que le plaignant demande l'établissement d'un groupe spécial relatif à la conformité et l'autorisation de suspendre des obligations. Le défendeur conteste le niveau des sanctions, renvoyant ainsi la question à un arbitrage. À la première occasion, les parties demandent conjointement à l'arbitre de suspendre ses travaux jusqu'à l'adoption par l'ORD du ou des rapport(s) relatif(s) à la mise en conformité. La procédure d'arbitrage reprend, le cas échéant, dès cette adoption. Et comme la suspension d'obligations a été demandée dans le délai prévu à l'article 22.6 MRD, il n'est pas douteux qu'elle peut être accordée par consensus inversé à l'issue de l'arbitrage, quelle que soit la durée de celui-ci.

Une autre voie consiste à s'accorder pour ne demander l'autorisation de sanctions qu'à l'issue de la procédure sur la conformité, le défendeur renonçant à invoquer tout argument tiré du dépassement des délais fixés à l'article 22 MRD²⁸⁰. Ce type d'accord peut inclure une

²⁷⁹ V. par exemple l'arrangement particulièrement complet et détaillé dans le différend *Canada – Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers*, Mémoire d'accord entre le Canada et les États-Unis concernant des procédures au titre des articles 21 et 22 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS103/14, 5 janvier 2001 et Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 1^{er} mars 2001, WT/DSB/M/100, 11 avril 2001, n^{os} 22 et s., p. 5 et s. Un accord similaire a été convenu dans une affaire parallèle impliquant le Canada et la Nouvelle-Zélande (*Canada – Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers*, Mémoire d'accord entre le Canada et la Nouvelle-Zélande concernant des procédures au titre des articles 21 et 22 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS113/14, 5 janvier 2001). Ces deux accords ont été complétés plus tard, pour tenir compte des développements de la procédure (Mémoire d'accord additionnel entre le Canada et les États-Unis concernant des procédures au titre des articles 21 et 22 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS103/24, 2 janvier 2002 et Mémoire d'accord additionnel entre le Canada et la Nouvelle-Zélande concernant des procédures au titre des articles 21 et 22 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS113/24, 2 janvier 2002). Ce type d'accord a été utilisé dans d'autres procédures : v. en premier lieu Groupe spécial, *Australie – Mesures visant les importations de saumons*, Recours du Canada à l'article 21:5, WT/DS18/RW, 18 février 2000, 1.3 ; *Japon – Mesures visant l'importation de pommes*, Procédures confirmées entre le Japon et les États-Unis au titre des articles 21 et 22 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS245/10, 2 juillet 2004 ; *États-Unis – Détermination finale en matière de droits compensateurs concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada*, Mémoire d'accord entre le Canada et les États-Unis concernant des procédures au titre des articles 21 et 22 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS257/18, 18 janvier 2005. Sur les différentes solutions conventionnelles au problème de chronologie, S. SHADIKHODJAEV, *Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, p. 157-158.

²⁸⁰ *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, Mémoire d'accord entre la Malaisie et les États-Unis au sujet d'éventuelles procédures au titre des articles 21 et 22 du Mémoire d'accord, WT/DS58/16, 12 janvier 2000 ; *Canada – Mesures visant l'exportation des aéronefs civils*, Recours du Brésil à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS70/9, 23 novembre 1999, p. 3 et s. ; *Australie – Subventions accordées aux producteurs et exportateurs de cuir pour automobiles*, Recours par les États-Unis à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS126/8, 4 octobre 1999.

renonciation au droit d'appel contre le rapport du groupe spécial²⁸¹ ou, au contraire, confirmer ce droit²⁸². Il peut aussi comprendre un aménagement conventionnel des délais conformément à la note de bas de page 6 de l'article 4 SMC²⁸³.

Au-delà de leurs particularités, ces solutions aboutissent toutes à faire précéder la détermination du montant des sanctions par l'analyse de la mise en conformité²⁸⁴.

Mais ces accords ne résolvent pas tous les problèmes. Dans le différend *Brésil – Aéronefs*, l'arbitrage a débuté alors qu'était toujours pendant l'appel du rapport du groupe spécial relatif à la conformité. L'arbitre a adopté un calendrier de procédure qui permettait d'attendre la communication du rapport de l'Organe d'appel et donnait l'occasion aux parties d'exposer à l'arbitre leurs arguments concernant ce rapport²⁸⁵. Dans l'affaire *États-Unis – Coton upland*, la subvention litigieuse était accordée par les États-Unis en vertu d'une loi de 2002, applicable pendant la période 2002-2007. Le groupe spécial et l'Organe d'appel, statuant au fond et, ensuite, sur la mise en conformité, ont déterminé que cette subvention donnait lieu à une action. Devant l'arbitre des sanctions, en 2008, les États-Unis ont cependant allégué que la subvention en question n'existait plus, dès lors que la loi de 2002 n'était plus en vigueur. Cette loi avait entretemps été remplacée par une autre, accordant une subvention en substance identique pour la période 2008-2012. Face à cette situation, l'arbitre a reconnu qu'il lui appartenait de tenir compte d'une éventuelle modification ou abrogation de la mesure en cause entre la décision de l'ORD sur la mise en conformité et le moment où il statue²⁸⁶, même s'il estime que son rôle n'est *a priori* pas de revenir sur les questions de mise en conformité, qui ont

²⁸¹ *Australie – Subventions accordées aux producteurs et exportateurs de cuir pour automobiles*, Recours par les États-Unis à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS126/8, 4 octobre 1999.

²⁸² *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, Mémoire d'accord entre la Malaisie et les États-Unis au sujet d'éventuelles procédures au titre des articles 21 et 22 du Mémoire d'accord, WT/DS58/16, 12 janvier 2000. S.A. RHODES, « The Article 21.5/22 Problem: Clarification Through Bilateral Agreements », *J.I.E.L.*, 2000, p. 557.

²⁸³ Par exemple *Australie – Subventions accordées aux producteurs et exportateurs de cuir pour automobiles*, Recours par les États-Unis à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS126/8, 4 octobre 1999 ; *Brésil – Programme de financement des exportations pour les aéronefs* – Recours du Canada à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS46/13, 26 novembre 1999 et *Canada – Mesures visant l'exportation des aéronefs civils* – Recours du Brésil à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS70/9, 23 novembre 1999.

²⁸⁴ O. BLIN, « Les sanctions dans l'Organisation mondiale du commerce », *J.D.I.*, 2008, p. 459.

²⁸⁵ *V. Brésil – Aéronefs (article 22:6 – Brésil)*, 2.1 et s. Adde : Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 22 mai 2000, WT/DSB/M/81, 26 juin 2000, p. 1-10. L. BOISSON DE CHAZOURNES, « L'arbitrage à l'OMC », *Rev. arb.*, 2003, p. 974-975.

²⁸⁶ *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II)*, 3.15.

déjà été tranchées²⁸⁷. Il n'empêche que, pour répondre à l'allégation des États-Unis, l'arbitre est bien obligé d'examiner le contenu de la loi de 2008 et de décider si, dans les circonstances de l'espèce, la subvention litigieuse a, ou non, été retirée, ce qui est bien une question de conformité²⁸⁸. Par prudence sans doute, il présente son raisonnement comme surabondant²⁸⁹, mais il faut reconnaître qu'en substance, il décide que les États-Unis ne se sont pas mis en conformité avec leurs obligations.

D'une certaine manière, cette compétence des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel pour examiner une contestation au regard de dispositions non expressément reprises dans leur mandat, à titre de question préalable pour trancher le litige dont ils sont saisis, avait déjà été affirmée dans l'affaire du *Maintien de la suspension*²⁹⁰. La décision de l'arbitre *Bananes III* avait aussi statué en ce sens, s'agissant cette fois de la compétence de l'arbitre des sanctions (*supra*, n° 73)²⁹¹. Celle-ci avait, de même, été admise par le groupe spécial du différend *Certains produits en provenance des CE*²⁹², mais l'Organe d'appel avait invalidé ses déclarations sur ce point (*supra*, n° 74)²⁹³.

78. Interprétation des Accords conforme à la solution pragmatique

Certains auteurs ont élaboré une interprétation des Accords compatible avec une chronologie cohérente. Ainsi, l'article 21.5 MRD s'appliquerait lorsqu'une mesure de mise en conformité a été prise, mais que sa compatibilité avec les Accords est contestée. L'article 22.6 MRD viserait la situation où aucune nouvelle mesure n'est intervenue ou celle où une mesure de mise en conformité a été prise et multilatéralement déclarée illicite (selon la procédure de l'article 21.5 MRD). La chronologie correcte se trouverait donc déjà dans les textes²⁹⁴. L'effort est louable, mais une telle interprétation requiert davantage de créativité que l'Organe d'appel n'autorise pour cette question particulière.

²⁸⁷ *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II)*, 3.17.

²⁸⁸ D.J. TOWNSEND et S. CHARNOVITZ, « Preventing Opportunistic Uncompliance by WTO Members », *J.I.E.L.* 14(2), 2011, p. 449.

²⁸⁹ *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II)*, 3.18-3.30.

²⁹⁰ *États-Unis – Maintien de la suspension*, 7.360-7.379, citant, au 7.376, *CE – Bananes III (États-Unis) (article 22:6 – CE)*, 4.10 ; *États-Unis – Maintien de la suspension (appel)*, 282, 324, 332.

²⁹¹ *CE – Bananes III (États-Unis) (article 22:6 – CE)*, 4.3 et s.

²⁹² *États-Unis – Certains produits en provenance des CE*, 6.121-6.126.

²⁹³ *États-Unis – Certains produits en provenance des CE (appel)*, 83-90.

²⁹⁴ P.C. MAVROIDIS, « Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place », *E.J.I.L.*, 2000, p. 797.

Section 2 Arbitrage

79. Introduction

Si la demande de suspension est contestée, la tenue d'un arbitrage constitue un préalable à toute décision de l'ORD (§ 1). Le Mémoire d'accord règle le choix de l'arbitre (§ 2) et ses pouvoirs (§ 3). Le litige entre les parties (§ 4) est résolu par application de règles de procédure (§ 5) et de preuve (§ 6).

§ 1. Nécessité d'une sentence préalable à la suspension d'obligations

80. En cas de contestation, l'arbitre doit statuer avant la décision de l'ORD

Les contestations portant sur le niveau des sanctions ou sur le choix des obligations suspendues sont soumises à un arbitre. L'ORD n'accorde son autorisation de suspendre des obligations qu'après le prononcé de la sentence²⁹⁵, et en conformité avec son dispositif. À ce jour, aucune sanction n'a été autorisée sans que le défendeur conteste le niveau de suspension proposé par le plaignant et qu'en conséquence, ce litige soit soumis à l'arbitrage.

L'autorisation de l'ORD n'a pas d'effet rétroactif : aucune obligation ne peut être suspendue pendant l'arbitrage (art. 22.6 MRD). Lorsque l'arbitre a rendu sa décision, le plaignant présente à l'ORD une nouvelle demande de suspension, dont les termes sont compatibles avec la sentence (art. 22.7 MRD)²⁹⁶.

§ 2. Choix de l'arbitre

81. Désignation de l'arbitre

L'arbitrage peut être confié à une personne unique ou à un collège. Les membres du groupe spécial initial sont choisis par préférence, s'ils sont disponibles (art. 22.6 MRD)²⁹⁷. À défaut, le Directeur général désigne un autre arbitre. Le recours aux membres du groupe spécial est généralisé dans la pratique²⁹⁸. Telle était aussi la volonté des parties dans le différend de la *Loi*

²⁹⁵ D. LUFF, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce – Analyse critique*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 955.

²⁹⁶ D. PALMETER et P.C. MAVROIDIS, *Dispute Settlement in the World Trade Organization – Practice and Procedure*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2004, p. 271.

²⁹⁷ D. LUFF, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce – Analyse critique*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 955.

²⁹⁸ *CE – Hormones (États-Unis) (article 22:6 – CE)*, 2 ; *CE – Bananes III (États-Unis) (article 22:6 – CE)*, 1.1 ; *CE – Bananes III (Équateur) (article 22:6 – CE)*, 10 ; *Brésil – Aéronefs (article 22:6 – Brésil)*, 1.3 ; *CE – Hormones (Canada) (article 22:6 – CE)*, 2 ; *États-Unis – FSC (article 22:6 – États-Unis)*, 1.7 ; *Canada –*

sur le droit d'auteur, même en l'absence d'une disposition du Mémorandum d'accord – il s'agissait d'un arbitrage basé sur l'article 25 MRD. Il fallut remplacer deux des membres du groupe spécial, indisponibles, et le troisième assura la présidence du collège arbitral²⁹⁹.

§ 3. Pouvoirs de l'arbitre

82. Pouvoir de juridiction de l'arbitre

Les pouvoirs de l'arbitre sont limitativement définis à l'article 22.7 du Mémorandum d'accord³⁰⁰. Il ne s'agit pas, en principe, à cet ultime stade de la procédure, de trancher à nouveau les questions précédemment litigieuses³⁰¹.

D'abord, l'arbitre détermine l'équivalence entre le niveau de la suspension demandée et celui des avantages annulés ou réduits ou, dans le cas d'une subvention prohibée, le caractère « approprié » de la suspension envisagée (*infra*, n^{os} 144 et s.). Il vérifie aussi l'existence d'une autorisation de suspendre des obligations dans l'Accord visé, ou plutôt l'absence d'une interdiction³⁰², ce qui est généralement assez simple. Enfin, il contrôle le respect par le plaignant des critères de choix des obligations suspendues, fixés à l'article 22.3 du Mémorandum d'accord (*infra*, n^{os} 103 et s.).

Au-delà des dispositions du Mémorandum d'accord et par application du principe dispositif, le mandat de l'arbitre est limité par la demande d'arbitrage, présentée par l'État qui conteste le niveau de la suspension proposée³⁰³, et par la demande de suspension³⁰⁴, à laquelle réagit la

Crédits et garanties pour les aéronefs (article 22:6 – Canada), 1.7 ; les huit différends relatifs à l'amendement Byrd (p. ex. États-Unis – Loi de 2000 (CE) (article 22:6 – États-Unis), p. 2) ; États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis I), 1.16 ; États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II), 1.16 ; États-Unis – Jeux (article 22:6 – États-Unis), 1.7 (où furent nommés les membres du groupe spécial de la conformité). Un membre du groupe spécial initial fut remplacé dans le tribunal arbitral du différend États-Unis – Loi de 1916 (CE) (22:6 – États-Unis), 1.3 (comp. avec Groupe spécial, États-Unis – Loi antidumping de 1916, WT/DS136/R, 31 mars 2000, 1.5 et v. États-Unis – Loi antidumping de 1916, Recours des Communautés européennes à l'article 22:6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends – Constitution de l'arbitre – Note du Secrétariat, WT/DS136/17, 19 février 2002).

²⁹⁹ Comp. Groupe spécial, *États-Unis – Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur*, WT/DS160/R, 15 juin 2000, 1.5 et *États-Unis – Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur (article 25:3)*, n^{os} 1.3 et 1.4.

³⁰⁰ Sur les pouvoirs de l'arbitre, v. D. PALMETER et P.C. MAVROIDIS, *Dispute Settlement in the World Trade Organization – Practice and Procedure*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2004, p. 269-270.

³⁰¹ Sur les problèmes particuliers en lien avec la question de la chronologie, et les pouvoirs que les arbitres se sont reconnus dans ce cadre, *supra*, n^{os} 73 et 77.

³⁰² D. LUFF, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce – Analyse critique*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 956.

³⁰³ *CE – Bananes III (Équateur) (article 22:6 – CE)*, 20. V. aussi L. BOISSON DE CHAZOURNES, « L'arbitrage à l'OMC », *Rev. arb.*, 2003, p. 955 (à propos de l'économie jurisprudentielle).

³⁰⁴ V. *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis I)*, 3.51 et s.

demande d'arbitrage. Ainsi, le plaignant ne pourrait, en cours d'arbitrage, augmenter le niveau de sa demande de suspension ni, même en laissant sa demande inchangée, prétendre que la réduction des avantages est plus importante que le montant indiqué dans la demande de suspension présentée à l'ORD. Ces éléments

« n'ont pas été [adressés] à l'ORD et ne peuvent donc pas faire partie de la question soumise à arbitrage par l'ORD »³⁰⁵.

Toutefois, un arbitre a admis que le plaignant change de position quant à l'impossibilité et à l'inefficacité de suspendre des obligations au titre du même Accord³⁰⁶.

83. Marge de manœuvre et liberté d'appréciation en ce qui concerne le montant

Le pouvoir de l'arbitre est apprécié différemment selon qu'il s'agit de statuer sur le niveau de la suspension ou sur le choix des obligations suspendues. Le montant maximal des sanctions s'apprécie de manière stricte, au regard du principe d'équivalence, avec une nuance en ce qui concerne les sanctions en cas de subvention prohibée (*infra*, n^{os} 145 et s.).

L'arbitre qui constate que le montant demandé par le plaignant dépasse la réduction des avantages détermine le montant de la suspension admissible³⁰⁷,

« en vue de contribuer à l'objectif consacré dans le Mémoire d'accord, à savoir arriver rapidement à une solution positive des différends »³⁰⁸.

Sa tâche diffère ainsi de celle d'un groupe spécial qui, lorsqu'il constate que le comportement d'un État n'est pas conforme aux Accords, se borne à recommander une mise en conformité.

À l'inverse, l'arbitre ne pourrait augmenter le montant repris dans la demande de suspension, même s'il arrivait à la conclusion que celui-ci n'atteint pas le montant de la réduction des avantages³⁰⁹. Ceci découle de l'interdiction de statuer *ultra petita*³¹⁰.

³⁰⁵ CE – Bananes III (Équateur) (article 22:6 – CE), 24. L'idée que l'arbitre serait saisi par l'ORD est contestable (*infra*, n^o 89). V. aussi Brésil – Aéronefs (article 22:6 – Brésil), 3.14.

³⁰⁶ États-Unis – Jeux (article 22:6 – États-Unis), 4.20 et n. 287. Sur les termes « possible » et « efficace », *infra*, n^{os} 104 et s.

³⁰⁷ CE – Hormones (États-Unis) (article 22:6 – CE), 12. V. aussi CE – Bananes III (Équateur) (article 22:6 – CE), 12 ; CE – Bananes III (États-Unis) (article 22:6 – CE), 2.10 ; États-Unis – Jeux (article 22:6 – États-Unis), 2.8-2.9 ; États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis I), 4.25, 4.165 ; États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II), 4.16. L. BOISSON DE CHAZOURNES, « L'arbitrage à l'OMC », *Rev. arb.*, 2003, p. 975-976 ; M. MATSUSHITA, T.J. SCHOENBAUM et P.C. MAVROIDIS, *The World Trade Organization – Law, Practice, and Policy*, Oxford University Press, 2003, p. 91 ; Y. RENOUEF, « From Bananas to Byrd: damage calculation coming of age? », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 136-137.

³⁰⁸ États-Unis – Jeux (article 22:6 – États-Unis), 2.8.

84. Pouvoirs de l'arbitre en ce qui concerne le choix du type de sanctions

Le Mémorandum d'accord est plus de souple à propos du choix des obligations suspendues.

Son article 22.6 paraît limiter le pouvoir de l'arbitre au cas où une suspension croisée est demandée (croisement des secteurs ou des Accords). En dehors de cette hypothèse, le plaignant choisit à sa discrétion les obligations suspendues et la nature des sanctions³¹¹. Nonobstant ces termes, l'arbitre a le pouvoir de vérifier, à la demande d'une partie, si le plaignant n'avait pas erronément qualifié de suspension simple une proposition de sanctions en réalité croisées³¹².

Les termes de l'article 22.3, b) et c) du Mémorandum d'accord (« Si cette partie considère qu'il n'est pas possible ou efficace... ») pourraient laisser penser que l'évaluation de la possibilité et de l'efficacité des suspensions est totalement abandonnée à la discrétion du plaignant, de sorte que l'arbitre ne pourrait trancher ce point en cas de contestation³¹³. Une telle interprétation serait toutefois contraire au texte clair de l'article 22.6 MRD³¹⁴. Si le choix est discrétionnaire, il ne s'agit que d'un « droit initial ou temporaire »³¹⁵, c'est-à-dire susceptible d'être examiné par l'arbitre en cas de contestation. Néanmoins, l'article 22.3, b) et c) laisse « une certaine marge d'appréciation » au plaignant, de sorte que

« la marge dont les arbitres disposent en ce qui concerne l'examen signifie qu'ils sont compétents pour déterminer d'une manière générale si la partie plaignante en question a examiné les faits voulus de manière objective et si, sur la base de ces faits, elle peut arriver de manière plausible à la conclusion qu'il n'est pas possible ou efficace... »³¹⁶.

³⁰⁹ P.C. MAVROIDIS, « Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place », *E.J.I.L.*, 2000, p. 803.

³¹⁰ M. MATSUSHITA, T.J. SCHOENBAUM et P.C. MAVROIDIS, *The World Trade Organization – Law, Practice, and Policy*, Oxford University Press, 2003, p. 91.

³¹¹ *États-Unis – Jeux (article 22:6 – États-Unis)*, 5.9 ; C. MOCQUART, « Efficacité des sanctions et retraits de concession dans le système de règlement des différends de l'OMC », *R.D.A.I.*, 2003, p. 54 ; D. LUFF, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce – Analyse critique*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 956.

³¹² *CE – Bananes III (États-Unis) (article 22:6 – CE)*, 3.7, repris par *CE – Bananes III (Équateur) (article 22:6 – CE)*, 45-46 et par *États-Unis – Jeux (article 22:6 – États-Unis)*, 4.15. En doctrine : L. BOISSON DE CHAZOURNES, « L'arbitrage à l'OMC », *Rev. arb.*, 2003, p. 977-978 ; D. PALMETER et P.C. MAVROIDIS, *Dispute Settlement in the World Trade Organization – Practice and Procedure*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2004, p. 270 ; W. ZDOUC, « Cross-retaliation and suspension under the GATS and TRIPS agreements », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 519.

³¹³ V. l'argument de l'Équateur à ce sujet : *CE – Bananes III (Équateur) (article 22:6 – CE)*, 43, 47.

³¹⁴ *CE – Bananes III (Équateur) (article 22:6 – CE)*, 50.

³¹⁵ *CE – Bananes III (Équateur) (article 22:6 – CE)*, 55.

³¹⁶ *CE – Bananes III (Équateur) (article 22:6 – CE)*, 52, raisonnement auquel se rallient les arbitres *États-Unis – Jeux (article 22:6 – États-Unis)*, 4.15-4.18 et *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis I)*, 5.48-5.50 ; *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II)*, 5.48-5.50. En doctrine, Th. SEBASTIAN,

La jurisprudence retient généralement le critère de « plausibilité ». L'arbitre examine

« si la partie plaignante en question a examiné les faits voulus de manière objective et si, sur la base de ces faits, elle peut arriver de manière plausible à la conclusion qu'il n'est pas possible ou efficace de chercher à suspendre des concessions dans le même secteur au titre des mêmes accords mais seulement au titre d'un autre accord, pour autant que les circonstances sont suffisamment graves »³¹⁷.

Les États-Unis ont critiqué l'interprétation retenue dans l'affaire *Bananes III* ; ils estiment qu'une discrétion plus importante doit être laissée au plaignant³¹⁸ – une position qu'on leur a rappelée lorsqu'ils ont été défendeurs³¹⁹. Dans le même sens, P.C. Mavroidis note que la pratique de l'arbitre dans cette affaire ne correspond pas tout à fait à son interprétation théorique, dans la mesure où l'arbitre finit par obliger l'Équateur à suspendre des obligations dans le secteur des marchandises alors qu'aucune demande n'avait été formulée pour ce secteur³²⁰.

Il ne faut toutefois pas confondre l'équilibre entre la discrétion laissée au plaignant et les limites découlant du contrôle arbitral, d'une part, et le pouvoir de l'arbitre de substituer sa décision à celle du plaignant lorsqu'il a exercé un contrôle, d'autre part. Ainsi, dans le cadre de son contrôle du choix des obligations suspendues, l'arbitre peut indiquer que des suspensions croisées sont interdites dans la mesure où des suspensions simples sur certaines catégories de biens seraient possibles et efficaces³²¹, de même qu'il peut expliquer ce que le plaignant eût dû faire pour se conformer à l'article 22.3 MRD³²². Le même principe est d'ailleurs applicable en ce qui concerne le calcul du niveau de la suspension (*supra*, n° 83).

« The law of permissible WTO retaliation », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 120. V. aussi *infra*, n° 104 et s.

³¹⁷ CE – *Bananes III* (Équateur) (article 22:6 – CE), 52, qui se réfère à l'article 11 MRD ; États-Unis – *Jeux* (article 22:6 – États-Unis), 4.16 ; États-Unis – *Coton upland* (article 22:6 – États-Unis I), 5.51 ; États-Unis – *Coton upland* (article 22:6 – États-Unis II), 5.51.

³¹⁸ Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 7 avril 2000, WT/DSB/M/78, 12 mai 2000, n° 44 et s., p. 10 et s.

³¹⁹ États-Unis – *Coton upland* (article 22:6 – États-Unis I), 5.38, 5.127 ; États-Unis – *Coton upland* (article 22:6 – États-Unis II), 5.38, 5.127.

³²⁰ P.C. MAVROIDIS, « Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place », *E.J.I.L.*, 2000, p. 803 et s.

³²¹ CE – *Bananes III* (Équateur) (article 22:6 – CE), 173.

³²² États-Unis – *Coton upland* (article 22:6 – États-Unis I), 5.52-5.54 ; États-Unis – *Coton upland* (article 22:6 – États-Unis II), 5.52-5.54.

Que les suspensions soient croisées ou non, l'arbitre ne pourrait obliger le plaignant à suspendre ses obligations concernant un autre bien ou service au sein d'un même secteur³²³, ni lui imposer une manière de suspendre ses obligations (ampleur du dépassement du droit consolidé ou mode de calcul du droit, par exemple). L'arbitre des affaires *CE – Hormones* illustre son propos :

« Comme il a été convenu par toutes les parties impliquées dans le présent différend [note de bas de page omise], au cas où une proposition de suspension viserait, par exemple, uniquement les biscuits avec application d'un droit *ad valorem* de 100 pour cent, il n'appartiendrait pas aux arbitres de décider que, par exemple, le fromage et non les biscuits devrait être visé ; qu'un droit de 150 pour cent devrait être imposé au lieu d'un droit de 100 pour cent ; ou que les droits majorés devraient être perçus sur la base du poids du produit et non *ad valorem*. Tous ces points concernent des aspects *qualitatifs* de la suspension proposée en rapport avec la 'nature' des concessions devant être retirées. Ils ne relèvent pas de la compétence des arbitres. »³²⁴

L'arbitre ne se prononce pas davantage sur le choix du plaignant de suspendre l'exécution de concessions tarifaires plutôt que d'autres obligations, et vice-versa³²⁵.

L'arbitre examine de manière plus stricte et circonstanciée le respect des dispositions générales et « procédurales » de l'article 22.3, d) et e)³²⁶.

La mission de l'arbitre inclut l'examen du respect des règles de l'article 22.3 MRD même lorsqu'il s'agit d'une autorisation demandée sur la base des articles 4.10 et 4.11 SMC, pour sanctionner une subvention prohibée. L'article 22.7 du Mémoire d'accord s'applique à cette occasion³²⁷.

85. Suggestions de l'arbitre

Bien que ses pouvoirs soient strictement limités et que l'article 19.1 du Mémoire d'accord ne lui soit pas formellement applicable, l'arbitre peut faire des suggestions au sujet de la mise en

³²³ E. VRANES, « Cross Retaliation under GATS and TRIPS – An Optimal Enforcement Device for Developing Countries? », in F. BREUSS, S. GRILLER et E. VRANES (eds), *The Banana Dispute – An Economic and Legal Analysis*, Vienne, Springer, 2003, p. 117.

³²⁴ *CE – Hormones (États-Unis)* (article 22:6 – CE), 19 et *CE – Hormones (Canada)* (article 22:6 – CE), 19, repris notamment par *États-Unis – Loi de 1916 (CE)* (22:6 – États-Unis), 5.40. D. PALMETER et P.C. MAVROIDIS, *Dispute Settlement in the World Trade Organization – Practice and Procedure*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2004, p. 269 ; D. LUFF, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce – Analyse critique*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 953.

³²⁵ *États-Unis – Loi de 1916 (CE)* (22:6 – États-Unis), 3.7.

³²⁶ *CE – Bananes III (Équateur)* (article 22:6 – CE), 53 et s.

³²⁷ *États-Unis – Coton upland* (article 22:6 – États-Unis I), spéc. 5.29, 5.41. Sur l'applicabilité des règles matérielles, v. *infra*, n° 114.

œuvre de sa décision³²⁸. Comme celles des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel, ces suggestions ne sont pas obligatoires.

§ 4. Parties à l'arbitrage

86. Parties au principal

Les États parties au différend initial et demandant l'autorisation de suspendre leurs obligations sont défendeurs à l'arbitrage. Les demandeurs sont les États qui contestent la demande de suspension formulée devant l'ORD.

Lorsque plusieurs parties demandent une suspension de leurs obligations en raison de la non-exécution de la même décision de l'ORD, il n'est pas nécessairement justifié de joindre les causes, dans la mesure où la question principale a trait au montant de la réduction des avantages subie individuellement par chaque plaignant. Dans la pratique, cependant, l'arbitrage est confié aux mêmes personnes (ce qui est cohérent avec la règle qui confie l'arbitrage aux membres du groupe spécial initial, s'ils sont disponibles), qui tiennent une seule procédure mais rendent des sentences distinctes³²⁹. Si nécessaire, une audience particulière peut être organisée pour examiner une question spécifique à l'un des plaignants³³⁰. Les arbitres étaient identiques dans les deux affaires *Bananes III*, mais les procédures n'ont pas eu lieu simultanément, l'Équateur ayant formulé sa demande d'autorisation de suspension après les États-Unis³³¹. Ces pratiques évitent que les arbitres prennent des décisions incohérentes dans des affaires connexes, ce qui ne peut qu'être encouragé.

Dans le cas de subventions, le nombre de parties demandant une suspension peut être un critère déterminant du caractère approprié des sanctions³³². L'intérêt d'un traitement regroupé des demandes s'en trouve accru, même si l'arbitre appelé à statuer postérieurement peut toujours tenir compte des montants retenus dans les sentences antérieures³³³.

³²⁸ CE – *Bananes III* (Équateur) (article 22:6 – CE), 139.

³²⁹ V. et comp. CE – *Hormones* (États-Unis) (article 22:6 – CE), 2, 5 ; CE – *Hormones* (Canada) (article 22:6 – CE), 2, 5. et les sentences relatives à la Loi de 2000.

³³⁰ V. États-Unis – *Loi de 2000* (Brésil) (article 22:6 – États-Unis), 1.15.

³³¹ V. et comp. CE – *Bananes III* (États-Unis) (article 22:6 – CE), 1.1 et s. et CE – *Bananes III* (Équateur) (article 22:6 – CE), 1.1 et s.

³³² États-Unis – *FSC* (article 22:6 – États-Unis), 6.26 et s.

³³³ États-Unis – *FSC* (article 22:6 – États-Unis), 6.29.

87. Tierces parties

Le Mémorandum d'accord ne prévoit rien au sujet de la participation des États à l'arbitrage en tant que tierces parties³³⁴. Dans le différend des *Hormones*, l'arbitre accepte que chaque plaignant participe à l'arbitrage introduit contre l'autre. Dans le silence du Mémorandum d'accord, l'arbitre estime pouvoir régler seul les points de procédure. Il ajoute que la connexité des affaires fait naître pour chaque partie un intérêt à participer à la procédure dirigée contre l'autre. En revanche, le défendeur ne démontre pas qu'il subirait un préjudice en raison de la participation d'une tierce partie³³⁵.

Les choses se présentent de manière similaire dans le différend des *Bananes III*, mais l'arbitre refuse la participation de l'Équateur en tant que tierce partie, au motif que l'article 22 MRD n'autorise pas explicitement une telle intervention, et que la décision rendue à l'égard des États-Unis n'est pas susceptible de nuire aux droits de l'Équateur³³⁶. L'arbitre du différend *Brésil – Aéronefs* rejette une demande avec les mêmes arguments, d'autant plus que l'intervenant n'avait introduit aucune procédure en règlement des différends contre le défendeur³³⁷. La demande d'intervention comme tierce partie des Communautés européennes est aussi rejetée dans l'affaire *États-Unis – Jeux*³³⁸.

§ 5. Procédure arbitrale

88. Demande d'arbitrage

La demande d'arbitrage, présentée par l'État cible, saisit l'arbitre et initie la procédure. Cette demande doit être suffisamment explicite pour que le plaignant puisse y répondre. De ce point de vue, elle remplit une fonction similaire à celle de la demande d'établissement d'un groupe spécial. En conséquence, quoique le Mémorandum d'accord ne le prévoit pas expressément, les critères de « spécificité » s'appliquent à la demande d'arbitrage³³⁹.

³³⁴ Sur cette question, v. D. PALMETER et P.C. MAVROIDIS, *Dispute Settlement in the World Trade Organization – Practice and Procedure*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2004, p. 277-278 et N. ANGELET, « Le tiers à l'instance dans la procédure de règlement des différends de l'OMC », in H. RUIZ FABRI et J.-M. SOREL (dir.), *Le tiers à l'instance devant les juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2005, p. 220-222 (ce dernier défend l'intervention des membres potentiellement affectés par les sanctions).

³³⁵ *CE – Hormones (États-Unis) (article 22:6 – CE)*, 7 et *CE – Hormones (Canada) (article 22:6 – CE)*, 7.

³³⁶ *CE – Bananes III (États-Unis) (article 22:6 – CE)*, 2.8.

³³⁷ *Brésil – Aéronefs (article 22:6 – Brésil)*, 2.4-2.6.

³³⁸ *États-Unis – Jeux (article 22:6 – États-Unis)*, 2.30-2.31.

³³⁹ *CE – Bananes III (Équateur) (article 22:6 – CE)*, 20.

Lorsque, dans un même différend, le plaignant formule deux demandes de sanctions avec des bases juridiques différentes – en l’espèce, les articles 4.11 et 7.10 SMC –, l’arbitre rend en principe deux décisions. Mais certaines simplifications sont possibles : on peut désigner le même arbitre et les parties peuvent présenter leurs arguments dans une communication écrite unique³⁴⁰.

89. Comparaison avec la saisine du groupe spécial

Techniquement, la composition du groupe spécial est fixée par une décision de l’ORD prise selon la procédure du consensus inversé, sur la proposition du Secrétariat. Au même instant, le différend est confié pour examen à ce groupe spécial, qui se trouve ainsi saisi du différend. La question posée concerne la saisine de l’arbitre chargé de déterminer le montant des sanctions. Cet arbitre est-il également saisi par l’ORD, par analogie avec la procédure du groupe spécial, ou bien est-il saisi directement par la volonté des États parties au différend, et plus exactement par la volonté du défendeur originel puisque le plaignant ne peut pas s’opposer à l’arbitrage ?

En pratique, le procès-verbal indique généralement que

« l’ORD a pris note des déclarations et est convenu que la question soulevée [...] était soumise à arbitrage, comme le prescrivait l’article 22:6 du Mémoire d’accord sur le règlement des différends »³⁴¹.

A l’occasion du différend *Hormones*, les États-Unis se sont opposés à une telle formule, en ce qu’elle faisait état d’une autorisation ou d’un accord de l’ORD, ni l’une ni l’autre n’étant nécessaire. À la suite de discussions et après le rejet d’une formulation proposée par le président selon laquelle l’ORD aurait « accepté » que les affaires soient soumises à l’arbitrage, la formule de compromis inscrite dans le procès-verbal se lit comme suit.

« Le Président a proposé que l’ORD prenne note des déclarations et que, au vu de la demande présentée par les CE, chacune des questions soit soumise à l’arbitrage du Groupe spécial initial conformément à l’article 22:6 du Mémoire d’accord.

L’ORD en est ainsi convenu. »³⁴²

³⁴⁰ *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis I)*, 1.27-1.31 ; *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II)*, 1.27-1.31.

³⁴¹ Procès-verbal de la réunion de l’ORD du 1^{er} juin 2005, WT/DSB/M/190, 20 juin 2005, n° 9, p. 3. En anglais : « The DSB took note of the statements and it was agreed that the matter raised [...] is referred to arbitration, as required by Article 22.6 of the DSU. »

³⁴² V. à ce sujet les discussions relatées dans le Procès-verbal de l’ORD du 3 juin 1999, WT/DSB/M/63, 6 juillet 1999, p. 2 et s. En anglais : « The Chairman proposed that the DSB take note of the statements and that, in light of the EC’s request, each matter shall be referred to arbitration by the original Panel in accordance with Article 22.6 of the DSU. The DSB so agreed. »

Chacun pourra apprécier ce dont l'ORD est convenu, proposition de son président ou soumission des questions à l'arbitrage.

Trois semaines plus tard, l'ORD *conviendra* à nouveau, sans qu'une objection à ce sujet ne soit soulevée, qu'un différend soit soumis à l'arbitrage³⁴³. La pratique s'est ensuite fixée en ce sens³⁴⁴. Les États-Unis ne s'y rangent pas et la question a resurgi dans le différend des *Sociétés de vente à l'étranger*. Les États-Unis indiquèrent à l'ORD qu'ils avaient objecté au montant de la suspension proposé par les Communautés européennes, et qu'une telle objection avait pour conséquence que la question était « automatiquement » soumise à l'arbitrage, sans autre action de l'ORD. La procédure d'arbitrage serait ainsi *ipso facto* mise en œuvre. Les États-Unis ne s'opposaient toutefois pas à ce que l'ORD en prenne note. Les Communautés européennes répondirent que la procédure d'arbitrage était, bien entendu, « une obligation », mais qu'en vue de respecter les précédents, il fallait que l'ORD en prenne note et *convienne* de ce que le différend était soumis à l'arbitrage, ce que ce dernier fit³⁴⁵. Des incidents similaires survinrent dans les affaires de la *Loi antidumping de 1916*³⁴⁶, de la *Loi sur le droit d'auteur*³⁴⁷, de la *Loi sur la compensation (Amendement Byrd)*³⁴⁸ et des *Bois résineux*³⁴⁹, avec chaque fois la même décision de l'ORD. Le différend *Japon – Mesures visant l'importation de pommes*³⁵⁰ a donné lieu à la même controverse, les États-Unis intervenant cette fois comme plaignant³⁵¹. Leur position semble se maintenir, mais est toutefois moins explicite, à l'occasion des affaires du *Coton*

³⁴³ Procès-verbal de la réunion de l'ORD des 27 et 28 juillet 1999, WT/DSB/M/66, 23 septembre 1999, p. 8.

³⁴⁴ Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 19 novembre 1999, WT/DSB/M/71, 11 janvier 2000, p. 15 ; Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 22 mai 2000, WT/DSB/M/81, 26 juin 2000, n° 31, p. 11 ; Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 1^{er} mars 2001, WT/DSB/M/100, 11 avril 2001, n° 27, p. 6 ; Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 24 juin 2002, WT/DSB/M/128, 20 août 2002, n° 55, p. 16.

³⁴⁵ Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 28 novembre 2000, WT/DSB/M/93, 15 janvier 2001, n° 3 et s., p. 1 et s.

³⁴⁶ Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 18 janvier 2002, WT/DSB/M/117, 15 février 2002, n° 12, p. 3, n° 26 et 28, p. 6.

³⁴⁷ Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 18 janvier 2002, WT/DSB/M/117, 15 février 2002, n° 31 et 33, p. 7.

³⁴⁸ Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 26 janvier 2004, WT/DSB/M/164, 12 mars 2004, n° 22, p. 6.

³⁴⁹ *États-Unis – Détermination finale en matière de droits compensateurs concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada*, WT/DS257 et Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 14 janvier 2005, WT/DSB/M/181, 2 février 2005, n° 8, p. 3 ; *États-Unis – Enquête de la commission du commerce international dans l'affaire concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada*, WT/DS277 et Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 25 février 2005, WT/DSB/M/184, 14 mars 2005, n° 8, p. 3 et encore, pour l'affaire *États-Unis – Détermination finale de l'existence d'un dumping concernant les bois d'œuvre résineux en provenance du Canada*, WT/DS264 et Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 1^{er} juin 2005, WT/DSB/M/190, 20 juin 2005, n° 8 et 9, p. 3.

³⁵⁰ WT/DS245.

³⁵¹ Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 30 juillet 2004, WT/DSB/M/174, 1^{er} septembre 2004, n° 9, p. 3.

*upland*³⁵² et des *Jeux*³⁵³. Ils ont pris la position d'un *persistent objector* sur cette question, dont l'enjeu pratique n'est pas évident, du moins tant que nul ne considère qu'un consensus (positif) des États est nécessaire pour saisir l'arbitre. Cette controverse est cependant le signe d'une réelle difficulté conceptuelle, celle de savoir si, et en quoi, les procédures dénommées « arbitrage » sont différentes de la procédure devant le groupe spécial ou l'Organe d'appel.

Cette controverse ne concerne que la saisine de l'arbitre. Il est unanimement admis que la sentence tire son caractère obligatoire du Mémorandum d'accord lui-même et qu'elle ne doit pas être adoptée par l'ORD (à la différence du rapport du groupe spécial)³⁵⁴. L'affirmation du Tribunal de première instance des Communautés européennes, selon laquelle la sentence aurait été « confirmée » par l'ORD³⁵⁵, est inexacte ; sans doute le Tribunal a-t-il voulu indiquer que l'ORD a autorisé les sanctions sur la base de la sentence.

90. Effets de la décision de l'arbitre

La sentence est obligatoire pour les parties. Elle est définitive et n'est susceptible d'aucun recours (art. 22.7 MRD)³⁵⁶.

Le caractère définitif de la décision ne fait pas obstacle à la révision de la sentence en cas de changement des circonstances. Le montant des sanctions pourrait par exemple devoir être adapté à la suite d'une mise en conformité partielle par le défendeur, ou, plus généralement, d'une modification de la mesure contestée qui influencerait, à la hausse ou à la baisse, le montant de la réduction des avantages. Une révision en appel des conclusions du groupe spécial statuant sur la base de l'article 21.5 MRD pourrait aussi justifier une adaptation du montant des sanctions, si celles-ci ont été autorisées avant l'aboutissement de la procédure d'appel. L'arbitre

³⁵² Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 15 juillet 2005, WT/DSB/M/193, 28 juillet 2005, n^{os} 9-11, p. 3.

³⁵³ Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 24 juillet 2007, WT/DSB/M/236, 24 septembre 2007, n^o 54, p. 12.

³⁵⁴ V. L. BOISSON DE CHAZOURNES, « L'arbitrage à l'OMC », *Rev. arb.*, 2003, p. 960 ; B.P. MCGIVERN, « Seeking Compliance with WTO Rulings: Theory, Practice and Alternatives », *Int. Lawyer* 36(1), 2002, p. 150 ; C.M. VALLES et B.P. MCGIVERN, « The Right to Retaliate under the WTO Agreement – The “Sequencing” Problem », *J.W.T.* 34(2), 2000, p. 68.

³⁵⁵ T.P.I.C.E., 14 décembre 2004, *Fédération des industries condimentaires de France (FICF) et al. c. Commission*, T-317/02, *Rec.*, 2002, p. II-4325, 155.

³⁵⁶ D. LUFF, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce – Analyse critique*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 958. Proposant, *de lege ferenda*, de prévoir un appel similaire à celui ouvert contre les décisions des groupes spéciaux : L. EHRLING, « The European Community's experience and practice in suspending WTO obligations », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 260-261.

Bananes III s'est ainsi (prudemment) déclaré disponible pour donner un « avis » dans cette hypothèse, à la demande des parties³⁵⁷.

§ 6. Charge de la preuve

91. Règles de preuve générales

La demande de suspension d'obligations est présumée rédigée conformément aux Accords. En particulier, le requérant est censé avoir calculé correctement le montant de la réduction des avantages et proposer une suspension d'obligations équivalentes. En conséquence, la charge de la preuve repose sur l'État qui conteste la régularité de la demande de suspension³⁵⁸. Cette règle, déjà proposée en 1952 par la Nouvelle-Zélande³⁵⁹, vaut également lorsque le montant de la réduction des avantages est débattu devant des arbitres du commun accord des parties, sur la base de l'article 25 MRD, en particulier si celles-ci ont demandé aux arbitres de suivre les règles de preuve usuelles des arbitrages au titre de l'article 22.6 MRD³⁶⁰.

De même, il revient au défendeur originel d'établir que le plaignant n'a pas choisi les obligations à suspendre conformément aux principes de l'article 22.3 MRD³⁶¹.

³⁵⁷ CE – *Bananes III* (États-Unis) (article 22:6 – CE), 9.1.

³⁵⁸ CE – *Hormones* (États-Unis) (article 22:6 – CE), 8 et s. ; CE – *Hormones* (Canada) (article 22:6 – CE), 8 et s. ; CE – *Bananes III* (Équateur) (article 22:6 – CE), 37 ; États-Unis – FSC (article 22:6 – États-Unis), 2.8 et s. ; États-Unis – Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur (article 25:3), 4.4 ; États-Unis – Loi de 1916 (CE) (22:6 – États-Unis), 3.2 ; Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs (article 22:6 – Canada), 2.5 et s. ; États-Unis – Jeux (article 22:6 – États-Unis), 2.22 ; États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis I), 4.21-4.22, 5.55 ; États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II), 4.12-4.13. L. BOISSON DE CHAZOURNES, « L'arbitrage à l'OMC », *Rev. arb.*, 2003, p. 973-974 ; D. LUFF, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce – Analyse critique*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 957 ; H. GROSSE RUSE-KHAN, « A Pirate of the Caribbean? The Attractions of Suspending TRIPS Obligations », *J.I.E.L.* 11(2), 2008, p. 342 ; P.C. MAVROIDIS, « Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place », *E.J.I.L.*, 2000, p. 802 ; M. MATSUSHITA, T.J. SCHOENBAUM et P.C. MAVROIDIS, *The World Trade Organization – Law, Practice, and Policy*, Oxford University Press, 2003, p. 90 ; D. PALMETER et P.C. MAVROIDIS, *Dispute Settlement in the World Trade Organization – Practice and Procedure*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2004, p. 272 ; Th. SEBASTIAN, « The law of permissible WTO retaliation », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 97 ; S. SHADIKHODJAEV, *Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, p. 77.

³⁵⁹ *Summary Record of the Sixteenth Meeting of 8 November 1952*, SR7/16, 11 novembre 1952, p. 5.

³⁶⁰ États-Unis – Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur (article 25:3), 4.4.

³⁶¹ CE – *Bananes III* (Équateur) (article 22:6 – CE), 59 ; États-Unis – Jeux (article 22:6 – États-Unis), 2.26-2.27. Plus loin dans sa décision, l'arbitre États-Unis – Jeux formule la conclusion de son raisonnement comme s'il appliquait le principe inverse (4.99) mais, dans le contexte, il ne paraît pas qu'il ait voulu donner une telle portée à cette conclusion (pour un commentaire sur ce point, H. GROSSE RUSE-KHAN, « A Pirate of the Caribbean? The Attractions of Suspending TRIPS Obligations », *J.I.E.L.* 11(2), 2008, p. 342-343).

Selon les arbitres, cette règle est conforme à la pratique de l'OMC³⁶². Elle peut étonner dans la mesure où la charge de la preuve ne repose pas sur le demandeur réel des sanctions. Ce n'est que par la configuration de la procédure, qui prévoit que l'autorisation est accordée sauf en cas de contestation par l'État visé, que ce dernier apparaît formellement comme le demandeur en arbitrage³⁶³.

Cette règle de preuve n'incite pas le plaignant, qui pourtant est *a priori* le mieux informé, à fournir à l'arbitre tous les renseignements nécessaires à l'examen de la licéité du choix des sanctions³⁶⁴. Toutefois, sa rigueur est tempérée par l'obligation pesant sur toutes les parties de collaborer de bonne foi à l'établissement des faits³⁶⁵. L'atténuation est telle qu'un arbitre semble placer les parties sur un pied d'égalité :

« s'il est vrai qu'il appartient aux États-Unis [le demandeur en arbitrage] de prouver que la demande de suspension présentée par le Brésil [le plaignant originel] dépasse le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages, le Brésil doit aussi étayer suffisamment ses allégations selon lesquelles sa demande satisfait à la prescription concernant l'équivalence de l'article 22:4 du Memorandum d'accord. »³⁶⁶

En pratique, l'arbitre invite le plaignant à produire la liste des produits visés par sa demande de suspension (le cas échéant) et à décrire la méthodologie du calcul du niveau de la suspension³⁶⁷. Ce « document sur la méthode » n'est pas prévu par le Memorandum d'accord. Il n'est pas soumis aux règles de « spécificité » applicables à la demande d'établissement d'un groupe spécial, à la demande de suspension (*supra*, n° 62) et à la demande d'arbitrage (*supra*, n° 88)³⁶⁸.

³⁶² *Brésil – Aéronefs (article 22:6 – Brésil)*, 2.8 ; *Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs (article 22:6 – Canada)*, 2.6. Dans le même sens, L. BOISSON DE CHAZOURNES, « L'arbitrage à l'OMC », *Rev. arb.*, 2003, p. 973.

³⁶³ V. H. SPAMANN, « The Myth of “Rebalancing” Retaliation in WTO Dispute Settlement Practice », *J.I.E.L.* 9(1), 2006, p. 48-50.

³⁶⁴ W. ZDOUC, « Cross-retaliation and suspension under the GATS and TRIPS agreements », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 519-520.

³⁶⁵ V. *États-Unis – Loi de 1916 (CE) (22:6 – États-Unis)*, 2.36-2.38 ; *Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs (article 22:6 – Canada)*, 2.8 ; *États-Unis – Jeux (article 22:6 – États-Unis)*, 2.24 ; S. SHADIKHODJAEV, *Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, p. 78. Sur l'obligation (basée sur la bonne foi procédurale) qu'ont les parties de produire les documents nécessaires à l'examen par le groupe spécial, M. PANIZZON, *Good Faith in the Jurisprudence of the WTO*, Oxford, Hart, 2006, p. 289 et s. et les références citées.

³⁶⁶ *États-Unis – Loi de 2000 (Brésil) (22:6 – États-Unis)*, 2.25.

³⁶⁷ Pour une demande de note méthodologique, v. *CE – Bananes III (États-Unis) (article 22:6 – CE)*, 2.1 ; *CE – Bananes III (Équateur) (article 22:6 – CE)*, 15 et s. ; *États-Unis – Loi de 2000 (Canada) (22:6 – États-Unis)*, 2.9 ; *Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs (article 22:6 – Canada)*, 2.8 ; *États-Unis – Jeux (article 22:6 – États-Unis)*, 1.9, 2.25 ; *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis I)*, 1.25 ; *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II)*, 1.25.

³⁶⁸ *CE – Bananes III (Équateur) (article 22:6 – CE)*, 20, 36.

La procédure arbitrale n'a pas pour objet la licéité d'une mesure étatique, mais l'exactitude du calcul de la réduction des avantages et de l'incidence de la suspension. Cette procédure ne pourrait pas être utilement diligentée sans partir des données et de la méthodologie de ce calcul, qui émane nécessairement du plaignant. On a ainsi pu écrire – en exagérant un peu ? – que les obligations du plaignant avaient tout de la charge de la preuve, sauf le nom³⁶⁹.

Ces règles de preuve n'ôtent pas son effet à l'article 22.3, e) MRD qui exige du plaignant qu'il motive sa demande de suspensions croisées. Dès lors, le plaignant doit indiquer « spontanément » des motifs « plausibles » à son choix³⁷⁰. Mais ultimement, il revient au demandeur en arbitrage de démontrer que des suspensions simples seraient possibles et efficaces pour s'opposer avec succès à une demande de sanctions croisées³⁷¹.

Le Mémoire d'accord ne prévoit pas explicitement la possibilité pour l'arbitre de faire appel à un expert, alors que ce pouvoir est reconnu aux groupes spéciaux (art. 13 MRD). Ceci fait cependant partie des pouvoirs devant être reconnus à toute juridiction pour lui permettre d'exercer sa mission dans les meilleures conditions. Ceci se justifie d'autant plus que les membres du tribunal arbitral sont en principe les mêmes que ceux du groupe spécial (art. 22.6 MRD) : si l'on envisage qu'ils aient besoin des lumières d'un expert dans le cadre de la procédure au fond, on peut imaginer que ces éclaircissements puissent aussi être nécessaires au stade de la détermination des sanctions³⁷². L'arbitre *États-Unis – Jeux* a par exemple demandé des renseignements au FMI et à la Banque centrale des Caraïbes orientales afin de clarifier certaines questions de chiffres dans son examen de la réduction des avantages³⁷³.

92. Règles de preuve en matière de subventions

Les règles relatives aux subventions prohibées définissent un critère plus souple pour la fixation du montant des contre-mesures (*infra*, n^{os} 144 et s.). En conséquence, le pouvoir d'appréciation du plaignant, et celui de l'arbitre, sont plus importants. Eu égard aux règles spécifiques de sanction des subventions prohibées, on ne peut affirmer que le doute bénéficierait au

³⁶⁹ D. PALMETER et P.C. MAVROIDIS, *Dispute Settlement in the World Trade Organization – Practice and Procedure*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2004, p. 272.

³⁷⁰ *CE – Bananes III (Équateur) (article 22:6 – CE)*, 60 ; *États-Unis – Jeux (article 22:6 – États-Unis)*, 2.27 ; S. SHADIKHODJAEV, *Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, p. 77.

³⁷¹ *CE – Bananes III (Équateur) (article 22:6 – CE)*, 75.

³⁷² En ce sens, G. SACERDOTI, « The nature of WTO arbitrations on retaliation », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 32.

³⁷³ *États-Unis – Jeux (article 22:6 – États-Unis)*, 2.32-2.35.

sanctionné et qu'en cas d'incertitude sur les chiffres ou sur la méthode de calcul, il faudrait retenir le montant le plus faible³⁷⁴. Les mêmes règles de preuve s'appliquent que dans une procédure basée sur les articles 22.6 MRD et 4.10 SMC³⁷⁵.

Section 3 Décision de droit interne

93. Les sanctions nécessitent une décision interne du plaignant

L'ORD se borne à suspendre certaines obligations de l'État membre, l'autorisant ainsi à élever des obstacles au commerce. L'autorisation *per se* ne suffit pas pour que la suspension soit mise en œuvre dans les faits³⁷⁶. Il revient ainsi au plaignant, dûment autorisé, de modifier son droit interne pour la concrétiser.

Même autorisé, l'État n'a pas l'obligation de suspendre l'exécution de ses obligations³⁷⁷ :

« une fois la suspension de concessions autorisée, les Membres ont le pouvoir discrétionnaire de faire usage ou non de cette autorisation sous réserve des conditions énoncées à l'article 22:8. »³⁷⁸

Dans les limites de l'autorisation conférée, les sanctions restent à la disposition du plaignant. Ainsi, il peut renoncer, en tout ou en partie, à les mettre en œuvre, ou retarder leur entrée en vigueur, ce qui peut être souhaitable dans la perspective de négociations³⁷⁹.

Dans l'affaire *Bananes III*, par exemple, l'Équateur n'a jamais suspendu l'exécution d'obligations à l'égard des Communautés européennes. Il avait pourtant été autorisé à leur infliger des suspensions croisées. L'exercice du droit de sanction aurait probablement nui à l'économie équatorienne. En outre, cet État pouvait espérer bénéficier des pressions exercées par les États-Unis, autre plaignant dans ce différend. Il ne s'ensuit pas, cependant, que la demande

³⁷⁴ *États-Unis – FSC (article 22:6 – États-Unis)*, 6.54 et s.

³⁷⁵ *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II)*, 4.12. Pour les applications, v. p. ex. *ibid.*, 4.163 et 4.178.

³⁷⁶ Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 12 décembre 2000, WT/DSB/M/94, 15 février 2001, n° 95, p. 19.

³⁷⁷ *États-Unis – Maintien de la suspension*, 7.209 et les trois exemples cités à la n. 432.

³⁷⁸ *CE – Bananes III (article 21:5 – États-Unis) (appel)*, 249.

³⁷⁹ V. la déclaration du représentant des Communautés européennes dans le différend des *Sociétés de vente à l'étranger* : « To conclude on more positive tone, he said that obtaining the authorization did not mean that the EC would immediately resort to countermeasures. Notwithstanding the expiry of the reasonable period of time, the EC was still willing to give the United States a short additional period of time to make the necessary legislative changes before taking any action. Thus, the EC's objective was and remained full compliance: i.e. the removal of the illegal export subsidy » (Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 7 mai 2003, WT/DSB/M/149, 8 juillet 2003, n° 12, p. 3).

d'autorisation et la procédure de fixation du niveau de la suspension aient été inutiles. Elles ont sans doute contribué à révéler l'existence et l'ampleur du dommage commercial subi par l'Équateur, ce qui aura facilité l'aboutissement des négociations et la modification des règles communautaires d'importation des bananes, à la (relative) satisfaction des États concernés.

Section 4 Surveillance par l'ORD

94. L'ORD exerce une surveillance continue sur le différend

La mise en œuvre de sanctions ne légitime pas le comportement de l'État défendeur³⁸⁰. Elle ne met pas un terme au différend, qui subsiste tant que l'État ne s'est pas conformé à la décision de l'ORD.

En conséquence, l'ORD surveille la mise en œuvre de sa décision, jusqu'à son exécution complète (art. 22.8 MRD). Tout membre peut le saisir de cette question à tout moment. Elle est inscrite d'office à l'ordre du jour six mois après la fixation du délai raisonnable et le demeure jusqu'à l'exécution de la décision. À chaque réunion de l'ORD, l'État concerné fait rapport sur ses progrès dans la mise en conformité (art. 21.6 MRD)³⁸¹. La nécessité de déposer ce rapport maintient une certaine pression sur l'État défendeur³⁸².

Si le plaignant ne respectait pas l'autorisation de l'ORD – par exemple, s'il imposait des sanctions dépassant la limite fixée –, l'autre partie pourrait s'en plaindre en introduisant une nouvelle procédure de règlement des différends³⁸³.

95. Conclusion du chapitre II

La mise en œuvre de sanctions passe par une procédure, qui commence par une demande d'autorisation déposée auprès de l'ORD et se poursuit (en pratique, toujours) avec un arbitrage destiné à fixer le montant des sanctions, et éventuellement à déterminer si des sanctions croisées sont admissibles.

³⁸⁰ Art. 22.1 MRD et déjà *Understanding Regarding Notification, Consultation, Dispute Settlement and Surveillance*, 28 novembre 1979, L/4907, 3 décembre 1979, § 4 de l'annexe. P.C. MAVROIDIS, « Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place », *E.J.I.L.*, 2000, p. 800.

³⁸¹ D. PALMETER et P.C. MAVROIDIS, *Dispute Settlement in the World Trade Organization – Practice and Procedure*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2004, p. 247.

³⁸² V. L. EHRLING, « The European Community's experience and practice in suspending WTO obligations », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 256.

³⁸³ *CE – Hormones (États-Unis) (article 22:6 – CE)*, 82 ; D. LUFF, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce – Analyse critique*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 958.

Il faut remarquer à quel point les sanctions sont contrôlées : tout est fait pour éviter l'imposition de sanctions injustifiées. Il doit d'abord être confirmé que la violation persiste ou, ce qui revient au même, que la mesure de mise en conformité n'est pas conforme aux Accords. L'arbitre statue ensuite, au terme d'une procédure juridictionnelle contradictoire, sur le montant des sanctions, qui tient compte, en règle, des effets de la violation (*infra*, n^{os} 123 et s.). L'ORD autorise alors les sanctions, et ce n'est qu'à ce moment que l'État plaignant peut les mettre en œuvre. Le contrôle ne s'arrête pas là, puisque l'ORD maintient le sujet à son ordre du jour, et qu'une application des sanctions contraire aux Accords peut faire l'objet d'une action en règlement des différends.

L'article 22 du Mémoire d'accord n'organise guère la procédure, mais la jurisprudence arbitrale a comblé les lacunes en accordant beaucoup d'attention aux principes du procès équitable, à l'égalité des parties et au contradictoire. Elle l'a fait en s'inspirant des règles et des pratiques appliquées par les groupes spéciaux et par l'Organe d'appel. S'il reste aujourd'hui quelques incertitudes et imperfections – notamment quant au règlement de la chronologie, qui repose sur une certaine bonne volonté des États, et au contrôle de la valeur des sanctions en projet –, la procédure telle qu'elle est pratiquée donne globalement satisfaction.

Chapitre III *Caractéristiques des sanctions*

96. Introduction

Les sanctions prennent la forme d'une suspension de concessions ou d'autres obligations découlant des Accords. Le mécanisme de sanctions fait l'objet de règles fixées par le Mémoire d'accord et précisées par la jurisprudence des arbitres. Si le plaignant est en principe libre de déterminer les obligations qu'il suspend, encore cette liberté est-elle limitée à plusieurs égards, et en particulier en ce qui concerne les sanctions croisées, c'est-à-dire les suspensions relevant d'un autre secteur ou d'un autre Accord que les obligations qui ont été violées (section 1). Les règles du Mémoire d'accord fixent aussi le niveau des sanctions (section 2) ainsi que leur durée (section 3). Ces différentes règles traduisent l'équilibre recherché entre l'efficacité des sanctions qui doit contribuer au respect du droit de l'OMC et le danger d'un effondrement du traité que pourraient entraîner de trop larges possibilités de suspensions.

Section 1 **Choix des obligations suspendues**

97. **Introduction**

Si les États peuvent en principe choisir les obligations qu'ils suspendent (§ 1), ce choix est sujet à des limites et interdictions (§ 2). La pratique des États montre les forces et les faiblesses de ce principe (§ 3).

§ 1. Principe

98. **Choix du plaignant**

Dans les limites fixées par le Mémorandum d'accord, le plaignant choisit la nature et la configuration des sanctions qu'il impose. Il détermine ainsi discrétionnairement les engagements dont il demande la suspension, les produits visés et, le cas échéant, l'ampleur de l'augmentation tarifaire qu'il impose, le tout sous réserve de ne pas attenter aux droits des États membres autres que le défendeur³⁸⁴.

99. **Concessions ou obligations ?**

Reprenant le texte de l'article XXIII.2 du GATT, le Mémorandum d'accord autorise les États à suspendre l'application de concessions ou l'exécution d'autres obligations (art. 22.2 MRD).

Dans son sens le plus courant, une « concession » est l'élément abandonné au cours d'une négociation, en échange des engagements des autres parties. Dans le contexte de l'OMC, il vise plus particulièrement les réductions réciproques des droits de douane que se consentaient les États. Au temps du GATT, ces concessions formaient l'objet quasi exclusif des premiers cycles de négociations. Dans une logique de réciprocité, il est normal que les concessions de l'un puissent être suspendues lorsqu'un autre omet de respecter les siennes.

Quoique rien ne l'interdise en principe, la pratique des États n'est pas de rétablir le droit de douane au taux en vigueur au moment de l'engagement de l'État sanctionné. Les droits de douane *ad valorem* au taux de 100 % étaient d'ailleurs exceptionnels, même avant l'entrée en vigueur du GATT³⁸⁵. L'idée de suspendre les concessions précises qui furent considérées au cours de la négociation comme la contrepartie des engagements violés, serait souvent impossible à mettre en œuvre – il faudrait en effet pouvoir retracer les termes exacts de la négociation

³⁸⁴ A ce sujet, v. *CE – Bananes III (Équateur) (article 22:6 – CE)*, 147.

³⁸⁵ S. CHARNOVITZ, « The WTO's Problematic "Last Resort" Against Noncompliance », *Aussenwirtschaft* 57(IV), 2002, p. 417.

historique³⁸⁶ – voire, en raison des adhésions et du multilatéralisme, complètement fictive³⁸⁷. Souvent, les États choisissent de suspendre leur obligation de ne pas prélever des droits de douane dépassant le taux consolidé, sans se préoccuper des configurations historiques – et nécessairement contingentes – des obstacles au commerce. Ils peuvent ainsi concevoir une sanction efficace (*infra*, n^{os} 119 et s.). Les obligations relatives aux droits de douane ne sont toutefois pas les seules à être suspendues.

Pour plus de clarté et de concision, on parlera donc de suspension d’obligations, celles-ci pouvant être soit, dans le cas de sanctions « classiques », les obligations visées aux articles I^{er} et II du GATT (nation la plus favorisée et consolidation) – c’est-à-dire des « concessions » tarifaires –, soit, dans des cas particuliers, d’autres obligations résultant de l’annexe 1 de l’Accord instituant l’OMC³⁸⁸.

§ 2. Limites et interdictions

100. Plan

Le Mémoire d’accord pose plusieurs limites et interdictions à la suspension d’obligations, lesquelles font l’objet d’un contrôle arbitral (*supra*, n^{os} 84 et s.). Au-delà des éléments généraux qui doivent être pris en considération (1.), la question la plus épineuse est celle des sanctions croisées (2.). Certaines interdictions s’expliquent dans une logique de protection de l’institution (3.). Enfin, il faut aborder le cas des sanctions carrousel (4.).

1. Limitations générales et procédurales

101. Éléments à prendre en considération

D’une manière générale, le plaignant doit effectuer son choix en tenant compte du commerce pratiqué dans le secteur ou l’Accord dont relève la violation, ainsi que de l’importance que ce commerce revêt pour lui. Il doit également avoir égard aux « éléments économiques plus

³⁸⁶ A propos de la difficulté, pour les mêmes raisons, d’interpréter les Accords de l’OMC par rapport aux travaux préparatoires, v. J.H. JACKSON, « International Law Status of WTO Dispute Settlement Reports: Obligation to Comply or Option to ‘Buy Out’? », *Amer. Journ. Int. L.* 98(1), 2004, p. 113 et s.

³⁸⁷ V. H. SPAMANN, « The Myth of “Rebalancing” Retaliation in WTO Dispute Settlement Practice », *J.I.E.L.* 9(1), 2006, p. 37.

³⁸⁸ L. EHRLING fait le même choix terminologique (« The European Community’s experience and practice in suspending WTO obligations », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 258-259) et cite aussi l’appellation officielle des différends États-Unis – Maintien de la suspension d’obligations dans le différend CE – Hormones, WT/DS320 et Canada – Maintien de la suspension d’obligations dans le différend CE – Hormones, WT/DS321.

généraux » relatifs à la réduction d'avantages et aux effets économiques des sanctions qu'il envisage (art. 22.3, d) MRD)³⁸⁹.

D'après l'arbitre *Bananes III*, le commerce à prendre en considération est, « en premier lieu », celui empêché par la violation. Ensuite, on pourra, à titre secondaire, avoir égard à l'ensemble du commerce relevant du secteur et de l'Accord dans lesquels une violation a été constatée³⁹⁰. Les arbitres *États-Unis – Jeux* et *États-Unis – Coton upland* estiment quant à eux, dans une interprétation plus littérale de l'article 22.3, d), i) MRD, que doit être considéré tout le commerce dans le secteur où la violation a été constatée³⁹¹, ce qui, dans le principe, est assez exigeant lorsqu'il s'agit de marchandises.

Les éléments économiques relatifs à la réduction des avantages sont principalement à rechercher chez le plaignant. Par contre, il faut analyser les effets économiques de la suspension dans le chef des deux parties, plaignant y compris, en particulier lorsque son économie est faible³⁹². L'arbitre reconnaît ainsi que les suspensions peuvent affecter négativement l'économie de l'État qui les met en œuvre.

En pratique, les arbitres sont assez facilement satisfaits³⁹³. Dans les affaires *États-Unis – Jeux* et *États-Unis – Coton upland*, on a même l'impression que ces éléments « généraux » ne constituent pas un critère indépendant, mais que leur prise en compte se déduit du respect des conditions de possibilité et d'efficacité (*infra*, n^{os} 104 et s.).

³⁸⁹ En doctrine, Th. SEBASTIAN, « The law of permissible WTO retaliation », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 123 ; S. SHADIKHODJAEV, *Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, p. 71.

³⁹⁰ CE – *Bananes III* (Équateur) (article 22:6 – CE), 84, 128 et s.

³⁹¹ *États-Unis – Jeux* (article 22:6 – États-Unis), 4.33-4.34 ; *États-Unis – Coton upland* (article 22:6 – États-Unis I), 5.86-5.87, 5.227 ; *États-Unis – Coton upland* (article 22:6 – États-Unis II), 5.86-5.87. V. S. SHADIKHODJAEV, *Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, p. 71, qui approuve cette interprétation.

³⁹² CE – *Bananes III* (Équateur) (article 22:6 – CE), 86, repris par *États-Unis – Jeux* (article 22:6 – États-Unis), 4.35-4.36 et par *États-Unis – Coton upland* (article 22:6 – États-Unis I), 5.88-5.89 ; *États-Unis – Coton upland* (article 22:6 – États-Unis II), 5.88-5.89. V. aussi E. VRANES, « Cross Retaliation under GATS and TRIPS – An Optimal Enforcement Device for Developing Countries? », in F. BREUSS, S. GRILLER et E. VRANES (eds), *The Banana Dispute – An Economic and Legal Analysis*, Vienne, Springer, 2003, p. 121.

³⁹³ CE – *Bananes III* (Équateur) (article 22:6 – CE), 128-137 ; *États-Unis – Jeux* (article 22:6 – États-Unis), 4.61-4.64, 4.101-4.104 ; *États-Unis – Coton upland* (article 22:6 – États-Unis I), 5.226-5.229 ; *États-Unis – Coton upland* (article 22:6 – États-Unis II), 5.226-5.229.

Interprétée extensivement, cette disposition pourrait être utilisée pour tenir compte des effets politiques des sanctions et des conséquences de ces effets sur la vie de l'Organisation³⁹⁴. Hors le cas des subventions, la jurisprudence s'en tient toutefois à une application quantitative du principe d'équivalence, craignant sans doute, non sans une certaine sagesse, de s'engager dans des appréciations trop ouvertement politiques. Un arbitre a même spécifiquement refusé la prise en compte des effets politiques de sanctions (sur l'État défendeur) :

« l'insistance avec laquelle le Brésil soutient que ses contre-mesures doivent avoir une "influence politique suffisante" à l'égard des États Unis pour les amener à retirer les subventions et à en éliminer les effets défavorables est déplacée. L'"efficacité" se rapporte à la capacité d'un Membre de recourir à la mesure corrective autorisée, de façon à ce que celle-ci puisse servir à inciter à la mise en conformité. Toutefois, la préférence d'un Membre pour un type particulier de contre-mesure, parce qu'il aurait un plus grand pouvoir de persuasion au sens politique, n'est pas une considération pertinente pour un arbitre dans le cadre de la présente procédure. »³⁹⁵

102. Procédure

S'il décide de faire usage de sanctions croisées (*infra*, n^{os} 103 et s.), le plaignant devra justifier son choix dans sa demande d'autorisation, qui sera également transmise aux conseils compétents (art. 22.3, e) MRD). L'arbitre est alors habilité à vérifier le respect des conditions de licéité de ces sanctions croisées (*supra*, n° 84).

2. L'autorisation des sanctions croisées

103. Principe de la cascade

Le plaignant doit d'abord chercher à suspendre des obligations relevant du même secteur que celui dans lequel les violations ont été constatées (art. 22.3, a) MRD).

L'article 22.3, f) MRD définit le terme « secteur ». Le commerce des marchandises forme un seul secteur. Le commerce des services est divisé en onze secteurs : services fournis aux entreprises, services de communication, services de construction et services d'ingénierie connexes, services de distribution, services d'éducation, services concernant l'environnement, services financiers, services de santé et services sociaux, services relatifs au tourisme et aux voyages, services récréatifs, culturels et sportifs, services de transports. Un douzième secteur comprend les

³⁹⁴ D. LUFF, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce – Analyse critique*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 954 (à propos des sanctions dans l'affaire *Hormones*, qui auraient fait échouer la conférence ministérielle de Seattle).

³⁹⁵ *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis I)*, 5.198 ; *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II)*, 5.198.

« autres services non compris ailleurs »³⁹⁶. Les droits de propriété intellectuelle sont divisés en neuf secteurs : chacun des droits de propriété intellectuelle reconnus (droit d’auteur, marques, indications géographiques, dessins et modèles, brevets, topographies de circuits intégrés et renseignements non divulgués) forme un secteur. Les règles relatives à la protection des droits intellectuels composent un secteur distinct, de même que les règles relatives à leur acquisition et à leur maintien (art. 22.3, f), iii) MRD)³⁹⁷.

S’il n’est pas possible ou efficace (*infra*, n^{os} 104 et s.) de suspendre les obligations au sein du même secteur, le plaignant peut demander la suspension de ses obligations résultant d’un secteur différent au sein du même Accord (art. 22.3, b) MRD). Eu égard à la définition du secteur, cette règle n’est utile qu’en matière de commerce des services et de propriété intellectuelle, le domaine du commerce des marchandises n’étant pas divisé en secteurs.

Pour le commerce des marchandises, le terme « Accord » vise tous les Accords formant l’annexe 1A du traité de Marrakech, soit le GATT et toutes ses annexes, ainsi que les Accords plurilatéraux lorsque les parties en litige les ont acceptés. Pour les services et les droits intellectuels, il s’agit respectivement de l’AGCS et de l’Accord ADPIC (art. 22.3, g) MRD).

S’il n’est pas possible ou efficace (*infra*, n^{os} 104 et s.) de suspendre les obligations résultant de l’Accord violé et que les circonstances sont suffisamment graves (*infra*, n^o 107), le plaignant peut être autorisé à suspendre ses obligations au titre d’un autre Accord (art. 22.3, c) MRD).

L’article 22.3 MRD établit donc un système de cascade ou une « hiérarchie »³⁹⁸ : les sanctions simples constituent le principe, les sanctions dans un autre secteur ne sont admises que subsidiairement, et les sanctions dans un autre Accord que plus subsidiairement encore³⁹⁹.

L’arbitrage opposant les Communautés européennes à l’Équateur au sujet des sanctions du différend *Bananes III* est le premier au cours duquel ces règles ont été appliquées⁴⁰⁰. Une

³⁹⁶ L’article 22.3, f), ii) MRD, qui renvoie au document *Classification sectorielle des services – note du secrétariat*, MTN.GNS/W/120, 10 juillet 1991.

³⁹⁷ D. PALMETER et P.C. MAVROIDIS, *Dispute Settlement in the World Trade Organization – Practice and Procedure*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2004, p. 275.

³⁹⁸ *États-Unis – Jeux* (article 22:6 – États-Unis), 4.19 ; B.I. BONAFÈ, « L’autorizzazione ad adottare contromisure nel quadro dell’Organizzazione mondiale del commercio: il requisito delle “circostanze sufficientemente gravi” », in A. LIGUSTRO et G. SACERDOTI (a cura di), *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell’economia. Liber amicorum in onore di Paolo Picone*, Naples, Editoriale scientifica, 2011, p. 499 et 501.

³⁹⁹ *CE – Bananes III (Équateur)* (article 22:6 – CE), 55 (« suite d’étapes ») ; *États-Unis – Jeux* (article 22:6 – États-Unis), 4.19 (« hiérarchie »), repris par *États-Unis – Coton upland* (article 22:6 – États-Unis I), 5.62 et par *États-Unis – Coton upland* (article 22:6 – États-Unis II), 5.62.

violation des règles dans le domaine des marchandises et des services a ainsi mené à une autorisation de suspendre des obligations au titre de l'Accord ADPIC⁴⁰¹. Plus tard, Antigua et Barbuda a aussi obtenu le droit de suspendre des obligations prévues par l'Accord ADPIC dans une affaire où la violation relevait de l'AGCS⁴⁰². Les règles relatives aux sanctions croisées ont aussi été examinées dans l'arbitrage *États-Unis – Coton upland*⁴⁰³.

104. Des sanctions simples ne sont pas « possibles » ou « efficaces »

Pour l'application de l'article 22.3, b) et c) MRD, les termes « possible » ou « efficace » s'entendent de manière alternative : les sanctions croisées sont autorisées dans les trois cas où une suspension simple n'est pas possible, pas efficace, et ni possible ni efficace⁴⁰⁴. Une interprétation cumulative n'admettant que le troisième cas aurait été contraire au texte, sans permettre de rencontrer l'objectif de mise en conformité poursuivi par le Mémoire d'accord⁴⁰⁵. En revanche, le droit de pratiquer des suspensions croisées ne nécessite pas la démonstration que les suspensions croisées seront, quant à elles, possibles et efficaces⁴⁰⁶.

Des sanctions portant sur les obligations d'un autre Accord ne sont pas autorisées s'il est possible et efficace de suspendre des obligations dans un autre secteur du même Accord⁴⁰⁷. Il faut donc examiner les conditions d'impossibilité et d'inefficacité au regard de toutes les

⁴⁰⁰ Sur les sanctions croisées en général, E. VRANES, « Principles and Emerging Problems of WTO Cross Retaliation – Some Comments on a new Enforcement Precedent », *EuZW*, 2001 (1), p. 10-15.

⁴⁰¹ *CE – Bananes III (Équateur) (article 22:6 – CE)*, 65-138.

⁴⁰² *États-Unis – Jeux (article 22:6 – États-Unis)*, 4.1-4.119.

⁴⁰³ *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis I)*, 5.1-5.236 ; *États-Unis – Coton upland (articles 22:6 et 7.10 – États-Unis)*, 5.1-5.236.

⁴⁰⁴ *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis I)*, 5.70 ; *États-Unis – Coton upland (articles 22:6 et 7.10 – États-Unis)*, 5.70. S. SHADIKHODJAEV, *Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, p. 68 ; L.E. SPADANO, « Cross-agreement retaliation in the WTO dispute settlement system: an important enforcement mechanism for developing countries? », *W.T.R.* 7(3), 2008, p. 526 ; D.J. TOWNSEND, « Stretching the Dispute Settlement Understanding: U.S.–Cotton's Relaxed Interpretation of Cross-Retaliation in the World Trade Organization », *Richmond Journ. of Global L. and Business* 9(2), 2010, p. 147.

⁴⁰⁵ *CE – Bananes III (Équateur) (article 22:6 – CE)*, 74, repris par *États-Unis – Jeux (article 22:6 – États-Unis)*, 4.29, 4.85. Pour la lecture du paragraphe cité de la décision *Bananes III*, on consultera de préférence la version anglaise du rapport (langue originale), car la traduction française ne rend pas adéquatement l'idée de l'arbitre. V. aussi E. VRANES, « Cross Retaliation under GATS and TRIPS – An Optimal Enforcement Device for Developing Countries? », in F. BREUSS, S. GRILLER et E. VRANES (eds), *The Banana Dispute – An Economic and Legal Analysis*, Vienne, Springer, 2003, p. 118 ; E. VRANES, « Principles and Emerging Problems of WTO Cross Retaliation – Some Comments on a new Enforcement Precedent », *EuZW*, 2001 (1), p. 12.

⁴⁰⁶ *CE – Bananes III (Équateur) (article 22:6 – CE)*, 77 et s., 127 ; L.E. SPADANO, « Cross-agreement retaliation in the WTO dispute settlement system: an important enforcement mechanism for developing countries? », *W.T.R.* 7(3), 2008, p. 526.

⁴⁰⁷ *États-Unis – Jeux (article 22:6 – États-Unis)*, 4.44-4.45 ; H. GROSSE RUSE-KHAN, « A Pirate of the Caribbean? The Attractions of Suspending TRIPS Obligations », *J.I.E.L.* 11(2), 2008, p. 344-345.

obligations de l'Accord violé, y compris les obligations générales, et non seulement des « concessions ». En ce qui concerne le commerce des marchandises, ceci a pour conséquence qu'en cas de violation d'une des annexes du GATT, la possibilité et l'efficacité des suspensions s'apprécie au regard de toutes les obligations du GATT et de ses annexes⁴⁰⁸, ce qui est très large.

Par rapport aux sanctions classiques consistant dans un relèvement des droits à l'importation de marchandises à la suite d'une suspension de l'obligation de consolidation, la suspension d'obligations résultant de l'AGCS (*infra*, n° 108) ou de l'Accord ADPIC (*infra*, n° 109) présentent des spécificités, dont il faut tenir compte lorsqu'on examine s'il est possible et efficace de suspendre les obligations résultant de ces Accords. Certaines de ces spécificités sont également présentes en cas de sanctions simples.

Enfin, l'arbitre peut tenir compte des sanctions autorisées dans un arbitrage connexe en évaluant les conditions d'efficacité et de possibilité au regard du montant cumulé des sanctions dans les deux procédures⁴⁰⁹.

105. Signification du terme « possible »

Le vocable « possible » employé à l'article 22.3, b) et c) est rendu en anglais par le terme « *practicable* ». La jurisprudence s'accorde sur le principe : une suspension d'obligations est « possible » lorsqu'elle peut « être mise en application dans la pratique » et qu'elle est « adaptée au cas d'espèce »⁴¹⁰.

Les nuances apparaissent au stade de l'application. Pour certains, l'augmentation de droits de douane sur des marchandises n'est possible que s'il existe des sources alternatives d'approvisionnement, à un prix inférieur ou égal, et sans qu'un changement de fournisseur implique des coûts de transition⁴¹¹. Par exemple, ce n'est pas le cas pour les livres, qui sont « par

⁴⁰⁸ *Contra* : S. SHADIKHODJAEV, *Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, p. 70.

⁴⁰⁹ *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis I)*, 5.96-5.101 ; *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II)*, 5.96-5.101.

⁴¹⁰ *CE – Bananes III (Équateur) (article 22:6 – CE)*, 70, repris par *États-Unis – Jeux (article 22:6 – États-Unis)*, 4.29-4.30, 4.84 ; *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis I)*, 5.71 et par *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II)*, 5.71. Th. SEBASTIAN, « The law of permissible WTO retaliation », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 120.

⁴¹¹ *CE – Bananes III (Équateur) (article 22:6 – CE)*, 93 et s. Dans le même sens, *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis I)*, 5.165 ; *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II)*, 5.165. R.E. HUDEC, « The Adequacy of WTO Dispute Settlement Remedies: A Developing Country Perspective », in B. HOEKMAN, A. MATTOO et P. ENGLISH (eds), *Development, Trade, and the WTO – A Handbook*, Washington DC, World Bank, 2002, p. 89.

définition, des produits entièrement différenciés »⁴¹². Par contre, on peut penser que des sources alternatives d'approvisionnement existent si la part des importations en provenance du défendeur dans les importations totales du plaignant pour les marchandises considérées est relativement faible ; un arbitre a basé son analyse sur un seuil de 20 %⁴¹³, jugé « *quite arbitrary* » par certains commentateurs⁴¹⁴. Pour les services, il faut que les services importés puissent être fournis par d'autres entreprises que celles du défendeur mais, contrairement à ce qu'indique l'arbitre *États-Unis – Jeux*, il ne paraît pas nécessaire que ces services puissent être fournis par des entreprises du plaignant⁴¹⁵.

Certains auteurs vont jusqu'à considérer que des sanctions simples ne sont pas possibles dès qu'elles auraient pour effet d'augmenter le prix des biens ou services visés sur le marché du plaignant⁴¹⁶. D'autres adoptent une approche plus stricte, car le risque d'une augmentation des prix est intrinsèquement lié aux sanctions, qu'elles soient simples ou croisées. Mais si les coûts des sanctions simples pour l'économie nationale du plaignant atteignent un certain seuil, on pourra considérer que de telles sanctions ne sont pas possibles⁴¹⁷.

Quoi qu'il en soit, l'arbitre est attentif aux possibilités concrètes de mise en œuvre, eu égard aux circonstances de fait et de droit (international et interne) : conséquences dommageables pour l'économie nationale du plaignant, en particulier s'il s'agit d'une petite économie⁴¹⁸, disproportion entre l'effet sur l'économie du plaignant et l'effet sur celle du défendeur⁴¹⁹, risque de violation des droits reconnus par d'autres traités (par exemple de protection des investissements) ou par la législation nationale à des opérateurs privés⁴²⁰, difficultés

⁴¹² *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis I)*, 5.172, 5.178 ; *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II)*, 5.172, 5.178.

⁴¹³ *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis I)*, 5.179-5.184 ; *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II)*, 5.179-5.184.

⁴¹⁴ G.M. GROSSMAN et A.O. SYKES, « 'Optimal' Retaliation in the WTO – a commentary on the *Upland Cotton Arbitration* », *W.T.R.* 10(1), 2011, p. 148.

⁴¹⁵ V. *États-Unis – Jeux (article 22:6 – États-Unis)*, 4.98.

⁴¹⁶ H. GROSSE RUSE-KHAN, « A Pirate of the Caribbean? The Attractions of Suspending TRIPS Obligations », *J.I.E.L.* 11(2), 2008, p. 344.

⁴¹⁷ *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis I)*, 5.130-5.133 ; *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II)*, 5.130-5.133.

⁴¹⁸ *États-Unis – Jeux (article 22:6 – États-Unis)*, 4.89 et s. ; A.E. APPLETON, « Preliminary thoughts on WTO retaliation in the services sector », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 610.

⁴¹⁹ *États-Unis – Jeux (article 22:6 – États-Unis)*, 4.87, 4.93-4.94, 4.97. Comp. *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis I)*, 5.139 et s., 5.199 et *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II)*, 5.139 et s., 5.199.

⁴²⁰ *États-Unis – Jeux (article 22:6 – États-Unis)*, 4.98.

administratives, impossibilité de contrôler certaines fournitures de services (en particulier en mode 1 – fourniture transfrontalière), etc.⁴²¹

A titre d'illustration, le Brésil détaille les raisons qui rendent difficile l'imposition de sanctions visant les biens d'équipement et les biens intermédiaires :

« outre les prix, les décisions relatives à l'achat de biens d'équipement ou de biens intermédiaires dépendent de plusieurs facteurs qui limitent fortement la capacité des producteurs de changer de fournisseurs, y compris les contrats à long terme qui ne peuvent pas être résiliés facilement ou sans lourdes sanctions pécuniaires, le fait que les biens d'équipement, en particulier, sont conçus pour répondre aux besoins spécifiques du producteur et sont commandés de nombreux mois, voire des années, à l'avance, le fait que dans la plupart des branches de production, les intrants doivent avoir les spécifications techniques exactes qui correspondent aux exigences des machines en place, ainsi que le fait que la protection de la propriété intellectuelle et le commerce intragroupe déterminent les décisions d'achat et limitent la capacité des producteurs de changer de fournisseurs. »⁴²²

Ceci convainc l'arbitre⁴²³, mais pas la doctrine, qui estime « *speculative* » une analyse visant de manière si générale cette catégorie très large de marchandises⁴²⁴.

Tout ceci dépend du montant à concurrence duquel la suspension d'obligations est accordée (*infra*, n^{os} 123 et s.), donc du montant de la réduction des avantages, qu'il convient en conséquence de déterminer en premier lieu⁴²⁵. A cet égard, le plaignant motive sa demande en fonction du niveau des sanctions qu'il demande. S'il conclut que ce niveau est plus bas que celui demandé par le plaignant (surtout si la différence est importante), l'arbitre considère que l'analyse du plaignant au sujet de la possibilité d'imposer des sanctions croisées ne peut pas avoir été objective. L'arbitre doit alors examiner lui-même la situation au regard de l'article 22.3 MRD, en tenant compte du niveau des sanctions qu'il a préalablement déterminé⁴²⁶.

⁴²¹ CE – Bananes III (Équateur) (article 22:6 – CE), 113-117 ; États-Unis – Jeux (article 22:6 – États-Unis), 4.97-4.98.

⁴²² États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis I), 5.145 ; États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II), 5.145.

⁴²³ États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis I), 5.153 ; États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II), 5.153.

⁴²⁴ G.M. GROSSMAN et A.O. SYKES, « 'Optimal' Retaliation in the WTO – a commentary on the Upland Cotton Arbitration », *W.T.R.* 10(1), 2011, p. 148.

⁴²⁵ États-Unis – Jeux (article 22:6 – États-Unis), 2.19, 4.22-4.25, 4.79 ; États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II), 2.4.

⁴²⁶ États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis I), 5.102-5.108, 5.128-5.129 ; États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II), 5.102-5.108, 5.128-2.129.

106. Signification du terme « efficace »

Le mot « efficace » (« *effective* ») signifie que le plaignant peut choisir la suspension qui aura un effet important, dans une optique de contraindre à la conformité⁴²⁷. En présence d'un « grand déséquilibre » économique entre les parties en cause, l'arbitre *Bananes III* a estimé que l'efficacité consiste pour le plaignant (petit et faible) à choisir la suspension qui lui sera le moins dommageable⁴²⁸, ce qui signifie que les suspensions causant plus de tort au plaignant que les suspensions croisées ne sont pas considérées comme efficaces⁴²⁹. Cette position est assurément très souple. L'arbitre *États-Unis – Jeux* s'est montré plus exigeant ; après avoir rappelé le raisonnement de son prédécesseur, il écrit :

« Cependant, nous pensons, comme les États-Unis, que des déclarations générales relatives à la taille de l'économie de la partie plaignante ou à la taille relative des économies des deux parties ne justifient pas que l'on s'écarte des prescriptions de l'article 22:3 du Mémorandum d'accord. En fait, la partie plaignante est tenue, dans tous les cas, de suivre l'ordre précis des étapes prévues dans cette disposition et d'établir une détermination concernant chacun de ses éléments si cela est pertinent. Dans ce contexte, il serait nécessaire, selon nous, d'expliquer en quoi ces circonstances influent sur le caractère possible ou efficace de la suspension proposée, pour que ces considérations étayent valablement une détermination qu'il n'est pas possible ou efficace de suspendre des concessions ou d'autres obligations dans d'autres secteurs au titre du même accord au sens de l'article 22:3. »⁴³⁰

L'arbitre *Coton upland* a aussi rejeté la possibilité de choisir la sanction la moins dommageable⁴³¹, mais il accepte comme inefficace la sanction qui serait moins dommageable au défendeur qu'au plaignant⁴³².

Constitue un autre indice d'inefficacité le fait qu'une suspension particulière ne viserait qu'une petite partie des exportations du défendeur (moins de 0,1 % en l'espèce), si bien qu'elle aurait

⁴²⁷ CE – *Bananes III* (Équateur) (article 22:6 – CE), 72, 76 ; *États-Unis – Coton upland* (article 22:6 – États-Unis I), 5.81 ; *États-Unis – Coton upland* (article 22:6 – États-Unis II), 5.81. R.E. HUDEC voit dans ce considérant une référence à l'impact « politique » de la sanction (« The Adequacy of WTO Dispute Settlement Remedies: A Developing Country Perspective », in B. HOEKMAN, A. MATTOO et P. ENGLISH (eds), *Development, Trade, and the WTO – A Handbook*, Washington DC, World Bank, 2002, p. 89). La même idée est reprise par *États-Unis – Jeux* (article 22:6 – États-Unis), 4.29, 4.84 (il convient de se référer au texte anglais du § 4.29, la traduction française comportant une erreur au deuxième tiret).

⁴²⁸ CE – *Bananes III* (Équateur) (article 22:6 – CE), 73.

⁴²⁹ E. VRANES, « Cross Retaliation under GATS and TRIPS – An Optimal Enforcement Device for Developing Countries? », in F. BREUSS, S. GRILLER et E. VRANES (eds), *The Banana Dispute – An Economic and Legal Analysis*, Vienne, Springer, 2003, p. 119.

⁴³⁰ *États-Unis – Jeux* (article 22:6 – États-Unis), 4.91. Sur ce débat, W. ZDOUC, « Cross-retaliation and suspension under the GATS and TRIPS agreements », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 520-521.

⁴³¹ *États-Unis – Coton upland* (article 22:6 – États-Unis I), 5.78 ; *États-Unis – Coton upland* (article 22:6 – États-Unis II), 5.78.

⁴³² *États-Unis – Coton upland* (article 22:6 – États-Unis I), 5.79 ; *États-Unis – Coton upland* (article 22:6 – États-Unis II), 5.79 ; G.M. GROSSMAN et A.O. SYKES, « 'Optimal' Retaliation in the WTO – a commentary on the Upland Cotton Arbitration », *W.T.R.* 10(1), 2011, p. 147.

un effet négligeable sur la demande des biens visés⁴³³. Ce critère n'est pas toujours appliqué de manière très cohérente, et l'arbitre n'explique pas nécessairement les distinguos qu'il établit. Ainsi, l'arbitre *CE – Bananes III (Équateur)* retient cet élément pour les biens d'équipement et les produits primaires, mais il ne l'applique pas aux biens de consommation, pour lesquels il juge qu'une suspension d'obligations serait possible et efficace. Pourtant, la part de l'Équateur dans les exportations de biens de consommations au départ des Communautés européennes n'est pas significativement plus importante que pour les biens d'équipement⁴³⁴. À la décharge de l'arbitre, il semble que l'Équateur n'avait pas réellement argumenté sur ce point⁴³⁵.

Evidemment, lorsque, dans le secteur en question, la valeur des importations du plaignant est inférieure au montant de la réduction des avantages, des sanctions croisées doivent être autorisées si elles sont demandées, d'ailleurs davantage en vertu de la règle d'équivalence que sur la base de l'impossibilité ou de l'inefficacité des sanctions simples⁴³⁶.

107. Circonstances suffisamment graves

Pour suspendre des obligations résultant d'un autre Accord, les « circonstances » doivent être « suffisamment graves », ce qui constitue une condition supplémentaire par rapport aux suspensions intersectorielles⁴³⁷. Elle se cumule donc avec celle de l'impossibilité ou de l'efficacité (*supra*, n^{os} 104 et s.)⁴³⁸.

⁴³³ *CE – Bananes III (Équateur)* (article 22:6 – CE), 95 ; *États-Unis – Jeux* (article 22:6 – États-Unis), 4.59 ; A.E. APPLETON, « Preliminary thoughts on WTO retaliation in the services sector », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 610.

⁴³⁴ Sur ce défaut de cohérence et de motivation, v. R.E. HUDEC, « The Adequacy of WTO Dispute Settlement Remedies: A Developing Country Perspective », in B. HOEKMAN, A. MATTOO et P. ENGLISH (eds), *Development, Trade, and the WTO – A Handbook*, Washington DC, World Bank, 2002, p. 90; Th. SEBASTIAN, « The law of permissible WTO retaliation », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 122; ; L.E. SPADANO, « Cross-agreement retaliation in the WTO dispute settlement system: an important enforcement mechanism for developing countries? », *W.T.R.* 7(3), 2008, p. 527. Au sujet du fondement mercantiliste de cette distinction, P.C. MAVROIDIS, « Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place », *E.J.I.L.*, 2000, p. 806. Pour une critique similaire dans l'affaire *Coton upland*, G.M. GROSSMAN et A.O. SYKES, « 'Optimal' Retaliation in the WTO – a commentary on the *Upland Cotton* Arbitration », *W.T.R.* 10(1), 2011, p. 148.

⁴³⁵ *CE – Bananes III (Équateur)* (article 22:6 – CE), 100.

⁴³⁶ V. *États-Unis – Jeux* (article 22:6 – États-Unis), 4.24, 4.55-4.60. Comp. *ibid.*, 4.78-4.82. L'arbitre traite la question sous l'angle de la possibilité et de l'efficacité. Comp. *États-Unis – Coton upland* (article 22:6 – États-Unis I), 5.73 et *États-Unis – Coton upland* (article 22:6 – États-Unis II), 5.73.

⁴³⁷ *CE – Bananes III (Équateur)* (article 22:6 – CE), 80. En doctrine, B.I. BONAFÈ, « L'autorizzazione ad adottare contromisure nel quadro dell'Organizzazione mondiale del commercio: il requisito delle "circostanze sufficientemente gravi" », in A. LIGUSTRO et G. SACERDOTI (a cura di), *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia. Liber amicorum in onore di Paolo Picone*, Naples, Editoriale scientifica, 2011, p. 501 ; Th. SEBASTIAN, « The law of permissible WTO retaliation », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The*

Du temps du GATT, alors que l'Accord ne portait que sur les marchandises, ce qui exclut d'emblée la possibilité de sanctions croisées au sens où l'OMC les entend, l'exigence de telles circonstances « suffisamment graves » existait pour toutes les suspensions d'obligations (art. XXIII.2 GATT de 1947)⁴³⁹. Le consensus s'était fait sur l'explication suivante :

« The Working Party considered that the requirement in paragraph 2 of the Article that the circumstances must be "serious enough" limits the possibility of authorizing a contracting party or parties to take appropriate retaliatory action to cases where endeavours to solve the problem through the withdrawal of the measures causing the damage, the substitution of other concessions, or some other appropriate action have not proved to be possible, and where there is considered to be a substantial justification for retaliatory action, as in cases in which such authorization appears to be the only means either of preventing serious economic consequences to the country for which a benefit has been nullified or impaired, or the only means of restoring the original situation. »⁴⁴⁰

C'était une manière d'affirmer que la suspension d'obligations n'était conçue que comme une solution de dernier recours (*supra*, n° 55).

Le Mémoire d'accord n'est guère explicite quant aux circonstances dont il faut tenir compte. Les éléments indiqués à l'article 22.3, d) fournissent une « indication contextuelle »⁴⁴¹, sans toutefois que l'analyse doive se limiter à ces éléments⁴⁴².

Une forte inégalité de la condition économique des États parties importe pour l'appréciation de l'existence de circonstances graves⁴⁴³. Certaines caractéristiques de l'économie du plaignant peuvent aussi jouer un rôle : quantité limitée de terres arables, faible diversification sectorielle, vulnérabilité aux conditions climatiques, structure du marché du travail⁴⁴⁴. La nature et effets de la violation⁴⁴⁵, ainsi que les conséquences de la suspension d'obligations sur le plaignant peuvent

Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement, Cambridge University Press, 2010, p. 122-123.

⁴³⁸ *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis I)*, 5.68 ; *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II)*, 5.68.

⁴³⁹ S. SHADIKHODJAEV, *Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, p. 93.

⁴⁴⁰ *Report of review working party IV on organizational and functional questions* (as approved by the CONTRACTING PARTIES on 28 February, 5 and 7 March 1955), L/327/Rev.1, 4 avril 1955, p. 19.

⁴⁴¹ *États-Unis – Jeux (article 22:6 – États-Unis)*, 4.107. V. aussi *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis I)*, 5.82-5.83 et *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II)*, 5.82-5.83.

⁴⁴² *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis I)*, 5.215 ; *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II)*, 5.215.

⁴⁴³ *CE – Bananes III (Équateur) (article 22:6 – CE)*, 125 et s. ; *États-Unis – Jeux (article 22:6 – États-Unis)*, 4.107 et s. ; E. VRANES, « Cross Retaliation under GATS and TRIPS – An Optimal Enforcement Device for Developing Countries? », in F. BREUSS, S. GRILLER et E. VRANES (eds), *The Banana Dispute – An Economic and Legal Analysis*, Vienne, Springer, 2003, p. 120 et s.

⁴⁴⁴ *États-Unis – Jeux (article 22:6 – États-Unis)*, 4.110, 4.113.

⁴⁴⁵ *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis I)*, 5.218-5.219 ; *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II)*, 5.218-5.219.

enfin entrer dans la réflexion⁴⁴⁶. Mais ce ne sont là que des exemples de circonstances dont l'arbitre peut tenir compte ; la référence à des « circonstances suffisamment graves », non autrement déterminées, doit justement permettre une certaine « flexibilité » dans l'approche de l'arbitre⁴⁴⁷.

Le critère des circonstances suffisamment graves demeure donc assez flou⁴⁴⁸, et il n'a jamais constitué un obstacle à l'autorisation de sanctions croisées. On a vu dans cette jurisprudence, pas trop exigeante, un certain « encouragement » adressé aux (petits) pays en développement de recourir aux sanctions croisées⁴⁴⁹. Voilà qui contraste avec l'idée initiale des sanctions croisées, plutôt conçues comme une technique destinée à les contraindre au bénéfice des pays développés⁴⁵⁰.

Ce critère est aussi une manière d'inclure des éléments qualitatifs dans la détermination des sanctions, qui viennent quelque peu contrebalancer la rigueur de la règle d'équivalence (*infra*, n^{os} 124 et s.) (quoiqu'à propos du choix des obligations suspendues et non du niveau de la suspension) ; il permet notamment à l'arbitre de tenir compte des effets sociaux (par exemple sur les travailleurs) de la violation et de la sanction⁴⁵¹. B. Bonafè suggère qu'interprété à la lumière de l'exigence de proportionnalité que doivent respecter les contre-mesures du droit international général, le critère de gravité pourrait même à l'avenir, si l'objectif de mise en conformité le requiert en raison de circonstances économiques particulières, autoriser des

⁴⁴⁶ États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis I), 5.221 ; États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II), 5.221.

⁴⁴⁷ États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis I), 5.84 ; États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II), 5.84.

⁴⁴⁸ B.I. BONAFÈ, « L'autorizzazione ad adottare contromisure nel quadro dell'Organizzazione mondiale del commercio: il requisito delle "circostanze sufficientemente gravi" », in A. LIGUSTRO et G. SACERDOTI (a cura di), *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia. Liber amicorum in onore di Paolo Picone*, Naples, Editoriale scientifica, 2011, p. 505 ; G.M. GROSSMAN et A.O. SYKES, « 'Optimal' Retaliation in the WTO – a commentary on the Upland Cotton Arbitration », *W.T.R.* 10(1), 2011, p. 149.

⁴⁴⁹ R.E. HUDEC, « The Adequacy of WTO Dispute Settlement Remedies: A Developing Country Perspective », in B. HOEKMAN, A. MATTOO et P. ENGLISH (eds), *Development, Trade, and the WTO – A Handbook*, Washington DC, World Bank, 2002, p. 90 ; L.E. SPADANO, « Cross-agreement retaliation in the WTO dispute settlement system: an important enforcement mechanism for developing countries? », *W.T.R.* 7(3), 2008, p. 530-531.

⁴⁵⁰ E. VRANES, « Principles and Emerging Problems of WTO Cross Retaliation – Some Comments on a new Enforcement Precedent », *EuZW*, 2001 (1), p. 11.

⁴⁵¹ Sur ce thème, B.I. BONAFÈ, « L'autorizzazione ad adottare contromisure nel quadro dell'Organizzazione mondiale del commercio: il requisito delle "circostanze sufficientemente gravi" », in A. LIGUSTRO et G. SACERDOTI (a cura di), *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia. Liber amicorum in onore di Paolo Picone*, Naples, Editoriale scientifica, 2011, p. 502 et s.

sanctions d'un montant supérieur à celui de l'effet de la violation⁴⁵². Ce serait assurément une utilisation du critère de gravité très différente de celle qu'on trouve aujourd'hui dans la jurisprudence qui, comme l'y invite le texte du Mémoire d'accord, ne le prend en compte qu'au stade de l'examen du choix des obligations suspendues, et non lorsqu'il s'agit de déterminer le montant des sanctions.

108. Spécificité de la suspension d'obligations de l'AGCS

A ce jour, l'autorisation de suspendre des obligations de l'AGCS n'a été accordée qu'à deux reprises, dans les affaires *Bananes III*⁴⁵³ et *États-Unis – Coton upland*⁴⁵⁴. La question d'une telle suspension a aussi été abordée dans le différend *États-Unis – Jeux*, mais le plaignant ne semble pas avoir demandé l'autorisation de suspendre des obligations après l'arbitrage.

Les arbitres *Bananes III* et *Coton upland* ont estimé qu'une suspension relative à un secteur de l'AGCS n'ayant pas fait l'objet d'une consolidation ne peut être considérée comme possible⁴⁵⁵. Ce raisonnement ne paraît guère fondé. D'une part, en tant qu'il vise une suspension de l'obligation spécifique résultant de la consolidation, ce n'est pas tant la suspension qui est impossible, mais l'obligation qui est inexistante. D'autre part, comme l'a constaté l'arbitre *États-Unis – Jeux*, d'autres obligations existent, même en l'absence de consolidation, et on pourrait concevoir de les suspendre. Ces obligations sont nombreuses, mais la plus évidente (et celle dont la suspension est la plus efficace) est la clause NPF, à moins que les listes de l'État plaignant ne contiennent une exception à son sujet⁴⁵⁶. Par exemple, l'État plaignant pourrait taxer plus lourdement les prestataires de services relevant de l'État défendeur, voire leur interdire de fournir des services aux nationaux du plaignant ou interdire à ces nationaux de consommer ces services.

⁴⁵² B.I. BONAË, « L'autorizzazione ad adottare contromisure nel quadro dell'Organizzazione mondiale del commercio: il requisito delle "circostanze sufficientemente gravi" », in A. LIGUSTRO et G. SACERDOTI (a cura di), *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia. Liber amicorum in onore di Paolo Picone*, Naples, Editoriale scientifica, 2011, p. 512.

⁴⁵³ *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes* – Recours de l'Équateur à l'article 22:7 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS27/54, 8 mai 2000, p. 2 ; procès-verbal de la réunion de l'ORD du 18 mai 2000, WT/DSB/M/80, 26 juin 2000, p. 9-11.

⁴⁵⁴ *États-Unis – Subventions concernant le coton upland* – Recours du Brésil à l'article 4.10 de l'Accord SMC et à l'article 22:7 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends ; WT/DS267/41, 9 novembre 2009 ; procès-verbal de la réunion de l'ORD du 19 novembre 2009, WT/DSB/M/276, 29 janvier 2010, p. 19-20.

⁴⁵⁵ *CE – Bananes III (Équateur) (article 22:6 – CE)*, 71, 103 et s. L'idée est reprise par *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis I)*, 5.72 et par *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II)*, 5.72.

⁴⁵⁶ *États-Unis – Jeux (article 22:6 – États-Unis)*, 4.44-4.45, 4.54, 4.58. V. aussi A.E. APPLETON, « Preliminary thoughts on WTO retaliation in the services sector », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 612-618, qui approuve cette décision.

Ceci suppose toutefois, évidemment, qu'existent des importations (significatives) dans le secteur en question⁴⁵⁷ et/ou que les secteurs visés soient à même d'exercer une pression significative sur les dirigeants de leur État⁴⁵⁸. Si des concessions ont été faites à propos de certains services, une suspension de l'obligation NPF à propos de ces services nécessite sans doute, pour être effective, d'être accompagnée d'une suspension des concessions y afférentes⁴⁵⁹.

La possibilité et l'efficacité s'apprécient au regard du contexte et des autres engagements du plaignant⁴⁶⁰. Le raisonnement diffère en fonction du mode de prestation envisagé⁴⁶¹. Il n'est souvent pas possible, en pratique, d'empêcher ou de taxer les services fournis selon les premier et deuxième modes (fourniture transfrontière et consommation à l'étranger)⁴⁶². De même, il peut être impossible de suspendre des obligations relatives au troisième mode de prestation de services (présence commerciale à l'étranger) eu égard aux répercussions d'une telle mesure sur les entreprises et (donc) sur l'attractivité du plaignant⁴⁶³. Il n'est pas efficace de suspendre des obligations relatives à un mode de prestation de services si les mêmes services peuvent être fournis par le biais d'un autre mode⁴⁶⁴, mais on peut alors songer à suspendre les obligations afférentes à plusieurs modes de fourniture. Dans tous les cas, il faut que le plaignant puisse assurer que l'équivalence est respectée, ce qui peut être ardu pour certains types d'obstacles auxquels on pourrait songer pour mettre en œuvre la suspension, notamment par manque de

⁴⁵⁷ *États-Unis – Jeux* (article 22:6 – *États-Unis*), 4.59.

⁴⁵⁸ A.E. APPLETON, « Preliminary thoughts on WTO retaliation in the services sector », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 621.

⁴⁵⁹ A.E. APPLETON, « Preliminary thoughts on WTO retaliation in the services sector », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 618.

⁴⁶⁰ *CE – Bananes III (Équateur)* (article 22:6 – CE), 118.

⁴⁶¹ A.E. APPLETON, « Preliminary thoughts on WTO retaliation in the services sector », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 600-612.

⁴⁶² *CE – Bananes III (Équateur)* (article 22:6 – CE), 115 ; A.E. APPLETON, « Preliminary thoughts on WTO retaliation in the services sector », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 603, 605.

⁴⁶³ *CE – Bananes III (Équateur)* (article 22:6 – CE), 110 et s. ; W. ZDOUC, « Cross-retaliation and suspension under the GATS and TRIPS agreements », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 531-532.

⁴⁶⁴ *CE – Bananes III (Équateur)* (article 22:6 – CE), 116 et s. ; A.E. APPLETON, « Preliminary thoughts on WTO retaliation in the services sector », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 603, 606 ; W. ZDOUC, « Cross-retaliation and suspension under the GATS and TRIPS agreements », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 531.

statistiques ou en raison de la difficulté de calculer la valeur des échanges suspendus⁴⁶⁵. Enfin, la suspension d'obligations à l'égard d'investisseurs déjà établis sur le territoire du plaignant pourrait être contraire à d'autres règles, et en particulier aux traités de protection des investissements⁴⁶⁶.

109. Spécificités de la suspension d'obligations de l'Accord ADPIC

A ce jour, la suspension d'obligations au titre de l'Accord ADPIC n'a été examinée par des arbitres que dans le cadre des sanctions croisées.

Le principe est simple : s'il reçoit l'autorisation de l'ORD, l'État plaignant n'est temporairement plus lié, vis-à-vis du défendeur, par ses obligations au titre de l'Accord ADPIC qui ont été suspendues. Ni plus, ni moins. De ce point de vue formel, la suspension d'obligations au titre de l'Accord ADPIC est une sanction comme les autres. Certes,

« l'atteinte à des droits de propriété privés d'individus ou d'entreprises peut être perçue comme plus importante dans le cas de l'Accord sur les ADPIC, vu les possibilités quasiment illimitées de copier des phonogrammes ou d'utiliser d'autres droits de propriété intellectuelle. Les producteurs de marchandises et les fournisseurs de services qui sont affectés par la suspension de concessions ou d'autres obligations dans le cadre du GATT ou de l'AGCS peuvent cependant cesser d'exporter vers le Membre imposant cette suspension. »⁴⁶⁷

Mais ceci ne rend pas intrinsèquement plus sévères les sanctions tirées d'une suspension de l'Accord ADPIC :

« il n'y a pas, dans le Mémoire d'accord, de hiérarchie générale en ce qui concerne la suspension dans divers secteurs ou au titre de divers Accords de l'OMC, qui fait que nous devrions supposer qu'une suspension d'obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC serait intrinsèquement plus préjudiciable qu'une autre pour le Membre défendeur. »⁴⁶⁸

Ceci étant, les trois différends tranchés à ce sujet, ainsi que la réflexion doctrinale dont l'abondance contraste avec l'absence d'application de telles sanctions dans la pratique, ont mis en lumière de nombreuses difficultés. L'arbitre de l'affaire *Bananes III*, qui fut le premier à autoriser une suspension de l'Accord ADPIC, a d'ailleurs veillé à inclure dans sa sentence des

⁴⁶⁵ A.E. APPLETON, « Preliminary thoughts on WTO retaliation in the services sector », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 602-603, 605, 607-608.

⁴⁶⁶ W. ZDOUC, « Cross-retaliation and suspension under the GATS and TRIPS agreements », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 532.

⁴⁶⁷ CE – *Bananes III* (Équateur) (article 22:6 – CE), 157.

⁴⁶⁸ États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis I), 5.224 ; États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II), 5.224.

« remarques » mettant l'Équateur en garde contre les dangers (juridiques) d'une telle suspension⁴⁶⁹. Les arbitres ultérieurs se sont référés à ces explications⁴⁷⁰.

Pour tenter de résumer les études fouillées consacrées à cette question, ces difficultés peuvent être regroupées en trois catégories générales, étant entendu que des problèmes spécifiques peuvent se poser en fonction de la nature du droit suspendu⁴⁷¹ et du type de mesure interne transposant la suspension⁴⁷². Il s'agit d'abord du respect, par l'État qui imposerait de telles sanctions, du droit de l'OMC lui-même, ensuite du respect des normes contenues dans d'autres systèmes juridiques, et enfin de difficultés techniques et pratiques.

La mise en œuvre d'une suspension d'obligations au titre de l'Accord ADPIC, à titre de sanctions simples ou croisées, ne peut pas être l'occasion pour le plaignant de violer ses obligations (au-delà de la « violation » autorisée par l'ORD)⁴⁷³. En conséquence, une suspension ne peut viser que les droits intellectuels détenus par des ressortissants du défendeur⁴⁷⁴. On trouve ici un problème de même nature que celui de l'origine des marchandises, mais dont le règlement n'est pas assuré par des « règles d'origine » précises. L'article 1.3 ADPIC, et sa note de bas de page 1 définissant le « ressortissant », donnent une indication⁴⁷⁵ et la jurisprudence s'est penchée sur certains aspects de cette question⁴⁷⁶. Différentes hypothèses problématiques peuvent se poser, en particulier lorsque le droit (ou certaines composantes de celui-ci) est détenu par plusieurs personnes de nationalités différentes⁴⁷⁷ ou lorsqu'il appartient à des sociétés dont le rattachement étatique n'est pas évident.

⁴⁶⁹ CE – Bananes III (Équateur) (article 22:6 – CE), 139-165.

⁴⁷⁰ États-Unis – Jeux (article 22:6 – États-Unis), 5.11 ; États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis I), 5.233 ; États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II), 5.233.

⁴⁷¹ Pour un examen au regard de chaque secteur de l'Accord ADPIC, F.M. ABBOTT, « Cross-retaliation in TRIPS: issues of law and practice », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 564-577.

⁴⁷² Pour un aperçu de différents types de mesures internes possibles, G.L. SLATER, « The Suspension of Intellectual Property Obligations Under TRIPS: A Proposal for Retaliating Against Technology-Exporting Countries in the World Trade Organization », *Georgetown L. Journ.* 97, 2009, p. 1385-1408 ; A. SUBRAMANIAN et J. WATAL, « Can TRIPS Serve as an Enforcement Device for Developing Countries in the WTO? », *J.I.E.L.* 3(3), 2000, p. 412-413.

⁴⁷³ CE – Bananes III (Équateur) (article 22:6 – CE), 147.

⁴⁷⁴ CE – Bananes III (Équateur) (article 22:6 – CE), 141.

⁴⁷⁵ CE – Bananes III (Équateur) (article 22:6 – CE), 140-142, qui s'y réfère.

⁴⁷⁶ F.M. ABBOTT, « Cross-retaliation in TRIPS: issues of law and practice », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 563-564 et les références citées.

⁴⁷⁷ CE – Bananes III (Équateur) (article 22:6 – CE), 144.

En outre, les droits intellectuels suspendus restent en vigueur dans les États membres n'ayant pas obtenu d'autorisation de suspension, de même que les obligations de ces États membres en vertu de l'Accord ADPIC⁴⁷⁸, ce qui pourrait gêner l'exportation des produits vendus grâce à la suspension des droits intellectuels. Certes, une exportation vers un État où ces droits ne sont pas protégés demeure possible⁴⁷⁹. Dans les autres cas, il faudra se demander si les produits fabriqués sur la base de la suspension (donc sans violation des règles de l'OMC, mais aussi sans le consentement du titulaire du droit), sont considérés comme des biens contrefaits dans le pays d'importation, au regard de dispositions du droit l'OMC, par exemple de cette définition des « marchandises pirates » :

« toutes les copies faites sans le consentement du détenteur du droit ou d'une personne dûment autorisée par lui dans le pays de production et qui sont faites directement ou indirectement à partir d'un article dans les cas où la réalisation de ces copies aurait constitué une atteinte au droit d'auteur ou à un droit connexe en vertu de la législation du pays d'importation. » (art. 51, note 14, ADPIC)⁴⁸⁰

mais aussi des règles d'épuisement des droits, dont il faudra trancher si elles s'appliquent aux seuls produits commercialisés avec le consentement et/ou la rémunération de son titulaire, ou à tout produit commercialisé sans violation du droit intellectuel⁴⁸¹. Certains États ont aussi adopté, dans cette matière, des lois « extraterritoriales » qui protègent les droits intellectuels même si le lien avec leur territoire est (très) ténu, ce qui peut induire le risque de litiges même pour des utilisations du droit intellectuel qui semblent *a priori* localisées dans l'État plaignant⁴⁸². En pratique à tout le moins, la commercialisation des produits fabriqués sur la base de la suspension semble devoir, le plus souvent, être limitée au territoire du plaignant⁴⁸³, ce qui soulève des doutes sur son efficacité lorsque le plaignant est un petit pays.

⁴⁷⁸ CE – Bananes III (Équateur) (article 22:6 – CE), 153 et s.

⁴⁷⁹ H. GROSSE RUSE-KHAN, « A Pirate of the Caribbean? The Attractions of Suspending TRIPS Obligations », *J.I.E.L.* 11(2), 2008, p. 354.

⁴⁸⁰ Un arbitre répond positivement : CE – Bananes III (Équateur) (article 22:6 – CE), 154-155.

⁴⁸¹ Sur cette question, F.M. ABBOTT, « Cross-retaliation in TRIPS: issues of law and practice », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 568-569 ; H. GROSSE RUSE-KHAN, « A Pirate of the Caribbean? The Attractions of Suspending TRIPS Obligations », *J.I.E.L.* 11(2), 2008, p. 354 et s.

⁴⁸² V. H. GROSSE RUSE-KHAN, « A Pirate of the Caribbean? The Attractions of Suspending TRIPS Obligations », *J.I.E.L.* 11(2), 2008, p. 349 et s.

⁴⁸³ H. GROSSE RUSE-KHAN, « A Pirate of the Caribbean? The Attractions of Suspending TRIPS Obligations », *J.I.E.L.* 11(2), 2008, p. 348 et s. ; L.E. SPADANO, « Cross-agreement retaliation in the WTO dispute settlement system: an important enforcement mechanism for developing countries? », *W.T.R.* 7(3), 2008, p. 537 ; E. VRANES, « Cross Retaliation under GATS and TRIPS – An Optimal Enforcement Device for Developing Countries? », in F. BREUSS, S. GRILLER et E. VRANES (eds), *The Banana Dispute – An Economic and Legal Analysis*, Vienne, Springer, 2003, p. 127-128. Comp. CE – Bananes III (Équateur) (article 22:6 – CE), 156.

L'État qui sanctionne doit aussi veiller à ce que les sanctions ne dépassent pas le montant maximal fixé par l'ORD. Les principes élaborés dans l'affaire *États-Unis – Article 110 5*), *Loi sur le droit d'auteur* en ce qui concerne le calcul du montant de la réduction des avantages en cas de violation de l'accord ADPIC (*infra*, n° 131) sont transposables pour calculer la valeur des obligations suspendues, mais ils ne couvrent pas toutes les formes dans lesquelles la suspension est mise en œuvre en droit interne⁴⁸⁴. L'État doit aussi prévoir un mécanisme permettant de rétablir les droits intellectuels une fois atteint le maximum des sanctions, ou réalisée la mise en conformité⁴⁸⁵. Pour répondre à ces préoccupations, l'Équateur a proposé un système de licences accordées par le gouvernement et révocables à tout moment⁴⁸⁶, ce qui n'est cependant pas idéal du point de vue de la sécurité juridique nécessaire à l'investissement et demandée par les opérateurs économiques.

Le deuxième problème spécifique aux suspensions de l'Accord ADPIC concerne leurs relations avec d'autres normes juridiques. Il provient en partie de la structure de l'Accord : construit par référence à des conventions internationales en matière de propriété intellectuelle administrées par l'OMPI (citées à l'article 2.2 ADPIC, ci-après les « conventions de l'OMPI »), il ajoute en quelque sorte une seconde source à des obligations internationales préexistantes. On peut dès lors se demander si une suspension d'obligations de l'Accord ADPIC entraîne aussi une suspension des obligations des conventions de l'OMPI, ou si au contraire les obligations résultant de ces conventions restent en vigueur, ce qui impliquerait que la mise en œuvre de sanctions conformes au droit de l'OMC constituerait une violation de ces conventions. On pourrait consacrer un ouvrage entier à ce problème. L'arbitre *Bananes III* l'a soulevé, mais s'est abstenu de prendre position au sujet d'éventuelles violations de traités autres que celui de l'OMC⁴⁸⁷. La doctrine développe divers raisonnements aboutissant généralement, en droit à la licéité, et/ou en pratique à l'improbabilité d'une condamnation, au regard des conventions de l'OMPI, des suspensions autorisées par l'ORD⁴⁸⁸. Notamment, elle remarque que

⁴⁸⁴ Sur la valeur des droits de propriété intellectuelle dans ce contexte, v. F.M. ABBOTT, « Cross-retaliation in TRIPS: issues of law and practice », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 560-563 ; W. ZDOUC, « Cross-retaliation and suspension under the GATS and TRIPS agreements », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 528-530 et les références citées.

⁴⁸⁵ Sur ces points, L.E. SPADANO, « Cross-agreement retaliation in the WTO dispute settlement system: an important enforcement mechanism for developing countries? », *W.T.R.* 7(3), 2008, p. 538-539.

⁴⁸⁶ *CE – Bananes III (Équateur) (article 22:6 – CE)*, 161.

⁴⁸⁷ *CE – Bananes III (Équateur) (article 22:6 – CE)*, 148 et s.

⁴⁸⁸ F.M. ABBOTT, « Cross-retaliation in TRIPS: issues of law and practice », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010,

l'article 2.2 ADPIC précise que les parties I à IV de l'ADPIC ne dérogent pas aux obligations des États membres résultant des quatre conventions de l'OMPI, alors que l'article 64 ADPIC qui, par renvoi au Mémoire d'accord, permet la suspension d'obligations, se trouve dans la partie V. Les principes de *lex posterior* et de *lex specialis* sont aussi invoqués. En outre, un conflit peut naître avec d'autres normes internationales, par exemple des traités de protection des investissements ou des accords régionaux contenant des clauses « ADPIC + »⁴⁸⁹. Enfin, la suspension pourrait violer le droit interne de l'État qui sanctionne, les droits intellectuels étant une forme de propriété ou à tout le moins des droits subjectifs – le préambule de l'Accord parle de « droits privés » –, souvent mieux protégés (par exemple par une disposition constitutionnelle) que le traitement fiscal d'une opération, toujours susceptible d'être modifié pour l'avenir⁴⁹⁰. La règle interne mettant en œuvre la suspension pourrait alors être annulée à la suite d'un recours de droit interne⁴⁹¹.

Le troisième groupe de difficultés tient aux obstacles pratiques dans la mise en œuvre de la suspension des droits intellectuels. Certes, ce type de sanction offre certains avantages, notamment de ne pas nuire, en principe, à l'économie de l'État qui sanctionne (contrairement à une augmentation des droits de douane) et de toucher des secteurs économiques de pointe (technologies, pharmaceutique, etc.) aux lobbys puissants, qui convaincront d'autant plus rapidement le gouvernement adverse à réaliser la mise en conformité⁴⁹². Ceci étant, si ces

p. 552-556 ; H. GROSSE RUSE-KHAN, « A Pirate of the Caribbean? The Attractions of Suspending TRIPS Obligations », *J.I.E.L.* 11(2), 2008, p. 360-362 ; G.L. SLATER, « The Suspension of Intellectual Property Obligations Under TRIPS: A Proposal for Retaliating Against Technology-Exporting Countries in the World Trade Organization », *Georgetown L. Journ.* 97, 2009, p. 1375-1377 ; L.E. SPADANO, « Cross-agreement retaliation in the WTO dispute settlement system: an important enforcement mechanism for developing countries? », *W.T.R.* 7(3), 2008, p. 535-536 ; E. VRANES, « Cross Retaliation under GATS and TRIPS – An Optimal Enforcement Device for Developing Countries? », in F. BREUSS, S. GRILLER et E. VRANES (eds), *The Banana Dispute – An Economic and Legal Analysis*, Vienne, Springer, 2003, p. 122-127. Comp. W. ZDOUC, « Cross-retaliation and suspension under the GATS and TRIPS agreements », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 526-527.

⁴⁸⁹ F.M. ABBOTT, « Cross-retaliation in TRIPS: issues of law and practice », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 557-560.

⁴⁹⁰ Sur la particularité de l'Accord ADPIC à cet égard, F.M. ABBOTT, « Cross-retaliation in TRIPS: issues of law and practice », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 549-552. Sur le problème de l'« expropriation », *ibid.*, p. 583-584.

⁴⁹¹ L.E. SPADANO, « Cross-agreement retaliation in the WTO dispute settlement system: an important enforcement mechanism for developing countries? », *W.T.R.* 7(3), 2008, p. 534-535 ; A. SUBRAMANIAN et J. WATAL, « Can TRIPS Serve as an Enforcement Device for Developing Countries in the WTO? », *J.I.E.L.* 3(3), 2000, p. 408.

⁴⁹² F.M. ABBOTT, « Cross-retaliation in TRIPS: issues of law and practice », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010,

lobbys sont aussi puissants dans l'État *plaignant*, ils pourraient parvenir à l'empêcher de recourir à ce type de sanctions. Le copiage rendu licite par la suspension d'obligations nécessite souvent un savoir-faire ou des infrastructures, qui ne sont pas nécessairement disponibles dans l'État qui sanctionne. Au mieux, les acquérir nécessite un investissement en temps et en argent, que le caractère précaire de la suspension ne fait rien pour encourager⁴⁹³. Encore ceci peut-il dépendre du secteur dont il s'agit ou du type de droit intellectuel suspendu : par exemple, il est techniquement plus aisé de copier de la musique que de fabriquer des médicaments.

110. Invocation du droit interne

Les États ne peuvent, en règle, exciper de leur droit interne pour s'affranchir du respect du droit international. La règle de l'article 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités est une application de ce principe, qui lui-même est une condition d'efficacité, voire d'existence, du droit international⁴⁹⁴.

Rien n'interdit cependant au droit international d'accepter la prise en compte des « exigences » du droit interne pour l'application de ses propres règles. Cette matière en propose un exemple lorsque, pour déterminer le caractère possible ou efficace des sanctions, les arbitres examinent l'effet des normes internes au titre d'un élément de fait expliquant l'impossibilité ou l'inefficacité.

Ainsi, si la suspension d'obligations concerne le troisième mode de prestations de services, un traitement discriminatoire des investisseurs étrangers déjà établis dans l'État plaignant pourrait être contraire au

p. 546, 548-549 ; L.E. SPADANO, « Cross-agreement retaliation in the WTO dispute settlement system: an important enforcement mechanism for developing countries? », *W.T.R.* 7(3), 2008, p. 533-534 ; A. SUBRAMANIAN et J. WATAL, « Can TRIPS Serve as an Enforcement Device for Developing Countries in the WTO? », *J.I.E.L.* 3(3), 2000, p. 405-408 ; W. ZDOUC, « Cross-retaliation and suspension under the GATS and TRIPS agreements », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 525-526.

⁴⁹³ H. GROSSE RUSE-KHAN, « A Pirate of the Caribbean? The Attractions of Suspending TRIPS Obligations », *J.I.E.L.* 11(2), 2008, p. 352-354 ; G.L. SLATER, « The Suspension of Intellectual Property Obligations Under TRIPS: A Proposal for Retaliating Against Technology-Exporting Countries in the World Trade Organization », *Georgetown L. Journ.* 97, 2009, p. 1378-1379 ; L.E. SPADANO, « Cross-agreement retaliation in the WTO dispute settlement system: an important enforcement mechanism for developing countries? », *W.T.R.* 7(3), 2008, p. 539 ; E. VRANES, « Cross Retaliation under GATS and TRIPS – An Optimal Enforcement Device for Developing Countries? », in F. BREUSS, S. GRILLER et E. VRANES (eds), *The Banana Dispute – An Economic and Legal Analysis*, Vienne, Springer, 2003, p. 128.

⁴⁹⁴ V. J. VERHOEVEN, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 36.

« droit à l'égalité de traitement consacré dans la législation nationale ou les traités internationaux, et soulèveraient des difficultés administratives considérables »⁴⁹⁵.

Cet argument, parmi d'autres, justifie aux yeux de l'arbitre que la suspension d'obligations dans ce domaine ne soit pas possible et efficace.

La question se pose de manière similaire en ce qui concerne la suspension d'obligations de l'Accord ADPIC. L'arbitre *Bananes III* note que la suspension d'obligations relatives aux ADPIC peut aussi poser des « difficultés » liées aux droits subjectifs de particuliers (dans l'ordre interne du plaignant, voire du défendeur), mais décide qu'

« Il appartient bien entendu entièrement au Membre qui demande l'autorisation [de suspendre des obligations] de régler ces difficultés »⁴⁹⁶.

Cette appréciation évacue le problème un peu rapidement. En outre, elle n'est guère en phase avec celle retenue par le même arbitre pour la suspension de l'AGCS, même s'il est possible que les « difficultés » soient de nature ou d'ampleur différentes dans l'un et l'autre cas.

La prise en compte des nécessités du droit interne pour l'application du droit de l'OMC n'est pas une particularité des sanctions. On en trouve d'autres occurrences, par exemple dans la jurisprudence relative à la fixation du délai raisonnable de mise en conformité (art. 21.3 MRD)⁴⁹⁷ ou à l'article XX, d) du GATT.

111. Violations dans plusieurs secteurs

Lorsque, dans une même affaire, l'ORD a constaté des violations dans plusieurs secteurs, le plaignant peut demander l'autorisation de suspendre des obligations, pour la totalité du montant, dans l'un, plusieurs ou tous ces secteurs. La suspension est alors considérée comme simple, et non croisée⁴⁹⁸.

⁴⁹⁵ CE – *Bananes III* (Équateur) (article 22:6 – CE), 114.

⁴⁹⁶ CE – *Bananes III* (Équateur) (article 22:6 – CE), 158.

⁴⁹⁷ Not. *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes* – Arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, WT/DS27/15, 7 janvier 1998, 7, 9 et 19 ; *Canada – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques* – Arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, WT/DS114/13, 18 août 2000, 49-51. Pour un résumé de la jurisprudence, v. H. RUIZ FABRI, « Le contentieux de l'exécution dans le règlement des différends de l'OMC », *J.D.I.*, 2000, p. 616, 619-620.

⁴⁹⁸ CE – *Bananes III* (États-Unis) (article 22:6 – CE), 3.10. V. aussi CE – *Bananes III* (Équateur) (article 22:6 – CE), 63 ; D. PALMETER et P.C. MAVROIDIS, *Dispute Settlement in the World Trade Organization – Practice and Procedure*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2004, p. 276 ; S. SHADIKHODJAEV, *Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, p. 65.

Si une mesure de mise en conformité (imparfaite) a été prise, on tient compte de l'accord violé non par la mesure initiale, mais par la mesure soumise au groupe spécial de la conformité⁴⁹⁹. Le principe est le même pour le calcul de la réduction des avantages (*infra*, n° 131).

112. Cumul des sanctions simples et des sanctions croisées

Ces règles en cascade expliquent que les suspensions simples soient en principe exclusives des suspensions croisées. Les secondes ne sont en effet admissibles que si les premières sont impossibles ou inefficaces. Ainsi, on peut douter de la cohérence d'une demande de suspension dans chacun des trois Accords (sauf si tous trois ont été violés)⁵⁰⁰.

Deux facteurs peuvent cependant modifier cette analyse.

D'une part, il est possible que des suspensions simples soient possibles et efficaces à concurrence d'un certain montant et qu'elles deviennent impossibles au-delà⁵⁰¹. Dans ce cas, les sanctions croisées ne sont autorisées qu'à concurrence du montant qui dépasse la limite en-deçà de laquelle les sanctions simples sont possibles et efficaces⁵⁰². Alors que l'arbitre *Bananes III* laisse au plaignant la responsabilité d'apprécier cette limite⁵⁰³, celui de l'affaire *États-Unis – Coton upland*, qui détermine un niveau de sanction variant d'année en année (*infra*, n° 141 et s.), fixe le montant de suspensions au-delà duquel le recours à des sanctions croisées devient admissible⁵⁰⁴. Ce seuil est lui-même variable, selon une formule fixée par l'arbitre⁵⁰⁵.

D'autre part, si les sanctions sont maintenues pendant une longue période, on ne peut exclure un changement de circonstances influençant la possibilité ou l'efficacité de suspensions simples.

⁴⁹⁹ CE – *Bananes III* (Équateur) (article 22:6 – CE), 62 et s., 66. Une jurisprudence similaire existe pour la détermination du montant des avantages réduits ou annulés (v. *infra*, n°131).

⁵⁰⁰ CE – *Bananes III* (Équateur) (article 22:6 – CE), 30.

⁵⁰¹ CE – *Bananes III* (Équateur) (article 22:6 – CE), 31 ; H. GROSSE RUSE-KHAN, « A Pirate of the Caribbean? The Attractions of Suspending TRIPS Obligations », *J.I.E.L.* 11(2), 2008, p. 347.

⁵⁰² CE – *Bananes III* (Équateur) (article 22:6 – CE), 173, d).

⁵⁰³ CE – *Bananes III* (Équateur) (article 22:6 – CE), 173, d).

⁵⁰⁴ *États-Unis – Coton upland* (article 22:6 – États-Unis I), 5.179-5.185, 5.201 ; *États-Unis – Coton upland* (article 22:6 – États-Unis II), 5.179-5.185, 5.201 ; D.J. TOWNSEND, « Stretching the Dispute Settlement Understanding: U.S.–Cotton's Relaxed Interpretation of Cross-Retaliation in the World Trade Organization », *Richmond Journ. of Global L. and Business* 9(2), 2010, p. 149-150, qui fait apparaître cette différence.

⁵⁰⁵ *États-Unis – Coton upland* (article 22:6 – États-Unis I), 5.231 ; *États-Unis – Coton upland* (article 22:6 – États-Unis II), 5.231.

Dans ce dernier cas, la configuration de la suspension ne pourrait toutefois être modifiée que moyennant une nouvelle autorisation de l'ORD, après, éventuellement, un nouvel arbitrage⁵⁰⁶.

113. Sanctions croisées dans le système de l'OMC

Le Mémorandum d'accord exprime ainsi une position de principe défavorable aux sanctions croisées. Elles doivent rester « l'exception » et ne peuvent devenir « la règle »⁵⁰⁷. Il s'agit de s'assurer que, dans la mesure du possible, les sanctions touchent les secteurs économiques « profitant » de la violation.

Dans une telle perspective, l'article 22.3 MRD définit peut-être les secteurs de manière trop large, surtout en matière de marchandises. Mais si la théorie des avantages comparatifs explique, au moins en partie, l'existence d'un commerce international (*infra*, n° 206 et s.), il serait absurde que les sanctions commerciales doivent être dirigées vers des biens ou services directement substituables à ceux à propos desquels une violation des règles est avérée. En effet, selon cette théorie, un État ne peut simultanément exporter et importer les mêmes biens. Ceci étant, on constate en pratique l'existence d'un commerce intrabranche non négligeable (*infra*, n° 208), qui devrait permettre, au moins dans certains cas, que les sanctions visent des produits similaires à ceux qui sont affectés par la violation. Quoi qu'il en soit, le Mémorandum d'accord n'impose pas de diriger la sanction vers les marchandises les plus similaires possible par rapport à celles faisant l'objet de la violation. Au-delà des prescriptions relatives aux sanctions croisées, le choix discrétionnaire du plaignant prend le relais et, avec lui, sa conception de la meilleure manière de sauvegarder ses intérêts⁵⁰⁸.

La position restrictive à l'égard des sanctions croisées est cependant tempérée, chez certains arbitres, par une interprétation plutôt souple, en particulier lorsqu'il s'agit de pays en voie de développement (p. ex. *supra*, n° 106). L'existence de sanctions croisées implique en effet la reconnaissance que chaque Accord n'est pas avantageux pour chaque État, ou au moins pas dans la même mesure. Ainsi, pour de nombreux pays en développement, les Accords sur les marchandises sont plus avantageux que ceux relatifs à la propriété intellectuelle. La réciproque s'applique, *grosso modo*, aux pays développés. C'est pourquoi il n'est pas possible – sauf le cas particulier les Accords plurilatéraux – de n'adhérer qu'à certains Accords, les uns formant la contrepartie des autres. Dans cette situation, l'impossibilité de « croiser » eût considérablement

⁵⁰⁶ CE – Bananes III (Équateur) (article 22:6 – CE), 32.

⁵⁰⁷ CE – Bananes III (États-Unis) (article 22:6 – CE), 3.7.

⁵⁰⁸ Comp. CE – Bananes III (Équateur) (article 22:6 – CE), 173 et s.

réduit l'effectivité du système de suspension d'obligations⁵⁰⁹. Quoiqu'elle ne soit pas claire et cohérente à tous égards, on trouve dans la jurisprudence des arbitres des éléments de confirmation de l'idée que le système de sanctions (simples) n'est guère adapté à la situation des États au commerce peu important, et singulièrement des pays en développement⁵¹⁰. Si les sanctions croisées peuvent pallier certains inconvénients, encore faut-il constater qu'une fois autorisées, elles ne sont pas mises en œuvre, sans doute parce que le plaignant estime que cela lui causerait un préjudice ne compensant pas le bénéfice qu'il peut en espérer.

114. Dérogation dans les Accords particuliers

Le Mémoire d'accord réserve la possibilité qu'un Accord particulier exclue la suspension d'obligations (art. 22.5 MRD).

Ainsi, l'article XXII.7 de l'Accord sur les marchés publics « isole » cet Accord, en ce qui concerne les sanctions, des autres Accords de l'OMC. Il précise que les obligations résultant de l'Accord sur les marchés publics ne peuvent être suspendues sur le fondement de la violation d'un autre Accord de l'OMC et, inversement, que la violation de l'Accord sur les marchés publics ne peut conduire la suspension d'obligations résultant des autres Accords de l'OMC⁵¹¹. On rappelle qu'il s'agit d'un Accord plurilatéral, auquel les membres de l'OMC ne sont pas obligés d'adhérer.

Les articles 4.10, 4.11, 7.9 et 7.10 SMC, par contre, ne s'interprètent pas comme une dérogation aux règles déterminant le type d'obligations qui peuvent être suspendues. En particulier, ils ne permettent pas d'imposer des sanctions croisées sans respecter les règles exposées ci-dessus⁵¹². Le terme « appropriées », qui définit les contre-mesures sanctionnant une subvention prohibée, vise uniquement le montant des sanctions, qui ne doivent donc pas nécessairement être équivalentes au sens de l'article 22.4 MRD) ; l'article 4 SMC ne déroge à l'article 22 MRD que sur ce point (*infra*, n° 145). Il en va de même pour le terme « proportionnelles » de l'article 7 SMC (*infra*, n° 149).

⁵⁰⁹ Sur la signification des sanctions croisées dans une perspective institutionnelle, *infra*, n° 412.

⁵¹⁰ R.E. HUDEC, « The Adequacy of WTO Dispute Settlement Remedies: A Developing Country Perspective », in B. HOEKMAN, A. MATTOO et P. ENGLISH (eds), *Development, Trade, and the WTO – A Handbook*, Washington DC, World Bank, 2002, p. 89 et s.

⁵¹¹ D. LUFF, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce – Analyse critique*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 946, n. 889.

⁵¹² *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis I)*, 5.12-5.32 ; *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II)*, 5.12-5.32

3. Protection institutionnelle

115. Interdiction de compenser des sanctions et des violations, ou des sanctions entre elles

L'article 3.10 du Mémorandum d'accord interdit de traiter de manière « liée » des recours et contre-recours. Cette idée se trouvait déjà dans le Mémorandum de 1979⁵¹³, convenu après de longs débats consacrés l'exigence des États-Unis de grouper, d'une part, le différend introduit par les Communautés européennes à propos de la loi *DISC* avec, d'autre part, ceux initiés par les États-Unis contre les dispositions fiscales de certains États européens en réaction auxquelles cette loi avait été promulguée⁵¹⁴.

Dans le domaine des sanctions, l'article 3.10 MRD implique l'interdiction de « compenser » les suspensions d'obligations. Lorsqu'un État obtient le droit d'imposer des sanctions à un autre, qui exerce déjà des sanctions envers lui, on ne peut annuler les sanctions réciproques à concurrence du montant le plus faible⁵¹⁵. Dans le même ordre d'idées, violerait l'article 3.10 MRD l'État suspendant au titre de sanctions des obligations que, dans le cadre d'un autre différend, son adversaire lui reproche précisément de violer⁵¹⁶.

De telles compensations réduiraient certes les tensions naissant des différends. Elles affaibliraient toutefois les mécanismes visant à assurer le respect des règles, précarisant à terme la pérennité du système. De la même manière – et pour les mêmes motifs – que la sanction ne légitime pas la violation et ne libère pas de l'obligation de se mettre conformité, une violation sanctionnée ne justifie pas une violation sanctionnée de part adverse.

Le contrôle du respect de l'article 3.10 MRD ne fait pas partie de la mission de l'arbitre définie à l'article 22.6 MRD. La jurisprudence ne s'est pas encore prononcée à ce sujet.

116. Suspension d'obligations institutionnelles

Outre les obligations commerciales proprement dites, le droit de l'OMC contient de nombreuses dispositions de nature institutionnelle, qui mettent à charge des membres diverses obligations

⁵¹³ *Understanding Regarding Notification, Consultation, Dispute Settlement and Surveillance*, 28 novembre 1979, L/4907, 3 décembre 1979, 9.

⁵¹⁴ R.E. HUDEC, « Reforming GATT Adjudication Procedures: The Lessons of the DISC Case », *Minnesota L. R.* 72, 1988, p. 1455, 1460.

⁵¹⁵ Sur cette idée de compensation, v. R.Z. LAWRENCE, *Crimes & Punishments? – Retaliation under the WTO*, Washington, Institute for International Economics, 2003, p. 88 et s. (favorable à l'utilisation de cette technique).

⁵¹⁶ Comp. J. PAUWELYN, « Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules are Rules – Toward a More Collective Approach », *Amer. Journ. Int. Law* 94(2), 2000, p. 344 et s., pour qui une telle compensation semble être admissible en droit, quoiqu'inopportune, en particulier pour les tiers.

nécessaires pour assurer le fonctionnement de l'Organisation. Ces dispositions se trouvent pour la plupart dans l'Accord instituant l'OMC (par opposition aux annexes de ce traité), le Mémoire d'accord et le mécanisme d'examen des politiques commerciales (MEPC).

Ces obligations sont-elles susceptibles d'être suspendues pour sanctionner soit la violation d'une d'entre elles, soit la violation d'une obligation plus substantielle ? Une violation d'un Accord annexe est en effet presque systématiquement une violation de l'accord instituant l'OMC, en particulier de son article XVI.4. Cet article, voulu au départ pour imposer aux États-Unis d'abroger la fameuse section 301 de leur *Trade Act*⁵¹⁷, impose en effet à chaque membre d'assurer

« la conformité de ses lois, réglementations et procédures administratives avec ses obligations telles qu'elles sont énoncées dans les Accords figurant en annexe ».

On trouve un autre exemple dans le différend *États-Unis – Certains produits en provenance des CE*, qui concernait essentiellement une violation du Mémoire d'accord et en particulier son article 23 qui interdit notamment d'imposer des sanctions si l'ORD ne l'a pas (encore) autorisé.

Le texte du Mémoire d'accord n'interdit pas explicitement les sanctions institutionnelles. L'article 22.2 MRD autorise la suspension de toutes obligations résultant des Accords visés, parmi lesquels figurent l'Accord OMC et le MRD, mais pas le MEPC⁵¹⁸. Si donc une violation des règles du MEPC ne semble pas pouvoir être constatée ni sanctionnée dans le cadre du règlement des différends, il n'en va pas de même des deux principaux autres Accords institutionnels précités. Quant à ces derniers, aucune disposition n'exclut explicitement une suspension des obligations qu'ils consacrent.

La solution laisse cependant hésitant. Le mécanisme en cascade pour le choix des obligations à suspendre, et la définition des secteurs et des Accords qu'il contient, fait clairement apparaître qu'une suspension de ces Accords n'a pas été envisagée. S'ils font indubitablement partie des Accords visés au sens de l'article 1.1 et de l'Appendice 1 du Mémoire d'accord, ils ne figurent cependant pas dans un secteur ni dans un Accord au sens de l'article 22.3, f) et g) MRD. Ceci n'empêche qu'ils se retrouvent en toute hypothèse dans les « autres Accords visés » dont les obligations peuvent être suspendues, fût-ce à titre infiniment subsidiaire, en vertu de l'article 22.3, c) MRD.

⁵¹⁷ A.L. STOLER, « The WTO dispute settlement process: did the negotiators get what they wanted? », *W.T.R.* 3(1), 2004, p. 104.

⁵¹⁸ Sur l'historique de l'introduction du Mémoire d'accord parmi les Accords visés, A.L. STOLER, « The WTO dispute settlement process: did the negotiators get what they wanted? », *W.T.R.* 3(1), 2004, p. 104.

Une réflexion qui dépasse la simple lecture des textes renforce l'argument contre les sanctions institutionnelles. La suspension d'obligations institutionnelles pourrait par exemple prendre la forme d'une limitation ou suppression des droits « participatifs » de l'État fautif, que ce soit auprès des organes politiques (droit de vote ou de participation) ou juridictionnels (droit d'agir en règlement d'un différend). Ceci risquerait alors de mettre en péril le fonctionnement de l'Organisation elle-même, au-delà du champ plus limité des relations entre le plaignant et le défendeur. Ce type de sanction est en réalité contraire à deux principes généralement applicables en la matière.

D'une part, il s'agit d'une suspension qui, dès lors qu'elle touche à l'institution, affecte nécessairement tous les membres et n'est pas limitée aux relations entre les parties au différend. Certes, la plupart des sanctions autorisées dans le cadre de l'OMC ont, dans les faits, des effets économiques, positifs ou négatifs, dans des États tiers au différend. Ici, c'est en outre un effet juridique dans le lien de droit entre le défendeur et tous les autres membres, voire entre le défendeur et l'Organisation, qui serait en cause⁵¹⁹.

D'autre part, il s'agit en réalité d'une suspension des droits du défendeur et non d'une suspension des obligations du plaignant. Dans une relation contractuelle bilatérale, la différence est imperceptible. Elle ne l'est pas dans un cadre multipartite et institutionnel. A cet égard, le Mémoire d'accord est clair : ce sont les obligations du plaignant qu'on peut suspendre (art. 22.2).

À ce jour, la pratique ne montre pas d'exemple d'une suspension d'obligations ou de droits de nature institutionnelle. Les sanctions institutionnelles ne sont cependant pas absentes des discussions *de lege ferenda* : il s'agirait alors d'organiser un régime de sanctions mises en œuvre par l'Organisation et/ou par tous les membres (*infra*, n° 420). Si ces sanctions affecteraient nécessairement la situation juridique du défendeur, il est douteux qu'elles puissent vraiment prendre la forme d'une suspension d'obligations du plaignant ou que leur configuration puisse être choisie par ce dernier. Il s'agirait donc d'une réforme importante du système de sanctions.

⁵¹⁹ Pour un argument similaire, excluant la suspension des obligations de transparence de l'article X du GATT au motif que cette suspension affecterait les droits de membres tiers au différend, J. PAUWELYN, *Conflict of Norms in Public International Law – How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge University Press, 2003, p. 233.

4. Sanctions carrousel

117. Notion de sanctions carrousel

Certains États entendent modifier périodiquement les biens ou les services visés par les sanctions. Cette technique, dite des sanctions « carrousel » et prévue notamment par la section 306 (b) du *US Trade Act*⁵²⁰, est supposée accroître l'efficacité des sanctions, qui affecteraient un nombre plus important de branches d'industrie, ne fût-ce que de manière temporaire ou potentielle⁵²¹.

À l'occasion de l'affaire *Hormones*, les Communautés européennes ont tenté d'obtenir de l'arbitre une décision interdisant les sanctions carrousel. Les États-Unis ont alors pris l'engagement unilatéral de ne pas en faire usage en l'espèce, ce qui dispensa à l'arbitre de se prononcer à leur sujet⁵²². Il a toutefois rappelé quelques principes : il appartient au plaignant de fixer la liste des biens visés, en se conformant à la liste ou à la méthode approuvée par l'ORD et en veillant à ce que la valeur totale des biens sanctionnés ne dépasse jamais le montant de la réduction des avantages déterminé par l'arbitre⁵²³. Plus tard, les États-Unis menaceront à nouveau d'imposer des sanctions carrousel, mais y renonceront dans le cadre d'une solution négociée avec les Communautés européennes⁵²⁴.

118. Arguments pour et contre les sanctions carrousel et propositions de *lege ferenda*

On rencontre au sujet des sanctions carrousel des positions différentes, mais souvent nuancées.

Une première est fondée sur la décision *Hormones*, où l'arbitre indique que, si le plaignant est toujours lié par la liste qu'il établit des biens visés par les sanctions⁵²⁵, il n'est pas interdit de rédiger la liste de manière large, de manière à laisser une possibilité de choix au plaignant⁵²⁶.

⁵²⁰ Sec. 306 of US Trade Act of 1974, 19USC2416.

⁵²¹ Sur les sanctions carrousel telles que prévues par le droit des États-Unis, v. R.A. FORD, « The Beef Hormone Dispute and Carousel Sanctions: A Roundabout Way of Forcing Compliance with World Trade Organization Decisions », *Brooklyn Journ. Int. L.* 27(2), 2002, p. 569 et s. ; L. SEK, « Trade Retaliation: The "Carousel" Approach », *CSR Report for Congress*, 5 mars 2002, p. 1-6.

⁵²² CE – *Hormones* (États-Unis) (article 22:6 – CE), 22.

⁵²³ CE – *Hormones* (États-Unis) (article 22:6 – CE), 23.

⁵²⁴ W. ABDELGAWAD, C. JOURDAIN-FORTIER et I. MOINE-DUPUIS, « Chronique commentée du règlement des différends de l'OMC (début juillet 2008 à début juillet 2009) », *R.I.D.E.*, 2009, p. 490-491 ; S.D. ANDERSEN et J. BLANCHET, « The United States' experience and practice in suspending WTO obligations », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 236-237, 240.

⁵²⁵ CE – *Hormones* (États-Unis) (article 22:6 – CE), 16, 21.

⁵²⁶ CE – *Hormones* (États-Unis) (article 22:6 – CE), 21, 81 ; O. BLIN, « Les sanctions dans l'Organisation mondiale du commerce », *J.D.I.*, 2008, p. 450.

Certains en déduisent une possibilité de carrousel au sein de la liste⁵²⁷, mais pas en dehors⁵²⁸, mais aussi que, si l'autorisation de l'ORD n'a pas été accordée sur la base d'une liste, elle vise alors toutes les marchandises, ce qui permet un système de carrousel entre les différentes marchandises⁵²⁹.

Les Communautés européennes jugent les sanctions carrousel contraires au droit de l'OMC⁵³⁰ et ont demandé l'ouverture de consultations à ce sujet. Premièrement, leur caractère discrétionnaire et imprévisible les ferait échapper au contrôle multilatéral instauré par le Mémorandum d'accord. En outre, l'effet « cumulatif » de ces sanctions serait tel qu'elles contreviendraient au principe d'équivalence, même si le niveau des importations empêchées reste, à chaque instant, équivalent à la réduction des avantages. Enfin, ce type de sanctions provoquerait un « effet de refroidissement » qui s'accorde mal avec le principe de sécurité et de prévisibilité, qui constitue un des fondements du droit économique international⁵³¹.

Plusieurs États membres ont soutenu une révision du Mémorandum d'accord explicitant l'interdiction, dans une perspective plus générale de renforcement du multilatéralisme au stade des sanctions. La proposition de la Thaïlande et des Philippines implique par exemple l'obligation de rédiger une liste de biens visés, de la soumettre à l'arbitre pour déterminer l'équivalence, et de s'y tenir lors de la mise en œuvre des sanctions. Par la suite, cette liste ne pourrait être modifiée que de commun accord ou par une décision arbitrale, suivie d'une nouvelle autorisation de l'ORD⁵³². Les Communautés européennes ont soutenu cette proposition⁵³³.

⁵²⁷ D. LUFF, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce – Analyse critique*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 953.

⁵²⁸ S. SHADIKHODJAEV, *Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, p. 162.

⁵²⁹ S. SHADIKHODJAEV, *Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, p. 162-163.

⁵³⁰ Dans le même sens, « au moins dans son esprit » : O. BLIN, « Les sanctions dans l'Organisation mondiale du commerce », *J.D.I.*, 2008, p. 450.

⁵³¹ *États-Unis – Article 306 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur et modifications y relatives* – Demande de consultations présentée par les Communautés européennes, WT/DS200/1, 13 juin 2000. V. aussi C. MOCQUART, « Efficacité des sanctions et retraits de concession dans le système de règlement des différends de l'OMC », *R.D.A.I.*, 2003, p. 55. Sur la sécurité comme fondement du droit économique international, *infra*, n° 174.

⁵³² *Proposition concernant le réexamen de l'article 22:7 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, Communication présentée par les Philippines et la Thaïlande, TN/DS/W/3, 21 mars 2002.

⁵³³ *Contribution des Communautés européennes et de leurs États membres à l'amélioration du Mémorandum d'accord de l'OMC sur le règlement des différends*, Communication des Communautés européennes, TN/DS/W/1, 13 mars 2002, p. 6 et s.

La doctrine propose aussi des aménagements pour résoudre la question des sanctions carrousel. Pour W.J. Davey, rien n'interdit les sanctions carrousel et l'État défendeur n'a aucun droit à ce que la liste des concessions suspendues ne soit pas modifiée, pour autant que l'équivalence soit respectée. Ceci implique de s'assurer que, même après la modification des biens visés, le niveau de la suspension ne dépasse pas celui de la réduction des avantages, et que l'effet d'« incertitude » associé à cette technique de sanction soit pris en compte dans le montant de la suspension⁵³⁴. Ces deux conditions nécessiteraient cependant, à tout le moins, une inflexion de la jurisprudence. Pour la première, les arbitres ont averti⁵³⁵, et l'affaire *Hormones* a montré, qu'une fois prononcée la sentence de l'arbitre et autorisées les sanctions, il n'existait plus de contrôle possible de la correcte application des sanctions (ni quant au principe, ni quant au montant), en dehors de l'introduction, assez lourde dans ce contexte, d'une nouvelle procédure de règlement des différends (*infra*, n° 161). Quant à la seconde, on verra que l'effet de refroidissement, au même titre que d'autres dommages indirects, n'est pas pris en compte lors du calcul de la réduction des avantages (*infra*, n° 139) ; on peut se demander si les arbitres souhaiteront en tenir compte au stade de la détermination de l'incidence commerciale de la suspension.

On pourrait aussi aborder la question des sanctions carrousel sous l'angle de la charge de la preuve que le niveau maximal des sanctions n'est dépassé en aucun moment. Il serait alors interdit de modifier la liste des biens visés, sauf pour l'État défendeur, qui a décidé de la modification, à prouver que l'équivalence est toujours respectée⁵³⁶. Cette solution implique une modification des règles de preuve, car elle n'est pas en phase avec le principe – aussi applicable en cette matière – qui veut qu'un État soit présumé respecter ses obligations internationales (*supra*, n° 91)⁵³⁷.

⁵³⁴ W.J. DAVEY, « Sanctions in the WTO: problems and solutions », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 368-369 ; W.J. DAVEY, « Reforming WTO Dispute Settlement », in M. MATSUSHITA et D. AHN, *WTO and East Asia: New Perspectives*, Londres, Cameron May, 2004, p. 122.

⁵³⁵ V. les références citées *infra*, n. 696.

⁵³⁶ P.C. MAVROIDIS, « Proposals for Reform of Article 22 of the DSU: Reconsidering the "Sequencing" Issue and Suspension of Concessions », in F. ORTINO et E.-U. PETERSMANN (eds), *The WTO Dispute Settlement System 1995-2003*, La Haye, Kluwer Law International, 2004, p. 71.

⁵³⁷ S. SHADIKHODJAEV, *Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, p. 164.

§ 3. Pratique des États

119. Demande d'autorisation : formule classique

Les mesures qui figurent dans les règles internes (n^{os} 121 et 122) ne correspondent pas toujours exactement à la demande d'autorisation présentée à l'ORD (ce n^o et n^o 120).

Dans la pratique, les États demandent généralement l'autorisation d'imposer un droit de douane dépassant largement le droit consolidé sur plusieurs catégories de marchandises. Ce mode de sanction offre l'avantage d'être habituel, aisément quantifiable et relativement incontestable⁵³⁸. Il implique, selon la formule consacrée, la suspension « de concessions tarifaires et d'obligations connexes au titre du GATT de 1994 »⁵³⁹, ce qui vise principalement les articles I^{er} et II du GATT.

Le taux maximal demandé est parfois fixé à 100 %, indépendamment du taux du droit consolidé ou appliqué précédemment⁵⁴⁰. Un arbitre qualifie cette méthode de « relativement transparente »⁵⁴¹. Dans d'autres cas, le plaignant demande l'autorisation d'appliquer un droit *additionnel* de 100 %⁵⁴². Ce droit s'ajoute le plus souvent au taux consolidé, mais peut aussi augmenter le taux pratiqué⁵⁴³.

⁵³⁸ Pour des demandes de sanctions de ce type, v. *CE – Bananes III (États-Unis) (article 22:6 – CE)*, *CE – Hormones (États-Unis) (article 22:6 – CE)*, *CE – Hormones (Canada) (article 22:6 – CE)*, *États-Unis – FSC (article 22:6 – États-Unis)* et les différends relatifs à la *Loi de 2000*, à l'exception de la demande du Canada.

⁵³⁹ V. par exemple *CE – Hormones (États-Unis) (article 22:6 – CE)*, 84.

⁵⁴⁰ Par exemple : *CE – Bananes III (États-Unis) (article 22:6 – CE)* (A propos de cette affaire, v. aussi *États-Unis – Certains produits en provenance des CE*, 2.23 ; T.P.I.C.E., 14 décembre 2005, *Fedon & Figli e.a. c. Conseil et Commission*, T-135/01, *Rec.*, 2005, p. II-29, 34-36 et S.D. ANDERSEN et J. BLANCHET, « The United States' experience and practice in suspending WTO obligations », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 238-239). Tel était également le choix du Canada dans le différend des *Hormones* (Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 26 juillet 1999, WT/DSB/M/65, 15 septembre 1999, p. 18).

⁵⁴¹ *États-Unis – Loi de 2000 (Brésil) (22:6 – États-Unis)*, 4.11.

⁵⁴² V. *Brésil – Programme de financement des exportations pour les aéronefs*, Recours du Canada à l'article 4.10 de l'Accord SMC et à l'article 22:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS46/16, 11 mai 2000 et, dans l'affaire *FSC*, Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 7 mai 2003, WT/DSB/M/149, 8 juillet 2003, n^o 8, p. 2 : « an additional duty on the specified products of up to 100 per cent *ad valorem* above the bound customs duties ». D'après les arbitres, telle était aussi l'intention des États-Unis dans l'affaire *Hormones* (*CE – Hormones (États-Unis) (article 22:6 – CE)*, 21). Dans leur demande, les États-Unis avaient simplement indiqué qu'ils appliqueraient des droits de douane supérieurs aux taux consolidés (*Communautés européennes – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*, Recours des États-Unis à l'article 22:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS26/19, 18 mai 1999 et *Communautés européennes – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*, Recours des États-Unis à l'article 22:7 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS26/21, 15 juillet 1999). A la réunion de l'ORD, les États-Unis ont annoncé leur intention d'imposer des droits de 100 % *ad valorem* « in excess of bound rates », ce qui semble confirmer l'interprétation des arbitres (Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 26 juillet 1999, WT/DSB/M/65, 15 septembre 1999, p. 17). De la demande des Communautés européennes dans une affaire ultérieure, il ressort plutôt qu'il s'agissait de droits de douane au taux de 100 % (*États-Unis –*

Jusqu'à présent, les États-Unis s'en sont tenus à des demandes de suspension selon cette formule classique d'augmentation des droits de douane sur des marchandises⁵⁴⁴.

120. Demandes d'autorisation originales

Les demandes d'autorisation s'écartent parfois de la formule classique d'augmentation des droits de douane.

Face à une violation de plusieurs dispositions du GATT et de l'AGCS, l'Équateur a obtenu l'autorisation de suspendre des obligations résultant des trois Accords : dépassement du droit de douane consolidé, suspension d'engagements dans le secteur des services de distribution (services de commerce de gros), et, dans la mesure où ces suspensions ne suffiraient pas, suspensions d'obligations dans les secteurs des droits d'auteur et droits connexes, des indications géographiques et des dessins et modèles industriels⁵⁴⁵.

En réponse à une violation de l'Accord ADPIC, en particulier dans le secteur des droits d'auteur, les Communautés européennes ont demandé l'autorisation de percevoir

« une redevance spéciale auprès des ressortissants américains dans le cadre des mesures à la frontière concernant des marchandises protégées par un droit d'auteur »⁵⁴⁶.

Dans les affaires entre le Canada et le Brésil au sujet des subventions sur les exportations d'aéronefs, les parties ont demandé à suspendre des obligations concernant la détermination des effets dommageables des subventions et les licences d'importation⁵⁴⁷. Ces sanctions étaient

*Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones – Demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par les Communautés européennes, WT/DS320/6, 14 janvier 2005), ce que confirment S.D. ANDERSEN et J. BLANCHET, « The United States' experience and practice in suspending WTO obligations », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 240.*

⁵⁴³ V. le projet en ce sens du Canada dans le différend *Australie – Mesures visant les importations de saumons*, Recours du Canada à l'article 22:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS18/12, 15 juillet 1999 et Procès-verbal de la réunion de l'ORD des 27 et 28 juillet 1999, WT/DSB/M/66, 23 septembre 1999, p. 2.

⁵⁴⁴ S.D. ANDERSEN et J. BLANCHET, « The United States' experience and practice in suspending WTO obligations », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 236-237, 240. Sur les sanctions carrousel, *supra*, n^{os} 117 et s.

⁵⁴⁵ *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, Recours de l'Équateur à l'article 22:7 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS27/54, 8 mai 2000.

⁵⁴⁶ *États-Unis – Article 110 5) de la loi sur le droit d'auteur*, Recours des Communautés européennes à l'article 22:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS160/19, 11 janvier 2002.

⁵⁴⁷ *Brésil – Programme de financement des exportations pour les aéronefs*, Recours du Canada à l'article 4.10 de l'Accord SMC et à l'article 22:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS46/16, 11 mai 2000 ; *Canada – Crédits à l'exportation et garanties de prêts accordés pour les*

complétées par des suspensions de concessions tarifaires et, dans le premier cas, par des restrictions quantitatives sur les textiles et les vêtements.

Cette affaire a peut-être éveillé la créativité du Canada. Celui-ci se distingue des autres co-plaignants du différend relatif à la *Loi sur la compensation (Amendement Byrd)*, en demandant la suspension de son obligation de déterminer l'existence d'un dommage dans le cadre des actions antidumping et antisubventions⁵⁴⁸. Dans sa demande suivant la décision de l'arbitre, le Canada s'en tient toutefois à une suspension classique de concessions tarifaires⁵⁴⁹.

Enfin, à la fois plus insolite et sans grand effort d'imagination, les Communautés européennes, après avoir attaqué avec succès certains aspects de la *Loi antidumping de 1916* des États-Unis, proposèrent d'introduire en droit européen des règles similaires à celles qu'elles critiquaient, mais de ne les appliquer qu'à l'égard des États-Unis et de leurs ressortissants. À cette fin, elles demandèrent logiquement la suspension de leurs obligations au titre des dispositions que les États-Unis violaient⁵⁵⁰. Cette manière de sanctionner au moyen d'une « législation miroir » fut critiquée à la réunion de l'ORD⁵⁵¹ : résumée par le proverbe « *Two wrongs don't make a right* », la critique mettait en avant l'« effet délétère » que ce genre de pratique pouvait avoir sur le système commercial. Le principe de bonne foi a également été invoqué dans ce contexte.

Cette demande d'autorisation était, par ailleurs, accompagnée de la promulgation d'un « règlement de blocage »⁵⁵², dont l'objectif était à la fois d'empêcher la reconnaissance et

aéronefs régionaux, Recours du Brésil à l'article 4.10 de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires et à l'article 22:2 du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, WT/DS222/7, 24 mai 2002.

⁵⁴⁸ *États-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention*, Recours du Canada à l'article 22:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS234/25, 16 janvier 2004.

⁵⁴⁹ *États-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention*, Recours du Canada à l'article 22:7 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS234/31, 11 novembre 2004.

⁵⁵⁰ *États-Unis – Loi antidumping de 1916*, Recours des Communautés européennes à l'article 22:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS136/15, 11 janvier 2002.

⁵⁵¹ Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 18 janvier 2002, WT/DSB/M/117, 15 février 2002, n° 15, p. 4, n° 21 et 23, p. 5.

⁵⁵² Règl. (CE) n° 2238/2003 du Conseil du 15 décembre 2003 portant protection contre les effets de l'application de la loi américaine antidumping de 1916, ainsi que des actions fondées sur elle ou en découlant, *J.O.U.E.*, L 333, 20 décembre 2003, p. 1-2, 3^e considérant. Pour une analyse critique de ce règlement, du point de vue tant du droit communautaire que du droit de l'OMC, v. A. ANTONIADIS, « Unilateral Measures and WTO Dispute Settlement: An EC Perspective », *J.W.T.* 41(3), 2007, p. 605-627. Aussi M. MATSUSHITA et A. IINO, « The Blocking Legislation as a Countermeasure to the US Anti-Dumping Act of 1916: A Comparative Analysis of the EC and Japanese Damage Recovery Legislation », *J.W.T.* 40(4), 2006, p. 766-768. Sur les lois de blocage du temps du GATT, L. BOISSON DE CHAZOURNES, *Les contre-mesures dans les relations internationales économiques*, Paris, Pedone, 1992, p. 63-65.

l'exécution en Europe des décisions américaines basées sur la loi antidumping litigieuse, et de permettre aux Européens d'obtenir un dédommagement à charge de ce ceux qui avaient déposé aux États-Unis une plainte fondée sur cette loi. Le Japon a adopté une législation similaire⁵⁵³. On utilise ainsi ce qui s'apparente à des techniques de droit (international) privé, moins pour sanctionner une violation que pour tenter d'en annuler les effets. La conformité du règlement européen au droit de l'OMC soulève de nombreuses questions, notamment au regard de l'interdiction de l'unilatéralisme prévue à l'article 23 du Mémorandum d'accord, à supposer qu'il constitue une mesure entrant dans son champ d'application⁵⁵⁴. Elle n'a toutefois pas été examinée par un groupe spécial ni par l'arbitre saisi sur la base de l'article 22.6 MRD, qui a considéré que l'examen de cette question ne faisait pas partie de son mandat. L'arbitre a suggéré aux États-Unis d'initier, s'il échet, une procédure de règlement des différends distincte, ce que ces derniers n'ont apparemment pas fait⁵⁵⁵.

121. Les sanctions dans la pratique de l'Union européenne

Il est arrivé que les sanctions autorisées ne soient pas mises en œuvre. Ainsi, on apprend à la lecture des procès-verbaux de l'ORD qu'une affaire n'a pas (encore) donné lieu à des sanctions, alors que l'autorisation remonte à plusieurs mois⁵⁵⁶. Il s'agit certes du différend relatif à la *Loi de 1916*, dont on vient de parler, où l'arbitre, sans se prononcer sur la « nature » des obligations suspendues, rappelle l'exigence d'une évaluation quantitative du montant des sanctions et limite celui-ci au total des montants à payer par des entreprises européennes condamnées en vertu de la loi américaine litigieuse, ou conduites à transiger pour éviter une telle condamnation⁵⁵⁷. Or, au jour de la sentence, aucune condamnation de ce type n'a été prononcée⁵⁵⁸ et les Communautés européennes s'avèrent incapables de chiffrer les montants payés par des entreprises européennes en vertu de transactions conclues par ces dernières⁵⁵⁹.

⁵⁵³ M. MATSUSHITA et A. IINO, « The Blocking Legislation as a Countermeasure to the US Anti-Dumping Act of 1916: A Comparative Analysis of the EC and Japanese Damage Recovery Legislation », *J.W.T.* 40(4), 2006, p. 768-776 ; D. YOKOMIZO, « Japanese Blocking Statute Against the U.S. Anti-Dumping Act of 1916 », *Japanese Annual of Int. L.* 49, 2006, p. 36-54.

⁵⁵⁴ Sur l'idée que les législations de blocage ne constituent pas des contre-mesures, L. BOISSON DE CHAZOURNES, *Les contre-mesures dans les relations internationales économiques*, Paris, Pedone, 1992, p. 64-65.

⁵⁵⁵ *États-Unis – Loi de 1916 (CE) (article 22:6 – États-Unis)*, 3.19-3.20. Aussi A. ANTONIADIS, « Unilateral Measures and WTO Dispute Settlement: An EC Perspective », *J.W.T.* 41(3), 2007, p. 625.

⁵⁵⁶ V. *Loi de 1916* (Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 18 octobre 2004, WT/DSB/M/177, 2 novembre 2004, p. 2). Aussi (dans un différend n'impliquant pas les Communautés européennes), *Brésil – Aéronefs* (Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 24 juin 2002, WT/DSB/M/128, 20 août 2002, p. 13).

⁵⁵⁷ *États-Unis – Loi de 1916 (CE) (article 22:6 – États-Unis)*, 8.2.

⁵⁵⁸ *États-Unis – Loi de 1916 (CE) (article 22:6 – États-Unis)*, 6.5.

⁵⁵⁹ *États-Unis – Loi de 1916 (CE) (article 22:6 – États-Unis)*, 6.8.-6.11.

Aussi, même si l'arbitre refuse de considérer que la réduction des avantages est nulle⁵⁶⁰, le montant maximal des sanctions reste indéterminé au jour de la sentence, et la possibilité de mettre en œuvre des sanctions dépend de la possibilité pour les Communautés européennes d'obtenir des informations crédibles et démontrables sur les montants (passés et futurs) à payer par leurs entreprises dans le cadre de transactions⁵⁶¹.

Dans le différend des *Sociétés de vente à l'étranger*⁵⁶², les Communautés européennes ont imposé un droit de douane supplémentaire de 5 % sur certains produits, à partir du 1^{er} mars 2004, ce droit étant augmenté d'un point de pourcentage par mois pendant un an⁵⁶³. Au début de l'année 2005, eu égard à la promulgation de l'*American Jobs Creation Act* modifiant le régime fiscal critiqué, les Communautés européennes ont suspendu les sanctions, avec l'indication qu'elles reprendraient, sous la forme d'un droit *ad valorem* supplémentaire de 14 %, le 1^{er} janvier 2006 ou soixante jours après que l'ORD aura confirmé l'incompatibilité de certains aspects de la nouvelle mesure avec les Accords de l'OMC⁵⁶⁴, dès lors que les Communautés européennes contestaient que cette loi américaine constitue une mise en conformité (complète)⁵⁶⁵. La décision attendue a confirmé l'existence d'une incompatibilité avec le droit de l'OMC⁵⁶⁶, mais le Congrès américain a voté une loi retirant la mesure en cause. Aussi, un règlement européen a prolongé la suspension des sanctions, tout en prévoyant leur abrogation sous condition de la signature par le Président américain de la loi votée par le Congrès⁵⁶⁷. La

⁵⁶⁰ *États-Unis – Loi de 1916 (CE) (article 22:6 – États-Unis)*, 7.6.

⁵⁶¹ *États-Unis – Loi de 1916 (CE) (article 22:6 – États-Unis)*, 6.12.-6.13.

⁵⁶² Pour une analyse du fond de ce différend, v. J.J. SHALLUE, « An Analysis of Foreign Sales Corporations and the European Communities' Four-Billion Dollar retaliation », *Denver Journ. Int. L. & Policy*, 2002, p. 179-223.

⁵⁶³ Règl. (CE) n° 2193/2003 du Conseil du 8 décembre 2003 instituant des droits de douane supplémentaires sur les importations de certains produits originaires des États-Unis d'Amérique, *J.O.U.E.*, L 328, 17 décembre 2003, p. 3-12. Sur ces sanctions européennes, v. M.R. ISLAM, « Recent Trade Sanctions on the US to Induce Compliance with the WTO Ruling in the Foreign Sales Corporations Case: Its Policy Contradiction Revisited », *J.W.T.*, 2004, p. 471.

⁵⁶⁴ Règl. (CE) n° 171/2005 du Conseil du 31 janvier 2005 portant modification et suspension de l'application du règlement (CE) n° 2193/2003 instituant des droits de douane supplémentaires sur les importations de certains produits originaires des États-Unis d'Amérique, *J.O.U.E.*, L 028, 1^{er} février 2005, p. 31-40.

⁵⁶⁵ *États-Unis – Traitement fiscal des « sociétés de ventes à l'étranger »*, Deuxième recours des Communautés européennes à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends – Demande d'établissement d'un groupe spécial, WT/DS108/29, 14 janvier 2005.

⁵⁶⁶ Organe d'appel, *États-Unis – Traitement fiscal des « sociétés de ventes à l'étranger »*, Deuxième recours des Communautés européennes à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS108/AB/RW2, 13 février 2006.

⁵⁶⁷ Règl. (CE) n° 728/2006 du Conseil du 15 mai 2006 portant suspension et abrogation sous certaines conditions du règlement (CE) n° 2193/2003 instituant des droits de douane supplémentaires sur les

condition s'est réalisée et l'abrogation a été confirmée⁵⁶⁸. Les mesures européennes se situent ainsi largement en deçà de celles autorisées par l'ORD. Outre qu'elle rend les sanctions moins nuisibles à l'économie du plaignant, cette technique de sanctions « incomplètes » offre l'avantage de ne pas éliminer totalement le commerce des marchandises en question, de sorte que les exportateurs établis dans l'État défendeur peuvent être tentés, plutôt que de déposer le bilan ou – mois dramatique – d'abandonner tout espoir de vendre sur le marché de l'État plaignant, de redoubler d'efforts pour convaincre leur gouvernement de réaliser la mise en conformité⁵⁶⁹.

Les sanctions européennes dans le différend de la *Loi sur la compensation (Amendement Byrd)* sont, comparativement, d'une importance commerciale mineure. Néanmoins, les Communautés ont adopté une attitude modérée en imposant un droit de douane supplémentaire de 15 % sur une série de produits⁵⁷⁰. Conformément à la décision de l'arbitre, le montant des sanctions a été adapté ; la liste des produits visés a dû l'être en conséquence, la Commission veillant à n'exercer aucun pouvoir d'appréciation à cette occasion, eu égard sans doute à la position de l'Union dans le débat des sanctions carrousel (*supra*, n° 118 et *infra*, n° 142).

L'Union européenne a aussi dû subir des sanctions, en particulier celles imposées par les États-Unis. Parfois, la sanction n'a pas été étendue aux produits originaires de tout le territoire douanier visé. Ainsi, dans l'affaire *Bananes III*, la demande de l'Équateur n'incluait pas les produits en provenance des Pays-Bas et du Danemark⁵⁷¹. Les sanctions américaines de l'affaire *Hormones* ne visaient pas les produits du Royaume-Uni. Cette pratique a été jugée contraire aux Accords par certains producteurs européens⁵⁷² et, comme la Commission l'a reconnu dans un premier temps, elle peut

« représenter une menace systémique au rôle de la Communauté dans l'OMC et affecter gravement la cohésion et la solidarité de la CE, toute exclusion d'un État membre de la suspension

importations de certains produits originaires des États-Unis d'Amérique, *J.O.U.E.*, L 127, 15 mai 2006, p. 1-2.

⁵⁶⁸ Avis 2006/C 126/07, *J.O.U.E.*, C 126, 30 mai 2006, p. 7.

⁵⁶⁹ L. EHRING, « The European Community's experience and practice in suspending WTO obligations », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 255-256.

⁵⁷⁰ Règl. (CE) n° 673/2005 du Conseil du 25 avril 2005 instituant des droits de douane supplémentaires sur les importations de certains produits originaires des États-Unis d'Amérique, *J.O.U.E.*, L 110, 30 avril 2005, p. 1-5.

⁵⁷¹ CE – *Bananes III (Équateur)* (article 22:6 – CE), 6, n. 2.

⁵⁷² T.P.I.C.E., 14 décembre 2004, *Fédération des industries condimentaires de France (FICF) et al. c. Commission*, T-317/02, *Rec.*, 2002, p. II-4325, 54 et T.P.I.C.E., 11 juillet 2007, *Fédération des industries condimentaires de France (FICF) et al. c. Commission*, T-90/03, *Rec.*, 2007, p. II-76.

de concessions commerciales entraînant inévitablement une charge accrue pour tous les autres »⁵⁷³.

La Commission a estimé ultérieurement que l'obstacle au commerce résultait, pour la branche d'industrie, de l'imposition de sanctions par les États-Unis, et qu'il n'aurait pas disparu si les marchandises anglaises avaient été visées également⁵⁷⁴. Au regard du droit de l'OMC, la pratique de telles sanctions sélectives paraît à première vue discriminatoire. On pourrait se demander si la règle de la nation la plus favorisée s'applique en l'espèce, ce qui nécessiterait préalablement de déterminer si la répartition des compétences entre l'Union et ses États membres est opposable aux autres membres de l'OMC. Si ce n'est pas le cas, il faut considérer que la France est moins bien traitée, dans l'application des sanctions, que le Royaume-Uni. Si, par contre, l'Union est l'entité pertinente à l'égard de l'État plaignant, qui reconnaît donc sa compétence, alors les sanctions sélectives constituent une discrimination entre différentes « régions » d'un État membre, ce qui est plus difficile à analyser. La possibilité de sanctions sélectives apparaît comme une conséquence inévitable de la faculté pour le plaignant de choisir la configuration des sanctions et d'en limiter l'effet. Rien ne lui impose en effet de mettre en œuvre les sanctions dans la mesure maximale de l'autorisation. Par ailleurs, le mécanisme des sanctions est, en soi, contraire à la règle de la nation la plus favorisée et, à la différence de la Clause d'habilitation discutée dans le différend *CE – Préférences tarifaires*⁵⁷⁵, la réglementation des sanctions ne prévoit pas d'obligation de les appliquer de manière non discriminatoire.

122. La loi brésilienne destinée à mettre en œuvre une (éventuelle) suspension des ADPIC

Le Brésil n'a pas mis en œuvre les sanctions croisées autorisées dans l'affaire du *Coton upland*, dès lors qu'un *Cadre* pour poursuivre la négociation a été convenu avec les États-Unis⁵⁷⁶. Il a toutefois cherché à se doter d'une législation permettant de donner effet à la suspension de certaines obligations découlant des ADPIC, ce qui peut, en soi, servir de menace contribuant à

⁵⁷³ Avis d'ouverture d'une procédure d'examen concernant un obstacle au commerce, au sens du règlement (CE) n° 3286/94 du Conseil consistant en des pratiques commerciales maintenues par les États-Unis d'Amérique dans le cadre de l'importation de moutarde préparée, *J.O.C.E.*, C 215, 1^{er} août 2001, p. 2-3.

⁵⁷⁴ Décision 2002/604/CE de la Commission, du 9 juillet 2002, clôturant la procédure d'examen concernant des obstacle [sic] au commerce, au sens du règlement (CE) n° 3286/94 du Conseil, consistant en des pratiques commerciales maintenues par les États-Unis d'Amérique dans le cadre de l'importation de moutarde préparée, *J.O.C.E.*, L 195, 24 juillet 2002, p. 72-73.

⁵⁷⁵ V. not. *Traitement différencié et plus favorable, réciprocité et participation plus complète des pays en voie de développement*, décision du 28 novembre 1979, L/4903, 3 décembre 1979 et Organe d'appel, *Communautés européennes – Conditions d'octroi de préférences tarifaires aux pays en développement*, WT/DS246/AB/R, 7 avril 2004, 173.

⁵⁷⁶ *États-Unis – Subventions concernant le coton upland*, Communication conjointe présentée par le Brésil et les États-Unis, WT/DS267/45, 31 août 2010.

décourager les violations ou à hâter la mise en conformité⁵⁷⁷. Une brève présentation de ce projet du 28 août 2007 est intéressante à titre d'exemple⁵⁷⁸.

Le projet brésilien s'appliquerait aux nationaux d'États membres de l'OMC à l'égard desquels le Brésil aurait été autorisé à suspendre des obligations en vertu de l'article 22 MRD. Pour rattacher les personnes à un État, la nationalité et le domicile seraient pris en compte pour les personnes physiques, le domicile ou le siège effectif pour les personnes morales.

Le projet prévoit huit mesures, qui pourraient être mises en œuvre isolément ou concurremment : refus d'enregistrement de droits intellectuels, suspension des procédures d'examen des demandes d'enregistrement déjà introduites, interdiction d'effectuer des paiements internationaux de redevances liées à l'utilisation de droits intellectuels, octroi de licences obligatoires, augmentation discriminatoire des droits administratifs payés pour l'examen préalable à l'octroi des droits intellectuels ou pour leur maintien, refus de l'enregistrement nécessaire à l'exploitation économique de l'objet qui incorpore le droit, mise des droits dans le domaine public, extinction des droits.

Les mesures précitées ne pourraient entrer en vigueur qu'à compter de l'autorisation de l'ORD, et cesseraient au moment prévu par l'article 22.8 MRD. La loi prévoirait que les titulaires de droits intellectuels ne pourraient, une fois la suspension terminée, attaquer les actes posés pendant la période de suspension.

Section 2 Niveau de la suspension

123. Introduction

La limitation du montant des sanctions est un facteur crucial de l'équilibre du système. Des sanctions trop légères risquent d'être inefficaces et de nuire en conséquence à l'effectivité, et donc à la légitimité, du droit de l'OMC, qui ne serait pas pris au sérieux. Mais dès lors que les sanctions prennent la forme de suspension d'obligations, la sévérité atteint aussi les objectifs du système : en plus de la violation des règles par le défendeur, les sanctions font obstacle au

⁵⁷⁷ V. les suggestions de A. SUBRAMANIAN et J. WATAL, « Can TRIPS Serve as an Enforcement Device for Developing Countries in the WTO? », *J.I.E.L.* 3(3), 2000, p. 415.

⁵⁷⁸ La description de ce projet est reprise de L.E. SALLES, « Procedures for the design and implementation of trade retaliation in Brazil », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 303-308.

commerce international, en contradiction avec l'objectif de libre-échange qui est en principe poursuivi.

Aussi le montant de la suspension ne peut-il, en règle dépasser celui de la réduction des avantages (§ 1). Ce principe n'est simple qu'en apparence ; son application a fait l'objet d'intenses débats devant les arbitres. On apprécie l'équivalence en calculant la valeur de la réduction des avantages (§ 2) et l'effet de la suspension (§ 3), ce qui permet de vérifier que le second ne dépasse pas la première. À ces deux éléments de base s'ajoutent des questions particulières : le dommage indirect (§ 4) et la modification du niveau de la suspension lorsque les sanctions sont appelées à durer et que les paramètres du calcul d'équivalence peuvent évoluer (§ 5). L'Accord sur les subventions contient des dispositions particulières sur le montant des sanctions, qui font aussi l'objet d'une jurisprudence importante (§ 6). Enfin, les États en voie de développement bénéficient de légers aménagements (§ 7)⁵⁷⁹.

§ 1. Principe d'équivalence

124. Équivalence des sanctions à la réduction des avantages

La suspension d'obligations doit être équivalente à l'annulation ou à la réduction des avantages :

« Le niveau de la suspension de concessions ou d'autres obligations autorisée par l'ORD sera équivalent au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages. » (22.4 MRD)

Le GATT de 1947 autorisait la suspension de concessions, si elle était « justifiée, compte tenu des circonstances » ; le principe d'équivalence n'apparaît pas expressément en son article XXIII. La notion d'équivalence figurait, dès 1952, dans le rapport du *working party* chargé de l'examen des sanctions dans l'affaire *États-Unis – Quotas laitiers* (*infra*, n° 364)⁵⁸⁰, mais ce rapport n'indique pas qu'elle ait réellement été appliquée à cette occasion : le montant des sanctions fut apparemment (aussi) convenu lors d'une discussion diplomatique⁵⁸¹ plutôt qu'il ne résulta (seulement) de la stricte application d'un critère, d'équivalence ou autre. Le plaignant avait à

⁵⁷⁹ Sur le calcul du montant des sanctions en général, v. notamment M. JORDAN, *Sanktionsmöglichkeiten im WTO-Streitbeilegungsverfahren*, Berlin, Duncker & Humblot, 2005, p. 109-141 ; Th. SEBASTIAN, « The law of permissible WTO retaliation », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 99-114 ; S. SHADIKHODJAEV, *Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, p. 113-151 ; H. SPAMANN, « The Myth of "Rebalancing" Retaliation in WTO Dispute Settlement Practice », *J.I.E.L.* 9(1), 2006, p. 31-79 (très critique sur le principe d'équivalence et son application par les arbitres).

⁵⁸⁰ *Working Party 8 on Netherlands Action under Article XXIII:2 – Report to the CONTRACTING PARTIES*, L/61, 7 novembre 1952, p. 1.

⁵⁸¹ L. BOISSON DE CHAZOURNES, *Les contre-mesures dans les relations internationales économiques*, Paris, Pedone, 1992, p. 95.

cœur de montrer (symboliquement) son mécontentement, alors que le défendeur n'entendait pas paraître acquiescer (complètement) à la demande de son adversaire⁵⁸². Plusieurs auteurs affirment cependant que la règle d'équivalence s'appliquait déjà à cette époque⁵⁸³, le caractère approprié de la suspension étant compris comme interdisant de dépasser l'équivalence. L'observation de la pratique, limitée à une seule affaire, ne permet pas de le confirmer, mais on en trouve des indices dans les discussions ayant conduit à l'adoption de la Charte de La Havane et au Code de Tokyo relatif aux OTC⁵⁸⁴.

Le principe d'équivalence interdit toutes sanctions punitives, entendues comme celles qui dépasseraient le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages⁵⁸⁵. Il implique aussi que le montant des sanctions est fixé sans avoir égard à d'autres critères de gravité de la violation⁵⁸⁶ ni à la bonne (ou mauvaise) foi du défendeur.

Il s'agit en réalité d'un montant maximal. Rien n'empêche le plaignant de demander une autorisation pour un montant moins important que celui de la réduction des avantages⁵⁸⁷. Le principe dispositif empêche alors l'arbitre de déterminer un montant plus élevé.

Le plaignant et, le cas échéant, l'arbitre, doivent d'abord déterminer le montant de la réduction des avantages induite par la violation⁵⁸⁸, et ensuite projeter celui des sanctions envisagées.

⁵⁸² V. R.E. HUDEC, *The GATT Legal System and World Trade Diplomacy*, New York, Praeger, 1975, p. 176-182.

⁵⁸³ A.F. LOWENFELD, *International Economic Law*, Oxford University Press, 2002, p. 159 (parlant d'une « tradition ») ; D. PALMETER et S.A. ALEXANDROV, « 'Inducing compliance' in WTO dispute settlement », in D.L.M. KENNEDY et J.D. SOUTHWICK (eds), *The Political Economy of International Trade Law – Essays in Honor of Robert E. Hudec*, Cambridge University Press, 2002, p. 647-650 ; J. PAUWELYN, « The calculation and design of trade retaliation in context: what is the goal of suspending WTO obligations? », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 45-46. *Contra* : R.Z. LAWRENCE, *Crimes & punishments? – Retaliation under the WTO*, Washington, Institute for International Economics, 2003, p. 35. Comp. H. SPAMANN, « The Myth of "Rebalancing" Retaliation in WTO Dispute Settlement Practice », *J.I.E.L.* 9(1), 2006, p. 36.

⁵⁸⁴ V. J. PAUWELYN, « The calculation and design of trade retaliation in context: what is the goal of suspending WTO obligations? », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 44-46.

⁵⁸⁵ CE – Bananes III (États-Unis) (article 22:6 – CE), 6.3 ; États-Unis – Loi de 1916 (CE) (22:6 – États-Unis), 5.8.

⁵⁸⁶ R. HOWSE et D.J. NEVEN, « United States – Tax treatment for 'Foreign Sales Corporations' Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU and Article 4.11 of the SCM Agreement (WT/DS108/ARB) – A Comment », *W.T.R.* 4(1), 2005, p. 113.

⁵⁸⁷ CE – Bananes III (Équateur) (article 22:6 – CE), 24, n. 12. V. aussi la démarche du Brésil dans l'affaire Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs (article 22:6 – Canada), 3.1 (cette affaire a trait à une subvention). M. MATSUSHITA, T.J. SCHOENBAUM et P.C. MAVROIDIS, *The World Trade Organization – Law, Practice, and Policy*, Oxford University Press, 2003, p. 91 ; S. SHADIKHODJAEV, *Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, p. 87.

§ 2. Calcul de la réduction ou de l'annulation des avantages

1. Principe

125. Principe : l'effet sur le volume du commerce

Dans la conception traditionnelle, la réduction des avantages induite par une violation des règles de l'OMC consiste dans la réduction du commerce entre les parties au différend. Il faut donc calculer la valeur des biens ou des services qui, en raison de la violation, n'ont pas été exportés du plaignant vers le pays défendeur (critère de l'effet commercial ou de la « *value-of-trade-blocked* »⁵⁸⁹).

Ce critère revient donc à quantifier (en valeur) la modification du niveau des échanges entre les États, et non les effets de la violation sur le patrimoine des agents économiques privés⁵⁹⁰.

Ce principe pose problème pour sanctionner des violations de règles « en tant que telles » (c'est-à-dire une rédaction des lois étatiques non compatible avec les Accords, indépendamment de leur application). On peut invoquer ces violations devant les organes du règlement des différends dès lors que le droit de l'OMC protège des opportunités commerciales. Mais on ne peut pas affirmer que la violation cause nécessairement un effet commercial, ni d'ailleurs qu'elle porte préjudice aux agents économiques, de sorte qu'elle ne donnerait pas droit à l'application de sanctions tant qu'elle n'a pas d'effet sur les exportations du plaignant⁵⁹¹, ce qui est parfois plus difficile à démontrer et à quantifier. L'affaire de la *Loi de 1916* est symptomatique : ses effets sur les entreprises européennes n'ont pas pu être clairement quantifiés⁵⁹². Un autre arbitre a estimé que la suspension d'obligations pouvait être refusée dans un tel cas, à tout le moins si l'effet commercial ne peut être prouvé (mais suppose-t-on, existe quand même) :

⁵⁸⁸ États-Unis – Jeux (article 22:6 – États-Unis), 3.11.

⁵⁸⁹ CE – Bananes III (États-Unis) (article 22:6 – CE), 6.12 et 7.1 ; G.M. GROSSMAN et A.O. SYKES, « 'Optimal' Retaliation in the WTO – a commentary on the Upland Cotton Arbitration », *W.T.R.* 10(1), 2011, p. 138 ; C. MOCQUART, « Efficacité des sanctions et retraits de concession dans le système de règlement des différends de l'OMC », *R.D.A.I.*, 2003, p. 53. Th. SEBASTIAN, « The law of permissible WTO retaliation », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 106 ; H. SPAMANN, « The Myth of "Rebalancing" Retaliation in WTO Dispute Settlement Practice », *J.I.E.L.* 9(1), 2006, p. 39-40.

⁵⁹⁰ CE – Bananes III (États-Unis) (article 22:6 – CE), 7.1. D. LUFF, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce – Analyse critique*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 947.

⁵⁹¹ Y. RENOUF, « From Bananas to Byrd: damage calculation coming of age? », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 143.

⁵⁹² V. H. SPAMANN, « The Myth of "Rebalancing" Retaliation in WTO Dispute Settlement Practice », *J.I.E.L.* 9(1), 2006, p. 61.

« Le système de règlement des différends de l'OMC autorise les Membres à contester une loi en tant que telle, c'est-à-dire sans se préoccuper de savoir si elle a été appliquée ou non. L'approche "classique" fondée sur une évaluation de l'effet sur le commerce d'une mesure donnée peut ne pas toujours contribuer à la mise en évidence du niveau réel de l'annulation ou de la réduction des avantages, en particulier si aucun cas d'application ne s'est présenté à l'époque. Cela peut venir du fait qu'il peut être difficile d'évaluer l'effet d'une mesure sur le commerce, faute de chiffres vérifiables. Nous estimons que les parties ont certes en commun le devoir de coopérer avec l'arbitre dans l'établissement des faits, mais qu'il n'y a aucune raison *a priori* de sanctionner la partie requérante ou le défendeur s'il est difficile ou impossible de trouver des chiffres justificatifs. Nous pensons qu'il s'agit d'une situation qu'il faut examiner afin de parvenir à une décision sur ce qu'il est possible d'obtenir par le recours à la suspension d'obligations en pareils cas. »⁵⁹³

Une telle définition du principe d'équivalence est le signe d'une conception centrée sur les intérêts commerciaux. On aurait pu, par exemple, définir l'équivalence en termes de pertes d'emploi⁵⁹⁴, ce qui aurait impliqué la conséquence (cynique) que le montant de la suspension aurait dû être ajusté pour provoquer le même nombre de pertes d'emploi dans l'État défendeur que la violation n'en avait causée chez le plaignant. Sans aller aussi loin, on aurait pu reconnaître que la valeur du chiffre d'affaire perdu est moins importante que la valeur ajoutée produite dans l'État victime⁵⁹⁵. Ce critère de la valeur ajoutée aurait pu être utilisé pareillement pour le calcul de l'effet de la suspension des obligations.

126. Dérogations

Les arbitres estiment que le critère de l'effet commercial n'est pas nécessairement le seul qu'ils puissent utiliser⁵⁹⁶. Certains s'en sont écartés, en retenant plutôt le critère des effets économiques de la violation des Accords.

Par exemple, la loi antidumping américaine de 1916 n'était pas compatible avec le droit de l'OMC notamment parce qu'elle punissait les auteurs de dumping d'amendes et de dommages-intérêts équivalents au triple du dommage subi. Dans ce cas, l'arbitre a simplement additionné les montants réclamés illicitement aux importateurs, sans s'interroger davantage sur l'effet commercial de la réclamation⁵⁹⁷. Or, il se peut que les importateurs « absorbent » une partie de

⁵⁹³ *États-Unis – Loi de 2000 (CE) (22:6 – États-Unis)*, 6.5. V. aussi *infra*, n° 127.

⁵⁹⁴ J.P. TRACHTMAN, « Bananas, Direct Effect and Compliance », *E.J.I.L.*, 1999, p. 673 et s.

⁵⁹⁵ V. P.C. MAVROIDIS, « Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place », *E.J.I.L.*, 2000, p. 805.

⁵⁹⁶ *États-Unis – Loi de 2000 (Chili) (22:6 – États-Unis)*, 3.33 et s. Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 27 septembre 2004, WT/DSB/M/176, 19 octobre 2004, n° 18, p. 5.

⁵⁹⁷ *États-Unis – Loi de 1916 (CE) (article 22:6 – États-Unis)*, 5.58-5.63. La sentence a été critiquée sur ce point par les États-Unis (Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 19 mars 2004, WT/DSB/M/166, 22 avril 2004, n° 42, p. 8). En doctrine, v. Th. JÜRGENSEN, « Crime and Punishment: Retaliation under the World Trade Organization Dispute Settlement System », *J.W.T.* 39(2), 2005, p. 330-331. Pour une demande de suspension basée sur la même formule (« montant total des droits antidumping perçus illégalement »), v. *États-Unis – Détermination finale de l'existence d'un dumping concernant les bois d'œuvre résineux en*

ces montants, en ne les répercutant pas entièrement sur le prix des exportations. Selon l'(in)élasticité de la demande par rapport au prix, ces montants peuvent empêcher plus, ou moins, que leur valeur de commerce. On n'est donc plus ici dans une application du principe d'équivalence des effets commerciaux⁵⁹⁸.

Dans l'affaire de la *Loi sur le droit d'auteur*, la réduction des avantages pour les Communautés européennes a été calculée en additionnant les droits qui, en raison de la violation, n'ont pas pu être perçus par les détenteurs de droits européens⁵⁹⁹.

Dans ces deux différends, l'effet de la mesure en cause sur le volume des échanges n'était pas évident⁶⁰⁰, car la violation du droit de l'OMC ne se présentait pas sous la forme d'un obstacle au commerce classique. Par contre, le préjudice direct des agents économiques apparaissait clairement. Ceci explique sans doute que le calcul du préjudice commercial de l'État se réduise en définitive à l'addition des préjudices personnels de ses ressortissants.

Ces affaires pourraient inviter à remettre en cause le principe (effets commerciaux de la violation). En effet, en cas d'obstacle au commerce, les agents économiques subissent aussi un préjudice, qui d'ailleurs ne se réduit pas nécessairement aux conséquences de la réduction des échanges. Par exemple, dans le cas d'un droit de douane supérieur au droit consolidé, mais non prohibitif, on pourrait constater à la fois une réduction des exportations et un préjudice direct (sous la forme d'un supplément de droits de douane) pour les échanges qui subsistent malgré la violation⁶⁰¹. S'il s'avère, comme on le voit dans ces deux affaires, que le droit de l'OMC n'interdit pas de tenir compte du préjudice des agents économiques, il y a des raisons de penser qu'on peut aussi utiliser ce critère pour sanctionner des obstacles au commerce classiques.

provenance du Canada, Recours du Canada à l'article 22:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS264/17, 20 mai 2005.

⁵⁹⁸ C.P. BOWN et M. RUTA, « The economics of permissible WTO retaliation », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 172.

⁵⁹⁹ *États-Unis – Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur (article 25:3)*, 3.19.

⁶⁰⁰ La difficulté de déterminer le niveau de la réduction des avantages dans l'affaire de la *Loi de 1916* avait été anticipée par le Chili (Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 18 janvier 2002, WT/DSB/M/117, 15 février 2002, n° 14, p. 3).

⁶⁰¹ N. LOCKHART, « Comment on chapter 4 », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 130-131.

2. Présomption d'une réduction des avantages

127. La présomption de réduction des avantages et son effet au stade des sanctions

Dans la lignée d'une règle développée au temps du GATT⁶⁰², le Mémorandum d'accord présume qu'une violation des Accords entraîne une réduction ou une annulation d'avantages pour chaque membre (art. 3.8 MRD). Cette présomption, simple⁶⁰³, n'étant généralement pas contestée⁶⁰⁴, le groupe spécial mentionne souvent en fin de rapport l'existence d'une réduction ou d'une annulation d'avantages. L'effet de cette constatation sur la procédure d'arbitrage relative aux sanctions est controversé.

Pour certains, la constatation implique nécessairement l'existence d'une réduction des avantages, fût-elle d'un faible montant :

« Le Groupe spécial initial a déterminé que la Loi de 1916 "annul[ait] ou compromett[ait] des avantages découlant pour les Communautés européennes de ...". Compte tenu de cette conclusion, le niveau doit être quelque chose de supérieur à "zéro" et c'est une contradiction dans les termes de donner à entendre qu'il en est autrement. »⁶⁰⁵

« on ne voyait pas bien comment on pourrait dire que la violation d'une obligation conventionnelle en droit international se traduisait par "zéro" annulation ou réduction d'avantages. Pour autant qu'une obligation conventionnelle signifie quelque chose, elle supposait l'octroi d'avantages au reste des Membres. Quand une obligation était violée, les avantages correspondants étaient annulés ou compromis. »⁶⁰⁶

Dans ce cas, la présomption ne concerne que *l'existence* d'une réduction des avantages et n'établit pas son *montant*⁶⁰⁷. L'arbitre *Bananes III* indique ainsi que la présomption de l'article 3.8 MRD

« ne peut à elle seule être considérée simultanément comme un *élément de preuve* établissant un niveau particulier d'annulation ou de réduction d'avantages »⁶⁰⁸.

⁶⁰² *Report of the Panel on Uruguayan recourse to article XXIII*, L/1923, 15 novembre 1962, 15 ; *Understanding Regarding Notification, Consultation, Dispute Settlement and Surveillance*, 28 novembre 1979, L/4907, 3 décembre 1979, § 5 de l'annexe ; S. SHADIKHODJAEV, *Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, p. 58-59.

⁶⁰³ Groupe spécial, *Communautés européennes – Régime applicable à la vente, à l'importation et à la distribution des bananes*, WT/DS27/R/USA, 22 mai 1997, 7.398.

⁶⁰⁴ Pour une contestation de l'existence d'une réduction ou annulation des avantages, toutefois dans le cadre d'un argument plus général relatif à l'intérêt à agir, et rejeté par le groupe spécial, v. Groupe spécial, *Communautés européennes – Régime applicable à la vente, à l'importation et à la distribution des bananes*, WT/DS27/R/USA, 22 mai 1997, 2.21 et s., 7.47 et s.

⁶⁰⁵ *États-Unis – Loi de 1916 (CE) (article 22:6 – États-Unis)*, 5.50. V. aussi *ibid.*, 5.48-5.49, 7.6.

⁶⁰⁶ Déclaration du Canada, Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 19 mars 2004, WT/DSB/M/166, 22 avril 2004, n° 46, p. 11.

⁶⁰⁷ *États-Unis – Loi de 2000 (Canada) (article 22:6 – États-Unis)*, 3.22, 3.51 ; *États-Unis – Loi de 2000 (Chili) (22:6 – États-Unis)*, 3.21.

Pour la détermination des sanctions, l'arbitre doit donc poursuivre le raisonnement du groupe spécial, en estimant le niveau de l'annulation des avantages, dont le groupe spécial a simplement présumé l'existence⁶⁰⁹. Selon S. Shadikhodjaev, l'arbitre, en quelque sorte forcé de donner une consistance à une réduction des avantages dont l'existence est juridiquement établie, choisira selon toute probabilité une base de calcul qui le lui permettra⁶¹⁰.

D'autres considèrent le règlement des différends comme un contentieux objectif, qui vise à « rétablir la licéité » du comportement d'un État, au lieu de réparer le dommage causé par le comportement illicite⁶¹¹. La constatation d'une violation se justifie indépendamment du dommage commercial, et elle oblige l'État défendeur à se mettre en conformité même si le défendeur ne souffre pas de l'illicéité. Pour pouvoir imposer des sanctions, par contre, il faudrait démontrer l'existence d'une réduction des avantages. Dans cette perspective, la présomption de l'article 3.8 MRD apparaît comme purement formelle, voire comme un archaïsme qui n'a plus lieu d'être dans le système de règlement des différends tel qu'il existe aujourd'hui⁶¹². D'un contentieux objectif de licéité dans les premières phases, le règlement des différends se transformerait en mécanisme subjectif de responsabilité à l'étape des sanctions⁶¹³. Refuser d'appliquer la présomption de l'article 3.8 MRD pour ce stade de la procédure mène alors logiquement à accepter que l'arbitre puisse constater, dans des cas particuliers, l'absence de toute réduction d'avantages, ce qui conduit à rendre impossible la suspension d'obligations⁶¹⁴. Certains arbitres⁶¹⁵ et États membres⁶¹⁶ ont fait leur cette conception, basée sur le formalisme de la détermination faite par le groupe spécial.

La violation des droits du plaignant n'est pas, en elle-même, une réduction des avantages, mais seulement sa cause⁶¹⁷. On distingue ainsi, dans la procédure au fond, la violation que l'ORD

⁶⁰⁸ CE – Bananes III (États-Unis) (article 22:6 – CE), 6.10.

⁶⁰⁹ CE – Hormones (Canada) (article 22:6 – CE), 41.

⁶¹⁰ S. SHADIKHODJAEV, *Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, p. 125, 132-134.

⁶¹¹ H. LESAFFRE, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 320, 448.

⁶¹² En ce sens, H. LESAFFRE, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 449.

⁶¹³ H. LESAFFRE, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 449.

⁶¹⁴ Tel paraît être le raisonnement de l'arbitre CE – Bananes III (États-Unis) (article 22:6 – CE), 6.10.

⁶¹⁵ CE – Bananes III (États-Unis) (article 22:6 – CE), 4.13.

⁶¹⁶ Déclaration des États-Unis à propos de la sentence *Loi de 1916* (Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 19 mars 2004, WT/DSB/M/166, 22 avril 2004, n° 42, p. 8). V. aussi *supra*, n. 605.

⁶¹⁷ États-Unis – Loi de 2000 (Brésil) (22:6 – États-Unis), 3.29-3.32.

établit matériellement, et sa conséquence, qu'il ne constate souvent que formellement, mais dont il constate tout de même l'existence. La procédure devant l'arbitre porte sur un objet distinct : le groupe spécial établit la violation, l'arbitre détermine le montant de la réduction des avantages⁶¹⁸. Pour formelle qu'elle soit, la décision de l'ORD a autorité de chose jugée (*infra*, n^{os} 373 et s.), d'autant que rien n'empêchait le défendeur de tenter de renverser la présomption⁶¹⁹. Il faut donc lui reconnaître l'effet qui lui revient : l'existence d'une certaine réduction des avantages, non quantifiée, est établie en droit par le groupe spécial, et cette décision s'impose pour la suite de la procédure.

128. Approche pratique

Quoi qu'il en soit de la controverse théorique, les litiges concernant les sanctions se réduisent essentiellement à une question de montant. Si la réduction des avantages paraît peu consistante, l'arbitre peut fixer un montant très bas, au point le cas échéant d'annihiler l'intérêt des sanctions pour le plaignant. Dans l'affaire de la *Loi sur le droit d'auteur*, par exemple, le montant de la réduction des avantages a été estimé à 1,2 millions d'euros par an environ, ce qui confine au symbolique dans un différend entre les Communautés européennes et les États-Unis. D'ailleurs, lorsqu'est arrivée l'échéance de l'arrangement temporaire entre les parties (prévoyant un paiement en argent), il n'a pas été reconduit, les États-Unis ne sont pas conformés à leurs obligations, et les Communautés européennes n'ont pas imposé des sanctions (*supra*, n^o 52).

Ceci étant, l'approche très restrictive des groupes spéciaux en ce qui concerne le renversement de la présomption de l'article 3.8 MRD pourrait mener à des situations proches de l'absurde. Par exemple, dans le différend *Guatemala – Ciment I*, le Guatemala avait accusé un retard de onze jours dans l'exécution de son obligation de notifier au Mexique l'ouverture d'une enquête antidumping. Le groupe spécial, faisant référence à la jurisprudence de groupes spéciaux du GATT de 1947 et à la doctrine des effets potentiels, indique d'abord que

« la présomption [n'est] pas réfutée simplement parce que la violation en question n'a[...] aucun effet négatif sur le commerce ou que ces effets [sont] insignifiants »⁶²⁰.

⁶¹⁸ L'arbitre de l'affaire *Bananes III* accorde une grande importance à la distinction des deux procédures (*CE – Bananes III (États-Unis) (article 22:6 – CE)*, 6.10).

⁶¹⁹ Les arguments du Canada et de l'Inde s'appuient sur une telle autorité (Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 19 mars 2004, WT/DSB/M/166, 22 avril 2004, n^{os} 46 et 47, p. 10-11).

⁶²⁰ Groupe spécial, *Guatemala – Enquête antidumping concernant le ciment portland en provenance du Mexique*, WT/DS60/R, 19 juin 1998, 7.41.

Appliquant ensuite la présomption à la lettre, il relève que le défendeur ne prouve pas que la procédure antidumping se serait nécessairement déroulée de la même manière si le délai de notification avait été respecté⁶²¹. Le groupe spécial initial utilise ainsi assez facilement la présomption pour déclarer que des avantages ont été compromis, tant qu'il n'est pas démontré avec certitude que la violation n'a eu aucun effet commercial.

Ce différend n'a pas fait l'objet de sanctions. À supposer que la question lui ait été soumise, l'arbitre désigné pour en déterminer le montant aurait été bien en peine d'évaluer l'effet d'une telle violation sur le commerce international. Il est d'ailleurs probable que l'effet ait été quasi nul. Mais en pratique, on peut raisonnablement penser que l'État plaignant n'introduira pas une demande d'autorisation de suspendre des obligations si l'effet de la violation sur ses nationaux est insignifiant et s'il ne peut raisonnablement espérer, au terme de la procédure arbitrale, qu'une autorisation pour un montant minime.

3. Calcul de la réduction des avantages

129. Détermination du contrefactuel – situation hypothétique de conformité

Calculer le montant des avantages réduits nécessite d'utiliser un contrefactuel, à savoir la valeur des biens ou services qui auraient été exportés si le défendeur s'était mis en conformité avec ses obligations, ce qu'il n'a, par hypothèse, pas fait⁶²². Dans une opinion dissidente, un arbitre a souligné que le recours à un contrefactuel est une nécessité qui résulte de l'attitude du défendeur, qui ne s'est pas mis en conformité, sous-entendant que les incertitudes résultant de cette méthode ne peuvent nuire au plaignant⁶²³.

La première question qui se pose est celle de situation de conformité qu'on prend en compte. Or, on peut souvent imaginer plusieurs situations hypothétiques, économiquement différentes,

⁶²¹ Groupe spécial, *Guatemala – Enquête antidumping concernant le ciment portland en provenance du Mexique*, WT/DS60/R, 19 juin 1998, 7.42. Ces constatations ont été soumises à l'Organe d'appel qui, pour des raisons liées à d'autres moyens, ne s'est pas prononcé à leur sujet (Organe d'appel, *Guatemala – Enquête antidumping concernant le ciment portland en provenance du Mexique*, WT/DS60/AB/R, 2 novembre 1998, 20 et s.). Elles ont été confirmées par un second groupe spécial (Groupe spécial, *Guatemala – Mesures antidumping définitives concernant le ciment portland gris en provenance du Mexique*, WT/DS156/R, 24 octobre 2000, 8.105 et s.).

⁶²² CE – *Bananes III (États-Unis) (article 22:6 – CE)*, 7.1 ; B.P. MCGIVERN, « Seeking Compliance with WTO Rulings: Theory, Practice and Alternatives », *Int. Lawyer* 36(1), 2002, p. 150 et s. ; T. JOSLING, « Bananas and the WTO: Testing the New Dispute Settlement Process », in T.E. JOSLING et T.G. TAYLOR (eds), *Banana Wars – The Anatomy of a Trade Dispute*, Oxon, CABI, 2003, p. 188.

⁶²³ *États-Unis – Jeux (article 22:6 – États-Unis)*, 3.71. Dans le même sens, sous l'angle de la charge de la preuve, N. LOCKHART, « Comment on chapter 4 », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 132.

toutes conformes au droit de l'OMC⁶²⁴. Pour déterminer ce montant hypothétique, le plaignant, puis l'arbitre, doivent se baser, « autant que possible, sur des renseignements crédibles, factuels et vérifiables », en évitant les « spéculations »⁶²⁵. L'hypothèse choisie ne doit pas nécessairement être « le scénario le plus probable », mais elle doit être « plausible » et « raisonnable »⁶²⁶.

Dans l'affaire *Bananes III*, l'arbitre n'a guère expliqué son choix⁶²⁷. Même si cette question n'a pas été débattue devant l'arbitre des sanctions, elle était aussi latente dans l'affaire *Hormones* : la recommandation du groupe spécial et de l'Organe d'appel reprochait en substance aux Communautés européennes d'avoir interdit l'importation de viande de bœuf aux hormones sans avoir fourni les preuves adéquates du risque pour la santé que posait la consommation de cette viande. Face à un tel reproche, les plaignants estimaient que la mise en conformité impliquait d'autoriser l'importation de bœuf aux hormones, alors que les Communautés européennes étaient d'avis qu'une nouvelle évaluation des risques pouvait justifier le maintien d'une interdiction, mais cette fois conforme au droit de l'OMC. On aurait aussi pu penser autoriser les hormones tant dans le bœuf importé que dans le bœuf produit en Europe⁶²⁸. Les États en cause ont débattu de ce problème devant l'arbitre chargé de déterminer le délai de mise en conformité (qui a refusé de tenir compte du délai nécessaire pour procéder à une nouvelle évaluation des risques)⁶²⁹ et surtout à l'occasion du différend sur le *Maintien de la suspension* (*infra*, n° 161). Pour ce qui concerne les sanctions, l'arbitre s'en est tenu au « retrait » de la mesure en cause, c'est-à-dire qu'il a cherché à déterminer la situation qui aurait existé si

⁶²⁴ V. CE – *Bananes III* (États-Unis) (article 22:6 – CE), 7.3 et 7.7 ; CE – *Bananes III* (Équateur) (article 22:6 – CE), 166 ; B.P. MCGIVERN, « Seeking Compliance with WTO Rulings: Theory, Practice and Alternatives », *Int. Lawyer* 36(1), 2002, p. 151 ; L. EHRING, « The European Community's experience and practice in suspending WTO obligations », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 263.

⁶²⁵ États-Unis – *Loi de 1916* (CE) (22:6 – États-Unis), 5.54.

⁶²⁶ États-Unis – *Jeux* (article 22:6 – États-Unis), 3.26-3.30, 3.56.

⁶²⁷ CE – *Bananes III* (États-Unis) (article 22:6 – CE), 7.3 et 7.7 ; CE – *Bananes III* (Équateur) (article 22:6 – CE), 166-170 ; B.P. MCGIVERN, « Seeking Compliance with WTO Rulings: Theory, Practice and Alternatives », *Int. Lawyer* 36(1), 2002, p. 151 ; B. O'CONNOR, « Remedies in the World Trade Organization Dispute Settlement System – *The Bananas and Hormones Cases* », *J.W.T.* 38(2), 2004, p. 253-254 ; Th. SEBASTIAN, « The law of permissible WTO retaliation », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 102 ; H. SPAMANN, « The Myth of "Rebalancing" Retaliation in WTO Dispute Settlement Practice », *J.I.E.L.* 9(1), 2006, p. 51-55.

⁶²⁸ Sur les contrefactuels possibles, H. SPAMANN, « The Myth of "Rebalancing" Retaliation in WTO Dispute Settlement Practice », *J.I.E.L.* 9(1), 2006, p. 59-60.

⁶²⁹ Communautés européennes – *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*, Arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, WT/DS26/15 et WT/DS48/13, 29 mai 1998, spéc. 39.

l'importation en Europe de bœuf aux hormones avait été autorisée, sans autre modifications des règles en place⁶³⁰.

Le problème a resurgi, avec une acuité particulière, dans le différend *États-Unis – Jeux*. Statuant sur le fond, l'Organe d'appel avait, en substance, estimé que l'interdiction américaine des jeux et paris à distance était contraire aux engagements des États au titre de l'AGCS (accès aux marchés), et que le moyen de défense avancé par les États-Unis n'était pas fondé car, bien que l'interdiction puisse être justifiée pour des raisons de moralité publique et d'ordre public, elle était discriminatoire dans la mesure où proposer des paris sur les courses hippiques était autorisé aux entreprises nationales et non aux entreprises étrangères (v. art. XIV, a) AGCS)⁶³¹.

Dans une telle situation, on entrevoit immédiatement deux possibilités, radicales, de mise en conformité. Le défendeur peut soit retirer la mesure en cause, c'est-à-dire autoriser tous les jeux et paris, soit interdire tous les jeux et paris (y compris les paris hippiques organisés par des entreprises nationales) au nom de la moralité publique. Mais d'autres mesures seraient concevables, dont la conformité au droit de l'OMC est moins certaine. Le défendeur pourrait par exemple étendre l'autorisation des paris hippiques aux entreprises étrangères, supprimant ainsi la discrimination épinglée par l'Organe d'appel – mais soulevant la question de savoir, notamment, s'il est justifié de traiter les paris hippiques autrement que les autres jeux et paris à distance⁶³². Enfin, le défendeur peut aussi modifier ses listes (art. XXI AGCS) et y inclure une exception pour les jeux et paris, supprimant d'un seul coup l'engagement et (donc) la violation. Les États-Unis ont suivi cette dernière voie⁶³³ et sont convenus, dans ce cadre, de compensations à accorder au Canada, aux Communautés européennes et au Japon⁶³⁴.

⁶³⁰ CE – *Hormones (États-Unis)* (article 22:6 – CE), 38.

⁶³¹ V. le résumé de l'arbitre : *États-Unis – Jeux* (article 22:6 – *États-Unis*), 3.35-3.36.

⁶³² L. EHRING, « The European Community's experience and practice in suspending WTO obligations », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 263 ; S. SHADIKHODJAEV, *Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, p. 130 ; Th. SEBASTIAN, « The law of permissible WTO retaliation », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 104.

⁶³³ Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 24 juillet 2007, WT/DSB/M/236, 24 septembre 2007, n^{os} 51-57, p. 11-13. H. GROSSE RUSE-KHAN, « A Pirate of the Caribbean? The Attractions of Suspending TRIPS Obligations », *J.I.E.L.* 11(2), 2008, p. 318-324 ; M.E. MENDEL, « Retaliation in the WTO: the experience of Antigua and Barbuda in *US – Gambling* », in C. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 314-316 (cet auteur était le conseil du plaignant dans l'affaire en question) ; S. SHADIKHODJAEV, *Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, p. 130.

⁶³⁴ *Négociations au titre de l'article XXI de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS)*, Addendum, S/SECRET/10/Add.1, 21 décembre 2007 ; *Négociations au titre de l'article XXI de l'Accord*

Concernant le montant des sanctions, le plaignant optait sans surprise pour un contrefactuel basé sur le retrait de la mesure en cause, c'est-à-dire l'autorisation des paris en ligne, sans exception⁶³⁵. Aucune partie, par contre, ne soutenait qu'il fallait se fonder sur une interdiction totale⁶³⁶ (ce qui aurait vraisemblablement conduit à une absence de réduction des avantages). Les États-Unis, défendeurs, optaient quant à eux pour la troisième possibilité, soit l'ouverture des seuls paris hippiques à tous les fournisseurs⁶³⁷.

Eu égard notamment à la politique des États-Unis en matière de jeux et paris à distance, la majorité des arbitres a considéré que l'hypothèse présentée par le plaignant n'était pas raisonnable et qu'on ne pouvait ainsi « faire abstraction » de l'exception, dont l'existence d'une des conditions d'application avait été reconnue par l'Organe d'appel⁶³⁸. Cette hypothèse rejetée, les arbitres majoritaires ont adopté celle présentée par les États-Unis, non parce qu'elle aurait été la plus probable, mais car elle était plausible et raisonnable, sans toutefois soutenir qu'elle constituait la seule possibilité de mise en conformité⁶³⁹.

Cette décision a fait l'objet de critiques, au point d'être qualifiée de « *judicial disaster* »⁶⁴⁰. Dans une opinion séparée, un des trois arbitres a estimé que le contrefactuel proposé par Antigua n'était pas déraisonnable⁶⁴¹, tout en mettant (prudemment) en doute la conformité au droit de l'OMC, et aussi le caractère raisonnable, du contrefactuel retenu par ses deux collègues⁶⁴². On trouve des commentaires similaires, mais plus détaillés, en doctrine. Le contrefactuel choisi doit nécessairement être une situation de conformité au droit de l'OMC, ce dont l'arbitre doit s'assurer⁶⁴³ – en particulier si, comme en l'espèce, cette conformité est contestée⁶⁴⁴ – plutôt que

général sur le commerce des services (AGCS), Addendum, S/SECRET/10/Add.2, 21 décembre 2007 ; Négociations au titre de l'article XXI de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS), Addendum, S/SECRET/10/Add.3, 21 décembre 2007.

⁶³⁵ *États-Unis – Jeux (article 22:6 – États-Unis)*, 3.2, 3.16.

⁶³⁶ *États-Unis – Jeux (article 22:6 – États-Unis)*, 3.52, 3.146 ; Th. SEBASTIAN, « The law of permissible WTO retaliation », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 103.

⁶³⁷ *États-Unis – Jeux (article 22:6 – États-Unis)*, 3.4, 3.17-3.18.

⁶³⁸ *États-Unis – Jeux (article 22:6 – États-Unis)*, 3.39-3.49.

⁶³⁹ *États-Unis – Jeux (article 22:6 – États-Unis)*, 3.56-3.60.

⁶⁴⁰ L. EHRLING, « The European Community's experience and practice in suspending WTO obligations », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 261.

⁶⁴¹ *États-Unis – Jeux (article 22:6 – États-Unis)*, 3.62-3.71.

⁶⁴² *États-Unis – Jeux (article 22:6 – États-Unis)*, 3.67.

⁶⁴³ W.J. DAVEY, « Sanctions in the WTO: problems and solutions », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 368 ; L. EHRLING, « The European Community's experience and practice in suspending WTO obligations »,

d'indiquer qu'une telle décision ne fait partie de son mandat⁶⁴⁵. On a aussi souligné le paradoxe consistant en quelque sorte à accorder au stade des sanctions le bénéfice d'une exception rejetée par le juge du fond⁶⁴⁶, comme si la mesure en cause n'était que « *'partly illegal' or 'somewhat illegal'* » au motif qu'une des conditions de l'exception de l'article XIV AGCS était réalisée⁶⁴⁷. C'est, à juste titre, la position inverse qui avait été adoptée dans l'affaire *Hormones*⁶⁴⁸, similaire en ce sens qu'on pouvait imaginer une mise en conformité fondée sur le maintien de l'interdiction d'importation moyennant la réalisation de toutes les conditions pour pouvoir invoquer une exception (stratégie que les Communautés européennes ont effectivement adoptée, toutefois sans succès). On a regretté une solution, d'une part, fondée sur des considérations relevant en définitive de la politique interne du défendeur et, d'autre part, conduisant à un chiffre peu élevé, ce qui n'incite pas à la mise en conformité⁶⁴⁹. Le critère de plausibilité est aussi mis en cause, en ce qu'il laisse une marge d'appréciation trop large à l'arbitre, sur une question difficile à évaluer⁶⁵⁰. On a suggéré de rechercher plutôt si le contrefactuel proposé par le plaignant n'était pas « *clearly implausible* »⁶⁵¹. Enfin, on a reproché aux arbitres la circularité du raisonnement par lequel le choix d'un contrefactuel qui aboutirait à

in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 263 ; N. LOCKHART, « Comment on chapter 4 », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 131-133 ; Th. SEBASTIAN, « The law of permissible WTO retaliation », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 103-104.

⁶⁴⁴ États-Unis – Jeux (article 22:6 – États-Unis), 3.55.

⁶⁴⁵ États-Unis – Jeux (article 22:6 – États-Unis), 3.56.

⁶⁴⁶ M.E. MENDEL, « Retaliation in the WTO: the experience of Antigua and Barbuda in *US – Gambling* », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 311.

⁶⁴⁷ L. EHRLING, « The European Community's experience and practice in suspending WTO obligations », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 261.

⁶⁴⁸ L. EHRLING, « The European Community's experience and practice in suspending WTO obligations », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 262.

⁶⁴⁹ M.E. MENDEL, « Retaliation in the WTO: the experience of Antigua and Barbuda in *US – Gambling* », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 310-312.

⁶⁵⁰ W.J. DAVEY, « Sanctions in the WTO: problems and solutions », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 368 ; L. EHRLING, « The European Community's experience and practice in suspending WTO obligations », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 262-263.

⁶⁵¹ W.J. DAVEY, « Sanctions in the WTO: problems and solutions », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 368.

une réduction des avantages « invraisemblablement élevé[e] » entraînerait une suspension au-delà de l'équivalence avec la réduction des avantages « effectivement subie »⁶⁵².

130. Détermination du contrefactuel – valeur des échanges commerciaux

Le raisonnement consiste à évaluer la différence entre, d'une part, la valeur des échanges effectivement constatés et, d'autre part, la valeur des échanges dans l'hypothèse contrefactuelle choisie.

La jurisprudence doit souvent résoudre des problèmes particuliers. À l'inverse, les faits sont parfois suffisamment clairs pour lui épargner des interrogations méthodologiques trop fondamentales. Dans tous les cas, l'exercice suppose de partir d'hypothèses et de suppositions⁶⁵³. On voit parfois l'arbitre chercher la méthode reposant sur les bases les plus solides, c'est-à-dire celle impliquant le moins de suppositions ou fonctionnant avec les données les plus fiables⁶⁵⁴. Cela n'empêche pas l'arbitre de regretter parfois que les renseignements dont il dispose ne rencontrent pas ses exigences de précision⁶⁵⁵... On aboutit en définitive

« à un chiffre qui se situe dans le bon ordre de grandeur, mais [...] peut ne pas être entièrement exact »⁶⁵⁶.

Certains arbitres ont utilisé à cette fin un modèle économique qui permet d'estimer, sur la base de données connues, l'effet de la violation sur le commerce, auquel l'effet des sanctions devra équivaloir⁶⁵⁷. Ce modèle requiert certes de poser certaines hypothèses, mais il aboutit en définitive à un résultat jugé plus crédible qu'un choix « entre des approches simplistes et éventuellement inconciliables »⁶⁵⁸.

L'arbitre utilisant un modèle économique s'est montré conscient des limites de cette démarche – notamment en raison des hypothèses sur lesquelles ce modèle était basé – et des imperfections provenant des données disponibles. Même s'il considère que les deux problèmes

⁶⁵² Pour l'argument : *États-Unis – Jeux (article 22:6 – États-Unis)*, 3.27. Pour la critique : Th. SEBASTIAN, « The law of permissible WTO retaliation », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 103.

⁶⁵³ *CE – Hormones (Canada) (article 22:6 – CE)*, 40.

⁶⁵⁴ *États-Unis – Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur (article 25:3)*, 4.13-4.14 et 4.20.

⁶⁵⁵ *États-Unis – Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur (article 25:3)*, 4.15 et 4.36. V. aussi *États-Unis – Loi de 2000 (Brésil) (22:6 – États-Unis)*, 3.144, où l'arbitre est réduit à « estimer intuitivement » un paramètre. Aussi *États-Unis – Jeux (article 22:6 – États-Unis)*, 3.173-3.174.

⁶⁵⁶ *États-Unis – Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur (article 25:3)*, 4.36.

⁶⁵⁷ *États-Unis – Loi de 2000 (Canada) (22:6 – États-Unis)*, 4.10.

⁶⁵⁸ *États-Unis – Loi de 2000 (Canada) (22:6 – États-Unis)*, 3.77.

sont distincts, l'arbitre refuse le modèle proposé par le plaignant au motif que les données nécessaires à son fonctionnement manquent, dans une large mesure⁶⁵⁹.

131. Principes dégagés par la jurisprudence

L'examen de cas d'espèce a permis de préciser les principes.

Si la violation constatée par l'ORD a trait à une loi en tant que telle, chaque application de cette loi peut être prise en considération pour déterminer le montant des avantages annulés ou réduits, en particulier si la loi est impérative⁶⁶⁰.

D'une manière générale, l'utilisation de données rend nécessaire d'avoir égard au passé, même si la situation future pourra s'avérer différente⁶⁶¹. Lorsque l'illicéité n'existait pas dans un passé suffisamment proche de la décision de l'arbitre, celui-ci pourra se baser sur les chiffres réels établis pendant la période où la législation du défendeur était compatible avec les Accords, en faisant les ajustements nécessaires pour tenir compte de l'évolution du marché⁶⁶². Dans ce cas, la moyenne des trois dernières années pendant lesquelles l'avantage n'a pas été compromis constitue un point de départ raisonnable⁶⁶³. À l'inverse, lorsque les données sont plus anciennes, il est probable que le marché aurait évolué indépendamment de la mesure en cause, ce dont il faut tenir compte dans le calcul⁶⁶⁴.

Si la décision de l'ORD a été partiellement mise en œuvre, il faut tenir compte de la réduction des avantages qui résulte, non des mesures contestées initialement, mais des mesures constituant la mise en conformité incomplète ou défectueuse⁶⁶⁵.

En cas de violation de l'Accord ADPIC, l'arbitre a défini la réduction des avantages comme la valeur totale des redevances de licences qui ne peuvent être obtenus en raison des défauts dans la législation de l'État défendeur⁶⁶⁶. Le niveau de l'annulation des avantages se confond alors

⁶⁵⁹ V. *États-Unis – Loi de 2000 (Brésil)* (22:6 – États-Unis), 3.122 et s.

⁶⁶⁰ *États-Unis – Loi de 2000 (Brésil)* (22:6 – États-Unis), 3.63-3.67.

⁶⁶¹ *États-Unis – Loi de 2000 (Brésil)* (22:6 – États-Unis), 3.150.

⁶⁶² *États-Unis – Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur* (article 25:3), 4.7-4.10.

⁶⁶³ *États-Unis – Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur* (article 25:3), 4.45.

⁶⁶⁴ *États-Unis – Jeux* (article 22:6 – États-Unis), 3.135-3.136, 3.178, 3.181-3.182, 3.187.

⁶⁶⁵ *CE – Bananes III (États-Unis)* (article 22:6 – CE), 4.5 ; *CE – Bananes III (Équateur)* (article 22:6 – CE), 14 ; *États-Unis – FSC* (article 22:6 – États-Unis), 2.13. Dans les trois cas, ce principe était accepté par les deux parties. D. LUFF, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce – Analyse critique*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 947 ; J.P. TRACHTMAN, « Bananas, Direct Effect and Compliance », *E.J.I.L.*, 1999, p. 671.

⁶⁶⁶ *États-Unis – Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur* (article 25:3), 3.19.

avec l'impact de la violation sur le patrimoine des personnes privées. Ce montant doit être apprécié au regard des licences qui auraient pu effectivement être accordées moyennant redevance. Il faut donc tenir compte d'un niveau de piratage inévitable, dû au coût marginal d'obtention du respect parfait du droit d'auteur, coût qui dépasserait, au-delà d'un certain niveau, le montant des redevances⁶⁶⁷. Dans la même optique d'un calcul de l'avantage réaliste et non maximal, il faut déduire du montant des redevances collectées les frais encourus pour le recouvrement et le fonctionnement des sociétés de gestion collective des droits d'auteur⁶⁶⁸.

Les différends relatifs aux subventions ont mis en évidence l'importance de la « transmission » pour le calcul de l'incidence commerciale d'une mesure. Un producteur subsidié peut soit utiliser la totalité du montant de la subvention pour diminuer ses prix à l'exportation (transmission intégrale), soit laisser ses prix inchangés et priver ainsi la subvention de tout effet commercial (transmission nulle). Dans le premier cas, le bénéfice de l'exportateur augmentera par le biais d'un accroissement de son chiffre d'affaire à l'exportation ; dans le second, son bénéfice sera augmenté du montant de la subvention. Toute attitude intermédiaire est aussi possible. Le choix de l'exportateur dépendra notamment du degré de concurrence sur le marché mondial, un marché plus concurrentiel induisant en principe une transmission plus importante⁶⁶⁹. La difficulté pour l'arbitre est de fonder la détermination du taux de transmission sur des données et sur un raisonnement solides⁶⁷⁰.

132. Date prise en compte pour le calcul

Pour déterminer la situation contrefactuelle, plusieurs choix sont théoriquement concevables. On pourrait rechercher la valeur des échanges avant la conclusion du traité ou au moment où la violation a été commise ou a commencé à produire ses effets, mais ce serait faire fi du développement du commerce produit par l'exécution correcte de l'Accord. On pourrait aussi se demander quelle aurait été la valeur du commerce si la violation n'avait pas été commise, soit au terme du délai de mise en conformité, soit au moment où l'arbitre statue ; mais ceci implique

⁶⁶⁷ *États-Unis – Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur (article 25:3)*, 3.20-3.35.

⁶⁶⁸ *États-Unis – Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur (article 25:3)*, 3.42-3.51. Sur le raisonnement et le calcul de l'arbitre, G.M. GROSSMAN et P.C. MAVROIDIS, « United States – Section 110(5) of the US Copyright Act, Recourse to Arbitration under Article 25 of the DSU: would've or should've? Impaired benefits due to copyright infringement », *W.T.R.* 2(2), 2003, spéc. p. 238-240.

⁶⁶⁹ *États-Unis – FSC (article 22:6 – États-Unis)*, 6.51 et s. V. aussi *États-Unis – Loi de 2000 (Brésil) (22:6 – États-Unis)*, 3.117 (qui ne concerne pas une subvention au sens strict) et *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II)*, 4.115-4.119 (à propos d'une subvention donnant lieu à une action).

⁶⁷⁰ H. SPAMANN, « The Myth of "Rebalancing" Retaliation in WTO Dispute Settlement Practice », *J.I.E.L.* 9(1), 2006, p. 68-69, critiquant la décision de l'arbitre dans l'affaire de la *Loi de 2000* ; C.P. BOWN et M. RUTA, « The economics of permissible WTO retaliation », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 176.

un raisonnement *ceteris paribus*⁶⁷¹, alors qu'il est bien difficile de savoir si, en l'absence de violation, les autres éléments déterminant les quantités et les prix seraient restés inchangés⁶⁷².

Les arbitres examinent généralement, à titre de contrefactuel, le niveau probable du commerce si l'État s'était conformé à ses obligations le dernier jour du délai de mise en conformité⁶⁷³. Il en va de même si une nouvelle mesure est prise au terme du délai de mise en œuvre et qu'elle est ultérieurement reconnue non conforme⁶⁷⁴.

Lorsque le niveau des effets de la violation et celui de la sanction sont déterminés sur une base temporelle (autant par an), il ne s'agit que d'un principe méthodologique, qui ne déroge pas au principe de la non-rétroactivité des sanctions. Quoique son montant annuel dépende de chiffres arrêtés au dernier jour du délai de mise en conformité, la sanction ne pourra être appliquée qu'à dater de l'autorisation de l'ORD (*infra*, n° 160).

Si la durée de la violation est limitée dans le temps, cette technique implique en revanche un certain effet rétroactif. Par exemple, la sanction d'un programme de subventions prohibées d'une durée de cinq ans aura un effet rétroactif si on choisit comme base de calcul le montant de la subvention octroyée entre la fin du délai de mise en conformité et la fin du programme, alors que l'autorisation de suspendre des concessions n'intervient qu'après le terme du délai de conformité.

⁶⁷¹ V. CE – Hormones (États-Unis) (article 22:6 – CE), 26 ; CE – Bananes III (Équateur) (article 22:6 – CE), 168.

⁶⁷² Sur les contrefactuels possibles et leurs caractéristiques respectives, S. SCHROPP, « The equivalence standard under Article 22.4 of the DSU: a 'tariffic' misunderstanding? », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 457-467.

⁶⁷³ CE – Hormones (Canada) (article 22:6 – CE), 37 et s. ; CE – Hormones (États-Unis) (article 22:6 – CE), 38 et s. ; Brésil – Aéronefs (article 22:6 – Brésil), 3.65 et s. ; Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs (article 22:6 – Canada), 3.22 ; États-Unis – FSC (article 22:6 – États-Unis), 2.14 ; États-Unis – Jeux (article 22:6 – États-Unis), 3.41, 3.143. L'arbitre Brésil – Aéronefs (article 22:6 – Brésil), 3.63-3.65, applique finalement le même principe ; le débat à ce sujet portait plutôt sur la détermination de l'acte qui opérerait octroi de la subvention (v. aussi sur ce point la remarque de l'arbitre États-Unis – FSC (article 22:6 – États-Unis), 2.14, n. 26). En doctrine : D. LUFF, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce – Analyse critique*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 947 ; P.C. MAVROIDIS, « Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place », *E.J.I.L.*, 2000, p. 804-805 ; B.P. MCGIVERN, « Seeking Compliance with WTO Rulings: Theory, Practice and Alternatives », *Int. Lawyer* 36(1), 2002, p. 150 ; S. SHADIKHODJAEV, *Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, p. 89.

⁶⁷⁴ États-Unis – FSC (article 22:6 – États-Unis), 2.14.

Des circonstances particulières à l'affaire permettraient de déroger à ce principe, le Mémoire d'accord étant silencieux à ce sujet⁶⁷⁵. L'affaire de la *Loi sur le droit d'auteur* constitue ainsi un cas particulier⁶⁷⁶, car cet arbitrage était basé sur l'article 25, et non 22.6, MRD. Il se déroulait pendant (et non après) la période de mise en conformité, dont le terme n'était de surcroît pas connu avec certitude, car il était fixé

« au 31 décembre 2001 ou [...] à la fin de la session en cours du Congrès des États-Unis, la date la plus rapprochée étant retenue »⁶⁷⁷.

Les arbitres ont considéré qu'en l'absence de précision dans leur mandat, ils devaient examiner l'affaire, et donc le montant de la réduction des avantages, tels qu'ils se présentaient à la date de leur désignation.

De lege ferenda, on a proposé, en vue d'accélérer la mise en conformité, de tenir compte dans le montant de la réduction des avantages du dommage commercial subi depuis l'adoption du (des) rapport(s), ou même depuis la demande de consultations. Comme c'est le cas aujourd'hui, les sanctions ne pourraient être mises en œuvre qu'à compter de l'autorisation de l'ORD, ce qui préserve de l'unilatéralisme, mais leur ampleur s'en verrait augmentée à raison de la réduction des avantages subie, selon le cas, pendant toute la procédure ou pendant la période de mise en conformité⁶⁷⁸.

133. Causalité

Les arbitres sont peu attentifs à l'examen de la causalité. Une exigence de lien causal n'est pas explicitement inscrite dans le texte des Accords, mais elle découle implicitement du principe d'équivalence, qui empêche de tenir compte de fluctuations des échanges qui ne découleraient pas de la violation épinglée par l'ORD.

« Nous devons prendre garde aux allégations relatives à des occasions perdues lorsque le lien de causalité avec l'interdiction incompatible frappant les hormones est loin d'être évident, c'est-à-dire lorsque des exportations n'auraient pas été réalisées non pas à cause de l'interdiction, mais en raison d'autres circonstances »⁶⁷⁹.

⁶⁷⁵ États-Unis – Loi de 2000 (Brésil) (22:6 – États-Unis), 4.21.

⁶⁷⁶ États-Unis – Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur (article 25:3), 4.18 et s.

⁶⁷⁷ États-Unis – Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur (article 25:3), 4.20.

⁶⁷⁸ W.J. DAVEY, « Sanctions in the WTO: problems and solutions », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 366-367. Pour un résumé des discussions entre les États membres à ce sujet, v. *Session extraordinaire de l'Organe de règlement des différends*, Rapport du Président, M. l'Ambassadeur Ronald Saborío Soto, au Comité des négociations commerciales, TN/DS/25, 21 avril 2011, p. B-4, B-5, B-13, B-14.

⁶⁷⁹ CE – Hormones (Canada) (article 22:6 – CE), 40.

Les États-Unis ont allégué que, sans l'interdiction des hormones, leurs entreprises auraient réalisé des campagnes de commercialisation qui auraient encore accru les exportations de viande. L'arbitre a jugé « trop ténu » le lien causal entre la perte prétendue et l'interdiction des hormones⁶⁸⁰.

Dans l'affaire *Canada – Crédits et garanties* s'est posée la question de savoir si la subvention litigieuse avait eu pour effet, ou non, d'amener la compagnie Air Wisconsin à commander des avions Bombardier plutôt que des avions Embraer. L'arbitre tranche en fait : « tout bien considéré », il est « persuadé[...] » que la subvention n'est pas la cause du choix de la compagnie⁶⁸¹.

Dans l'affaire des *Jeux*, les États-Unis soutenaient que la diminution de la part d'Antigua dans le marché des jeux en ligne était imputable (aussi) à d'autres phénomènes que la mesure en cause, et notamment à un développement de cette industrie dans d'autres pays⁶⁸². L'arbitre retient cet argument⁶⁸³ et tient compte des concurrents dans le calcul de la réduction des avantages⁶⁸⁴.

On peut aussi rattacher cette décision de l'arbitre à la détermination du contrefactuel à utiliser (*supra*, n° 115), ce qui montre que cette détermination nécessite en réalité une analyse de causalité, même implicite et « à contretemps » : la violation est la cause qui a empêché le contrefactuel d'advenir.

La question de la causalité apparaît encore en filigrane, à l'occasion de l'examen des allégations de préjudice indirect (*infra*, n° 138 et s.). Sans toujours faire clairement les distinctions qui s'imposent, les arbitres résolvent en réalité la question de manière pragmatique. Il leur faut, d'une part, calculer au plus juste la réduction des avantages, en comptabilisant tous les effets de la violation des règles de l'OMC, tout en excluant les pertes découlant d'autres phénomènes. D'autre part, la méthode doit rester suffisamment simple pour être praticable et crédible, ce qui implique aussi qu'elle puisse fonctionner avec les données chiffrées (statistiques commerciales) disponibles, rester plausible et ne pas verser dans la conjecture. La tendance, qui va d'ailleurs à l'encontre des règles de preuve (*supra*, n° 91) ou qui les contrebale – comme on voudra –,

⁶⁸⁰ CE – Hormones (États-Unis) (article 22:6 – CE), 77.

⁶⁸¹ Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs (article 22:6 – Canada), 3.23.

⁶⁸² États-Unis – Jeux (article 22:6 – États-Unis), 3.127-3.129.

⁶⁸³ États-Unis – Jeux (article 22:6 – États-Unis), 3.135-3.136, 3.171.

⁶⁸⁴ États-Unis – Jeux (article 22:6 – États-Unis), 3.181-3.183.

consiste à ne pas inclure dans la réduction des avantages ces éléments dont le montant est difficile à déterminer, quoique leur existence soit assez certaine⁶⁸⁵.

§ 3. Calcul de l'incidence commerciale de la suspension d'obligations

134. Principe : l'effet sur le volume du commerce

Après avoir évalué le montant de la réduction des avantages, il faut quantifier l'incidence commerciale de la suspension proposée.

Pour que l'équivalence ait un sens, la même méthode doit être adoptée que pour le calcul de la réduction ou de l'annulation des avantages⁶⁸⁶. Ainsi, en règle, on prend en compte l'effet commercial de la suspension. Lorsque qu'un plaignant proposait d'appliquer des droits de douane supplémentaires de manière à percevoir des recettes fiscales égales à la réduction des avantages, le défendeur a objecté que, selon le taux des droits supplémentaires, l'effet commercial pourrait dépasser le montant de la réduction des avantages. L'arbitre lui a donné raison en imposant au plaignant de respecter l'équivalence entre l'effet commercial de la mesure en cause et celui de la suspension d'obligations⁶⁸⁷.

135. Attitude des arbitres

En général, l'arbitre ne s'étend guère sur le calcul des effets de la suspension d'obligations envisagée⁶⁸⁸ ; il considère qu'une fois déterminée la valeur de la réduction des avantages, son rôle se limite à enjoindre au plaignant de faire en sorte que sa sanction respecte la limite ainsi fixée⁶⁸⁹. Or le contrôle de l'équivalence, qui fait partie de la mission de l'arbitre, impliquerait, à

⁶⁸⁵ Sur la question de la causalité, v. W.J. DAVEY, « Sanctions in the WTO: problems and solutions », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 369-371 ; Th. SEBASTIAN, « The law of permissible WTO retaliation », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 108-110.

⁶⁸⁶ *CE – Bananes III (États-Unis) (article 22:6 – CE)*, 7.1 (dans cette affaire, l'arbitre ne calcule toutefois que le montant de l'annulation ou de la réduction des avantages) ; S. SCHROPP, « The equivalence standard under Article 22.4 of the DSU: a 'tariffic' misunderstanding? », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 476 ; S. SHADIKHODJAEV, *Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, p. 88. *Contra* : Th. JÜRGENSEN, « Crime and Punishment: Retaliation under the World Trade Organization Dispute Settlement System », *J.W.T.* 39(2), 2005, p. 337-338. Pour une critique de l'application H. SPAMANN, « The Myth of "Rebalancing" Retaliation in WTO Dispute Settlement Practice », *J.I.E.L.* 9(1), 2006, p. 47-48.

⁶⁸⁷ *États-Unis – Loi de 2000 (Brésil) (22:6 – États-Unis)*, 4.5-4.11.

⁶⁸⁸ W.J. DAVEY, « Reforming WTO Dispute Settlement », in M. MATSUSHITA et D. AHN, *WTO and East Asia: New Perspectives*, Londres, Cameron May, 2004, p. 122 ; Th. JÜRGENSEN, « Crime and Punishment: Retaliation under the World Trade Organization Dispute Settlement System », *J.W.T.* 39(2), 2005, p. 336.

⁶⁸⁹ *États-Unis – Loi de 2000 (Brésil) (22:6 – États-Unis)*, 4.11.

peine de perdre sa signification, d'examiner les deux termes de l'équation, c'est-à-dire les effets de la violation et ceux de la sanction⁶⁹⁰.

Certes, comme ils le rappellent souvent⁶⁹¹, les arbitres ne peuvent s'immiscer dans la détermination de la nature de l'obligation suspendue (art. 22.7 MRD), ce qui signifie que le plaignant décide seul du type de sanction qu'il impose. Mais cela n'empêche pas l'arbitre de vérifier si la sanction envisagée ne dépasse pas le maximum fixé en vertu du principe d'équivalence⁶⁹².

Pour qu'un tel contrôle soit possible, il faudrait toutefois que l'arbitre dispose d'une description précise de la mesure de sanction envisagée par le plaignant. Ce dernier pourrait certes choisir discrétionnairement la nature de sa mesure, mais il devrait l'annoncer avant l'arbitrage, et ne pourrait plus la modifier ultérieurement. Or, la pratique n'est pas en ce sens, et les arbitres n'ont pas toujours forcé les plaignants à donner de tels renseignements (*supra*, n^{os} 62 et s.), même s'ils ont pu « regretter » qu'un plaignant refuse de préciser ses intentions⁶⁹³. Il faudrait en outre que le défendeur conteste la valeur de la sanction proposée par le plaignant, ce qui n'est que rarement le cas.

Le problème paraît circulaire, car le défendeur aurait besoin de connaître les détails de la mesure envisagée pour la contester utilement, ce qui renforce le plaignant dans son refus de divulguer cette information avant l'arbitrage⁶⁹⁴. Un réel contrôle de la valeur des sanctions passerait donc nécessairement par un revirement de la jurisprudence sur le contenu de la demande de suspension, de sorte qu'elle contienne une description détaillée de la sanction envisagée par le plaignant (dans le cas le plus simple, une liste exhaustive des biens visés et le taux du droit de douane supplémentaire). Mais force est de reconnaître que cette description détaillée dépend elle-même du montant des sanctions : à supposer – comme c'est toujours le cas en pratique – que l'arbitre détermine un montant moins élevé que celui calculé par le plaignant, la mesure de sanction doit être révisée (la liste des biens doit être raccourcie), ce qui

⁶⁹⁰ S. SCHROPP, « The equivalence standard under Article 22.4 of the DSU: a 'tariffic' misunderstanding? », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 486-492, qui critique la jurisprudence actuelle.

⁶⁹¹ Par exemple *CE – Hormones (États-Unis) (article 22:6 – CE)*, 18-19 ; *États-Unis – Jeux (article 22:6 – États-Unis)*, 5.8.

⁶⁹² *États-Unis – Jeux (article 22:6 – États-Unis)*, 5.9 ; S. SCHROPP, « The equivalence standard under Article 22.4 of the DSU: a 'tariffic' misunderstanding? », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 487, 495.

⁶⁹³ *États-Unis – Jeux (article 22:6 – États-Unis)*, 5.8.

⁶⁹⁴ V. à ce sujet le débat entre les parties dans l'affaire *États-Unis – Jeux (article 22:6 – États-Unis)*, 5.1-5.5.

implique une marge d'appréciation qui est celle du plaignant, non de l'arbitre. Ainsi, à supposer qu'une liste indicative soit fournie à l'entame de l'arbitrage, elle s'avèrera trop large à son terme⁶⁹⁵. Si l'on rappelle en outre que l'arbitre ne peut pas non plus présumer que le plaignant va violer le principe d'équivalence, on comprend qu'il en est réduit à rappeler ce principe au plaignant et à conseiller au défendeur d'introduire une nouvelle procédure en cas de dépassement⁶⁹⁶.

Des États membres ont proposé une réforme de l'article 22.7 MRD pour résoudre ce problème en faisant en sorte qu'« une proposition détaillée contenant une liste des concessions ou des autres obligations [que le plaignant] entend suspendre » soit approuvée par l'arbitre, chargé à cette occasion de vérifier l'équivalence⁶⁹⁷. Ceci étant, la question ne se pose pas toujours en pratique (*infra*, n° 136). Par ailleurs, la jurisprudence a quand même fixé certains principes (*infra*, n°137).

136. Sanctions sous forme d'un droit de douane

Dans l'affaire *Hormones*, par exemple, les États-Unis fournissaient une liste des produits sur lesquels ils se proposaient d'appliquer un droit de douane additionnel de 100 %. Cette liste reprenait pour chaque produit la moyenne du montant des importations pendant les trois années antérieures. L'arbitre autorise simplement les États-Unis à imposer le droit de douane additionnel sur un ou plusieurs de ces biens, à condition que la somme des importations moyennes des produits sélectionnés – telles que reprises dans la liste – ne dépasse pas le montant de la réduction des avantages⁶⁹⁸.

En décidant de la sorte, l'arbitre suppose à la fois qu'un droit de douane additionnel de 100 % est prohibitif⁶⁹⁹ et que le niveau des importations américaines serait resté le même en l'absence de suspension⁷⁰⁰. Certes, le débat devant l'arbitre portait essentiellement sur le montant de la

⁶⁹⁵ W.J. DAVEY, « Reforming WTO Dispute Settlement », in M. MATSUSHITA et D. AHN, *WTO and East Asia: New Perspectives*, Londres, Cameron May, 2004, p. 122.

⁶⁹⁶ CE – *Hormones* (États-Unis) (article 22:6 – CE), 82 ; États-Unis – *Loi de 1916* (CE) (article 22:6 – États-Unis), 9.2. ; États-Unis – *Loi de 2000* (Canada) (article 22:6 – CE), 4.27 ; États-Unis – *Jeux* (article 22:6 – États-Unis), 5.12.

⁶⁹⁷ Proposition concernant le réexamen de l'article 22:7 du *Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, Communication présentée par les Philippines et la Thaïlande, TN/DS/W/3, 21 mars 2002.

⁶⁹⁸ CE – *Hormones* (États-Unis) (article 22:6 – CE), 80 et s.

⁶⁹⁹ CE – *Hormones* (États-Unis) (article 22:6 – CE), 21. Aussi W.J. DAVEY, « Reforming WTO Dispute Settlement », in M. MATSUSHITA et D. AHN, *WTO and East Asia: New Perspectives*, Londres, Cameron May, 2004, p. 122.

⁷⁰⁰ CE – *Hormones* (États-Unis) (article 22:6 – CE), 80.

réduction des avantages. Aucune partie ne paraît avoir allégué le caractère non prohibitif du droit de douane supplémentaire ni un motif indépendant de variation des importations des produits visés par les sanctions. Mais en réalité, un droit de douane de 100 % *ad valorem* sur des produits qui n'étaient précédemment que faiblement taxés, voire exemptés – par rapport au droit consolidé et/ou appliqué, ce tarif de 100 % représentait en l'espèce une augmentation comprise entre 80 et 100 points de pourcentage environ – peut laisser subsister un certain niveau de commerce, en particulier à court terme⁷⁰¹. Bien entendu, ce n'est que dans des circonstances procédurales particulières qu'un groupe spécial ou un arbitre dispose d'observations empiriques sur les effets commerciaux des sanctions. Dans la plupart des cas, leur effet doit être évalué *ex ante*. Quoi qu'il en soit, ceci serait tout à l'avantage du défendeur, de sorte qu'il n'y a pas lieu pour l'arbitre de s'en préoccuper.

Cet élément aurait toutefois une grande importance si le plaignant demandait l'autorisation de faire porter ses sanctions sur des biens dont le montant des importations dépasse le niveau de la réduction des avantages, en invoquant le fait que l'obstacle au commerce qu'il se propose d'introduire n'éliminerait pas tout commerce avec le défendeur. Une demande de sanctions de l'Union européenne semble s'orienter en ce sens :

« La suspension prendra la forme soit d'un droit prohibitif (par exemple de 100 pour cent) appliqué sur une valeur annuelle spécifiée du commerce en provenance des États-Unis et à destination de l'Union européenne ; ou d'un droit *ad valorem* équivalent appliqué sur une valeur annuelle équivalente du commerce.

Dans le premier cas, la valeur annuelle du commerce en provenance des États-Unis et à destination de l'Union européenne à laquelle le droit d'importation prohibitif de 100 pour cent sera appliqué s'élève à 311 millions de dollars EU. Dans le second cas, un droit d'importation *ad valorem* de 13,18 pour cent sera appliqué sur une valeur annuelle du commerce de 477 millions de dollars EU. L'Union européenne se réserve le droit de revoir ce calcul selon qu'il sera approprié. »⁷⁰²

À ce jour, aucun arbitre n'a statué sur ce type d'argument⁷⁰³, mais ceci révèle toute la différence entre le commerce perdu (*lost trade*) et le commerce affecté (*affected trade*). Ces deux valeurs ne sont égales que lorsque la mesure (violation ou suspension d'obligations) a un effet totalement prohibitif. Dans le cas contraire, le critère du commerce perdu empêche de tenir

⁷⁰¹ V. États-Unis – Certains produits en provenance des CE, 2.37.

⁷⁰² États-Unis – Lois, réglementations et méthode de calcul des marges de dumping ("réduction zéro"), Recours de l'Union européenne à l'article 22:2 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, WT/DS294/35, 2 février 2010.

⁷⁰³ Th. SEBASTIAN, « The law of permissible WTO retaliation », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 112.

compte des effets économiques de la mesure commerciale sur le commerce affecté, qui peuvent être considérables⁷⁰⁴.

137. Sanctions autres qu'une augmentation des droits de douane

Évaluer l'incidence de sanctions ne consistant pas dans un droit de douane est moins aisé.

Lorsqu'un État se propose de suspendre des obligations de l'Accord ADPIC, il doit tenir compte de l'« incidence effective » de la suspension, mais aussi de son « incidence potentielle ». En d'autres termes, il faut considérer la valeur des droits intellectuels qui ne reviendra pas à leurs titulaires, en incluant les effets d'une augmentation potentielle de la quantité vendue, en raison de la suspension de la protection du droit intellectuel. Le plaignant doit s'assurer que cette valeur ne dépasse pas le niveau de la réduction des avantages, ce qu'il peut faire en établissant un système de licences révocables qu'il distribue dans les limites de ce niveau⁷⁰⁵. Si rien n'oblige le plaignant à exposer à l'arbitre la manière exacte dont il mettra les sanctions en œuvre, il lui revient de choisir une technique qui garantisse l'équivalence et qui soit transparente de manière à permettre les vérifications utiles à cet égard⁷⁰⁶.

L'appréciation de l'équivalence par le plaignant et par l'arbitre doit toujours être fondée sur une méthode quantitative. On ne peut déduire l'équivalence du fait que la sanction serait qualitativement ressemblante à la mesure illicite même si, inversement, la formulation d'une proposition de sanctions en termes qualitatifs ne suffit pas à la rendre illicite⁷⁰⁷. En l'espèce, en réponse à une réglementation américaine incompatible avec le droit de l'OMC, les Communautés européennes proposaient d'introduire la même règle dans le droit européen, mais de ne l'appliquer qu'aux Américains (« législation miroir »)⁷⁰⁸. Selon le niveau des importations et exportations réciproques des États en litige, deux mesures identiques n'ont pas nécessairement le même effet commercial. Une mesure définie de manière uniquement

⁷⁰⁴ Sur ce thème, v. H. SPAMANN, « The Myth of "Rebalancing" Retaliation in WTO Dispute Settlement Practice », *J.I.E.L.* 9(1), 2006, p. 45-47.

⁷⁰⁵ *CE – Bananes III (Équateur) (article 22:6 – CE)*, 159 et s., auquel se réfère *États-Unis – Jeux (article 22:6 – États-Unis)*, 5.11.

⁷⁰⁶ *États-Unis – Jeux (article 22:6 – États-Unis)*, 5.8-5.10.

⁷⁰⁷ *États-Unis – Loi de 1916 (CE) (22:6 – États-Unis)*, 5.21. *Contra*, H. SPAMANN, « The Myth of "Rebalancing" Retaliation in WTO Dispute Settlement Practice », *J.I.E.L.* 9(1), 2006, p. 62-64.

⁷⁰⁸ *États-Unis – Loi de 1916 (CE) (22:6 – États-Unis)*, 2.7.

qualitative, sans indication d'un impact maximal sur le commerce ni de précisions sur la manière dont elle sera appliquée, est donc susceptible de violer le principe d'équivalence⁷⁰⁹.

Comme pour le calcul de la réduction des avantages, celui des effets commerciaux de la mesure de sanction peut pâtir d'une conception insuffisamment élaborée de la causalité (*supra*, n° 132 et *infra*, n° 138)⁷¹⁰. Ce problème apparaît en particulier lorsque la sanction prend une autre forme qu'une augmentation des droits de douane.

§ 4. Dommage indirect et dommage sur d'autres membres

138. Effets de la violation sur le commerce entre le plaignant et les tiers

Seul est pris en compte l'effet de la violation sur le commerce entre le plaignant et le défendeur⁷¹¹, à l'exclusion des répercussions de la violation sur les échanges entre le plaignant et des États tiers⁷¹². Ainsi, dans l'affaire *Bananes III*, l'arbitre n'a pas inclus dans son calcul la réduction du commerce entre les États-Unis et les pays exportateurs de bananes pour les biens constitutifs d'intrants (notamment les engrais américains)⁷¹³. Cette décision prend également appui sur les règles d'origine, selon lesquelles les bananes sont originaires de l'État où elles ont été cultivées, même si des intrants ont été importés par cet État⁷¹⁴. L'arbitre est toutefois conscient que les règles d'origine et, plus généralement, son refus de tenir compte des intrants,

⁷⁰⁹ *États-Unis – Loi de 1916 (CE) (22:6 – États-Unis)*, 5.17-5.36. V. aussi, sur cette même question, mais avant l'arbitrage : Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 18 janvier 2002, WT/DSB/M/117, 15 février 2002, n° 16, p. 4. En doctrine, M. MATSUSHITA et A. IINO, « The Blocking Legislation as a Countermeasure to the US Anti-Dumping Act of 1916: A Comparative Analysis of the EC and Japanese Damage Recovery Legislation », *J.W.T.* 40(4), 2006, p. 763-766 ; Th. SEBASTIAN, « The law of permissible WTO retaliation », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 113 ; S. SHADIKHODJAEV, *Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, p. 88 ; P.-T. STOLL, « Article 22 DSU », in R. WOLFRUM, P.-T. STOLL et K. KAISER (eds), *WTO – Institutions and Dispute Settlement*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2006, p. 544-545.

⁷¹⁰ W.J. DAVEY, « Sanctions in the WTO: problems and solutions », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 370.

⁷¹¹ *États-Unis – Jeux (article 22:6 – États-Unis)*, 3.176.

⁷¹² *CE – Bananes III (États-Unis) (article 22:6 – CE)*, 6.12. D. LUFF, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce – Analyse critique*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 948 ; P.-T. STOLL, « Article 22 DSU », in R. WOLFRUM, P.-T. STOLL et K. KAISER (eds), *WTO – Institutions and Dispute Settlement*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2006, p. 546-547. V. aussi *États-Unis – Loi de 2000 (Brésil) (22:6 – États-Unis)*, 3.129, quoique la motivation semble davantage liée aux particularités de l'espèce qu'au principe lui-même.

⁷¹³ *CE – Bananes III (États-Unis) (article 22:6 – CE)*, 6.12.

⁷¹⁴ *CE – Bananes III (États-Unis) (article 22:6 – CE)*, 6.13 ; O.Z. TOURÉ, « La mise en œuvre des sanctions au sein de l'Organisation mondiale du commerce », *R.D.I.D.C.*, 2009, p. 226-227.

sont quelque peu « arbitraires », dans un contexte de mondialisation de l'économie⁷¹⁵. Le problème réside aussi dans le risque d'un double comptage des intrants, une première fois en tant que tels (dans la demande des États-Unis), ensuite en tant que parties du produit fini (en l'espèce, dans la demande de l'Équateur). Certes, on pourrait théoriquement calculer le montant de la réduction des avantages de chaque État en ôtant la valeur des intrants importés, mais les calculs en deviendraient très compliqués⁷¹⁶. Pensons simplement que les engrais américains sont peut-être produits avec des phosphates importés par les États-Unis...

Sauf par le biais (relativement indirect) des règles d'origine, le montant des sanctions n'est donc pas établi en tenant compte de la valeur ajoutée produite dans l'État plaignant, alors que tel serait pourtant un critère plus proche du préjudice subi par ses entreprises⁷¹⁷.

Si le raisonnement de l'arbitre est ici quelque peu décevant, c'est en raison d'une absence d'une conception claire de la causalité (*supra*, n° 132) ; ce n'est en effet qu'en étudiant le lien qui unit la violation des règles par le plaignant à la réduction des avantages du défendeur que l'on pourra déterminer quels éléments doivent être pris en compte dans cette dernière. Le même problème se pose pour l'« effet de refroidissement ».

139. Effet de refroidissement

Lorsqu'une loi est, en soi, incompatible avec le droit de l'OMC, certains ont voulu tenir compte, pour le calcul de la réduction des avantages, de l'effet de « refroidissement ». On désigne par-là l'insécurité ou le risque générés par l'existence de la loi – et non par son application –, et qui gênent l'établissement de relations commerciales même si la loi n'est pas appliquée. L'arbitre a refusé de tenir compte de ce facteur, non par principe, mais au motif qu'il n'était pas possible de le quantifier⁷¹⁸. Les frais de justice liés à des procédures intentées sur la base de la législation illicite ne peuvent pas non plus être comptabilisés dans la réduction des avantages s'ils ne sont pas dûment quantifiés⁷¹⁹.

L'arbitre du différend de la *Loi sur le droit d'auteur* semble avoir adopté la même position, à la demande du plaignant lui-même. Il s'agissait en l'espèce des répercussions de la non-

⁷¹⁵ CE – Bananes III (États-Unis) (article 22:6 – CE), 6.18.

⁷¹⁶ W.J. DAVEY, « Sanctions in the WTO: problems and solutions », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 369.

⁷¹⁷ V. P.C. MAVROIDIS, « Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place », *E.J.I.L.*, 2000, p. 805.

⁷¹⁸ États-Unis – Loi de 1916 (CE) (22:6 – États-Unis), 5.64-5.72.

⁷¹⁹ États-Unis – Loi de 1916 (CE) (22:6 – États-Unis), 5.73-5.78.

reconnaissance d'un aspect de la protection du droit d'auteur sur l'exploitation d'autres droits afférents à la même œuvre. Le motif de la décision est tiré du manque de données disponibles, l'arbitre précisant qu'il n'entendait pas exclure par principe les dommages indirects⁷²⁰.

Ces décisions sont à rapprocher du refus par l'arbitre de l'affaire *Hormones* de tenir compte des « occasions perdues »⁷²¹ (*supra*, n° 133).

On a remarqué à ce sujet que « a number that is difficult to calculate is not necessarily equivalent to zero »⁷²², d'autant qu'en principe la charge de la preuve repose sur le défendeur (*supra*, n° 91)⁷²³ et que les arbitres n'ont pas hésité, en d'autres occasions, à se contenter d'approximations.

140. Effets de la violation sur le commerce entre le défendeur et les tiers

En principe, le montant des sanctions doit être déterminé en fonction des effets de la violation sur le commerce *du plaignant*. Ce dernier ne peut baser ses sanctions sur les effets de la mesure critiquée sur d'autres États, qu'ils soient ou non membres de l'OMC ou parties à la procédure. Ainsi, il n'est pas admissible que sept plaignants répartissent entre eux les effets de la mesure critiquée sur les autres États (non demandeurs en sanctions), s'arrogeant ainsi une mission d'exécution collective⁷²⁴. Un arbitre a basé cette interdiction sur les principes du droit international d'égale souveraineté et de non-ingérence⁷²⁵.

Ce principe n'a pas toujours été appliqué dans le cadre de l'accord sur les subventions, dont la rédaction est différente (*infra*, n° 148).

⁷²⁰ États-Unis – Article 110 5), *Loi sur le droit d'auteur* (article 25:3), 4.31 et s.

⁷²¹ CE – *Hormones* (États-Unis) (article 22:6 – CE), 41. V. aussi *ibid.*, 77.

⁷²² C.P. BOWN et M. RUTA, « The economics of permissible WTO retaliation », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 173.

⁷²³ H. SPAMANN, « The Myth of “Rebalancing” Retaliation in WTO Dispute Settlement Practice », *J.I.E.L.* 9(1), 2006, p. 62-63.

⁷²⁴ V. États-Unis – *Loi de 2000 (Canada)* (22:6 – États-Unis), 4.14-4.16 ; États-Unis – *Jeux* (article 22:6 – États-Unis), 3.176-3.179 ; Th. SEBASTIAN, « The law of permissible WTO retaliation », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 107-108.

⁷²⁵ CE – *Bananes III* (États-Unis) (article 22:6 – CE), 6.14.

§ 5. Modification du niveau de la suspension

141. Adaptation et variabilité du montant des sanctions

Pendant que durent les sanctions, le niveau des avantages annulés peut évoluer à la hausse ou à la baisse, en fonction des conditions du commerce ou en raison d'une modification de la mesure par le défendeur.

Un groupe spécial a envisagé cette hypothèse, en indiquant que l'État subissant les sanctions devrait alors prouver l'inadéquation du montant car les sanctions autorisées par l'ORD seraient présumées compatibles avec les Accords⁷²⁶. La formulation est excessive, ce qui explique peut-être l'appel interjeté par les Communautés européennes. Cette déclaration a été infirmée par l'Organe d'appel, qui estime qu'elle n'a pas d'effet juridique, au motif qu'elle ne faisait pas partie du mandat du groupe spécial⁷²⁷.

La valeur des avantages annulés peut évoluer par exemple lorsqu'une réglementation en tant que telle constitue la violation et que chacune de ses applications accroît le montant de la réduction des avantages. Le principe d'équivalence requiert, dans ce cas, que le montant des sanctions s'adapte également. On renonce alors à un montant fixé en valeur absolue, auquel on préfère une formule dans laquelle sont insérées les données pertinentes pour chaque période⁷²⁸. Le montant des sanctions évolue ainsi au cours du temps⁷²⁹, ce que le Mémoire d'accord n'interdit pas, même si le montant des sanctions est généralement fixe⁷³⁰.

Dans l'affaire du *Coton upland*, l'arbitre fixe le montant des sanctions pour une année, et indique la formule à utiliser pour les années ultérieures⁷³¹. Il s'agit d'une formule proche de celle utilisée par l'arbitre lui-même, mais simplifiée pour réduire le risque qu'un différend surgisse entre les parties au sujet de son application.

⁷²⁶ États-Unis – Certains produits en provenance des CE, 6.112 et s.

⁷²⁷ États-Unis – Certains produits en provenance des CE (appel), 93 et s.

⁷²⁸ Pour une telle approche, v. États-Unis – Loi de 1916 (CE) (22:6 – États-Unis), 6.14-6.17, 8.1-8.2 ; États-Unis – Loi de 2000 (Canada) (22:6 – États-Unis), 3.149 ; États-Unis – Détermination finale en matière de droits compensateurs concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada, Recours du Canada à l'article 22:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS257/16, 4 janvier 2005 ; États-Unis – Enquête de la commission du commerce international dans l'affaire concernant les bois d'œuvre résineux en provenance du Canada, Recours du Canada à l'article 22:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS277/9, 15 février 2005.

⁷²⁹ Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 27 septembre 2004, WT/DSB/M/176, 19 octobre 2004, n° 19, p. 5.

⁷³⁰ États-Unis – Loi de 2000 (Canada) (22:6 – États-Unis), 4.20-4.27.

⁷³¹ États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis I), 4.279 et Annexe 4.

Un montant variable peut servir d'incitant à diminuer l'ampleur des mesures illicites, s'il varie en fonction de la valeur des effets de l'illicéité. Les sanctions incitent ainsi à la mise en conformité, tout en respectant le principe d'équivalence. Ce procédé est utile, en particulier lorsque le montant de la réduction des avantages risque d'augmenter à l'avenir⁷³². Pour respecter l'obligation de transparence, l'arbitre a suggéré au plaignant de notifier à l'ORD le montant des sanctions appliquées chaque année⁷³³.

142. Critiques de la variabilité

On a reproché à cette méthode de ne pas fixer de limite supérieure au montant des sanctions⁷³⁴. Le Mémoire d'accord n'impose cependant pas à l'arbitre de déterminer un montant maximal, mais de vérifier que le montant de la suspension proposée par le plaignant ne dépasse pas le niveau de la réduction des avantages.

Au cours des débats de l'ORD concernant la sentence de l'affaire de la *Loi de 1916*, les États-Unis ont aussi fait valoir que le montant de la réduction des avantages peut évoluer dans toutes les affaires, ce qui pointe à une différence de traitement injustifiée entre les sentences accordant un montant fixe et celles retenant un montant variable⁷³⁵. Dans certains cas, la méthodologie utilisée par l'arbitre empêche toute révision du montant des sanctions, par exemple lorsque l'arbitre base son appréciation sur le montant d'une subvention occasionnelle ou sur la valeur des transactions commerciales pendant les dernières années précédant la violation.

Enfin, même à supposer que les critères et la formule fixés par l'arbitre soient parfaitement clairs, les sanctions « évolutives » ne sont pas favorables à la prévisibilité, parce qu'elles impliquent une possibilité de modification de la liste des biens visés par les sanctions, et donc un risque pesant sur tous les commerçants établis sur le territoire du défendeur et qui exportent vers le plaignant. Le demandeur en arbitrage (défendeur originaire) n'est pas le mieux placé pour s'en plaindre, surtout lorsque le montant des sanctions dépend du montant de la violation, soumise par hypothèse à sa volonté⁷³⁶. La prévisibilité est plus mise en doute qu'elle n'est

⁷³² *États-Unis – Loi de 2000 (Canada)* (22:6 – *États-Unis*), 4.24-4.25.

⁷³³ *États-Unis – Loi de 2000 (Canada)* (22:6 – *États-Unis*), 5.4.

⁷³⁴ Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 19 mars 2004, WT/DSB/M/166, 22 avril 2004, n° 43, p. 9.

⁷³⁵ Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 19 mars 2004, WT/DSB/M/166, 22 avril 2004, n° 43 et s., p. 9 et s.

⁷³⁶ *États-Unis – Loi de 2000 (Brésil)* (22:6 – *États-Unis*), 4.23 et s. Les États-Unis critiquent cependant la décision sur ce point (Procès-verbal de la réunion de l'ORD des 24 et 26 novembre 2004, WT/DSB/M/178, 17 janvier 2005, n° 76, p. 15-16).

restaurée lorsqu'on rappelle au défendeur qu'il peut tenter une procédure de règlement des différends s'il estime que le plaignant n'applique pas la formule de manière adéquate⁷³⁷.

Cette critique en termes de prévisibilité est fort proche de celle que les Communautés européennes adressent au système américain de sanctions carrousel (*supra*, n^{os} 117 et s.)⁷³⁸. Aussi furent-elles gênées lorsqu'elles ont obtenu, dans le différend de la *Loi sur la compensation (Amendement Byrd)*, une autorisation de pratiquer des sanctions pour un montant à recalculer chaque année en application d'une formule fixée par l'arbitre. Lorsque le montant des sanctions change, le plaignant doit en effet modifier soit le taux du droit supplémentaire, soit la liste des biens visés. Les Communautés européennes devaient donc imaginer un mécanisme d'adaptation des sanctions mises en œuvre à l'évolution du montant de la réduction des avantages, sans s'exposer aux critiques qu'elles-mêmes formulaient à l'encontre des sanctions carrousel.

Le règlement promulgué à cette occasion impose à la Commission d'adapter annuellement des sanctions, mais il ôte à celle-ci tout pouvoir discrétionnaire. S'il faut augmenter ou diminuer le nombre de marchandises visées, la Commission choisit les marchandises supplémentaires ou retranchées dans une liste, en suivant impérativement l'ordre de la liste. S'il n'est pas possible d'adapter les sanctions en ajoutant ou supprimant des marchandises de la liste, la Commission peut modifier le taux du droit additionnel⁷³⁹. Pour autant que les modifications dépendent d'elles – ce qui n'est pas le cas de l'évolution de la réduction des avantages –, les Communautés européennes renoncent à toute discrétion et établissent une prévisibilité maximale⁷⁴⁰.

⁷³⁷ V. Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 19 mars 2004, WT/DSB/M/166, 22 avril 2004, n° 44, p. 9 ; Procès-verbal de la réunion de l'ORD des 24 et 26 novembre 2004, WT/DSB/M/178, 17 janvier 2005, n° 77, p. 16.

⁷³⁸ *États-Unis – Article 306 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur et modifications y relatives* – Demande de consultations présentée par les Communautés européennes, WT/DS200/1, 13 juin 2000.

⁷³⁹ Art. 3 du Règl. (CE) n° 673/2005 du Conseil du 25 avril 2005 instituant des droits de douane supplémentaires sur les importations de certains produits originaires des États-Unis d'Amérique, *J.O.U.E.*, L 110, 30 avril 2005, p. 1-5.

⁷⁴⁰ Pour la pratique, v. Règl. (CE) n° 632/2006 de la Commission du 24 avril 2006 remplaçant les annexes I et II du règlement (CE) n° 673/2005 instituant des droits de douane supplémentaires sur les importations de certains produits originaires des États-Unis d'Amérique, *J.O.U.E.*, L 111, 25 avril 2006, p. 5-8 ; Règl. (CE) n° 409/2007 de la Commission du 16 avril 2007 remplaçant les annexes I et II du règlement (CE) n° 673/2005 du Conseil instituant des droits de douane supplémentaires sur les importations de certains produits originaires des États-Unis d'Amérique, *J.O.U.E.*, L 100, 17 avril 2007, p. 16-19, modifié par le Règl. (CE) n° 1024/2007 de la Commission du 3 septembre 2007 modifiant le règlement (CE) n° 409/2007 remplaçant les annexes I et II du règlement (CE) n° 673/2005 du Conseil instituant des droits de douane supplémentaires sur les importations de certains produits originaires des États-Unis d'Amérique, *J.O.U.E.*, L 231, 4 septembre 2007, p. 3 ; Règl. (CE) n° 283/2008 de la Commission du 27 mars 2008 remplaçant l'annexe I du règlement (CE) n° 673/2005 du Conseil instituant des droits de douane supplémentaires sur les importations de certains produits originaires des États-Unis d'Amérique, *J.O.U.E.*, L 86, 28 mars 2008, p. 19-20 et rectificatif, *J.O.U.E.*, L 98, 10 avril 2008, p. 28 ; Règl. (CE) n° 317/2009 de la Commission du

§ 6. Particularités des sanctions en matière de subventions

1. « Contre-mesures »

143. Contre-mesures comme suspension d'obligations dans le cadre de l'Accord SMC

L'article 22 MRD, qui contient les règles générales en matière de sanctions dans le droit de l'OMC, les désigne sous l'appellation de « suspension de concessions ou d'autres obligations », sans utiliser les termes de rétorsions ou de contre-mesures, consacrés en droit international public (*infra*, n° 200).

L'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (SMC), par contre, utilise le vocable « contre-mesures », mais entend par là une suspension de concessions ou d'autres obligations, de même nature que celle régie par l'article 22 MRD⁷⁴¹. Le calcul du montant s'opère toutefois selon d'autres règles.

2. Contre-mesures « appropriées »

144. Texte des Accords

Comme tel, le principe d'équivalence n'est pas applicable dans le cas de sanctions répondant à la violation de certaines dispositions de l'Accord SMC. Dans le cas de subventions prohibées, s'il

« n'est pas donné suite à la recommandation de l'ORD [...], l'ORD accordera au Membre plaignant l'autorisation de prendre des contre-mesures appropriées, à moins que l'ORD ne décide par consensus de rejeter la demande » (art. 4.10 SMC).

L'article 4.11 SMC ajoute que

« Dans le cas où une partie au différend demandera un arbitrage conformément au paragraphe 6 de l'article 22 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, l'arbitre déterminera si les contre-mesures sont appropriées ».

17 avril 2009 remplaçant l'annexe I du règlement (CE) n° 673/2005 du Conseil instituant des droits de douane supplémentaires sur les importations de certains produits originaires des États-Unis d'Amérique, *J.O.U.E.*, L 100, 18 avril 2009, p. 6-7 ; Règl. (UE) n° 305/2010 de la Commission du 14 avril 2010 remplaçant les annexes I et II du règlement (CE) n° 673/2005 du Conseil instituant des droits de douane supplémentaires sur les importations de certains produits originaires des États-Unis d'Amérique, *J.O.U.E.*, L 94, 15 avril 2010, p. 15-18 ; Règl. d'exécution (UE) n° 311/2011 de la Commission du 31 mars 2011 remplaçant l'annexe I du règlement (CE) n° 673/2005 du Conseil instituant des droits de douane supplémentaires sur les importations de certains produits originaires des États-Unis d'Amérique, *J.O.U.E.*, L 86, 1^{er} avril 2011, p. 51-52.

⁷⁴¹ *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis I)*, 4.34.

Deux notes de bas de page précisent⁷⁴² que l'expression « contre-mesures appropriées »

« ne doit pas être interprétée comme autorisant des contre-mesures qui soient disproportionnées eu égard au fait que les subventions visées par ces dispositions sont prohibées » (art. 4.10, note 9, et 4.11 SMC, note 10).

Dans la version anglaise, le terme « *appropriate* » était utilisé pour caractériser les suspensions de concessions du temps du GATT de 1947, à un moment où la règle d'équivalence ne figurait pas explicitement dans l'Accord (art. XXIII.2 GATT de 1947)⁷⁴³. On retrouve aujourd'hui le même terme dans l'Accord SMC. Ce parallèle n'apparaît pas dans les versions françaises (« justifiée » dans le GATT de 1947, « appropriées » dans l'Accord SMC).

145. Un critère spécifique aux subventions prohibées

L'interprétation de ces dispositions et leur articulation avec les autres normes définissant le montant des sanctions est l'objet d'un débat opposant ceux qui y voient une formulation différente du (même) principe d'équivalence à d'autres le comprenant comme un critère différent, spécifiquement applicable aux subventions prohibées⁷⁴⁴.

Selon le premier point de vue, prônant l'interprétation mutuellement compatible du Mémoire d'accord et de l'Accord SMC, et donc une limitation des pouvoirs de l'arbitre par la règle d'équivalence, le terme « non disproportionné » se réfère à l'interdiction de toute sanction punitive, de sorte que ne sont réellement « appropriées » que les contre-mesures « équivalentes » à la réduction des avantages. Les autres privilégient un affranchissement du critère des effets commerciaux, laissant à l'arbitre un pouvoir d'appréciation plus large, ce qui permet aussi d'autoriser des sanctions au-delà du montant « équivalent ».

Le texte des Accords ne suffit pas à trancher le débat⁷⁴⁵.

La première interprétation gomme les différences entre le Mémoire d'accord et l'Accord SMC ; elle ne permet pas d'expliquer pourquoi les termes de l'article 4.10 SMC diffèrent de ceux

⁷⁴² Selon certains, les notes de bas de page ajoutent à la confusion plutôt qu'elles ne clarifient la disposition (R.Z. LAWRENCE, *Crimes & Punishments? – Retaliation under the WTO*, Washington, Institute for International Economics, 2003, p. 55.)

⁷⁴³ S. SHADIKHODJAEV, *Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, p. 93. V. aussi *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis I)*, 4.76-4.77.

⁷⁴⁴ V. la typologie de R.Z. LAWRENCE, *Crimes & Punishments? – Retaliation under the WTO*, Washington, Institute for International Economics, 2003, p. 55 et s.

⁷⁴⁵ Pour un exposé théorique sur les rapports entre les règles de l'OMC, qui se complètent ou, au contraire, dérogent l'une à l'autre, v. Y. NOUVEL, « L'unité du système commercial multilatéral », *Annuaire français de droit international*, 2000, p. 664-670.

des articles 22.4 MRD et 7.9 SMC⁷⁴⁶. Certes, les articles 4.10, 4.11, 7.9 et 7.10 de l'Accord SMC sont des dispositions spéciales, qui prévalent sur l'article 22.4 MRD dans la mesure où elles lui sont contraires (art. 30 SMC ; art. 1.2 et Appendice 2 MRD)⁷⁴⁷. Pour l'Organe d'appel,

« c'est uniquement lorsque les dispositions du Mémoire d'accord et les règles et procédures spéciales ou additionnelles d'un accord visé *ne sauraient pas* être considérées comme *se complétant* les unes les autres, que les dispositions spéciales ou additionnelles doivent *prévaloir*. Il ne devrait être constaté qu'une disposition spéciale ou additionnelle *prévaut* sur une disposition du Mémoire d'accord que dans le cas où le respect de l'une entraînerait une violation de l'autre, c'est-à-dire en cas de *conflit* entre les deux dispositions. Celui qui interprète doit donc mettre en évidence une *incompatibilité* ou une *différence* entre une disposition du Mémoire d'accord et une disposition spéciale ou additionnelle d'un accord visé *avant* de conclure que cette dernière *prévaut* et que la disposition du Mémoire d'accord ne s'applique pas. »⁷⁴⁸

L'existence d'une contradiction dépend donc de l'interprétation de ces articles ; cette interprétation diffère selon qu'on cherche à réconcilier le Mémoire d'accord et l'Accord SMC ou, au contraire, à les opposer, sachant qu'il faut *a priori* privilégier la réconciliation :

« Nous considérons que les règles et procédures spéciales ou additionnelles d'un accord visé particulier se combinent aux règles et procédures généralement applicables du Mémoire d'accord pour former un système de règlement des différends intégré, global pour l'Accord sur l'OMC. Les dispositions spéciales ou additionnelles énumérées à l'Appendice 2 du Mémoire d'accord sont destinées à traiter les particularités du règlement des différends concernant des obligations découlant d'un accord visé spécifique, alors que l'article premier du Mémoire d'accord vise à établir un système de règlement des différends intégré et global pour tous les accords visés faisant partie de l'Accord sur l'OMC dans leur ensemble. C'est donc uniquement dans le cas précis où une disposition du Mémoire d'accord et une disposition spéciale ou additionnelle d'un autre accord visé sont mutuellement incompatibles que la disposition spéciale ou additionnelle peut être considérée comme prévalant sur la disposition du Mémoire d'accord. »⁷⁴⁹

La seconde interprétation est fortement basée sur les notes de bas de page 9 et 10 (*supra*, n° 144) mais, paradoxalement, cette interprétation serait mieux servie en supprimant la négation, ce qui est troublant :

⁷⁴⁶ États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis I), 4.97 ; Th. SEBASTIAN, « The law of permissible WTO retaliation », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 116. Sur l'article 7.9 SMC, v. *infra*, n° 149.

⁷⁴⁷ Brésil – Aéronefs (article 22:6 – Brésil), 3.57 ; États-Unis – FSC (article 22:6 – États-Unis), 2.6 ; États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis I), 5.16 ; États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II), 5.16.

⁷⁴⁸ Organe d'appel, Guatemala – Enquête antidumping concernant le ciment portland en provenance du Mexique, WT/DS60/AB/R, 2 novembre 1998, 65 (italiques de l'original).

⁷⁴⁹ Organe d'appel, Guatemala – Enquête antidumping concernant le ciment portland en provenance du Mexique, WT/DS60/AB/R, 2 novembre 1998, 66 (italiques de l'original).

« Cette expression [contre-mesures appropriées] *doit* être interprétée comme autorisant des contre-mesures qui soient disproportionnées eu égard au fait que les subventions visées par ces dispositions sont prohibées »⁷⁵⁰.

Les mots « eu égard au fait » n'offrent pas non plus la plus grande clarté. Ils pourraient signifier « malgré »⁷⁵¹ ou « puisque ».

Dans l'ensemble, les arbitres optent pour la seconde interprétation. Ils considèrent que les articles 4.10 et 4.11 SMC constituent des dérogations à la règle d'équivalence, qui forme le droit commun. L'article 4.11 SMC prévoit en effet

« une approche *sui generis* applicable aux subventions prohibées uniquement »⁷⁵².

Le mot « appropriées » laisse au plaignant et à l'arbitre une marge de manœuvre plus importante que le mot « équivalentes »⁷⁵³. L'arbitre *Bananes III* compare le concept d'équivalence au caractère « approprié » tel qu'il fut utilisé en 1952 dans l'affaire des *Quotas laitiers*, et indique que ce dernier critère a aujourd'hui « perdu de son importance »⁷⁵⁴. La formulation négative de la note de bas de page (« non disproportionnées ») renforce l'impression d'un large pouvoir d'appréciation⁷⁵⁵. On ne saurait cependant y voir un « chèque en blanc », ni l'autorisation d'imposer des contre-mesures « sans limites »⁷⁵⁶ ou « ayant manifestement un caractère punitif »⁷⁵⁷. L'arbitre de l'affaire *Brésil – Aéronefs* ne se prononce pas sur la signification de la note de bas de page, mais en retire à tout le moins la confirmation que le mot « appropriées » ne renvoie pas purement et simplement au principe d'équivalence⁷⁵⁸, eu égard notamment au principe de l'effet utile des dispositions des traités⁷⁵⁹.

⁷⁵⁰ Cette bizarrerie est notée avec malice par R.Z. LAWRENCE, *Crimes & Punishments? – Retaliation under the WTO*, Washington, Institute for International Economics, 2003, p. 56, qui attribue la paternité de l'idée à J. Trachtman.

⁷⁵¹ R.Z. LAWRENCE, *Crimes & Punishments? – Retaliation under the WTO*, Washington, Institute for International Economics, 2003, p. 55.

⁷⁵² *États-Unis – Loi de 2000 (Chili)* (22:6 – États-Unis), 3.43.

⁷⁵³ *CE – Bananes III (États-Unis)* (article 22:6 – CE), 6.5. V. aussi *États-Unis – Loi de 2000 (Canada)* (22:6 – États-Unis), 3.46 ; *États-Unis – FSC* (article 22:6 – États-Unis), 5.18, 5.62 ; *Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs* (article 22:6 – Canada), 3.91 ; *États-Unis – Coton upland* (article 22:6 – États-Unis I), 4.74, 4.78-4.79.

⁷⁵⁴ *CE – Bananes III (États-Unis)* (article 22:6 – CE), 6.4.

⁷⁵⁵ *États-Unis – FSC* (article 22:6 – États-Unis), 5.26.

⁷⁵⁶ *États-Unis – Coton upland* (article 22:6 – États-Unis I), 4.85.

⁷⁵⁷ *États-Unis – FSC* (article 22:6 – États-Unis), 5.62 ; *Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs* (article 22:6 – Canada), 3.12.

⁷⁵⁸ *Brésil – Aéronefs* (article 22:6 – Brésil), 3.51.

⁷⁵⁹ *Brésil – Aéronefs* (article 22:6 – Brésil), 3.44, n. 46, 3.58.

Par ailleurs, plusieurs arbitres⁷⁶⁰ et auteurs⁷⁶¹ se réfèrent à la règle de proportionnalité des contre-mesures du droit international public pour l'interprétation des articles 4.10 et 4.11 SMC, voire de l'article 22.6 MRD. Des règles coutumières, du Projet d'articles sur la responsabilité des États et de la jurisprudence de la Cour internationale de justice, on tire des arguments en sens divers – modération du montant des sanctions, rôle des sanctions comme contrainte en vue de la mise en conformité, etc. Cette référence n'est pas nécessairement pertinente. Elle ne le serait que si l'on démontrait que la volonté des États était, précisément, de construire le régime conventionnel sur la base des règles coutumières. Peut-être pourrait-on comprendre en ce sens les notes de bas de page 9 et 10 de l'Accord SMC. Il paraît plutôt que les mesures étudiées sont régies par des dispositions conventionnelles particulières qui, le cas échéant, dérogent au droit international général. Dans la mesure où le droit de l'OMC n'y correspond pas, c'est que les États membres sont convenus d'une autre solution. Ceci ne signifie pas, toutefois, que le montant des contre-mesures défini par l'article 4 SMC soit nécessairement disproportionné au sens du droit général.

Il apparaît donc que le critère des contre-mesures appropriées au sens des articles 4.10 et 4.11 SMC est un critère spécifique, distinct de l'équivalence de l'article 22.4 MRD et de la proportionnalité du droit international général. On se trouve face à des règles qui s'appliquent « cumulativement mais de manière disjointe »⁷⁶², leurs champs d'application respectifs ne se recouvrant pas.

146. Un critère plus souple que celui de l'équivalence

Le critère des contre-mesures appropriées est plus souple que celui d'équivalence ; l'arbitre doit tenir compte d'autres facteurs que celui de l'effet commercial de la violation sur le plaignant.

Pour l'arbitre des *Sociétés de vente à l'étranger*, le terme « appropriées », lu en combinaison avec les notes de bas de page, indique que le montant des contre-mesures n'est pas défini avec

⁷⁶⁰ *Brésil – Aéronefs (article 22:6 – Brésil)*, 3.44 ; *États-Unis – FSC (article 22:6 – États-Unis)*, note 52.

⁷⁶¹ A.D. MITCHELL, *Legal Principles in WTO Disputes*, Cambridge University Press, 2008, p. 202-228 ; D. PALMETER et S.A. ALEXANDROV, « 'Inducing compliance' in WTO dispute settlement », in D.L.M. KENNEDY et J.D. SOUTHWICK (eds), *The Political Economy of International Trade Law – Essays in Honor of Robert E. Hudec*, Cambridge University Press, 2002, p. 655 et s. ; J. PAUWELYN, *Conflict of Norms in Public International Law – How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge University Press, 2003, p. 233 ; H. RUIZ FABRI, « Le contentieux de l'exécution dans le règlement des différends de l'OMC », *J.D.I.*, 2000, p. 634, approuvée par H. LESAFFRE, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 463 ; P.-T. STOLL, « Article 22 DSU », in R. WOLFRUM, P.-T. STOLL et K. KAISER (eds), *WTO – Institutions and Dispute Settlement*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2006, p. 538.

⁷⁶² Y. NOUVEL, « L'unité du système commercial multilatéral », *Annuaire français de droit international*, 2000, p. 665.

exactitude par les Accords et qu'il ne pourrait résulter de la simple application d'une formule mathématique :

« En ce qui concerne le montant ou le niveau des contre mesures, le terme "appropriées" ne définit pas d'avance en lui même et à lui seul, et le fait encore moins d'une quelconque manière mathématiquement exacte, les conditions précises et exhaustives de l'application des contre mesures. Ce qui est, en soi, certainement significatif. Il n'y aurait eu aucune raison a priori pour laquelle une certaine approche définie et/ou fondée sur une formule n'aurait pas pu être fixée à l'avance pour l'application des contre mesures. Les termes de l'Accord SMC sur ce point évitent manifestement toute approche de ce genre. Mais les dispositions effectivement utilisées ne perdent rien de leur sens ni ne voient leur statut juridique abaissé de ce fait. Il peut encore moins y avoir une sorte de présomption inhérente qu'elles doivent être triturées pour cadrer avec une sorte de lit de Procruste aux proportions d'une formule lorsque celle ci manifestement n'est pas présente dans le texte lui même. »⁷⁶³

Le critère des sanctions appropriés n'

« oblige pas [l'arbitre] à une recherche méticuleuse de la correspondance exacte entre le niveau des contre mesures à autoriser et un critère spécifique tel que le niveau de l'annulation ou de la réduction des bénéfices subies par le plaignant »⁷⁶⁴.

Les contre-mesures doivent être adaptées à chaque affaire particulière⁷⁶⁵. Pour évaluer l'absence de disproportion,

« l'instrument de mesure est la perception à l'œil nu plutôt que l'examen au microscope »⁷⁶⁶.

Cette interprétation renseigne peu sur le montant de la suspension. Ainsi, rien n'imposerait de déterminer le montant des contre-mesures sur la base du montant de la subvention ; le critère des effets commerciaux pourrait aussi être utilisé⁷⁶⁷.

Certains arbitres comprennent les notes de bas de page 9 et 10 comme signifiant qu'ils doivent tenir compte du caractère interdit *en soi* de la subvention, c'est-à-dire indépendamment d'un éventuel préjudice causé au plaignant⁷⁶⁸. Mais inversement, ceci n'autorise pas à négliger l'effet de la subvention prohibée sur le plaignant⁷⁶⁹.

⁷⁶³ États-Unis – FSC (article 22:6 – États-Unis), 5.10.

⁷⁶⁴ États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis I), 4.97.

⁷⁶⁵ États-Unis – FSC (article 22:6 – États-Unis), 5.12 ; Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs (article 22:6 – Canada), 3.13, 3.37 ; États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis I), 4.46.

⁷⁶⁶ États-Unis – FSC (article 22:6 – États-Unis), 5.18.

⁷⁶⁷ Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs (article 22:6 – Canada), 3.36.

⁷⁶⁸ États-Unis – FSC (article 22:6 – États-Unis), 5.23 ; États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis I), 4.90-4.91, 4.104.

⁷⁶⁹ États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis I), 4.92-4.94.

En d'autres termes, l'examen d'une combinaison de critères est ici nécessaire⁷⁷⁰.

147. Un critère plus sévère que celui de l'équivalence

Ceux qui considèrent que le caractère approprié s'apprécie de manière plus souple que l'équivalence vont généralement un pas plus loin, pour considérer qu'il autorise des sanctions d'un montant plus élevé que selon la règle générale.

Cette opinion est défendue dans l'affaire des *Sociétés de vente à l'étranger*⁷⁷¹. Selon l'arbitre, l'analyse textuelle des articles 4.10 et 4.11 SMC et de la note de bas de page révèle que le mot « contre-mesure » peut certes s'entendre de mesures qui « neutralisent » la subvention et/ou qui « contrebalancent » ses effets sur le plaignant⁷⁷². Mais la prohibition de la subvention ne peut qu'être un « facteur aggravant »⁷⁷³ dans l'évaluation du caractère approprié. Selon l'arbitre, l'Accord SMC indique ici que l'existence même d'une telle subvention rompt l'équilibre entre les droits et les obligations des parties, indépendamment de son effet sur le commerce⁷⁷⁴. Par conséquent, le caractère approprié ne s'apprécie pas nécessairement au regard des seuls effets commerciaux de la subvention⁷⁷⁵.

La manière dont les subventions sont considérées par le système de l'OMC conforte cette interprétation. Le critère des sanctions « appropriées » s'inscrit dans un « renforcement » du mécanisme de règlement des différends pour le traitement des subventions prohibées⁷⁷⁶. L'Accord SMC prévoit notamment des délais réduits pour le traitement des affaires et charge le groupe spécial d'indiquer, dans son rapport, le délai de mise en conformité (art. 4 SMC).

Sous l'empire du GATT de 1947, déjà, les subventions (et parfois le dumping) recevaient un traitement particulier dans le règlement des différends, avec notamment une pratique de remboursement de la subvention, par exception à la règle de la non-rétroactivité. Quoique cette jurisprudence soit controversée, elle démontre l'existence d'une certaine tradition en faveur de

⁷⁷⁰ *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis I)*, 4.94.

⁷⁷¹ V. à ce sujet *Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs (article 22:6 – Canada)* ; *États-Unis – FSC (article 22:6 – États-Unis)*, not. 5.23 et s., 5.41, 5.61.

⁷⁷² *États-Unis – FSC (article 22:6 – États-Unis)*, 5.6.

⁷⁷³ *États-Unis – FSC (article 22:6 – États-Unis)*, 5.23. Aussi *Brésil – Aéronefs (article 22:6 – Brésil)*, 3.51.

⁷⁷⁴ V. R. HOWSE et D.J. NEVEN, « United States – Tax treatment for 'Foreign Sales Corporations' Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU and Article 4.11 of the SCM Agreement (WT/DS108/ARB) – A Comment », *W.T.R.* 4(1), 2005, p. 106.

⁷⁷⁵ *États-Unis – FSC (article 22:6 – États-Unis)*, 5.23 et s., 5.30 ; *Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs (article 22:6 – Canada)*, 3.9.

⁷⁷⁶ *États-Unis – FSC (article 22:6 – États-Unis)*, 5.39 et s.

procédures renforcées. La justification de ce renforcement n'était pas plus claire alors qu'aujourd'hui⁷⁷⁷.

Cette sévérité à l'égard des subventions prohibées, confirmée par l'affirmation que ces subventions sont interdites en soi, contrairement aux subventions donnant lieu à une action⁷⁷⁸, justifie une différence entre des sanctions équivalentes (art. 22.4 MRD) et appropriées (art. 4.10 et 4.11 SMC). Des sanctions « appropriées » peuvent donc aller au-delà des sanctions « équivalentes »⁷⁷⁹.

En outre, l'arbitre accorde son attention à l'objet et au but des contre-mesures, à savoir le respect de la recommandation de l'ORD, c'est-à-dire dans le cas des subventions prohibées, le retrait de la subvention litigieuse⁷⁸⁰. Dans la jurisprudence des arbitres, c'est fondamentalement l'objectif de mise en conformité, plutôt que de rétablissement de l'équilibre, qui justifie des contre-mesures dépassant le niveau des effets commerciaux de la subvention⁷⁸¹. Il faut toutefois éviter de confondre le but – inciter à la mise en conformité, comme d'ailleurs pour les autres types de sanctions de l'OMC et du droit international général – et le critère de détermination du montant, qui varie selon la base juridique⁷⁸².

En conséquence, les contre-mesures sont plutôt fixées en considération des effets de la subvention sur le pays exportateur, et non sur le pays importateur⁷⁸³. On contente les adhérents de l'autre thèse en indiquant que ce retrait réalise un rééquilibrage des droits et des obligations⁷⁸⁴ ou en précisant que l'appréciation du caractère approprié tient compte des effets de la mesure en cause sur le plaignant⁷⁸⁵.

⁷⁷⁷ Sur ce courant dans le GATT de 1947, v. R.E. HUDEC, « The Adequacy of WTO Dispute Settlement Remedies: A Developing Country Perspective », in B. HOEKMAN, A. MATTOO et P. ENGLISH (eds), *Development, Trade, and the WTO – A Handbook*, Washington DC, World Bank, 2002, p. 85.

⁷⁷⁸ Sur le contraste entre les articles 4 et 7 SMC, *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis I)*, 4.98 et s.

⁷⁷⁹ *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis I)*, 4.102.

⁷⁸⁰ *États-Unis – FSC (article 22:6 – États-Unis)*, 5.51 et s.

⁷⁸¹ V. l'analyse de R.Z. LAWRENCE, *Crimes & Punishments? – Retaliation under the WTO*, Washington, Institute for International Economics, 2003, p. 56 et s.

⁷⁸² *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis I)*, 4.110-4.113.

⁷⁸³ R. HOWSE, et D.J. NEVEN, « United States – Tax treatment for 'Foreign Sales Corporations' Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU and Article 4.11 of the SCM Agreement (WT/DS108/ARB) – A Comment », *W.T.R.* 4(1), 2005, p. 107.

⁷⁸⁴ *États-Unis – FSC (article 22:6 – États-Unis)*, 5.56.

⁷⁸⁵ *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis I)*, 4.54-4.73.

Concrètement, les arbitres se basent généralement sur le montant de la subvention (*infra*, n^{os} 151 et s.).

Ce raisonnement juridique est remis en cause par l'analyse économique, qui remarque que l'effet d'une violation du droit de l'OMC sur le bien-être n'est pas structurellement différent lorsqu'il s'agit d'une subvention (par rapport à la violation d'une autre interdiction) ou d'une subvention prohibée (par rapport à une subvention donnant lieu à une action)⁷⁸⁶.

La théorie de la sévérité en matière de subventions explique aussi la position adoptée par la jurisprudence lorsque le défendeur a violé à la fois l'accord SMC et un autre Accord (par exemple le GATT). Dans l'affaire des *Sociétés de vente à l'étranger*, l'arbitre, appelé à décider si les contre-mesures doivent être appropriées ou équivalentes, a adopté un argument des Communautés européennes et considéré qu'il faut retenir le plus élevé des deux montants. Par conséquent, il examine d'abord si le montant demandé est inférieur ou égal au montant des contre-mesures appropriées à la violation de l'accord SMC et ensuite, dans la négative, si la violation du GATT justifie des contre-mesures additionnelles⁷⁸⁷. Cet arbitre ajoute que

« l'expression "contre-mesures appropriées" [...] donne[...] au Membre plaignant le droit de prendre des contre-mesures qui contrecarieraient au moins l'effet dommageable qu'a sur lui la mesure illégale qui persiste »⁷⁸⁸.

148. Présence de plusieurs plaignants

Lorsque le montant des sanctions est apprécié en fonction de celui de la subvention, se pose la question de ce qu'il est « approprié » de faire si l'affaire implique plusieurs plaignants⁷⁸⁹. Faut-il répartir entre eux le montant de la subvention ? Selon quels critères ?

Le mode de calcul de la sanction pratiqué par les arbitres en matière de subventions prohibées pourrait inciter les États à contester des subventions qui ne leur occasionnent aucun dommage, simplement pour profiter des contre-mesures, dégagées de tout lien avec un effet commercial. L'attribution à un seul État d'un tel rôle de « justicier » cadre mal dans les habitudes de l'OMC⁷⁹⁰.

⁷⁸⁶ G.M. GROSSMAN et A.O. SYKES, « 'Optimal' Retaliation in the WTO – a commentary on the *Upland Cotton* Arbitration », *W.T.R.* 10(1), 2011, p. 163.

⁷⁸⁷ *États-Unis – FSC (article 22:6 – États-Unis)*, 2.5.

⁷⁸⁸ *États-Unis – FSC (article 22:6 – États-Unis)*, 5.41, 6.33.

⁷⁸⁹ P.C. MAVROIDIS, « Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place », *E.J.I.L.*, 2000, p. 813 ; D. PALMETER et P.C. MAVROIDIS, *Dispute Settlement in the World Trade Organization – Practice and Procedure*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2004, p. 293-295.

⁷⁹⁰ D. PALMETER et S.A. ALEXANDROV, « 'Inducing compliance' in WTO dispute settlement », in D.L.M. KENNEDY et J.D. SOUTHWICK (eds), *The Political Economy of International Trade Law – Essays in Honor of Robert E. Hudec*, Cambridge University Press, 2002, p. 654 ; D. LUFF, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce – Analyse critique*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 952.

C'est peut-être ce que suggèrent les Communautés européennes dans l'affaire des *Sociétés de vente à l'étranger* (différend où fut autorisé le record du montant le plus élevé des contre-mesures, soit plus de quatre milliards de dollars US) lorsqu'elles indiquent qu'elles

« seraient peut-être heureuses de partager avec un autre Membre la tâche consistant à appliquer des contre-mesures à l'égard des États-Unis »⁷⁹¹.

L'arbitre de l'affaire *Brésil – Aéronefs* suggère de répartir le montant des sanctions proportionnellement au commerce de chaque plaignant pour le bien considéré et estime qu'une telle répartition aurait « probablement » un effet incitatif similaire à celui existant lorsqu'il n'existe qu'un seul plaignant⁷⁹². Mais sa réflexion reste théorique puisque ce différend, non seulement n'impliquait qu'un seul plaignant, mais aussi concernait une subvention avec un seul bénéficiaire, qui n'avait lui-même qu'un seul concurrent (significatif)⁷⁹³.

Pour l'arbitre des *Sociétés de vente à l'étranger*, l'obligation de ne pas accorder de subvention prohibée s'impose « dans son intégralité » à l'égard de chaque membre de l'OMC, c'est-à-dire qu'elle serait une obligation *erga omnes* (v. *infra*, n^{os} 309 et s.). Chaque dollar de subvention prohibée constitue une illicéité, et pas seulement les montants qui ont provoqué une distorsion du commerce avec le plaignant⁷⁹⁴.

Pourtant, l'arbitre insiste sur son opposition à l'idée que le plaignant agirait en réalité au nom d'autres membres⁷⁹⁵. S'il y avait eu plusieurs plaignants, une question de « répartition » se serait peut-être posée. Si d'autres États agissaient contre la même subvention après la décision de l'arbitre, sans doute des contre-mesures « appropriées » devraient-elles tenir compte de la suspension déjà accordée au plaignant antérieur⁷⁹⁶. On ne peut appliquer « abstraitement » le raisonnement de l'arbitre à tout membre individuellement, avec une « automaticité mécanique », quel que soit le nombre de plaignants⁷⁹⁷. Ce développement répond à la suggestion des États-Unis, qui consistait essentiellement à déterminer le montant des contre-

⁷⁹¹ *États-Unis – FSC (article 22:6 – États-Unis)*, 6.29 (pas d'italiques dans l'original).

⁷⁹² *Brésil – Aéronefs (article 22:6 – Brésil)*, 3.59.

⁷⁹³ Y. RENOUF, « From Bananas to Byrd: damage calculation coming of age? », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 139.

⁷⁹⁴ *États-Unis – FSC (article 22:6 – États-Unis)*, 6.10 et s.

⁷⁹⁵ *États-Unis – FSC (article 22:6 – États-Unis)*, 6.61 et s.

⁷⁹⁶ *États-Unis – FSC (article 22:6 – États-Unis)*, 6.26 et s.

⁷⁹⁷ *États-Unis – FSC (article 22:6 – États-Unis)*, 6.28, 6.63.

mesures en multipliant le montant total de subvention par la part du plaignant dans les effets de la subvention sur le commerce⁷⁹⁸.

Dans une affaire postérieure, qui ne concernait pas une subvention au sens strict mais impliquait néanmoins des paiements faits aux entreprises en violation des Accords, plusieurs co-plaignants s'étaient entendus pour demander chacun l'autorisation de pratiquer des sanctions équivalentes aux paiements qui les concernaient, augmentés d'une part du total des paiements illicites. En faisant explicitement référence à l'affaire des *Sociétés de vente à l'étranger*, ces plaignants répartissaient ainsi entre eux la part des États qui n'avaient pas initié une procédure de règlement des différends ou qui, à tout le moins, n'avaient pas demandé l'autorisation de suspendre des concessions. L'arbitre a limité la suspension admissible au montant de l'annulation des avantages subie par chaque plaignant, estimant qu'accorder une autorisation pour une part du total n'était possible que sur la base de l'article 4 SMC, et non sur celle de l'article 22 MRD⁷⁹⁹.

Ce problème ne se pose pas si les effets dommageables de la subvention sur l'économie du plaignant sont expressément pris en compte dans la détermination du montant « approprié » des sanctions. C'est la piste suivie par l'arbitre *États-Unis – Coton upland* qui, à l'effet total de la subvention prohibée sur les marchés des États tiers au différend, applique un coefficient reflétant la part de marché du Brésil dans les exportations mondiales des marchandises en question⁸⁰⁰. L'arbitre reconnaît que son raisonnement a pour conséquence de réduire le montant des sanctions, mais estime qu'il ne porte pas nécessairement atteinte à l'effet incitatif des sanctions. Il invite par ailleurs tout État qui s'estime lésé par la subvention à introduire une action contre le défendeur⁸⁰¹.

3. Contre-mesures « proportionnelles »

149. Proportionnalité des sanctions en matière de subventions non prohibées

Les subventions pouvant donner lieu à une action (art. 5 et s. SMC) entraînent des contre-mesures

« proportionnelles au degré et à la nature des effets défavorables [de la subvention] dont l'existence aura été déterminée » (art. 7.9 et 7.10 SMC).

⁷⁹⁸ *États-Unis – FSC (article 22:6 – États-Unis)*, 6.37.

⁷⁹⁹ *États-Unis – Loi de 2000 (Brésil) (22:6 – États-Unis)*, 4.14-4.16.

⁸⁰⁰ *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis I)*, 4.200, 4.244, 4.255, 4.277.

⁸⁰¹ *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis I)*, 4.116-4.117.

A ce jour, seul l'arbitre *États-Unis – Coton upland* a dû faire application de cette disposition. Auparavant, l'arbitre *Brésil – Aéronefs* en avait dit quelques mots, à titre d'*obiter dicta*.

L'analyse tourne essentiellement autour du concept des contre-mesures *proportionnelles* (en anglais, *commensurate*), dont il faut définir la portée par rapport aux suspensions « équivalentes » d'obligations (art. 22.4 MRD) et aux contre-mesures appropriées (art. 4.10 SMC). Comme il l'a aussi décidé en ce qui concerne les contre-mesures appropriées⁸⁰², l'arbitre *Brésil – Coton upland* ne tire du terme « contre-mesures » aucune conséquence en ce qui concerne le niveau des sanctions. Il y voit juste la confirmation qu'il s'agit de contre-mesures au sens du droit international public général⁸⁰³.

Pour l'arbitre *Brésil – Aéronefs*, l'exigence de proportionnalité renvoie simplement au principe d'équivalence⁸⁰⁴. L'arbitre *Brésil – Coton upland* est plus nuancé. Il l'interprète comme une exigence de « correspondance » entre les contre-mesures et les effets défavorables de la subvention :

« Nous convenons que le terme "proportionnel" ne donne pas à penser qu'une égalité exacte ou précise est requise entre les deux éléments à comparer, à savoir en l'espèce les contre mesures proposées et "le degré et [la] nature des effets défavorables dont l'existence aura été déterminée". En ce sens, nous convenons que le terme "proportionnel" dénote un degré d'équivalence précis moindre qu'une correspondance numérique exacte. Cependant, le terme "proportionnel" indique, à notre avis, l'existence d'un rapport de correspondance et de proportionnalité entre les deux éléments, et pas seulement un rapport "d'adéquation" ou "d'harmonie" comme le dit le Brésil. Nous n'excluons pas que cette correspondance puisse être qualitative aussi bien que quantitative. »⁸⁰⁵

Sur ce dernier point, l'arbitre rejoint S. Shadikhodjaev. Partant de l'idée qu'il doit exister une différence entre l'équivalence de l'article 22 MRD et la proportionnalité de l'article 7 SMC, puisque deux termes différents ont été employés, cet auteur estime que le « degré » des effets de la subvention ferait référence à une appréciation quantitative, alors que l'examen de leur « nature » serait plutôt qualitatif⁸⁰⁶. En conséquence, l'approche quantitative (à utiliser exclusivement lorsqu'on apprécie l'équivalence) devrait être ici tempérée par des éléments qualitatifs, relatifs notamment à une altération de la structure du marché. En résumé, pour cet

⁸⁰² *États-Unis – Coton upland* (article 22:6 – *États-Unis I*), 4.34-4.43.

⁸⁰³ *États-Unis – Coton upland* (article 22:6 – *États-Unis II*), 4.30-4.32.

⁸⁰⁴ *Brésil – Aéronefs* (article 22:6 – *Brésil*), 3.49. Le texte de cet attendu n'est toutefois pas très clair.

⁸⁰⁵ *États-Unis – Coton upland* (article 22:6 – *États-Unis II*), 4.39.

⁸⁰⁶ *États-Unis – Coton upland* (article 22:6 – *États-Unis II*), 4.41.

auteur, le critère de proportionnalité serait plus flexible que celui d'équivalence, mais moins que celui du caractère approprié utilisé pour les subventions prohibées⁸⁰⁷.

En toute hypothèse, la référence à des « effets défavorables » impose d'apprécier les contre-mesures au regard des effets commerciaux de la subvention⁸⁰⁸. La proportionnalité à la nature des effets défavorables renvoie aux différents types d'effets préjudiciables des subventions, tels qu'ils sont repris aux articles 5 et 6 SMC⁸⁰⁹. Par hypothèse, ces effets auront été préalablement établis dans la procédure au fond, ce que confirme la fin de l'article 7.10 SMC (« dont l'existence aura été déterminée »). Il s'agit d'un dommage subi par une branche de production nationale, la réduction ou la suppression d'un avantage résultant du GATT ou un préjudice grave aux intérêts d'un État membre (art. 5.1 SMC)⁸¹⁰.

On a égard aux effets de la subvention sur le Membre plaignant uniquement, même si la subvention affecte le marché mondial⁸¹¹. La totalité des effets de la subvention est prise en compte même si, devant le groupe spécial, il faut démontrer qu'elle empêche une hausse des prix « notable » ou qu'elle entraîne un préjudice « grave ». On ne peut donc pas limiter la sanction aux effets de la subvention qui dépassent le seuil en deçà duquel ils ne seraient pas notables ou graves, d'autant que ce seuil n'est pas nécessairement quantitatif⁸¹². L'arbitre tient compte des effets sur les prix (valeur des ventes) et sur les quantités (réduction de production)⁸¹³.

La distinction entre les contre-mesures appropriées et proportionnelles s'inscrit dans un contexte plus général où les subventions prohibées – dont l'effet commercial est le plus important – sont simplement interdites, alors que les subventions donnant lieu à une action sont en principe autorisées, sous réserve de rééquilibrer le commerce international qu'elles auraient influencé. Ceci explique à la fois la sévérité réservée aux premières et l'attention portée aux effets commerciaux dans le cas des secondes⁸¹⁴. Alors que le critère de l'article 4.10 SMC est

⁸⁰⁷ S. SHADIKHODJAEV, *Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, p. 110-112.

⁸⁰⁸ *États-Unis – FSC (article 22:6 – États-Unis)*, 5.32 et s.

⁸⁰⁹ *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II)*, 4.43.

⁸¹⁰ *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II)*, 4.53.

⁸¹¹ *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II)*, spéc. 4.89. Pour l'application, *ibid.*, 4.195.

⁸¹² *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II)*, 4.98-4.107.

⁸¹³ *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II)*, 4.128-4.129. Sur le mode de calcul utilisé dans cette affaire, G.M. GROSSMAN et A.O. SYKES, « 'Optimal' Retaliation in the WTO – a commentary on the Upland Cotton Arbitration », *W.T.R. 10(1)*, 2011, p. 143-144.

⁸¹⁴ *États-Unis – FSC (article 22:6 – États-Unis)*, 5.38 et s.

empreint d'une certaine souplesse (*supra*, n° 146), l'article 7.9 SMC interdit à l'arbitre de tenir compte d'autres éléments que ceux qu'il indique expressément⁸¹⁵.

Les contre-mesures de l'article 7.9 SMC poursuivent le même objectif que leurs homologues des articles 22 MRD et 4.10 SMC, et d'ailleurs du droit international public général, à savoir amener le défendeur à se mettre en conformité (*infra*, n° 410)⁸¹⁶. Mais il ne s'agit pas là d'une circonstance qui doit intervenir lorsqu'il s'agit d'apprécier leur montant⁸¹⁷.

150. Subventions accordées par des pays en voie de développement

Certaines subventions prohibées en principe ne le sont pas si elles émanent d'États membres en voie de développement. Moyennant le respect de conditions, l'article 27.7 SMC indique que ces subventions ne sont pas soumises aux prescriptions de l'article 4, mais à celles de l'article 7 SMC. Ceci signifie notamment que les éventuelles contre-mesures devront être « proportionnelles » et non « appropriées ».

4. Jurisprudence arbitrale

151. Jurisprudence en matière de subventions

La pratique relative aux contre-mesures en matière de subventions montre qu'en dépit de longues discussions au sujet des critères admissibles et à l'exception de l'arbitre *États-Unis – Coton upland*⁸¹⁸, les arbitres ont déterminé le montant des contre-mesures sur la base du montant total de la subvention⁸¹⁹. Mais ils ont reconnu la possibilité d'aménagements et en ont appliqué certains.

L'analyse économique montre que le montant de la subvention ne correspond pas à son effet commercial, au sens utilisé pour calculer la réduction des avantages en vertu de l'article 22 MRD. Certes, toutes choses égales par ailleurs, plus la subvention est importante,

⁸¹⁵ *États-Unis – Coton upland* (article 22:6 – *États-Unis II*), 4.55.

⁸¹⁶ *États-Unis – Coton upland* (article 22:6 – *États-Unis II*), 4.59.

⁸¹⁷ *États-Unis – Coton upland* (article 22:6 – *États-Unis II*), 4.60.

⁸¹⁸ *États-Unis – Coton upland* (article 22:6 – *États-Unis I*), spéc. 4.135, 4.171.

⁸¹⁹ Pour une synthèse, v. Th. SEBASTIAN, « The law of permissible WTO retaliation », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 114-118.

plus les producteurs établis dans les autres États verront leur chiffre d'affaires baisser. Mais il n'y a rien de nécessaire à ce que cette baisse soit égale au montant de la subvention⁸²⁰.

152. Les différends relatifs aux aéronefs régionaux

Dans le différend *Brésil – Aéronefs*, les sanctions sont établies sur la base du montant de la subvention⁸²¹, sans tenir compte de son effet sur le commerce extérieur du Canada. La décision ne fait pas clairement apparaître le mode de calcul qui aboutirait aux contre-mesures les plus « sévères ». Dans certains passages, elle suggère que le montant de la réduction des avantages dépasse celui de la subvention⁸²², mais basant son interprétation du mot « appropriées » sur l'objectif des contre-mesures, qui est d'inciter à la mise en conformité⁸²³, elle détermine l'ampleur des sanctions par référence au montant de la subvention. Finalement, le montant total des subventions brésiliennes est simplement retenu comme montant des contre-mesures⁸²⁴. C'est en quelque sorte une position classique, que l'arbitre adoptera d'ailleurs aussi dans le différend des *Sociétés de vente à l'étranger*, en retenant comme montant de la subvention celui des rentrées fiscales auxquelles les autorités américaines ont renoncé⁸²⁵.

Dans l'affaire *Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs*, l'arbitre part de ce raisonnement traditionnel et détermine le montant de la suspension des obligations sur la base du montant de la subvention illicitement accordée. Ici aussi, il reconnaît que le montant de la subvention n'est pas égal, selon toute vraisemblance, à celui de l'effet commercial de la subvention⁸²⁶. Mais il n'en reste toutefois pas au montant de la subvention. Il estime qu'un montant « approprié » pour les contre-mesures devrait être de 20 % supérieur à celui de la subvention⁸²⁷. L'arbitre reconnaît que cet « ajustement » résulte d'une appréciation *ex aequo et bono* et qu'on peut

⁸²⁰ C.P. BOWN et M. RUTA, « The economics of permissible WTO retaliation », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 177-180.

⁸²¹ *Brésil – Aéronefs* (article 22:6 – Brésil), not. 3.60.

⁸²² *Brésil – Aéronefs* (article 22:6 – Brésil), 3.54.

⁸²³ *Brésil – Aéronefs* (article 22:6 – Brésil), not. 3.44.

⁸²⁴ *Brésil – Aéronefs* (article 22:6 – Brésil), 3.41 et s.

⁸²⁵ *États-Unis – FSC* (article 22:6 – États-Unis), 6.18-6.20.

⁸²⁶ *Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs* (article 22:6 – Canada), 3.115. ; C.P. BOWN et M. RUTA, « The economics of permissible WTO retaliation », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 181.

⁸²⁷ *Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs* (article 22:6 – Canada), 3.121. En doctrine : D. LUFF, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce – Analyse critique*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 952 ; S. SHADIKHODJAEV, *Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, p. 107-108.

même lui conférer un caractère symbolique⁸²⁸. Il le justifie par le refus persistant du défendeur – réitéré devant l'arbitre – de se conformer à la recommandation de l'ORD⁸²⁹.

Pour déterminer le caractère approprié des contre-mesures, cet arbitre a confronté le montant proposé par le plaignant à cinq critères⁸³⁰ : le montant des contre-mesures autorisées dans l'affaire *Brésil – Aéronefs* (entre les mêmes parties, et sur un objet connexe), le montant des importations du plaignant originaires du défendeur (en l'espèce, le montant de la suspension proposé par le plaignant était entre trois et six fois plus important que le montant total de ses importations annuelles originaires du défendeur⁸³¹), la gravité de la violation, la nécessité d'inciter au respect des obligations et l'absence d'excès manifeste. Le dernier de ces critères est finalement rejeté au motif qu'il n'équivaut pas à l'absence de disproportion mentionnée dans les notes de bas de page. L'analyse aboutit à la conclusion que le montant proposé n'est pas approprié.

Le fait que la subvention prohibée ait constitué une réponse ou une défense à l'encontre de pratiques commerciales éventuellement critiquables de la partie adverse n'autorise pas à revoir à la baisse le montant de la sanction. La subvention est en effet prohibée en soi, et l'article 23 du Mémoire d'accord proscrit toute mesure unilatérale⁸³². À la supposer établie, la bonne foi du défendeur n'est pas davantage une raison de diminuer le montant des contre-mesures⁸³³. Par contre, la circonstance que le défendeur ait laissé entendre qu'il n'entendait pas respecter la décision de l'ORD est un argument en faveur de contre-mesures plus élevées⁸³⁴.

Ce renforcement de la sévérité des sanctions peut réjouir ceux qui souhaitent promouvoir le respect des règles de l'OMC. Cet aspect de la décision a toutefois été accueilli avec une certaine réserve, voire une franche hostilité, et pas seulement par le Canada (qui a tout de même qualifié la décision de « *capricious* »). À l'arbitre, les États ont notamment reproché à la fois son activisme, une motivation trop sommaire sur ce point et d'ouvrir la porte à des sanctions

⁸²⁸ *Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs (article 22:6 – Canada)*, 3.122.

⁸²⁹ *Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs (article 22:6 – Canada)*, 3.106 et s.

⁸³⁰ *Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs (article 22:6 – Canada)*, 3.38.

⁸³¹ *Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs (article 22:6 – Canada)*, 3.42.

⁸³² *Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs (article 22:6 – Canada)*, 3.97 et s.

⁸³³ *Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs (article 22:6 – Canada)*, 3.99.

⁸³⁴ *Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs (article 22:6 – Canada)*, 3.107. Cette décision a été critiquée par le Canada (Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 18 mars 2003, WT/DSB/M/145, 7 mai 2003, n° 45, p. 10).

« punitives »⁸³⁵. Dans l'affaire du *Coton upland*, sera admis l'argument des États-Unis selon lequel la probabilité que le défendeur se mette en conformité ne doit pas intervenir dans la détermination du niveau des sanctions⁸³⁶.

153. Le différend du *Coton upland*

Plus généralement, l'approche de l'arbitre *Coton upland* représente une rupture par rapport à la jurisprudence antérieure en matière de subventions prohibées⁸³⁷. Certes, l'arbitre admet comme ses prédécesseurs les caractéristiques générales des contre-mesures appropriées, qui les différencient des sanctions équivalentes (*supra*, n^{os} 145-147).

Mais plutôt que d'utiliser la souplesse dont il dispose pour fixer le montant des contre-mesures sur la base de celui de la subvention, il part plutôt d'une évaluation des effets commerciaux de la subvention sur le plaignant, cherchant à mesurer

« les effets de distorsion des échanges résultant spécifiquement pour un Membre de subventions prohibées »⁸³⁸.

Se basant sur la jurisprudence antérieure, les parties avaient pourtant axé leur argumentation sur la détermination du montant de la subvention. L'arbitre commence par les renvoyer dos-à-dos⁸³⁹, en disqualifiant tant le raisonnement du Brésil, en ce qu'il proposait d'ajouter le montant de la subvention et son effet sur le commerce⁸⁴⁰, et la proposition des États-Unis fondée sur le coût de la subvention pour les pouvoirs publics subsidiaires⁸⁴¹. Mais il prend soin de faire remarquer que, dans leur débat visant apparemment à déterminer le montant de la subvention, les deux parties avançaient en réalité des considérations relatives à son effet commercial. Le Brésil voulait tenir compte des « ventes additionnelles » réalisées par les producteurs américains en raison de la subvention. Les États-Unis, quant à eux, demandaient à l'arbitre de ne pas tenir compte du montant total de la subvention, mais seulement de la mesure

⁸³⁵ Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 18 mars 2003, WT/DSB/M/145, 7 mai 2003, n^{os} 47 et s., p. 11 et s.

⁸³⁶ *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis I)*, 5.81. Aussi en matière de subventions donnant lieu à une action : *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II)*, 5.81.

⁸³⁷ G.M. GROSSMAN et A.O. SYKES, « 'Optimal' Retaliation in the WTO – a commentary on the *Upland Cotton Arbitration* », *W.T.R.* 10(1), 2011, p. 141.

⁸³⁸ *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis I)*, spéc. 4.116.

⁸³⁹ *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis I)*, spéc. 4.165.

⁸⁴⁰ *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis I)*, spéc. 4.174-4.177.

⁸⁴¹ *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis I)*, spéc. 4.154-4.164.

dans laquelle elle affectait le Brésil. Ainsi, la voie était ouverte pour que l'arbitre adopte un raisonnement fondé sur l'effet commercial de la violation⁸⁴².

En substance, l'arbitre calcule alors dans quelle mesure la subvention américaine a causé, d'une part, une diminution des quantités de coton vendues par les producteurs brésiliens et, d'autre part, une réduction des prix obtenus par ces producteurs. La combinaison de ces deux éléments forme l'effet total de la subvention, que l'arbitre multiplie ensuite par la part du Brésil sur le marché mondial du coton⁸⁴³.

Le reste est une question de calcul, propre au cas d'espèce. Chargé de déterminer un montant approprié, et non strictement équivalent, l'arbitre s'autorise certaines approximations, par exemple en négligeant, en ce qui concerne les marchés tiers, des effets défavorables de la subvention absorbés par les producteurs nationaux de ces pays tiers, dès lors que la plus grande partie des effets défavorables affectera probablement les exportateurs autres que ceux qui bénéficient de la subvention⁸⁴⁴.

154. Utilisation d'un modèle

Le montant de la subvention n'est pas nécessairement déterminable immédiatement. Certains arbitres ont dû faire appel à un modèle économique pour le déterminer.

Par exemple, dans l'affaire du *Coton upland (article 22:6 – États-Unis I)*, la subvention prohibée consistait dans une garantie accordée à des banques du pays d'importation pour le remboursement de crédits qu'elles-mêmes consentaient à des importateurs des produits américains en cause. Un modèle est nécessaire pour déterminer la différence entre le taux d'intérêt effectivement pratiqué (grâce au programme de garantie) et celui qui aurait été convenu en l'absence de garantie (ce qui représente un taux hypothétique qu'il faut aussi évaluer, notamment grâce aux *ratings* attribués par les agences de notation). La différence de taux, multipliée par le montant des crédits et le nombre d'années, permet de calculer le montant de la subvention⁸⁴⁵. On rappelle que l'arbitre ne calcule pas ici le montant de la subvention pour fixer les contre-mesures au même niveau, mais pour en déduire une

⁸⁴² *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis I)*, spéc. 4.167-4.171.

⁸⁴³ *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis I)*, spéc. 4.179 et s. ; G.M. GROSSMAN et A.O. SYKES, « 'Optimal' Retaliation in the WTO – a commentary on the *Upland Cotton* Arbitration », *W.T.R.* 10(1), 2011, p. 140.

⁸⁴⁴ *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis I)*, 4.200.

⁸⁴⁵ *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis I)*, 4.208-4.244 et Annexe 1.

composante de l'effet commercial de la subvention sur le Brésil, à savoir l'effet sur les prix⁸⁴⁶, effet dont l'arbitre estime qu'il est approprié de considérer comme équivalent au montant de la bonification d'intérêts, c'est-à-dire de la subvention⁸⁴⁷.

Cette technique a toutefois ses limites. Le modèle lui-même peut être contesté, en particulier parce qu'il aboutit à des résultats qui ne sont pas suffisamment proches de la réalité⁸⁴⁸. Mais il faut aussi disposer de données factuelles fiables pour les insérer dans les formules acceptées par les arbitres. Certains se sont plaints d'insuffisances à cet égard⁸⁴⁹.

Dans l'affaire *États-Unis – Coton (article 22:6 – États-Unis II)*, l'arbitre détermine les effets de la subvention au départ du modèle proposé par le plaignant⁸⁵⁰. Dans son calcul de l'élasticité, il tient compte des rigidités du marché provoquées par la subvention elle-même : si la subvention avait été retirée à la fin de la période de mise en conformité, les acteurs du marché auraient mis un certain temps à adapter leur comportement à la situation nouvelle résultant du retrait de la subvention. Pour déterminer la situation hypothétique qui aurait existé si le défendeur avait retiré sa subvention, l'arbitre retient donc l'élasticité à court terme – celle incorporant la rigidité du marché – et non l'élasticité à long terme, qu'on observerait après que tous les acteurs ont pleinement intégré le retrait de la subvention dans leurs décisions⁸⁵¹.

5. Critiques de la jurisprudence

155. Opinions favorables à une stricte équivalence

Certains proposent de s'en tenir strictement à l'équilibre des concessions – ce que, dans leur interprétation, le terme « appropriées » n'interdit pas –, plutôt que de renforcer les sanctions au prix de raisonnements qui s'écartent de l'effet commercial de la mesure en cause⁸⁵². S'il est interdit, en dehors du domaine des subventions, de déterminer le montant des sanctions en tenant compte de la réduction des avantages subie par d'autres États, c'est précisément parce

⁸⁴⁶ *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis I)*, 4.231.

⁸⁴⁷ *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis I)*, 4.193-4.198.

⁸⁴⁸ Y. RENOUF, « From *Bananas* to *Byrd*: damage calculation coming of age? », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 141. Sur les modèles, v. *infra*, n° 223.

⁸⁴⁹ *Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs (article 22:6 – Canada)*, 3.76. Aussi *États-Unis – Jeux (article 22:6 – États-Unis)*, 3.173-3.174 (qui ne concerne toutefois pas une subvention).

⁸⁵⁰ *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II)*, 4.130-4.133.

⁸⁵¹ *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II)*, 4.144-4.147.

⁸⁵² D. PALMETER et S.A. ALEXANDROV, « 'Inducing compliance' in WTO dispute settlement », in D.L.M. KENNEDY et J.D. SOUTHWICK (eds), *The Political Economy of International Trade Law – Essays in Honor of Robert E. Hudec*, Cambridge University Press, 2002, p. 653-655.

que décider autrement mènerait à des problèmes de « double comptage » et contreviendrait finalement à la règle d'équivalence et au principe du droit international de proportionnalité de contre-mesures⁸⁵³. La possibilité d'imposer des contre-mesures d'un montant dépassant largement les effets commerciaux d'une subvention fait aussi craindre des abus du mécanisme de règlement des différends, menant à des dérives protectionnistes.

Ces critiques indiquent que la jurisprudence revient à imposer des sanctions punitives⁸⁵⁴. Cette idée est confirmée par la prise en compte de circonstances aggravantes dans le différend *Canada – Crédits et garanties*⁸⁵⁵ : s'il s'agissait simplement de rétablir un équilibre, le fait que la violation soit « grave » ou non, qu'elle soit délibérée ou pas, ne devrait avoir aucune incidence. Le Canada, auquel l'arbitre reproche d'avoir affirmé qu'il n'entendait pas retirer la subvention, ajoute qu'une telle jurisprudence ne favorise pas la transparence : s'il avait pu croire que sa déclaration serait retenue contre lui, le Canada ne l'aurait pas émise⁸⁵⁶.

Selon une autre opinion, interpréter les mots « appropriées » comme une référence à l'exigence d'équivalence contreviendrait cependant au principe de l'effet utile dans l'interprétation des traités (*supra*, n° 145).

156. Large pouvoir d'appréciation des arbitres

Les États cibles ont critiqué avec force le large pouvoir d'appréciation que s'octroyait l'arbitre pour la fixation du montant des contre-mesures. Le Canada parle d'une décision « prise au gré de l'humeur » (« *determined capriciously* »⁸⁵⁷), alors que les États-Unis reprennent cette expression et qualifient la décision de l'arbitre des *Sociétés de vente à l'étranger* de « document profondément vicié » (« *seriously flawed document* »), « dénué[...] de critères » (« *devoid of any standard* »).

« [S]i le critère était "d'inciter au respect des recommandations et décisions", ce n'était pas du tout un critère, comme on s'en était aperçu dans l'arbitrage Canada – Aéronefs. Il s'avérait que le montant des contre-mesures qui permettrait d'inciter au respect des recommandations et décisions dans n'importe quelle affaire dépendrait entièrement du bon vouloir de l'arbitre. »⁸⁵⁸

⁸⁵³ CE – Bananes III (États-Unis) (article 22:6 – CE), 6.15 et s.

⁸⁵⁴ R.Z. LAWRENCE, *Crimes & Punishments? – Retaliation under the WTO*, Washington, Institute for International Economics, 2003, p. 58 et s.

⁸⁵⁵ Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 18 mars 2003, WT/DSB/M/145, 7 mai 2003, n° 46, p. 10.

⁸⁵⁶ Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 18 mars 2003, WT/DSB/M/145, 7 mai 2003, n° 46, p. 12.

⁸⁵⁷ Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 18 mars 2003, WT/DSB/M/145, 7 mai 2003, n° 47 et s., p. 12.

⁸⁵⁸ Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 7 mai 2003, WT/DSB/M/149, 8 juillet 2003, n° 16, p. 5.

Maniant l'hyperbole et rappelant les Évangiles, les États-Unis, face à des contre-mesures qu'ils jugent quatre fois plus importantes que l'effet commercial de la violation, prétendent que

« le soi-disant "critère" de l'arbitre aurait pu tout aussi bien produire un résultat égal à 44 ou 444 fois le chiffre des effets sur le commerce »⁸⁵⁹.

Quant au supplément de 20 % infligé au Canada, ils le qualifient très clairement d'arbitraire⁸⁶⁰.

Et ce n'est là qu'une partie du mal que les États-Unis pensent de cette décision, préférant – diplomatie oblige – laisser à la doctrine le soin de procéder à une « analyse complète » (« *thorough deconstruction* »)⁸⁶¹.

Chacun peut comprendre le courroux des défenseurs. On peut aussi trouver le montant des contre-mesures trop élevé, ou regretter l'étendue du pouvoir d'appréciation de l'arbitre. D'autres au contraire défendent cette appréciation discrétionnaire, qu'ils fondent sur le texte du Mémorandum d'accord exprimant la volonté des États, mais qu'ils considèrent au fond comme inévitable⁸⁶².

Il serait toutefois injuste d'affirmer qu'une décision aussi motivée que celle des *Sociétés de vente à l'étranger* serait dépourvue de tout critère. Au contraire, l'arbitre fait appel à de nombreux critères, qui certes impliquent une appréciation qualitative et n'imposent pas un résultat mathématique. Lorsque l'arbitre évalue le montant de suspensions au regard du principe d'équivalence, il apprécie également plusieurs éléments qualitatifs, notamment le bien-fondé des hypothèses et la fiabilité des données. Mais il est exact que les arbitres n'expliquent pas (clairement) pourquoi des contre-mesures égales d'un montant égal à celui de la subvention (plutôt que calculées autrement) inciteraient nécessairement à la mise en conformité⁸⁶³.

⁸⁵⁹ Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 7 mai 2003, WT/DSB/M/149, 8 juillet 2003, n° 17, p. 5.

⁸⁶⁰ Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 7 mai 2003, WT/DSB/M/149, 8 juillet 2003, n° 17, p. 5. *Adde* R.Z. LAWRENCE, *Crimes & Punishments? – Retaliation under the WTO*, Washington, Institute for International Economics, 2003, p. 58 ; H. SPAMANN, « The Myth of "Rebalancing" Retaliation in WTO Dispute Settlement Practice », *J.I.E.L.* 9(1), 2006, p. 75.

⁸⁶¹ Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 7 mai 2003, WT/DSB/M/149, 8 juillet 2003, n° 14, p. 4.

⁸⁶² Th. SEBASTIAN, « The law of permissible WTO retaliation », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 125-126.

⁸⁶³ Th. SEBASTIAN, « The law of permissible WTO retaliation », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 117.

157. Discrimination entre les subventions et les autres règles

D'autres mettent en doute la justification d'un traitement différent des subventions en ce qui concerne les sanctions⁸⁶⁴. Une justification résulterait du fait que l'illicéité des subventions provient directement des règles de l'OMC, et non d'une décision du juge⁸⁶⁵. Cette idée découle peut-être de l'existence de règles qui, dans certaines conditions, permettent à l'État victime de la subvention de se faire justice lui-même, sans autorisation de l'ORD, en imposant un droit compensateur. Les droits compensateurs sont cependant distincts des contre-mesures, et l'État ne peut recourir qu'à l'un des deux procédés (art. 10 SMC, n. 35). L'interdiction du traitement discriminatoire ou du dépassement du droit consolidé découle du texte des Accords aussi directement que l'interdiction des subventions prohibées⁸⁶⁶.

La distinction n'est pas mieux justifiée par l'idée que les contre-mesures doivent contraindre à la mise en conformité, car ceci s'applique tout autant aux autres violations des Accords⁸⁶⁷. Il en va de même de la circonstance que les subventions prohibées sont illicites « en soi », ce qui les distingue peut-être des autres subventions, mais pas des violations d'autres dispositions des Accords⁸⁶⁸.

Certains estiment qu'il s'agit simplement d'une incohérence des règles de l'OMC⁸⁶⁹, du moins tant que l'accord SMC est interprété comme autorisant des contre-mesures dépassant le montant de la réduction des avantages.

⁸⁶⁴ V. not. R.Z. LAWRENCE, *Crimes & Punishments? – Retaliation under the WTO*, Washington, Institute for International Economics, 2003, p. 59.

⁸⁶⁵ P.C. MAVROIDIS, « Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place », *E.J.I.L.*, 2000, p. 812.

⁸⁶⁶ R.Z. LAWRENCE, *Crimes & Punishments? – Retaliation under the WTO*, Washington, Institute for International Economics, 2003, p. 59 ; D. PALMETER et P.C. MAVROIDIS, *Dispute Settlement in the World Trade Organization – Practice and Procedure*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2004, p. 292.

⁸⁶⁷ Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 18 mars 2003, WT/DSB/M/145, 7 mai 2003, n° 46, p. 10 ; Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 7 mai 2003, WT/DSB/M/149, 8 juillet 2003, n° 16, p. 4.

⁸⁶⁸ R. HOWSE et D.J. NEVEN, « United States – Tax treatment for 'Foreign Sales Corporations' Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU and Article 4.11 of the SCM Agreement (WT/DS108/ARB) – A Comment », *W.T.R.* 4(1), 2005, p. 112.

⁸⁶⁹ D. LUFF, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce – Analyse critique*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 951.

§ 7. Particularités des sanctions lorsqu'est en cause un membre en voie de développement

158. Dispositions favorables aux pays en voie de développement lorsqu'ils demandent des sanctions

Les articles 21.7 et 21.8 du Mémorandum d'accord indiquent que

« S'il s'agit d'une affaire soulevée par un pays en développement Membre, l'ORD étudiera quelle suite il pourrait en outre y donner, qui soit appropriée aux circonstances.

S'il s'agit d'un recours déposé par un pays en développement Membre, en examinant quelles mesures il pourrait être approprié de prendre, l'ORD tiendra compte non seulement des échanges visés par les mesures en cause mais aussi de leur incidence sur l'économie des pays en développement Membres concernés. »

Cette disposition, typique des aménagements un peu vagues consentis aux pays en développement⁸⁷⁰, suit les règles relatives à la surveillance de la conformité par l'ORD.

L'Équateur a invoqué l'article 21.8 MRD, non devant l'ORD, mais devant les arbitres, pour argumenter que la réduction des avantages était, dans ce cas, un multiple de l'effet commercial, car il fallait tenir compte du

« tort direct et indirect et [d]es répercussions macro-économiques pour l'ensemble de son économie »⁸⁷¹.

Cet élément n'est pas pris en compte par l'arbitre, car il ne figurait pas dans la demande initiale d'autorisation présentée par l'Équateur⁸⁷². L'arbitre prend toutefois soin d'indiquer que son interprétation de l'article 22.3, d) est compatible avec l'article 21.8 MRD⁸⁷³.

159. Disposition favorable aux membres moins avancés qui sont défendeurs

L'article 24.1, *in fine*, du Mémorandum d'accord dispose ce qui suit :

« S'il est constaté qu'une mesure prise par un pays moins avancé Membre a pour effet d'annuler ou de compromettre des avantages, les parties plaignantes feront preuve de modération lorsqu'elles demanderont une compensation ou l'autorisation de suspendre l'application de concessions ou d'autres obligations conformément aux présentes procédures. »

⁸⁷⁰ Pour d'autres exemples de ces règles, v. V. DELICH, « Developing Countries and the WTO Dispute Settlement System », in B. HOEKMAN, A. MATTOO et P. ENGLISH (eds), *Development, Trade, and the WTO – A Handbook*, Washington DC, World Bank, 2002, p. 72 et s. V. aussi A.D. MITCHELL, « A legal principle of special and differential treatment for WTO disputes », *W.T.R.* 5(3), 2006, p. 445-469, qui doute de l'utilité d'un principe de traitement spécial et différencié pour le règlement des différends.

⁸⁷¹ CE – Bananes III (Équateur) (article 22:6 – CE), 23.

⁸⁷² CE – Bananes III (Équateur) (article 22:6 – CE), 24.

⁸⁷³ CE – Bananes III (Équateur) (article 22:6 – CE), 136. Sur l'article 22.3, d) MRD, v. *supra*, n° 101.

Le cas ne s'est pas encore posé dans la pratique ; il est exceptionnel, d'ailleurs, qu'un pays moins avancé participe au règlement des différends de l'OMC (sauf en tant que tierce partie) : sans doute les intérêts commerciaux ne sont-ils pas suffisants pour justifier d'introduire une procédure contre lui. Peut-être aussi utilise-t-on d'autres moyens pour l'inviter à rectifier sa politique commerciale.

Quoi qu'il en soit, cette disposition ne paraît pas suffisamment précise pour qu'on puisse espérer en tirer des conséquences pratiques tangibles. Elle s'adresse au plaignant lorsqu'il formule sa demande, et non à l'arbitre qui tranche. Elle ne déroge pas, selon son texte, à la règle d'équivalence qui, partant, demeure en principe applicable. Jointe à un certain sentiment d'injustice qui pourrait résulter de la situation de fait, elle induira peut-être un effet psychologique conduisant l'arbitre à utiliser sa marge de manœuvre pour éviter des sanctions trop lourdes. La simple connaissance de la situation économique du défendeur aurait certes pu suffire, mais une certaine indulgence dans l'application de l'équivalence (guère davantage...) trouve ici un fondement textuel, ce qui ne peut nuire.

Section 3 Durée de la suspension

§ 1. Début de la suspension

160. Les sanctions ne peuvent pas être mises en œuvre avant l'autorisation de l'ORD

Les obligations ne sont pas suspendues avant le jour où l'ORD en accorde l'autorisation⁸⁷⁴, de sorte que les sanctions ne peuvent être mises en œuvre qu'à compter de cette date⁸⁷⁵. Les sanctions commerciales se voient ainsi dénier tout effet rétroactif, ne fût-ce qu'à partir du jour de l'introduction de la procédure⁸⁷⁶.

Cette règle montre que la suspension d'obligations n'a pas une visée indemnitaire. Mais on aurait pu néanmoins prévoir une suspension partiellement rétroactive, pour inciter l'État défendeur à faire diligence en vue d'un prompt règlement du différend, ainsi que l'exige l'article 3.3 MRD. Sans doute cette solution aurait-elle constitué une atteinte peu souhaitable à un autre

⁸⁷⁴ V. à ce sujet la discussion lors de la réunion de l'ORD du 19 avril 1999 et la décision prise : Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 19 avril 1999, WT/DSB/M/59, 3 juin 1999, not. p. 11.

⁸⁷⁵ *États-Unis – Certains produits en provenance des CE*, 6.86-6.87.

⁸⁷⁶ Pour une discussion critique de cette règle, v. G.N. HORLICK, « Problems with the compliance structure of the WTO dispute resolution process », in D.L.M. KENNEDY et J.D. SOUTHWICK (eds), *The Political Economy of International Trade Law – Essays in Honor of Robert E. Hudec*, Cambridge University Press, 2002, p. 639.

objectif du règlement des différends, à savoir la sécurité juridique des acteurs du commerce international. Il serait en effet hasardeux de frapper rétroactivement de droits de douane importants des marchandises importées sur une période de plusieurs mois, voire plusieurs années.

§ 2. *Fin de la suspension*

161. **L'article 22.8 MRD et l'affaire du *Maintien de la suspension***

Comme les compensations (lorsqu'elles sont convenues), les sanctions sont temporaires⁸⁷⁷. Elles ne libèrent pas le défendeur de l'exécution de la décision de l'ORD. L'article 22.1 MRD, analysé *supra* (n^{os} 50-54) s'applique, selon son texte, tant aux compensations qu'aux suspensions d'obligations.

L'article 22.8 MRD fait application de ce principe, cette fois à propos des sanctions seulement :

« La suspension de concessions ou d'autres obligations sera temporaire et ne durera que jusqu'à ce que la mesure jugée incompatible avec un accord visé ait été éliminée, ou que le Membre devant mettre en œuvre les recommandations ou les décisions ait trouvé une solution à l'annulation ou à la réduction d'avantages, ou qu'une solution mutuellement satisfaisante soit intervenue. »
(art. 22.8 MRD)

Il ne prévoit toutefois aucune procédure particulière permettant d'ordonner la levée des sanctions, mais sa création a été discutée *de lege ferenda*⁸⁷⁸. Deux conceptions sont possibles. D'une part, on pourrait penser que, par une application de la théorie de l'acte contraire, le défendeur devrait requérir de l'ORD qu'il retire son autorisation de suspension. Une autre interprétation serait que la suspension d'obligations cesse de plein droit le jour où le défendeur se conforme à ses obligations. Si le plaignant maintenait néanmoins ses mesures de sanction, il violerait alors ses obligations et s'exposerait à une demande de constitution d'un groupe spécial. Mais sous cette réserve, l'appréciation de la conformité relèverait de l'État plaignant, agissant à ses risques et périls. Les règlements européens appliquent cette idée, en prévoyant l'abrogation

⁸⁷⁷ B.I. BONAFÈ, « L'autorizzazione ad adottare contromisure nel quadro dell'Organizzazione mondiale del commercio: il requisito delle "circostanze sufficientemente gravi" », in A. LIGUSTRO et G. SACERDOTI (a cura di), *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia. Liber amicorum in onore di Paolo Picone*, Naples, Editoriale scientifica, 2011, p. 498.

⁸⁷⁸ V. la retranscription du rapport oral de M. Suzuki devant l'ORD (Procès-verbal de la réunion de l'ORD des 27 octobre et 3 novembre 1999, WT/DSB/M/70, 15 décembre 1999, p. 15) et *Contribution des Communautés européennes et de leurs États membres à l'amélioration du Mémoire d'accord de l'OMC sur le règlement des différends*, TN/DS/W/1, 13 mars 2002, p. 7.

des sanctions au jour où la violation aura cessé, sans faire référence à une quelconque détermination multilatérale de la mise en conformité⁸⁷⁹.

Les règles en cette matière ont été précisées à l'occasion d'un prolongement de l'affaire *Hormones*. En substance, l'interdiction de certaines hormones de croissance pour le bœuf destiné à la consommation humaine et l'interdiction d'importation corrélative avaient été déclarées contraires aux obligations des Communautés européennes, car les études scientifiques sur lesquelles cette mesure était basée ne remplissaient pas les conditions requises par l'Accord SPS. À titre de mise en conformité à la suite de la décision de l'ORD du 13 février 1998, les Communautés européennes ont conduit de nouveaux examens scientifiques. Elles ont ensuite adopté une nouvelle directive, qui confirme l'interdiction du bœuf aux hormones, mais en soutenant que cette interdiction était désormais compatible avec leurs obligations car fondée sur une nouvelle évaluation des risques et, pour certaines mesures, sur le principe de précaution. Les États-Unis et le Canada, plaignants originaires, soutenaient que cette nouvelle réglementation était aussi incompatible que l'ancienne, et ont maintenu les sanctions commerciales qu'ils pratiquaient depuis qu'ils y avaient été autorisés par l'ORD⁸⁸⁰. Il existait donc une contestation quant à la mise en conformité, sans qu'aucune partie ne soumette la question à un nouveau groupe spécial sur la conformité⁸⁸¹.

Se pose alors la question de savoir si des sanctions commerciales peuvent, ou non, être maintenues dans ces circonstances. D'un côté, le maintien des sanctions concorde avec l'idée qu'une seule période de mise en conformité peut être accordée⁸⁸². D'ailleurs, l'autorisation de l'ORD n'a pas été rapportée. Il est difficile d'imaginer que la suspension d'obligations tomberait – et qu'il faudrait donc recommencer *da capo* une nouvelle procédure de règlement du

⁸⁷⁹ Art. 3 du Règl. (CE) n° 2193/2003 du Conseil du 8 décembre 2003 instituant des droits de douane supplémentaires sur les importations de certains produits originaires des États-Unis d'Amérique, *J.O.U.E.*, L 328, 17 décembre 2003, p. 3-12 et art. 7 du Règl. (CE) n° 673/2005 du Conseil du 25 avril 2005 instituant des droits de douane supplémentaires sur les importations de certains produits originaires des États-Unis d'Amérique, *J.O.C.E.*, L 110, 30 avril 2005, p. 1-5.

⁸⁸⁰ Pour un résumé des antécédents, *États-Unis – Maintien de la suspension (appel)*, 2-12. On n'analyse ici que les rapports en cause des États-Unis (DS320), les procédures d'appel ayant été traitées conjointement (*États-Unis – Maintien de la suspension (appel)*, 27).

⁸⁸¹ La pratique d'un second groupe spécial institué sur la base de l'article 21.5 MRD fut utilisée par exemple dans les différends suivants : Groupe spécial, *Brésil – Programme de financement des exportations pour les aéronefs*, Deuxième recours du Canada à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS46/RW2, 26 juillet 2001 ; *États-Unis – Traitement fiscal des « sociétés de ventes à l'étranger »*, Deuxième recours des Communautés européennes à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends – Demande d'établissement d'un groupe spécial, WT/DS108/29, 14 janvier 2005.

⁸⁸² P.C. MAVROIDIS, « Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place », *E.J.I.L.*, 2000, p. 794 et s.

différend – chaque fois que l'État défendeur modifie ou remplace la mesure en cause, surtout dans un cas comme celui de l'espèce, où l'interdiction d'importation reste en vigueur.

Mais d'autre part, le maintien de sanctions paraît heurter la présomption de bonne foi et de respect des traités dont bénéficient les États⁸⁸³, ainsi que l'interdiction de l'unilatéralisme⁸⁸⁴. Comme les sanctions ne se justifient que par l'existence de la mesure illicite, il est difficile d'affirmer simultanément la présomption de conformité⁸⁸⁵ et une présomption d'adéquation des sanctions autorisées (*supra*, n° 91), même en cas de modification de la mesure⁸⁸⁶. Si la nouvelle mesure est présumée conforme aux obligations du défendeur, les sanctions devraient cesser dès son adoption. Elles ne pourraient reprendre que lorsque la présomption aurait été renversée par une décision de l'ORD. Si les sanctions étaient néanmoins maintenues (illicitement), le défendeur originaire pourrait demander l'ouverture de consultations et l'établissement d'un groupe spécial.

Les Communautés européennes ont introduit une procédure et présenté une argumentation de ce type. En substance, elles faisaient valoir trois arguments pour démontrer que les défendeurs avaient violé leurs obligations en maintenant les sanctions. Premièrement, en déterminant eux-mêmes, donc unilatéralement, que la nouvelle directive européenne ne réalisait pas la mise en conformité, les défendeurs ont violé l'article 23.2, a) MRD, en lien avec les articles 23.1 et 21.5 MRD ; ils auraient dû initier une procédure de mise en conformité (art. 21.5 MRD) pour faire constater multilatéralement que, contrairement à leur allégation, les Communautés européennes ne s'étaient pas mises en conformité. Deuxièmement, la mise en conformité des Communautés européennes devait être présumée dès lors qu'elles avaient adopté une nouvelle directive et qu'elles l'avaient notifiée à l'ORD. Aussi, en maintenant la suspension, les défendeurs ont violé non seulement l'article 22.8, mais aussi l'article 23.1 MRD. Troisièmement, comme la nouvelle directive représentait une mise en conformité effective, le maintien de la

⁸⁸³ Organe d'appel, *Chili – Taxes sur les boissons alcooliques*, WT/DS87/AB/R et WT/DS110/AB/R, 13 décembre 1999, 74 : « Il ne devrait en aucun cas être présumé qu'en adoptant une nouvelle mesure, les Membres de l'OMC ont *maintenu* une protection ou une discrimination antérieure ». Comp. *États-Unis – Maintien de la suspension (appel)*, 315, pour qui la bonne foi, s'attachant plus à l'État qu'à son action, peut être invoquée par les deux parties et ne permet donc pas de résoudre la question.

⁸⁸⁴ *États-Unis – Certains produits en provenance des CE*, 6.108 et s., citant Organe d'appel, *Chili – Taxes sur les boissons alcooliques*, WT/DS87/AB/R et WT/DS110/AB/R, 13 décembre 1999, 74 et *CE – Hormones (États-Unis) (article 22:6 – CE)*, 9.

⁸⁸⁵ *États-Unis – Certains produits en provenance des CE*, 6.109.

⁸⁸⁶ *États-Unis – Certains produits en provenance des CE*, 6.112. Ce passage du rapport a été déclaré sans effet juridique par l'Organe d'appel, au motif que la question ne faisait pas partie du mandat du groupe spécial (*États-Unis – Certains produits en provenance des CE (appel)*, 93 et s.). Comp. : *États-Unis – Maintien de la suspension*, 7.357, f).

suspension constituait une violation de l'article 22.8 MRD, indépendamment de toute présomption de mise en conformité⁸⁸⁷.

Le groupe spécial a retenu le premier argument, soit une violation de l'interdiction de l'unilatéralisme, en ce qu'en maintenant leurs sanctions, les États-Unis et le Canada ont cherché à obtenir une réparation en déterminant unilatéralement que les Communautés européennes ne s'étaient pas mises en conformité (art. 23.1 et 23.2, a), MRD)⁸⁸⁸. Il a par ailleurs estimé que les Communautés européennes ne s'étaient pas mises en conformité, de sorte que le maintien des sanctions ne violait pas l'article 22.8 MRD⁸⁸⁹. En résumé, il a constaté un manquement procédural, mais pas de violation matérielle.

Dans son rapport, l'Organe d'appel distingue clairement deux questions. Il détermine d'abord, au fond, quand les sanctions doivent cesser (*infra*, n° 162). Dans un second temps, il indique la procédure à suivre lorsqu'un différend survient à ce sujet (*infra*, n° 163)⁸⁹⁰.

162. Les sanctions doivent cesser dès la mise en conformité

En principe, la suspension des obligations prend fin dès que le défendeur se conforme à ses obligations⁸⁹¹, car les sanctions sont par nature temporaires⁸⁹² et doivent servir à inciter le défendeur à mettre sa pratique ou ses règles en conformité⁸⁹³.

Mais il ne suffit pas d'une mise en conformité formelle. L'Organe d'appel a ainsi retenu une position qui s'attache à la substance :

« c'est à l'incompatibilité résultant de la mesure, et non à la simple existence de la mesure, qu'il faut remédier avant que naisse l'obligation de cesser la suspension de concessions. [...] l'article 22:8

⁸⁸⁷ *États-Unis – Maintien de la suspension (appel)*, 271.

⁸⁸⁸ *États-Unis – Maintien de la suspension*, 7.251 ; *États-Unis – Maintien de la suspension (appel)*, 273-276.

⁸⁸⁹ *États-Unis – Maintien de la suspension*, 7.847-850. V. aussi le résumé par l'Organe d'appel, *États-Unis – Maintien de la suspension (appel)*, 16-25, 270-285.

⁸⁹⁰ Pour un aperçu des réactions des États à la suite de cette décision, H. RUIZ FABRI et P. MONNIER, « Organisation mondiale du commerce. Chronique du règlement des différends 2008-2009 », *J.D.I.*, 2009, p. 928-929.

⁸⁹¹ Th. SEBASTIAN, « The law of permissible WTO retaliation », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 98 ; P.-T. STOLL, « Article 22 DSU », in R. WOLFRUM, P.-T. STOLL et K. KAISER (eds), *WTO – Institutions and Dispute Settlement*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2006, p. 553.

⁸⁹² X. ZHANG, « Implementation of the WTO Agreements: Framework and Reform », *Northwestern Journ. Int. L. & Business* 23(2), 2003, p. 420.

⁸⁹³ C. MOCQUART, « Efficacité des sanctions et retraits de concession dans le système de règlement des différends de l'OMC », *R.D.A.I.*, 2003, p. 46.

ne peut pas être compris comme exigeant la cessation de la suspension de concessions simplement sur la base d'une abrogation formelle de la mesure qui a été jugée incompatible par l'ORD. »⁸⁹⁴

Il faut donc « un règlement sur le fond du différend »⁸⁹⁵, ce qui signifie « l'élimination sur le fond de la mesure incompatible »⁸⁹⁶. En conséquence,

« l'application de la suspension de concessions peut se poursuivre jusqu'à ce que l'élimination de la mesure jugée incompatible par l'ORD aboutisse à une mise en conformité sur le fond. »⁸⁹⁷

Décider le contraire « affaiblirait considérablement l'efficacité du mécanisme de règlement des différends de l'OMC »⁸⁹⁸.

L'autorisation de suspendre des concessions est affectée de trois conditions résolutoires exprimées dans l'article 22.8 MRD : retrait de la mesure, solution à la réduction des avantages ou solution mutuellement convenue. Lorsque la mise en conformité se réalise par le retrait pur et simple de la mesure en cause – ce qui est le cas de figure principalement envisagé par le Mémoire d'accord (art. 3.7 et 22.8 MRD) – l'autorisation de suspendre des obligations devient automatiquement caduque « dans la plupart des cas », car la première condition résolutoire (« jusqu'à ce que la mesure jugée incompatible avec un accord visé ait été éliminée ») est réalisée⁸⁹⁹.

De la même manière que les sanctions, une fois autorisées, doivent être mises en œuvre par une décision interne, c'est également une décision de l'État membre qui doit mettre un terme aux sanctions lorsque l'autorisation de suspendre des obligations devient caduque⁹⁰⁰.

163. Contestation quant à la réalisation des conditions résolutoires

La caducité de l'autorisation ne nécessite pas de décision de l'ORD si les parties au différend sont d'accord sur la réalisation d'une des conditions résolutoires de l'article 22.8 MRD⁹⁰¹. Mais qu'en

⁸⁹⁴ *États-Unis – Maintien de la suspension (appel)*, 304.

⁸⁹⁵ *États-Unis – Maintien de la suspension (appel)*, 304. Aussi *ibid.*, 380.

⁸⁹⁶ *États-Unis – Maintien de la suspension (appel)*, 305.

⁸⁹⁷ *États-Unis – Maintien de la suspension (appel)*, 306. En doctrine : W. ABDELGAWAD, C. JOURDAIN-FORTIER et I. MOINE-DUPUIS, « Chronique commentée du règlement des différends de l'OMC (début juillet 2008 à début juillet 2009) », *R.I.D.E.*, 2009, p. 471.

⁸⁹⁸ *États-Unis – Maintien de la suspension (appel)*, 308.

⁸⁹⁹ *États-Unis – Maintien de la suspension (appel)*, 310, n. 723.

⁹⁰⁰ V. art. 3 du Règl. (CE) n° 2193/2003 du Conseil du 8 décembre 2003 instituant des droits de douane supplémentaires sur les importations de certains produits originaires des États-Unis d'Amérique, *J.O.C.E.*, L 328, 17 décembre 2003, p. 3-12 et art. 7 du Règl. (CE) n° 673/2005 du Conseil du 25 avril 2005 instituant des droits de douane supplémentaires sur les importations de certains produits originaires des États-Unis d'Amérique, *J.O.C.E.*, L 110, 30 avril 2005, p. 1-5.

⁹⁰¹ *États-Unis – Maintien de la suspension (appel)*, 389.

est-il lorsque les États parties au différend sont en désaccord sur la réalisation de ces conditions, surtout, en pratique, sur l'élimination de la mesure incompatible ?

L'Organe d'appel se base sur le caractère temporaire de la suspension d'obligations affirmé par l'article 22.8 MRD pour définir une obligation de saisir les organes du règlement des différends, à charge de tous les États en cause :

« Les Membres doivent agir d'une manière coopérative afin que la situation normale, à savoir la mise en conformité avec les accords visés et l'absence de suspension de concessions, puisse être rétablie aussi rapidement que possible. Ainsi, le Membre appliquant la suspension et le Membre mettant en œuvre ont en commun la responsabilité de faire en sorte que l'application de la suspension de concessions soit "temporaire". En outre, le respect de la première condition résolutoire énoncée à l'article 22:8 exige certaines actions de la part des deux Membres. Le Membre mettant en œuvre est tenu d'éliminer la mesure jugée incompatible avec un accord visé. Parallèlement, le Membre appliquant la suspension est tenu de faire en sorte que la suspension de concessions soit uniquement appliquée dans les limites de l'article 22:8. Dans les cas où, comme en l'espèce, une mesure de mise en œuvre est prise et les Membres sont en désaccord sur le point de savoir si cette mesure réalise la mise en conformité sur le fond, les deux Membres ont le devoir d'engager une procédure de règlement des différends dans le cadre de l'OMC en vue d'établir si les conditions énoncées à l'article 22:8 ont été remplies et si, en conséquence, il doit être mis fin à la suspension de concessions. »⁹⁰²

C'est une manière de placer chaque partie face à ses responsabilités, et de donner tort aux Communautés européennes, qui soutenaient que leur nouvelle mesure devait être présumée conforme à leurs obligations, et qu'il appartenait aux parties adverses de prendre l'initiative de saisir les organes du règlement des différends pour faire constater le contraire.

La procédure à suivre est celle de l'article 21.5 MRD⁹⁰³. Bien entendu, les parties peuvent aussi, de commun accord, recourir aux méthodes de « règlement alternatif » prévues par le Mémorandum d'accord (bons offices, médiation, arbitrage)⁹⁰⁴. L'Organe d'appel n'interdit pas explicitement d'entamer une nouvelle procédure de règlement des différends, mais signale clairement sa préférence pour la procédure de l'article 21.5 MRD, qui est « plus efficiente » dès lors que l'examen du litige est confié à des panelistes déjà au fait du dossier et que les délais de procédure sont réduits⁹⁰⁵. Le défendeur est alors, sauf exception, confronté à des juges ayant déjà, par hypothèse, statué en sa défaveur⁹⁰⁶.

⁹⁰² *États-Unis – Maintien de la suspension (appel)*, 310.

⁹⁰³ *États-Unis – Maintien de la suspension (appel)*, 338.

⁹⁰⁴ *États-Unis – Maintien de la suspension (appel)*, 340.

⁹⁰⁵ *États-Unis – Maintien de la suspension (appel)*, 341-345.

⁹⁰⁶ H. RUIZ FABRI et P. MONNIER, « Organisation mondiale du commerce. Chronique du règlement des différends 2008-2009 », *J.D.I.*, 2009, p. 929.

L'une ou l'autre partie peut initier le différend relatif à la mise en conformité⁹⁰⁷, étant entendu que les deux parties

« ont en commun la responsabilité de faire en sorte que la suspension de concessions ne soit pas appliquée indéfiniment »⁹⁰⁸

et

« d'entreprendre d'une manière coopérative de régler le différend dans le cadre de l'OMC pour établir si la suspension de concessions peut se poursuivre ou s'il faut y mettre fin conformément à l'article 22:8 »⁹⁰⁹.

Il découle de cette responsabilité commune que, contrairement aux craintes des parties⁹¹⁰, la charge de la preuve ne repose pas nécessairement sur la partie qui a pris l'initiative d'introduire la procédure : l'Organe d'appel établit un système de preuve où le défendeur originel doit prouver qu'il s'est mis en conformité au regard de la décision qui fonde la suspension d'obligations, la charge de la preuve relative aux autres questions reposant sur le plaignant originel⁹¹¹.

Le sort des sanctions découle immédiatement du résultat de la procédure de règlement des différends :

« Une fois que la mise en conformité sur le fond a été confirmée dans le cadre de procédures de règlement des différends à l'OMC, l'autorisation de suspendre des concessions devient caduque de plein droit (*ipso jure*), parce qu'il a été déterminé qu'une des conditions résolutoires conformément à l'article 22:8 est remplie »⁹¹².

⁹⁰⁷ *États-Unis – Maintien de la suspension (appel)*, 347. V. déjà l'opinion, plutôt en ce sens du Groupe spécial, *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, Recours des Communautés européennes à l'article 21:5, WT/DS27/RW/EEC, 12 avril 1999, 4.18, qui ne tranche toutefois pas (sur cette décision, v. M.S. DUNNE, « Redefining power orientation: A reassessment of Jackson's paradigm in light of asymmetries of power, negotiation, and compliance in the GATT/WTO dispute settlement system », *L. and Policy in Int. Business* 34(1), 2002, p. 303). C'est aussi la suggestion que formule S. SHADIKHODJAEV, *Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, p. 165.

⁹⁰⁸ *États-Unis – Maintien de la suspension (appel)*, 348.

⁹⁰⁹ *États-Unis – Maintien de la suspension (appel)*, 355.

⁹¹⁰ H. RUIZ FABRI et P. MONNIER, « Organisation mondiale du commerce. Chronique du règlement des différends 2008-2009 », *J.D.I.*, 2009, p. 925, 927.

⁹¹¹ *États-Unis – Maintien de la suspension (appel)*, 359-365. Pour W.J. DAVEY, ce passage de la décision n'est toutefois pas « crystal clear » (« Sanctions in the WTO: problems and solutions », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 372.

⁹¹² *États-Unis – Maintien de la suspension (appel)*, 310.

L'Organe d'appel précise que cette caducité de plein droit naît au moment de l'adoption du rapport par l'ORD⁹¹³, adoption qui s'analyse donc comme un retrait, à tout le moins implicite, de l'autorisation de suspendre des obligations.

Les sanctions peuvent donc être appliquées pendant la durée de la procédure visant à constater la mise en conformité⁹¹⁴, et ce maintien n'est pas contraire à l'article 23 MRD, quelle que soit l'issue de la procédure, du moins si le plaignant l'a engagée ou y participe « activement »⁹¹⁵.

Ainsi, à supposer que la procédure aboutisse au constat d'une mise en conformité, le retrait des sanctions n'a pas d'effet rétroactif, et le défendeur originel ne reçoit aucune compensation pour avoir subi des sanctions trop longtemps. Par un certain parallélisme, on « rattrape » ainsi l'effet rétroactif refusé à la procédure originaire, pendant laquelle le défendeur n'a pas subi de sanctions alors qu'il violait ses obligations. Une autre conséquence de cette jurisprudence, lorsqu'elle est rapprochée de la règle voulant que la suspension d'obligations ne peut plus être accordée lorsque le défendeur s'est mis en conformité (*supra*, n° 46) est d'inciter le plaignant à demander cette suspension dès la fin du délai de mise en conformité, ou dès l'adoption du rapport constatant l'absence de mise en conformité, pour éviter que le défendeur tente d'échapper aux sanctions en se conformant à ses obligations jusqu'à ce que la demande de suspension soit rejetée, et rétablisse l'illicéité ensuite⁹¹⁶.

Bien entendu, rien n'impose de maintenir les sanctions pendant la procédure de mise en conformité. Ainsi, eu égard à leur position dans l'affaire du *Maintien de la suspension*, les Communautés européennes ne pouvaient se contredire en poursuivant l'application des sanctions contre les États-Unis dans le différend des *Sociétés de vente à l'étranger*, alors qu'une loi américaine avait modifié le système fiscal litigieux. Il en était ainsi même si, sur le fond, les Communautés européennes soutenaient que la nouvelle loi américaine n'était toujours pas conforme aux règles de l'OMC. Parce qu'elles estimaient que seuls les organes de l'OMC peuvent

⁹¹³ *États-Unis – Maintien de la suspension (appel)*, 355, 367.

⁹¹⁴ W. ABDELGAWAD, C. JOURDAIN-FORTIER et I. MOINE-DUPUIS, « Chronique commentée du règlement des différends de l'OMC (début juillet 2008 à début juillet 2009) », *R.I.D.E.*, 2009, p. 471 ; W.J. DAVEY, « Sanctions in the WTO: problems and solutions », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 371 ; Th. SEBASTIAN, « The law of permissible WTO retaliation », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 98.

⁹¹⁵ *États-Unis – Maintien de la suspension (appel)*, 377-384.

⁹¹⁶ D.J. TOWNSEND et S. CHARNOVITZ, « Preventing Opportunistic Uncompliance by WTO Members », *J.I.E.L.* 14(2), 2011, p. 463-465.

déclarer une mesure étatique non conforme aux Accords⁹¹⁷, les Communautés ont suspendu l'application des sanctions, du moins pour une période limitée au cours de laquelle devait être examinée la conformité de la réglementation américaine⁹¹⁸.

A la suite notamment de l'affaire du *Maintien de la suspension*, la problématique de la fin des sanctions, aussi dénommée « après-rétorsion » fait l'objet de discussions entre les États membres dans le cadre d'une possible réforme du Mémorandum d'accord. Il s'agirait d'élaborer des règles écrites pour traiter les litiges qui se posent à ce stade. Sur certains points, notamment la possibilité d'utiliser la procédure prévue par l'article 21.5 MRD et la poursuite des sanctions pendant cette procédure, la décision de l'Organe d'appel fait l'objet d'une « convergence » entre les États. D'autres aspects sont en revanche plus controversés, notamment sur le point de savoir quel État peut ou doit saisir le groupe spécial de la mise en conformité⁹¹⁹.

164. Conclusion du chapitre III

S'il revient en principe au plaignant de décider de l'opportunité et de la forme des sanctions, cette liberté est fortement encadrée par les règles de l'OMC. Les limites tiennent d'abord à la nature des obligations suspendues. Les suspensions croisées ne sont autorisées que dans des circonstances particulières et, en pratique, surtout en faveur des pays en voie de développement. D'autres règles restreignent la liberté d'action des États, notamment pour protéger le fonctionnement de l'institution. Les sanctions sont ensuite limitées dans leur ampleur. La jurisprudence à ce sujet n'est pas exempte d'imprécisions, voire de contradictions. On retient néanmoins l'existence de deux régimes, l'un général, l'autre réservé aux subventions prohibées. Pour le premier, la règle de l'équivalence s'impose comme une référence, avec un mode de calcul qui tend à se complexifier, à mesure que l'argumentation des parties se fait plus élaborée. Le second reste marqué par le critère du montant de la subvention. Enfin, sur le plan temporel, il est acquis que les sanctions ne peuvent être mises en œuvre qu'après l'autorisation de l'ORD, et la manière dont elles prennent fin en l'absence d'accord des parties a été clarifiée par l'Organe d'appel à l'occasion du différend sur le *Maintien de la suspension*.

⁹¹⁷ Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 17 février 2005, WT/DSB/M/183, 7 mars 2005, n° 37, p. 8.

⁹¹⁸ Règl. (CE) n° 171/2005 du Conseil du 31 janvier 2005 portant modification et suspension de l'application du règlement (CE) n° 2193/2003 instituant des droits de douane supplémentaires sur les importations de certains produits originaires des États-Unis d'Amérique, *J.O.U.E.*, L 028, 1^{er} février 2005, p. 31-40.

⁹¹⁹ *Session extraordinaire de l'Organe de règlement des différends*, Rapport du Président, M. l'Ambassadeur Ronald Saborío Soto, au Comité des négociations commerciales, TN/DS/25, 21 avril 2011, not. p. B14-B-19, B-25.

165. Conclusion de la partie I

Cette première partie visait à décrire de manière détaillée le régime des sanctions de l'OMC. Elle a révélé un corpus de règles élaborées, complexes, suscitant des discussions et des controverses, parfois tranchées par la jurisprudence. Rien ne le fait mieux apparaître qu'un regard rétrospectif : quelle différence – de style, au moins – entre le rapport de l'affaire des *Quotas laitiers* (1952) et celui des *Jeux* (2007) ! La question des sanctions n'est plus une histoire de discussion diplomatique ; elle fait partie aujourd'hui du domaine des juristes et des économistes, qui tentent de convaincre l'arbitre au moyen d'arguments techniques, basés sur les règles des Accords et la jurisprudence, et sur des modèles économiques.

C'est dire aussi que la question des sanctions est contrôlée, du début à la fin, par l'Organisation elle-même. Elle n'a certes pas le droit d'initiative. Mais les sanctions ne sont pas possibles sans son concours. L'OMC doit d'abord constater la violation des Accords ; elle accompagne ensuite un processus de mise en conformité et, s'il n'aboutit pas favorablement, autorise les sanctions après avoir tranché le différend qui surgit (toujours) au sujet de leur montant.

Mais ce n'est pas tout de décrire le comment ; il faut aussi expliquer le pourquoi. Les parties qui suivent sont consacrées à cette question. La deuxième partie expose les explications classiques que les sciences juridique et économique ont données des sanctions. Elle montre aussi que ces explications ne sont pas satisfaisantes à tous égards. La troisième partie vient alors proposer une autre manière de comprendre les sanctions, dans la perspective de la construction d'une institution internationale. Cet angle de vue permet d'expliquer des caractéristiques des sanctions difficiles à appréhender à partir des théories classiques. Il permet aussi, en partant de l'étude des sanctions, de mieux comprendre l'évolution plus générale du droit du commerce international.

Partie II – Fondements traditionnels du système de sanctions de l'OMC et leurs insuffisances

166. Introduction

La partie précédente a décrit le système de sanctions de l'OMC. Cette deuxième partie expose la manière dont ce système est habituellement expliqué dans la littérature. Pourquoi des sanctions ? Pourquoi prennent-elles cette forme ? Tant les juristes que les économistes ont apporté à ces questions des réponses qui se fondent sur les principes de leurs disciplines. Dans un premier chapitre, on examine les fondements théoriques traditionnellement invoqués en droit et en économie. De manière très générale, les juristes fondent les sanctions de l'OMC sur celles du droit international général. Le mécanisme de sanctions de l'OMC serait ainsi une version quelque peu aménagée des mécanismes du droit international général applicables en cas de violation des obligations internationales. Quant aux économistes, ils considèrent les sanctions comme un incitant qui garantit le maintien de la coopération interétatique telle qu'elle est prévue dans les Accords de l'OMC, ou comme une réparation à payer par l'auteur de l'inexécution d'un traité de telle manière qu'une violation n'intervienne que si elle est efficiente (*efficient breach*). Ces théories traditionnelles des sanctions sont basées sur une conception de l'OMC en général, qu'on explicitera à cette occasion.

Sans doute ces théories traditionnelles ont-elles un certain pouvoir explicatif. Mais comme le montre le chapitre II, elles ne parviennent pas à intégrer de manière satisfaisante des problématiques auxquelles le juriste ne peut rester aveugle, même si elles se situent parfois en marge du droit positif. Les théories traditionnelles renvoient une image simplifiée de la réalité, notamment en raison des concepts qu'elles utilisent et des présupposés sur lesquels elles se fondent. Elles centrent l'analyse sur le comportement de l'État, sans chercher suffisamment à expliquer comment son action dépend à la fois de rapports de force internes et externes ni tenir compte des difficultés que suscite l'idée d'un rattachement étatique dans une économie mondialisée. Elles intègrent mal l'élément de durée dans l'application des sanctions et elles passent à côté d'importantes questions de justice, en ce qui concerne les effets des sanctions tant sur les États que sur les personnes privées. Elles utilisent à mauvais escient le principe de réciprocité.

La troisième partie de la thèse consistera alors à proposer une autre explication de l'OMC et de ses sanctions, qui complète l'explication traditionnelle au départ d'une conception institutionnelle.

Chapitre I *Fondements traditionnels des sanctions*

167. Introduction

La doctrine traditionnelle justifie le système de sanctions de l'OMC au moyen de deux théories principales. D'une part, les sanctions sont expliquées par l'insertion de l'OMC dans le droit international public (point de vue juridique) (section 1). Partant de l'idée que l'OMC est un sous-système du droit international public (§ 1), on explique les sanctions de l'OMC en les rattachant, sur un fond de souveraineté et de contractualisme, au droit de la responsabilité internationale et aux mécanismes du droit des traités qui déterminent les conséquences de la violation de ceux-ci (§ 2). D'autre part, les sanctions sont aussi justifiées dans le cadre de la théorie du libre-échange (point de vue économique) (section 2). L'OMC est l'instrument coopératif grâce auquel on surmonte le dilemme du prisonnier faisant obstacle au libre-échange. Dans ce cadre, les sanctions servent d'incitant pour empêcher la défection et maintenir la coopération. Elles servent aussi de réparation que l'auteur de la violation doit payer à la victime, de telle manière que le premier ne décide de violer le traité que si cette violation est efficiente et que la seconde soit « indemnisée ».

Section 1 **Les sanctions et le droit international**

§ 1. Le système du droit international et l'insertion de l'OMC en son sein

168. Introduction

Avant de se pencher plus particulièrement sur les sanctions (§ 2, *infra*, n^{os} 185 et s.), il faut, d'un point de vue plus général, situer l'OMC dans le droit international.

Le droit international régit les relations entre États souverains (1.). Certes, la pluralité des États et les liens qu'ils entretiennent empêchent nécessairement l'exercice par chacun d'une souveraineté totale. Mais la souveraineté de l'État demeure un fondement du droit international, comme la règle de la force obligatoire des traités – la conclusion de traités étant pour l'État une manière d'exercer ses droits souverains, même si elle limite (au moins formellement) sa liberté d'action.

Les effets économiques de la souveraineté justifient depuis longtemps l'existence de règles du commerce international (2.) : les traités de commerce limitent la liberté des États pour pallier les problèmes d'efficience et de justice que cause le caractère international des relations commerciales.

L'OMC est née dans ce contexte. Elle s'insère dans le système juridique international, dont elle constitue un « sous-système » (3.).

1. Le système du droit international

169. Le principe de la souveraineté de l'État

Dans sa forme la plus classique, le droit international public est celui qui régit les relations entre les États. On rattache généralement la configuration moderne de ce droit aux traités de Westphalie (1648). Au terme de la Guerre de trente ans, ces derniers fixent les règles de la souveraineté étatique qui reste, à ce jour, une pierre angulaire du droit international.

La construction de l'idée d'un État souverain est le fruit d'une longue évolution, bien décrite par G. Burdeau, au cours de laquelle se développe, dès le XVI^e siècle, l'idée d'un être abstrait appelé État qui acquiert progressivement une existence indépendante de la personne du dirigeant. Être institutionnel, doté d'une immortalité à laquelle aucun homme ne peut prétendre, fondant sa légitimité sur une communauté nonobstant l'absolutisme du prince, l'État est progressivement compris comme le détenteur du pouvoir ou de la souveraineté, auparavant l'apanage individuel de l'empereur ou du roi⁹²⁰. Au-delà des aspects juridiques, les relations internationales cessent d'être des rapports effectivement individuels entre seigneurs, pour n'être plus pensées que *par analogie* avec des relations interindividuelles au sein d'une collectivité politique.

Les traités de Westphalie marquent une étape importante, même s'ils ont aussi dû régler quelques conflits familiaux⁹²¹ – signe de l'inaboutissement d'une séparation encore floue entre les affaires étatiques et celles du seigneur. Par la suite se poursuivra cette évolution qui verra l'État toujours plus détaché de la personne de son souverain, notamment dans le formalisme des actes juridiques.

⁹²⁰ G. BURDEAU, *L'État*, Paris, Seuil, 1970, spéc. p. 26-51. Sur ce thème, *adde* N. ELIAS, *La dynamique de l'Occident*, trad. P. Kamnitzer, Paris, Calmann-Lévy, 1975, p. 105.

⁹²¹ V. par exemple art. 23 du Traité de Münster du 24 octobre 1648 (entre la France et l'Empire germanique) (traduction : Johann Heiss, 1684), *Die westfälischen Friedensverträge vom 24. Oktober 1648. Texte und Übersetzungen*, www.pax-westphalica.de (14 août 2009).

L'idée d'État est intimement liée à celle d'un territoire délimité par des frontières, qui constitue, dans l'espace, le champ d'application de la souveraineté⁹²². C'est aussi à cette époque que se marquent les frontières comme des lignes fixes et précises délimitant les territoires, donc les pouvoirs, des souverains.

En droit international public contemporain, la souveraineté est définie comme le

« droit de chaque État de décider librement de ce qui le concerne sans être soumis à aucune autorité qui lui soit supérieure »⁹²³.

Qu'elle soit une véritable norme ou une simple notion protégée par le droit international⁹²⁴, la souveraineté comporte plusieurs conséquences. Tous les États en jouissent de manière égale⁹²⁵. Elle a comme corollaire la plénitude des compétences, qui donne aux États la capacité la plus large de poser tous actes relevant du droit international⁹²⁶. Elle implique en même temps l'interdiction d'intervenir dans les affaires intérieures des autres États, ce qui impose le respect d'une certaine autonomie ou « liberté de décision de l'État dans les matières qui l'intéressent le plus directement »⁹²⁷, quelle que soit la signification exacte qu'on donne à cette expression.

La liberté dont il est ici question, de même que l'égalité entre les États à son égard, sont assurément abstraites ou formelles⁹²⁸ plutôt qu'effectives. Elles relèvent du normatif, non de la constatation empirique⁹²⁹, tant il est vrai que la liberté d'action concrète dépend notamment de la puissance et de la richesse relative des États en présence, qui sont loin d'être également réparties. S'agissant d'une définition formelle de la liberté, l'existence et le développement d'un droit international imposant des obligations aux États n'est pas incompatible avec la

⁹²² V. C.P.J.I., *Affaire du « Lotus »*, arrêt du 7 septembre 1927, série A, n° 10, p. 18 : « la limitation primordiale qu'impose le droit international à l'État est celle d'exclure – sauf l'existence d'une règle permissive contraire – tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre État ».

⁹²³ J. VERHOEVEN, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 125. Aussi J. VERHOEVEN, « Souveraineté et mondialisation : libres propos », in E. LOQUIN et C. KESSIDJIAN (eds), *La mondialisation du droit*, Paris, Litec, 2000, p. 43 et J. COMBACAU, « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'État », *Pouvoirs*, 1993, p. 50.

⁹²⁴ V. à ce sujet J. KRANZ, « Réflexions sur la souveraineté », in J. MAKARCZYK (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century – Essays in honour of Krzysztof Skubiszewski*, La Haye, Kluwer Law International, 1996, p. 183-214.

⁹²⁵ Art. 2 de la Charte des Nations Unies.

⁹²⁶ V. J. VERHOEVEN, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 128.

⁹²⁷ J. VERHOEVEN, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 145.

⁹²⁸ Ch. CHAUMONT, « Recherche du contenu irréductible du concept de souveraineté internationale de l'État », in *Hommage d'une génération de juristes du Président Basdevant*, Paris, Pedone, 1960, p. 131.

⁹²⁹ J. VERHOEVEN, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 125-126.

souveraineté⁹³⁰. Quant aux limitations factuelles de la liberté, elles n'empêchent pas que l'État soit souverain, mais invitent plutôt à vérifier leur conformité au droit international⁹³¹. La souveraineté a une signification plus substantielle dans la sphère politique ; nous y reviendrons (*infra*, n° 227).

Même si ses contours sont à certains égards incertains, cette liberté doit être considérée comme le principe :

« Les limitations de l'indépendance des États ne se présument [...] pas. »⁹³²

L'obligation internationale de l'État, en revanche, constitue l'exception.

170. La souveraineté n'implique pas une liberté illimitée

L'idée de souveraineté n'est pas née avec les traités de Westphalie. Pendant tout le Moyen Âge, plusieurs s'en sont prétendus titulaires. C'était, par exemple, la question de principe à l'arrière-plan de la querelle des investitures.

Sans doute la souveraineté ne peut-elle pas être utilement pensée sans limites. Pour J. Bodin, le souverain est, dans l'ordre interne, soumis à des obligations, qui limitent sa souveraineté et dont les magistrats peuvent constater la violation⁹³³. Même pour Th. Hobbes, les citoyens ne transfèrent pas tous leurs droits au souverain⁹³⁴.

En ce qui concerne les relations internationales, qui nous intéressent davantage ici, le XVII^e siècle voit la reconnaissance officielle de la pluralité des souverains européens. La souveraineté a deux visages : elle permet à l'État de tout faire, mais implique aussi l'obligation de respecter

⁹³⁰ J. KRANZ, « Réflexions sur la souveraineté », in J. MAKARCZYK (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century – Essays in honour of Krzysztof Skubiszewski*, La Haye, Kluwer Law International, 1996, p. 190.

⁹³¹ J. KRANZ, « Réflexions sur la souveraineté », in J. MAKARCZYK (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century – Essays in honour of Krzysztof Skubiszewski*, La Haye, Kluwer Law International, 1996, p. 199-203.

⁹³² C.P.J.I., *Affaire du « Lotus »*, arrêt du 7 septembre 1927, série A, n° 10, p. 18. Adde l'opinion individuelle de M. Anzilotti dans l'affaire du *Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche (Protocole du 19 mars 1931)*, Avis consultatif du 5 septembre 1931, série A/B, n° 41, p. 57 ; J. COMBACAU, « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'État », *Pouvoirs*, 1993, p. 53.

⁹³³ J.-F. SPITZ, *Bodin et la souveraineté*, Paris, P.U.F., 1998, 126 p. ; U. MARTI, « Souveränität und Globalisierung », in G. KOHLER et U. MARTI (eds), *Konturen der neuen Welt(un)ordnung – Beiträge zu einer Theorie der normativen Prinzipien internationaler Politik*, Berlin, de Gruyter, 2003, p. 178.

⁹³⁴ U. MARTI, « Souveränität und Globalisierung », in G. KOHLER et U. MARTI (eds), *Konturen der neuen Welt(un)ordnung – Beiträge zu einer Theorie der normativen Prinzipien internationaler Politik*, Berlin, de Gruyter, 2003, p. 179.

l'autonomie des autres⁹³⁵. Si la souveraineté n'appartient pas à un seul, elle doit nécessairement être limitée. Ceci étant, le droit international n'instaure pas de système parfaitement cohérent de répartition des compétences qui empêcherait toute concurrence de l'action des États relativement à une personne, un territoire ou une situation particulière⁹³⁶. Mais, parmi d'autres, le critère territorial est d'une importance fondamentale pour déterminer la sphère d'action admissible (pour ne pas dire « valide » ni « licite ») des États. Ainsi, chaque prince ou chaque État est souverain surtout sur son territoire et, à cet égard, tous sont égaux dans la souveraineté. Ce n'est pas un hasard si les Traités de Westphalie, au-delà de l'affirmation de la nouvelle doctrine de la souveraineté, fixent dans le même moment les limites territoriales qui l'affectent.

Cette conception de la souveraineté peut fonctionner dans un monde où chaque État forme un monde clos et occupe son territoire sans relations significatives avec l'extérieur. Chaque souverain peut alors s'organiser comme il l'entend, sans devoir souffrir l'ingérence du souverain voisin. C'est ainsi que les limites de la souveraineté, qu'on peut symboliser par la frontière, sont en même temps la garantie de son plein exercice : parce qu'elle est limitée, la souveraineté permet effectivement au souverain de décider librement de sa politique à l'intérieur du domaine d'action (limité) qui lui est réservé.

Cette description correspond sans doute davantage à l'Europe du XVII^e siècle qu'à l'époque actuelle⁹³⁷. Mais, même au début des Temps modernes, les relations internationales n'étaient pas inexistantes et les passages d'un État à l'autre, notamment pour des raisons de commerce, devaient être organisés. Les Traités de Westphalie, à nouveau, montrent que, même s'ils affirmaient et reconnaissaient leurs souverainetés respectives, les États souhaitaient régler certaines questions d'intérêt commun, notamment la navigation sur le Rhin et certains aspects du commerce international :

« Que dorénavant le trafic & les passages soient libres aux habitants de l'une & de l'[']autre rive du Rhin, & des Provinces adjacentes : sur tout que la navigation du Rhin soit libre, & qu'il ne soit permis à aucune des parties d'empêcher, retenir, arrêter, ni molester sous quelque pretexte que ce soit les batteaux passans, descendans ou montans ; excepté pour la seule inspection & visite qu'on a accoutumé de faire des marchandises ; & qu'il ne soit point aussi permis d'établir sur le Rhin de nouveaux impôts, peages, droits de passage, daces & autres telles exactions; mais que de

⁹³⁵ P. DAILLIER, M. FORTEAU et A. PELLET, *Droit international public*, 8^e éd., Paris, L.G.D.J., 2009, n° 39, p. 95.

⁹³⁶ J. VERHOEVEN, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 130 et s.

⁹³⁷ J. VERHOEVEN, « Souveraineté et mondialisation : libres propos », in E. LOQUIN et C. KESSIDJIAN (eds), *La mondialisation du droit*, Paris, Litec, 2000, p. 44.

part & d'autre, l'on demeure content des impôts, & d'acques ordinaires, que l'on avoit accoutumé de payer avant cette guerre sous le gouvernement des Princes d'Autriche »⁹³⁸.

Ainsi, la souveraineté moderne n'a jamais existé sans être en même temps partagée entre les États, ce qui impliquait dans le même temps qu'elle soit limitée par des règles s'imposant à eux, dont la règle d'égalité des souverainetés impliquant nécessairement que les souverainetés de chacun se limitent mutuellement⁹³⁹. En ce sens, la souveraineté n'est pas un état de nature international. Elle n'existe qu'à l'état juridique⁹⁴⁰.

171. Les règles de base du droit international

Le droit international fonctionne sans législateur. Il comprend néanmoins des règles générales, dont la source se situe principalement dans la coutume internationale. Celle-ci est parfois actée dans un traité, ce qui permet d'éviter toute équivoque quant à son existence, à tout le moins dans les relations entre les parties contractantes.

Deux règles coutumières sont d'une importance particulière pour le fonctionnement du système juridique international. La première est la règle d'égalité souveraineté, déjà discutée plus haut. La seconde est celle de la force obligatoire reconnue aux traités librement conclus entre États (*pacta sunt servanda*)⁹⁴¹, qu'on retrouve également à l'article 26 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités.

D'un certain point de vue, ces deux règles entretiennent une relation de tension, car en concluant un traité, l'État réduit sa liberté d'action. Mais la faculté de se lier est, dans le même temps, un aspect de l'exercice effectif de la souveraineté, ainsi que l'a constaté la Cour permanente de justice internationale dans l'affaire du *vapeur Wimbledon* :

« La Cour se refuse à voir dans la conclusion d'un traité quelconque, par lequel un État s'engage à faire ou à ne pas faire quelque chose, un abandon de sa souveraineté. Sans doute, toute convention engendrant une obligation de ce genre, apporte une restriction à l'exercice des droits souverains de l'État, en ce sens qu'elle imprime à cet exercice une direction déterminée. Mais la faculté de

⁹³⁸ Art. 85, al. 2 du Traité de Münster du 24 octobre 1648 (entre la France et l'Empire germanique) (traduction : Johann Heiss, 1684), *Die westfälischen Friedensverträge vom 24. Oktober 1648. Texte und Übersetzungen*, www.pax-westphalica.de (13 août 2009). V. aussi l'article 67 du même Traité, cité *infra*, n° 174.

⁹³⁹ J. KRANZ, « Réflexions sur la souveraineté », in J. MAKARCZYK (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century – Essays in honour of Krzysztof Skubiszewski*, La Haye, Kluwer Law International, 1996, p. 203.

⁹⁴⁰ J. COMBACAU, « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'État », *Pouvoirs*, 1993, p. 51.

⁹⁴¹ J. VERHOEVEN, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 315.

contracter des engagements internationaux est précisément un attribut de la souveraineté de l'État. »⁹⁴²

172. Le droit international est englobant

Le droit international a une vocation naturelle à régir toutes les relations interétatiques, à l'arrière-plan desquelles il est toujours présent. Cet énoncé général doit immédiatement être précisé pour être bien compris.

D'une part, dans sa configuration actuelle, le droit international ménage un large espace à la liberté discrétionnaire des États. En leur reconnaissant cette liberté, le droit leur permet, sur de nombreux points, d'adopter la conduite qu'ils souhaitent. Ceci revient à une forme de désengagement du droit, et explique que celui-ci n'impose bien souvent aux États aucun comportement déterminé. Des facteurs extra-juridiques et notamment politiques déterminent alors l'action internationale des États. Ce n'est là rien de très nouveau, ni de vraiment particulier au droit international – le droit interne laisse aussi de nombreux espaces à la liberté individuelle. La particularité du droit international vient plutôt du fait que ce sont les États eux-mêmes qui peuvent décider de créer des règles et de réduire ainsi leur propre marge de manœuvre. Quoiqu'on puisse les rattacher au droit, spécialement par l'intermédiaire du principe de souveraineté, de nombreuses actions des États ne sont donc pas *réglementées* par le droit international, le principe de souveraineté n'ayant précisément pas pour effet de diriger l'action des États, en dehors de quelques règles peu contraignantes de non-intervention. Ce n'est donc qu'en incluant le principe de souveraineté (qui constitue plus une liberté qu'une obligation) dans les normes du droit international qu'on peut considérer ce dernier comme englobant⁹⁴³.

D'autre part, deux ou plusieurs États peuvent, en règle, convenir de ne pas appliquer, dans leurs relations réciproques, certaines règles du droit international. En d'autres termes, le droit international est en principe supplétif, à l'exception de ses normes relevant du *ius cogens*. Mais ces accords par lesquels des États dérogeraient aux règles du droit international font eux-mêmes partie de ce droit.

⁹⁴² C.P.J.I., *Affaire du vapeur « Wimbledon »*, arrêt du 17 août 1923, série A, n° 1, p. 25.

⁹⁴³ Sur cette problématique, comp. Ch. DE VISSCHER, *Théories et réalités en droit international public*, 4^e éd., Paris, Pedone, 1970, p. 168 : « La structure présente des rapports internationaux contredit plus nettement encore les thèses qui représentent le droit international comme un ordre à la fois universel et logiquement fermé (thèse dite de la plénitude formelle du droit), englobant toutes les relations d'intérêt international. Il y a, dans la vie internationale, bien des rapports dont la réglementation, si désirable qu'elle paraisse dans l'intérêt commun, reste soustraite au droit international, soit par la volonté délibérée des États de s'en réserver l'appréciation discrétionnaire, soit par l'impossibilité où ils sont de s'entendre sur ses termes. Dans ce domaine, des facteurs extra-juridiques de tous ordres ne cessent d'exercer une influence inhibitoire aussi bien sur l'opinion publique que sur l'action régulatrice du pouvoir [note omise] ».

L'action des États se déroule toujours sur un fond de droit international, ne fût-ce que parce que celui-ci attache des conséquences juridiques à certaines actions et/ou qu'il les laisse à l'appréciation des États. Ainsi, le droit international, et notamment la souveraineté, constituent un arrière-plan général devant lequel se jouent les relations internationales, et par rapport auquel elles se définissent. Une bonne partie de cette action consiste précisément à aménager ce fond normatif en convenant de règles qui limitent la souveraineté des États ou en tempèrent les effets (*infra*, n° 174). Les États ne peuvent jamais sortir complètement du système du droit international⁹⁴⁴.

173. Le statut des personnes privées en droit international

Les personnes privées ne sont pas souveraines. A vrai dire, elles ne sont même pas, dans la conception traditionnelle, des sujets de droit international. Dans la pratique contemporaine, le droit international accorde certes aux particuliers certains droits (fondamentaux) et leur impose certaines obligations. Mais cette capacité des personnes privées dans la sphère internationale demeure réduite et principalement passive⁹⁴⁵.

Les êtres humains sont, par contre, reconnus par le droit étatique, qui les considère comme des personnes, c'est-à-dire des êtres aptes à bénéficier de droits et à assumer des obligations. Accorder le statut de personne aux êtres humains est d'ailleurs une obligation indérogeable que le droit international met à charge de chaque État. En outre, chaque État peut décider d'accorder la personnalité morale à des entités juridiques qu'il crée ou dont il autorise la création.

En règle, ces personnes ne peuvent participer aux relations juridiques entre États. En outre, elles sont nécessairement soumises aux décisions du ou des souverains avec le(s)quel(s) elles sont en relation, par une présence ou une activité sur leur territoire, par leur nationalité, ou autrement. Il n'y a pas de différence de nature entre la soumission à la volonté souveraine d'un État ou d'un autre. Simplement, la soumission à plusieurs souverains peut poser des problèmes pratiques, parce qu'elle peut mettre à charge d'une même personne plusieurs obligations incompatibles ou à tout le moins difficiles ou onéreuses à respecter simultanément. Comme il est habituel de définir un lien de rattachement entre une personne et un État particulier (v. *infra*, n° 254) – lien qui confère des droits particuliers, civils et politiques, aux individus concernés –, les autres États

⁹⁴⁴ J. PAUWELYN, *Conflict of Norms in Public International Law – How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge University Press, 2003, p. 35 et s.

⁹⁴⁵ J. VERHOEVEN, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 295-296 ; P. D'ARGENT, *Les réparations de guerre en droit international public – La responsabilité des États à l'épreuve de la guerre*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 581.

pourront considérer cette personne comme un « étranger » et, sauf règle particulière en sens contraire, lui réserver un traitement moins favorable qu'à celles qu'ils considèrent comme leurs nationaux. C'est ce que vivent, par exemple, les voyageurs, les immigrants, mais aussi ceux qui, sans se déplacer, achètent ou vendent des biens ou des services en dehors de leur pays de résidence. Le droit international coutumier contient à cet égard une obligation générale de traitement approprié des étrangers, mais les contours exacts de cette règle demeurent flous dans la pratique⁹⁴⁶.

La théorie de la protection diplomatique est le corollaire de cette théorie classique : les intérêts des personnes privées ne peuvent être défendus, dans la sphère internationale, que par l'État de leur nationalité qui, prenant ainsi fait et cause pour ses nationaux, exerce son droit à défendre les intérêts de ceux-ci⁹⁴⁷.

2. La fonction des traités de commerce

174. Les coûts et les risques liés au commerce international et leur réduction comme fonction des traités de commerce

Participer au commerce entraîne des coûts et des risques. Les coûts sont les dépenses qu'impliquent les actes commerciaux ; ils sont certains dans leur principe et souvent quantifiables *ex ante*. Parmi les coûts figurent par exemple les coûts de transaction, c'est-à-dire ceux qui sont nécessaires pour rechercher un partenaire intéressé à contracter, pour négocier le contrat, pour vérifier sa parfaite exécution, etc.⁹⁴⁸ On peut aussi citer les frais de transport et de livraison, lorsqu'il s'agit de marchandises, et les taxes applicables à l'opération (comme les accises).

En s'inspirant de la définition élaborée en droit des assurances, sans toutefois s'arrêter à la signification technique que le terme reçoit dans cette matière⁹⁴⁹, on peut définir le risque comme la possibilité qu'un événement dommageable se produise. L'incertitude affecte tant la survenance de l'événement que l'ampleur du dommage qu'il causerait. Mais l'événement est suffisamment défini et ses effets connus (notamment en raison de la survenance antérieure

⁹⁴⁶ J. VERHOEVEN, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 638.

⁹⁴⁷ C.P.J.I., *Affaire des concessions Mavrommatis en Palestine*, arrêt du 30 août 1924, série A, n° 2, p. 12. Sur cette « théorie classique » : C.-E. CÔTÉ, *La participation des personnes privées au règlement des différends internationaux économiques : l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 155 et s. ; J. VERHOEVEN, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 634.

⁹⁴⁸ R.H. COASE, « The Problem of Social Cost », *Journ. L. & Econ* 3, 1960, p. 15.

⁹⁴⁹ Pour une discussion de plusieurs définitions du risque en droit des assurances, v. V. NICOLAS, *Essai d'une nouvelle analyse du contrat d'assurance*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 53 et s.

d'événements similaires) pour qu'il soit possible, au moyen des techniques de la probabilité, d'en évaluer le coût, en multipliant la probabilité de sa survenance par le montant du dommage qu'elle causerait. Un exemple courant de risque dans le domaine qui nous occupe est l'insolvabilité de l'autre partie. Pour les commerçants, les risques sont une source de coûts. Certes, un préjudice ne se matérialise que si l'événement incertain se réalise. Mais comme l'existence du risque est connue *ex ante* alors que sa réalisation ne l'est pas, la simple existence d'un risque oblige les parties à prévoir dès le départ une marge suffisante pour pouvoir en supporter le coût si le risque se réalise. Les parties peuvent aussi assurer les risques ou certains d'entre eux, ce qui revient, pour l'assuré, à reporter sur l'assureur les conséquences économiques négatives de la survenance du risque.

Les coûts et les risques ne peuvent jamais être totalement éliminés. Comme il vient d'être dit, on peut les mutualiser, notamment grâce aux assurances. Ils peuvent aussi être réduits par l'emploi de procédés variables selon le type de coût ou de risque. Le droit, et plus particulièrement en ce qui nous concerne, les traités de commerce, sont précisément un de ces procédés, même si ce n'est pas leur unique fonction.

La différence entre le commerce national et le commerce international en ce qui concerne les coûts et les risques n'est pas de nature, mais de degré. Certains coûts, comme les frais de transport, sont en moyenne plus importants lorsque l'opération est internationale. Celle-ci peut aussi impliquer des coûts qui n'existeraient probablement pas dans le commerce interne, comme des frais de traduction ou de change.

Certains coûts proviennent plus directement de l'action de l'État. Les dirigeants étatiques ont en effet une propension à traiter de manière moins favorable ceux dont ils dépendent le moins – les étrangers faisant généralement partie de cette catégorie. Assez fréquemment, les États souhaitent en effet protéger leur économie nationale de la concurrence étrangère, en gênant ou en empêchant les commerçants étrangers de vendre leur production sur ou à destination de leur territoire, notamment par des mesures fiscales comme des droits de douane. L'effet négatif d'une telle mesure sur les commerçants étrangers n'est pas (totalement) internalisé dans la décision des dirigeants de l'État, dès lors que les étrangers ne sont pas – ou sont mal – représentés dans la prise de décision. Quoique le champ du droit international soit formellement limité aux relations entre États, ces derniers ont aussi pour habitude de se contraindre mutuellement en imposant quelque mesure désagréable aux nationaux d'autres États qui, par leur présence ou leurs activités, se trouvent soumis à leur autorité. À nouveau, les commerçants étrangers sont une cible toute désignée. Au Moyen Âge, ces mesures allaient jusqu'à

l'emprisonnement des sujets d'un autre souverain ou la confiscation généralisée de leurs biens (par exemple les droits d'aubaine, d'épave ou de marque). La pratique – façonnée également par le développement des règles internationales – adopte aujourd'hui des formes plus « civilisées », dont les droits de douane ou d'autres obstacles non tarifaires au commerce sont des avatars. Les États ont plusieurs motifs d'agir de la sorte. Pragmatiquement, il leur est facile de s'en prendre à des particuliers mal défendus ou à leurs biens qui, de plus, se trouvent sur leur territoire. Juridiquement, l'éventuelle illicéité de telles actions est probablement moins claire en droit international que celle de mesures coercitives directement dirigées contre l'État adverse.

Indépendamment de toute action de l'État volontairement dirigée contre des commerçants étrangers, le simple fait que chaque État ait le pouvoir de légiférer sur son territoire entraîne une multiplicité de règles et de systèmes juridiques, avec leurs particularités et les complications que peuvent créer leurs interactions. Le commerçant international est confronté à plusieurs systèmes juridiques, qu'il doit connaître et respecter, ce qui occasionne aussi des coûts.

Du point de vue des acteurs du commerce international, ces différents éléments sont, en grande partie, des coûts qu'il faut intégrer dans les prix des produits et services exportés. Mais leur imprévisibilité, c'est-à-dire le fait que les États puissent les modifier ou les augmenter (et que la modification s'applique aux contrats en cours), est un risque dont le commerçant doit tenir compte, ce qui, comme on l'a vu, fait naître un coût supplémentaire. Ce risque est d'autant plus grand que l'acteur économique est, par ses opérations, soumis au pouvoir d'un grand nombre d'États. Les caractéristiques du régime politique ou économique des États impliqués font aussi varier le niveau de risque.

C'est leur souveraineté qui permet aux États de poser les actes qui engendrent ces coûts et ces risques. Il n'y a pas lieu de s'en étonner ni de s'en offusquer. La justification première de la souveraineté ne se situe pas dans le champ économique ; elle n'a pas été pensée pour favoriser le commerce international. Mais s'il fallait lui attribuer une signification économique, la plus plausible serait sans doute qu'elle instaure une stabilité et une liberté *internes* favorables au commerce. Ainsi, l'article 67 du Traité de Münster du 24 octobre 1648 dispose que

« Et d'autant qu'il importe au public que la Paix estant faite le commerce reflourisse de toutes parts ; On est convenu à cette fin que les tributs et peages, comme aussi les abus de la Bulle Brabantine, & les represailles & arrests qui s'en seront ensuivis, avec les certifications étrangères, les exactions, les détentions, de même les frais excessifs des postes, & toutes autres charges & empêchements inusitez du commerce & de la navigation qui ont esté nouvellement introduits à son préjudice & contre l'utilité publique çà & là dans l'Empire, à l'occasion de la guerre, par une autorité privée, contre tous droits & privileges, sans le consentement de l'Empereur & des Electeurs de l'Empire, seront tout-à-fait ostez ; En sorte que l'ancienne seureté, la juridiction &

l'usage tels qu'ils ont été long temps avant ces guerres, y soient rétablis & inviolablement conservez aux Provinces, aux ports, & aux rivières. »⁹⁵⁰

Ceci signifie aussi que l'État et les activités qu'il mène ne s'envisagent pas seulement comme un coût : le maintien de l'ordre et l'édiction de règles et d'institutions juridiques, dont le droit de propriété et les contrats, sont des biens publics nécessaires aux commerçants.

Si les coûts et la valeur des risques liés à leurs opérations internationales sont plus importants que le bénéfice tiré de ces opérations, les marchands préfèrent simplement s'abstenir d'en conclure, et s'en tenir au commerce interne, impliquant souvent des coûts et des risques moindres. Dans certains cas, c'est précisément là le but poursuivi par les États. Dans d'autres, les États n'ont pas l'intention de gêner la transaction, mais les pleins pouvoirs que leur procure la souveraineté créent pour les marchands un risque trop important.

Dans ce contexte, les traités de commerce entre États se justifient comme un moyen de diminuer certains coûts et risques juridiques spécifiquement liés au caractère international des opérations économiques. L'objet de ces traités varie d'un cas à l'autre. Parfois, le traité vise la réduction de certains coûts directs, par exemple lorsque les États s'engagent à supprimer ou à réduire les droits de douane prélevés sur les biens importés. Dans d'autres cas, on vise plutôt la diminution de coûts plus indirects (mais néanmoins réels), notamment lorsque le traité harmonise les règles applicables, ou définit un système cohérent de droit international privé. Enfin, le traité peut aussi viser la suppression de certains risques, en ce qu'il rend l'action des États signataires plus prévisible, par exemple en plafonnant les droits de douane. Les trois fonctions sont évidemment combinables et, parfois, vont nécessairement de pair. Réduire les droits de douane passe par la fixation d'une limite, qui rend plus prévisible le comportement futur de l'État : une même règle réduit donc à la fois un coût et un risque.

Cette manière de justifier les traités de commerce les situe dans la relation d'opposition aux pouvoirs discrétionnaires des États comme, plus généralement, le reste du droit international conventionnel (*supra*, n° 171). L'objectif est en effet de restreindre cette souveraineté pour en atténuer les effets négatifs sur l'efficacité du système économique, dès lors qu'on considère que les échanges internationaux ont un effet positif sur l'efficacité économique globale (*infra*, n°s 206 et s.). Ainsi, le droit économique international se comprend comme une dérogation conventionnelle (*contracting out*) au droit international général, et plus spécifiquement comme

⁹⁵⁰ Traduction : Johann Heiss, 1684. *Die westfälischen Friedensverträge vom 24. Oktober 1648. Texte und Übersetzungen*, www.pax-westphalica.de (6 novembre 2005).

une limitation de la liberté des États, dans un but de réduction des coûts et des risques liés au commerce international.

Les traités de commerce ne sont pas la seule méthode pour réduire ces coûts et ces risques. Comme évoqué *supra*, le droit international général connaît, d'une part, la règle imposant aux États de respecter un « standard minimum de justice »⁹⁵¹ à l'égard des étrangers et, d'autre part, l'institution de la protection diplomatique qui permet à un État d'agir contre un autre ayant fautivement causé un dommage à ses nationaux. La pratique commerciale a aussi instauré des mécanismes qui contribuent à réduire certains coûts et risques spécifiques au commerce international (assurance, lettre de change, crédit documentaire, etc.).

175. La justice comme autre justification des traités de commerce

Une autre justification des traités de commerce tient à l'injustice dénoncée lorsque des particuliers arbitrairement choisis doivent subir des conséquences négatives des différends entre deux États, dont le leur. Pour le droit international classique, peu ou prou aveugle à la situation des particuliers, les États règlent leurs disputes entre eux. Ce système ne peut toutefois empêcher que, volontairement ou non, les conséquences de ces querelles (qui vont jusqu'à la guerre) se reportent sur des individus, généralement nationaux de l'un ou de l'autre État. Un élément peu acceptable est que l'État exerçant une contre-mesure (au sens large) choisisse lui-même les individus à travers lesquels il vise l'État lésé (*infra*, n^{os} 272 et s.).

La fonction du traité est, dans ce cas, de limiter les possibilités pour un État d'imposer des mesures défavorables à un particulier, singulièrement un commerçant ou un investisseur, relevant d'un autre État. Les règles dites de « traitement national », qui imposent de traiter les étrangers aussi favorablement que les nationaux, peuvent jouer ce rôle.

176. La paix internationale comme troisième justification des traités de commerce ?

L'idée que le commerce serait facteur de paix entre les nations n'est pas particulièrement originale. Depuis la *pax romana*, la prospérité économique paraît aller de pair avec la paix politique. On retrouve l'idée dans le traité de Münster (*supra*, n^o 174) et dans la théorie du « doux commerce » avancée par les Lumières. Elle est exprimée au troisième des quatorze points de Wilson (1918) et est à la base du projet des pères fondateurs de l'Europe.

⁹⁵¹ J. VERHOEVEN, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 634, qui cite la sentence arbitrale du 9 juin 1931, *Affaire Chevreau (France contre Royaume-Uni)*, *Recueil des sentences arbitrales*, t. II, XXX, p. 1123.

Conscientes sans doute que les arguments tirés des modèles économiques ne peuvent suffire à asseoir leur légitimité, les grandes organisations économiques internationales ne manquent pas d'invoquer leur contribution au maintien de la paix pour convaincre du bien-fondé de leur existence et de leur action⁹⁵². L'argument est puissant, car il invoque un objectif (la paix) considéré comme un bien en soi, contrairement à la recherche de l'augmentation infinie des richesses économiques, et parce que la contribution des échanges économiques à la paix est aussi facilement admissible par notre intuition qu'elle est difficile à vérifier empiriquement⁹⁵³. En faisant appel à une idée simple et consensuelle, historiquement plausible, mais malaisément falsifiable, on peut conforter sa légitimité et poursuivre sans trop d'entrave la mise en œuvre de politiques dont les effets et les objectifs économiques sont plus certains, y compris dans leurs aspects controversés, que la réalité de la force pacificatrice.

Sur le principe, on peut, sans trop se tromper, admettre avec Montesquieu une certaine corrélation entre la paix internationale et le développement du commerce :

« c'est presque une règle générale que partout où il y a des mœurs douces il y a du commerce, et que partout où il y a du commerce il y a des mœurs douces. »⁹⁵⁴

D'une part, la paix est un des facteurs de sécurité et de stabilité qui permet le développement du commerce, même s'il faut reconnaître parallèlement que, si la guerre a tendance à limiter le commerce avec les États ennemis, elle peut favoriser son développement entre États alliés. On peut aussi faire la guerre pour s'assurer des débouchés commerciaux ou s'approprier des ressources, mais l'intérêt d'utiliser la guerre à cette fin diminue à mesure que les liens commerciaux se développent.

D'autre part, le commerce international crée des interdépendances économiques qui, une fois établis, ne peuvent être rompus sans porter atteinte à d'importants intérêts. C'est l'idée de Montesquieu :

« L'effet naturel du commerce est de porter à la paix. Deux nations qui négocient ensemble se rendent réciproquement dépendantes : si l'une a intérêt d'acheter, l'autre a intérêt de vendre ; et toutes les unions sont fondées sur des besoins mutuels. »⁹⁵⁵

⁹⁵² V. par exemple ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE, *10 avantages du système commercial de l'OMC*, Genève, 2008, 15 p., http://www.wto.org/french/res_f/doload_f/10b_f.pdf (19 novembre 2009).

⁹⁵³ Pour une étude qui conclut positivement, v. S.W. POLACHEK et C. SEIGLIE, « Trade, Peace and Democracy: An Analysis of Dyadic Dispute », *Institute for the Study of Labor Discussion Paper No. 2170*, juin 2006, <http://ssrn.com/abstract=915360>.

⁹⁵⁴ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, livre XX, chap. I^{er}.

⁹⁵⁵ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, livre XX, chap. II.

Pour Montesquieu, ceci s'applique aux nations, mais pas aux particuliers. En effet, l'« esprit de commerce » s'oppose certes au « brigandage », mais aussi à l'altruisme et à l'hospitalité. Il entraîne ce qu'on appellerait aujourd'hui une « marchandisation » des relations humaines :

« Mais si l'esprit de commerce unit les nations, il n'unit pas de même les particuliers. Nous voyons que dans les pays⁹⁵⁶ où l'on n'est affecté que de l'esprit de commerce, on trafique de toutes les actions humaines et toutes les vertus morales : les plus petites choses, celles que l'humanité demande, s'y font ou s'y donnent pour de l'argent.

L'esprit de commerce produit dans les hommes un certain sentiment de justice exacte, opposé d'un côté au brigandage, et de l'autre à ces vertus morales qui font qu'on ne discute pas toujours ses intérêts avec rigidité, et qu'on peut les négliger pour ceux des autres. »⁹⁵⁷

Quoi qu'il en soit, à supposer avérée une corrélation statistique entre les échanges (ou, pour d'autres, le libre-échange⁹⁵⁸, ou encore plus largement, le libéralisme économique) et la paix, rien ne dit que l'un entraîne l'autre, plutôt que l'inverse. Le plus probable est sans doute qu'ils se renforcent réciproquement, sans toutefois parvenir à éradiquer tout risque de conflit⁹⁵⁹.

L'observation du fonctionnement concret des institutions économiques internationales amène aussi des doutes quant au bien-fondé de la théorie du doux commerce. C'est en tout cas l'opinion qui se dégage de l'ouvrage de M. Kauffmann⁹⁶⁰, pour qui l'action des institutions financières pendant la seconde moitié du XX^e siècle, n'a, ni directement ni indirectement, limité les dépenses militaires des États, cependant que le commerce des biens militaires n'a pas été autant libéralisé que celui des marchandises civiles. Certains États ont ainsi été incités à utiliser des programmes militaires pour poursuivre en réalité des objectifs commerciaux civils, encourageant une augmentation des exportations de ces produits, ce qui a en définitive contribué à une course aux armements. Ces recherches, et d'autres considérations liées notamment aux rapports entre libéralisation et guerres civiles, amènent l'auteur à conclure – en restant prudent notamment parce que manquent des données chiffrées et que les politiques des différentes institutions ne sont pas identiques – que l'effet de la libéralisation (entendue comme le résultat global de l'action du GATT/OMC, du FMI et de la Banque mondiale depuis leur

⁹⁵⁶ [Note de l'original] La Hollande.

⁹⁵⁷ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, livre XX, chap. II.

⁹⁵⁸ P.J. McDONALD, « Peace through Trade or Free Trade? », *Journ. of Conflict Resolution* 48 (4), 2004, p. 547-572.

⁹⁵⁹ Pour une brève discussion du rôle du droit économique international en tant qu'il apaise les conflits, v. R. HOWSE, « The legitimacy of the World Trade Organization », in J.-M. COICAUD et V. HEISKANEN (eds), *The legitimacy of international organizations*, New York, United Nations University Press, 2001, p. 369-370.

⁹⁶⁰ M. KAUFFMANN, *Gouvernance économique mondiale et conflits armés – Banque mondiale, FMI et GATT-OMC*, Paris, L'Harmattan, 2006, 328 p. et notre compte rendu in *Revue de droit international et de droit comparé*, 2007, p. 302-303.

création) n'est pas aussi clairement favorable à la paix internationale qu'on le croit habituellement.

Si l'on s'écarte de la thèse la plus forte, selon laquelle le commerce serait *per se* un facteur de paix, l'argument qui fait de la paix une condition du commerce pose immédiatement la question de la justification du commerce et perd son autonomie en se réduisant essentiellement à une question de risques et de coûts (*supra*, n° 174).

3. La place de l'OMC dans le droit international

i. Le droit de l'OMC fait partie du droit international

177. Juridicité des Accords de l'OMC

Les Accords de l'OMC font partie du droit international⁹⁶¹. Quoiqu'elle ne soit guère contestée, on rappelle néanmoins les principaux éléments à l'appui de cette affirmation.

En utilisant la forme la plus classique du traité international, les États signataires de l'Accord de Marrakech ont manifesté leur intention d'inscrire leurs relations dans un cadre juridique, celui du droit international. Les Accords de l'OMC regorgent de références à des institutions propres au droit international, sans qu'aucune indication ne vienne contredire l'idée que l'OMC en fait partie. Ainsi, la possibilité de conclure des « arrangements » avec d'autres organisations intergouvernementales (art. V.1 OMC), le statut « exclusivement international » du Directeur général et du personnel du Secrétariat (art. VI.4 OMC), le bénéfice des privilèges et immunités applicables aux institutions internationales (art. VIII.2 et 4 OMC), la possibilité de conclure un accord de siège (art. VIII.5 OMC), la référence à des réserves, fût-ce pour les interdire (art. XVI.5 OMC) et l'enregistrement de l'Accord conformément à l'article 102 de la Charte de Nations Unies (art. XVI.6 OMC) sont autant d'éléments qui situent indubitablement l'OMC dans le droit international et qui qualifient l'Accord de Marrakech de traité au sens traditionnel du terme. De leur appartenance au droit international découle d'ailleurs leur caractère obligatoire⁹⁶².

⁹⁶¹ J. PAUWELYN, *Conflict of Norms in Public International Law – How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge University Press, 2003, p. 25 et s., et les références citées à la n. 2 ; J. PAUWELYN, « The Application of Non-WTO Rules of International Law in WTO Dispute Settlement », in P.F.J. MACRORY, A.E. APPLETON et M.G. PLUMMER (eds), *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis*, t. I, New York, Springer, 2005, p. 1406.

⁹⁶² Sur les dispositions des Accords et la jurisprudence qui confirment le caractère obligatoire du droit de l'OMC, v. H. CULOT, « *Soft law* et droit de l'OMC », *R.I.D.E.*, 2005, p. 257-258.

Cette position est confirmée par la doctrine et par la jurisprudence. Dans une de ses premières décisions, l'Organe d'appel, que le Mémoire d'accord charge d'interpréter les Accords de l'OMC conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public (art. 3.2 MRD), s'est référé aux dispositions pertinentes de la Convention de Vienne sur le droit des traités, et en a déduit qu'« il ne faut pas lire l'Accord général en l'isolant cliniquement du droit international public »⁹⁶³. C'est aussi ce que décide le groupe spécial *Corée – Marchés publics*, qui devait examiner l'incidence du principe *pacta sunt servanda*, de l'obligation de bonne foi qui est son corollaire, et de la possibilité, dans le cadre de l'OMC, d'invoquer l'erreur dans la formation du traité. Sur la base de l'idée que le droit international coutumier s'applique aux relations entre États, sauf dans la mesure où des États en auraient décidé autrement par traité, il déduit que

« les règles coutumières du droit international s'appliquent au traité de l'OMC et au processus d'élaboration des traités à l'OMC. »⁹⁶⁴

Ceci signifie que les Accords de l'OMC ont été conclus en application des règles du droit international, et qu'ils font donc partie de ce dernier. Étant donné le caractère englobant du droit international, on voit mal comment les États pourraient placer leurs relations réciproques en dehors de ce droit. En concluant un traité, les parties peuvent, bien sûr, exclure l'application de certaines règles du droit international général et les remplacer, dans leurs relations réciproques, par les règles du traité. Mais déroger ainsi aux règles du droit international général, c'est toujours faire du droit international.

On pourrait aussi imaginer que les États aient voulu situer leurs rapports en dehors du droit tout court. Mais, s'agissant de l'OMC, on peut raisonnablement exclure que telle ait été l'intention de tant d'États ayant donné à leurs relations une tournure à ce point juridique (conclusion d'un traité, mise en place d'un mécanisme juridictionnel de règlement des différends, références

⁹⁶³ Organe d'appel, *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, WT/DS2/AB/R, 29 avril 1996, p. 17. La jurisprudence est constante sur la référence, pour l'application de l'article 3.2 MRD, aux règles coutumières reprises dans la Convention de Vienne : v. notamment Organe d'appel, *Inde – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, WT/DS50/AB/R, 19 décembre 1997, 46 ; Organe d'appel, *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, 4 octobre 1996, p. 10-12 ; Groupe spécial, *États-Unis – Droit antidumping sur les semi-conducteurs pour mémoires RAM dynamiques (DRAM) de un mégabit ou plus, originaires de Corée*, WT/DS99/R, 29 janvier 1999, 6.13. En doctrine, C.-D. EHLERMANN, « Experiences from the WTO Appellate Body », *Texas Int. L. Journ.* 38, 2003, p. 482-483 ; J.H. JACKSON, « The case of the World Trade Organization », *Int. Affairs* 84(3), 2008, p. 445-446 ; A.D. MITCHELL, « The Legal Basis for Using Principles in WTO Disputes », *J.I.E.L.* 10(4), 2007, spéc. p. 806-821.

⁹⁶⁴ Groupe spécial, *Corée – Mesures affectant les marchés publics*, WT/DS163/R, 1^{er} mai 2000, 7.96. Ce différend n'a pas été soumis à l'Organe d'appel.

multiples à des droits et à des obligations, etc.). En dehors de ceux qui, au nom d'une conception du droit essentiellement basée sur la nécessité d'une contrainte physique, nient la juridicité du droit international tout entier, personne ne prétend que l'OMC se situerait en dehors du droit international. Désormais célèbre, la phrase de J. Hippler Bello, selon qui « *the WTO rules are simply not "binding" in the traditional sense* »⁹⁶⁵, résume en un slogan ambigu la pensée d'un courant doctrinal influent quoique minoritaire. À bien lire son article, ceci concerne toutefois davantage les conséquences d'une violation des Accords que leur inclusion dans le droit international. L'utilisation des guillemets indique d'ailleurs que l'auteur donne au mot « *binding* » un sens particulier, qui apparaît mieux lorsqu'elle indique que les États qui violent leurs engagements (« *commitment* ») peuvent choisir de se mettre en conformité, d'offrir des compensations ou de subir une suspension d'obligations. Cette idée est contestable aussi⁹⁶⁶ mais elle ne nie pas le caractère obligatoire des normes en question et signifie encore moins que l'OMC se situerait en dehors du droit international.

La doctrine qui discute explicitement cette question conclut au caractère juridiquement obligatoire des Accords de l'OMC, en tant qu'ils font partie du droit international public⁹⁶⁷. La plupart des auteurs, cependant, considèrent implicitement ce point comme acquis.

178. Conséquences de l'insertion dans le droit international

Que les Accords de l'OMC fassent partie du droit international signifie simplement qu'ils établissent des règles juridiques régissant les relations économiques entre des États. Ceci n'indique encore rien, ou très peu, sur le contenu de ces règles. Le droit international est en effet un cadre juridique peu contraignant qui laisse une grande place à la liberté contractuelle de ses sujets. Mais si les États ont pris la peine de conclure un traité, c'est qu'ils ont entendu déroger aux règles supplétives du droit international général et limiter leur liberté de principe en s'obligeant juridiquement. C'est d'ailleurs là le principal objet juridique des traités en général, hormis le cas des traités interprétatifs ou « codificateurs » du droit coutumier qui, dans cette mesure, n'imposent pas d'obligations nouvelles.

C'est ce que rappelle à juste titre le groupe spécial *Corée – Marchés publics*, déjà cité *supra* :

⁹⁶⁵ J. HIPPLER BELLO, « The WTO Dispute Settlement Understanding: Less is More », *Amer. Journ. Int. L.* 90(3), 1996, p. 416.

⁹⁶⁶ H. CULOT, « *Soft law* et droit de l'OMC », *R.I.D.E.*, 2005, spéc. p. 256-269 (à propos de la jurisprudence de la C.J.C.E.) ; S. CHO, « The Nature of Remedies in International Trade Law », *University Pittsburgh L. R.* 65(4), 2004, p. 781-783.

⁹⁶⁷ Par exemple, H. LESAFFRE, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 15 ; J. PAUWELYN, « The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go? », *Amer. Journ. Int. Law* 95, 2001, p. 538 et les références citées.

« Customary international law applies generally to the economic relations between the WTO Members. Such international law applies to the extent that the WTO treaty agreements do not "contract out" from it. »⁹⁶⁸

J. Pauwelyn a exposé plus en détail cette théorie du *contracting out*, dans l'optique de clarifier les rapports entre le droit international général et le droit de l'OMC. Le point de départ est celui qu'adopte le groupe spécial *Corée – Marchés publics* : les règles du droit international général s'appliquent aux relations entre les États membres de l'OMC, sauf dans la mesure où les Accords de l'OMC prévoient d'autres règles. Ainsi, la question de la place du droit de l'OMC dans le droit international concerne surtout l'ampleur et la portée des aménagements et dérogations convenus par les États membres. Il s'agit d'examiner dans quels cas les États ont entendu régler leurs relations par d'autres règles que celles du droit international général (« *contracting out* »), et en quoi ces règles sont dérogatoires. Ceci nécessite une interprétation de chaque disposition du traité, ainsi que de son économie générale, car la volonté de déroger au droit international général peut être tacite (ou implicite), pourvu qu'elle soit certaine. Le fait de déroger au droit général sur un point particulier n'implique pas nécessairement un accord pour déroger sur toute la matière dont ce point fait partie, de même que le fait de réaffirmer dans le traité une règle provenant du droit international général n'établit pas un accord pour déroger à ce dernier sur les autres points⁹⁶⁹. À titre d'exemple, J. Pauwelyn se livre à cette analyse pour les dispositions concernant les sanctions⁹⁷⁰, ce sur quoi nous reviendrons (*infra*, n^{os} 398 et s.).

De nouveau, il n'y a là rien de particulier au droit international ni à l'OMC. La signification d'un contrat en droit interne revient toujours à déterminer en quoi ce contrat a modifié l'ordonnement juridique préexistant, sachant qu'en principe les individus n'ont pas d'obligations civiles spécifiques les uns envers les autres. De même, la signification d'un traité réside dans la manière dont il modifie la situation juridique qui existerait en son absence.

⁹⁶⁸ Groupe spécial, *Corée – Mesures affectant les marchés publics*, WT/DS163/R, 1^{er} mai 2000, 7.96, déjà mentionné *supra*, n^o 177. La version anglaise semble plus claire que la traduction française : « Le droit international coutumier s'applique d'une façon générale aux relations économiques entre les Membres de l'OMC. Il s'applique dans la mesure où les Accords de l'OMC ne contiennent pas de clauses qui les excluent de son champ d'application. »

⁹⁶⁹ J. PAUWELYN, *Conflict of Norms in Public International Law – How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge University Press, 2003, p. 212-218.

⁹⁷⁰ J. PAUWELYN, *Conflict of Norms in Public International Law – How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge University Press, 2003, p. 218-236.

ii. *Le droit de l'OMC est un sous-système du droit international*

179. Introduction

Le droit de l'OMC constitue un sous-système du droit international. Pour définir cette notion, on consacre d'abord quelques développements à l'examen de la notion voisine de *self-contained regime*, en montrant qu'un tel objet n'existe pas si on le comprend de manière trop absolue (*infra*, n° 180). Par contre, la notion *self-contained regime* entendue dans un sens relatif vise une réalité concrète, qu'on appellera sous-système pour éviter la confusion (*infra*, n° 181). On montre ensuite qu'on trouve en droit international une imbrication de plusieurs sous-systèmes (*infra*, n° 182). Enfin, on applique le raisonnement au cas particulier du droit de l'OMC pour arriver à la conclusion qu'il forme un sous-système du droit international (*infra*, n° 183). Ceci clarifie, sur un plan très général, les rapports entre le droit de l'OMC et le droit international général et met en évidence la cohérence systémique unissant les règles du droit de l'OMC.

180. *Self-contained regime*

À l'occasion de l'affaire du *Vapeur Wimbledon*, déjà, la Cour permanente de justice internationale avait consacré l'idée de dispositions qui « se suffisent [...] à elles-mêmes »⁹⁷¹. Elle interprétait ainsi les articles du Traité de Versailles relatifs au canal de Kiel en ce sens qu'ils établissaient pour celui-ci un statut particulier excluant qu'on lui applique les (autres) dispositions du même Traité relatives aux voies d'eau intérieures de l'Allemagne.

Mais la notion de *self-contained regime* a véritablement pris son essor à l'occasion de l'arrêt relatif aux *Otages de Téhéran*, où la Cour internationale de justice refuse de considérer que d'éventuels manquements des États-Unis à leurs obligations internationales – manquements prétendument commis par les diplomates américains en poste en Iran et leur personnel – puissent constituer une justification aux infractions de l'Iran au droit diplomatique. Après avoir analysé les règles de protection des diplomates, d'une part, et la manière dont ces règles traitent les cas où les diplomates abusent de la protection qui leur était accordée, d'autre part, la Cour conclut que

« les règles du droit diplomatique constituent un régime se suffisant à lui-même qui, d'une part, énonce les obligations de l'État accréditaire en matière de facilités, de privilèges et d'immunités à accorder aux missions diplomatiques et, d'autre part, envisage le mauvais usage que pourraient en faire des membres de la mission et précise les moyens dont dispose l'État accréditaire pour parer à de tels abus. Ces moyens sont par nature d'une efficacité totale... »⁹⁷²

⁹⁷¹ C.P.J.I., *Affaire du vapeur « Wimbledon »*, arrêt du 17 août 1923, série A, n° 1, p. 23-24.

⁹⁷² C.I.J., *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, arrêt du 24 mai 1980, C.I.J. Recueil, 1980, p. 40, § 86.

À partir de ce considérant se développe l'idée que certaines dispositions des traités règlent un pan de matière dans sa totalité, et excluent les règles générales du droit international public de leur champ d'application. En particulier, un *self-contained regime* contient ses propres règles secondaires⁹⁷³ et exclut l'application des règles de responsabilité du droit international général⁹⁷⁴.

La signification exacte de l'expression « *self-contained regime* » ou « régime autonome » est loin d'être claire, ce qui explique sans doute autant le succès de la notion que les controverses dont elle a fait l'objet⁹⁷⁵. Dans son rapport établi au nom du groupe d'étude de la Commission du droit international, M. Koskenniemi distingue trois acceptions possibles de ce concept, qui signifie soit un régime spécial de responsabilité (limité, par conséquent, aux règles secondaires), soit des « systèmes » ou « sous-systèmes », ce qui vise des « ensembles imbriqués de règles primaires et secondaires [...] qui gouvernent un problème particulier autrement que ne le ferait le droit général », soit encore des « champs entiers de spécialisation fonctionnelle » au sein du droit international⁹⁷⁶.

Se référant à la doctrine, le rapport note qu'il ne serait pas logiquement cohérent de développer une conception absolue du *self-contained regime*, si l'on entend par là que le traité exclurait totalement l'application du droit international général, c'est-à-dire qu'il remplacerait l'arrière-plan inévitable que ce dernier constitue⁹⁷⁷. Ceci rend d'ailleurs inadéquate l'expression « régime autonome », à laquelle est préférée celle de « régime spécial ».

⁹⁷³ Comme la Commission du droit international, on entend ici par « règles secondaires » les « conditions générales que pose le droit international pour que l'État soit considéré comme responsable d'actions ou omissions illicites, et [les] conséquences juridiques qui en découlent », en bref les règles du droit de la responsabilité, par opposition aux règles primaires qui contiennent les « obligations internationales dont la violation engage la responsabilité » de l'État (Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session (23 avril-1^{er} juin et 2 juillet-10 août 2001), A/56/10, *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol. II(2), p. 31).

⁹⁷⁴ B. SIMMA, « Self-contained Regimes », *N.Y.I.L.*, 1985, p. 117 ; B. SIMMA et D. PULKOWSKI, « Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law », *E.J.I.L.* 17(3), 2006, p. 490.

⁹⁷⁵ V., pour une étude désormais classique, B. SIMMA, « Self-contained Regimes », *N.Y.I.L.*, 1985, p. 111-136.

⁹⁷⁶ *Fragmentation du droit international : Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Rapport du groupe d'étude de la Commission du droit international, 58^e session, 2006, A/CN.4/L.682, § 128-129.

⁹⁷⁷ *Fragmentation du droit international : Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Rapport du groupe d'étude de la Commission du droit international, 58^e session, 2006, A/CN.4/L.682, § 174 et s., 193. Adde C.-E. CÔTÉ, *La participation des personnes privées au règlement des différends internationaux économiques : l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 635 p. 108 ; P.-M. DUPUY, « Un débat doctrinal à l'ère de la globalisation : sur la fragmentation du droit international », *Eur. Journ. Legal Studies* 1, 2007 ; B. SIMMA et D. PULKOWSKI, « Of

La force obligatoire du traité doit, au minimum, être basée sur une règle, qui ne peut provenir que du droit international public général, et non du traité lui-même⁹⁷⁸. En décider autrement reviendrait à donner au traité une valeur constitutionnelle, c'est-à-dire fondatrice d'un ordre juridique nouveau indépendant du droit international. Telle n'est pas la portée des arrêts précités de la Cour internationale. Dans l'affaire des *Otages de Téhéran*, la C.I.J. base d'ailleurs son raisonnement sur les dispositions de la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques, dont la force obligatoire repose évidemment – même si la Cour ne l'explicite pas – sur le droit international général.

En conclusion, toujours selon le rapport de M. Koskenniemi,

« Même à l'égard d'un régime bien développé, le droit général exerce au moins deux fonctions. En premier lieu, il fournit le fonds normatif qui supplée aux aspects du fonctionnement du régime que celui-ci n'a pas expressément prévus. [...] En deuxième lieu, les règles du droit général s'appliquent aussi si le régime spécial ne fonctionne pas convenablement. »⁹⁷⁹

181. Sous-systèmes du droit international

Pour que l'expression puisse viser une quelconque réalité du droit international, on doit donc opter pour une conception relative du *self-contained regime*.

Si les deux dernières acceptions définies par M. Koskenniemi ne sont pas toujours faciles à distinguer⁹⁸⁰, elles visent en tout cas un corps de règles qui établit une dérogation de grande ampleur par rapport au droit international général, en ne conservant à la limite, dans son champ d'application, que des règles minimales permettant de fonder le traité lui-même. Un régime spécial maximal ne garderait ainsi du droit international général que les règles attribuant la personnalité juridique à l'État, procurant force obligatoire aux traités (*pacta sunt servanda*) et le *ius cogens*. Le plus souvent, les prétendus *self-contained regimes* ne vont pas si loin, en se référant, explicitement ou non, au droit international public pour la plupart des règles de conclusion des traités, notamment celles relatives à leur validité (vices de consentement) et à leur exécution de bonne foi. En d'autres termes, un *self-contained regime* est alors un « sous-

Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law », *E.J.I.L.* 17(3), 2006, p. 492 et les références citées.

⁹⁷⁸ Pour J. Combacau, il ne s'agit même pas d'une règle, mais d'une constatation empirique que les États considèrent les traités comme obligatoires (« Le droit international : bric-à-brac ou système ? », *Arch. philo. dr.*, 1986, p. 90).

⁹⁷⁹ *Fragmentation du droit international : Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Rapport du groupe d'étude de la Commission du droit international, 58^e session, 2006, A/CN.4/L.682, § 192.

⁹⁸⁰ *Fragmentation du droit international : Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Rapport du groupe d'étude de la Commission du droit international, 58^e session, 2006, A/CN.4/L.682, § 133, 135.

système » qui s'inscrit – en s'y substituant partiellement – dans l'arrière-plan du droit international général. Celui-ci subsiste nécessairement en arrière-plan, non seulement parce que le droit spécial serait impuissant à l'annihiler totalement, mais encore parce que le premier constitue le support nécessaire du second. Ainsi, en droit des traités comme en droit (interne) des contrats, les règles de droit général supplétif qui n'ont pas été écartées sont automatiquement d'application.

Pour peu que ce sous-système soit suffisamment général, les acteurs qui s'y meuvent peuvent oublier la présence, en arrière-fond, d'un système plus général, et croire que leur action n'est régie que par un seul système – celui du régime spécial. Si elle peut parfois suffire à toutes fins pratiques, cette idée est cependant conceptuellement inexacte.

Une telle conception relative du *self-contained regime* lui fait perdre une partie de son utilité, puisqu'elle implique l'applicabilité persistante de certaines normes de droit international public. Il faut alors déterminer lesquelles, et le problème est le même que pour l'interprétation de n'importe quel traité. La relativité de la notion de *self-contained regime* signifie aussi que l'appréciation du degré d'« autonomie » n'est pas la même selon qu'on envisage l'ensemble du droit de l'OMC⁹⁸¹ ou seulement une partie. Plus la partie étudiée est restreinte, plus le régime paraîtra autonome.

Ceci n'empêche pas que, même dans son sens relatif, la notion de *self-contained regime* puisse être utilisée pour combler des « lacunes » ou à des fins d'interprétation, notamment pour comprendre les règles d'un traité les unes par rapport aux autres, donc formant un système cohérent⁹⁸², plutôt qu'en les posant comme des exceptions à portée restrictive par rapport au régime général du droit international. Il peut ainsi se former « un ethos propre »⁹⁸³ à un sous-système particulier, qui provient de la manière dont il est appliqué par des juridictions spécialisées, ou « des activités non formalisées des juristes, des diplomates, des groupes de pression, etc. »⁹⁸⁴, ce qui provoque un effet en retour sur l'interprétation. On rejoint ici la notion

⁹⁸¹ V. par exemple J. PAUWELYN, « The Application of Non-WTO Rules of International Law in WTO Dispute Settlement », in P.F.J. MACRORY, A.E. APPLETON et M.G. PLUMMER (eds), *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis*, t. I, New York, Springer, 2005, p. 1409.

⁹⁸² En ce sens, à propos du système du droit international (tout entier), E. BENVENISTI, « The Conception of International Law as a Legal System », *German Yearbook of Int. L.*, 2007, p. 393.

⁹⁸³ *Fragmentation du droit international : Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Rapport du groupe d'étude de la Commission du droit international, 58^e session, 2006, A/CN.4/L.682, § 170 (à propos du droit de l'OMC).

⁹⁸⁴ *Fragmentation du droit international : Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Rapport du groupe d'étude de la Commission du droit international, 58^e session, 2006, A/CN.4/L.682, § 157-158.

de droits institutionnels définie par R. Dworkin : en ce sens, une institution jouit d'une certaine autonomie par rapport au contexte dans lequel elle existe, ce qui contraint les interprétations⁹⁸⁵. Ceux qui considèrent l'OMC comme un régime relativement autonome auront ainsi tendance à interpréter les dispositions relatives aux sanctions en les rapportant aux mécanismes et à la logique du Mémoire d'accord (*infra*, n^{os} 398 et s.), plutôt qu'en les alignant sur les contre-mesures du droit international public ou sur les dispositions de la Convention de Vienne relatives à l'inexécution des traités (*infra*, n^{os} 193 et s.).

182. Imbrication des sous-systèmes au sein du droit international

La possibilité de systèmes au sein du droit international ouvre la porte à des sous-systèmes, voire à des sous-sous-systèmes. On peut ainsi concevoir une superposition de plusieurs systèmes et de sous-systèmes, dans lesquels les agents inscrivent leur activité juridique. Un système plus particulier déroge aux règles fixées par un système plus général (d'où la règle d'interprétation *lex specialis derogat generali*), mais il peut lui-même être partiellement modifié par des règles plus particulières encore. C'est ainsi qu'on aboutit à ce que la plupart des règles constituent une dérogation à un principe général, mais soient elles-mêmes affectées d'exceptions.

Pour que l'ensemble reste cohérent, chaque sous-système doit être compatible avec le système plus général dont il fait partie et, en bout de course, avec le droit international général. Ainsi, les règles particulières d'un sous-système apparaissent soit comme des dérogations (valides) aux règles plus générales, soit comme des précisions ou des approfondissements de ces règles. Cette exigence n'est pas particulièrement forte, dès lors que le droit international est dans une large mesure supplétif, de sorte que les dérogations aux règles générales sont, le plus souvent, permises. Par contre, un sous-système ne peut pas déroger au *ius cogens*⁹⁸⁶.

Il arrive aussi que l'on puisse assez facilement distinguer différents régimes, mais que leur articulation soit incertaine. C'est là la source des célèbres « *linkages* », qui concernent finalement les relations mutuelles entre plusieurs systèmes normatifs, avec généralement une interrogation sur celui qui devrait prévaloir en cas de conflit, en particulier lorsqu'aucun n'apparaît d'emblée comme plus « spécial » qu'un autre, si les champs d'application ou les objectifs sont différents. Les risques de frictions sont d'autant plus importants que les champs

⁹⁸⁵ R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth, 1978, p. 101 et s.

⁹⁸⁶ *Fragmentation du droit international : Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Rapport du groupe d'étude de la Commission du droit international, 58^e session, 2006, A/CN.4/L.682, § 98-110.

d'application sont vastes. La question relève en définitive de l'interprétation, quelles que soient les difficultés que peut poser celle-ci⁹⁸⁷.

183. Application : l'OMC est un tel sous-système

Comme on l'a vu, l'OMC est établie par un traité qui, comme tous les traités, a pour objet et pour effet de modifier le droit international général, c'est-à-dire celui qui régirait la situation des États en l'absence de traité⁹⁸⁸. La force obligatoire des Accords provient du droit international, dont ils ne sont pas « autonomes » au sens absolu du terme⁹⁸⁹. En décider autrement reviendrait à leur donner une portée constitutionnelle, c'est-à-dire fondatrice d'un ordre juridique nouveau indépendant du droit international. Ce n'est là l'intention de personne. Même E.-U. Petersmann, connu pour sa défense du caractère « constitutionnel » du droit de l'OMC, affirme qu'il ne s'agit pas d'un *self-contained regime*⁹⁹⁰. Ainsi, les règles de droit international général supplétif qui n'ont pas été écartées par les Accords de l'OMC demeurent d'application⁹⁹¹.

Si l'on a égard à une différence de degré et non de nature, l'OMC forme effectivement un sous-système du droit international, contenant un corpus de règles tant primaires que secondaires⁹⁹². En effet, les Accords OMC n'ont pas pour objet de modifier de manière ponctuelle ou limitée les droits et obligations des États. Au contraire, comme il ressort notamment du préambule de l'Accord OMC, ils régissent un vaste champ des relations internationales, qu'ils entendent

⁹⁸⁷ En ce sens, *Fragmentation du droit international : Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Rapport du groupe d'étude de la Commission du droit international, 58^e session, 2006, A/CN.4/L.682, not. § 173-174.

⁹⁸⁸ J. PAUWELYN, « The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go? », *Amer. Journ. Int. Law* 95, 2001, p. 539.

⁹⁸⁹ J. PAUWELYN, « The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go? », *Amer. Journ. Int. Law* 95, 2001, p. 539 ; J. PAUWELYN, « The Application of Non-WTO Rules of International Law in WTO Dispute Settlement », in P.F.J. MACRORY, A.E. APPLETON et M.G. PLUMMER (eds), *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis*, t. I, New York, Springer, 2005, p. 1406 ; A. LINDROOS et M. MEHLING, « Dispelling the Chimera of "Self-contained Regimes" International Law and the WTO », *E.J.I.L.* 16(5), 2005, p. 875.

⁹⁹⁰ E.-U. PETERSMANN, « From 'member-driven governance' to constitutionally limited 'multi-level trade governance' in the WTO », in G. SACERDOTI, A. YANOVICH et J. BOHANES (eds), *The WTO at Ten – The Contribution of the Dispute Settlement System*, Cambridge University Press, 2006, p. 105.

⁹⁹¹ Groupe spécial, *Corée – Mesures affectant les marchés publics*, WT/DS163/R, 1^{er} mai 2000, 7.96, cité *supra*, n° 177 ; J. PAUWELYN, « The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go? », *Amer. Journ. Int. Law* 95, 2001, p. 537 ; J. PAUWELYN, « The Application of Non-WTO Rules of International Law in WTO Dispute Settlement », in P.F.J. MACRORY, A.E. APPLETON et M.G. PLUMMER (eds), *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis*, t. I, New York, Springer, 2005, p. 1407 et s.

⁹⁹² H. LESAFFRE, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 20-23, 481 ; G. SACERDOTI, « Structure et fonction du système de règlement des différends de l'OMC : les enseignements des dix premières années », *R.G.D.I.P.*, 2006, p. 772, qui utilise expressément le terme de « sous-système ».

réglementer de manière cohérente⁹⁹³, intégrée et durable⁹⁹⁴. Le traité de Marrakech ne se contente pas de modifier quelques aspects marginaux du droit international, mais il limite fortement la liberté des États et la remplace, dans le domaine commercial, par une réglementation cohérente organisée multilatéralement.

Les rapports du droit de l'OMC avec le droit international général sont, dans l'ensemble, assez formels. Ils concernent davantage des principes procéduraux ou des règles tellement basiques qu'on voit mal comment un système juridique pourrait s'en passer (qualité des sujets, formation, force obligatoire et interprétation des traités, ...). À l'égard des obligations substantielles du droit international public, la jurisprudence est en revanche plus réticente⁹⁹⁵, ce qui est une manière de souligner (et de protéger) l'autonomie du sous-système.

Marque classique d'un sous-système, le droit de l'OMC contient ses propres règles secondaires au sens défini par la Commission du droit international – ce qui inclut les règles relatives aux sanctions⁹⁹⁶. L'article 23 MRD renforce ce « caractère autarcique »⁹⁹⁷ (relatif) : il en résulte que les États ont, en ce qui concerne le mécanisme de mise en œuvre des obligations, isolé le droit de l'OMC du droit international général⁹⁹⁸ (*infra*, n^{os} 398 et s.).

L'analyse en termes de sous-systèmes peut être poursuivie au sein de celui de l'OMC. De même qu'on se demande comment le droit de l'OMC modifie le droit international général, on peut

⁹⁹³ Groupe spécial, *Indonésie – Certaines mesures affectant l'industrie automobile*, WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R et WT/DS64/R, 2 juillet 1998, 14.28 ; P. LAMY, « The Place of the WTO and its Law in the International Legal Order », *E.J.I.L.* 17(5), 2006, p. 972.

⁹⁹⁴ Sur l'unité, donc la cohérence, du système de normes de l'OMC, v. Y. NOUVEL, « L'unité du système commercial multilatéral », *Annuaire français de droit international*, 2000, p. 654-670.

⁹⁹⁵ V. A. LINDROOS et M. MEHLING, « Dispelling the Chimera of "Self-contained Regimes" International Law and the WTO », *E.J.I.L.* 16(5), 2005, p. 875-877 ; B. SIMMA et D. PULKOWSKI, « Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law », *E.J.I.L.* 17(3), p. 510-511 (pour qui le droit international général est utilisé, en ce qui concerne les règles substantielles, pour renforcer la légitimité de la décision). Pour une analyse de la jurisprudence, v. *Fragmentation du droit international : Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Rapport du groupe d'étude de la Commission du droit international, 58^e session, 2006, A/CN.4/L.682, § 443-450.

⁹⁹⁶ Sur cette définition, *supra*, n. 973. Déjà au temps du GATT, L. BOISSON DE CHAZOURNES, *Les contre-mesures dans les relations internationales économiques*, Paris, Pedone, 1992, p. 183.

⁹⁹⁷ Y. NOUVEL, « L'unité du système commercial multilatéral », *Annuaire français de droit international*, 2000, p. 664.

⁹⁹⁸ V. P.J. KUYPER, « The Law of GATT as a Special Field of International Law: Ignorance, further refinement or self-contained system of international law », *Netherlands Yearbook Int. L.* XXV, 1994, p. 251-252. C'est essentiellement sur la base d'une telle analyse des règles de sanction que L. Boisson de Chazournes qualifie le GATT de *self-contained regime* (*Les contre-mesures dans les relations internationales économiques*, Paris, Pedone, 1992, p. 182-185).

s'interroger, à propos de chaque règle particulière, sur la manière dont elle modifie le (ou déroge au) système du droit de l'OMC.

Dans le domaine des sanctions, le débat entourant les contre-mesures en matière de subventions prohibées oppose essentiellement ceux qui considèrent que l'article 4 SMC déroge au droit général de l'OMC (en l'espèce, l'article 22 MRD) à d'autres estimant qu'il ne s'agit pas d'une dérogation, mais d'une application de ce même mécanisme (*supra*, n° 145). Il s'agit donc de déterminer si les règles relatives aux subventions s'intègrent dans le système général du droit de l'OMC ou si, au contraire, elles constituent un sous-système qui s'y superpose et y déroge partiellement.

C'est également une question de sous-système qui se pose dans le différent *Guatemala – Ciment*. Le groupe spécial avait décidé que l'article 17 de l'Accord antidumping

« établit un ensemble cohérent de règles pour le règlement des différends portant spécifiquement sur des affaires de lutte contre le dumping – prenant en compte les particularités des contestations concernant les enquêtes antidumping et les déterminations en la matière – qui remplace l'approche plus générale énoncée dans le Mémoire d'accord. »⁹⁹⁹

L'Organe d'appel condamne cette jurisprudence, au nom d'une conception unifiée du règlement des différends, qui impose de combiner les dispositions générales et celles des Accords particuliers, sauf lorsqu'existe, sur un point précis, un conflit entre deux dispositions¹⁰⁰⁰.

184. Conclusion du § 1

Le droit international public est fondé sur la liberté des États, conséquence de leur souveraineté, et sur la faculté qu'ils ont de se lier par traité. Dans le domaine du commerce international, de tels traités sont bienvenus car, en limitant la liberté d'action des États, ils réduisent certains coûts et risques affectant particulièrement les acteurs du commerce international.

Les Accords de l'OMC sont à situer dans ce contexte. Ils relèvent du droit international public, sur lequel repose leur caractère obligatoire. Comme ils constituent un large corpus cohérent de règles primaires et secondaires, ce qui leur confère une autonomie relative qui ne va pas jusqu'à l'isolement clinique, on peut les qualifier de sous-système de droit international. Ceci ne change rien à leur nature mais peut avoir une incidence sur leur interprétation ou sur leurs relations avec les autres normes du droit international public.

⁹⁹⁹ Groupe spécial, *Guatemala – Enquête antidumping concernant le ciment portland en provenance du Mexique*, WT/DS60/R, 19 juin 1998, 7.16.

¹⁰⁰⁰ Organe d'appel, *Guatemala – Enquête antidumping concernant le ciment portland en provenance du Mexique*, WT/DS60/AB/R, 2 novembre 1998, 57-68.

§ 2. Fondement des sanctions de l'OMC en droit international

185. Introduction

La configuration des sanctions de l'OMC provient en partie des caractéristiques et des impératifs du droit international général. C'est en tout cas une des manières courantes d'expliquer leur développement et leur fonctionnement actuel.

Ce paragraphe expose cette conception des sanctions, en montrant d'abord comment elles correspondent à certains principes généraux du droit international public (1.). Ensuite, on les rapproche des contre-mesures et du mécanisme prévu à l'article 60 de la Convention de Vienne, qui sont les deux sanctions courantes du droit international général (2.).

1. Les sanctions de l'OMC et les principes du droit international

186. Caractère interétatique des sanctions

Les sanctions de l'OMC portent la marque des principes fondamentaux du droit international public.

L'OMC n'oblige pas les particuliers. Avec l'exception somme toute mineure de certains territoires douaniers distincts, les règles et les sanctions ne visent que des sujets de droit des gens. Selon les règles applicables et la décision de l'ORD, la sanction est juridiquement dirigée contre l'État défendeur, à l'égard duquel l'État plaignant suspend l'exécution de ses obligations. Ceci n'empêche pas – et ce n'est pas le moindre des paradoxes de ces sanctions – que l'exécution matérielle de la sanction prenne en réalité la forme d'une taxe ou d'un autre désavantage imposé aux personnes privées, l'État en tant que personne morale n'en souffrant pas directement.

187. Une mise en œuvre possible sans contrainte directe

Les États sont réticents à accepter la création d'une autorité internationale dotée d'un pouvoir de contrainte directe à leur égard.

Dans la sphère internationale, la seule réelle exception générale à cet usage se trouve au chapitre VII de la Charte des Nations Unies, prévoyant le recours à la force dans des conditions assez restrictives qui dépendent largement de l'appréciation politique des États, en particulier des membres du Conseil de sécurité.

Le droit de l'OMC traite de questions moins graves que le maintien de la paix, et les États ont opté pour une technique de sanctions qui évitait à la fois les mesures unilatérales de contrainte

imposées par un État membre contre un autre – ce qui est pourtant la règle en droit international¹⁰⁰¹ – et l’institution d’un organe international chargé de l’exécution des décisions de l’ORD. Ils ont choisi une formule permettant à l’État lésé d’exécuter lui-même la décision, en prenant simplement des mesures qui s’appliquent sur son propre territoire – même si, bien sûr, elles ont des effets sur les nationaux de l’État défendeur. Aucune mesure de contrainte (emploi de la force, saisie) n’est pratiquée directement contre l’État défendeur. Cette technique permet donc d’agir de manière (indirectement) contraignante, sans requérir le consentement ni la collaboration de l’État sanctionné, ni l’installation d’une autorité internationale dotée de moyens coercitifs propres. Dans un domaine où la contrainte physique n’est ni opportune ni politiquement envisageable, des sanctions de ce type ont une meilleure effectivité que des paiements directs de l’État défendeur (amendes ou dommages-intérêts), qui supposent nécessairement son consentement¹⁰⁰².

188. L’égalité formelle dans la souveraineté

Les États sont égaux en souveraineté, mais cette égalité a un caractère essentiellement formel et abstrait. Elle ne tient pas compte des différences économiques entre les États, ni de leur taille, de leurs caractéristiques géographiques ou de leur puissance politique, etc.

De même, les sanctions du droit de l’OMC partent du postulat d’une égalité formelle des États, sans tenir compte, en principe, des différences entre eux qui affectent le fonctionnement réel et l’efficacité des sanctions.

Certaines dispositions invitent certes à tenir compte des différences économiques entre États, mais elles n’édicte que des normes particulièrement faibles. Ainsi, l’article 22.3, d) MRD impose de « tenir compte » de « l’importance de ce commerce » [suspendu] pour l’État destinataire de la sanction, et des « éléments économiques plus généraux » dans lesquels s’inscrit la suspension d’obligations. On peut penser que figure parmi ces éléments la disparité relative des forces économiques en présence. Lorsqu’il agit contre un pays moins avancé, l’État plaignant doit faire « preuve de modération » dans l’application des sanctions (art. 24.1 MRD). On trouve aussi dans la jurisprudence des considérations sur les disparités économiques, notamment pour justifier l’application de sanctions croisées¹⁰⁰³, même s’il faut simplement, en

¹⁰⁰¹ C.-E. CÔTÉ, *La participation des personnes privées au règlement des différends internationaux économiques : l’élargissement du droit de porter plainte à l’OMC*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 106.

¹⁰⁰² V. A. KECK, « WTO Dispute Settlement: What Role for Economic Analysis? A Commentary on Fritz Breuss », *Journ. Industry, Competition & Trade* 4(4), 2004, p. 368.

¹⁰⁰³ V. CE – Bananes III (Équateur) (article 22:6 – CE), 73 et 86 ; États-Unis – Jeux (article 22:6 – États-Unis), 4.89, 4.98, 4.109 et 4.114.

définitive, vérifier la réunion des conditions permettant de telles sanctions (*supra*, n^{os} 101, 158-159, 104-107).

Si l'on peut voir ici une forme – au demeurant peu efficace – de protection de la partie faible lorsqu'elle est défenderesse, on n'aperçoit pas en revanche de mécanisme rétablissant un certain équilibre concret en faveur de cette partie lorsqu'elle est victime d'une violation. Dans cette seconde hypothèse, l'État « pauvre » ne peut compter que sur sa souveraineté théorique, et sur ses propres forces, pour obtenir le respect de ses droits.

Ainsi, comme le droit général, les sanctions sont marquées par une idée de l'égalité des États, mais une égalité abstraite, qui ne tient pas compte du contexte de l'exercice des droits.

189. Commerce international et contrats commerciaux

En décrivant le droit du commerce international comme l'ensemble des règles régissant le commerce entre États, on rappelle à juste titre que les Accords de l'OMC traitent de questions commerciales et qu'ils s'appliquent essentiellement aux États plutôt qu'aux commerçants. Mais les États ne conviennent pas entre eux d'un quelconque échange de biens ou de services : l'Accord de Marrakech n'est pas un contrat commercial, mais un traité à propos de la réglementation étatique du commerce international.

Certains auteurs semblent pourtant comprendre le droit de l'OMC au moyen d'une analogie avec les contrats commerciaux, les États échangeant non des biens, mais des concessions commerciales ou des droits de commercer. Les ressemblances ne manquent pas, en effet, comme elles existent aussi plus généralement entre les traités et les contrats du droit civil. On y trouve notamment le principe de la liberté de contracter ainsi que l'idée de réciprocité (*infra*, n^{os} 277 et s.), qui semblent s'appliquer de manière d'autant plus naturelle quand il s'agit de commerce.

Dans une de ses premières décisions, l'Organe d'appel lui-même suggère le rapprochement, en insistant d'ailleurs sur le principe de souveraineté :

« L'Accord sur l'OMC est un traité, c'est à dire l'équivalent d'un contrat au niveau international. Il paraît évident que, agissant à titre souverain et au nom de leurs intérêts nationaux respectifs, les Membres de l'OMC ont dû faire un compromis. »¹⁰⁰⁴

¹⁰⁰⁴ Organe d'appel, *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R et WT/DS11/AB/R, 4 octobre 1996, p. 17.

Ceci ne doit pas, cependant, conduire à gommer les différences techniques qui distinguent le droit international du droit civil (interne)¹⁰⁰⁵ : tout au plus peut-on parler de ressemblance, voire d'analogie. De nombreuses explications et interprétations des règles de l'OMC – et par voie de conséquence, de ses sanctions – dérivent néanmoins de cette conception de l'OMC comme d'un contrat analogue à un contrat commercial. C'est ce que nous appelons la théorie contractualiste.

190. Un droit d'ordre privé

Le droit de l'OMC est classiquement considéré comme régissant les relations « privées » des États, et non comme des règles organisant la société internationale, ou la collectivité des États membres, dans une perspective d'intérêt commun. C'est d'ailleurs un caractère général de la conception classique du droit international, qui provient du principe de souveraineté : en excluant l'existence d'une autorité supérieure à l'État, elle conduit naturellement à penser les relations entre États sur un mode horizontal, comme le droit privé interne l'organise entre les particuliers¹⁰⁰⁶. J. Pauwelyn est sans doute l'auteur qui a le mieux explicité et défendu cette conception « privée » du droit de l'OMC¹⁰⁰⁷ (v. aussi *infra*, n^{os} 309 et s.).

En tout cas, le droit de l'OMC ne fait pas partie du *ius cogens*¹⁰⁰⁸. En conséquence, les États ont pleine liberté pour fixer par traité leurs obligations réciproques en matière de commerce international. A nouveau, il s'agit là davantage d'une caractéristique générale du droit international qui ne connaît qu'exceptionnellement des règles d'ordre public.

191. Des obligations bilatérales

L'analogie avec le contrat explique également, pour une part, l'analyse des obligations résultant des Accords comme étant de nature bilatérale. Dans ce contexte, des obligations bilatérales sont celles qui, même fixées dans un traité multipartite, peuvent se décomposer en un faisceau de relations entre deux États, par opposition à des obligations, dites *erga omnes (partes)*, qui ne se

¹⁰⁰⁵ P. D'ARGENT, « Un héritage civiliste en droit international public ? », in A. WIJFFELS (dir.), *Le Code civil, entre ius commune et droit privé européen*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 211.

¹⁰⁰⁶ P. D'ARGENT, « Un héritage civiliste en droit international public ? », in A. WIJFFELS (dir.), *Le Code civil, entre ius commune et droit privé européen*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 206-207.

¹⁰⁰⁷ J. PAUWELYN, « A Typology of Multilateral Treaty Obligations: Are WTO Obligations Bilateral or Collective in Nature? », *E.J.I.L.* 14(5), 2003, p. 907-951.

¹⁰⁰⁸ J. PAUWELYN, « A Typology of Multilateral Treaty Obligations: Are WTO Obligations Bilateral or Collective in Nature? », *E.J.I.L.* 14(5), 2003, p. 927.

conçoivent que comme dues à la communauté des États (signataires) toute entière, parce qu'elles visent la protection d'un certain intérêt général¹⁰⁰⁹.

Cette manière d'analyser les obligations peut s'autoriser notamment de racines historiques du droit du GATT, qui a commencé, dans l'entre-deux-guerres, par une série d'accords bilatéraux conclus par les États-Unis, ainsi que d'une sélection de caractéristiques des règles en vigueur aujourd'hui. Un argument plus général est parfois tiré de la nature du commerce, qui crée une relation intrinsèquement bilatérale entre l'État du vendeur et celui de l'acheteur¹⁰¹⁰. On peut aussi s'appuyer sur (la conception qu'on se forme de) l'objectif du droit de l'OMC ou du régime des obligations qu'il contient¹⁰¹¹.

À juste titre, C. Carmody vise la règle de la nation la plus favorisée comme celle qui a fait évoluer les règles du commerce international vers des formes plus institutionnelles, sans toutefois employer cette expression telle quelle¹⁰¹². Cette technique de multilatéralisation implique cependant qu'on parte d'obligations bilatérales, ensuite étendues aux autres États membres. On aurait pu convenir, en 1947 ou en 1994, d'édicter un corpus de règles uniformes applicables au commerce international, et comprenant bien entendu une règle de non-discrimination. À l'inverse, les États ont souhaité s'en tenir à la multilatéralisation des concessions initialement bilatérales, ce qui eut certes en grande partie le même effet pratique, mais laissait subsister l'idée qu'il s'agissait d'abord et avant tout de rapports bilatéraux. De ce point de vue, la clause de la nation la plus favorisée est relativement ambiguë : politiquement, juridiquement et économiquement efficace sans doute, elle dissimule partiellement le caractère multilatéral des obligations commerciales des États. Cette clause est aussi affectée d'exceptions qui permettent le développement d'accords bilatéraux, tant dans le domaine commercial que dans celui des investissements¹⁰¹³.

Ces deux conceptions sont discutées plus en détail plus loin (*infra*, n^{os} 309 et s.). On peut retenir à ce stade que la conception traditionnelle du droit des relations commerciales internationales

¹⁰⁰⁹ V. art. 48, § 1^{er}, du Projet de la CDI (Annexe à la Résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies du 12 décembre 2001, *Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, A/RES/56/83, ci-après « Projet de la CDI » ou « Articles de la CDI ») ; J. PAUWELYN, « A Typology of Multilateral Treaty Obligations: Are WTO Obligations Bilateral or Collective in Nature? », *E.J.I.L.* 14(5), 2003, p. 908-925.

¹⁰¹⁰ J. PAUWELYN, « A Typology of Multilateral Treaty Obligations: Are WTO Obligations Bilateral or Collective in Nature? », *E.J.I.L.* 14(5), 2003, p. 930-931.

¹⁰¹¹ J. PAUWELYN, « A Typology of Multilateral Treaty Obligations: Are WTO Obligations Bilateral or Collective in Nature? », *E.J.I.L.* 14(5), 2003, p. 932-936.

¹⁰¹² V. C. CARMODY, « WTO Obligations as Collective », *E.J.I.L.*, 2006, p. 419 et s.

¹⁰¹³ Y.S. LEE, « Bilateralism under the World Trade Organization », *Northwestern Journ. Int. L. and Business* 26(2), 2006, p. 357-372.

considère que la nature des obligations est plutôt bilatérale, comme celles qui résultent d'un contrat commercial, ou même d'un traité de commerce entre deux États.

192. La réciprocité et l'exception d'inexécution comme sanction

L'idée de réciprocité, sur laquelle nous reviendrons également (*infra*, n^{os} 277 et s.), vient renforcer la théorie contractualiste. Parler de réciprocité, ou d'équivalence, entre ce que les États donnent et ce qu'ils reçoivent en vertu des accords commerciaux, accentue le caractère contractuel de leurs relations et l'analogie avec le contrat commercial, où les deux parties échangent des biens de valeur supposée égale en vue d'accroître leur utilité individuelle.

Dans ce contexte, l'exception d'inexécution est une sanction naturelle. Si les États ont conclu un contrat privé, bilatéral et synallagmatique, supposé leur bénéficier à chacun au terme d'une opération de donnant-donnant, la conséquence évidente du non-respect par une partie de ses obligations est que l'autre peut aussi cesser d'exécuter les siennes. Elle s'évite alors la « perte » qu'elle réaliserait en donnant sans recevoir en échange.

2. Les sanctions de l'OMC et les sanctions du droit international

193. L'insertion des sanctions dans le droit international général

Que l'OMC fasse partie du droit international (*supra*, n^{os} 177 et s.) invite naturellement à expliquer ses sanctions par la référence à celles du droit international général. Cette théorie, qui séduit tant la doctrine¹⁰¹⁴ que la jurisprudence¹⁰¹⁵, se présente selon plusieurs variantes. Certains affirment que les sanctions de l'OMC sont une application des règles générales du droit international public. D'autres soutiennent qu'elles y trouvent leur origine, ou simplement qu'elles en sont inspirées.

¹⁰¹⁴ Par exemple H. LESAFFRE, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, L.G.D.J., 2007, 614 p. ; S. SHADIKHODJAEV, *Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, p. 7-47.

¹⁰¹⁵ Pour des références aux Articles de la CDI et/ou à l'article 60 de la Convention de Vienne, v. par exemple Groupe spécial, *Australie – Mesures visant les importations de saumons* – Recours du Canada à l'article 21:5, WT/DS18/RW, 18 février 2000, 7.12 ; *Brésil – Aéronefs (article 22:6 – Brésil)*, 3.9-3.10 ; *États-Unis – FSC (article 22:6 – États-Unis)*, note 52 ; Organe d'appel, *États-Unis – Mesure de sauvegarde transitoire appliquée aux fils de coton peignés en provenance du Pakistan*, WT/DS192/AB/R, 8 octobre 2001, 120 (sur le principe de proportionnalité des contre-mesures) ; Organe d'appel, *États-Unis – Mesures de sauvegarde définitives à l'importation de tubes et tuyaux de qualité carbone soudés, de section circulaire, en provenance de Corée*, WT/DS202/AB/R, 15 février 2002, 259 (sur le principe de proportionnalité des contre-mesures) ; Groupe spécial, *Communautés européennes – Mesures affectant le commerce des navires de commerce*, WT/DS301/R, 22 avril 2005 (références dans les arguments des parties) ; Organe d'appel, *États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les semi-conducteurs pour mémoires RAM dynamiques (DRAM) en provenance de Corée*, WT/DS296/AB/R, 27 juin 2005, 69 (comme argument de la Corée).

Plusieurs éléments concourent à accréditer cette conception. D’abord, dans un monde d’États souverains où l’emploi de la force est en principe interdit, l’arsenal pour sanctionner les États est limité. La possibilité la plus évidente est de poser un acte inamical à l’égard de la partie défaillante, notamment en cessant d’exécuter une obligation envers elle. Cette pratique est fréquente en droit international et en droit interne, et même dans les relations sociales en général. L’insertion de l’OMC dans le droit international, et le fait de confier tant sa pratique que son étude théorique à des spécialistes, ou au moins à des connaisseurs, du droit international, favorise une lecture et une application des sanctions de l’OMC en convergence avec celles du droit international général, outre l’effet réflexe que les premières peuvent avoir sur les secondes. Enfin, si l’on excepte l’obligation de régler pacifiquement des différends, le droit international est, en cette matière, un droit supplétif. Ceci le rend très accommodant et lui permet de tout absorber, puisque toute caractéristique du régime spécial qui est identique au régime général se présente comme une application du second régime, alors que, lorsque les deux régimes ne correspondent pas, on peut simplement indiquer que les États ont dérogé aux règles supplétives, ainsi que l’autorise le régime général.

194. L’interdiction du recours à la force

Dans le droit international contemporain, l’étude des sanctions part de la règle de *ius cogens* interdisant, sauf exception, de recourir à la force dans les relations internationales¹⁰¹⁶. En corollaire, la guerre n’est pas un mode licite de gestion des conflits et les États ont l’obligation de régler leurs différends pacifiquement (not. art. 2, § 4, et 33 de la Charte des Nations unies).

Quelle que soit l’importance du commerce dans les relations internationales, il est donc interdit de recourir à la force pour faire respecter les obligations résultant des traités de commerce. Il s’impose en conséquence de trouver d’autres moyens que la (menace de) contrainte armée – étant entendu que, de toute manière, l’emploi de la force n’est généralement pas une solution adéquate ou souhaitable pour favoriser les échanges commerciaux. En conformité avec ces règles, le droit de l’OMC exclut l’emploi de la force en cas de violation de ses obligations (art. 23 MRD).

¹⁰¹⁶ J. VERHOEVEN, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 671 ; P. D’ARGENT, *Les réparations de guerre en droit international public – La responsabilité des États à l’épreuve de la guerre*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 432 et s.

195. Règles du droit de la responsabilité et du droit des traités

Le droit international général propose deux réactions à la violation d'un traité, qu'il soit commercial ou non : mettre en œuvre la responsabilité internationale de l'État ou suspendre l'application du traité.

Les règles en la matière sont coutumières, et elles ont été reprises respectivement dans les Articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite¹⁰¹⁷ et dans la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités¹⁰¹⁸. Ces règles font partie du droit international général, applicable « par défaut » à tous les États. Il serait dès lors étonnant qu'elles se contredisent, ce qui signifierait que le droit international coutumier est incohérent et nécessiterait en pratique l'application d'une règle de conflit. S'il est exact qu'en droit international la distinction entre responsabilité contractuelle et quasi-délictuelle n'est pas aussi forte qu'en droit interne¹⁰¹⁹, ces normes concernent néanmoins des questions différentes.

La Convention de Vienne, d'une part, règle entre autres les conséquences *en droit des traités* de la violation du traité. En d'autres termes, elle détermine le sort d'un traité qui n'est pas respecté. En substance, elle prévoit les cas d'extinction ou de suspension du traité pour cause d'inexécution.

La responsabilité internationale des États, d'autre part, est applicable en cas de violation par l'État d'une obligation internationale, « quelle que soit l'origine ou la nature de celle-ci » (art. 12 du Projet de la CDI)¹⁰²⁰. Ainsi, la violation d'une obligation « contractuelle » donne également lieu à responsabilité. L'obligation de réparation, élaborée en droit international à partir de l'arrêt relatif à *l'usine de Chorzów*¹⁰²¹, ressemble à l'obligation de réparer le dommage en droit civil (art. 1146 et s., et 1382 C. civ.), même si la responsabilité elle-même (par opposition à sa mise en œuvre) ne requiert pas l'existence d'un dommage¹⁰²². Les Articles de la CDI prévoient les conséquences de l'acte illicite en mettant à charge de l'État les obligations d'y

¹⁰¹⁷ Annexe à la résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies du 12 décembre 2001, *Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, A/RES/56/83.

¹⁰¹⁸ *Recueil des Traités des Nations Unies*, vol. 1155, p. 331.

¹⁰¹⁹ J. COMBACAU, « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », *Arch. philo. dr.* 31, 1986, p. 93.

¹⁰²⁰ J. VERHOEVEN, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 619 et s.

¹⁰²¹ C.P.J.I., 13 septembre 1928, *Affaire relative à l'usine de Chorzów (demande en indemnité) (fond)*, série A, n° 17, p. 3 et s.

¹⁰²² Art. 1^{er} et 2 du Projet de la CDI ; C.-E. CÔTÉ, *La participation des personnes privées au règlement des différends internationaux économiques : l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 110.

mettre fin, de donner des garanties de non-répétition et de réparer ses conséquences dommageables (art. 30 et 31 du Projet de la CDI), la réparation impliquant à la fois d’

« effacer toutes les conséquences de l’acte illicite et [de] rétablir l’état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n’avait pas été commis »¹⁰²³.

Si l’État n’exécute pas ces obligations secondaires découlant de l’acte illicite, il peut y être contraint par l’imposition de contre-mesures.

L’article 56 du Projet de la CDI fixe la règle générale s’appliquant aux relations entre ces articles et le droit des traités :

« Les règles de droit international applicables continuent de régir les questions concernant la responsabilité de l’État pour fait internationalement illicite dans la mesure où ces questions ne sont pas régies par les présents articles. »

Dans la mesure où les Articles de la CDI ne parlent pas des effets de la responsabilité de l’État sur les traités en vigueur, il faut se référer, pour cette question, à la Convention de Vienne. Ces deux règles internationales peuvent donc parfaitement coexister, l’une pour déterminer les cas de suspension ou de terminaison des traités, l’autre pour régler la responsabilité de l’État et les contre-mesures.

Des liens existent néanmoins entre les deux règles. Ainsi, il est probable que la terminaison du traité, si elle est invoquée par la partie lésée, aura un effet sur l’ampleur de son dommage au sens des Articles de la CDI. Ceci n’empêche toutefois pas l’application de ceux-ci.

Lorsque l’article 29 du Projet de la CDI indique que

« les conséquences juridiques d’un fait internationalement illicite prévues dans la présente partie n’affectent pas le maintien du devoir de l’État responsable d’exécuter l’obligation violée »,

il n’impose l’exécution qu’aussi longtemps que l’obligation reste en vigueur. En revanche, s’il est licitement mis fin au traité en raison de la faute d’un État contractant, l’obligation primaire disparaît, mais l’éventuelle obligation secondaire de réparation en vertu du droit de la responsabilité subsiste¹⁰²⁴.

¹⁰²³ C.P.J.I., 13 septembre 1928, *Affaire relative à l’usine de Chorzów (demande en indemnité) (fond)*, série A, n° 17, p. 47 ; P. D’ARGENT, *Les réparations de guerre en droit international public – La responsabilité des États à l’épreuve de la guerre*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 662-669.

¹⁰²⁴ Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session (23 avril-1^{er} juin et 2 juillet-10 août 2001), A/56/10, *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol. II(2), p. 93-94 ; P. DAILLIER, M. FORTEAU et A. PELLET, *Droit international public*, 8^e éd., Paris, L.G.D.J., 2009, n° 488, p. 888 ; C. LALY-CHEVALIER, *La violation du traité*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 427-

Ainsi, le droit des traités et le droit de la responsabilité forment, ensemble, un régime cohérent de la violation par un État d'obligations internationales résultant d'un traité. Il faut maintenant examiner comment les règles fixées par les Accords de l'OMC se combinent avec ce régime international.

Lorsqu'il s'agit de rapprocher les sanctions de l'OMC de ce régime de droit commun, la doctrine et la jurisprudence font plus souvent référence au droit de la responsabilité. On pourrait s'en étonner, car les règles relatives à la violation des traités sont plus spécifiques et devraient donc être mieux adaptées. La faveur des acteurs et des auteurs aux règles de la responsabilité pourrait signifier une préférence pour une conception (au moins implicite) du droit de l'OMC comme un régime juridique objectivement applicable aux membres plutôt que comme des obligations bilatérales de ceux-ci. Elle s'explique par une théorie des sanctions – aujourd'hui largement dominante – qui leur reconnaît un caractère comminatoire plutôt qu'indemnitaire¹⁰²⁵. Quoi qu'il en soit, on examine ici successivement les sanctions de l'OMC dans leurs rapports avec l'un et l'autre régimes.

i. Sanctions de l'OMC et droit de la responsabilité internationale

196. Introduction

La thèse d'H. Lesaffre¹⁰²⁶ est consacrée aux relations entre le droit de l'OMC et les règles de la responsabilité internationale. L'auteur y défend l'idée que les règles de l'OMC ne dérogent aux règles supplétives du droit international que sur des points mineurs, sauf en ce qui concerne la mise en œuvre de la responsabilité (soit essentiellement le mécanisme de règlement des différends, y compris les sanctions), qui présente une réelle originalité.

On suivra donc principalement l'exposé d'H. Lesaffre – parce qu'il est emblématique de cette tendance – pour présenter le courant de pensée qui considère la violation du droit de l'OMC dans la perspective des règles de la responsabilité internationale des États. Précisons par précaution, d'une part, que cette tradition n'est pas unanime sur tous les points et qu'on ne

431. V. aussi J. PAUWELYN, *Conflict of Norms in Public International Law – How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge University Press, 2003, p. 228-229.

¹⁰²⁵ J. PAUWELYN, *Conflict of Norms in Public International Law – How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge University Press, 2003, p. 230. Aussi, à propos de l'évolution du GATT de 1947 à l'OMC, J. PAUWELYN, « The calculation and design of trade retaliation in context: what is the goal of suspending WTO obligations? », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 48-49.

¹⁰²⁶ H. LESAFFRE, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, L.G.D.J., 2007, 614 p.

peut donc la réduire à la pensée d'H. Lesaffre (ni vice-versa), et d'autre part, qu'il n'est pas possible de faire droit ici à toutes les finesses de son analyse ni d'en présenter tous les détails. H. Lesaffre divise son ouvrage en trois parties, concernant le fait générateur de la responsabilité (*infra*, n° 197), son contenu (*infra*, n° 198) et sa mise en œuvre (*infra*, n° 199). On examinera enfin si, dans cette perspective, les sanctions de l'OMC sont à qualifier de rétorsions ou de contre-mesures (*infra*, n° 200).

197. Le fait générateur de la responsabilité

En droit international général, la responsabilité de l'État requiert qu'un comportement imputable à l'État (élément subjectif) constitue une violation du droit international (élément objectif) (art. 1^{er} du Projet de la CDI). Que ce comportement cause un préjudice, par contre, ne constitue pas une condition distincte de la responsabilité (art. 2 du Projet de la CDI) dès lors que le dommage peut être purement juridique¹⁰²⁷, étant entendu toutefois qu'il importe de caractériser le dommage au stade de la réparation¹⁰²⁸.

Le droit de l'OMC traite l'élément subjectif largement comme le droit international, si l'on excepte quelques dérogations mineures, notamment en matière de marchés publics¹⁰²⁹ et d'entreprises commerciales d'État¹⁰³⁰. Le fait que tant l'Union européenne que ses États membres soient membres de l'OMC pose des questions particulières d'imputation, à l'une et/ou aux autres, des violations des Accords. Ces questions proviennent cependant des particularités du droit européen, et notamment de son système de répartition des compétences entre l'Union et les États membres, plutôt que de règles propres au droit de l'OMC qui dérogeraient au droit international général¹⁰³¹.

L'élément objectif de la responsabilité offre sans doute plus matière à réflexion. Une différence importante entre le droit international général et le droit de l'OMC pourrait résider dans le fait que ce dernier remplacerait l'exigence d'un acte illicite par celle d'un dommage, sous la forme d'une annulation ou d'une réduction d'un avantage. Une lecture rapide du Mémoire

¹⁰²⁷ P. D'ARGENT, *Les réparations de guerre en droit international public – La responsabilité des États à l'épreuve de la guerre*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 426 et 566.

¹⁰²⁸ P. D'ARGENT, *Les réparations de guerre en droit international public – La responsabilité des États à l'épreuve de la guerre*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 567-568.

¹⁰²⁹ H. LESAFFRE, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 144-146, 152.

¹⁰³⁰ H. LESAFFRE, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 165-171.

¹⁰³¹ H. LESAFFRE, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 172-208.

d'accord révèle en effet que les États membres peuvent se plaindre, non seulement d'une violation des règles, mais aussi d'une non-violation, pour autant qu'ils fassent valoir l'annulation ou la réduction d'un avantage qui résultait pour eux de l'Accord, étant entendu qu'une violation fait présumer cette annulation ou réduction, au sens d'une présomption simple. Contrairement au droit international général, le droit de l'OMC ne ferait donc pas de l'acte illicite (appelé violation en droit de l'OMC) une condition nécessaire de la responsabilité.

H. Lesaffre avance ici, à juste titre, un argument non formaliste. D'une part, si l'on considère la jurisprudence des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel, la présomption de réduction ou d'annulation des avantages, quoique non irréfragable en théorie, est pratiquement impossible à renverser (*supra*, n^{os} 127-128). En pratique, une fois établie la violation des règles de l'OMC, l'annulation ou la réduction des avantages ne peut plus être utilement contestée. D'autre part, l'action ouverte aux États en cas de non-violation n'est utilisée que de manière marginale¹⁰³², si bien qu'on peut en quelque sorte la tenir pour négligeable aux fins de cette analyse. Il en résulte que ce qu'il faut concrètement démontrer pour établir la responsabilité d'un État membre de l'OMC, c'est bien l'existence d'une violation des Accords visés, ce que les États membres font d'ailleurs en pratique. Et s'il faut vraiment se pencher sur l'action en situation de non-violation, la responsabilité à laquelle elle conduit est organisée de manière spécifique au droit de l'OMC, dans la mesure où, en raison notamment de l'exigence d'une atteinte imprévisible aux attentes légitimes (donc prévisibles) de l'État plaignant, elle ne peut être assimilée à la responsabilité objective du droit international¹⁰³³.

Quoi qu'il en soit, dans la réalité, les États n'agissent qu'en alléguant une violation des règles, soit un acte internationalement illicite, ce qui leur permet de bénéficier de la présomption d'annulation ou de réduction des avantages, présomption dont ils ne doivent même pas craindre qu'elle soit renversée. Dans la pratique, l'élément objectif de la responsabilité de l'État est donc le même en droit de l'OMC qu'en droit international général, à savoir le seul acte illicite, c'est-à-dire le manquement à une obligation internationale¹⁰³⁴.

¹⁰³² La possibilité d'utiliser ce type d'action en matière de droits intellectuels est suspendue depuis 1994 (art. 64 ADPIC, *Plaintes en situation de non-violation ou motivées par une autre situation dans le domaine des ADPIC* – Décision du 2 décembre 2009, WT/L/783, 11 décembre 2009 ; *Plaintes en situation de non-violation ou motivées par une autre situation dans le domaine des ADPIC* – Décision du 17 décembre 2011, WT/L/842, 19 décembre 2011).

¹⁰³³ H. LESAFFRE, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 115-132.

¹⁰³⁴ H. LESAFFRE, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 31-134. Comp. P.J. KUYPER, « The Law of GATT as a Special Field of International

Il existe bien quelques dérogations aux règles du droit international public, comme le fait que les comportements illicites qui ont cessé ne sont pas, en règle, de nature à rendre l'État responsable¹⁰³⁵. Plus exactement, rien n'empêche une mesure qui a expiré d'être une « mesure en cause » au sens de l'article 6.2 MRD¹⁰³⁶ ; le groupe spécial ou l'Organe d'appel peut examiner une mesure abrogée et formuler des constatations à son sujet¹⁰³⁷, mais non recommander à son auteur de se mettre en conformité avec ses obligations¹⁰³⁸. Le droit de l'OMC prévoit aussi, notamment aux articles XX et XXI du GATT, des causes d'exonération spécifiques par rapport à celles indiquées aux articles 20 à 27 du Projet de la CDI¹⁰³⁹. Ceci n'atteint toutefois pas la structure du droit de la responsabilité tel que le conçoit l'OMC, et cette structure est fondamentalement identique à celle du droit international général, en ce qui concerne tant l'élément objectif que l'élément subjectif du fait générateur de la responsabilité.

198. Les conséquences de la responsabilité

En droit international général, la responsabilité d'un État entraîne pour lui deux conséquences principales. D'une part, il doit rétablir la licéité internationale, ce qui implique de cesser l'acte illicite et de donner pour l'avenir des garanties de non-répétition (art. 30 du Projet de la CDI). D'autre part, il doit réparer le dommage que son acte illicite a causé à l'État victime (art. 31 du Projet de la CDI). Ces deux obligations peuvent se ressembler dans certains cas d'espèce, en ce sens qu'on peut parfois réparer (partiellement) en cessant l'acte illicite, mais elles ne se confondent pas. La réparation a trait au passé, la cessation au présent et à l'avenir¹⁰⁴⁰.

Le droit de l'OMC est conforme au droit international général en ce qui concerne la première obligation. En cas de violation de l'Accord, l'État défendeur doit en effet se mettre en conformité

Law: Ignorance, further refinement or self-contained system of international law », *Netherlands Yearbook Int. L.* XXV, 1994, spéc. p. 239-241 et 245-249 (à propos du GATT de 1947).

¹⁰³⁵ H. LESAFFRE, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 50-52.

¹⁰³⁶ Organe d'appel, *États-Unis – Subventions concernant le coton upland*, WT/DS267/AB/R, 3 mars 2005, 259-274.

¹⁰³⁷ CE – Bananes III (article 21:5 – États-Unis) (appel), 267-271 et les références citées.

¹⁰³⁸ États-Unis – Certains produits en provenance des CE (appel), 81 ; Organe d'appel, *États-Unis – Subventions concernant le coton upland*, WT/DS267/AB/R, 3 mars 2005, 272.

¹⁰³⁹ H. LESAFFRE, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 63-80.

¹⁰⁴⁰ P. D'ARGENT, *Les réparations de guerre en droit international public – La responsabilité des États à l'épreuve de la guerre*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 675-676.

avec ses obligations, c'est-à-dire rétablir une situation de licéité, pour le présent et pour l'avenir¹⁰⁴¹.

Il n'existe pas, par contre, d'obligation de réparer au sens matériel du terme, c'est-à-dire d'effacer les conséquences matérielles, en l'espèce essentiellement économiques, de l'illicéité¹⁰⁴². Le droit de l'OMC est à cet égard (presque) exclusivement tourné vers l'avenir, principalement en ce que les sanctions ne peuvent être mises en œuvre qu'après la fin de la période de mise en conformité, et qu'elles n'ont point d'effet rétroactif. La jurisprudence, d'ailleurs relativement isolée¹⁰⁴³, ordonnant le remboursement d'une subvention prohibée¹⁰⁴⁴, si elle relève d'une logique de rétroactivité, ne représente cependant pas une réparation au sens strict¹⁰⁴⁵. S. Shadikhodjaev semble toutefois y voir une application de la restitution du droit international général, tout en critiquant la décision¹⁰⁴⁶.

Dans les règles de la responsabilité internationale, la réparation dépasse cependant la simple restitution (art. 35 du Projet de la CDI), pour comprendre aussi le rétablissement de « l'état qui aurait vraisemblablement existé si [l'acte illicite] n'avait pas été commis »¹⁰⁴⁷ (tenant compte, en conséquence, de l'évolution qui aurait probablement eu lieu après l'acte illicite, si celui-ci n'avait pas été commis¹⁰⁴⁸) et englober des aspects immatériels tels que la restitution juridique et la

¹⁰⁴¹ H. LESAFFRE, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 217-253 ; J. PAUWELYN, *Conflict of Norms in Public International Law – How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge University Press, 2003, p. 27, 224.

¹⁰⁴² Comp. P.J. KUYPER, « The Law of GATT as a Special Field of International Law: Ignorance, further refinement or self-contained system of international law », *Netherlands Yearbook Int. L.* XXV, 1994, spéc. p. 249-251 (à propos du GATT de 1947). *Contra* : J. PAUWELYN, *Conflict of Norms in Public International Law – How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge University Press, 2003, p. 222 et s.

¹⁰⁴³ V. un résumé de décisions refusant de suggérer des mesures de mise en œuvre du type remboursement de droits illicitement perçus, S. SHADIKHODJAEV, *Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, p. 16-17.

¹⁰⁴⁴ Groupe spécial, *Australie – Subventions accordées aux producteurs et exportateurs de cuir pour automobiles*, Recours des États-Unis à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS126/RW, 21 janvier 2000, 6.24-6.42.

¹⁰⁴⁵ H. LESAFFRE, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 257-282.

¹⁰⁴⁶ S. SHADIKHODJAEV, *Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, p. 17-19.

¹⁰⁴⁷ P. D'ARGENT, *Les réparations de guerre en droit international public – La responsabilité des États à l'épreuve de la guerre*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 664, se fondant sur C.P.J.I., 13 septembre 1928, *Affaire relative à l'usine de Chorzów (demande en indemnité) (fond)*, série A, n° 17, p. 47 et s.

¹⁰⁴⁸ Sur la distinction entre réparation et restitution, v. P. D'ARGENT, *Les réparations de guerre en droit international public – La responsabilité des États à l'épreuve de la guerre*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 662-669.

satisfaction (art. 37 du Projet de la CDI). En droit de l'OMC, la restitution juridique se confond avec l'obligation de mise en conformité qui, n'ayant d'effet que pour l'avenir, s'analyse plutôt comme la mise en œuvre de l'obligation de cessation que comme une réparation. La satisfaction connaît certaines applications marginales, notamment lorsque les organes juridictionnels de l'OMC déclarent illicite une mesure qui a cessé d'exister¹⁰⁴⁹.

La compensation prévue par l'article 22.2 MRD ne constitue pas une réparation au sens où l'entend le droit international général¹⁰⁵⁰, notamment parce qu'elle n'est pas obligatoire pour l'État responsable et parce qu'elle cesse avec la fin de l'illicéité¹⁰⁵¹.

199. La mise en œuvre de la responsabilité

La procédure de mise en œuvre de la responsabilité présente d'importantes différences par rapport au droit commun des relations internationales. En termes d'obligations, ce dernier se limite essentiellement à imposer le règlement pacifique des différends. Pour le reste, il propose diverses formules, dont le recours à une juridiction internationale, sans toutefois l'imposer (art. 33, § 1^{er}, de la Charte des Nations unies)¹⁰⁵².

Tel n'est pas le cas en droit de l'OMC, qui impose le recours à une procédure juridictionnelle exclusive et obligatoire pour les membres. En outre, sont également institués un dispositif de surveillance de la mise en conformité et un mécanisme de sanctions si celle-ci n'est pas réalisée dans le délai fixé, le tout sous le contrôle juridictionnel des groupes spéciaux, de l'Organe d'appel et des arbitres. On ne s'attardera pas ici sur la description de ces différents aspects, qui sont abordés dans d'autres parties de la thèse.

Il est utile, par contre, de faire la liste des particularités pointées par H. Lesaffre comme dérogeant au droit international général. Cette liste comprend l'institution d'un mécanisme de règlement des différends obligatoire et exclusif¹⁰⁵³, le caractère objectif du contentieux,

¹⁰⁴⁹ H. LESAFFRE, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 282-293. Pour un exemple récent, où le groupe spécial constate la violation mais ne formule pas de recommandation au sujet des mesures qui ont cessé d'exister, Groupe spécial, *Union européenne – Mesures antidumping visant certaines chaussures en provenance de Chine*, WT/DS405/R, 28 octobre 2011, 8.1-8.7. V. aussi les références citées au 8.7, n. 1792 et 1793.

¹⁰⁵⁰ P.-T. STOLL, « Article 22 DSU », in R. WOLFRUM, P.-T. STOLL et K. KAISER (eds), *WTO – Institutions and Dispute Settlement*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2006, p. 527.

¹⁰⁵¹ H. LESAFFRE, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 293-306. Comp. S. SHADIKHODJAEV, *Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, p. 19-25.

¹⁰⁵² J. VERHOEVEN, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 693 et s.

¹⁰⁵³ Sur l'exclusivité, v. H. LESAFFRE, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 326-336 et H. CULOT, « OMC et accords régionaux :

résultant de la définition très large de l'intérêt pour agir¹⁰⁵⁴ et l'encadrement par l'Organisation de tout ce qui concerne la mise en œuvre (délai de mise en conformité, contestations de la conformité et sanctions en l'absence de conformité)¹⁰⁵⁵. Sur ce dernier point, l'auteur remarque le retour d'une certaine subjectivité au stade des sanctions, en ce sens que seul l'État qui a mis en œuvre la procédure de règlement des différends et qui a réellement subi un préjudice (commercial) peut être autorisé à sanctionner¹⁰⁵⁶. Mais alors que le droit international général consacre le droit de l'État lésé d'imposer unilatéralement des contre-mesures (art. 49 et s. du Projet de la CDI), on n'est pas ici dans un système de justice privée, dès lors que l'attitude du plaignant est, à tout moment, encadrée par l'Organisation et soumise à son contrôle, notamment juridictionnel.

200. Qualification de rétorsions ou de contre-mesures

Par souci d'exactitude terminologique, mais aussi parce que l'examen de cette question permet de préciser les liens entre les sanctions du droit de l'OMC et celles du droit international général, il convient de déterminer si, dans la perspective qui vient d'être exposée, les sanctions prévues par le Mémoire d'accord doivent être qualifiées de rétorsions ou de contre-mesures.

Les rétorsions sont des mesures inamicales prises en réaction à la violation d'une obligation internationale, mais qui ne constituent pas, en tant que telles, un acte illicite de la part de leur auteur. Par contraste, les contre-mesures imposées dans les mêmes circonstances sont des actes en soi contraires aux obligations internationales de leur auteur (art. 49.2 du Projet de la CDI), qui ne sont justifiés que parce que, et dans la mesure où, ils sont pratiqués en tant que contre-mesures, en réponse à un acte illicite, et dans les conditions, notamment de proportionnalité, prévues par le droit international général.

On peut hésiter à qualifier les sanctions de l'OMC de contre-mesures, ce qui s'explique dans la mesure où il s'agit intrinsèquement du non-respect des obligations résultant des Accords, ou à

les relations entre les mécanismes de règlement des différends », in B. REMICHE et H. RUIZ-FABRI (coord.), *Le commerce international entre bi- et multilatéralisme*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 209-257, où l'on discute notamment la portée de l'exclusivité à l'égard des mécanismes de règlement des différends institués par les accords régionaux.

¹⁰⁵⁴ H. LESAFFRE, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 343-348.

¹⁰⁵⁵ H. LESAFFRE, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 417-478.

¹⁰⁵⁶ H. LESAFFRE, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 461.

les appeler rétorsions dès lors qu'elles ne constituent pas un fait internationalement illicite puisqu'elles sont précisément autorisées en vertu du Mémorandum d'accord.

D'un point de vue interne au droit de l'OMC, les sanctions sont un acte intrinsèquement illicite, qui n'est justifié que parce qu'il constitue une réponse, apportée au terme de la procédure adéquate, à une précédente violation d'obligations¹⁰⁵⁷. On ne peut soutenir que le droit international général aurait un point de vue différent, où les suspensions d'obligations ne sont pas illicites dans la mesure où elles sont autorisées par l'ORD en vertu du Mémorandum d'accord. Ce serait opérer une distinction non justifiée entre les obligations des États : que l'on parle des obligations violées ou des obligations suspendues, et que la possibilité de les suspendre soit ou non modalisée par un traité, il s'agit toujours d'obligations internationales des États, dont le non-respect est en principe un fait internationalement illicite. On rappelle à cet égard que les Articles de la CDI s'appliquent quelle que soit la source de l'obligation violée.

On peut regretter à ce sujet les imprécisions terminologiques constatées dans la jurisprudence. Un groupe spécial, après avoir affirmé que les suspensions d'obligations ont « essentiellement un caractère de rétorsion », confond dans une note de bas de page les concepts de rétorsion, contre-mesures et représailles¹⁰⁵⁸. Certains arbitres¹⁰⁵⁹ et le Secrétariat¹⁰⁶⁰ utilisent aussi le mot « rétorsion », parfois en précisant qu'il s'agit de contre-mesures au sens des Articles de la CDI¹⁰⁶¹. Le plus exact et le plus prudent est de s'en tenir à la terminologie du Mémorandum d'accord, soit « suspension de concessions ou d'autres obligations ».

¹⁰⁵⁷ En ce sens, *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis I)*, 4.42 ; D. CARREAU et P. JUILLARD, *Droit économique international*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 2010, p. 103 ; Ch. LEBEN, *Les sanctions privatives de droits ou de qualité dans les organisations internationales spécialisées*, Bruxelles, Bruylant, 1979, p. 160 (qualifiant de représailles la suspension d'obligations de l'article XXIII du GATT) ; P.C. MAVROIDIS, « Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place », *E.J.I.L.*, 2000, p. 800 (« we can safely argue that compensation and suspension of concessions is WTO parlance for countermeasures ») ; S. SHADIKHODJAEV, *Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, p. 26-27.

¹⁰⁵⁸ *États-Unis – Certains produits en provenance des CE*, 6.23. L'Organe d'appel se garde de prendre position à ce sujet.

¹⁰⁵⁹ *CE – Bananes III (Équateur) (article 22:6 – CE)*, 15, 38, 86 ; *États-Unis – Jeux (article 22:6 – États-Unis)*, not. 4.73.

¹⁰⁶⁰ ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE, *Rapport sur le commerce mondial 2007. Soixante ans de coopération commerciale multilatérale : qu'avons-nous appris ?*, Genève, 2007, p. 306 et s.

¹⁰⁶¹ *États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis I)*, 4.34, 4.41.

ii. Sanctions de l'OMC et droit des traités

201. Introduction

Même si les règles de la responsabilité internationale s'appliquent aux violations des obligations contractuelles, le droit international général prévoit aussi, pour ces violations, des sanctions spécifiques en droit des traités.

De même qu'on peut décrire les ressemblances entre la responsabilité internationale et les sanctions de l'OMC, on peut présenter ces dernières comme une application – quelque peu aménagée par le Mémoire d'accord – des règles relatives à l'effet du non-respect des traités. Il s'agit, en bref, de l'exception d'inexécution. Certes, la tentation est forte d'appliquer au droit international des mécanismes (mieux connus) de droit civil interne, mais ceci n'est pas nécessairement pertinent¹⁰⁶². Le droit civil, le droit international « général » et le droit de l'OMC autorisent une partie à suspendre l'exécution de ses obligations lorsque l'autre ne respecte pas les siennes. La ressemblance est évidente : elle repose en définitive sur le mécanisme contractuel lui-même et sur la justice commutative qu'il met en œuvre. Ceci étant, il ne faut pas gommer les spécificités des conditions techniques, notamment procédurales, pour mettre en œuvre cette suspension.

Comme pour le droit de la responsabilité, il s'agit ici de règles supplétives (art. 60, § 4 de la Convention de Vienne), dont certains éléments ressemblent à la réglementation des sanctions du droit de l'OMC. Sur d'autres points, par contre, on peut présenter les choses comme si les États avaient dérogé, pour ce traité en particulier, aux règles générales du droit des traités.

202. Sanction contractuelle de la violation du traité

Le régime juridique de la sanction contractuelle est exposé à l'article 60 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, auquel on reconnaît une valeur coutumière¹⁰⁶³.

¹⁰⁶² Sur cette question en général, v. l'analyse de P. D'ARGENT, « Un héritage civiliste en droit international public ? », in A. WIJFFELS (dir.), *Le Code civil, entre ius commune et droit privé européen*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 205-221.

¹⁰⁶³ C.I.J., *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, avis consultatif du 21 juin 1971, *C.I.J. Recueil*, 1971, p. 47, § 96 (à propos du « droit de mettre fin à un traité comme conséquence de sa violation », qualifié de « principe de droit international général ») ; C.I.J., *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie)*, arrêt du 25 septembre 1997, *C.I.J. Recueil*, 1997, p. 38, § 46 et les références citées ; J. VERHOEVEN, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 431. Comp. B. SIMMA et C.J. TAMS, « Article 60. Termination or suspension of the operation of a treaty as a consequence of its breach », in O. CORTEN et P. KLEIN (eds), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties. A Commentary*, vol. II, Oxford University Press, 2011, p. 1356-1357.

- « Extinction d'un traité ou suspension de son application comme conséquence de sa violation
1. Une violation substantielle d'un traité bilatéral par l'une des parties autorise l'autre partie à invoquer la violation comme motif pour mettre fin au traité ou suspendre son application en totalité ou en partie.
 2. Une violation substantielle d'un traité multilatéral par l'une des parties autorise :
 - a) les autres parties, agissant par accord unanime, à suspendre l'application du traité en totalité ou en partie ou à mettre fin à celui-ci :
 - i) soit dans les relations entre elles-mêmes et l'État auteur de la violation,
 - ii) soit entre toutes les parties ;
 - b) une partie spécialement atteinte par la violation à invoquer celle-ci comme motif de suspension de l'application du traité en totalité ou en partie dans les relations entre elle-même et l'État auteur de la violation ;
 - c) toute partie autre que l'État auteur de la violation à invoquer la violation comme motif pour suspendre l'application du traité en totalité ou en partie en ce qui la concerne si ce traité est d'une nature telle qu'une violation substantielle de ses dispositions par une partie modifie radicalement la situation de chacune des parties quant à l'exécution ultérieure de ses obligations en vertu du traité.
 3. Aux fins du présent article, une violation substantielle d'un traité est constituée par :
 - a) un rejet du traité non autorisé par la présente Convention ; ou
 - b) la violation d'une disposition essentielle pour la réalisation de l'objet ou du but du traité.
 4. Les paragraphes qui précèdent ne portent atteinte à aucune disposition du traité applicable en cas de violation.
 5. Les par. 1 à 3 ne s'appliquent pas aux dispositions relatives à la protection de la personne humaine contenues dans des traités de caractère humanitaire, notamment aux dispositions excluant toute forme de représailles à l'égard des personnes protégées par lesdits traités. »

La Convention de Vienne règle le fonctionnement de l'extinction et de l'exception d'inexécution dans le cadre d'un traité multilatéral, catégorie dont relèvent le GATT et l'OMC (*infra*, n° 300). À défaut de disposition contraire – *quod non* –, la violation des règles commerciales par une partie donnerait le droit aux autres parties de décider ensemble de suspendre ou de mettre fin au traité, soit totalement, soit seulement à l'égard de la partie en défaut. Cette violation permettrait aussi à une partie « spécialement atteinte » de décider seule de suspendre l'exécution de ses obligations à l'égard de l'État fautif, à moins que la violation ne soit substantielle et qu'elle modifie radicalement la situation de toutes les parties, chaque partie pouvant alors suspendre l'exécution du traité¹⁰⁶⁴.

203. Comparaison avec le droit de l'OMC

On peut comparer le système de suspension mis en place par la Convention de Vienne avec celui du Mémoire d'accord. Certes, les principes applicables aux sanctions de l'OMC ont été fixés en 1947, c'est-à-dire *avant* la rédaction de la Convention de Vienne. Mais la technique de l'exception d'inexécution existait déjà dans le droit coutumier¹⁰⁶⁵ ; il n'est toutefois pas certain

¹⁰⁶⁴ Sur ces différentes règles, B. SIMMA et C.J. TAMS, « Article 60. Termination or suspension of the operation of a treaty as a consequence of its breach », in O. CORTEN et P. KLEIN (eds), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties. A Commentary*, vol. II, Oxford University Press, 2011, p. 1361-1366.

¹⁰⁶⁵ M.E. VILLIGER, « The 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties – 40 Years After », *R.C.A.D.I.*, t. 344, 2009, p. 144-146 et les références citées ; B. SIMMA et C.J. TAMS, « Article 60. Termination or

qu'on puisse en dire autant des distinguos qu'on trouve aujourd'hui dans la Convention de Vienne au sujet des traités bi- ou multilatéraux et des violations substantielles ou non¹⁰⁶⁶.

L'Accord de Marrakech est un traité multilatéral, qui n'a pas de caractère humanitaire. Sa violation serait donc soumise aux §§ 2 et 3 de l'article 60 de la Convention de Vienne.

Tant en droit de l'OMC qu'en droit général des traités, on retrouve le même principe de base, qui s'apparente à l'exception d'inexécution : l'État victime d'une violation peut suspendre l'exécution de ses obligations à l'égard de l'État qui n'a pas respecté les siennes en premier lieu.

Mais au-delà de cette ressemblance de base, le Mémoire d'accord déroge à la Convention de Vienne sur presque tous les points.

En ce qui concerne les conditions de fond, il n'exige pas que la violation du traité soit substantielle. Toute violation est susceptible de justifier la suspension d'obligations, pour autant que soient par ailleurs remplies d'autres conditions, qui ne figurent pas dans la Convention de Vienne, et notamment l'existence d'un préjudice commercial qui limite l'ampleur de la suspension. Ainsi, en droit de l'OMC, la suspension de l'application du traité est toujours partielle.

En outre, la suspension d'obligations du droit de l'OMC vise à sanctionner le non-respect d'une obligation secondaire, résultant de la décision de l'ORD (*supra*, n° 48), alors que l'exception d'inexécution de la Convention de Vienne vient à la suite de la violation d'une obligation primaire. La distinction peut paraître théorique, mais elle implique que les sanctions de l'OMC ne peuvent être mises en œuvre que sous le contrôle de l'Organisation, en particulier après que l'Organisation a elle-même déterminé l'existence d'une violation des règles. On pourrait certes rapprocher la décision de l'ORD de l'« accord unanime » (à l'exception de l'État fautif) prévu au § 2, a), mais ce serait à la fois oublier que l'ORD est un organe distinct des États qui le composent (et donc masquer la différence entre le consensus et l'unanimité, notamment en ce qui concerne le rôle des absents, et plus encore entre le consensus inversé et l'unanimité) et cacher le rôle substantiel des groupes spéciaux, de l'Organe d'appel et des arbitres derrière une

suspension of the operation of a treaty as a consequence of its breach », in O. CORTEN et P. KLEIN (eds), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties. A Commentary*, vol. II, Oxford University Press, 2011, p. 1355, et les références citées.

¹⁰⁶⁶ M.E. VILLIGER, « The 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties – 40 Years After », *R.C.A.D.I.*, t. 344, 2009, p. 155-158 et les références citées (relevant notamment la rareté de la pratique en ce qui concerne les traités multilatéraux) ; B. SIMMA et C.J. TAMS, « Article 60. Termination or suspension of the operation of a treaty as a consequence of its breach », in O. CORTEN et P. KLEIN (eds), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties. A Commentary*, vol. II, Oxford University Press, 2011, p. 1356.

décision purement formelle de l'ORD. Par ailleurs, la Convention de Vienne exige l'accord unanime des parties non fautives pour une suspension générale du traité (ou du moins générale à l'égard de l'État qui l'a violé), mais elle autorise la suspension unilatérale par une partie « spécialement atteinte » (§ 2, b)¹⁰⁶⁷ ou, selon la nature du traité, par une partie dont la situation est « radicalement » modifiée par la violation (§ 2, c). L'interdiction de l'unilatéralisme en droit de l'OMC (art. 23 MRD) se situe à l'opposé de cette règle : l'autorisation de l'Organisation, dans les formes et selon la procédure prévues, est nécessaire pour justifier toute suspension.

Quant aux exigences procédurales prévues aux articles 65 à 68 de la Convention de Vienne, elles sont complètement écartées et remplacées par les règles du Mémoire d'accord.

A nouveau, ces différences n'empêchent pas de présenter les sanctions de l'OMC comme compatibles avec la Convention de Vienne, si l'on reconnaît en même temps que ses règles sont supplétives (*infra*, n° 400). Lorsque la règle n'est pas identique, c'est alors que les États ont dérogé à la règle de la Convention de Vienne ou à la règle coutumière qu'elle reprend.

204. Conclusion de la section 1

Après avoir rappelé certains grands principes du droit international, cette section a montré comment le droit de l'OMC s'insère en son sein, sous la forme d'un sous-système destiné à tempérer des effets de la souveraineté néfastes au développement du commerce international. Dans la foulée de cette constatation, on a présenté le système de sanctions de l'OMC dans ses rapports avec le droit international. D'une part, ce système est organisé en tenant compte de certaines caractéristiques fondamentales du droit international. D'autre part, les sanctions de l'OMC peuvent être rapprochées de celles prévues par le droit international général, tant en droit de la responsabilité qu'en droit des traités. Nous reviendrons par la suite sur ces considérations pour développer une analyse critique à leur sujet.

Section 2 Les sanctions et le libre-échange

205. Introduction

La théorie du libre-échange (§ 1) domine aujourd'hui l'analyse du commerce international. C'est traditionnellement cette théorie qu'on invoque pour justifier l'existence et l'action de l'OMC en

¹⁰⁶⁷ C'est à cette règle que S. Charnovitz rattache les sanctions de l'OMC : S. CHARNOVITZ, « The WTO's Problematic "Last Resort" Against Noncompliance », *Aussenwirtschaft* 57(IV), 2002, p. 417.

ce qu'elle élimine ou réduit les obstacles au commerce (§ 2). Cela est très classique, mais mérite d'être rappelé.

Les rapports entre le libre-échange et les sanctions posent des problèmes spécifiques. Les sanctions de l'OMC – au moins dans l'hypothèse la plus fréquente en pratique – consistent à réagir à une restriction illicite au commerce international par un obstacle *supplémentaire* que l'État victime est autorisé à ériger. Intuitivement, cette manière de « combattre le mal par le mal » étonne lorsqu'elle est confrontée à l'objectif plus général de l'OMC. Ce n'est certes pas la seule hypothèse où les règles de l'OMC autorisent les États, sous certaines conditions, à rétablir des obstacles au commerce (sauvegardes, exceptions de l'article XX du GATT, etc.). Mais ces autres hypothèses peuvent s'analyser comme une concession faite en vue de réaliser d'autres objectifs désirables que le libre-échange ; la discussion se situe donc sur un autre plan, celui de la conciliation d'objectifs partiellement concurrents. Ce n'est pas le cas des sanctions, qui ne peuvent pas être fondamentalement inconciliables avec l'objectif des règles qu'elles contribuent à faire respecter.

On trouve dans la littérature des théories démontrant que, comme les règles dont elles assurent le respect, les sanctions trouvent aussi une justification dans la théorie du libre-échange. Dans une analyse basée sur le dilemme du prisonnier, les sanctions sont un incitant destiné à empêcher la défection. On décrit aussi parfois les sanctions comme un mécanisme de nature à rendre possible la violation des obligations lorsqu'elle est plus efficiente que leur respect (*efficient breach*). Ces théories sont exposées dans le § 3. Comprendre ces explications est utile pour exposer ensuite certaines de leurs insuffisances (chapitre II de cette partie) et pour apprécier ce qui les différencie de la théorie institutionnelle (partie III).

§ 1. La théorie économique du libre-échange

206. La source des échanges internationaux : les avantages comparatifs

Le commerce international s'explique par la plus grande facilité avec laquelle certains pays produisent certains biens. L'idée d'avantage absolu peut constituer un point de départ intuitif. Empiriquement, on constate que les coûts de production d'un même bien diffèrent d'un pays à l'autre et que le prix de ce bien varie en conséquence. Si le commerce international est possible, des commerçants arbitrent entre les deux pays. En conséquence, la production d'un bien se localise dans le pays qui peut le produire avec le moins de ressources, les différents pays sont approvisionnés grâce au commerce international, et (hormis les coûts de transport) les prix tendent à s'égaliser pour former un prix mondial. Cette théorie part d'une intuition juste : le

commerce international s'explique par le fait que certains pays sont plus aptes à fabriquer certains biens. Mais elle a pour corollaire que le pays qui ne peut faire valoir un avantage absolu pour la production d'aucun bien ne peut rien exporter¹⁰⁶⁸.

La théorie peut être affinée en concevant les avantages d'un pays d'une manière non absolue, mais relative. Cette idée est traditionnellement attribuée à D. Ricardo¹⁰⁶⁹, dont la théorie des avantages comparatifs demeure aujourd'hui encore à la base des explications classiques du commerce international¹⁰⁷⁰.

On part d'un modèle simplifié, avec deux pays produisant chacun deux biens identiques. Le travail est le seul facteur de production et les rendements d'échelle sont constants : la quantité de travail nécessaire à la production d'une unité de chaque bien ne varie pas selon la quantité totale produite. On constate que le rapport entre le travail nécessaire pour la production d'une unité du premier bien et celui nécessaire à la production d'une unité du second n'est pas le même dans les différents pays. Chaque pays produit donc un bien de manière relativement plus efficace que l'autre, et possède ainsi un avantage comparatif dans la production ce bien. L'avantage provient donc d'une différence du coût d'opportunité, c'est-à-dire de la quantité d'autres biens qu'on renonce à produire en affectant ses ressources productives à une industrie particulière. Tout pays se spécialise dans la production du (des) bien(s) pour le(s)quel(s) le coût d'opportunité des facteurs de production est le plus faible, et échange ensuite la part de sa production non consommée en interne avec l'autre pays, qui se trouve dans une situation symétrique¹⁰⁷¹. Ainsi se trouve aussi maximisée la production mondiale totale¹⁰⁷².

La théorie, et en particulier l'aspect relatif des avantages, est bien synthétisée par J.S. Mill :

« To render the importation of an article more advantageous than its production, it is not necessary that the foreign country should be able to produce it with less labour and capital than ourselves. We may even have a positive advantage in its production: but, if we are so far favoured by circumstances as to have a still greater positive advantage in the production of some other article which is in demand in the foreign country, we may be able to obtain a greater return to our labour

¹⁰⁶⁸ P.H. LINDERT et T.A. PUGEL, *Économie internationale*, 10^e éd., Paris, Economica, 1997, p. 37-42.

¹⁰⁶⁹ D. RICARDO, *On the Principles of Political Economy and Taxation*, 3rd ed., Londres, J. Murray, 1821, spéc. p. 138 et s.

¹⁰⁷⁰ Sur la paternité de la théorie des avantages comparatifs, en particulier le rôle de J.S. Mill et surtout celui d'A. Smith, v. K. TRIBE, « Reading trade in the *wealth of nations* », *History Eur. Ideas* 32, 2006, p. 58-79.

¹⁰⁷¹ M. RAINELLI, *Le commerce international*, 9^e éd., Paris, La Découverte, 2003, p. 45-46 ; P.H. LINDERT et T.A. PUGEL, *Économie internationale*, 10^e éd., Paris, Economica, 1997, p. 42-46 ; P. KRUGMAN et M. OBSTFELD, *International Economics – Theory and Policy*, Int'l ed., 6th ed., Boston, Addison Wesley, 2003, p. 10-37, qui généralisent le modèle à la production de plusieurs biens et incluent le paramètre des frais de transport.

¹⁰⁷² P.H. LINDERT et T.A. PUGEL, *Économie internationale*, 10^e éd., Paris, Economica, 1997, p. 61.

and capital by employing none of it in producing the article in which our advantage is least, but devoting it all to the production of that in which our advantage is greatest, and giving this to the foreign country in exchange for the other. It is not a difference in the *absolute* cost of production, which determines the interchange, but a difference in the *comparative* cost. »¹⁰⁷³

Des économistes postérieurs ont précisé cette théorie. Ils ont notamment cherché à mieux décrire l'origine des avantages comparatifs (*infra*, n° 207). D'autres ont voulu expliquer certains échanges internationaux qui, bien qu'observés dans la pratique, correspondaient mal aux prévisions de la théorie des avantages comparatifs (*infra*, n° 208).

207. Origine des avantages comparatifs dans la théorie classique

Même si D. Ricardo constate l'existence d'avantages comparatifs plus qu'il ne l'explique, ces derniers proviennent implicitement, dans son modèle, de la productivité du travail, et donc de techniques de production relativement meilleures pour la fabrication d'un bien que d'un autre, ou d'éléments exogènes tel le climat¹⁰⁷⁴.

E. Heckscher, B. Ohlin et P. Samuelson, dans plusieurs articles de la première moitié du XX^e siècle, expliquent l'existence des avantages comparatifs par l'abondance relative d'un des facteurs de production (notamment le capital, la terre ou le travail) et par la technologie utilisée pour les mettre en œuvre¹⁰⁷⁵. Ainsi, le pays relativement mieux doté que l'autre en travailleurs jouit d'un avantage comparatif dans la production de biens intensive en travail. L'autre pays se trouve dans une situation symétrique¹⁰⁷⁶. La prise en compte de différents facteurs de production a une implication importante : contrairement au modèle ricardien, elle permet de comprendre que, si le libre-échange reste bénéfique pour le pays dans son ensemble dans la mesure où il étend les possibilités de consommation, il n'est pas, en soi, nécessairement bénéfique à chaque individu¹⁰⁷⁷.

¹⁰⁷³ J.S. MILL, « Of the Laws of Interchange Between Nations; and the Distribution of the Gains of Commerce among the Countries of the Commercial World », in J.S. MILL, *Essays on some Unsettled Questions of Political Economy*, Londres, J. Parker, 1844, p. 2, cité par K. TRIBE, « Reading trade in the wealth of nations », *History Eur. Ideas* 32, 2006, p. 59-60.

¹⁰⁷⁴ V. p. ex. D. RICARDO, *On the Principles of Political Economy and Taxation*, 3rd ed., Londres, J. Murray, 1821, note de la p. 142.

¹⁰⁷⁵ P. KRUGMAN et M. OBSTFELD, *International Economics – Theory and Policy*, Int'l ed., 6th ed., Boston, Addison Wesley, 2003, p. 67.

¹⁰⁷⁶ M. RAINELLI, *Le commerce international*, 9^e éd., Paris, La Découverte, 2003, p. 47-48 ; P.H. LINDERT et T.A. PUGEL, *Économie internationale*, 10^e éd., Paris, Economica, 1997, p. 68-70 ; P. KRUGMAN et M. OBSTFELD, *International Economics – Theory and Policy*, Int'l ed., 6th ed., Boston, Addison Wesley, 2003, p. 75-76.

¹⁰⁷⁷ P. KRUGMAN et M. OBSTFELD, *International Economics – Theory and Policy*, Int'l ed., 6th ed., Boston, Addison Wesley, 2003, p. 38, 54-57, 76-78.

D'autres auteurs ont cherché à critiquer ou à améliorer ce « modèle standard »¹⁰⁷⁸, sans toutefois proposer une véritable théorie concurrente¹⁰⁷⁹. Ainsi, par exemple, l'observation empirique montre qu'à partir d'un certain niveau de production, les coûts marginaux croissent (alors que D. Ricardo les supposait constants), de sorte qu'aucun pays ne se spécialise totalement dans la production d'un seul bien¹⁰⁸⁰. On peut aussi tenter de réconcilier la théorie avec certaines constatations empiriques en ajoutant d'autres facteurs explicatifs du commerce¹⁰⁸¹.

208. Nouvelle théorie du commerce international

Les tenants de la nouvelle théorie du commerce international ont voulu expliquer des phénomènes qui ne cadraient pas avec la théorie classique. Ils ont constaté, d'une part, d'importants échanges commerciaux entre pays de même degré de développement, où l'abondance relative des facteurs de production, en particulier du capital et du travail, est assez similaire (« paradoxe » de Leontief) et, d'autre part, un échange « à double sens »¹⁰⁸² de biens similaires sur les marchés internationaux (commerce intrabranche)¹⁰⁸³.

La théorie d'Heckscher-Ohlin-Samuelson est basée sur l'hypothèse d'une concurrence parfaite, dont les conditions sont notamment l'absence d'externalités, des rendements d'échelle constants et l'incapacité de tout pays à influencer les prix mondiaux par sa politique commerciale (petits pays). La nouvelle théorie du commerce international adopte, par contre, l'hypothèse d'une concurrence imparfaite. Trois facteurs principaux expliquent alors l'existence de ces relations commerciales indépendantes d'une dotation relativement meilleure dans un facteur de production.

Les adeptes de cette théorie retiennent premièrement l'hypothèse de rendements d'échelle croissants, ce qui signifie que, pour un certain niveau de production, le coût moyen d'une unité diminue lorsqu'augmente la quantité totale produite. La raison peut en être interne à la firme

¹⁰⁷⁸ Selon l'expression de P. KRUGMAN et M. OBSTFELD, *International Economics – Theory and Policy*, Int'l ed., 6th ed., Boston, Addison Wesley, 2003, p. 93.

¹⁰⁷⁹ V. M. RAINELLI, *Le commerce international*, 9^e éd., Paris, La Découverte, 2003, p. 50-59.

¹⁰⁸⁰ P.H. LINDERT et T.A. PUGEL, *Économie internationale*, 10^e éd., Paris, Economica, 1997, p. 50-54.

¹⁰⁸¹ Par exemple U. ROY, « International Trade and the Value of Time », *R. Int. Economics* 13(4), 2005, p. 757-769, qui raffine le modèle en intégrant l'hypothèse que le coût d'opportunité du temps varie d'un pays à l'autre, parce que certains travailleurs produisent davantage par unité de temps et parce que la consommation elle-même nécessite du temps ; R.W. JONES, « Key international trade theorems and large shocks », *Int. R. Econ. and Finance* 17, 2008, p. 103-112, qui examine le fonctionnement de la théorie face à des changements d'envergure (et non marginaux) des prix des technologies ou des salaires.

¹⁰⁸² P.H. LINDERT et T.A. PUGEL, *Économie internationale*, 10^e éd., Paris, Economica, 1997, p. 133.

¹⁰⁸³ M. RAINELLI, *Le commerce international*, 9^e éd., Paris, La Découverte, 2003, p. 60.

(par exemple, des coûts fixes importants), ou externe à celle-ci mais interne au secteur de production (un environnement porteur¹⁰⁸⁴)¹⁰⁸⁵. Dans les deux cas, l'effet tendanciel est de concentrer la production au sein d'un nombre restreint de firmes ou de lieux, étant entendu que l'ouverture au commerce international est nécessaire pour écouler auprès de consommateurs de différents pays ce qui n'est plus produit que dans un nombre limité de localisations. Cette ouverture élargit le marché, ce qui, avec des rendements d'échelle croissants, réduit le coût moyen et augmente la variété de l'offre¹⁰⁸⁶.

Deuxièmement, les différents produits ne sont pas nécessairement homogènes, contrairement aux suppositions de la théorie classique. En raison des marques et de la publicité, par exemple, des biens de même catégorie peuvent être perçus différemment par les consommateurs, dont certains souhaiteront acheter le produit étranger plutôt que le produit fabriqué nationalement, même si leurs qualités « objectives » sont identiques. En outre, certains types de marchandises se déclinent en qualités différentes, de sorte que d'aucuns préféreront acquérir à des producteurs étrangers un produit de qualité différente de celle que leur proposent les producteurs nationaux. Ces facteurs expliquent l'existence d'un commerce intrabranche¹⁰⁸⁷ qui, dans certains pays, représente plus de la moitié du commerce international¹⁰⁸⁸. Les effets de la libéralisation du commerce intrabranche, et donc les incitants pour y procéder, peuvent être significativement différents de ceux étudiés par la théorie classique du commerce interbranches¹⁰⁸⁹.

Enfin, il faut tenir compte du rôle des entreprises multinationales¹⁰⁹⁰. Les théories classiques postulaient en effet l'immobilité des facteurs de production, et notamment du capital, ce qui excluait les investissements internationaux et donc l'existence des groupes multinationaux. Or, ces groupes existent et leur action explique une bonne part du commerce international. Il s'agit

¹⁰⁸⁴ Sur les facteurs des économies d'échelle externes, P. KRUGMAN et M. OBSTFELD, *International Economics – Theory and Policy*, Int'l ed., 6th ed., Boston, Addison Wesley, 2003, p. 147-150.

¹⁰⁸⁵ M. RAINELLI, *Le commerce international*, 9^e éd., Paris, La Découverte, 2003, p. 61-63.

¹⁰⁸⁶ P. KRUGMAN et M. OBSTFELD, *International Economics – Theory and Policy*, Int'l ed., 6th ed., Boston, Addison Wesley, 2003, p. 132.

¹⁰⁸⁷ M. RAINELLI, *Le commerce international*, 9^e éd., Paris, La Découverte, 2003, p. 63-64.

¹⁰⁸⁸ D. YUICHI KONO, « Market Structure, Electoral Institutions, and Trade Policy », *Int. Studies Quarterly* 53, 2009, p. 887.

¹⁰⁸⁹ D. YUICHI KONO, « Market Structure, Electoral Institutions, and Trade Policy », *Int. Studies Quarterly* 53, 2009, p. 885-906.

¹⁰⁹⁰ P. KRUGMAN et M. OBSTFELD, *International Economics – Theory and Policy*, Int'l ed., 6th ed., Boston, Addison Wesley, 2003, p. 172-175.

de nouveau d'« échanges » dans un contexte non concurrentiel, puisque interne à l'entreprise¹⁰⁹¹.

Pour P. Krugman et M. Obstfeld, les économies d'échelle internes et le commerce intrabranche accroissent les bienfaits du commerce international entre pays de structure économique similaire et réduisent son impact en termes de distribution des revenus. Mais cette conclusion ne vaut pas dans les relations entre pays développés et pays en voie de développement¹⁰⁹². L'effet des économies d'échelle externes n'est pas nécessairement favorable, car elles peuvent maintenir la production en un lieu où elle s'est initialement développée « par hasard », et où les coûts de production ne sont plus les plus bas¹⁰⁹³.

209. L'optimalité du libre-échange dans la théorie classique

Selon le modèle classique, l'intérêt de chaque pays, indépendamment de la position adoptée par les autres, est de pratiquer le libre-échange, c'est-à-dire d'ouvrir complètement ses frontières aux marchandises importées des pays étrangers, sans taxer ces marchandises ni gêner autrement leur importation¹⁰⁹⁴.

Ceci se base sur l'hypothèse d'une concurrence parfaite, en supposant aussi qu'une variation de la richesse est proportionnelle à la variation du bien-être et cette proportion est la même pour tout individu¹⁰⁹⁵, ce qui rend inutiles les analyses de la distribution des ressources ou du bien-être. Dans ces conditions, tout pays a intérêt à laisser se développer librement le commerce international, pour que ses agents économiques profitent au maximum des avantages comparatifs des autres pays. Dès lors que toutes les marchandises sont fabriquées là où leur production est relativement la plus efficace, la quantité totale de biens est maximale, ce qui bénéficie finalement aux consommateurs. Cette conclusion est indépendante de la politique suivie par les autres pays, de sorte que la libéralisation peut être unilatérale. Le pays qui prélève un droit de douane accroît le prix interne du bien, qui n'est plus égal au prix sur les marchés

¹⁰⁹¹ M. RAINELLI, *La nouvelle théorie du commerce international*, 3^e éd., Paris, La Découverte, 2003, p. 16-18.

¹⁰⁹² P. KRUGMAN et M. OBSTFELD, *International Economics – Theory and Policy*, Int'l ed., 6th ed., Boston, Addison Wesley, 2003, p. 140-141.

¹⁰⁹³ P. KRUGMAN et M. OBSTFELD, *International Economics – Theory and Policy*, Int'l ed., 6th ed., Boston, Addison Wesley, 2003, p. 150-151.

¹⁰⁹⁴ P. KRUGMAN et M. OBSTFELD, *International Economics – Theory and Policy*, Int'l ed., 6th ed., Boston, Addison Wesley, 2003, p. 218-221 ; K. BAGWELL et R.W. STAIGER, « The WTO: Theory and Practice », *NBER Working Paper No. w15445*, October 2009, <http://www.nber.org/papers/w15445>, p. 3. P.H. LINDERT et T.A. PUGEL le démontrent tout en insistant sur les hypothèses du modèle (*Économie internationale*, 10^e éd., Paris, Economica, 1997, p. 163-175), mais ils ne tirent pas explicitement cette conclusion.

¹⁰⁹⁵ V. P.H. LINDERT et T.A. PUGEL, *Économie internationale*, 10^e éd., Paris, Economica, 1997, p. 170.

internationaux. En conséquence, les producteurs établis dans ce pays fabriquent le bien en quantités plus importantes, et ses consommateurs l'achètent en quantités moindres, qu'il n'est optimal. Le surplus des consommateurs est réduit sans que cette baisse soit totalement compensée par l'augmentation du surplus des producteurs et par la hausse des recettes de l'État¹⁰⁹⁶.

Un raisonnement similaire est applicable aux obstacles non tarifaires, et notamment aux quotas et aux restrictions volontaires à l'exportation. Sous les mêmes hypothèses, on peut montrer que ceux-ci ne sont jamais préférables à un droit de douane, et que leur effet de réduction du bien-être est souvent plus important encore¹⁰⁹⁷.

Cette explication classique conduit à condamner toutes les politiques protectionnistes et à considérer les traités de commerce comme inutiles. Mais elle est basée sur des hypothèses, notamment l'existence d'une concurrence parfaite. Ceci signifie aussi que la conclusion à laquelle elle aboutit ne vaut plus si les hypothèses ne se vérifient pas (parfaitement) dans la réalité. On en verra plusieurs exemples dans le second chapitre de cette partie.

210. Tempéraments à l'optimalité du libre-échange

Les économistes reconnaissent que, dans des hypothèses assez restrictives, un pays peut bénéficier de certaines restrictions au libre-échange.

C'est le cas lorsqu'on relâche l'hypothèse du « petit pays ». Un pays peut alors, moyennant l'imposition d'un droit de douane, améliorer en sa faveur les termes de l'échange. Dans ce contexte, un grand pays est celui qui achète une telle quantité d'un bien sur les marchés internationaux qu'une variation de sa demande d'importation a des effets sur le prix mondial de ce bien. L'imposition d'un droit de douane a alors pour effet d'augmenter la demande interne et de réduire la demande d'importation. En conséquence, le prix baisse sur le marché mondial et – si le droit de douane est bien calibré, c'est-à-dire suffisamment petit eu égard à l'élasticité de l'offre sur le marché mondial – le bien-être du grand pays augmente dans une mesure qui compense la perte liée à l'imposition du droit de douane. Grâce à son pouvoir de marché, le grand pays parvient ainsi à faire supporter une partie du droit de douane aux exportateurs étrangers. La réalité de la manipulation des termes de l'échange, même par des pays

¹⁰⁹⁶ M. RAINELLI, *Le commerce international*, 9^e éd., Paris, La Découverte, 2003, p. 72-76 ; P.H. LINDERT et T.A. PUGEL, *Économie internationale*, 10^e éd., Paris, Economica, 1997, p. 163-171 ; P. KRUGMAN et M. OBSTFELD, *International Economics – Theory and Policy*, Int'l ed., 6th ed., Boston, Addison Wesley, 2003, p. 195-196.

¹⁰⁹⁷ P.H. LINDERT et T.A. PUGEL, *Économie internationale*, 10^e éd., Paris, Economica, 1997, p. 187-211.

apparemment « petits » (car la taille s'apprécie en fonction du marché et varie donc selon les produits), a été constatée empiriquement¹⁰⁹⁸. Ceci étant, cette théorie économique est souvent contrée par un argument politique selon lequel, en pratique, l'action d'un gouvernement « protectionniste » n'est pas guidée par la théorie économique des termes de l'échange mais par divers groupes d'intérêt¹⁰⁹⁹.

Malgré l'avantage que retire le grand pays, l'effet du droit de douane reste globalement désavantageux si l'on considère la situation de l'ensemble du monde¹¹⁰⁰. En d'autres termes, l'imposition d'un droit de douane est toujours la source d'une inefficience économique, mais un grand pays peut parfois en reporter les conséquences sur les autres pays. On explique sur cette base l'utilité d'accords, tels ceux de l'OMC, par lesquels les États s'engagent à réduire ou à supprimer les droits de douane, sur une base de réciprocité (*infra*, n° 214).

Un droit de douane peut aussi se justifier, du point de vue du pays qui l'impose, si une augmentation de la production nationale crée des externalités positives, par exemple par le développement d'un savoir-faire particulier ou de synergies qui bénéficient aussi à d'autres branches d'industrie. Si elles sont suffisamment importantes, ces externalités peuvent compenser la perte produite par l'instauration du droit de douane. Cet argument fait partie d'une théorie plus générale des *market failures*, qui inclut également les situations des pays ne connaissant pas le plein emploi¹¹⁰¹.

Certains invoquent encore la théorie des industries naissantes à l'appui de politiques protectionnistes. Une protection se justifie alors pour sécuriser les premiers développements d'une branche d'industrie à l'abri de la concurrence internationale. Lorsque l'industrie est devenue suffisamment efficace, au terme d'un apprentissage par la pratique, la protection peut être levée et cette industrie peut concurrencer avec succès les autres producteurs mondiaux¹¹⁰². Lindert et Pugel citent l'exemple du développement de l'industrie automobile et de la construction électronique au Japon, dans la seconde moitié du XX^e siècle, qui s'est fait sous le

¹⁰⁹⁸ K. BAGWELL et R.W. STAIGER, « The WTO: Theory and Practice », *NBER Working Paper No. w15445*, October 2009, <http://www.nber.org/papers/w15445>, p. 13-15.

¹⁰⁹⁹ P. KRUGMAN et M. OBSTFELD, *International Economics – Theory and Policy*, Int'l ed., 6th ed., Boston, Addison Wesley, 2003, p. 221.

¹¹⁰⁰ P.H. LINDERT et T.A. PUGEL, *Économie internationale*, 10^e éd., Paris, Economica, 1997, p. 175-180 ; P. KRUGMAN et M. OBSTFELD, *International Economics – Theory and Policy*, Int'l ed., 6th ed., Boston, Addison Wesley, 2003, p. 223-224.

¹¹⁰¹ P. KRUGMAN et M. OBSTFELD, *International Economics – Theory and Policy*, Int'l ed., 6th ed., Boston, Addison Wesley, 2003, p. 224-228.

¹¹⁰² P.H. LINDERT et T.A. PUGEL, *Économie internationale*, 10^e éd., Paris, Economica, 1997, p. 226-229.

bénéfice d'une protection des industries nationales contre les importations. Un argument similaire existe en faveur des industries mourantes : le droit de douane apparaît alors comme une protection qui permet une branche d'industrie sur le déclin (et à ses travailleurs) de prendre le temps de se reconvertir dans un créneau plus porteur¹¹⁰³.

En abandonnant d'autres hypothèses encore, on peut justifier autrement les obstacles au commerce. Tel est notamment le cas si l'on s'attache spécifiquement aux aspects redistributifs¹¹⁰⁴, par exemple parce qu'on considère qu'un gain monétaire n'a pas nécessairement le même effet d'utilité ou de bien-être selon le bénéficiaire qui l'obtient¹¹⁰⁵. C'est particulièrement le cas si l'on accepte que le bien-être des individus est une fonction positive mais décroissante de leur revenu, conformément à l'intuition qu'un euro supplémentaire dans l'escarcelle d'un pauvre lui est plus profitable que le même euro qui s'ajoute au magot d'un riche. L'obstacle au commerce se justifie alors en tant qu'il augmente la richesse d'une tranche de la population pour laquelle cette augmentation de richesse accroît considérablement le bien-être, même si la richesse totale diminue.

À tous ces arguments à l'exception du premier, les partisans du libre-échange répondent toutefois qu'il reste préférable pour l'État d'accepter le libre-échange et de pratiquer en interne une politique explicite de redistribution¹¹⁰⁶. Il peut au besoin taxer les bénéficiaires du libre-échange et affecter l'argent ainsi obtenu à financer une politique ciblant directement le but à atteindre : compenser les effets des externalités, favoriser les industries naissantes, ou encore augmenter les revenus d'une catégorie défavorisée de la population¹¹⁰⁷. Des modèles économiques montrent en effet qu'une subvention directe entraîne moins de pertes qu'un droit de douane d'un effet équivalent¹¹⁰⁸.

¹¹⁰³ P.H. LINDERT et T.A. PUGEL, *Économie internationale*, 10^e éd., Paris, Economica, 1997, p. 230-234.

¹¹⁰⁴ P.H. LINDERT et T.A. PUGEL, *Économie internationale*, 10^e éd., Paris, Economica, 1997, p. 236.

¹¹⁰⁵ Pour l'identification de cette hypothèse, P. KRUGMAN et M. OBSTFELD, *International Economics – Theory and Policy*, Int'l ed., 6th ed., Boston, Addison Wesley, 2003, p. 195-196.

¹¹⁰⁶ P. KRUGMAN et M. OBSTFELD, *International Economics – Theory and Policy*, Int'l ed., 6th ed., Boston, Addison Wesley, 2003, p. 226-228.

¹¹⁰⁷ P.H. LINDERT et T.A. PUGEL, *Économie internationale*, 10^e éd., Paris, Economica, 1997, p. 220-222.

¹¹⁰⁸ P.H. LINDERT et T.A. PUGEL, *Économie internationale*, 10^e éd., Paris, Economica, 1997, p. 223-225. Pour une discussion de l'idée plus générale qu'il existe (presque) toujours une mesure interne plus efficace qu'une mesure commerciale, v. R. HOWSE, « The legitimacy of the World Trade Organization », in J.-M. COICAUD et V. HEISKANEN (eds), *The legitimacy of international organizations*, New York, United Nations University Press, 2001, p. 366 et s.

§ 2. La réalisation du libre-échange par l'OMC

211. Libre-échange et traités internationaux

Le principe de souveraineté (*supra*, n^{os} 169 et s.) permet, en règle, à chaque État de décider de sa politique commerciale ; il peut donc en principe opter unilatéralement pour le libre-échange, indépendamment de la politique adoptée par les autres États. Cette liberté de principe connaît toutefois des limites, qui se situent principalement dans l'égale liberté des autres États et dans les règles générales du droit international public dont certaines, comme la liberté de la haute mer¹¹⁰⁹ ou les embargos décrétés par le Conseil de sécurité¹¹¹⁰, ont une incidence considérable (positive ou négative) sur le développement du commerce international.

Eu égard aux effets des obstacles au commerce sur les termes de l'échange (*supra*, n° 210), mais surtout pour des raisons politiques, la plupart des États envisagent leurs relations commerciales comme un dilemme du prisonnier, dans lequel une attitude coopérative – une réduction ou une suppression des obstacles au commerce – ne se justifie que si les autres États en font de même¹¹¹¹. L'influence des lobbys protectionnistes est contrée par celle des lobbys d'exportateurs, ce qui explique que l'établissement du libre-échange passe par la conclusion de traités même dans les cas où l'analyse purement économique le justifierait sur une base unilatérale¹¹¹².

Dans cette mesure, les collectivités politiques ont de tout temps, et même avant que n'existent des États au sens moderne du terme, conclu des accords pour réduire les obstacles au commerce. Par exemple, l'empire byzantin taxait les importations grâce à des bureaux situés sur ses frontières terrestre et maritime¹¹¹³ mais dès le X^e siècle, les Vénitiens ont conclu des accords avec les empereurs d'Orient, actés sous la forme de chrysobulles, afin d'être exemptés de ces taxes visant spécifiquement le commerce international¹¹¹⁴.

¹¹⁰⁹ J. VERHOEVEN, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 554 et s.

¹¹¹⁰ V. par exemple la Résolution du Conseil de sécurité 661 (1990) du 6 août 1990, décrétant un embargo très large à la suite de l'invasion du Koweït par l'Irak.

¹¹¹¹ P. KRUGMAN et M. OBSTFELD, *International Economics – Theory and Policy*, Int'l ed., 6th ed., Boston, Addison Wesley, 2003, p. 236. Sur la manière d'assurer l'effectivité de cette coopération, v. *infra*, n^{os} 216 et s.

¹¹¹² J.O. MCGINNIS, « The Political Economy of Global Multilateralism », *Chicago Journ. Int. L.* 1(2), 2000, p. 386.

¹¹¹³ F.L. GANSHOF, *Histoire des relations internationales – Tome premier : le Moyen-Âge*, 4^e éd., Paris, Hachette, 1968, p. 140-141.

¹¹¹⁴ H. PIRENNE, *Histoire économique et sociale du Moyen Âge*, Paris, P.U.F., 1969, p. 16-17.

Les Accords de l'OMC représentent la forme actuelle de ce type d'accords dont le champ d'application est le plus large. Ils ne sont cependant pas seuls. De très nombreux autres traités ont pour but de faciliter le commerce international : ils vont parfois plus loin que le droit de l'OMC, mais ne s'appliquent qu'entre un nombre plus restreint d'États. Le nombre d'accords dits « régionaux » s'accroît tellement¹¹¹⁵ que l'articulation de ces accords avec le droit de l'OMC devient problématique. Le dernier Rapport sur le commerce mondial est d'ailleurs consacré à cette question¹¹¹⁶.

Ceci étant, les Accords de l'OMC jouent indubitablement un rôle important dans le maintien et l'approfondissement d'une ouverture internationale aux échanges commerciaux. On peut le constater à l'examen des principales règles qu'ils prévoient (*infra*, n° 212), même si des exceptions importantes subsistent (*infra*, n° 213). Les économistes justifient aussi, de manière théorique, l'existence de règles imposant le libre-échange (*infra*, n° 214).

212. Principales règles de l'OMC imposant la libéralisation du commerce

Que l'OMC ait pour mission de discipliner les échanges commerciaux, notamment en vue de réduire les obstacles au commerce, est une chose évidente. Le préambule de l'Accord de Marrakech expose que les États contractants souhaitent conclure des

« accords visant, sur une base de réciprocité et d'avantages mutuels, à la réduction substantielle des tarifs douaniers et des autres obstacles au commerce et à l'élimination des discriminations dans les relations commerciales internationales ».

Ceci passe en premier lieu par les listes de concessions tarifaires, qui consolident (plafonnent) les droits de douane que chaque État peut exiger à l'importation des différentes catégories de marchandises. L'histoire du GATT, puis de l'OMC, est faite de cycles de négociations au cours desquels les droits de douane ont été progressivement réduits, d'abord dans des négociations produit par produit, ensuite à l'aide de formules s'appliquant en principe à tous les droits de douane (*infra*, n° 318).

Le GATT et l'OMC limitent aussi les mesures non tarifaires. Dès le départ, les restrictions quantitatives explicites ont été interdites dans leur principe (art. XI GATT). À partir des années 1970, les États ont aussi cherché à réduire les obstacles moins explicites. C'est ainsi qu'ils ont notamment réglementé, en vue de leur limitation, les mesures antidumping et antisubventions

¹¹¹⁵ Au 15 janvier 2012, l'OMC a reçu la notification de 511 accords commerciaux régionaux au sens de l'article XXIV du GATT, de l'article V de l'AGCS et de la Clause d'habilitation. 319 de ces accords sont en vigueur à la même date (http://www.wto.org/french/tratop_f/region_f/region_f.htm, 24 janvier 2012).

¹¹¹⁶ ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE, *Rapport sur le commerce mondial 2011. L'OMC et les accords commerciaux préférentiels : de la coexistence à la cohérence*, Genève, 2011, spéc. p. 40-198.

(Accords AD et SMC), les mesures sanitaires et phytosanitaires (Accord SPS) et les obstacles techniques au commerce (Accord OTC). Les normes de type administratif ou douanier n'ont pas été oubliées, avec notamment les Accords sur l'évaluation en douane, les règles d'origine ou les licences d'importation.

Les obstacles au commerce dans les secteurs agricole et des textiles – qui avaient persisté plus largement que dans les autres secteurs – ont aussi été intégrés dans les disciplines multilatérales même si, sous l'effet notamment de dispositions d'exception, les barrières commerciales restent importantes dans ces secteurs.

Fruit de cycle de l'Uruguay, l'AGCS a limité les obstacles au commerce des services ; il a été complété par les Accords sur les services financiers et sur les télécommunications de base.

213. Exceptions : certaines règles de l'OMC n'imposent pas directement le libre-échange

Plusieurs règles de l'OMC admettent toutefois d'importantes restrictions au libre-échange.

Les listes de concessions elles-mêmes, en négatif, autorisent le maintien de droits de douane qui peuvent, dans certains cas, être très élevés. Le droit de l'OMC n'interdit pas non plus, en principe, les taxes à l'exportation, dont l'effet sur les termes de l'échange est identique à celui d'un droit de douane à l'importation¹¹¹⁷.

Les exceptions dites générales des articles XX et XXI du GATT et leurs équivalents dans les autres Accords permettent en outre aux États de déroger unilatéralement à leurs engagements lorsqu'ils peuvent faire valoir un des motifs d'intérêts général (national) énoncés par ces dispositions. Des dérogations temporaires sont aussi possibles à titre de mesures de sauvegarde (art. XIX GATT et Accord SG) ou pour rééquilibrer la balance des paiements (art. XII GATT). Enfin, le Conseil général peut décider d'accorder une dérogation à l'un ou plusieurs membres (art. IX.3 et 4 OMC).

L'exception en faveur des « accords régionaux » (art. XXIV GATT), en particulier les unions douanières et les zones de libre-échange, doit, dans ce contexte, être traitée séparément. Elle vise à permettre une libéralisation plus poussée, puisque qu'impliquant en règle la suppression de tous les droits de douane pour « l'essentiel des échanges commerciaux », mais avec un champ d'application territorial plus restreint. C'est une exception aux règles de non-discrimination mais pas directement à l'objectif de libéralisation poursuivi par l'OMC. Ceci étant,

¹¹¹⁷ W.J. ETHIER, « Political Externalities, Nondiscrimination, and a Multilateral World », *R. Int. Econ.* 12(3), 2004, p. 304.

les accords régionaux peuvent aussi réduire le bien-être, dès lors qu'ils détournent parfois le commerce en faveur des producteurs de la zone et au détriment de producteurs plus efficaces situés en dehors. L'effet de ce détournement pour les consommateurs peut dépasser le gain qu'ils retirent d'une augmentation des échanges¹¹¹⁸.

Comme on l'a dit, certains secteurs, et en particulier l'agriculture, restent encore fortement marqués par les politiques protectionnistes.

Envisagées telles quelles et en dehors de tout contexte de négociation d'un accord commercial, ces diverses exceptions paraissent effectivement contraires à l'objectif premier que poursuit l'OMC, soit la libéralisation du commerce mondial. Leur présence est cependant une des conditions qui, sur le plan politique à tout le moins, permettent aux États d'accepter un accord comme celui de l'OMC. S'il ne contenait pas d'exceptions, l'Accord de Marrakech n'aurait pas été signé ni maintenu en vigueur.

214. Justifications économiques des traités de libéralisation du commerce selon K. Bagwell et R. Staiger

K. Bagwell et R. Staiger ont étudié en profondeur les aspects économiques du droit économique international¹¹¹⁹ et sont aujourd'hui deux représentants reconnus de la théorie dominante du rôle de l'OMC et de l'explication économique de ses règles¹¹²⁰. Ils identifient trois principales raisons (économiques) pour la conclusion de traités de libéralisation du commerce international.

La première part de l'hypothèse que certains États peuvent, par leur politique commerciale, influencer en leur faveur les termes de l'échange (*supra*, n° 210). La situation en l'absence de traité se présente alors comme un dilemme du prisonnier classique : la non-coopération (en l'espèce, l'imposition du droit de douane qui maximise les termes de l'échange) constitue un équilibre de Nash¹¹²¹, mais chaque État aurait intérêt à coopérer si l'autre coopère également. La situation optimale pour chaque État serait d'imposer un droit de douane alors que l'autre pratique le libre-échange (*free riding*), mais ceci ne peut évidemment constituer un équilibre.

¹¹¹⁸ P.H. LINDERT et T.A. PUGEL, *Économie internationale*, 10^e éd., Paris, Economica, 1997, p. 289-293.

¹¹¹⁹ V. not. K. BAGWELL et R.W. STAIGER, « An Economic Theory of GATT », *Amer. Econ. Rev.* 89(1), 1999, p. 215-248 ; K. BAGWELL et R.W. STAIGER, *The Economics of the World Trading System*, Cambridge (MA), London, MIT Press, 2002, 224 p.

¹¹²⁰ W.J. ETHIER, « The theory of trade policy and trade agreements: A critique », *Eur. Journ. Pol. Econ.* 23, 2007, p. 605 et s., qui parle de la « received theory ».

¹¹²¹ En théorie des jeux, un équilibre de Nash est la situation dans laquelle aucune des parties n'a intérêt à modifier sa stratégie si l'autre partie ne change pas aussi la sienne ou, pour le dire autrement, dans laquelle le comportement de chaque partie est la meilleure réponse possible pour elle au comportement des autres (v. K. BINMORE, *Game Theory*, Oxford University Press, 2007, p. 11 et s.).

Dans cette configuration, le traité de libéralisation des échanges commerciaux permet de sortir du dilemme du prisonnier, en convenant explicitement des termes de la coopération (v. aussi *infra*, n° 217). Des études empiriques corroborent cette explication : on peut observer que des pays non liés par des règles commerciales fixent des droits de douane plus élevés pour les produits pour lesquels ils ont un pouvoir de marché, et qu'ils réduisent ces droits lorsqu'ils accèdent à l'OMC¹¹²². Dans ce modèle, les dirigeants étatiques recherchent uniquement la maximisation du bien-être de l'État en déterminant leur politique en fonction de ses effets sur les termes de l'échange, ce qui est peu plausible eu égard aux contraintes politiques auxquelles ils sont soumis¹¹²³.

Dans un deuxième modèle, les auteurs ajoutent l'idée que les gouvernants sont aussi contraints par les effets redistributifs de leur politique. Même sous cette hypothèse, les États ont intérêt à conclure des traités de commerce fixant des droits de douane inférieurs à ceux de l'équilibre de Nash, pour éviter que chaque État cherche à reporter sur l'autre une partie des coûts de sa politique commerciale. Un accord de libéralisation permet, dans ce contexte, de mener une politique redistributive sans qu'elle soit biaisée par une stratégie basée sur les termes de l'échange, cette dernière étant la seule source d'inefficience¹¹²⁴. On en revient finalement au premier modèle, mais en y intégrant l'idée que les termes de l'échange ne sont pas la seule motivation des États. Le libre-échange total n'est alors plus nécessairement la politique optimale, même pour un petit pays, mais il reste avantageux de conclure des traités qui fixent les droits de douane à un montant inférieur à celui qui résulterait de l'équilibre de Nash dans lequel ces droits seraient décidés unilatéralement¹¹²⁵.

Enfin, rendre crédibles les engagements de l'État envers ses acteurs économiques privés peut représenter une troisième raison d'être des traités de libéralisation du commerce. Plutôt que d'envisager les relations entre deux États, on examine ici les relations entre un État et les

¹¹²² V. le résumé de C.P. BOWN, *Self-Enforcing Trade. Developing Countries and WTO Dispute Settlement*, Washington, Brookings Institution Press, 2009, p. 19.

¹¹²³ K. BAGWELL et R.W. STAIGER, « An Economic Theory of GATT », *Amer. Econ. Rev.* 89(1), 1999, p. 216 ; K. BAGWELL et R.W. STAIGER, *The Economics of the World Trading System*, Cambridge (MA), London, MIT Press, 2002, p. 15-18 ; K. BAGWELL et R.W. STAIGER, « The WTO: Theory and Practice », *NBER Working Paper No. w15445*, October 2009, <http://www.nber.org/papers/w15445>, 37 p.

¹¹²⁴ K. BAGWELL et R.W. STAIGER, « The WTO: Theory and Practice », *NBER Working Paper No. w15445*, October 2009, <http://www.nber.org/papers/w15445>, p. 7-9.

¹¹²⁵ K. BAGWELL et R.W. STAIGER, « An Economic Theory of GATT », *Amer. Econ. Rev.* 89(1), 1999, p. 215-221 ; K. BAGWELL et R.W. STAIGER, *The Economics of the World Trading System*, Cambridge (MA), London, MIT Press, 2002, p. 18-32.

entreprises qui en dépendent¹¹²⁶. Si l'État peut facilement modifier sa politique commerciale, il peut être tenté de « tromper » l'industrie au bénéfice des consommateurs, en feignant de lui accorder une protection, qu'il s'empresse de retirer une fois que l'industrie a fait d'importants investissements ou a décidé de la quantité à produire. Un traité international permet de rendre la politique commerciale de l'État plus stable et plus prévisible (comp. art. 3.2 MRD), et donc son maintien dans la durée plus crédible¹¹²⁷.

§ 3. Le fondement des sanctions dans la théorie du libre-échange

215. Rapports ambigus entre sanctions et libre-échange

Les sanctions de l'OMC paraissent, à première vue, contraires à l'objectif de libre-échange¹¹²⁸. Elles consistent en effet à autoriser l'État plaignant à ériger de nouveaux obstacles au commerce, ce qui, par rapport à l'objectif général de l'OMC, apparaît comme une régression. Certains ont même risqué une analogie avec le cas (fictif) où l'OMS autoriserait un État à répandre volontairement des maladies dans les États qui ne respecteraient pas leurs obligations¹¹²⁹. On dépasse ce premier constat en analysant les rapports entre les sanctions et la théorie du libre-échange.

L'existence de sanctions – sans qu'on envisage ici leur forme ni leur configuration – se justifie avant tout pour faire respecter les règles de fond visant la réduction des obstacles au commerce (*supra*, n^{os} 211-214). Même si les sanctions ne sont pas la seule raison qu'ont les agents de se conformer aux règles, elles contribuent évidemment à ce respect. En ce sens, comme A. Smith l'avait déjà compris¹¹³⁰, elles participent à la libéralisation du commerce, à condition qu'elles demeurent à l'état de menace ou qu'elles soient efficaces et (donc) temporaires (1.).

¹¹²⁶ V. aussi K. BAGWELL et R.W. STAIGER, « The WTO: Theory and Practice », *NBER Working Paper No. w15445*, October 2009, <http://www.nber.org/papers/w15445>, p. 12-13.

¹¹²⁷ K. BAGWELL et R.W. STAIGER, *The Economics of the World Trading System*, Cambridge (MA), London, MIT Press, 2002, p. 32-34.

¹¹²⁸ D.A. BALDWIN, « Prologomena to Thinking about Economic Sanctions and Free Trade », *Chicago Journ. Int. L.* 4(2), 2003, p. 278 ; M.R. ISLAM, « Recent Trade Sanctions on the US to Induce Compliance with the WTO Ruling in the Foreign Sales Corporations Case: Its Policy Contradiction Revisited », *J.W.T.*, 2004, p. 472.

¹¹²⁹ S. CHARNOVITZ, « Should the Teeth Be Pulled? An Analysis of WTO Sanctions », in D.L.M. KENNEDY et J.D. SOUTHWICK (eds), *The Political Economy of International Trade Law – Essays in Honor of Robert E. Hudec*, Cambridge University Press, 2002, p. 622.

¹¹³⁰ V. les extraits cités par D.A. BALDWIN, « Prologomena to Thinking about Economic Sanctions and Free Trade », *Chicago Journ. Int. L.* 4(2), 2003, p. 279.

Le libre-échange n'est pas un objectif en soi, mais une manière d'améliorer l'efficacité du système économique mondial. Dans cette perspective, les suspensions d'obligations peuvent aussi apparaître comme une manière d'être plus efficace que le libre-échange dans les (rares) cas où cela serait possible (2.).

1. Sanctions comme garantes de la coopération dans une analyse de théorie des jeux

216. Jeux répétés et *tit-for-tat*

La théorie des jeux répétés est une manière d'expliquer l'émergence et le maintien d'une coopération entre les participants¹¹³¹.

La théorie part de la situation classique du dilemme du prisonnier où, si l'on s'en tient strictement aux hypothèses, tous les joueurs choisissent la stratégie de défection, indépendamment de la position des autres joueurs. On est donc face à un équilibre de Nash non coopératif¹¹³², alors que chacun des participants préférerait la situation où tous jouent la carte de la coopération.

Les choses s'analysent différemment lorsque le jeu est répété entre les mêmes joueurs, car la réciprocité peut alors entrer en ligne de compte. Si le jeu est répété un nombre limité de fois, et que les joueurs connaissent le moment où le jeu s'arrêtera, ils n'ont aucune raison de coopérer dans la dernière manche. Anticipant que le résultat de celle-ci sera non coopératif (comme dans un dilemme du prisonnier classique), les joueurs tiendront le même raisonnement pour l'avant-dernière manche, et ainsi de suite à rebours, de sorte que l'ensemble du jeu sera non coopératif¹¹³³.

Tel n'est cependant pas le cas lorsque les joueurs savent qu'ils interagiront un nombre indéterminé de fois dans l'avenir, sans qu'ils aperçoivent *a priori* le terme de cette interaction. Dans cette hypothèse, une stratégie payante peut être de coopérer, en espérant que les autres fassent de même. Ce sera effectivement le cas si tous tiennent ce raisonnement. À l'évidence, toute défection doit être punie (mais pas nécessairement par la victime). À cet égard, deux stratégies de rétorsion sont possibles : soit ces autres joueurs cessent de coopérer à tout jamais,

¹¹³¹ Pour une application au droit international, J.L. GOLDSMITH et E.A. POSNER, « A Theory of Customary International Law », *University of Chicago L. R.* 66, 1999, p. 1113-1177 ; F. PARISI et N. GHEI, « The Role of Reciprocity in International Law », *Cornell Int. L. Journ.* 36(1), 2003, p. 93-123.

¹¹³² K. BINMORE, *Game Theory*, Oxford University Press, 2007, p. 17 et s.

¹¹³³ K. BINMORE, *Game Theory*, Oxford University Press, 2007, p. 71-72 ; R. AXELROD, *Donnant donnant – Théorie du comportement coopératif*, trad. M. Garène, Paris, Odile Jacob, 1992, p. 22.

de sorte que la coopération cesse définitivement¹¹³⁴, soit ils suspendent la coopération jusqu'à ce que le premier joueur la reprenne, auquel cas ils se montrent indulgents et recommencent aussi à coopérer. La seconde stratégie est généralement dénommée *tit-for-tat* ou donnant donnant¹¹³⁵. Les *pay-off* ne sont pas identiques dans les deux cas, mais les deux théories démontrent en tout cas qu'un jeu indéfiniment répété où la défection est punie peut produire une situation de coopération¹¹³⁶. Les recherches de R. Axelrod montrent que *tit-for-tat* serait globalement la meilleure stratégie¹¹³⁷, en particulier si les joueurs accordent une importance suffisante aux interactions futures, et même si cette stratégie est occasionnellement, eu égard à l'environnement, surpassée par une autre¹¹³⁸. Ceci tient à ses caractéristiques de « bienveillance » (elle ne cherche pas à exploiter les autres joueurs), de susceptibilité (elle punit toute défection), d'indulgence (elle reprend la coopération dès que les autres joueurs en font de même) et de transparence (les autres joueurs comprennent facilement son mode de fonctionnement)¹¹³⁹.

217. L'application du droit de l'OMC est un jeu non coopératif et répété

Dans le dilemme du prisonnier, les joueurs ne peuvent communiquer entre eux ni, *a fortiori*, s'accorder sur l'attitude qu'ils vont adopter pendant le jeu. C'est précisément l'inverse dans le cadre de l'application du droit de l'OMC, puisque les États membres sont, au terme de longues discussions, convenus de règles régissant leur politique commerciale et qu'ils maintiennent des contacts et des discussions permanents.

Cependant, dans l'état actuel de la société internationale et de son droit, l'exécution forcée du traité n'est pas garantie par une autorité dotée d'un pouvoir de contrainte effectif. La conclusion d'un accord ne suffit donc pas pour garantir la coopération, ce qui intéresse la théorie des jeux.

¹¹³⁴ Stratégie dénommée « Friedman » par R. AXELROD, *Donnant donnant – Théorie du comportement coopératif*, trad. M. Garène, Paris, Odile Jacob, 1992, p. 45.

¹¹³⁵ R. AXELROD, *Donnant donnant – Théorie du comportement coopératif*, trad. M. Garène, Paris, Odile Jacob, 1992, p. 24.

¹¹³⁶ K. BINMORE, *Game Theory*, Oxford University Press, 2007, p. 71-82 ; P. LIVET, « Obligation et théorie des jeux », *Arch. philo. dr.*, 2000, p. 167-168.

¹¹³⁷ R. AXELROD, *Donnant donnant – Théorie du comportement coopératif*, trad. M. Garène, Paris, Odile Jacob, 1992, p. 37 et s.

¹¹³⁸ R. AXELROD, *Donnant donnant – Théorie du comportement coopératif*, trad. M. Garène, Paris, Odile Jacob, 1992, p. 56 et 122-123.

¹¹³⁹ R. AXELROD, *Donnant donnant – Théorie du comportement coopératif*, trad. M. Garène, Paris, Odile Jacob, 1992, p. 61.

La coopération peut être effective si les États exécutent volontairement le traité qu'ils ont signé, parce que les règles de ce traité sont, en elles-mêmes, dans l'intérêt de l'État : c'est le cas le plus fréquent. Cette situation n'appelle guère d'autres commentaires dans ce contexte.

Par contre, si les États ont intérêt à violer le traité, l'absence d'une autorité contraignante empêche que la coopération soit garantie, nonobstant le traité liant les États. Si l'on pose que les États peuvent influencer les termes de l'échange grâce à leur politique commerciale (*supra*, n° 210) et que rien ne les contraint à respecter les accords de libéralisation de l'OMC, alors ils ont un intérêt de court terme au *free riding*. La situation de coopération est certes préférable à l'équilibre de Nash, mais il est en effet encore plus avantageux pour chaque État de ne pas coopérer (c'est-à-dire d'imposer un droit de douane maximisant les gains qu'il retire d'une amélioration des termes de l'échange) alors que les autres États continuent de coopérer (donc de n'imposer que le droit moindre convenu dans l'accord).

Cette situation est donc non coopérative au sens de la théorie des jeux, nonobstant l'existence d'un accord juridiquement obligatoire, ce qui permet de modéliser ce type de relations économiques internationales comme un dilemme du prisonnier. Dans ce cas de figure, aucune coopération ne s'établit entre les États, sauf si le jeu est répété et si la défection est suivie d'une punition.

Même si l'on se limite au domaine des relations économiques, les États sont amenés à interagir constamment et, *a priori*, indéfiniment¹¹⁴⁰. Par rapport au modèle classique basé sur deux marchandises et deux États, on peut même affirmer que l'interaction est multiple à chaque instant, puisqu'elle concerne les relations avec chacun des autres États et à propos de chaque type de bien ou de service. Dans la réalité, l'interaction entre États ne se limite d'ailleurs pas aux relations économiques : elle s'étend aux domaines militaire, politique, sanitaire, etc. Tout État peut donc craindre qu'une attitude non coopérative de sa part soit sanctionnée par les autres États, ce qui peut conduire à un équilibre coopératif.

Le caractère indéfiniment répété du jeu ne s'analyse évidemment pas de la même manière lorsqu'on l'envisage, non dans le chef de l'État, mais dans celui de ses gouvernants¹¹⁴¹ (*infra*, n° 247 et s.).

¹¹⁴⁰ V. K.W. ABBOTT, « The Trading Nation's Dilemma: The Functions of the Law of International Trade », *Harvard Int. L. Journ.* 26(2), 1985, p. 507.

¹¹⁴¹ K.W. ABBOTT, « The Trading Nation's Dilemma: The Functions of the Law of International Trade », *Harvard Int. L. Journ.* 26(2), 1985, p. 507.

218. Les sanctions favorisent le maintien de la coopération entre les États

Les sanctions du commerce international sont alors comprises comme la punition nécessaire, dans un contexte de jeux répétés, pour stabiliser l'équilibre coopératif. Chaque État met en balance les avantages à long terme de la coopération (avantages qui disparaissent en cas de rétorsion) avec les bénéfices à court terme d'une défection. Si le droit de douane consolidé n'est pas trop éloigné du droit qu'il établirait unilatéralement, chaque État préfère coopérer que tricher, et l'accord commercial est respecté¹¹⁴².

La situation est cependant plus complexe qu'un simple jeu répété, notamment parce que les Accords de l'OMC autorisent aussi une suspension de concessions ou d'autres obligations en l'absence de toute violation des Accords, par exemple en matière de sauvegardes (art. 8.2 SG) ou à la suite d'une plainte en situation de non-violation (art. 26 MRD), ou encore parce que des mesures commerciales (sauvegardes ou surtout droits antidumping) sont parfois utilisées avec une visée de rétorsion au sens de la théorie des jeux¹¹⁴³. Certains cherchent aussi à comprendre comment le système de sanctions entraîne une libéralisation progressive du commerce international¹¹⁴⁴.

La réflexion peut être poussée plus loin. Ainsi, l'interdiction des comportements unilatéraux prévue à l'article 23 MRD peut se comprendre comme une manière d'éviter une escalade dans les sanctions menant à ce qu'un État sanctionne un autre qui l'a sanctionné. Grâce à l'interdiction de l'unilatéralisme, et contrairement à la situation qui résulte de l'exception d'inexécution en droit interne des contrats, l'auteur de la violation initiale du traité est clairement identifié. S'il est autorisé à imposer des sanctions, l'État défendeur ne peut raisonnablement prétendre que ces sanctions (si elles sont appliquées conformément à la décision de l'ORD) constituent elles-mêmes une violation du traité justifiant des sanctions. A *fortiori*, l'ORD ne pourrait pas, sans se contredire de manière évidente, autoriser de telles sanctions. Sous l'angle de la théorie des jeux, cette règle a pour effet d'éviter la situation d'« écho », soit une réponse de type *tit-for-tat* à ce qui constitue déjà une sanction (« effet tertiaire »), et dont R. Axelrod a montré combien elle était néfaste à la coopération¹¹⁴⁵, ce qui

¹¹⁴² K. BAGWELL et R.W. STAIGER, *The Economics of the World Trading System*, Cambridge (MA), London, MIT Press, 2002, p. 95 et s.

¹¹⁴³ Pour une analyse économique en ce sens, A. MARTIN et W. VERGOTE, « On the role of retaliation in trade agreements », *Journ. Int. Econ.* 76, 2008, p. 61-77.

¹¹⁴⁴ B. ZISSIMOS, « The GATT and gradualism », *Journ. Int. Econ.* 71, 2007, p. 410-433, avec toutefois une modélisation des sanctions qui ne correspond guère aux règles en vigueur ni surtout à la pratique.

¹¹⁴⁵ R. AXELROD, *Donnant donnant – Théorie du comportement coopératif*, trad. M. Garène, Paris, Odile Jacob, 1992, p. 46 et s.

apparaît aussi dans le fonctionnement pratique de l'exception d'inexécution en droit des contrats (*infra*, n° 406). Une des solutions à la situation d'écho est, précisément, d'établir une autorité chargée de faire respecter les règles :

« Une solution est de trouver un pouvoir central capable de remettre de l'ordre, en imposant l'autorité de la loi aux deux camps. »¹¹⁴⁶

L'OMC n'est certes pas capable, à elle seule, d'imposer dans tous les cas le respect des règles, mais elle parvient à tout le moins à prévenir, au minimum à limiter fortement, les guerres commerciales qui sont constitutives de situations d'écho au sens de R. Axelrod (v. aussi *infra*, n° 417).

2. Sanctions comme mécanisme d'adaptation (*efficient breach*, *rebalancing*)

219. *Efficient breach* dans l'analyse économique du droit

Dans le point précédent, les sanctions sont envisagées comme un mécanisme destiné à maintenir la coopération entre États, c'est-à-dire à faire respecter le droit de l'OMC. On change ici de perspective, en considérant la théorie de l'*efficient breach*, selon laquelle il est parfois préférable que les obligations ne soient pas respectées.

Dans l'analyse économique du droit, deux personnes ne s'engagent par contrat que si cette opération est Pareto-améliorante, c'est-à-dire qu'elle augmente l'utilité d'une des deux parties au moins, sans diminuer celle de l'autre. Généralement, le surplus d'utilité créé par l'opération est réparti entre les deux parties, en proportions variables.

En particulier lorsque l'exécution du contrat s'étend dans la durée, ou lorsqu'elle dépend d'un terme ou d'une condition, d'une manière générale lorsqu'elle est affectée d'une incertitude (contrat incomplet), il peut arriver que les circonstances évoluent et que l'exécution du contrat ne soit plus profitable à une des parties. Étant donné les circonstances nouvelles, cette partie préférerait être déliée du contrat. Elle préférerait même ne pas respecter ses engagements et payer à l'autre partie une réparation qui la place dans une situation équivalente à celle qu'elle aurait connue si le contrat avait été parfaitement exécuté, si la réparation à payer est moindre que le gain réalisé par la première partie en n'exécutant *pas* le contrat.

L'analyse économique du droit décrit cette situation comme un *efficient breach*. Dans ce cas, le droit serait mal configuré s'il obligeait les parties à respecter le contrat. Il faut, au contraire,

¹¹⁴⁶ R. AXELROD, *Donnant donnant – Théorie du comportement coopératif*, trad. M. Garène, Paris, Odile Jacob, 1992, p. 182.

permettre qu'il ne soit pas respecté, tout en prévoyant une indemnité suffisante pour la victime de la violation. Malgré cette réparation en faveur de la victime, la violation du contrat dégage un surplus par rapport à l'exécution en nature du contrat.

Trois méthodes juridiques sont possibles : soit les parties ont prévu l'hypothèse contractuellement (clause de force majeure ou clause pénale, par exemple), soit une partie peut unilatéralement décider de violer ses engagements, et elle est responsable du paiement d'une réparation à la victime (*liability rule*), soit elle doit préalablement négocier avec l'autre partie et la convaincre (aussi moyennant le paiement d'une réparation) de renoncer à l'exécution de l'accord (*property rule*). Ces méthodes peuvent différer notamment par les coûts de transaction qu'elles impliquent mais elles aboutissent toutes à une inexécution de l'accord si cette inexécution est préférable au sens de Pareto¹¹⁴⁷.

L'*efficient breach* se présente ainsi comme un mécanisme économiquement efficient, donc souhaitable, d'adaptation des obligations des agents à une évolution des circonstances qui affecte la structure de leurs préférences.

220. Les sanctions de l'OMC comme *efficient breach*

On peut appliquer le même raisonnement au droit du commerce international.

Si les circonstances peuvent évoluer de manière telle que les accords de libéralisation cessent d'être avantageux pour l'une des parties, au point qu'elle préfère revenir sur ses engagements et indemniser les États lésés, alors – disent les partisans de la théorie de l'*efficient breach* – il faut que cette partie puisse agir ainsi. Dans cette perspective, les articles XXIII GATT et 22 MRD posent une *liability rule*, au sein de laquelle les sanctions représentent la réparation que l'État défendeur doit payer aux États lésés lorsqu'il décide de violer ses engagements.

Sous cet angle, le couple violation-sanction ressemble à la mesure de sauvegarde et à la renégociation des Accords telle que prévue par l'article XXVIII GATT. Les trois mécanismes peuvent être considérés comme une *liability rule* au sens décrit *supra*, même en tenant compte de l'interdiction, pendant les trois premières années et dans certaines conditions, de suspendre des concessions à l'égard de l'État qui impose une mesure de sauvegarde¹¹⁴⁸. Le choix d'une *liability rule* s'explique par le nombre d'États membres : en cas de *property rule*, les coûts de

¹¹⁴⁷ W.F. SCHWARTZ et A.O. SYKES, « The Economic Structure of Renegotiation and Dispute Resolution in the World Trade Organization », *Journ. Legal Studies* 31(1)pt2, 2002, p. S181-S183 et S185.

¹¹⁴⁸ V. art. 8.3 SG. W.F. SCHWARTZ et A.O. SYKES, « The Economic Structure of Renegotiation and Dispute Resolution in the World Trade Organization », *Journ. Legal Studies* 31(1)pt2, 2002, p. S185-S188.

transaction nécessaires pour négocier *ex ante* le non-respect des Accords seraient énormes, et chaque État utiliserait le pouvoir qu'il tient de la nécessité d'obtenir son accord pour extraire une contrepartie exorbitante¹¹⁴⁹. La dérogation (art. IX.3 et IX.4 OMC) est l'exemple-type de la *property rule*.

Pour les tenants de cette théorie, la violation du droit ne survient rationnellement que dans une situation d'*efficient breach*, c'est-à-dire lorsque la violation représente une amélioration au sens de Pareto. Si tel n'est pas le cas, le prix à payer à titre de réparation (les sanctions) est plus important que le gain retiré du non-respect de l'accord, et l'État concerné n'opte pas pour la violation.

Ceci permet à la plupart des auteurs d'éviter de s'interroger plus avant sur les raisons exactes pour lesquelles il deviendrait préférable de violer les Accords de l'OMC. On peut évidemment penser à toutes sortes de transformations économiques qui modifient les équilibres concurrentiels et les capacités d'un État d'altérer les termes de l'échange. L'évolution peut aussi venir des préférences des dirigeants¹¹⁵⁰, qui souhaitent redistribuer les richesses en faveur de tel ou tel sous-groupe. Mais, dans ce modèle, peu importe : si l'État préfère violer son engagement tout en « payant » une réparation complète à ses cocontractants, il faut lui laisser cette possibilité.

L'existence d'une réparation est cependant plus difficile à cerner qu'en matière contractuelle. S'agissant de sanctions commerciales (et non de dommages-intérêts contractuels), il faut tenir compte du fait que la sanction elle-même, plutôt que d'être un simple transfert de valeur d'une partie à l'autre, fait naître une inefficience économique, de sorte que ce que « paie » le défendeur n'égale pas ce que « reçoit » le plaignant¹¹⁵¹. À cela s'ajoute que si la sanction prend

¹¹⁴⁹ W.F. SCHWARTZ et A.O. SYKES, « The Economic Structure of Renegotiation and Dispute Resolution in the World Trade Organization », *Journ. Legal Studies* 31(1)pt2, 2002, p. S187.

¹¹⁵⁰ Telle est l'hypothèse de W.F. SCHWARTZ et A.O. SYKES, « The Economic Structure of Renegotiation and Dispute Resolution in the World Trade Organization », *Journ. Legal Studies* 31(1)pt2, 2002, p. S180 et, de manière un peu moins explicite, de B.P. ROSENDORFF et H.V. MILNER, « The Optimal Design of International Trade Institutions: Uncertainty and Escape », *Int. Org.*, 2001, p. 831 (qui s'intéressent surtout aux *escape clauses* définies comme comprenant les sauvegardes, les mesures antidumping et les mesures compensatoires – p. 830).

¹¹⁵¹ G.M. GROSSMAN et A.O. SYKES, « 'Optimal' Retaliation in the WTO – a commentary on the *Upland Cotton Arbitration* », *W.T.R.* 10(1), 2011, p. 152-153.

la forme de droits de douane prohibitifs, elle est, par nature, inapte à améliorer les termes de l'échange en faveur de l'État plaignant¹¹⁵².

Quoiqu'elle mène au résultat inverse, cette théorie ne s'oppose pas vraiment à l'explication des sanctions fondée sur la théorie des jeux. Tout dépend finalement de la structure des préférences des différents États. Tant que celle-ci ne varie pas trop, la sanction maintient la coopération. Lorsque les préférences évoluent davantage, tout État peut cesser de respecter ses engagements et la sanction sert de réparation en faveur des États lésés.

Cette conception des sanctions a, bien sûr, de grandes difficultés à intégrer l'idée que le non-respect des règles de l'OMC est une violation du droit international. Elle considère que toute personne peut choisir de respecter les règles ou de les violer, que chaque option a des conséquences économiques (le coût du respect de la règle étant comparé au coût de la sanction) et que le choix rationnel est simplement celui qui maximise le bénéfice de l'agent ou qui minimise ses coûts. Elle élimine ainsi le devoir-être qui caractérise la règle de droit et fait disparaître l'idée que la règle doit être respectée – une idée présente tant chez Kelsen que chez Hart, quoiqu'avec des explications différentes (*supra*, n^{os} 11 et s.). Car dire qu'une personne *peut* choisir de respecter une règle n'est vrai qu'en fait (si « pouvoir » se comprend comme « avoir la possibilité de »), mais non en droit (« pouvoir » comme « avoir le droit de »). Pour la même raison, cette conception peine à composer tant avec la règle voulant que la sanction ne constitue pas une exécution de l'obligation de mise en conformité, de sorte que cette obligation subsiste nonobstant les sanctions (art. 22.1 MRD) (*supra*, n^{os} 161 et 50), qu'avec la conception majoritaire en jurisprudence et en doctrine selon laquelle le système de sanctions vise la mise en conformité (*infra*, n^{os} 410 et s.). Elle est incompatible avec une conception institutionnelle de l'OMC¹¹⁵³. Elle puise par contre des arguments dans les limites posées à l'imposition de sanctions, et en particulier le principe d'équivalence – qu'on retrouve d'ailleurs en matière de sauvegardes et de renégociation¹¹⁵⁴ –, du moins si l'on interprète l'équivalence de manière compatible avec cette théorie (*infra*, n^o 243)¹¹⁵⁵.

¹¹⁵² G.M. GROSSMAN et A.O. SYKES, « 'Optimal' Retaliation in the WTO – a commentary on the *Upland Cotton* Arbitration », *W.T.R.* 10(1), 2011, p. 159-160 et *infra*, n^o 273.

¹¹⁵³ V. S. CHO, « The Nature of Remedies in International Trade Law », *University Pittsburgh L. R.* 65(4), 2004, p. 783-784.

¹¹⁵⁴ W.F. SCHWARTZ et A.O. SYKES, « The Economic Structure of Renegotiation and Dispute Resolution in the World Trade Organization », *Journ. Legal Studies* 31(1)pt2, 2002, p. S189-S192.

¹¹⁵⁵ Pour une critique de la jurisprudence à ce sujet et une proposition d'interprétation du principe d'équivalence base sur l'*efficient breach*, v. S. SCHROPP, « The equivalence standard under Article 22.4 of

221. Conclusion du chapitre I

Ce premier chapitre montre comment on peut inscrire les sanctions dans deux explications fondées sur des théories traditionnelles.

La première section a montré que l'OMC s'insère dans le système du droit international. Bâti sur la souveraineté des États et sur la possibilité qu'ils ont de se lier par traité, ce système est utilisé pour réduire certains risques afférents au commerce international en limitant la marge de manœuvre discrétionnaire des États dans ce domaine. Partant de ce constat, les sanctions de l'OMC peuvent s'expliquer comme une application, certes quelque peu remodelée, des règles de la responsabilité des États ou de la suspension des traités en raison de leur violation.

D'un point de vue économique, l'OMC a pour objet de discipliner le commerce international dans une optique de libre-échange, qui est lui-même désirable dans la mesure où il permet une meilleure organisation du système économique et donc une production plus abondante au départ de ressources limitées. À première vue, les sanctions qui prennent la forme, en droit, d'une suspension d'obligations et, en pratique, d'un obstacle au commerce, s'insèrent mal dans ce projet. Mais la théorie économique s'est efforcée de justifier leur présence et de l'insérer de manière cohérente dans une explication fondée sur la théorie économique du libre-échange, en passant par les modèles du dilemme du prisonnier ou de *l'efficient breach*.

Le chapitre suivant présente certaines failles de ces explications traditionnelles des sanctions.

Chapitre II ***Problèmes et insuffisances des fondements traditionnels des sanctions***

222. Introduction

Ce second chapitre relativise le bien-fondé des deux théories présentées dans le premier. Il ne s'agit pas tant de soutenir qu'elles sont fausses, mais plutôt de montrer qu'elles n'expliquent pas tout. Une première section présente des critiques générales, qui se rattachent à l'idée commune que les explications fondées sur l'économie internationale ou sur le droit international public impliquent une simplification de la réalité, ce qui entraîne une part d'inexactitude. Dans les sections qui suivent, on développe plus en détail trois problématiques auxquelles les deux théories exposées ci-dessus ne prêtent pas suffisamment attention : le rôle des acteurs autres que l'État (principalement les personnes privées et l'OMC elle-même) et les problèmes du

the DSU: a 'tariffic' misunderstanding? », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 446-502.

rattachement à l'État dans une économie mondialisée, l'écoulement du temps, et les problèmes de justice spécifiques aux sanctions. Enfin, une dernière section étudie le principe de réciprocité, sur lequel les théories traditionnelles s'appuient fortement, en lui prêtant un pouvoir explicatif excessif.

Ces différents thèmes réapparaîtront dans la troisième partie, où on proposera une explication des sanctions intégrant mieux ces dimensions.

Section 1 Les théories économique et juridique et leur rapport à la réalité

223. Introduction. Simplifier la réalité pour mieux la comprendre

Une manière de comprendre le fonctionnement complexe du monde dans lequel nous vivons consiste à en construire une explication simplifiée, qui intègre des paramètres jugés importants tout en écartant d'autres éléments considérés comme accessoires. Lorsque les économistes utilisent un modèle, ils simplifient la réalité, ou isolent un de ses aspects, pour mieux la comprendre¹¹⁵⁶. Ainsi, un modèle ne peut jamais être totalement réaliste, car ce serait alors une description empirique de la société plutôt qu'une tentative d'explication de son fonctionnement au moyen des techniques de l'économie ou d'une autre science sociale.

On peut simplifier la réalité de différentes manières. Une d'elles résulte simplement de la division de la connaissance en différentes branches, qui permet de considérer l'objet d'étude sous l'angle d'un seul domaine scientifique, sans s'encombrer du point de vue des autres sciences (§ 1). Ainsi, un juriste et un politologue peuvent étudier une même réalité, l'OMC et ses sanctions, en adoptant chacun le seul point de vue de leur discipline, ce qui simplifie l'analyse. Une autre technique consiste à adopter des axiomes ou des présupposés, qu'on se dispense de démontrer ou dont on ne cherche pas à savoir s'ils se vérifient empiriquement (par exemple parce que cette démonstration résulte d'autres travaux) (§ 2). Enfin, même l'utilisation de concepts implique une certaine simplification de la réalité, dont ils ne reflètent pas toujours la complexité (§ 3).

¹¹⁵⁶ Sur l'utilisation de modèles en économie, Chr. ARNSPERGER, *L'économie, c'est nous. Pour un savoir citoyen*, Ramonville Saint-Agne, Erès, 2006, p. 63-65 ; A. GIBBARD et H.R. VARIAN, « Economic Models », *Journal of Philosophy* 75(11), 1978, p. 664-677 et la réaction de M.S. MORGAN, « Models, stories and the economic world », *Journal of Economic Methodology* 8(3), 2001, p. 361-384 ; R. SUGDEN, « Credible Worlds: The Status of Theoretical Models in Economics », *Journal of Economic Methodology* 7(1), 2000, p. 1-31.

Quelle que soit la manière dont on l'opère, une certaine simplification est nécessaire pour comprendre le réel. Mais le monde réel n'est, pour autant, jamais réductible à un modèle théorique. Le problème de la simplification se ramène ainsi à une question de degré. Plus elle est grande, plus la théorie est englobante et plus on s'éloigne du réel. Il s'agit donc d'opter pour le degré optimal de simplification, en fonction de l'objectif qu'on souhaite atteindre¹¹⁵⁷, ce qui dépend notamment du public auquel on s'adresse. Les économistes mettent aussi en garde sur la nécessité d'explicitier les limites du modèle employé¹¹⁵⁸, en montrant comment une modification de certains paramètres ou l'utilisation d'une série de données empiriques (plutôt qu'une autre), d'ailleurs souvent imparfaite, peuvent influencer le résultat de l'analyse¹¹⁵⁹, d'autant que l'élaboration des bases de données et la sélection des données utilisées dépendent elles-mêmes de modèles¹¹⁶⁰.

Si la simplification a souvent une fonction explicative, il faut aussi lui reconnaître un aspect normatif, volontaire, assumé ou implicite, qui résulte à tout le moins de la sélection des éléments pris en compte. Elle n'est pas neutre, et elle peut être une technique – d'autant plus efficace qu'elle demeure cachée – pour aboutir à une conclusion normative à propos du problème étudié. Sans chercher à en faire ici une démonstration complète, l'argumentation en faveur du libre-échange, par exemple, se base sur un modèle de l'économie internationale qui, par la sélection des éléments dont elle tient compte, parvient à la conclusion que les obstacles au commerce doivent être éliminés. Les détracteurs de cette théorie construisent d'autres modèles avec une autre sélection d'éléments, ce qui les conduit à une conclusion différente.

Ceci doit inciter à la prudence : il y a toujours un décalage entre la théorie scientifique et la réalité, de sorte que la théorie scientifique n'est jamais suffisante pour expliquer toute la réalité, *a fortiori* pour prendre des décisions quant à des actions concrètes. On peut reprendre la mise en garde d'un économiste de l'OMC, à propos de l'utilisation de modèles économiques pour résoudre les problèmes traités dans le règlement des différends :

¹¹⁵⁷ A. GIBBARD et H.R. VARIAN expliquent avec clarté qu'on peut construire différents types de modèles, conçus pour des utilisations différentes (« Economic Models », *Journal of Philosophy* 75(11), 1978, p. 664-677).

¹¹⁵⁸ C.P. BOWN, « The WTO Secretariat and the role of economics in panels and arbitrations », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 428.

¹¹⁵⁹ V. R. MALACRIDA, « Comment on chapter 19 – Some reflections on the use of economic analysis in WTO dispute settlement proceedings », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 441.

¹¹⁶⁰ Chr. ARNSPERGER, *L'économie, c'est nous. Pour un savoir citoyen*, Ramonville Saint-Agne, Erès, 2006, p. 59-60.

« it needs to be acknowledged that economic analysis cannot determine dispute settlement outcomes. In particular, economics cannot be used without due regard for certain methodological difficulties, stark assumptions and data limitations. It would be desirable if researchers took a more pragmatic attitude seeking to exemplify the possible relevance, or not, of economic approaches in interpreting WTO rules, and being honest about the practical difficulties in their implementation. »¹¹⁶¹

On peut aussi chercher à comprendre le fonctionnement d'une société en étudiant ses règles juridiques. Contrairement au modèle économique, celles-ci ont certes une visée normative qui, cette fois, est généralement explicite : leur objectif n'est pas d'expliquer le fonctionnement social, mais de le modeler, de l'orienter, de le régir. Néanmoins, si la règle est utilisée pour décrire la société (par exemple, affirmer qu'un État est une démocratie parce que sa constitution prévoit que ses dirigeants sont élus), elle se heurte aux mêmes limites que tous les modèles : elle explique en partie le fonctionnement de la société, mais ne peut prétendre en constituer une explication complète. Sans doute la pratique du droit rend-elle plus attentif à la nécessité de ne pas s'arrêter aux règles, mais à toujours les confronter aux faits. Les praticiens se heurtent en permanence à l'importance décisive des faits dans les litiges ; ils savent qu'ils ne peuvent supposer ni déduire ces derniers, mais qu'ils doivent au contraire les établir par des preuves ; et leur métier leur rappelle tous les jours qu'on risque l'erreur à penser que le monde fonctionne en conformité avec les règles juridiques qui le régissent¹¹⁶².

On ne peut pas parler ici de tous les aspects de la réalité du commerce international à propos desquels les théories économique et juridique opèrent certaines simplifications. Cette section vise simplement à en donner un aperçu au moyen de quelques exemples qui ont paru significatifs.

§ 1. La séparation des disciplines donne une vision tronquée de la réalité

224. L'articulation du juridique, du politique et de l'économique

Une manière de faciliter l'étude du monde réel est de confier son étude à des spécialistes de différentes disciplines, qui auront chacun une tendance compréhensible à considérer les choses sous l'angle de leurs propres concepts sans s'embarrasser du point de vue des autres disciplines.

¹¹⁶¹ A. KECK, « WTO Dispute Settlement: What Role for Economic Analysis? A Commentary on Fritz Breuss », *Journ. Industry, Competition & Trade* 4(4), 2004, p. 370. Dans le domaine du droit de la concurrence, A.-L. Sibony a montré qu'il n'a pas d'obstacle de principe à l'utilisation par le juge d'un raisonnement économique et qu'un tel raisonnement est effectivement utilisé par les juridictions chargées d'appliquer le droit européen de la concurrence (*Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, Paris, L.G.D.J., 2008, 883 p.).

¹¹⁶² En ce sens, v. C.P. BOWN, « The WTO Secretariat and the role of economics in panels and arbitrations », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 428.

Même s'ils l'oublient parfois, la réalité des relations économiques internationales n'en est pas moins un mélange où s'imbriquent et se combinent des considérations de divers ordres.

Ainsi, il y a quelque chose d'artificiel à expliquer les sanctions de l'OMC comme une application – moyennant quelques dérogations – des règles de la responsabilité internationale ou de la suspension des traités en cas d'inexécution, de même qu'on ne peut y voir une pure application de la théorie du libre-échange ou une simple mise en œuvre du principe de réciprocité. Les créateurs des règles, et ceux qui les appliquent aujourd'hui, sont multiples. Si on les considère dans leur ensemble, ils sont imprégnés de divers systèmes de pensée, qui s'entrecroisent constamment. Ceci explique à la fois qu'on retrouve des traces de chacun de ces systèmes dans différents mécanismes, et qu'il soit en revanche impossible de présenter les mécanismes du droit de l'OMC comme une application pure et simple d'une théorie particulière.

Par exemple, le droit international autorise, en règle, l'imposition de sanctions unilatérales tant en droit de la responsabilité qu'en droit des traités. Le droit de l'OMC exige le respect d'une procédure multilatérale pour des raisons qui sont à la fois politiques (la crainte d'un usage abusif des sanctions et l'application d'un principe de réciprocité, qui demeure attractif dans l'opinion publique), économiques (le souhait de limiter les atteintes au principe de libre-échange) et juridiques (la volonté de civiliser un peu l'inorganisation de la société internationale). Le caractère peu ou fort contraignant des sanctions, pour prendre un autre exemple, s'explique notamment par le degré de légitimité des règles primaires qui sont sanctionnées, ce qu'une analyse de pur droit positif – sans considérations économiques, éthiques ou politiques – ne permet pas d'apprécier.

Les sanctions économiques ne poursuivent jamais un but unique¹¹⁶³. Elles peuvent avoir des objectifs à la fois économiques, politiques, symboliques, qu'il est d'ailleurs difficile de distinguer nettement. L'auteur des sanctions peut souhaiter qu'elles aient un effet sur les producteurs étrangers, mais aussi sur les nationaux, sur les dirigeants étatiques, et même qu'elles servent de message à destination des pays tiers au différend. Les sanctions sont plus ou moins effectives selon l'objectif considéré.

Ainsi, en abordant les sanctions de manière monodisciplinaire, quelle que soit la discipline, on passe à côté d'une partie de leur signification.

¹¹⁶³ D.A. BALDWIN, « Prolegomena to Thinking about Economic Sanctions and Free Trade », *Chicago Journ. Int. L.* 4(2), 2003, p. 276-277.

225. L'importance relative du commerce dans la mondialisation

Plus généralement, les questions commerciales, au rang desquelles figurent les sanctions, s'inscrivent dans le contexte de la mondialisation. Ses répercussions sur la vie quotidienne sont assurément importantes, mais elles ne dépendent pas toutes des soubresauts du commerce international. Pour s'en tenir aux aspects économiques, l'immigration, les transferts de technologie et les flux de capitaux peuvent aussi avoir des conséquences (plus) importantes notamment sur la croissance et sur le marché du travail. Ainsi, ceux qui s'intéressent au commerce international, pour défendre ou pour critiquer son organisation actuelle, ont souvent tendance à surestimer ses effets¹¹⁶⁴. Et une analyse plus complète nécessiterait d'aborder aussi les aspects technologiques, politiques, sociaux, démographiques, climatiques, sanitaires, et de nombreux autres encore, de la mondialisation.

Les modélisations du commerce international s'expriment généralement – c'est encore une manière de simplifier – en supposant toutes choses (ou certaines choses) égales par ailleurs. C'est rarement le cas dans la réalité, où l'on voit plutôt qu'une modification de circonstances politiques ou économiques a des effets dans d'autres domaines. L'analyse de la causalité, nécessaire pour imputer tel effet empirique aux règles commerciales (ou aux sanctions) en devient singulièrement délicate¹¹⁶⁵.

A défaut de pouvoir développer des exemples dans toutes les dimensions, on en a sélectionné trois. Il y a d'abord deux types de considérations, parmi d'autres, qui relèvent de la politique internationale, et qui ont influencé le système des sanctions : la réputation des États (*infra*, n° 226) et le concept (en l'espèce politique plutôt que strictement juridique) de souveraineté (*infra*, n° 227). Le troisième exemple montre une interaction entre des aspects juridiques et économiques qui s'influencent réciproquement (*infra*, n° 228).

226. La réputation des États

Un courant important de la littérature concernant le respect des engagements internationaux met l'accent sur la réputation des États dans la communauté internationale¹¹⁶⁶. Les États tentés de violer un engagement considèrent non seulement les conséquences immédiates de leur

¹¹⁶⁴ R.B. FREEMAN, « Trade Wars: The Exaggerated Impact of Trade in Economic Debate », *World Econ.* 27(1), 2004, p. 1-23.

¹¹⁶⁵ Ces aspects sont également développés par R.B. FREEMAN, « Trade Wars: The Exaggerated Impact of Trade in Economic Debate », *World Econ.* 27(1), 2004, p. 1-23, spéc. p. 5 et s.

¹¹⁶⁶ V. par exemple A.T. GUZMAN, *How International Law Works*, Oxford University Press, 2008, p. 71-117, qui applique au droit international la théorie de R. Axelrod ; A. KYDD, « Reputation and cooperation: Guzman on international law », *Int. Theory* 1(2), 2009, p. 295-305.

défection (dont l'éventuelle sanction), mais aussi celles, plus éloignées, sur leur réputation et sur la perception de leur fiabilité¹¹⁶⁷. Parmi les motifs pour lesquels un État respecte ses obligations, la préoccupation de sa réputation vient donc s'ajouter à la sanction ou à la crainte de celle-ci¹¹⁶⁸.

À long terme, une réputation d'honnêteté ou d'obéissance aux règles permet d'espérer de meilleures conditions dans l'inévitable coopération avec les autres États¹¹⁶⁹. Inversement, une réputation d'intransigeance – une fois qu'elle est établie – dissuade les autres États de violer les traités à l'égard de l'intransigeant¹¹⁷⁰. L'incidence des décisions sur la réputation serait ainsi un des éléments expliquant le respect des obligations internationales, même lorsque, dans un cas d'espèce, cela ne correspond pas aux intérêts de l'État. Comme le montre R. Axelrod, l'établissement d'une coopération nécessite d'adopter un comportement équilibré entre deux attitudes relativement contradictoires : il faut être prêt à la coopération (pour que les autres fassent de même), mais aussi montrer une certaine intransigeance (pour que les autres États ne profitent pas d'une attitude inconditionnellement coopérative)¹¹⁷¹.

La réputation est cependant un concept plus complexe qu'il ne paraît à première vue. D'une part, la réputation s'apprécie de manière globale, en fonction des attitudes de l'État dans différents domaines, au cours d'une période relativement longue. On ne pourrait la réduire aux réactions d'un État dans le cadre d'une affaire en particulier (par exemple un différend porté à l'OMC) ni d'un domaine restreint des relations internationales (par exemple les questions commerciales). Le modèle de R. Axelrod pêche ainsi par la simplification qu'il opère d'une réalité nécessairement plus complexe : on ne peut apprécier la réputation d'un État en n'ayant égard qu'à ses réactions immédiates à des violations ponctuelles dans un domaine particulier des relations internationales¹¹⁷².

¹¹⁶⁷ V. W.F. SCHWARTZ et A.O. SYKES, « The Economic Structure of Renegotiation and Dispute Resolution in the World Trade Organization », *Journ. Legal Studies* 31(1)pt2, 2002, p. S196-S198.

¹¹⁶⁸ À propos des sanctions de l'OMC : J. PAUWELYN, « The calculation and design of trade retaliation in context: what is the goal of suspending WTO obligations? », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 59-60.

¹¹⁶⁹ A.T. GUZMAN, *How International Law Works*, Oxford University Press, 2008, p. 74.

¹¹⁷⁰ Sur le second point, v. R. AXELROD, *Donnant donnant – Théorie du comportement coopératif*, trad. M. Garène, Paris, Odile Jacob, 1992, p. 150-153.

¹¹⁷¹ R. AXELROD, *Donnant donnant – Théorie du comportement coopératif*, trad. M. Garène, Paris, Odile Jacob, 1992, p. 150-153.

¹¹⁷² V. les exemples utilisés par R. Axelrod in *Donnant donnant – Théorie du comportement coopératif*, trad. M. Garène, Paris, Odile Jacob, 1992, p. 150 et 153 (guerre des Malouines et guerre du Vietnam).

D'autre part, la réputation n'est pas un concept monolithique. Partant de l'observation que les États n'ont souvent pas le même taux d'obéissance dans différents domaines, certains auteurs expliquent que la réputation peut varier selon le champ des relations internationales¹¹⁷³. L'incidence d'une décision de l'État sur sa réputation dépend de nombreux facteurs, comme le type de traité, son importance, le motif¹¹⁷⁴ et l'importance de sa violation¹¹⁷⁵. La réputation ne se limite pas non plus à l'attitude de l'État au sujet du respect du droit international¹¹⁷⁶. En conséquence, l'importance de la réputation décroît dès lors que les autres États pondèrent leur appréciation de la réputation en fonction de ces critères. Ces auteurs en déduisent que la réputation protège mieux les grands États que les petits et que l'importance de la réputation dépend encore de l'enjeu du traité¹¹⁷⁷. D'autres remarquent que la réputation est aussi liée au régime politique¹¹⁷⁸, ou aux caractéristiques de l'équipe dirigeante en place¹¹⁷⁹, voire à la personnalité du diplomate¹¹⁸⁰, plutôt qu'à l'État lui-même, ce qui implique aussi un horizon temporel différent¹¹⁸¹. D'autres encore distinguent plusieurs formes de réputation : réputation d'être coopératif en acceptant de se lier par traité et réputation d'honnêteté en se conformant aux engagements pris¹¹⁸².

La réputation acquiert aussi un autre relief dans le cadre d'une organisation internationale, dans un contexte multilatéral¹¹⁸³ et/ou en présence d'une autorité de règlement des différends. Ce contexte a tendanciellement plusieurs effets : le nombre d'occasions de (ne pas) coopérer sur de

¹¹⁷³ A.T. GUZMAN, *How International Law Works*, Oxford University Press, 2008, p. 100-106 ; A. KYDD, « Reputation and cooperation: Guzman on international law », *Int. Theory* 1(2), 2009, p. 297.

¹¹⁷⁴ A.T. GUZMAN, *How International Law Works*, Oxford University Press, 2008, p. 78.

¹¹⁷⁵ A.T. GUZMAN, *How International Law Works*, Oxford University Press, 2008, p. 84-86.

¹¹⁷⁶ A.T. GUZMAN, *How International Law Works*, Oxford University Press, 2008, p. 115-117.

¹¹⁷⁷ G.W. DOWNS et M.A. JONES, « Reputation, Compliance, and International Law », *Journ. Legal Studies* 31(1)pt2, 2002, p. S95-S114. Adde R. BREWSTER, « The limits of reputation on compliance », *Int. Theory*, 2009, p. 328 et s.

¹¹⁷⁸ A. KYDD, « Reputation and cooperation: Guzman on international law », *Int. Theory* 1(2), 2009, p. 300 et s.

¹¹⁷⁹ R. BREWSTER, « The limits of reputation on compliance », *Int. Theory*, 2009, p. 324-330 ; A.T. GUZMAN, « How international law works: a response to commentators », *Int. Theory*, 2009, p. 335-336 ; A.T. GUZMAN, *How International Law Works*, Oxford University Press, 2008, p. 106.

¹¹⁸⁰ A. CHAYES et A. HANDLER CHAYES, *The New Sovereignty: Compliance With International Regulatory Agreements*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1995, p. 274.

¹¹⁸¹ R. BREWSTER, « The limits of reputation on compliance », *Int. Theory*, 2009, p. 326. Sur les liens entre réputation et écoulement du temps, A.T. GUZMAN, *How International Law Works*, Oxford University Press, 2008, p. 86-91.

¹¹⁸² A. KYDD, « Reputation and cooperation: Guzman on international law », *Int. Theory* 1(2), 2009, p. 296 et s.

¹¹⁸³ A. KYDD, « Reputation and cooperation: Guzman on international law », *Int. Theory* 1(2), 2009, p. 302 et s.

nombreuses questions d'importance variable augmente, la valeur de la (non-)coopération peut dépendre du nombre d'États parties¹¹⁸⁴, la visibilité du comportement des États membres s'accroît¹¹⁸⁵ et une dimension de prise en compte de l'intérêt général peut surgir¹¹⁸⁶. D'ailleurs, l'incidence de la réputation dépend très largement des croyances et des conceptions des acteurs, lesquelles sont façonnées, en partie au moins, par l'institution et ses organes (not. *infra*, n° 298). Ainsi, si les arbitres de l'OMC, la doctrine autorisée et les représentants des États considèrent les sanctions comme une manière de contraindre à la mise en conformité, plutôt que comme un dédommagement qui autorise à maintenir la violation, la réputation de l'État qui persiste dans l'illicéité s'en trouve plus profondément affectée¹¹⁸⁷.

La réputation ne doit pas uniquement s'envisager dans le chef de l'État qui viole les règles. L'État qui sanctionne, ou qui envisage de le faire, considère aussi les impacts sur sa propre réputation. D'une part, comme on l'a vu, il faut marquer une certaine intransigeance. D'autre part, l'imposition de « sanctions » internationales peut, dans bien des contextes, apparaître comme un prétexte pour la poursuite d'un objectif d'intérêt national indépendant d'une (prétendue) violation du droit. La suspension de concessions peut aussi affaiblir la réputation de fiabilité de l'État à l'égard des opérateurs économiques étrangers, brusquement privés (pour une raison qui ne leur est pas imputable) d'une source de débouchés¹¹⁸⁸. Ainsi, sanctionner peut avoir des effets bénéfiques ou défavorables sur la réputation, selon les cas. La perception des États tiers est à cet égard fondamentale¹¹⁸⁹.

¹¹⁸⁴ A. KYDD, « Reputation and cooperation: Guzman on international law », *Int. Theory* 1(2), 2009, p. 303 et s.

¹¹⁸⁵ W.F. SCHWARTZ et A.O. SYKES, « The Economic Structure of Renegotiation and Dispute Resolution in the World Trade Organization », *Journ. Legal Studies* 31(1)pt2, 2002, p. S106-S197 ; A.T. GUZMAN, *How International Law Works*, Oxford University Press, 2008, p. 72.

¹¹⁸⁶ A. CHAYES et A. HANDLER CHAYES, *The New Sovereignty: Compliance With International Regulatory Agreements*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1995, p. 272-273, qui prennent l'exemple de l'attitude du Royaume-Uni au sein de la Communauté européenne pendant la guerre des Malouines.

¹¹⁸⁷ J. PAUWELYN, « The calculation and design of trade retaliation in context: what is the goal of suspending WTO obligations? », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 58-60.

¹¹⁸⁸ A.E. APPLETON, « Preliminary thoughts on WTO retaliation in the services sector », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 619.

¹¹⁸⁹ Sur ces thèmes, A. THOMPSON, « The rational enforcement of international law: solving the sanctioners' dilemma », *Int. Theory* 1(2), 2009, p. 307-321.

227. La conception politique de la souveraineté

En droit, la souveraineté de l'État n'est pas incompatible avec l'existence d'obligations (*supra*, n^{os} 169 et s.). Celles-ci peuvent trouver leur source dans des traités¹¹⁹⁰, dont rien n'exclut qu'ils prévoient un mécanisme juridictionnel obligatoire et des sanctions contraignantes, le tout dans le respect des règles de *ius cogens*. En somme, la souveraineté est une liberté formelle, qui permet aussi à l'État d'accepter une réduction drastique de sa liberté d'action concrète, du moins jusqu'au point où, ayant aliéné absolument toute autonomie, il ne serait plus considéré comme un État.

Mais à côté de la portée juridique de souveraineté existe une signification politique, plus matérielle, de ce concept. D'un point de vue politique, la souveraineté représente une liberté d'action concrète, que l'État ne peut pas (politiquement) abandonner dans une mesure trop large. Les citoyens et les dirigeants ne peuvent en effet accepter que les obligations internationales de l'État lui ôtent une trop grande part de sa marge de manœuvre dans la mise en œuvre des politiques qu'il juge opportunes (même si cette marge de manœuvre peut être modérément limitée). À tout le moins, il faut que l'État conserve l'apparence d'une certaine liberté, sans quoi les dirigeants perdent leur respectabilité politique à l'égard de la population, car ils semblent avoir aliéné leur pouvoir de décision.

De ce point de vue, les sanctions des obligations internationales constituent un sujet sensible. L'idée d'une autorité supérieure à l'État qui aurait le pouvoir de lui infliger des sanctions, surtout si elles sont efficaces, paraît en effet particulièrement attentatoire à la liberté d'action que l'État veut (sembler) conserver. C'est ainsi, par exemple, que l'idée d'imposer des « amendes » à un État passe très difficilement. Même dans l'Union européenne, où l'intégration est forte et l'autorité de l'Union relativement bien acceptée, on a préféré éviter ce terme, en optant plutôt pour la qualification plus neutre de « somme forfaitaire » (art. 260, § 2 TFUE).

De même, dans ses arrêts sur l'invocabilité du droit de l'OMC, la Cour de justice se fonde sur une conception politique de la « souveraineté » (sans la nommer), par laquelle l'Union européenne doit garder une marge de manœuvre concrète, nonobstant les règles de l'OMC et la décision de l'ORD. On en veut pour preuve les extraits suivants, tirés de l'arrêt FIAMM :

« 117 Au point 51 de son arrêt Van Parys, précité, la Cour a ainsi jugé que l'expiration du délai octroyé par l'ORD pour assurer la mise en œuvre de sa décision du 25 septembre 1997 n'implique pas que la Communauté ait épuisé les possibilités prévues par le MRD pour trouver une solution au différend qui l'oppose à d'autres parties. Dans ces conditions, imposer au juge communautaire, du

¹¹⁹⁰ C.P.J.I., *Affaire du vapeur « Wimbledon »*, arrêt du 17 août 1923, série A, n° 1, p. 25, cité *supra*, n° 171.

seul fait de l'expiration de ce délai, de contrôler la légalité des mesures communautaires concernées au regard des règles de l'OMC pourrait avoir pour effet de fragiliser la position de la Communauté dans la recherche d'une solution mutuellement acceptable au différend et en conformité avec lesdites règles. [...]

119 Par ailleurs, la Cour a également rappelé que le fait d'admettre que la tâche consistant à assurer la conformité du droit communautaire avec les règles de l'OMC incombe directement au juge communautaire reviendrait à priver les organes législatifs ou exécutifs de la Communauté de la marge de manœuvre dont jouissent les organes similaires des partenaires commerciaux de la Communauté. [...]

121 D'une part, en effet, et ainsi que la Cour l'a souligné, la perspective d'actions en dommages-intérêts est susceptible d'entraver l'exercice du pouvoir législatif chaque fois qu'il est dans le cas de prendre, dans l'intérêt général, des mesures normatives susceptibles de porter atteinte aux intérêts des particuliers [...].

122 D'autre part, tout constat d'illégalité d'un acte communautaire opéré par le juge communautaire, même lorsqu'il n'intervient pas au titre de la compétence d'annulation dont se trouve investi ce juge en vertu de l'article 230 CE, est par nature susceptible d'avoir des conséquences sur l'attitude que doit adopter l'institution dont émane l'acte en cause. [...]

130 [...] Les institutions communautaires conservent notamment une marge d'appréciation et de négociation vis-à-vis de leurs partenaires commerciaux dans la perspective de l'adoption de mesures destinées à donner suite à ces décisions ou recommandations [de l'ORD] et une telle marge doit être préservée. »¹¹⁹¹

Il y a bien sûr aussi, dans ces attendus, une conception de l'équilibre entre les pouvoirs *au sein* de l'Union. Mais l'idée est surtout que, quelles que soient les obligations *juridiques* de l'Union en vertu du droit de l'OMC, sa marge de manœuvre concrète, son pouvoir d'appréciation politique, ne peuvent pas être trop limités, et qu'ils ne peuvent en tout cas être moins larges que ceux des « partenaires commerciaux ». Cette conception, partagée par les organes politiques de l'Union, est une composante importante de l'explication de la position de la Cour de justice sur l'invocabilité du droit de l'OMC. Mais elle montre aussi qu'il existe une limite politique à la restriction de la marge de manœuvre concrète des États par des traités internationaux (considérés tant du point de vue des obligations substantielles qu'ils imposent que de celui des mécanismes qu'ils prévoient pour les faire respecter).

Ainsi, si la souveraineté juridique n'empêche rien, la souveraineté politique représente une limite concrète aux possibilités d'action en matière de règles internationales, et particulièrement de sanctions. La contrainte est d'autant plus forte qu'il faut accommoder les conceptions d'un plus grand nombre d'États, le consensus se faisant généralement *a minima*. La conception politique de la souveraineté est donc un élément utile à une compréhension complète des sanctions.

¹¹⁹¹ C.J.C.E., 9 septembre 2008, *FIAMM et FIAMM Technologies e.a. c. Conseil e.a.*, C-120/06 et C-121/06, *Rec.*, 2008, p. I-6513.

228. Les avantages comparatifs sont plus créés que naturels

Un dernier exemple de simplification vient d'une tendance séparer la politique commerciale des États et leurs politiques de redistribution. Le raisonnement consiste alors à proposer, d'abord, de maximiser la richesse totale grâce à la pleine utilisation des avantages comparatifs (donc en supprimant les obstacles au commerce international), puis de pratiquer en interne les redistributions jugées opportunes (« règle de spécificité »¹¹⁹²). Mais un tel raisonnement ne tient que si les avantages comparatifs sont indépendants des politiques redistributives, ce qui n'est pas le cas.

Peut-être cette séparation provient-elle du fameux modèle du vin portugais et du drap anglais utilisé par D. Ricardo¹¹⁹³. Cet exemple est habilement choisi, car il laisse entendre que l'avantage comparatif résulte en définitive d'éléments naturels comme le climat et qu'il est donc indépendant des politiques de redistribution. L'illustration provient probablement d'un exemple utilisé plus tôt par A. Smith, basé sur le Traité de Lisbonne du 27 décembre 1703¹¹⁹⁴ (dit « Traité de Methuen »), par lequel l'Angleterre accordait au Portugal des conditions préférentielles pour l'importation du vin (par rapport aux taxes sur l'importation du vin français), en échange de la levée par le Portugal de l'interdiction de l'importation du drap de laine anglais. Mais si cet exemple séduit l'intuition, une analyse plus complète force à constater, d'une part, combien l'essor du secteur lainier en Angleterre est lié au mouvement des *enclosures*, et donc à une politique – plus ou moins contrôlée et plus ou moins favorable, mais en tout cas aux mains de la puissance publique – en matière d'appropriation privée des terres¹¹⁹⁵ ; et, d'autre part, que si le Portugal jouit indubitablement d'un climat plus favorable à la vigne que celui de l'Angleterre, le traité de Methuen visait moins le libre-échange du vin que de soumettre le vin portugais à des taxes inférieures à celles frappant le vin français, ce par quoi l'autorité publique oriente le commerce international plutôt qu'elle ne laisse jouer les avantages comparatifs.

Les économistes postérieurs ont davantage étudié l'origine des avantages comparatifs, et leurs recherches ont permis d'élaborer différentes réponses (*supra*, n^{os} 207 et s.). Il en résulte que l'avantage comparatif dépend surtout de l'action des autorités publiques. Par les politiques

¹¹⁹² P.H. LINDERT et T.A. PUGEL, *Économie internationale*, 10^e éd., Paris, Economica, 1997, p. 220 et s.

¹¹⁹³ D. RICARDO, *On the Principles of Political Economy and Taxation*, 3rd éd., Londres, J. Murray, 1821, spéc. p. 140 et s.

¹¹⁹⁴ Publié en version anglaise in G. CHALMERS, *A Collection of Treaties between Great Britain and Other Powers*, vol. II, Londres, 1790, p. 303-305. Sur le lien avec la théorie de D. Ricardo, K. TRIBE, « Reading trade in the *wealth of nations* », *History Eur. Ideas* 32, 2006, p. 76-78.

¹¹⁹⁵ K. POLANYI, *La grande transformation – Aux origines politiques et économiques de notre temps*, trad. C. Malamoud, Paris, Gallimard, 1983, p. 60 et s.

qu'elles adoptent, elles peuvent créer ou supprimer des avantages comparatifs. Les débats relatifs à la protection de l'environnement ou des travailleurs ont mis en évidence que, si chaque État fixe comme bon lui semble ses règles sociales et environnementales, le choix de standards bas peut constituer un avantage comparatif qui bénéficie à l'État dans le domaine du commerce international. Corrélativement, l'État qui opte pour des normes plus sévères s'impose à lui-même une forme de désavantage, du moins si on limite l'analyse au commerce international.

Au-delà des exemples fréquemment cités des normes sociales et environnementales, l'action publique influence de multiples manières les quantités et les prix des biens et des services. Par exemple, les politiques urbanistiques déterminent la quantité de terres disponibles à la production et les répartissent entre différents types de production (agricole, industrielle, services); la politique de natalité influence le nombre de travailleurs; la politique d'enseignement et de formation joue sur leur qualification; la possibilité de créer des synergies et de tirer parti d'économies d'échelle dépend de la politique industrielle et de régulation de la concurrence. On pourrait multiplier les exemples à l'infini.

Que les États puissent se créer leurs propres avantages comparatifs a plusieurs conséquences. Cela induit notamment une tendance mondiale à la dérégulation (*race to the bottom*) fréquemment reprochée à l'OMC et aux autres organisations économiques internationales: les États sont entraînés dans un cercle vicieux consistant à se créer des avantages comparatifs par la promulgation de réglementations (sociales, environnementales, etc.) toujours plus laxistes que celles de leurs partenaires commerciaux, ce qui, au nom de l'efficacité économique, porte atteinte à des valeurs d'un autre ordre mais d'une importance plus grande. Sans approfondir ce point, on se limite ici à une autre conséquence: on ne peut considérer sérieusement la politique commerciale d'un État sans envisager aussi ses liens avec ses autres politiques. Ceci remet radicalement en cause l'analyse économique traditionnelle: il ne s'agit plus d'ouvrir les frontières pour bénéficier des avantages comparatifs des uns et des autres, mais il est question d'arbitrer – politiquement – entre des valeurs et des objectifs de divers ordres, ce qui ne peut se faire par la seule application d'un modèle économique. La « règle de spécificité » qui suggère aux États de libéraliser le commerce et de résoudre en interne les problèmes de redistribution (qu'ils soient ou non induits par la libéralisation) n'est plus guère utile lorsqu'on constate que ce sont les politiques internes de redistribution qui, pour une bonne part, font et défont les

avantages comparatifs, sans compter que la libéralisation elle-même a pour effet de réduire les marges de manœuvre des États en matière de politiques de redistribution¹¹⁹⁶.

On voit ainsi, dans ce dernier exemple, que des éléments relevant *a priori* de champs d'étude différents peuvent interagir et s'influencer les uns les autres. C'est une des limites de la modélisation par la division de la réflexion entre différents domaines scientifiques.

§ 2. L'analyse économique repose sur des présupposés

229. Introduction

Même au sein d'une seule discipline, la modélisation implique une simplification qui passe notamment par l'introduction de présupposés ou d'axiomes, plus ou moins explicites selon les cas.

A nouveau, il serait fastidieux, et pour tout dire impossible, d'en faire une liste exhaustive. Pour étayer l'idée, ce paragraphe présente deux exemples de présupposés de l'analyse économique, à savoir le plein emploi des ressources (*infra*, n° 230) et l'optimalité du libre-échange (*infra*, n°s 231 et 232)¹¹⁹⁷. Un présupposé de l'analyse juridique sera étudié plus en détail dans la section 2 (*infra*, n°s 245 et s.).

230. L'inexistence du plein emploi

La théorie des avantages comparatifs, sur laquelle est basé le libre-échange, présuppose le plein emploi des ressources, et notamment du facteur travail. On suppose ainsi le remplacement immédiat d'une activité délocalisée vers l'étranger par une autre qui peut être menée plus efficacement. Les économistes reconnaissent certes la nécessité, dans certains cas, d'une période d'adaptation, mais à long terme, le libre-échange doit permettre à tous les êtres humains d'être occupés à l'activité économique qu'ils réalisent de la manière la plus efficace.

Force est de constater aujourd'hui que cette supposition ne correspond pas à la situation vécue dans de nombreux pays. Les délocalisations résultant du libre-échange ne sont pas nécessairement suivies de la création (immédiate) d'un nombre d'emplois équivalent dans un autre secteur. Ces nouveaux emplois ne sont pas non plus toujours accessibles à ceux que la délocalisation a laissés sur le carreau, les travailleurs n'étant pas purement et simplement

¹¹⁹⁶ V. R. HOWSE, « The legitimacy of the World Trade Organization », in J.-M. COICAUD et V. HEISKANEN (eds), *The legitimacy of international organizations*, New York, United Nations University Press, 2001, p. 367, qui situe la libéralisation dans le cadre plus général du consensus de Washington.

¹¹⁹⁷ Pour d'autres exemples, v. A.V. DEARDORFF, « How Robust is Comparative Advantage? », *R. of Int. Econ.* 13(5), 2005, p. 1004-1016, spéc. p. 1013-1014.

interchangeables, en raison notamment de différences dans les niveaux de qualification. Le résultat global est un chômage qui dépasse le niveau résiduel, et qui est suffisamment durable pour n'être pas raisonnablement imputable à un phénomène de transition¹¹⁹⁸.

On répondra que les rigidités du marché du travail en sont la cause, mais ceci revient simplement à invoquer un autre présupposé de l'analyse économique classique (la liberté totale des prix et des conventions) qui n'existe pas dans la réalité.

231. Les doutes sur l'optimalité du libre-échange

Les théories économiques du libre-échange ne partent pas toutes des mêmes présupposés. Certaines (*supra*, n° 210) sont basées sur l'idée que les États ont un pouvoir de marché leur permettant de modifier les termes de l'échange. En conséquence, le libre-échange ne serait favorable à chaque État individuellement que s'il est adopté par tous les États. Les sanctions sont l'outil nécessaire à la crédibilité de l'accord par lequel ils s'obligent : la stabilité de l'édifice dépend d'elles.

L'explication classique des avantages comparatifs, quant à elle, considère que les États n'ont pas le pouvoir d'influencer les termes de l'échange (parce qu'ils sont « petits » par rapport au marché mondial). Ceci implique que le libre-échange est en principe profitable à chaque État considéré individuellement, *indépendamment* de l'attitude (protectionniste ou non) de ses partenaires commerciaux. Dans le contexte du commerce international, la stratégie dominante automatique est alors celle du libre-échange, même sans coopération. Pour en revenir à la théorie des jeux, la structure des gains diffère de celle du dilemme du prisonnier classique : il n'existe en réalité aucun dilemme¹¹⁹⁹. S'ils sont rationnels (au sens présupposé par la théorie économique et la théorie des jeux), les États choisissent spontanément la solution globalement optimale. En conséquence, il n'est pas nécessaire de conclure un quelconque accord ni *a fortiori* de l'assortir de sanctions.

L'observation empirique plaide en faveur d'une explication en termes de dilemme du prisonnier¹²⁰⁰. C'est particulièrement le cas si l'on a égard à une lecture de l'histoire des relations économiques internationales se focalisant sur les négociations d'ouverture et sur les « guerres

¹¹⁹⁸ V. G. DUNKLEY, *Free Trade. Myth, Reality and Alternatives*, Londres, Zed Books, 2004, p. 35-37.

¹¹⁹⁹ K.W. ABBOTT, « The Trading Nation's Dilemma: The Functions of the Law of International Trade », *Harvard Int. L. Journ.* 26(2), 1985, p. 508 ; B.M. HOEKMAN et M.M. KOSTECKI, *The Political Economy of the World Trading System – The WTO and Beyond*, 2nd ed., Oxford University Press, 2001, p. 110.

¹²⁰⁰ K.W. ABBOTT, « The Trading Nation's Dilemma: The Functions of the Law of International Trade », *Harvard Int. L. Journ.* 26(2), 1985, p. 508.

commerciales ». Plusieurs auteurs ont alors tenté de raffiner l'application du dilemme du prisonnier à la théorie du commerce international.

La théorie de la manipulation des termes de l'échange revient à soutenir qu'un des présupposés de la théorie classique (le « petit État ») n'est pas observé empiriquement. Mais pour être complet, il faudrait préciser que jouer sur les termes de l'échange ne peut se faire que pour certains produits et par certains pays. En outre, les effets négatifs induits par la protection tarifaire reprennent le dessus dès qu'elle atteint un certain seuil. Enfin, la poursuite d'une telle stratégie par un État risque bien d'entraîner les autres à agir de même, ce qui ramène finalement à la situation de protectionnisme généralisé¹²⁰¹. L'argument des termes de l'échange implique aussi une dissociation entre les intérêts des (grands) États et ceux de l'ensemble du monde. En résumé, il ne tient que si l'on accepte l'égoïsme des États, c'est-à-dire que, par leurs droits de douane, ils s'enrichissent au détriment des États étrangers. Voilà une version restreinte, nationaliste, de l'intérêt général, qui nécessiterait à tout le moins une justification.

D'autres focalisent leur analyse non plus sur les États, mais sur leurs dirigeants, et s'intéressent au processus de formation des décisions politiques. Ils ne tiennent plus compte des préférences des États, mais de celles de leurs gouvernants. Ces derniers souhaitent alors maximiser leur propre bien-être et, par exemple, assurer leur réélection, en avantageant certains groupes sociaux par rapport à d'autres, même au détriment, s'il le faut, de l'intérêt général (au sens de la maximisation du bien-être total). Les analyses empiriques montrent que la puissance relative de certaines branches d'industrie et des lobbys qui les soutiennent, notamment par rapport aux consommateurs dont les intérêts sont diffus et qui font face à des coûts de coordination plus importants, conduisent les gouvernants à adopter des mesures protectionnistes¹²⁰². En l'absence de règles internationales, les dirigeants préfèrent l'avantage à court terme que leur procure le soutien apporté à tel groupe de pression, plutôt que les gains à long terme provenant du libre-échange. Dans ce contexte, le rôle des règles du commerce international est d'infléchir ce schéma de préférences, en assortissant le protectionnisme d'un coût supplémentaire – celui qui résulte de l'inconfort qu'on ressent lorsqu'on viole les règles – et en permettant que le refus de céder aux demandes protectionnistes ne soit pas totalement imputé aux décideurs, mais aussi

¹²⁰¹ Pour une discussion de ces aspects, v. K.W. ABBOTT, « The Trading Nation's Dilemma: The Functions of the Law of International Trade », *Harvard Int. L. Journ.* 26(2), 1985, p. 508 et s.

¹²⁰² K.W. ABBOTT, « The Trading Nation's Dilemma: The Functions of the Law of International Trade », *Harvard Int. L. Journ.* 26(2), 1985, p. 513 et s.

pour partie aux règles¹²⁰³. S'y ajoutent les sanctions commerciales, qui réduisent le bien-être dans l'État défendeur mais surtout mobilisent d'autres groupes de pression, cette fois en faveur du libre-échange¹²⁰⁴. Pas plus que d'autres, cette théorie ne permet de tout expliquer : on se demande notamment pourquoi, dans ces circonstances, les dirigeants politiques acceptent que leur État ratifie un traité de commerce.

Cette seconde stratégie consiste à remettre en cause un autre présupposé de la théorie classique de l'économie internationale, à savoir l'idée que l'État maximise le bien-être total de sa population ou, pour le dire autrement, que les intérêts personnels des dirigeants et celui de leur État sont parfaitement alignés (v. aussi *infra*, n^{os} 248 et s.).

Les deux théories peuvent, avec leurs présupposés respectifs, mener à la conclusion que le libre-échange est la meilleure stratégie. Mais elles n'en demeurent pas moins difficiles à réconcilier. D'une part, les conditions sous lesquelles cette conclusion se vérifie ne sont pas identiques. D'autre part, le groupe de personnes dont l'intérêt est pris en compte varie d'un cas à l'autre, de sorte que l'optimalité dont on parle n'a pas la même signification. Ce qui est optimal pour les dirigeants politiques ne l'est pas nécessairement pour le pays (même si l'intérêt des dirigeants peut expliquer empiriquement les décisions de l'État), et les préférences d'un État n'équivalent pas forcément à l'intérêt général mondial.

232. Les marchandises et les autres domaines visés par le droit de l'OMC

Les deux théories qui viennent d'être exposées sont construites sur le cas des mesures « à la frontière » (droits de douane et quotas) dans le secteur des marchandises. Certes, l'importance du commerce des marchandises dans le commerce international reste, aujourd'hui encore, prépondérante. Mais l'OMC traite aussi des droits de propriété intellectuelle, du commerce des services et (quoique dans une mesure limitée) de l'investissement. Plus généralement, ses normes ne se limitent pas à discipliner le comportement des États « à la frontière » : elle se préoccupe aussi de ce qui se passe « après la frontière », c'est-à-dire de la réglementation interne du commerce.

À cet égard, rien n'indique que l'effet des règles de l'OMC soit de même nature, ou suive la même structure, que pour les mesures à la frontière relatives aux marchandises. En particulier dans le cas de la réglementation des droits de propriété intellectuelle, qui constitue le corpus de

¹²⁰³ K.W. ABBOTT, « The Trading Nation's Dilemma: The Functions of the Law of International Trade », *Harvard Int. L. Journ.* 26(2), 1985, p. 522 et s.

¹²⁰⁴ K.W. ABBOTT, « The Trading Nation's Dilemma: The Functions of the Law of International Trade », *Harvard Int. L. Journ.* 26(2), 1985, p. 524.

règles (aussi *infra*, n° 305) le plus facilement identifiable comme tel, son effet bénéfique est plus clair pour certains pays (développés) que pour d'autres. La mise en œuvre d'une protection des droits intellectuels crée en effet une rente en faveur du détenteur du droit et à charge de son utilisateur. L'obligation imposée à tous les membres de l'OMC de protéger les droits intellectuels implique un transfert de richesse des utilisateurs des pays en développement (qui, auparavant, pouvaient utiliser la technologie ou les œuvres gratuitement, puisqu'elles n'étaient pas protégées) vers les titulaires des droits, qui sont pour la plupart localisés dans les pays développés. En d'autres termes, il est douteux que de leur mise en œuvre surgisse quasi automatiquement une amélioration au sens de Pareto, comme on peut le soutenir pour les marchandises et les petits pays¹²⁰⁵.

Le modèle classique est donc construit sur un cas particulier, certes historiquement dominant et toujours incontournable aujourd'hui, mais néanmoins choisi avec un certain opportunisme. S'il n'est pas généralisable – ce qui paraît être le cas, la justification ne peut, au mieux, être que partielle. Et si un pan des Accords a des effets globalement négatifs, la possibilité, au moins théorique, existe qu'ils annulent les effets positifs des autres parties.

233. Conséquence : si le libre-échange n'est pas toujours optimal, que penser du droit de l'OMC et des sanctions ?

Il est inutile de multiplier les exemples montrant que la théorie de base peut être affinée, nuancée, ou même remise en cause.

Dans son ensemble, la construction juridique de l'OMC est fondée sur l'idée que le libre-échange est préférable au protectionnisme. Quelles qu'en soient les raisons précises, le libre-échange ne s'établit pas « naturellement » dans le contexte économique et politique actuel. Dans cette mesure, on doit édicter des règles pour l'imposer, dont on s'assure de la mise en œuvre au moyen de sanctions.

Mais si l'optimalité du libre-échange n'est pas un fait certain, il n'est pas sûr non plus que les sanctions qui contraignent à le maintenir soient optimales. Il vaudrait peut-être mieux, dans certains cas, laisser impunie la violation de la règle. Certes, on pourrait préférer que les règles primaires soient adaptées en vue d'une plus grande efficacité économique, plutôt que d'utiliser

¹²⁰⁵ V. J.M. FINGER, « A diplomat's economics: reciprocity in the Uruguay Round negotiations », *W.T.R.* 4(1), 2005, p. 36-37 et R. HOWSE, « The legitimacy of the World Trade Organization », in J.-M. COICAUD et V. HEISKANEN (eds), *The legitimacy of international organizations*, New York, United Nations University Press, 2001, p. 365 et s.

la sanction comme « soupape de sécurité » pour les cas où la règle primaire est sous-optimale. Mais à défaut, la question de la justification de la sanction se pose inévitablement.

§ 3. *Les concepts comme simplification de la réalité : les exemples des préférences et du libre-échange*

1. Les préférences

234. Les préférences dans le modèle classique

Dans les théories économiques, les choix des agents sont fonction de leurs préférences. Connaître les préférences des agents pose un problème, auquel on peut répondre par deux grands types de solutions. Soit on examine empiriquement les choix que posent les agents, et on suppose ces choix fondés sur leurs préférences, soit on modélise les préférences elles-mêmes. L'inconvénient de la première méthode est qu'elle suppose que les agents sont tout à fait libres et que leurs préférences ne sont pas influencées par les systèmes (économique, social, culturel, ...) dans lesquels ils évoluent¹²⁰⁶. Sans ces conditions, l'explication deviendrait tautologique. Avec la seconde méthode, la structure des préférences est en quelque sorte déterminée par la théorie, et devient ainsi un axiome dont il n'est pas sûr qu'il corresponde à la réalité empirique. Il est bien entendu possible, jusqu'à un certain point, de combiner les deux techniques et de vérifier empiriquement si la réalité est suffisamment proche de ce que prédit la théorie¹²⁰⁷.

Si l'on se réfère à la théorie classique, les préférences sont des choix individuels et économiques. Les agents décident seuls et préfèrent nécessairement s'enrichir, c'est-à-dire accumuler les ressources matérielles. Ils n'ont ni moralité ni compassion ; ils se moquent des externalités ; ils ne respectent les lois que si la valorisation du risque de sanction dépasse celle d'une violation. Les préférences individuelles peuvent s'agréger pour former des préférences collectives au sein d'un groupe, d'une firme ou d'un État.

L'exposé de cette conception classique des préférences est fort bref. De multiples raffinements sont possibles, et ils existent dans la littérature, même si les auteurs préfèrent souvent laisser

¹²⁰⁶ V. la comparaison sur ce point entre les théories classiques des relations internationales (réalisme et libéralisme) et l'institutionnalisme sociologique : M. FINNEMORE, « Norms, culture, and world politics: insights from sociology's institutionalism », *Int. Org.* 50(2), 1996, p. 325-347.

¹²⁰⁷ Pour un exemple, v. « To have and to hold. Can people learn to be rational as economic theory supposes? », *The Economist*, 20 août 2003, p. 56 (à propos de l'*endowment effect*, c'est-à-dire l'observation que certains agents préfèrent un objet qu'ils possèdent à un objet de valeur économique égale qu'ils ne possèdent pas).

ces questions implicites¹²⁰⁸. C'est néanmoins sur cette base que sont élaborées les théories plus complexes, et qu'on étudie ensuite le comportement et les réactions des agents, et notamment la manière dont les sanctions influencent ou modifient leur action. Si l'on entend donner à l'analyse une quelconque portée pratique, il convient de vérifier si ce modèle des préférences trouve une correspondance dans la réalité. Or, on peut douter qu'il en soit toujours ainsi.

235. Le problème des titulaires des préférences et son incidence sur celles-ci

La plupart des économistes considèrent les relations économiques internationales comme une affaire entre États, qui dépend donc des préférences des États. S'agissant de personnes morales, ceux-ci décident par leurs organes, c'est-à-dire par les gouvernements ou les dirigeants politiques.

La question suivante est alors de définir les préférences des dirigeants politiques. Avant d'y répondre, on peut déjà remarquer que le détour par l'État a transformé fondamentalement le problème : il ne s'agit plus d'analyser les préférences agrégées de tous les agents économiques, mais celles d'une (petite) partie de la population seulement.

Quoi qu'il en soit, les analyses développées dans la littérature se regroupent en deux branches principales.

Dans la première, les dirigeants politiques se soucient (ou sont contraints de se préoccuper) d'une forme d'intérêt général. Dans cette perspective, deux conceptions sont possibles. La première, sans doute la plus purement économique, suggère que les États maximisent le revenu national. En somme, ils agissent *mutatis mutandis* comme les individus de la théorie économique classique, agents économiques rationnels. Cette première réponse implique que la question de la répartition de la richesse entre les habitants du pays passe au second plan ; seul le total importe, au moins tant que l'on discute du commerce international. Les questions de redistribution doivent alors être résolues dans la sphère interne. La seconde branche de la réponse prend davantage en compte les aspects politiques et estime, au contraire, que les dirigeants politiques se préoccupent de la répartition des richesses entre leurs concitoyens. Cette branche se subdivise alors en fonction du type de répartition qui est souhaitée. Selon les modèles, il s'agit de maximiser le bien-être de l'électeur médian (un modèle surtout adapté aux démocraties parfaites et bipartites), ou de faire droit aux pressions de lobbies (*infra*, n° 249),

¹²⁰⁸ V. cependant l'exposé synthétique mais éclairant de P. KRUGMAN et M. OBSTFELD, *International Economics – Theory and Policy*, Int'l ed., 6th ed., Boston, Addison Wesley, 2003, p. 229-233.

etc.¹²⁰⁹ Que la structure des préférences varie n'empêche pas que les objectifs se rejoignent dans des cas particuliers ou au sujet de certaines questions.

Dans la seconde branche, les dirigeants politiques ont la possibilité de prendre des décisions fondées sur les préférences de certains seulement. Selon la plupart des auteurs, les décisions en matière de commerce international dépendraient des préférences de deux types d'acteurs : les entreprises et les dirigeants politiques. Pour le modèle dominant, les préférences de ces acteurs ne sont pas identiques : les entreprises souhaitent maximiser leurs profits, soit en exportant librement soit en étant protégées des importations, et les dirigeants politiques veulent être réélus. Les analyses indiquent généralement que la réélection des dirigeants s'obtient en donnant satisfaction à certaines entreprises, ou plutôt en maximisant le degré de satisfaction de l'ensemble des entreprises. Ainsi, les décisions des États seraient en définitive la résultante d'un rapport de force entre les importateurs et les exportateurs.

Cette manière de voir pose de nombreuses questions. Pourquoi l'entreprise et ses dirigeants chercheraient-ils le profit financier alors que les dirigeants politiques souhaiteraient, non le profit, mais la réélection ? Ne pourrait-on pas imaginer que l'intérêt des dirigeants économiques soit, comme celui des dirigeants politiques, de rester en place ? Ou que les uns et les autres cherchent simplement à maximiser leurs profits personnels ? Pourquoi reconnaît-on un intérêt économique propre aux entreprises, alors que l'État en serait dépourvu puisque seul compterait l'intérêt de ses dirigeants ? Ce modèle fonctionne-t-il de la même manière dans les États démocratiques et dans ceux dont les dirigeants ne sont pas (librement) élus¹²¹⁰ ? Il est aussi étonnant qu'on ne tienne pas compte, en apparence du moins, de l'intérêt des consommateurs.

L'ensemble donne à première vue une image très libérale du fonctionnement des États, où l'intérêt collectif n'existe pas et seuls comptent les intérêts individuels des détenteurs du pouvoir. Mais paradoxalement, ce serait en satisfaisant les entreprises que les dirigeants politiques resteraient au pouvoir. À l'évidence, au moins dans les démocraties, les dirigeants sont élus périodiquement et les entreprises n'ont pas le droit de vote. Comment pourraient-elles alors décider qui porter ou maintenir au pouvoir ? Peut-être les fonds versés par les entreprises pour financer les campagnes électorales – une pratique qui n'est pas universellement admise, ou

¹²⁰⁹ Pour un résumé des différentes propositions, avec renvoi à la littérature économique, v. K. BAGWELL et R.W. STAIGER, « The WTO: Theory and Practice », *NBER Working Paper No. w15445*, October 2009, <http://www.nber.org/papers/w15445>, p. 5-6.

¹²¹⁰ V. A. KYDD, « Reputation and cooperation: Guzman on international law », *Int. Theory*, 2009, p. 295-296 ; R. BREWSTER, « The limits of reputation on compliance », *Int. Theory*, 2009, p. 327.

à tout le moins pas partout avec la même ampleur – peuvent-ils favoriser une élection¹²¹¹. Mais les entreprises déterminent-elles plus le résultat des élections que les simples citoyens (c'est-à-dire, en économie, principalement les travailleurs et les consommateurs) ?

Ce n'est toutefois pas une description adéquate du fonctionnement de la plupart des États. Il s'agit tout au plus d'un horizon vers lequel tendrait la société actuelle, et soutenir qu'on pourrait modéliser le fonctionnement social sur cette base n'est certainement pas neutre idéologiquement. Le personnel politique n'est pas simplement une machine à décider en faveur du groupe le plus offrant ; il est porteur de valeurs propres qui jouent aussi un rôle, partiel à tout le moins, dans la prise de décision¹²¹².

Les chercheurs qui utilisent ces hypothèses ne complotent pas contre la démocratie au profit du grand capital. Souvent, il s'agit simplement pour eux de partir de conceptions suffisamment simples pour pouvoir développer leur modèle. Et c'est bien là que se situe le problème. Quand on choisit des hypothèses contradictoires, irréalistes, ou qui ne correspondent pas à la réalité, on ne démontre rien ou pas grand-chose. En tout cas rien qui se rapporte à la réalité.

Ces questions sont intimement liées à celle du rôle de l'État et de la manière dont il est dirigé ; nous y reviendrons (*infra*, n^{os} 247 et s.).

236. Les préférences étrangères à la richesse et l'engagement

L'idée des économistes que les agents agissent pour maximiser leur utilité suscite au moins deux commentaires de nature à fragiliser la théorie du libre-échange.

Premièrement, les préférences sont certes formulées en fonction des intérêts ou des aspirations de chaque individu, mais elles ne peuvent être réduites à la richesse (monétaire ou matérielle), au sens premier du terme. Ce type de préférences autocentrées s'utilise sans problème dans un raisonnement fondé sur la méthode économique. Celle-ci permet par exemple d'étudier le comportement de politiciens qui souhaitent non pas s'enrichir, mais être réélus (même si, suppose-t-on, ils pourraient s'enrichir davantage autrement). Peut-être recherchent-ils les honneurs ou le pouvoir, ou souhaitent-ils rester en fonction pour réaliser d'autres objectifs, louables ou non. Ceci est transposable à d'autres catégories d'agents. Pourquoi les consommateurs se baseraient-ils seulement sur le prix pour choisir entre deux produits

¹²¹¹ P. KRUGMAN et M. OBSTFELD, *International Economics – Theory and Policy*, Int'l ed., 6th ed., Boston, Addison Wesley, 2003, p. 231.

¹²¹² V. K.W. ABBOTT, « The Trading Nation's Dilemma: The Functions of the Law of International Trade », *Harvard Int. L. Journ.* 26(2), 1985, p. 515.

similaires¹²¹³ ? Et pourquoi les chefs d'entreprise ou les actionnaires voudraient-ils toujours maximiser les profits de leur affaire ? Peu importe, pour l'analyse économique, du moment que cela reflète leurs préférences.

Mais si de telles préférences existent, l'utilisation d'un modèle qui les exclut est sujette à caution. L'affaire *Hormones* en offre une illustration intéressante¹²¹⁴. Depuis plusieurs décennies, les Communautés européennes interdisent l'utilisation d'hormones pour la production de viande de bœuf et, corrélativement, l'importation de viande produite à l'étranger avec ces hormones. Cette politique a mené à un long conflit commercial, principalement avec les États-Unis et avec le Canada. Pourtant, ce n'est pas une guerre commerciale traditionnelle : ses instigateurs ne sont pas, au premier chef, des producteurs nationaux craignant la concurrence des importations. Il s'agit plutôt d'une réponse politique aux craintes des consommateurs qui, même conscients que l'interdiction a tendance à augmenter le prix de la viande, préfèrent que cette viande soit exempte d'hormones. Ces effets ne paraissent pas démontrés scientifiquement, quoiqu'il soit aussi impossible d'exclure tout risque. Mais ce n'est guère important pour les consommateurs, qui n'ont d'ailleurs qu'une confiance modérée dans les avis scientifiques, dont ils ont beaucoup de mal à vérifier l'indépendance réelle par rapport à l'industrie agro-alimentaire.

La préférence des consommateurs européens peut ainsi sembler irrationnelle d'un point de vue tant économique que scientifique, encore qu'il est peut-être économiquement rationnel, pour un individu, de payer sa viande un peu plus cher pendant toute sa vie que de consacrer le temps nécessaire à l'acquisition de la connaissance suffisante pour être convaincu que la viande aux hormones ne présente pas un niveau de risque inacceptable pour lui¹²¹⁵ (ce qui montre encore que le fonctionnement réel de l'économie elle-même est plus compliqué que les modèles). La décision des dirigeants européens, elle, suit la logique politique classique de satisfaction des

¹²¹³ L'organisation Pro France a mis en place un label certifiant que le produit qui en est revêtu « prend ses caractéristiques essentielles en France » et que « au moins 50 % [de son prix de revient unitaire] est acquis en France » (<http://www.profrance.org/index.html>, 24 janvier 2012). L'existence d'un tel label semble confirmer que l'origine du produit (et non seulement le prix) est un critère du choix du consommateur.

¹²¹⁴ W.A. KERR et J.E. HOBBS, « Consumers, Cows and Carousels: Why the Dispute over Beef Hormones is Far More Important than its Commercial Value », in N. PERDIKIS et R. READ (eds), *The WTO and the Regulation of International Trade – Recent Trade Disputes between the European Union and the United States*, Cheltenham, Edward Elgar, 2005, p. 191-214.

¹²¹⁵ V. W.A. KERR et J.E. HOBBS, « Consumers, Cows and Carousels: Why the Dispute over Beef Hormones is Far More Important than its Commercial Value », in N. PERDIKIS et R. READ (eds), *The WTO and the Regulation of International Trade – Recent Trade Disputes between the European Union and the United States*, Cheltenham, Edward Elgar, 2005, p. 196.

électeurs. Il n'est guère étonnant que ce genre de différend soit difficile à régler dans un système construit sur

« a simplistic economic model where consumers are always expected to benefit from trade liberalisation (through lower prices) and, conversely, lose from imposition of trade barriers »¹²¹⁶.

Si donc la préférence des consommateurs face à deux produits identiques n'est pas seulement déterminée par le prix, le modèle basé sur une telle définition de leur préférence ne correspond pas à la réalité. L'OMC est fondée sur l'idée que les barrières commerciales ne peuvent provenir que d'une revendication de la part des acteurs internes concurrencés par les importations¹²¹⁷, ce que la population en général (donc les consommateurs) ne peut vouloir si elle raisonne comme le prédit le modèle économique classique. Ceci conduit par exemple J.O. McGinnis et M.L. Movsesian à considérer que l'OMC – en tant qu'elle se limite à lutter contre le protectionnisme discriminatoire – promeut en réalité la démocratie car elle impose, contre les lobbys et les dirigeants qui y succombent, la volonté réelle de la population¹²¹⁸. Mais si la prémisse est fausse, quelle qu'en soit au demeurant la raison, les règles – et aussi les sanctions – ne sont plus forcément adaptées.

En second lieu vient une critique beaucoup plus radicale, qui met en cause le caractère nécessairement autocentré des préférences. A. Sen réfute la conception de la nature humaine sous-jacente à un tel raisonnement. Il soutient que les agents font parfois preuve d'« engagement », c'est-à-dire que la raison de leur action n'est pas nécessairement la maximisation de leur bien-être personnel, ni même le bien-être qu'ils éprouvent à la vue du bien-être d'autrui¹²¹⁹. On parvient alors à expliquer nombre de comportements altruistes, « irrationnels », ou mus par des considérations irréductibles à des motifs économiques, mais au prix de revoir le fonctionnement des principaux modèles économiques et la compréhension de la rationalité qui les sous-tend, dans le sens d'une plus grande complexification¹²²⁰.

¹²¹⁶ W.A. KERR et J.E. HOBBS, « Consumers, Cows and Carousels: Why the Dispute over Beef Hormones is Far More Important than its Commercial Value », in N. PERDIKIS et R. READ (eds), *The WTO and the Regulation of International Trade – Recent Trade Disputes between the European Union and the United States*, Cheltenham, Edward Elgar, 2005, p. 191.

¹²¹⁷ W.A. KERR et J.E. HOBBS, « Consumers, Cows and Carousels: Why the Dispute over Beef Hormones is Far More Important than its Commercial Value », in N. PERDIKIS et R. READ (eds), *The WTO and the Regulation of International Trade – Recent Trade Disputes between the European Union and the United States*, Cheltenham, Edward Elgar, 2005, p. 195.

¹²¹⁸ J.O. MCGINNIS et M.L. MOVSESIAN, « The World Trade Constitution », *Harvard L. R.*, 2000, p. 512-605.

¹²¹⁹ A. SEN, *Éthique et économie*, Paris, P.U.F., 2001, p. 97-98.

¹²²⁰ A. SEN, *Éthique et économie*, Paris, P.U.F., 2001, p. 106, 113 et s.

Ceci est aussi applicable à la politique commerciale. Le sentiment d'équité peut l'influencer, d'autant plus lorsqu'elle perd son caractère confidentiel, ce qu'on peut démontrer sur la base d'études empiriques plus générales selon lesquelles les agents privilégient l'équité par rapport à l'efficience¹²²¹.

237. La difficulté d'agréger des préférences individuelles et les problèmes de répartition

Dans les théories libérales à tout le moins, les préférences sont individuelles, et on suppose qu'il est possible de les agréger pour former une préférence collective (par exemple la préférence d'un État)¹²²².

Or, une telle opération est tout sauf évidente. D'une part, les individus n'ont pas tous, face à une question donnée, une préférence de même intensité, mais il est particulièrement malaisé d'attribuer à cette intensité une valeur qui soit comparable (c'est-à-dire fixée sur une même échelle) d'un individu à l'autre, de manière à pouvoir ensuite les additionner. Si, pour contourner cet écueil, on réduit tout problème à un choix entre deux options – sans égard à l'intensité, on peut aboutir à une indifférence (quorum inférieur à 50 %) ou à une incomparabilité (quorum supérieur à 50 %) selon le quorum fixé pour qu'une option l'emporte. Et dès que le choix se porte sur plus de deux possibilités, on est confronté au risque de l'intransitivité des préférences collectives, c'est-à-dire l'impossibilité de décider, même si toutes les préférences individuelles sont parfaitement transitives (paradoxe de Condorcet)¹²²³.

En outre, le bien-être d'un groupe n'est pas nécessairement égal à la moyenne du bien-être de ses membres car, le bien-être marginal étant (selon une intuition largement répandue) une fonction décroissante de la richesse, la répartition des richesses entre les individus influence le total du bien-être¹²²⁴. Ainsi, lorsqu'on parle d'ouverture au commerce international, il ne suffit pas d'évaluer la quantité totale des gains qu'une telle ouverture pourrait créer, mais il faut voir aussi comment ces gains seront répartis, *a fortiori* si certains ne gagnent rien à l'ouverture, mais y perdent.

À ce second écueil, les théoriciens de l'économie internationale répondent traditionnellement que, pour autant que l'État dans son ensemble enregistre un gain, il peut toujours le redistribuer

¹²²¹ C. DAVIDSON, S. MATUSZ et D. NELSON, « Fairness and the Political Economy of Trade », *World Economy*, 2006, p. 989-1004.

¹²²² V. le *caveat* de P.H. LINDERT et T.A. PUGEL, *Économie internationale*, 10^e éd., Paris, Economica, 1997, p. 56-57.

¹²²³ Chr. ARNSPERGER, *L'économie, c'est nous. Pour un savoir citoyen*, Ramonville Saint-Agne, Erès, 2006, p. 60 ; Ph. VAN PARIJS, *Qu'est-ce qu'une société juste ?*, Paris, Seuil, 1990, p. 36-41.

¹²²⁴ Ph. VAN PARIJS, *Qu'est-ce qu'une société juste ?*, Paris, Seuil, 1990, p. 54-55.

en interne de manière à ce que l'ouverture au commerce international soit Pareto-améliorante¹²²⁵. C'est ainsi qu'ils s'autorisent une approche en termes de bien-être des États, supposant qu'une amélioration au sens de Pareto au niveau des États entraîne par la force des choses une telle amélioration pour les individus. Cette analyse semble d'autant plus évidente qu'elle concorde avec la théorie de la personnalité juridique (*infra*, n° 245).

Toutefois, une telle redistribution interne est rarement effective dans la réalité, soit parce qu'elle est impossible pour des raisons juridiques, politiques, sociales ou autres, soit – ce qui est dirimant – parce que l'ouverture aux échanges elle-même et la concurrence internationale qu'elle entraîne empêchent, économiquement, de lever les taxes nécessaires à la redistribution. Ce n'est plus alors une raison contingente qui empêche l'optimalité du système commercial international au niveau individuel, mais la situation économique résultant de la mise en œuvre de ce système lui-même¹²²⁶. En d'autres termes, ce système contient une contradiction subtile, qui l'empêche d'être Pareto-optimal. Ceci n'interdit pas en soi de l'adopter quand même, mais rend incontournable le problème de son incidence sur la répartition des richesses.

238. Chacun est porteur de plusieurs types d'intérêts simultanément

Connaître ou définir les préférences de chacun, ou de différents groupes sociaux, pose encore de nombreux problèmes méthodologiques.

D'abord, même si la science économique a tendance à considérer certains groupes (notamment les firmes et les États) comme des unités, elle demeure fondée sur l'idée que les ressources, les richesses, et donc les intérêts sous-jacents de ces groupes se réduisent en définitive à des ressources ou des intérêts d'individus. Par exemple, l'intérêt d'une entreprise est, dans une proportion à déterminer, celui de ses dirigeants, actionnaires, travailleurs, fournisseurs, etc.

En outre, les interdépendances entre les individus et les groupes dans une société complexe induisent une « ambivalence » ou même une « polyvalence des intérêts »¹²²⁷ :

« tous les individus, tous les groupes, ordres et classes, dépendent de quelque manière les uns des autres ; ils sont des amis, des alliés, des partenaires potentiels dans l'action, mais ils sont aussi les représentants d'intérêts opposés, des concurrentes, des adversaires en puissance. »¹²²⁸

¹²²⁵ P. KRUGMAN et M. OBSTFELD, *International Economics – Theory and Policy*, Int'l ed., 6th ed., Boston, Addison Wesley, 2003, p. 58.

¹²²⁶ V. R. HOWSE, « The legitimacy of the World Trade Organization », in J.-M. COICAUD et V. HEISKANEN (eds), *The legitimacy of international organizations*, New York, United Nations University Press, 2001, p. 367 et s.

¹²²⁷ N. ELIAS, *La dynamique de l'Occident*, trad. P. Kamnitzer, Paris, Calmann-Lévy, 1975, p. 111.

¹²²⁸ N. ELIAS, *La dynamique de l'Occident*, trad. P. Kamnitzer, Paris, Calmann-Lévy, 1975, p. 111.

Ainsi, chaque individu est porteur de plusieurs intérêts simultanément et, s'il en était parfaitement conscient, il serait souvent tiraillé entre plusieurs intérêts qui s'opposent dans telle situation concrète. Par exemple, lorsqu'on explique que l'ouverture d'un pays développé au commerce international apporte un gain pour le consommateur mais nuit au travailleur peu qualifié, le travailleur peu qualifié qui est aussi consommateur se demande où se situe exactement son intérêt, en particulier s'il veut distinguer différents secteurs de l'économie, tenir compte de l'incidence de la libéralisation envisagée sur la valorisation d'un fonds de pension auquel a cotisé son employeur et sur les ressources de l'État dont il est aussi un citoyen. En théorie, il est possible d'effectuer de savants calculs, avec une pondération qui tienne compte de la situation de chacun, mais une telle opération est impossible en pratique, ne serait-ce qu'au stade de la collecte des données.

Il demeure qu'en définitive, chacun peut exprimer une préférence, qu'elle soit ou non conforme à ses intérêts. Mais la réalité diverge alors de l'axiome de rationalité économique des agents.

À cela s'ajoute encore que les intérêts, les préférences et la manière dont on peut les faire valoir en pratique dépendent de mécanismes collectifs, notamment des dynamiques institutionnelles (les syndicats « organisent » un intérêt collectif de leurs membres), des concentrations permettant d'acquérir un pouvoir ou une influence inaccessible à d'autres (différence entre la grande distribution et l'épicier indépendant) ou encore des asymétries (intérêt crucial de quelques personnes contre faible intérêt d'un très grand nombre)¹²²⁹.

2. Le libre-échange et les sanctions

239. Les rapports complexes entre l'OMC et le libre-échange

Contrairement à l'opinion la plus répandue, l'OMC ne se préoccupe pas uniquement de la libéralisation, mais aussi de la prévisibilité du commerce international (art. 3.2 MRD), ce qui correspond à ce que les juristes appellent la sécurité juridique. Or, s'il est évidemment possible de libéraliser tout en renforçant la prévisibilité, ces deux principes peuvent parfois s'opposer. La prévisibilité exige l'engagement le plus contraignant pour les États, sans exceptions et avec des sanctions sévères. Or, à ces conditions, les États n'acceptent pas de libéraliser, ou à tout le moins limitent leurs engagements. Si l'on souhaite qu'ils s'engagent plus avant dans la libéralisation, il faut leur consentir une forme de flexibilité, qui peut prendre la forme d'une

¹²²⁹ P. KRUGMAN et M. OBSTFELD, *International Economics – Theory and Policy*, Int'l ed., 6th ed., Boston, Addison Wesley, 2003, p. 58-59, 230-231.

interprétation souple, d'exceptions et/ou d'un mécanisme de mise en œuvre moins contraignant.

Ainsi, pour des raisons essentiellement politiques, il faut choisir un certain niveau de libéralisation et de prévisibilité¹²³⁰, l'un déterminant en partie ce qu'il est possible d'obtenir dans l'autre, et vice-versa. Jusqu'à un certain point, des règles plus protectionnistes mais plus certaines sont préférables à une libéralisation plus poussée mais affectée de nombreuses incertitudes.

L'Accord de Marrakech matérialise cet équilibre, avec une série de règles qui, dans cette perspective, ne se réduisent pas à l'accès aux marchés. Il contient ainsi, d'une part, de nombreuses exceptions aux principes de libéralisation et, d'autre part, des normes qui ne peuvent être réduites à une question d'accès aux marchés (dénommées « règles » ou « *rules* » dans le jargon de l'OMC – *infra*, n° 305). Les exceptions de l'article XX du GATT et les sauvegardes sont des exemples de la première catégorie. L'Accord ADPIC est un cas typique de la seconde, au sein de laquelle on trouve aussi des règles procédurales, par exemple celles qui précisent les conditions à remplir par l'enquête précédant l'établissement d'un droit antidumping.

Toutes ces règles sont sanctionnées par le même mécanisme, celui de la suspension d'obligations, qui d'ailleurs ne se réduisent pas non plus à des consolidations tarifaires. Une fois ces règles édictées, c'est le compromis qu'elles contiennent qu'il s'agit de mettre en œuvre et de faire respecter, quelles que soient les oppositions de principe sous-jacentes.

240. Application : la contestation de la théorie économique dominante par W. Ethier

La critique assez radicale de W. Ethier¹²³¹ se base sur une observation analogue : les règles de l'OMC ne contiennent pas (tout) ce que les partisans de la théorie dominante y voient.

La théorie dominante suppose en effet que les États souhaitent *a priori* modifier de manière favorable les termes de l'échange, et que, par les traités commerciaux (en particulier les règles de l'OMC), ils s'interdisent l'un l'autre de recourir à cette politique (*supra*, n° 214).

¹²³⁰ Sur cette opposition, O.K. FAUCHALD, « Flexibility and Predictability under the World Trade Organization's Non-discrimination Clauses », *J.W.T.* 37(3), 2003, p. 443-482.

¹²³¹ W.J. ETHIER, « Political Externalities, Nondiscrimination, and a Multilateral World », *R. Int. Econ.* 12(3), 2004, p. 303-320 ; W.J. ETHIER, « The theory of trade policy and trade agreements: A critique », *Eur. Journ. Pol. Econ.* 23, 2007, p. 605-623.

Or, les termes de l'échange peuvent être modifiés en taxant soit les importations, soit les exportations. Les traités de commerce devraient donc interdire, ou à tout le moins limiter, tant les droits de douane à l'importation que les taxes à l'exportation. Pour W. Ethier, si l'OMC s'occupe évidemment des premiers, elle n'interdit en revanche pas les secondes¹²³² (à l'inverse des restrictions quantitatives, en principes interdites tant à l'importation qu'à l'exportation¹²³³). En d'autres termes, les règles de l'OMC n'empêchent pas les grands États de modifier les termes de l'échange : à défaut de pouvoir utiliser les droits de douane, qui sont interdits ou limités, ils pourraient parvenir au même résultat par un système de taxes à l'exportation, qui ne violerait pas leurs engagements. Il n'est pas cohérent d'expliquer la présence de traités commerciaux par la recherche d'une propriété (empêcher la manipulation des termes de l'échange) qu'ils n'ont pas.

Sur le terrain empirique, on peut objecter qu'interdire ces taxes n'est pas nécessaire car, dans les faits, les États n'y recourent pas¹²³⁴. Mais ceci met alors en question la prémisse du raisonnement : comment soutenir qu'en l'absence d'accord international, les États manipuleraient les termes de l'échange si, disposant d'un instrument idoine dont l'usage n'est pas interdit par les règles en vigueur, ils ne le font pas ?

Ceci conduit W. Ethier à rejeter la théorie dominante et à expliquer les accords commerciaux par des motifs essentiellement politiques : ils servent à maximiser le « statut politique »¹²³⁵ des dirigeants étatiques (ce qui vise quelque chose comme leur utilité politique), dans un contexte marqué par une rationalité imparfaite des agents (qui accordent plus d'importance à certains effets économiques d'une décision politique qu'à d'autres)¹²³⁶, par la présence de lobbys (qui apportent aux dirigeants un type spécifique d'information)¹²³⁷ et par les « externalités

¹²³² W.J. ETHIER, « Political Externalities, Nondiscrimination, and a Multilateral World », *R. Int. Econ.* 12(3), 2004, p. 304.

¹²³³ Art. XI GATT ; pour une application, Groupe spécial, *Chine – Mesures relatives à l'exportation de diverses matières premières*, WT/DS394/R, WT/DS395/R et WT/DS398/R, 5 juillet 2011, spéc. 7.167-7.225 et Organe d'appel, *Chine – Mesures relatives à l'exportation de diverses matières premières*, WT/DS394/AB/R, WT/DS395/AB/R et WT/DS398/AB/R, 30 janvier 2012, spéc. 318 et s.

¹²³⁴ V. cependant Groupe spécial, *Chine – Mesures relatives à l'exportation de diverses matières premières*, WT/DS394/R, WT/DS395/R et WT/DS398/R, 5 juillet 2011, spéc. 7.52-7.106, qui déclare des droits à l'exportation imposés par la Chine incompatibles avec les obligations contenues dans son Protocole d'accession (ce qui confirme *a contrario* que l'interdiction ne figure pas dans le GATT).

¹²³⁵ W.J. ETHIER, « Political Externalities, Nondiscrimination, and a Multilateral World », *R. Int. Econ.* 12(3), 2004, p. 305.

¹²³⁶ W.J. ETHIER, « Political Externalities, Nondiscrimination, and a Multilateral World », *R. Int. Econ.* 12(3), 2004, p. 306.

¹²³⁷ W.J. ETHIER, « The theory of trade policy and trade agreements: A critique », *Eur. Journ. Pol. Econ.* 23, 2007, p. 610.

politiques » (soit la possibilité d'une influence des décisions de dirigeants étrangers sur le statut politique des dirigeants nationaux)¹²³⁸.

241. Contrefactuel pour déterminer le montant des sanctions

La réflexion qui précède se prolonge avec l'examen de plusieurs caractéristiques des sanctions, examinées ci-dessus, qui cadrent mal avec la théorie économique du libre-échange. On le comprend à l'aide de trois exemples : le contrefactuel (ce n°), la configuration des sanctions (*infra*, n° 242) et le principe d'équivalence (*infra*, n° 243).

Lorsqu'ils examinent le montant du dommage commercial, les arbitres doivent comparer la situation réelle avec une situation hypothétique, celle qui existerait si l'État défendeur s'était conformé à ses obligations. Les arbitres partent généralement de l'idée que, la mesure en cause étant reconnue contraire aux obligations du défendeur, c'est son retrait qui réalise la conformité. Cependant, le défendeur dispose en réalité d'une marge d'appréciation pour exécuter la décision de l'ORD, comme l'ont montré les différends *Bananes III*, *Hormones* et *Jeux* (*supra*, n°s 129 et s.). Il peut certes abroger purement et simplement la mesure en cause, sans apporter d'autre modification à son ordre juridique. Mais il peut aussi modifier la mesure en cause pour en ôter ce qui la rendait contraire au droit de l'OMC. Il est même parfois possible de lui substituer une autre mesure qui, sans encourir les mêmes reproches que celle qu'elle remplace, a des effets identiques ou similaires. Les possibilités sont multiples¹²³⁹ et l'on voit souvent les États réfléchir de nombreux mois à la mesure la plus adéquate pour remplacer celle qui fut critiquée, compte tenu des objections formulées par le groupe spécial et l'Organe d'appel, mais aussi des intérêts commerciaux et économiques en jeu.

Dans ce contexte, les différentes mesures qui pourraient toutes être choisies par l'État conformément à ses obligations n'auraient probablement pas les mêmes effets commerciaux. La détermination par les arbitres du dommage commercial en devient passablement compliquée, car ils doivent imaginer, sans trop savoir, le régime qui serait applicable si l'État se conformait à ses obligations. Décider arbitrairement que la mesure critiquée n'existerait pas n'est pas très convaincant, surtout au regard de la pratique. Tenir pour acquises d'autres hypothèses, par exemple l'existence d'une dérogation qui n'a pas (encore) été accordée¹²⁴⁰ ou, comme dans l'affaire *États-Unis – Jeux*, une condition (manquante) pour bénéficier d'une dérogation (*supra*,

¹²³⁸ W.J. ETHIER, « Political Externalities, Nondiscrimination, and a Multilateral World », *R. Int. Econ.* 12(3), 2004, p. 305 et s.

¹²³⁹ CE – *Bananes III* (États-Unis) (article 22:6 – CE), 7.7 ; CE – *Bananes III* (Équateur) (article 22:6 – CE), 166.

¹²⁴⁰ CE – *Bananes III* (Équateur) (article 22:6 – CE), 167. V. H. SPAMANN, « The Myth of “Rebalancing” Retaliation in WTO Dispute Settlement Practice », *J.I.E.L.* 9(1), 2006, p. 54.

n° 129)¹²⁴¹, ne l'est pas davantage. Le malaise est renforcé par l'absence de motivation qui caractérise parfois les sentences sur ce point, alors qu'une motivation adéquate, à défaut de justifier le choix de manière absolue, permettrait au moins aux arbitres de le conscientiser et au public de le comprendre.

Il en résulte que la théorie économique pêche à nouveau par un certain simplisme en identifiant une violation des règles de l'OMC à du protectionnisme, la mise en conformité à un retour au libre-échange, et la suspension d'obligations à une réaction de type *tit-for-tat*.

242. Limites et configuration des sanctions au regard du modèle *tit-for-tat*

Il en va d'autant plus ainsi que les sanctions ne sont pas forfaitaires, mais que leur portée concrète dépend de paramètres difficiles à intégrer dans une analyse fondée sur le modèle *tit-for-tat*.

Les sanctions ne sont jamais une cessation totale de la coopération. Elles sont limitées dans leur montant, ce qui signifie que l'exécution de l'Accord se poursuit pour le surplus. Ainsi, le système qui existe aujourd'hui doit être rapproché des pratiques unilatérales de certains États avant 1995, ou de celles qu'ils pourraient mettre en œuvre si les règles du Mémorandum d'accord n'existaient pas. Dans cette optique, la limitation du montant des sanctions et les conditions procédurales qui les encadrent représentent effectivement une limite à l'escalade qui pourrait résulter du défaut de réglementation, ce qui les rapproche de l'objectif de libre-échange.

Cette manière d'envisager la question trouve appui dans la pratique de certains États, qui n'imposent pas le maximum des sanctions autorisées par l'ORD. Dans l'affaire *Bananes III*, l'Équateur a totalement renoncé à la mise en œuvre des sanctions ; Antigua a fait de même dans l'affaire des *Jeux*. Les Communautés européennes ont généralement une attitude mesurée. Dans le différend *États-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd)*, elles ont opté pour un droit de douane relativement modéré de 15 % sur les produits sanctionnés (alors qu'elles auraient pu imposer un droit prohibitif)¹²⁴². Cette politique est même accompagnée d'une progressivité dans l'affaire des *Sociétés de vente à l'étranger*, où le droit de douane supplémentaire, d'abord fixé à 5 %, se trouve progressivement augmenté d'1 % par mois

¹²⁴¹ S. SCHROPP, « The equivalence standard under Article 22.4 of the DSU: a 'tariffic' misunderstanding? », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 482-483.

¹²⁴² Règlement (CE) n° 673/2005 du Conseil du 25 avril 2005 instituant des droits de douane supplémentaires sur les importations de certains produits originaires des États-Unis d'Amérique, *J.O.U.E.*, L 110, 30 avril 2005, p. 1-5.

(jusqu'à atteindre 17 %) tant que les États-Unis ne se mettent pas en conformité¹²⁴³ (*supra*, n° 121).

Dans ces circonstances, on ne peut simplement parler de sanctions, sans considérer en même temps leur configuration concrète, et en particulier la manière dont leurs effets se déploient dans le temps.

243. Principe d'équivalence

Le principe d'équivalence et la manière dont il est appliqué (*supra*, n°s 123 et s.) ne correspond pas à ce qui découlerait de l'application de la théorie économique du libre-échange. S. Schropp en explique les raisons dans un article dont on synthétise ici certains arguments.

Premièrement, pour calculer la réduction des avantages, les arbitres utilisent généralement comme contrefactuel la situation qui aurait existé si le défendeur s'était mis en conformité le dernier jour du délai raisonnable. Mais en réalité, il est probable que les gains que le plaignant aurait tirés du commerce international (si la violation n'avait jamais existé) auraient continué à augmenter entre ce moment et celui de la décision de l'arbitre¹²⁴⁴.

Deuxièmement, même si S. Schropp ne développe pas ceci, les sanctions ne sont appliquées qu'à partir de l'autorisation de l'ORD, de sorte que le dommage subi pendant la période antérieure n'entre pas, en règle, dans le calcul de leur montant (*supra*, n°s 132 et 160).

Troisièmement, le choix de retenir le montant des échanges empêchés par la violation (« *value-of-trade-blocked* ») (*supra*, n° 125), s'il peut s'expliquer par la tradition et par la relative facilité de calcul, n'aboutit pas à déterminer le dommage réellement subi par l'État plaignant (ni, au demeurant, par ses ressortissants)¹²⁴⁵. Le montant des sanctions conçu comme l'équivalence des effets commerciaux ne correspond tout simplement pas aux effets en termes de bien-être, ni en théorie ni en pratique¹²⁴⁶. Ce mode de calcul ne tient pas compte des possibilités de

¹²⁴³ Règlement (CE) n° 2193/2003 du Conseil du 8 décembre 2003 instituant des droits de douane supplémentaires sur les importations de certains produits originaires des États-Unis d'Amérique, *J.O.U.E.*, L 328, 17 décembre 2003, p. 3-12.

¹²⁴⁴ S. SCHROPP, « The equivalence standard under Article 22.4 of the DSU: a 'tariffic' misunderstanding? », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 457-467, 480-482.

¹²⁴⁵ Dans un sens similaire, H. SPAMANN, « The Myth of "Rebalancing" Retaliation in WTO Dispute Settlement Practice », *J.I.E.L.* 9(1), 2006, p. 41-45.

¹²⁴⁶ F. BREUSS, « Comment on chapter 20 – A general equilibrium interpretation of some WTO dispute settlement cases: four EU-US trade conflicts », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 504-505 et les références citées.

commercialiser les produits visés sur d'autres marchés que celui de l'État défendeur (au même prix ou à un prix inférieur), des coûts de développement, de prospection, de transport, etc. liés à ce déplacement du commerce vers d'autres marchés, ni des dommages indirects (*supra*, n^{os} 138-140)¹²⁴⁷. Il s'avère particulièrement mal adapté lorsque la violation commise par le défendeur ne prend pas la forme d'un obstacle direct au commerce, mais plutôt la violation d'une « règle » comme le non-respect des droits intellectuels ou d'obligations procédurales¹²⁴⁸. C'est d'ailleurs dans ces domaines que les arbitres se sont écartés du mode normal de calcul de la réduction des avantages (*supra*, n^o 126).

Quatrièmement, l'arbitre ne contrôle pas (de manière effective) la valeur de la suspension d'obligations (*supra*, n^o 135)¹²⁴⁹. Le différend du *Maintien de la suspension*, qui avait trait aux sanctions appliquées, concernait en réalité une question de principe – les sanctions pouvaient-elles être maintenues, ou non – et non de montant (*supra*, n^o 161). Dans la pratique, cependant, les sanctions appliquées sont souvent inférieures au montant maximal autorisé sur la base du critère de l'effet commercial (*supra*, n^o 136).

Ces différentes raisons se combinent pour faire en sorte que le montant des sanctions ne corresponde pas au montant économiquement optimal, c'est-à-dire au montant qui amène les États à toujours préférer le respect de leurs obligations à la violation, sauf lorsque cette violation constitue un cas d'*efficient breach* (*supra*, n^o 220). En réalité, les biais dénoncés par S. Schropp conduisent le plus souvent à un montant inférieur au montant optimal selon ce critère¹²⁵⁰.

Les réflexions de S. Schropp rejoignent celles d'autres auteurs dont les analyses économiques indiquent que le mode de calcul des sanctions, y compris dans le domaine des subventions, ne cadre pas avec la théorie économique classique. Par exemple

¹²⁴⁷ S. SCHROPP, « The equivalence standard under Article 22.4 of the DSU: a 'tariffic' misunderstanding? », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 457-467, 467-474.

¹²⁴⁸ S. SCHROPP, « The equivalence standard under Article 22.4 of the DSU: a 'tariffic' misunderstanding? », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 457-467, 472 ; H. SPAMANN, « The Myth of "Rebalancing" Retaliation in WTO Dispute Settlement Practice », *J.I.E.L.* 9(1), 2006, p. 42.

¹²⁴⁹ S. SCHROPP, « The equivalence standard under Article 22.4 of the DSU: a 'tariffic' misunderstanding? », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 457-467, 489-492.

¹²⁵⁰ S. SCHROPP, « The equivalence standard under Article 22.4 of the DSU: a 'tariffic' misunderstanding? », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 492-494.

« the approach to retaliation that balances trade effects is not likely to achieve its ostensible purpose in a world with more than two countries, more than two goods, and an arbitrary sector in which the retaliatory measure is applied »¹²⁵¹.

La conséquence logique est d'abandonner l'équivalence des effets commerciaux et d'examiner plutôt l'équivalence entre les effets de la violation et de la sanction sur les termes de l'échange de l'État plaignant¹²⁵².

Tout ceci n'est étonnant que si l'on présuppose que le montant des sanctions doit résulter d'une analyse (exclusivement) économique. S. Schropp envisage l'objection et répond que, si le Mémoire d'accord ne contient pas d'indication claire sur l'objectif des sanctions, il faut choisir la méthode qui, autant que possible, contraint les États à respecter leurs obligations et permet de réparer le dommage des victimes¹²⁵³. Mais une autre analyse est possible. Plutôt que de proposer aux arbitres une révision de leur jurisprudence, on peut partir de celle-ci et chercher ce qu'elle révèle du fonctionnement du système de sanctions. On comprend alors que le montant des sanctions apprécié (plutôt que calculé) par les arbitres, tient compte – certes de manière assez forfaitaire – d'autres paramètres non (directement) économiques, comme la réputation de l'État, le rôle des lobbys, l'effet symbolique. Ces éléments rendent plausible l'efficacité des sanctions malgré le mode de fixation du montant et, dans une certaine mesure, indépendamment de celui-ci.

244. Conclusion de la section 1

Dans cette section, on a tenté de montrer, à travers quelques exemples, que les théories explicatives de l'OMC et de ses sanctions procèdent, pour des raisons méthodologiques bien compréhensibles, à certaines simplifications. Par exemple, le cloisonnement des disciplines (économie, droit, science politique) conduit souvent à n'étudier qu'un aspect de la problématique. L'utilisation de modèles économiques et les hypothèses sur lesquels ils sont basés impliquent aussi un décalage par rapport à la réalité concrète (modèle limité au commerce des marchandises, supposition du plein emploi). La notion de préférences économiques pose une série de difficultés, ainsi que les rapports entre le droit de l'OMC et le libre-échange. Tout ceci ne veut pas dire qu'il faille rejeter en bloc les théories le plus souvent utilisées pour

¹²⁵¹ G.M. GROSSMAN et A.O. SYKES, « 'Optimal' Retaliation in the WTO – a commentary on the *Upland Cotton* Arbitration », *W.T.R.* 10(1), 2011, p. 159.

¹²⁵² G.M. GROSSMAN et A.O. SYKES, « 'Optimal' Retaliation in the WTO – a commentary on the *Upland Cotton* Arbitration », *W.T.R.* 10(1), 2011, p. 160.

¹²⁵³ S. SCHROPP, « The equivalence standard under Article 22.4 of the DSU: a 'tariffic' misunderstanding? », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 496-497.

expliquer l'OMC ; il faut plutôt relativiser leur pouvoir explicatif, en gardant à l'esprit que la réalité est toujours plus complexe que ce qu'elles peuvent montrer.

Section 2 L'analyse centrée sur l'État

245. Personnalité juridique des États et individualisme méthodologique

Fonder une analyse sur l'État peut conduire à faire l'impasse sur les relations qui se développent à l'intérieur de celui-ci, et en particulier sur le rôle des individus¹²⁵⁴. Or, non seulement ce rôle n'a jamais été insignifiant, même pour l'étude des relations internationales, mais il tend à gagner en importance, en raison notamment du développement des droits de l'homme¹²⁵⁵ et de la mondialisation qui facilite l'accès des individus aux différents domaines des relations internationales.

Le droit de l'OMC repose sur un traité entre des États, principalement (*supra*, n^{os} 177 et s.). Les États sont dotés de la personnalité juridique en droit international, à l'inverse des acteurs principaux du commerce international que sont directement les entreprises et indirectement les personnes physiques considérées en leurs qualités d'actionnaires, de travailleurs et de consommateurs. En conséquence, comme il est habituel en droit international, le droit mondial du commerce n'oblige et ne sanctionne que les États, mais les obligations et les sanctions ont un effet sur les entreprises et les personnes physiques.

Lorsqu'ils s'intéressent à l'aspect international de leur discipline, la plupart des économistes envisagent le bien-être agrégé au sein d'un État, sans (trop) se préoccuper des répartitions entre individus. Cette présentation concorde avec la théorie du droit international et aussi avec notre conception intuitive du monde, divisé en États.

Cette concordance de façade ne résiste pas à l'analyse des présupposés de l'une et de l'autre approches. S'il est exact que les manuels présentent souvent l'économie internationale en termes de relations entre États – suivant en cela l'organisation juridique en vigueur –, la justification ultime de la théorie du libre-échange repose sur une meilleure allocation des ressources au bénéfice, dans chaque État, des consommateurs, des producteurs et de l'État. La science économique ne peut oublier que, derrière ces catégories, elle vise en réalité les

¹²⁵⁴ M. FINNEMORE, « Norms, culture, and world politics: insights from sociology's institutionalism », *Int. Org.* 50(2), 1996, p. 338.

¹²⁵⁵ M. FINNEMORE, « Norms, culture, and world politics: insights from sociology's institutionalism », *Int. Org.* 50(2), 1996, p. 338.

personnes physiques comme agents et bénéficiaires ultimes ; eux seuls, d'ailleurs, ont un bien-être qui peut être maximisé. L'économie internationale conserve donc l'individualisme méthodologique comme un fondement, caché parfois, toujours présent.

Tel n'est pas le cas du droit international, du moins si l'on a égard à ses fondements théoriques. Les droits et obligations des États ne reposent pas en définitive sur des droits et obligations des individus. Les intérêts sous-jacents sont certes ceux des personnes physiques. Mais elles ne peuvent pas les faire valoir en droit : seul l'État y est habilité. Juridiquement, seuls les États (et quelques organisations internationales), et non des individus, participent à la création et à l'application des règles commerciales internationales. Mais dans le vécu d'un monde globalisé, les États ne sont plus seuls à occuper la scène internationale. Individus et entreprises s'y meuvent également, et revendiquent d'une certaine manière une existence qui dépasse les frontières de leur État.

En résumé, les théories économique et juridique du commerce international sont basées sur des présupposés qui s'opposent, individualiste d'une part et communautaire d'autre part. C'est pourquoi il est malaisé de les faire cohabiter, par exemple, pour justifier économiquement l'application de règles internationales d'indemnisation des États ou pour raisonner en termes d'amélioration au sens de Pareto entre États. Car dès qu'on creuse un peu l'analyse, on est forcé d'ouvrir la « boîte noire » qu'est l'État, et de considérer la situation des individus¹²⁵⁶. Et la tentation est d'autant plus forte qu'on se sent alors plus proche de la réalité des acteurs d'aujourd'hui qu'en suivant la théorie juridique classique.

246. Conséquences de cette incohérence

Il n'est pas étonnant, dès lors, d'observer dans la pratique certaines tensions entre le caractère individuel (ou à tout le moins privé) des enjeux économiques et l'organisation collective et publique de leur défense sur le plan international.

Ainsi s'expliquent les interventions plus ou moins discrètes des entreprises dans les différentes étapes du règlement des différends¹²⁵⁷ comme d'ailleurs, d'une manière plus générale, le

¹²⁵⁶ Pour une analyse théorique de cette question, J. PAUWELYN, *Optimal Protection of International Law: Navigating between European Absolutism and American Voluntarism*, Cambridge University Press, 2008, p. 98-102. En ce qui concerne plus particulièrement les sanctions de l'OMC, H. CULOT, « Une injustice des sanctions de l'OMC », in J. CHAISSE et T. BALMELLI (eds), *Essays on the Future of World Trade Organization, volume II : The WTO Judicial System : Contributions and Challenges*, Genève, Editions Interuniversitaires Suisses – EDIS, 2008, p. 291-302.

¹²⁵⁷ M. CLOUGH, « The WTO Dispute Settlement System – A Practitioner Perspective », *Fordham Int. L. Journ.* 24, 2000, p. 253-264.

lobbying qu'elles pratiquent à propos des questions de commerce international (*infra*, n^{os} 249 et s.).

Poussant plus loin le raisonnement, certains auteurs vont jusqu'à nier tout intérêt propre aux États, c'est-à-dire la prise en charge par l'État d'une synthèse des intérêts de tous ses citoyens, reléguant le droit international classique au rang de supercherie :

« While preserving the myth of a legal system that places obligations on 'nations,' in fact the system was designed in large part to make manufacturing even more mobile than it already was. Member countries also came to be divided into 'strategic blocks', similarly designed to mask the fact that nations or members never had anything like monolithic 'trade interests' that were pursued on behalf of the 'people of the nation'. Despite the many GATT and WTO disputes that reference the 'trade rights' of participating nations, trade rights are not the property of the nation states, but of those who reside within them and have the 'relevant' transnational abilities. What became WTO law in 1995 was a fairly straightforward set of items on the wish lists of transnational business »¹²⁵⁸.

Cette section développe quelques exemples qui montrent que, sans pour autant nier son importance, on ne peut plus aujourd'hui limiter l'analyse à l'État, à peine de passer à côté d'aspects essentiels à la compréhension du fonctionnement des relations économiques internationales. D'une part, on ne peut considérer l'État sans se demander comment il prend ses décisions, ce qui renvoie à la notion de gouvernance (interne), mais nécessite aussi de reconnaître que les décisions des États ne sont pas indépendantes des acteurs internationaux, en l'espèce de l'OMC (§ 1). D'autre part, il faut prendre conscience que la mondialisation empêche de rattacher les personnes, les entreprises et les marchandises exclusivement à un État, ce qui influence la signification du terme « international » (§ 2).

§ 1. *L'incidence de la gouvernance et des modes de décision*

247. Introduction

D'une manière générale, les modèles classiques, en droit et en économie, analysent le comportement de l'État en le considérant comme une unité autonome, un atome, une boîte noire. Même si cela se comprend mieux pour le modèle juridique, ni l'un ni l'autre n'a fondamentalement égard aux subdivisions qui composent son objet d'étude ni aux entités plus larges dont il fait partie. Ainsi, sont gommés le rôle et les intérêts des entreprises, des consommateurs, des dirigeants politiques, mais aussi le contexte plus général des relations internationales dans lequel les États prennent les décisions relatives au commerce international.

¹²⁵⁸ S. DILLON, « Opportunism and the WTO: Corporations, Academics and 'Member States' », in C.B. PICKER, I.D. BUNN ET D.W. ARNER (eds), *International Economic Law: The State and Future of the Discipline*, Oxford, Hart, 2008, p. 64.

Or, tenir compte de ces éléments est nécessaire à une bonne compréhension des sanctions de l'OMC.

248. L'incidence des mécanismes de gouvernance et de leurs imperfections

Ceux qui dirigent une collectivité (entreprise, État, ...) et prennent des décisions en son nom n'agissent pas toujours dans son intérêt. Deux raisons principales expliquent ce phénomène.

D'une part, des imperfections cognitives nous empêchent de connaître, au moment de la prise de décision, toutes les conséquences qui pourraient en résulter. En outre, même si l'on entrevoit certaines conséquences possibles de l'action, il n'est pas possible de déterminer avec précision la probabilité de leur survenance.

D'autre part, les mécanismes de responsabilité sont imparfaits, et l'on ne peut pas toujours empêcher que les conséquences (positives ou négatives) de certaines décisions modifient en réalité la situation de ceux qui ne les ont pas prises. Il en va ainsi parce que toutes les externalités ne sont pas compensées, parce que les dirigeants n'agissent pas toujours dans le meilleur intérêt de ceux qu'ils représentent et ne s'en voient pas nécessairement sanctionnés.

C'est ainsi que, lorsqu'on considère les sanctions de l'OMC sous l'angle de la théorie de l'*efficient breach* (*supra*, n° 220), on peut distinguer une violation *politiquement* efficiente et une violation *économiquement* efficiente¹²⁵⁹. La première maximise l'utilité de ceux qui la décident, ce qui signifie qu'en raison par exemple des rapports de force internes, de l'état de l'opinion publique ou d'un avantage personnel qui leur est promis, les dirigeants de l'État ont un intérêt (politique, économique, ...) à décider que leur État ne respectera pas le droit de l'OMC et subira les sanctions mises en œuvre par un autre État membre.

La violation économiquement efficiente est celle qui créerait une richesse plus grande, au total, que dans la situation où les obligations sont respectées. Il est particulièrement malaisé d'intégrer ce type de raisonnement dans une théorie économique du libre-échange car, à supposer que la violation augmente le bien-être total dans l'État qui commet la violation, encore faudrait-il qu'elle ne le réduise pas (ou ne le réduise que dans une mesure moindre) dans l'État (ou les États) qui en est (sont) victime(s), ou que les sanctions que ce dernier est autorisé à mettre en œuvre réparent son préjudice. Or, même en jouant habilement sur les termes de l'échange (à supposer que cela soit possible à l'État victime de la violation), on ne comprend pas

¹²⁵⁹ J. PAUWELYN, *Optimal Protection of International Law: Navigating between European Absolutism and American Voluntarism*, Cambridge University Press, 2008, p. 93-97.

comment – théoriquement et pratiquement – les sanctions telles qu’elles sont organisées aujourd’hui (non-rétroactivité, effet d’obstacle au commerce) pourraient économiquement constituer un avantage ou une réparation pour cet État, au sens requis pour que la violation soit efficiente¹²⁶⁰. Ainsi, envisager une violation des règles de l’OMC et la suspension d’obligations comme un *efficient breach* nécessite de considérer l’intérêt des dirigeants politiques, et non celui de l’État considéré comme une unité, ce qui implique la reconnaissance que les deux ne sont pas (parfaitement) alignés.

Un important courant dans la littérature explique ainsi le comportement des États en se basant sur les préférences de ses dirigeants, telles qu’elles sont orientées notamment par les lobbys¹²⁶¹.

249. Lobbys et groupes de pression

En présence de mécanismes de gouvernance imparfaits, on ne peut s’en tenir à une décision « de l’État » sans s’intéresser à l’influence des acteurs infraétatiques qui défendent leurs convictions et leurs intérêts. Les groupes de pression (ou lobbys), quels que soient leurs objectifs, ont ici une importance particulière. Certes, les lobbys sont eux-mêmes des groupements, composés d’individus voire d’autres groupements que sont les entreprises. On pourrait donc, de la même manière qu’on le fait ici pour l’État, étudier comment les lobbys (ou les entreprises) prennent des décisions, ce qui reviendrait à décrire leurs mécanismes de gouvernance. Néanmoins, les intérêts d’un lobby (qui est explicitement constitué pour la défense d’intérêts bien définis) ou d’une entreprise sont beaucoup plus homogènes que ceux de l’État. Dans une optique d’individualisme méthodologique, s’attacher à l’action des lobbys relève certes d’une forme de simplification, mais conserve néanmoins une vertu pour mieux comprendre le fonctionnement de l’État.

Le phénomène des lobbys n’est pas neuf : la Chambre de commerce internationale était déjà représentée à la négociation de la Convention de Genève du 8 novembre 1927 pour l’abolition des prohibitions et restrictions à l’importation et à l’exportation¹²⁶². Il n’a pas décliné par la suite. L’influence d’un consortium d’acteurs privés emmené par l’entreprise pharmaceutique Pfizer a

¹²⁶⁰ J. PAUWELYN, « The calculation and design of trade retaliation in context: what is the goal of suspending WTO obligations? », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 63.

¹²⁶¹ V. par exemple M. LUSZTIG et P. JAMES, « How Does Free Trade Become Institutionalized? An Expected Utility Model of the Chrétien Era », *World Economy* 29(4), 2006, p. 491-505.

¹²⁶² S. CHARNOVITZ, « WTO Cosmopolitics », *New York University Journ. Int. L. & Policy* 34, 2002, p. 307.

par exemple été déterminante pour l'inclusion de la protection de la propriété intellectuelle dans les règles commerciales¹²⁶³.

Cet intérêt des lobbys pour ces questions formellement interétatiques s'explique aisément par l'incidence des accords commerciaux internationaux sur la situation des acteurs privés et, partant, la volonté de ceux-ci d'adresser leurs demandes à l'autorité responsable de la décision¹²⁶⁴. Les dirigeants étatiques, de leur côté, trouvent chez ces acteurs à la fois une certaine expertise et un soutien politique¹²⁶⁵. Ainsi, la montée en puissance des acteurs non étatiques, parmi lesquels les ONG mais aussi les multinationales, est aussi un effet de la mondialisation¹²⁶⁶.

Traditionnellement, l'action des lobbys est assez simplement modélisée. D'une part, les industries qui produisent des biens en concurrence avec les importations militent pour des politiques protectionnistes. D'autre part, les industries actives à l'exportation souhaitent que les États étrangers ouvrent leurs marchés et promeuvent en conséquence la libéralisation. Certes, elles préféreraient pouvoir conquérir les marchés étrangers tout en étant protégées sur leur marché national, mais cette position n'est guère tenable en raison de la structure de lobbying similaire dans les États étrangers. Les consommateurs sont trop nombreux pour pouvoir se coordonner à un coût acceptable ; ils sont donc réputés incapables de faire pression. Les dirigeants étatiques tranchent. De là découle l'idée d'une libéralisation réciproque, les États n'acceptant une ouverture de leur marché (avec le mécontentement corrélatif des producteurs concurrencés par les nouvelles importations) qu'en contrepartie d'une ouverture des marchés étrangers (c'est-à-dire la satisfaction des entreprises nationales souhaitant exporter).

Plusieurs facteurs viennent toutefois compliquer cette situation. Pour choisir quelques exemples, les entreprises ne se rattachent pas de manière univoque à un seul État (*infra*, n° 255), et ne limitent pas leurs efforts de lobbying à leur État d'origine. Les industries ou, plus généralement, les intérêts économiques, ne sont pas les seuls à faire pression sur les dirigeants

¹²⁶³ S.C. BURRIS, P. DRAHOS et C. SHEARING, « Nodal Governance », *Australian Journal of Legal Philosophy* 30(1), 2005, p. 40-49 ; T.N. SRINIVASAN, « The Dispute Settlement Mechanism of the WTO: A Brief History and an Evaluation from Economic, Contractarian and Legal Perspectives », *World Economy* 30(7), 2007, p. 1051.

¹²⁶⁴ S. CHARNOVITZ, « WTO Cosmopolitics », *New York University Journ. Int. L. & Policy* 34, 2002, p. 310 et s.

¹²⁶⁵ S. CHARNOVITZ, « WTO Cosmopolitics », *New York University Journ. Int. L. & Policy* 34, 2002, p. 318-319.

¹²⁶⁶ R.O. KEOHANE et J.S. NYE Jr., « The Club Model of Multilateral Cooperation and Problems of Democratic Legitimacy », in R.B. PORTER, P. SAUVÉ, A. SUBRAMANIAN et A. BEVIGLIA ZAMPETTI (eds), *Efficiency, Equity, and Legitimacy – The Multilateral Trading System at the Millenium*, Washington, Brookings Institution Press & Center for Business and Government, 2001, p. 268-271.

étatiques ; par les associations qui les représentent, les consommateurs et les travailleurs ont aussi la possibilité de faire entendre leur voix. La structure de lobbying et les incitants pour y procéder peuvent être différents en présence d'un commerce international intrabranche¹²⁶⁷.

Quelle que soit l'importance de l'action des lobbys, elle ne peut, à elle seule, déterminer les décisions des États. Ceux-ci, à travers leurs dirigeants et le processus de décision, gardent un pouvoir autonome, qui dépend aussi de la personnalité et des convictions des décideurs, de la procédure suivie pour trancher les questions débattues, etc.

250. L'OMC et les groupes de pression

La position de l'OMC vis-à-vis des groupes de pression, parmi lesquels figurent les ONG et les lobbys, est ambivalente.

D'une part, l'OMC se montre parfois réticente à leur égard, car ils sont globalement soupçonnés de promouvoir le protectionnisme. Cette conception se fonde d'abord sur la pratique, où l'on observe un grand nombre d'organisations contestant l'action de l'OMC et le principe de libre-échange qui la sous-tend, du moins en tant qu'ils s'appliquent à l'objet dont s'occupe l'organisation en question.

Cette réticence trouve aussi un appui théorique qu'exposent J. McGinnis et M. Movsesian. Pour ces auteurs, le rôle de l'OMC est de libérer les gouvernements nationaux des pressions de groupes d'intérêts nuisibles, à la démocratie en interne¹²⁶⁸, et au libre-échange sur le plan international¹²⁶⁹. En s'obligeant à des règles fondées sur la transparence et sur la réciprocité, les États s'empêchent de succomber aux demandes protectionnistes¹²⁷⁰. Dans un tel schéma, il faut évidemment éviter que l'OMC soit elle-même captive des lobbys car, loin de représenter une solution au problème démocratique qu'ils posent, elle leur procurerait alors un levier qui multiplierait l'effet de leur action¹²⁷¹.

¹²⁶⁷ D. YUICHI KONO, « Market Structure, Electoral Institutions, and Trade Policy », *Int. Studies Quarterly* 53, 2009, p. 885-906.

¹²⁶⁸ J.O. MCGINNIS et M.L. MOVSESIAN, « The World Trade Constitution », *Harvard L. R.*, 2000, p. 526-530.

¹²⁶⁹ J.O. MCGINNIS et M.L. MOVSESIAN, « The World Trade Constitution », *Harvard L. R.*, 2000, p. 521-525.

¹²⁷⁰ J.O. MCGINNIS et M.L. MOVSESIAN, « The World Trade Constitution », *Harvard L. R.*, 2000, p. 544-548.

¹²⁷¹ J.O. MCGINNIS et M.L. MOVSESIAN, « The World Trade Constitution », *Harvard L. R.*, 2000, p. 556-558.

Ces arguments sont repris dans un document largement diffusé par l'OMC, décrivant « 10 avantages » du système qu'elle administre¹²⁷², avec cependant davantage de nuance. Ainsi, peut-on lire que :

« Le système du GATT/de l'OMC qui s'est développé dans la deuxième moitié du XX^e siècle aide les gouvernements à adopter une conception plus équilibrée de la politique commerciale. Les gouvernements sont mieux placés pour résister aux groupes de pression qui représentent des intérêts particuliers étroits et donner la priorité à des compromis faits dans l'intérêt de chaque agent économique. » (avantage n° 9)

et

« Dans le cadre des règles de l'OMC, une fois que l'engagement a été pris de libéraliser un secteur, il est difficile de revenir en arrière. Les règles découragent aussi l'adoption de diverses politiques peu judicieuses. Pour les entreprises, cela signifie plus de certitude et de clarté dans les conditions des échanges. Pour les gouvernements, cela peut souvent se traduire par une bonne discipline. » (avantage n° 10)

La position de J. McGinnis et M. Movsesian n'est pas convaincante à tous égards. Par exemple, le parallélisme allégué entre le libre-échange et la démocratie entendue comme le respect de la volonté populaire est en définitive basé sur l'idée que cette volonté n'est pas celle qui s'exprime *réellement* par les représentants politiques, mais plutôt celle qui *devrait être* exprimée, en vertu de la théorie économique classique, par des individus économiquement rationnels dans un système économique parfaitement efficient¹²⁷³. On peut douter de l'authenticité d'une telle « démocratie ». En outre, l'analyse de la réciprocité qu'ils proposent montre plutôt une opposition aux groupes de pressions *protectionnistes* qu'aux lobbys en soi, puisqu'ils se réjouissent que la réciprocité entraîne la mobilisation des exportateurs¹²⁷⁴.

D'autre part, malgré ces réticences, des considérations de légitimité¹²⁷⁵ contraignent l'OMC à faire une place aux ONG. Il s'agit notamment de contrer l'image d'opacité associée aux travaux de l'Organisation lorsque la participation est limitée aux représentants des États. La présence des ONG, en tant qu'observateurs, aux réunions de la Conférence ministérielle, est aujourd'hui une pratique institutionnalisée (*infra*, n° 306). Elles ont aussi un rôle dans le règlement des différends. De manière symptomatique, leur voix a d'abord dû se faire entendre par la bouche

¹²⁷² ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE, *10 avantages du système commercial de l'OMC*, Genève, 2008, 15 p., http://www.wto.org/french/res_f/doload_f/10b_f.pdf (19 novembre 2009).

¹²⁷³ V. J.O. MCGINNIS et M.L. MOVSESIAN, « The World Trade Constitution », *Harvard L. R.*, 2000, p. 515 et 522-523.

¹²⁷⁴ J.O. MCGINNIS et M.L. MOVSESIAN, « The World Trade Constitution », *Harvard L. R.*, 2000, p. 545.

¹²⁷⁵ V. S. CHARNOVITZ, « WTO Cosmopolitics », *New York University Journ. Int. L. & Policy* 34, 2002, p. 326 et les références citées, et p. 328 et s.

des États, pour qu'on leur reconnaisse ensuite une possibilité de s'exprimer de manière autonome (*infra*, n° 307).

Quoi qu'on pense de leur implication, et indépendamment des positions adoptées et des intérêts promus, il s'agit simplement ici d'acter que les ONG, y compris la sous-catégorie d'entre elles appelées « lobbys », jouent dans le fonctionnement de l'OMC un rôle qui, pour être officieux, n'en est pas moins effectif. Après ce constat, on ne peut plus se limiter à considérer l'action et la position des États, sans tenir compte des forces et des influences non étatiques dans les mécanismes de régulation du commerce international.

Ainsi, semble trop peu nuancée cette affirmation de l'OMC, dans une brochure parallèle à la précitée, et censée rectifier « dix malentendus » :

« Le secteur privé, les organisations non gouvernementales et autres groupes d'intérêts [...] ne peuvent influencer sur les décisions de l'OMC que par l'intermédiaire de leurs gouvernements. »¹²⁷⁶

La décision formelle est prise par les membres, mais l'influence concrète des acteurs privés ne peut raisonnablement être niée.

251. Une reconnaissance du rôle des acteurs privés. Le règlement sur les obstacles au commerce

Par son règlement n° 3286/94, l'Union européenne institutionnalise l'intervention des entreprises ou de leurs représentants sectoriels dans le règlement des différends commerciaux internationaux¹²⁷⁷. Aux termes de ce règlement, les industries ou les entreprises européennes peuvent introduire une plainte auprès de la Commission pour dénoncer les obstacles au commerce (c'est-à-dire « toute pratique commerciale adoptée ou maintenue par un pays tiers au regard de laquelle le droit d'intenter une action est consacré par les règles commerciales internationales », étant entendu qu'« un tel droit existe lorsque les règles commerciales internationales interdisent expressément une pratique ou reconnaissent à la partie lésée par la

¹²⁷⁶ ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE, *Dix malentendus fréquents du sujet de l'OMC*, Genève, 2008, 11 p., http://www.wto.org/french/res_f/doload_f/10mis_f.pdf (19 novembre 2009), p. 9.

¹²⁷⁷ Règlement (CE) n° 3286/94 du Conseil, du 22 décembre 1994, arrêtant des procédures communautaires en matière de politique commerciale commune en vue d'assurer l'exercice par la Communauté des droits qui lui sont conférés par les règles du commerce international, en particulier celles instituées sous l'égide de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), *J.O.C.E.*, L 349, 31 décembre 1994, p. 71-78. En doctrine, C. GARCIA MOLYNEUX, « The Trade Barriers Regulation: The European Union as a Player in the Globalisation Game », *Eur. L. Journ.*, 1999, p. 375-418, spéc. p. 390 et s. ; P.C. MAVROIDIS et W. ZDOUC, « Legal Means to Protect Private Parties' Interests in the WTO. The Case of the EC New Trade Barriers Regulation », *J.I.E.L.*, 1998, spéc. p. 414-423. Depuis 1984, un règlement similaire prévoyait un mécanisme de plainte par l'industrie affectée : v. L. BOISSON DE CHAZOURNES, *Les contre-mesures dans les relations internationales économiques*, Paris, Pedone, 1992, p. 87-91.

pratique le droit de chercher à éliminer l'effet de la pratique en question »¹²⁷⁸) qui ont des effets (défavorables) sur le marché. Les États membres peuvent aussi enclencher la procédure. Le règlement est principalement construit pour viser les violations du droit de l'OMC, mais les entreprises ou les industries peuvent aussi se plaindre de violations d'autres accords, multilatéraux ou bilatéraux¹²⁷⁹.

La plainte fait l'objet de consultations entre la Commission et les États membres (art. 7). Si les éléments de preuve paraissent suffisants et que l'intérêt de l'Union l'exige, la question fait alors l'objet d'un examen par la Commission, qui réunit et analyse les informations nécessaires. Elle avise le public et l'État tiers visé, et peut même tenir des consultations avec lui (art. 8). À l'issue de cette procédure d'instruction, l'Union peut prendre des « mesures appropriées », notamment la suspension de concessions, le relèvement de droits de douane ou l'instauration de quotas (art. 12). Si les obligations internationales de l'Union lui imposent de se soumettre à une procédure préalable (par exemple, art. 23 MRD), les mesures ne peuvent être adoptées qu'à l'issue de cette procédure et de manière compatible avec son résultat (art. 12, § 2).

Ce règlement n'est qu'un exemple. Les États-Unis disposent des règles à l'effet similaire¹²⁸⁰. Il fait clairement apparaître le rôle – notamment d'aiguillon – que peuvent jouer les acteurs privés dans les différends commerciaux¹²⁸¹. L'autorité publique garde cependant le pouvoir du dernier mot ; elle apprécie certes le bien-fondé de la plainte, mais la décision d'agir est également soumise au critère de l'intérêt de l'Union¹²⁸².

¹²⁷⁸ Art. 2, § 1^{er}, Règl. (CE) n° 3286/94. Sur cette notion, P.C. MAVROIDIS et W. ZDOUC, « Legal Means to Protect Private Parties' Interests in the WTO. The Case of the EC New Trade Barriers Regulation », *J.I.E.L.*, 1998, spéc. p. 415-417 ; C. GARCIA MOLYNEUX, « The Trade Barriers Regulation: The European Union as a Player in the Globalisation Game », *Eur. L. Journ.*, 1999, p. 407-409.

¹²⁷⁹ V. Règlement (CE) n° 125/2008 du Conseil du 12 février 2008 modifiant le règlement (CE) n° 3286/94 arrêtant des procédures communautaires en matière de politique commerciale commune en vue d'assurer l'exercice par la Communauté des droits qui lui sont conférés par les règles du commerce international, en particulier celles instituées sous l'égide de l'Organisation mondiale du commerce, *J.O.C.E.*, L 040, 14 février 2008, p. 1-2.

¹²⁸⁰ Pour une comparaison du Règl. (CE) n° 3286/94 avec la section 301 du *US Trade Act*, P.C. MAVROIDIS et W. ZDOUC, « Legal Means to Protect Private Parties' Interests in the WTO. The Case of the EC New Trade Barriers Regulation », *J.I.E.L.*, 1998, spéc. p. 423-431. Pour une comparaison des instruments similaires en vigueur à l'époque du GATT : L. BOISSON DE CHAZOURNES, *Les contre-mesures dans les relations internationales économiques*, Paris, Pedone, 1992, p. 91-94.

¹²⁸¹ B. KIEFFER, *L'Organisation mondiale du commerce et l'évolution du droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 162.

¹²⁸² Sur cette notion, v. C. GARCIA MOLYNEUX, « The Trade Barriers Regulation: The European Union as a Player in the Globalisation Game », *Eur. L. Journ.*, 1999, p. 406. *Adde*, dans un domaine connexe, S. NARDELLI, « Anti-dumping et globalisation: redéfinir l'« intérêt communautaire » ? », *R.D.I.D.C.*, 2009, p. 253-278.

252. Le rôle de l'Organisation

Au-delà de leur oubli des acteurs infraétatiques, les deux grands modèles négligent aussi la manière dont les organisations internationales, et en premier lieu l'OMC elle-même, peuvent influencer le comportement de l'État et de ses représentants. L'État est aussi, d'une certaine manière, un être social, une institution qui ne vit pas de manière isolée, mais subit de multiples influences extérieures.

La politique commerciale n'est pas décidée isolément par chaque État, au regard de ses seuls intérêts. Le processus décisionnel est affaire de réunions, de conférences, de sommets, bref, de discussions. L'affectent aussi le contexte dans lequel ces discussions se déroulent et la dynamique qu'il induit. L'OMC joue ici un rôle de première importance, qu'elle tente souvent de minimiser en répétant qu'elle est « pilotée par ses Membres »¹²⁸³.

La bureaucratie du commerce international, avec son milieu relativement homogène d'experts, de fonctionnaires et de diplomates imprégnés d'une conception des relations économiques internationales, imprime nécessairement une direction aux décisions des États. Si elle ne les contraint, du moins elle les oriente¹²⁸⁴.

Lorsque le droit de l'OMC déroge aux règles générales du droit de la responsabilité internationale ou du droit des traités, c'est essentiellement en ce qui concerne l'existence et le rôle de l'Organisation, en tant qu'elle impose, principalement, un mécanisme multilatéral et une procédure de mise en œuvre. De nouveau, ceci confirme que ce n'est pas de manière totalement autonome que les États décident de leur comportement dans les relations commerciales internationales, mais sous le contrôle et la contrainte des autres États et d'une Organisation avec ses règles internes, son système judiciaire et ses propres finalités¹²⁸⁵.

Ces différents aspects seront détaillés dans la troisième partie.

¹²⁸³ ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE, *Dix malentendus fréquents du sujet de l'OMC*, Genève, 2008, 11 p., http://www.wto.org/french/res_f/doload_f/10mis_f.pdf (19 novembre 2009), p. 2.

¹²⁸⁴ Sur ce thème, R. HOWSE, « The legitimacy of the World Trade Organization », in J.-M. COICAUD et V. HEISKANEN (eds), *The legitimacy of international organizations*, New York, United Nations University Press, 2001, p. 371-374.

¹²⁸⁵ M.S. DUNNE, « Redefining power orientation: A reassessment of Jackson's paradigm in light of asymmetries of power, negotiation, and compliance in the GATT/WTO dispute settlement system », *L. and Policy in Int. Business* 34(1), 2002, p. 313-314, qui analyse l'exemple de l'affaire *Bananes*.

§ 2. Difficulté du rattachement des personnes, des biens et des entreprises à seul État

253. Introduction

Les modèles juridique et économique du commerce international s'appuient sur les États. Dans une expression ramassée, on parle parfois de « commerce entre États » comme s'ils vendaient et achetaient, ce qui n'est pourtant que rarement le cas. Sous cette expression gît l'idée d'acteurs et d'objets du commerce international se rattachant de manière claire et univoque à un État, de sorte qu'on peut finalement les agréger État par État et raisonner comme si les États eux-mêmes échangeaient des marchandises entre eux.

Outre les problèmes que pose l'opération d'agrégation (*supra*, n° 237), une telle analyse perd en exactitude lorsque le rattachement étatique manque d'intensité. Or, un des effets de la mondialisation est précisément d'affaiblir le lien entre une personne, une entreprise ou une marchandise et un État.

254. Rattachement des personnes physiques

Sauf exception, tout individu a un État de nationalité¹²⁸⁶ et un État de résidence. Le plus souvent, il réside dans l'État de sa nationalité. L'un de ces deux critères est généralement utilisé pour rattacher l'individu à un État. Ce lien est sans doute pertinent dans de nombreux contextes, mais peut-être moins pour comprendre comment le commerce international affecte les personnes physiques.

La question de l'« inclusion » des uns et des autres dans le commerce international permet de s'en rendre compte. On entend parfois que certains pays ne participent pas, ou pas assez au commerce international, et ne parviennent donc pas à bénéficier des bienfaits qu'il est réputé apporter. À titre illustratif, l'OMC explique ainsi qu'elle a mis en place un programme de renforcement des capacités

« parce que de nombreux pays n'ont tout simplement pas les capacités humaines, institutionnelles et relatives à l'infrastructure nécessaires pour participer avec succès au commerce international. »¹²⁸⁷

S'il est exact que la participation au commerce international dépend en partie d'infrastructures (au sens large) mises en place par les États, un examen plus précis révèle que la participation au

¹²⁸⁶ Chaque État détermine souverainement qui sont ses nationaux, en fixant des critères par lesquels les individus acquièrent ou perdent sa nationalité (J. VERHOEVEN, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 137-140).

¹²⁸⁷ http://www.wto.org/french/tratop_f/devel_f/build_tr_capa_f.htm (29 mai 2009).

commerce international varie aussi, au sein de chaque État, entre les individus et entre les groupes sociaux. Ainsi, d'autres analyses indiquent l'existence d'une classe internationale de personnes qui participent au commerce international et qui côtoient, dans leur propre pays, une autre classe dépourvue des moyens d'y participer. On divise alors le monde entre

« a successful class of entrepreneurs, executives, professionals [...] (to various degrees) actively engaged in the global market »¹²⁸⁸

et un groupe d'individus qui, par-delà les frontières, n'ont pas la possibilité concrète de tirer les bénéfices du commerce international libéralisé¹²⁸⁹. Ce second groupe rassemblerait par exemple des populations africaines, les habitants des bidonvilles du Brésil, les intouchables indiens, et les habitants des « banlieues » françaises¹²⁹⁰.

Ce rassemblement de populations diverses au sein d'une même catégorie implique aussi un certain degré d'approximation, et la participation au commerce international est sans doute une question de degré plutôt que d'inclusion ou d'exclusion totale, d'autant qu'elle est souvent indirecte. Il demeure que certains participent plus que d'autres au commerce international, ce qui dépend moins du pays de résidence ou de nationalité que de la position économique-sociale de l'individu. Ce phénomène n'est au demeurant pas neuf¹²⁹¹.

En outre, chaque individu participe au commerce, et plus généralement à l'économie globalisée, en plusieurs « qualités ». Pour schématiser, la plupart sont travailleurs et consommateurs, certains sont aussi – de manière plus ou moins visible – actionnaires ou épargnants. On peut subdiviser plus finement ces catégories, notamment en fonction des secteurs de l'économie. La proportion des revenus et du patrimoine de chaque individu dépendant de l'une ou l'autre de ses « qualités » varie fortement, de nouveau plus en fonction de la catégorie économique-sociale que de la nationalité. Or, les différentes qualités sont affectées différemment par la mondialisation des échanges. Certains secteurs en souffrent, d'autres en profitent, l'ouverture au commerce peut être favorable aux consommateurs d'un produit mais pas aux travailleurs qui le fabriquent, etc. Et alors que le modèle, dans la ligne du critère de Kaldor-Hicks¹²⁹², compte sur

¹²⁸⁸ D. PATTERSON et A. AFILALO, *The New Global Trading Order – The Evolving State and the Future of Trade*, Cambridge University Press, 2008, p. 128.

¹²⁸⁹ D. PATTERSON et A. AFILALO, *The New Global Trading Order – The Evolving State and the Future of Trade*, Cambridge University Press, 2008, p. 102.

¹²⁹⁰ D. PATTERSON et A. AFILALO, *The New Global Trading Order – The Evolving State and the Future of Trade*, Cambridge University Press, 2008, p. 131.

¹²⁹¹ V. J. LE GOFF, *Marchands et banquiers du Moyen Âge*, 9^e éd., Paris, P.U.F., 2006, p. 46-47.

¹²⁹² Ce critère, qu'on pourrait considérer comme une version atténuée de celui de Pareto, permet de comparer deux situations lorsque le passage de l'une à l'autre avantage certains individus alors qu'il nuit à

l'État pour transférer aux « perdants » une partie au moins du surplus des « gagnants »¹²⁹³, la mondialisation elle-même, par la pression concurrentielle qu'elle fait peser sur l'État notamment dans l'exercice de ses fonctions règlementaire, monétaire et tributaire, gêne la réalisation de cette opération de transfert (à supposer qu'elle soit désirée par les détenteurs du pouvoir). Cette difficulté est identifiée par l'OMC elle-même :

« La mobilité croissante du capital a d'importantes conséquences pour la politique fiscale parce qu'une plus forte élasticité du capital par rapport au travail nécessiterait une réduction de l'imposition du capital, pour des raisons d'efficience. Cela a des conséquences au moins en partie défavorables du point de vue de la répartition. En particulier, cela restreint considérablement les possibilités de redistribution du capital en faveur du travail, ce qui peut être problématique si l'inégalité entre les revenus du capital et du travail augmente, par exemple en raison de la mondialisation accrue. »¹²⁹⁴

Enfin, les « déplacements » qu'elle permet et les effets économiques de ceux-ci sont une autre manière pour la mondialisation de brouiller le lien, auparavant plus univoque, entre chaque individu et un État. Le tourisme de masse, ainsi que les migrations qui s'accompagnent souvent de transferts d'argent à destination de la famille restée au pays (« *remittances* ») en constituent deux exemples.

Ceci explique, en résumé, pourquoi l'impact de la mondialisation de l'économie sur les individus varie en fonction de la catégorie socio-économique à laquelle ils appartiennent aussi bien que du pays qu'ils habitent. Le rattachement des personnes physiques à l'État, simple et clair en apparence, n'est donc pas nécessairement un critère pertinent dans le domaine du commerce international, ce qui fait douter aussi de la justesse d'analyses qui décrivent les effets de la libéralisation du commerce sur « un pays » pour déduire ensuite ou plus souvent présupposer leur répartition équitable entre ses nationaux.

255. Rattachement étatique des entreprises : l'exemple des sociétés transnationales

La personnalité morale des États vient perturber la concordance entre les analyses économique et juridique (*supra*, n° 245). Un problème similaire se pose lorsqu'on considère la firme comme

d'autres. Selon le critère de Pareto, aucune des deux situations n'est préférable à l'autre. Selon le critère de Kaldor-Hicks, qu'on appelle aussi un calcul « coûts-bénéfices », une situation est meilleure que l'autre si le surplus de ceux à qui elle profite est plus grand que la perte de ceux à qui elle nuit, de sorte qu'il serait *théoriquement* possible de compenser la perte des perdants sans ôter tous les gains aux gagnants (v. A.-L. SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, Paris, L.G.D.J., 2008, p. 161). Si cette compensation est *effectivement* versée, alors on a réalisé une amélioration au sens de Pareto.

¹²⁹³ D. PATTERSON et A. AFILALO, *The New Global Trading Order – The Evolving State and the Future of Trade*, Cambridge University Press, 2008, p. 31-35.

¹²⁹⁴ ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE, *Rapport sur le commerce mondial 2008. Le commerce à l'heure de la mondialisation*, Genève, 2008, p. 167-168.

une unité, ce qui correspond en économie à la théorie de l'entreprise et trouve un écho en droit avec la personnalité morale des sociétés¹²⁹⁵. À nouveau, il s'agit en économie d'une simplification de langage qui n'énervé pas l'axiome de l'individualisme des intérêts, alors qu'en droit, les personnes morales sont titulaires de droits et d'obligations qui leur sont propres (et ne se confondent pas avec ceux de leurs membres, lorsqu'elles en ont)¹²⁹⁶.

Quelle que soit sa définition exacte, l'entreprise regroupe plusieurs personnes appartenant à diverses catégories (actionnaires, travailleurs, fournisseurs, clients, etc.) qui ne bénéficient pas toutes dans des proportions identiques du bénéfice économique qu'elle produit. Ainsi, le concept de gain économique d'une entreprise pose un problème similaire à celui de l'avantage d'un État : il faut encore voir comment ce gain ou cet avantage est réparti à l'intérieur du groupement.

La question se complexifie lorsqu'on tente de rattacher chaque entreprise à un État. Particulièrement dans le cas des entreprises participant au commerce international, leurs travailleurs et actionnaires ultimes – c'est-à-dire les personnes physiques qu'on peut considérer comme les bénéficiaires économiques finaux les plus directs – ne sont souvent pas établis dans l'État du siège principal de l'entreprise. C'est notamment le cas des entreprises transnationales, dont les *stakeholders* relèvent d'une multitude d'États, et pas nécessairement de l'État du siège principal de l'entreprise en question, auquel, par facilité, on la rattache souvent. Ce rattachement n'est d'ailleurs que relatif car, d'un point de vue strictement juridique, une entreprise transnationale se subdivise en plusieurs sociétés, chacune relevant d'un État particulier et soumise au droit de cet État, ce qui est précisément un des objectifs de la constitution de filiales à l'étranger.

Apparaît alors une seconde discordance, car les bénéficiaires économiques des règles du commerce international se trouvent dans un État différent de celui qui, aussi bien en économie qu'en droit, est considéré comme pertinent pour leur application. La relation – généralement tenue pour évidente – entre un acteur économique et l'État dont il est sujet est alors brouillée au point de remettre en cause, dans la pratique, tant la pertinence de l'analyse économique que le fonctionnement du système juridique.

¹²⁹⁵ P. DIDIER, « Une définition de l'entreprise », in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle*, Paris, Litec, 2001, p. 849-859, qui révèle bien la tension entre les droits individuels et la structure institutionnelle. V. aussi J. HILAIRE, « Une histoire du concept d'entreprise », *Arch. philo. dr.*, 1997, p. 341-353.

¹²⁹⁶ Sur le concept de personnalité morale et ses conséquences, V. SIMONART, *La personnalité morale en droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1995, 670 p.

Cette difficulté est apparue clairement dans l'affaire *Bananes III*. Si les règles européennes d'importation des bananes étaient discriminatoires, c'était surtout à l'égard de producteurs établis dans certains États d'Amérique centrale ; ces États n'ont pas manqué de s'en plaindre. Par contre, le dommage purement commercial infligé aux exportateurs établis aux États-Unis était très faible, sinon inexistant, dès lors que les bananes américaines n'étaient pas exportées vers l'Europe et qu'il était hautement improbable qu'elles le soient dans un futur prévisible¹²⁹⁷. La véritable raison de l'action des États-Unis contre les règles européennes vient du fait que certaines entreprises produisant les bananes en Amérique centrale sont majoritairement détenues par des citoyens américains, que l'on peut considérer comme les bénéficiaires économiques finaux. Les États-Unis ont pu passer le cap de la contestation de leur intérêt à agir¹²⁹⁸, mais leur position devenait encore plus délicate lorsqu'au stade des sanctions, il s'est agi de quantifier leur dommage commercial. Le dommage économique réellement subi par les citoyens américains était peut-être important, mais tel n'était pas le cas du dommage commercial défini en termes de commerce interétatique bilatéral. La différence entre les deux notions explique les tentatives des États-Unis de mettre l'accent sur les services¹²⁹⁹ et de tenir compte des intrants¹³⁰⁰.

À l'inverse, prendre au sérieux la personnalité de l'État implique de déterminer le dommage en tenant compte de toutes les conséquences de la violation, qu'elles soient positives ou négatives. On ne pourrait ainsi définir le dommage commercial d'un État – pour autant que cela ait un sens – sans déduire des pertes dans les exportations de certaines entreprises les éventuelles augmentations enregistrées par d'autres.

Ce problème n'est pas nouveau en droit international. Il était déjà à la base du litige *Barcelona Traction*, dans laquelle la Belgique entendait exercer la protection diplomatique en faveur des actionnaires majoritaires, belges, d'une société de droit canadien dont les activités économiques étaient principalement localisées sur le territoire espagnol et qui avait été injustement traitée par l'Espagne. La Cour internationale de justice a estimé que la Belgique n'avait pas qualité pour agir, dès lors que la société devait être considérée comme canadienne¹³⁰¹. Consciente qu'elle passe ainsi à côté d'une réalité économique, la Cour opte néanmoins pour une définition

¹²⁹⁷ CE – *Bananes III* (États-Unis) (article 22:6 – CE), 6.8.

¹²⁹⁸ Organe d'appel, *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, WT/DS27/AB/R, 9 septembre 1997, spéc. 136.

¹²⁹⁹ CE – *Bananes III* (États-Unis) (article 22:6 – CE), 6.20 et s.

¹³⁰⁰ CE – *Bananes III* (États-Unis) (article 22:6 – CE), 6.6 et s.

¹³⁰¹ C.I.J., *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt du 5 février 1970, C.I.J. Recueil, 1970, p. 3.

juridico-formelle du rattachement de la société à un État, en ayant égard au lieu du siège social et à l'État d'incorporation¹³⁰². Elle relève aussi que permettre à l'État des actionnaires d'exercer la protection diplomatique, c'est-à-dire considérer les intérêts économiques réels derrière la personnalité morale de la société, « pourrait créer un climat de confusion et d'insécurité dans les relations économiques internationales »¹³⁰³. Dans l'affaire *Diallo* (du nom d'un homme d'affaires guinéen, associé de deux sociétés congolaises et expulsé du Congo), la Cour reçoit l'action en protection diplomatique pour ce qui concerne les droits personnels de M. Diallo et ses droits propres en qualité d'associé de deux sociétés, mais pas en tant que l'action « vise l'exercice de la protection diplomatique en faveur de M. Diallo "par substitution" [à ses sociétés] et en défense des droits de celles-ci »¹³⁰⁴. La Cour confirme ainsi son attachement, pour les besoins de l'application des règles coutumières de la protection diplomatique, au critère formel adopté dans son arrêt *Barcelona Traction*, d'autant que la circonstance que M. Diallo était apparemment le bénéficiaire économique unique de l'activité des sociétés en question aurait pu être l'occasion d'adopter une solution plus proche de la réalité économique.

Les simplifications qu'opère le système juridique pour les besoins de son fonctionnement entraînent ainsi une forme de divorce d'avec la réalité économique, même si le droit conventionnel, notamment en matière de protection des investissements, peut rapprocher les solutions juridiques de la réalité économique¹³⁰⁵.

256. Rattachement étatique des biens du commerce international

La difficulté de rattachement touche aussi les marchandises. Une telle opération est pourtant nécessaire pour le fonctionnement de nombreux accords commerciaux internationaux, notamment chaque fois qu'en dérogation aux règles générales de l'OMC ou en dehors de leur champ d'application, un État accorde aux marchandises originaires de certains États une préférence (par exemple dans le cadre d'un accord régional ou du système généralisé de préférences) ou un désavantage (droit antidumping ou mesure compensatoire).

¹³⁰² C.I.J., *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt du 5 février 1970, C.I.J. Recueil, 1970, p. 42, 70.

¹³⁰³ C.I.J., *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt du 5 février 1970, C.I.J. Recueil, 1970, p. 49, 96.

¹³⁰⁴ C.I.J., *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo) (Exceptions préliminaires)*, arrêt du 24 mai 2007, 76.

¹³⁰⁵ La C.I.J. fait remarquer l'importance du droit conventionnel en la matière (C.I.J., *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo) (Exceptions préliminaires)*, arrêt du 24 mai 2007, 88).

En règle, chaque État peut déterminer ses propres règles d'origine. Le rattachement est généralement fonction du lieu de production du bien. L'application des règles est aisée tant que chaque bien n'a qu'une seule origine, mais de multiples questions surgissent aussitôt qu'une marchandise est composée de plusieurs éléments originaires de pays différents (par exemple, une voiture montée dans un pays à partir de composants originaires de différents autres pays). Que le lieu d'origine retenu soit défini en fonction de « la dernière transformation substantielle »¹³⁰⁶, du dernier changement de classification tarifaire, de l'intrant qui représente la plus grande partie de la valeur du bien, ou encore de l'opération de fabrication pertinente ayant donné au bien sa configuration actuelle¹³⁰⁷, on est toujours face à une classification discrète qui ne fait pas droit à la complexité du commerce international dans une économie mondialisée.

Le rattachement des biens à un État est donc aussi partiellement artificiel, comme c'est le cas pour les personnes physiques et pour les entreprises. En outre, ces imperfections se cumulent car le producteur peut parfaitement être rattaché à un État différent de celui dont sont originaires les biens qu'il produit, ce qui fait douter de l'identité que présupposent nombre d'analyses entre la nationalité d'un commerçant et l'origine de ses marchandises.

257. « État » et « international » en droit et en économie

Jusqu'ici, le terme « international » a été utilisé dans son acception courante, d'autant plus aisément qu'il existe deux sous-disciplines à l'objet bien défini, intitulées « droit international » et « économie internationale », et que l'adjectif « international » semble viser la même réalité, à savoir une situation impliquant (les ressortissants de) plusieurs États. Un lien évident unit la définition d'« international » et celle de l'État, ce qui mène, de manière plus fondamentale, à s'interroger sur le sens de ces termes en droit et en économie.

A première vue, les manuels classiques, dans les deux matières, définissent leur objet sur la base de l'État.

« le droit international (public) est le droit régissant les relations inter- ou transétatiques qui s'établissent au sein de la société [...] des États. »¹³⁰⁸

« The subject matter of international economics, then, consists of issues raised by the special problems of economic interaction between sovereign states. »¹³⁰⁹

¹³⁰⁶ V. art. 3, b) Accord sur les règles d'origine (en tant que tel non applicable pendant la période de transition).

¹³⁰⁷ Sur les différents critères, v. art. 2, a) et 9.2 Accord sur les règles d'origine et D. LUFF, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce – Analyse critique*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 365.

¹³⁰⁸ J. VERHOEVEN, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 17.

Dans une phrase plus équivoque (si elle était isolée), P. Lindert et T. Pugel avancent que

« l'économie internationale restera un domaine d'étude à part tant que les nations seront souveraines »¹³¹⁰.

En droit international, la définition de l'État, basée sur les critères du territoire, de la population et du gouvernement effectif et indépendant¹³¹¹, peut susciter des controverses au stade de son application, notamment lorsqu'il s'agit de vérifier l'effectivité ou l'indépendance du gouvernement. Il en va d'autant plus ainsi que le droit international ne connaît pas de procédure permettant d'établir, d'une manière opposable à tous ses sujets, l'existence d'un État particulier. En conséquence, ce que certains sujets du droit international reconnaissent comme un État, d'autres ne le considèrent pas comme tel – ce qui n'empêche pas que l'existence de nombreux États soit unanimement reconnue. En outre, l'existence d'un territoire n'apporte, en soi, aucune solution aux éventuels litiges concernant le tracé de la frontière qui le limite. Mais au moins la définition de l'État est-elle structurée de manière à aboutir à une solution de principe, et non de degré : l'État ne peut pas être un État *dans une certaine mesure*.

Le concept utilisé en économie n'a pas cette netteté. Pour les besoins de sa théorie du commerce international, D. Ricardo définit la nation comme l'espace dans lequel le capital circule librement¹³¹² ; il explique l'absence de circulation internationale du capital par une étrange « *natural disinclination* » du capitaliste à quitter son pays d'origine, même si le rendement du capital y est moins élevé¹³¹³. On peut reformuler cette idée en définissant l'État ou la nation, pour la théorie de l'économie internationale, comme un espace à la réglementation économique homogène et dans lequel les facteurs de production circulent librement. Par exemple, pour Lindert et Pugel, une nation est l'entité dont la souveraineté lui permet d'avoir sa propre monnaie, de choisir sa politique budgétaire (notamment le taux d'impôt) et d'assurer en interne une mobilité des facteurs de production bien plus importante que vis-à-vis de l'extérieur¹³¹⁴. Ceci fait bien apparaître le lien entre la définition économique et la définition juridique de l'État : c'est en exerçant, sur son territoire, les pouvoirs que le droit lui reconnaît,

¹³⁰⁹ P.R. KRUGMAN et M. OBSTFELD, *International Economics*, 6th ed., Boston, Addison Wesley, 2003, p. 3.

¹³¹⁰ P.H. LINDERT et T.A. PUGEL, *Économie internationale*, 10^e éd., Paris, Economica, 1997, p. 6.

¹³¹¹ J. VERHOEVEN, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 52 et s.

¹³¹² D. RICARDO, *On the Principles of Political Economy and Taxation*, 3rd ed., Londres, J. Murray, 1821, spéc. p. 139-140.

¹³¹³ D. RICARDO, *On the Principles of Political Economy and Taxation*, 3rd ed., Londres, J. Murray, 1821, spéc. p. 143.

¹³¹⁴ P.H. LINDERT et T.A. PUGEL, *Économie internationale*, 10^e éd., Paris, Economica, 1997, p. 6-8. V. aussi M. RAINELLI, *La nouvelle théorie du commerce international*, 3^e éd., Paris, La Découverte, 2003, p. 8-10.

que l'État crée un espace économique homogène qu'on peut qualifier de nation au sens économique.

Mais les obstacles à la mobilité des facteurs de production ne se situent pas nécessairement à la frontière (juridique) des États, ce qui mène à une double relativité. D'une part, certains facteurs de production circulent assez librement par-delà les frontières étatiques, alors qu'il existe des obstacles au commerce à l'intérieur des États. D'autre part, chaque État ne constitue pas nécessairement un ensemble économique homogène, de même qu'un tel ensemble peut recouvrir plusieurs États.

Ainsi, premièrement, si tous s'accordent à reconnaître que l'Union européenne n'est pas un État au sens strict du terme, elle est cependant de plus en plus traitée comme telle, particulièrement dans le cadre de l'OMC où elle a pratiquement remplacé ses États membres. Juste avant leur définition précitée, P. Krugman et M. Obstfeld expliquent que la spécificité du commerce international ne réside pas dans la distance plus ou moins longue qu'ont parcourue les marchandises, mais dans la possibilité d'obstacles douaniers (dans leur exemple, un quota) et dans l'incidence d'un taux de change monétaire¹³¹⁵. Dans leur esprit, ces deux éléments sont liés à des attributions classiques de l'État (contrôler les frontières et battre monnaie). Mais, justement, elles ne sont plus exercées (individuellement) par plusieurs États européens. Ce n'est pas le seul exemple : que répondraient Krugman et Obstfeld à qui contesterait leur définition en présentant l'exemple d'un État lié par un accord de libre-échange avec les États-Unis, et dont la monnaie est adossée au dollar ? La mobilité internationale des capitaux est aujourd'hui, *grosso modo*, une réalité quotidienne, d'ailleurs protégée juridiquement par de nombreux traités.

Deuxièmement, les politiques économiques ne sont pas nécessairement uniformes sur le territoire de chaque État, ni limitées à ce territoire. Les collectivités fédérées, par exemple, peuvent développer des politiques économiques différentes au sein d'un même État, et plusieurs États peuvent s'accorder pour adopter des mesures harmonisées ou uniformes. Ainsi, l'homogénéité des conditions économiquement pertinentes qui constitue une nation (au sens de l'économie internationale) est-elle un concept essentiellement relatif. Jamais parfaite, cette homogénéité doit s'apprécier en pondérant les différents facteurs pour tenir compte de leur incidence sur les échanges commerciaux, et en considérant l'ampleur des différences relatives entre plusieurs ensembles. Ainsi, constituent deux nations (économiques) différentes deux

¹³¹⁵ P.R. KRUGMAN et M. OBSTFELD, *International Economics*, 6th ed., Boston, Addison Wesley, 2003, p. 3.

espaces qui sont soumis, individuellement, à des règles et politiques suffisamment homogènes et, l'un par rapport à l'autre, à des règles et politiques suffisamment différentes.

D'ailleurs, les auteurs précités exposent eux-mêmes que le commerce international dépend (aussi) de facteurs qui ne sont pas, en tant que tels, liés à l'État. Ainsi, l'existence d'avantages comparatifs, l'abondance relative de facteurs de production, la possibilité d'économies d'échelle, pour prendre ces exemples, peuvent résulter de caractéristiques naturelles ou de mouvement spontanés. Ceci étant, les facteurs influençant le commerce international proviennent aussi des règles et des politiques mises en œuvre par les autorités publiques. Là se situe le lien avec l'État : si chaque État – au sens juridique – mène une politique économique autonome qui influence ses possibilités d'échange avec l'étranger, on le considérera naturellement comme une nation au sens économique.

Dans leur introduction, Lindert et Pugel admettent d'ailleurs une relativité en ce qui concerne la mobilité internationale des facteurs et les politiques budgétaires des collectivités infraétatiques.

« En règle générale, les différences entre les politiques fiscales nationales sont plus prononcées que les différences entre politiques fiscales d'États fédérés, provinces ou municipalités. »¹³¹⁶

« [I]l existe une différence de degré dans la mobilité de la main-d'œuvre entre régions et entre pays et [...], ordinairement, les individus migrent plus facilement au sein de leur pays que vers l'étranger »¹³¹⁷.

On est donc loin, en économie, de l'image nette des frontières tracées sur nos planisphères, et à laquelle le droit (international) reste attaché.

Le droit de l'OMC, qui fait parfois figure de précurseur parce qu'il est proche de la réalité économique, n'est pas insensible à la relativité de la définition économique de l'État. Il reconnaît certes l'existence de l'Union européenne (art. XI.1 OMC), des unions douanières et zones de libre-échange (art. XIV GATT) et des subdivisions des États (art. 22.9 MRD), même s'il s'agit surtout, dans le dernier cas, de réaffirmer la responsabilité de l'État. Cela n'est pas fort original.

Ce qui l'est davantage, c'est que l'OMC considère comme des membres différents les « territoires douaniers distincts », définis comme ceux qui

« jouiss[en]t d'une entière autonomie dans la conduite de [leurs] relations commerciales extérieures et pour les autres questions traitées dans le présent accord et dans les Accords commerciaux multilatéraux » (art. XII.1 OMC).

¹³¹⁶ P.H. LINDERT et T.A. PUGEL, *Économie internationale*, 10^e éd., Paris, Economica, 1997, p. 7.

¹³¹⁷ P.H. LINDERT et T.A. PUGEL, *Économie internationale*, 10^e éd., Paris, Economica, 1997, p. 8.

Le GATT renferme une définition plus proche encore de celle proposée ici :

« on entend par territoire douanier distinct tout territoire pour lequel un tarif douanier distinct ou d'autres réglementations commerciales distinctes sont appliqués pour une part substantielle de son commerce avec les autres territoires » (art. XXIV.2 GATT).

On voit ici, même dans un texte de nature juridique, une définition *ad hoc* adaptée au domaine du droit économique international, qui ne se soucie guère des règles générales concernant la personnalité juridique internationale.

Quoi qu'il en soit, le temps n'est plus, de toute manière, à la correspondance parfaite entre le territoire de l'État, le champ d'application d'un système juridique clos, et la sphère d'action d'un système économique distinct. Le morcellement des compétences en matière de réglementation de l'économie mène à des « nations » (économiques) aux limites floues et ne correspondant plus toujours à celles des États. La notion de commerce « international » est, en conséquence, aussi, touchée par cette relativité.

258. Conclusion de la section 2

Voilà qui éloigne de l'image de D. Ricardo, de ses vigneron portugais et de ses tisserands anglais. Ce n'est pas l'effet du hasard, mais de la libéralisation du commerce elle-même, aidée par des évolutions techniques notamment dans le domaine des transports et des communications (évolutions qui sont probablement induites aussi par la libéralisation). Les difficultés du rattachement étatique des individus, des entreprises et des marchandises incitent à aborder avec plus de prudence, voire de suspicion, les modèles, économiques ou juridiques, fondés sur un rattachement clair et univoque.

L'image est encore plus floue lorsque l'on constate que les imprécisions des modèles ont un effet cumulatif. On a vu qu'on ne peut pas simplement supposer, d'une part, que l'action de l'État correspond toujours à l'intérêt général ni, d'autre part, que l'intérêt de l'État et/ou de ses dirigeants correspond à une moyenne, éventuellement pondérée, de l'intérêt des citoyens. L'action de l'État est influencée par un tissu complexe d'interactions, tant en interne que dans la sphère internationale.

Section 3 Mauvaise prise en compte de l'écoulement du temps

259. Introduction

Comme toutes les interactions humaines, les relations économiques internationales s'inscrivent dans le temps. Lorsqu'on veut comprendre un système « en mouvement », c'est-à-dire qui évolue et dont les effets concrets ne sont compréhensibles que moyennant la prise en compte de l'écoulement du temps, on ne peut se contenter de décrire un ou plusieurs états stationnaires. C'est l'évolution – le passé, le présent et le futur – qui doit être analysée.

Les effets des règles du droit économique international ne sont pas instantanés, mais ils se font sentir dans la durée (§ 1). Ces règles résultent d'un passé, elles tendent vers un avenir (§ 2).

§ 1. Épaisseur du temps

260. Épaisseur du temps vs instantanéité du changement en droit économique international

Adoptant une vision statique, les modèles économiques classiques décrivent une situation d'équilibre, c'est-à-dire l'état du monde à un moment donné. Certes, des modèles envisagent aussi ce qui se passerait si certains paramètres étaient modifiés. Par exemple, une réduction des droits de douane aurait tel effet sur le bien-être du consommateur ou sur les termes de l'échange, ou l'imposition de sanctions modifierait la structure des préférences de l'État. Ce faisant, ils décrivent un autre équilibre, aussi statique que le premier, comme si la modification du paramètre considéré entraînait un changement immédiat de l'état du monde. On trouve ainsi, dans la théorie économique classique, une double instantanéité : le modèle décrit une situation figée en un instant du temps, et le passage à toute autre situation se fait instantanément. Comme l'écrit A.-L. Sibony,

« les économistes n'étudient donc pas la dynamique des marchés et se contentent de comparer des états successifs »¹³¹⁸.

Or, les événements influençant la vie économique, notamment les réformes des règles juridiques nationales ou internationales, ne se traduisent pas immédiatement dans une situation économique modifiée. Il faut, au contraire, une période d'adaptation, plus ou moins longue selon les cas, pour que les agents économiques intègrent les nouveaux paramètres et y adaptent leur comportement. Cette « période transitoire » n'est pas négligeable, contrairement à ce que présupposent nombre de modèles économiques. Ne pas en tenir compte remet en cause les

¹³¹⁸ A.-L. SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, Paris, L.G.D.J., 2008, p. 161.

conclusions du modèle. Comme K. Polanyi l'a montré au sujet de la politique des Tudors face au mouvement dit des *enclosures*, le rythme du changement fait partie du changement lui-même et détermine potentiellement ses effets, positifs ou négatifs¹³¹⁹.

Plusieurs dispositions des Accords ne s'expliquent qu'eu égard aux effets du temps. Les sauvegardes (art. XIX GATT), pour ne choisir qu'un seul exemple, se justifient essentiellement pour permettre à une branche d'industrie de s'adapter progressivement à un environnement économique modifié. Si les agents s'adaptaient instantanément, elles n'auraient aucun sens.

Ainsi, en droit économique international, le temps a une épaisseur, une consistance. Lorsque les agents économiques quittent une situation pour une autre, ils ne passent pas à travers une porte, mais ils cheminent d'un bout à l'autre d'un couloir. La signification de ce trajet, sa durée et ses incidences économiques, ne peuvent être passées sous silence.

La notion de « long terme » affaiblit ce qui précède : les défenseurs du modèle affirment alors que, même si le changement prend du temps, l'effet à long terme sera celui que prédit le modèle. Cet argument n'a qu'une portée relative, car il n'indique pas ce qui se passe dans le « court terme ». Mais la notion de « long terme » pose, en elle-même, une difficulté supplémentaire (*infra*, n° 262).

261. Épaisseur du temps pour le règlement des différends et dans les sanctions

L'importance de prendre en compte l'écoulement du temps se révèle en particulier lorsqu'on examine le respect des Accords de l'OMC et les procédures mises en œuvre à cette fin.

D'une manière abstraite, le raisonnement basé sur la théorie des jeux répétés montre qu'une coopération ne peut s'établir que si les participants se projettent dans la durée :

« Si l'avenir ne tient aucune place, la coopération devient impossible à préserver. Le rôle des perspectives temporelles est donc crucial pour le maintien de la coopération. Lorsque l'interaction a des chances de se poursuivre longtemps, les conditions sont mûres pour l'apparition et le maintien de la coopération. La pierre angulaire de la coopération est plus la durabilité des rapports que la confiance. »¹³²⁰

Des relations économiques internationales qui ne seraient pas marquées par une certaine durée n'auraient aucune chance de s'établir sur des bases coopératives. Le droit lui-même n'a de sens

¹³¹⁹ K. POLANYI, *La grande transformation – Aux origines politiques et économiques de notre temps*, trad. C. Malamoud, Paris, Gallimard, 1983, p. 64-66.

¹³²⁰ R. AXELROD, *Donnant donnant – Théorie du comportement coopératif*, trad. M. Garène, Paris, Odile Jacob, 1992, p. 178-179.

qu'en tant qu'il permet d'anticiper l'avenir¹³²¹, donc qu'il s'inscrit dans la durée. Si les interactions humaines étaient toutes instantanées, le droit serait inutile : l'action aurait lieu, ou non, et personne ne chercherait à savoir ce qui se passera à la seconde suivante.

De manière plus concrète, les aspects temporels sont, à l'évidence, cruciaux dans le mécanisme de règlement des différends et des sanctions. Une des principales nouveautés apportées par le Mémoire d'accord est précisément l'imposition de délais (plus) stricts, d'un bout à l'autre de la procédure de règlement des différends. Pour certains, au temps du GATT déjà, l'établissement d'un groupe spécial et l'adoption de son rapport étaient finalement décidés (ou le différend réglé), mais le délai était parfois conséquent¹³²² ; ceci suggère que l'efficacité accrue du mécanisme de règlement des différends de l'OMC, par rapport à celui du GATT, se situe parfois moins dans l'issue finale du litige que dans la durée nécessaire pour l'atteindre.

Le temps est aussi un élément essentiel de la stratégie des États. Qu'il s'agisse de profiter de la durée de la procédure pour violer impunément les Accords, de la controverse relative à la chronologie (*supra*, n^{os} 69 et s.), du délai raisonnable de mise en conformité (*supra*, n^o 44), de l'obtention d'une dérogation temporaire dans l'attente d'un nouvel arrangement¹³²³, ou de la question de la (non-)rétroactivité des sanctions (*supra*, n^o 160), il s'agit toujours de jouer sur le facteur temps. Tout inéluctable que puisse être l'issue finale du litige, il n'est jamais indifférent, pour les États comme pour les opérateurs économiques, qu'elle arrive rapidement ou plus tard¹³²⁴. Et, en particulier lorsqu'elle intervient tard, ce qui se passe dans l'intervalle a toujours une importance significative. L'inégalité des États face aux sanctions (*infra*, n^{os} 267 et s.) est encore renforcée si l'on intègre la dimension temporelle, et en particulier la capacité des économies respectives à « résister », dans la durée, aux violations et aux sanctions¹³²⁵.

¹³²¹ Sur ce thème, Ph. COPPENS, « La sécurité juridique comme expression de la normativité », in L. BOY, J.-B. RACINE et F. SIIRIÄINEN (coord.), *Sécurité juridique et droit économique*, Bruxelles, Larcier, 2008, spéc. p. 170-173.

¹³²² R.E. HUDEC, « Dispute Settlement », in J.J. SCHOTT (ed.), *Completing the Uruguay Round: A Results-Oriented Approach to the GATT Trade Negotiations*, Washington, Institute for International Economics, 1990, p. 181-184.

¹³²³ Décision de la Conférence ministérielle du 14 novembre 2001, *Communautés européennes – L'accord de partenariat ACP-CE*, WT/MIN(01)/15.

¹³²⁴ Pour une illustration à la lumière de l'affaire *États-Unis – Mesure de sauvegarde à l'importation de viande d'agneau fraîche, réfrigérée ou congelée en provenance d'Australie* (DS178), v. M.R. ISLAM, « Recent Trade Sanctions on the US to Induce Compliance with the WTO Ruling in the Foreign Sales Corporations Case: Its Policy Contradiction Revisited », *J.W.T.*, 2004, p. 483.

¹³²⁵ M.R. ISLAM, « Recent Trade Sanctions on the US to Induce Compliance with the WTO Ruling in the Foreign Sales Corporations Case: Its Policy Contradiction Revisited », *J.W.T.*, 2004, p. 478 et s.

Plus précisément en matière de sanctions, le cadre temporel modifie l'évaluation des effets commerciaux de la violation. En effet, à long terme, les opérateurs réorientent leurs activités en tenant compte de la situation économique nouvelle incluant les effets de la violation, ce qui signifie que le dommage commercial a tendance à décroître avec le temps¹³²⁶. On peut raisonner de la même manière à propos des effets de la sanction.

Les modèles classiques ne sont pas adaptés pour tenir compte de ces aspects. Certes, on peut penser que l'effet économique d'une violation des règles ou des sanctions est proportionnel à leur durée, mais ce serait oublier les effets d'adaptation, de lassitude, ou au contraire les effets cumulatifs qui apparaissent avec une durée assez longue. Le facteur temps a donc son importance propre pour la compréhension des mécanismes.

262. Le temps permet de réconcilier partiellement sanctions et libre-échange

Telles qu'elles sont organisées et pratiquées, les sanctions de l'OMC sont contradictoires avec le principe de libre-échange à la base des règles qu'elles doivent faire respecter. Les analyses fondées sur la théorie des jeux (*supra*, n^{os} 216 et s.) tentent de surmonter cette contradiction en présentant les sanctions comme une manière de garantir la situation de coopération et, à défaut, de la rétablir aussi vite que possible. Cette analyse distingue selon qu'une violation est sanctionnée ou non, mais elle ne raffine guère le raisonnement en termes de montants ou de déroulement dans le temps. Or, ces paramètres sont importants dans la pratique.

Une première stratégie, qui vient du Mémorandum d'accord lui-même, consiste à traiter les sanctions comme un *ultimum remedium*. Dans les dispositions générales de l'article 3, le Mémorandum d'accord indique que :

« En l'absence d'une solution mutuellement convenue, le mécanisme de règlement des différends a habituellement pour objectif premier d'obtenir le retrait des mesures en cause, s'il est constaté qu'elles sont incompatibles avec les dispositions de l'un des accords visés. Il ne devrait être recouru à l'octroi d'une compensation que si le retrait immédiat de la mesure en cause est irréalisable, et qu'à titre temporaire en attendant le retrait de la mesure incompatible avec un accord visé. Le dernier recours que le présent mémorandum d'accord ouvre au Membre qui se prévaut des procédures de règlement des différends est la possibilité de suspendre l'application de concessions ou l'exécution d'autres obligations au titre des accords visés, sur une base discriminatoire, à l'égard de l'autre Membre, sous réserve que l'ORD l'y autorise. »¹³²⁷

¹³²⁶ G.M. GROSSMAN et A.O. SYKES, « 'Optimal' Retaliation in the WTO – a commentary on the *Upland Cotton* Arbitration », *W.T.R.* 10(1), 2011, p. 162.

¹³²⁷ En doctrine, v. par exemple P. GRANÉ, « Remedies under WTO Law », *J.I.E.L.*, 2001, p. 760-761 ; S. CHARNOVITZ, « The WTO's Problematic "Last Resort" Against Noncompliance », *Aussenwirtschaft* 57(IV), 2002, p. 411 ; B.P. MCGIVERN, « Seeking Compliance with WTO Rulings: Theory, Practice and Alternatives », *Int. Lawyer* 36(1), 2002, p. 142 ; A. ROSAS, « Implementation and Enforcement of WTO Dispute Settlement Findings: An EU Perspective », *J.I.E.L.*, 2001, p. 135-136.

Ainsi, les sanctions n'arrivent pas comme une conséquence immédiate et inéluctable d'une violation du droit. Elles s'inscrivent dans un long processus de débat, diplomatique et judiciaire, au cours duquel les États ont l'occasion de se faire part de leurs griefs, de négocier un compromis, fût-il partiel ou temporaire, et aussi de « gagner du temps ».

L'ombre de possibles sanctions plane toujours sur ces différentes étapes, dont certaines représentent un passage obligatoire, et d'autres sont facultatives. Mais ce processus est, en soi, une manière de réduire la tension entre les sanctions et le libre-échange, parce qu'il a pour effet de les éviter, de les retarder ou d'en atténuer la rigueur.

La jurisprudence et la doctrine rappellent constamment ces aspects, entretenant chez les acteurs un état d'esprit où les sanctions sont considérées comme un événement certes possible, mais qui ne se produit qu'après avoir épuisé une foule d'autres moyens de résoudre le conflit, ce qui implique aussi qu'il soit lointain. Comme l'a décidé le groupe spécial *États-Unis – Certains produits en provenance des CE*, on ne peut suspendre des obligations avant d'y avoir été autorisé par l'ORD, ce qui présuppose d'être passé par les étapes antérieures de la procédure de règlement des différends.

Dans la pratique, le nombre d'affaires où des sanctions sont autorisées ne représente qu'une faible proportion des différends formellement soumis à l'ORD. Les cas où les sanctions sont effectivement imposées sont plus rares encore. Lorsqu'elles le sont, ce n'est souvent pas la dernière étape du différend. Les sanctions elles-mêmes donnent parfois lieu à une nouvelle saisine d'un groupe spécial (*États-Unis – Certains produits en provenance des CE* et *États-Unis / Canada – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones*) ou à d'autres démarches qui prolongent ou règlent le différend. L'affaire *CE – Bananes* en constitue un bon exemple, où l'on a vu l'octroi d'une dérogation temporaire, d'interminables discussions, des mesures de mise en conformité plusieurs fois contestées, etc.

Sous cet angle, les sanctions apparaissent comme une étape d'un processus temporel qui doit aboutir, s'il réussit, à la mise en conformité de l'État défendeur, ce qui s'avère beaucoup plus complexe que la réaction immédiate et forfaitaire qu'envisage la théorie des jeux.

263. Continuité du temps

Le temps est un phénomène continu, ininterrompu, pendant lequel les agents ne cessent jamais d'interagir et les paramètres économiques d'être modifiés. Ainsi, même si l'on tient compte des périodes transitoires (*supra*, n° 260), il est encore réducteur d'imaginer que ces périodes se

situent entre deux états définis et stables. Le système évolue continuellement, parce que le temps ne s'arrête pas.

Cette propriété du temps n'est guère prise en compte par la théorie des jeux, et en particulier par le modèle *tit-for-tat*, qui fait comme si les acteurs réagissaient, chacun à leur tour, à l'action des autres agents au cours d'une phase précédente temporellement circonscrite comme dans un jeu d'échecs. En réalité, les intervenants ne marquent pas de pause ; ils ne cessent pas d'agir, de jouer des coups, sans nécessairement attendre la réaction des autres, et en préparant déjà, dans le présent, les attitudes qu'ils adopteront dans l'avenir. Ainsi, l'avantage peut finalement revenir au plus rapide ou au plus persévérant.

Surtout, la continuité dans l'écoulement du temps et dans l'action des agents rend beaucoup plus flou le mécanisme du *tit-for-tat*, notamment parce qu'elle empêche souvent de considérer une attitude comme la réaction univoque à un seul acte précis de la partie adverse. Les États jouent plusieurs jeux en même temps, avec de multiples « adversaires » et ils ne marquent pas de pause dans le jeu. Même pendant les « guerres », une certaine coopération subsiste¹³²⁸. Leur situation est la résultante, à un moment du temps, d'une multiplicité de positions stratégiques. Du point de vue de chaque jeu particulier (par exemple celui du commerce international), cette situation est constamment susceptible d'être modifiée pour des raisons étrangères à ce jeu particulier.

Le caractère constant et ininterrompu de l'évolution rend problématique la notion de « long terme », généralement utilisée pour relativiser l'argument de la période transitoire (*supra*, n° 260). Invoquer le long terme, c'est présupposer l'existence d'un moment dans le futur où la situation économique se stabilise dans un certain état, celui dont le modèle prédit l'avènement à long terme. Ce serait toutefois étonnant. Bien entendu, certaines évolutions sont ponctuelles et d'autres s'étalent sur une période plus longue. La situation à tout moment du temps est la résultante d'une combinaison de facteurs, dont certains proviennent de modifications récentes et rapides et d'autres de changements plus anciens et plus lents. Mais le monde ne cesse pas d'évoluer, ni d'être influencé par le court terme. Il est en permanence dans une situation « transitoire », et il ne parvient donc jamais au prétendu état stationnaire de « long terme ». Celui-ci apparaît plutôt comme un horizon vers lequel on peut se diriger, sans jamais pouvoir espérer l'atteindre. Cette vision plus réaliste du long terme remet en question la pertinence

¹³²⁸ M.S. DUNNE, « Redefining power orientation: A reassessment of Jackson's paradigm in light of asymmetries of power, negotiation, and compliance in the GATT/WTO dispute settlement system », *L. and Policy in Int. Business* 34(1), 2002, p. 311, à propos de l'affaire *Bananes*.

d'analyses fondées sur l'idée que, moyennant certaines réformes, on atteindra dans le futur telle situation déterminée. Elle affecte aussi la pertinence de raisonnements présupposant toutes choses égales par ailleurs car, dans la réalité, ces « choses » évoluent aussi. Le futur dépendra aussi du « court terme » de ce moment-là et dont nul ne sait ce qu'il sera.

§ 2. *L'évolution du droit économique international*

264. La situation actuelle résulte d'un passé

L'écoulement du temps est essentiel à la compréhension des relations économiques internationales, car on ne peut appréhender les règles du commerce international qu'en envisageant leurs effets dans la durée (*supra*, n^{os} 260 et s.). Mais la prise en compte de la temporalité est nécessaire en un second sens : pour comprendre un système évolutif, il est moins utile de décrire son état actuel, bientôt révolu, que de connaître son histoire et d'envisager son avenir. Ainsi se dessine une perspective générale, au sein de laquelle la situation actuelle prend sa place comme résultat d'un état antérieur et comme étape préalable à une configuration future.

L'économie internationale d'aujourd'hui et les règles juridiques qui l'encadrent sont le résultat d'un projet explicite et, dans son ensemble, relativement cohérent¹³²⁹. Ce projet – globalement celui du libre-échange discipliné par des règles – s'est formé progressivement, et s'est concrétisé en plusieurs moments dont chacun a représenté un changement par rapport à un état préexistant du monde. Pour se limiter aux dernières étapes significatives d'un très long processus, partant de la situation de protectionnisme qui a accompagné la dépression des années 1930, certains États, en particulier les États-Unis, ont cherché à raviver le libre-échange en concluant des accords bilatéraux. Sur ces accords s'est construit le GATT qui, pour une large part, en constitue une version multilatérale. Une cinquantaine d'années d'évolution du GATT a mené à la création de l'OMC, qui elle-même évolue en fonction notamment des décisions de ses organes.

À chaque moment, on construit sur l'existant, en étant contraint, ou plus exactement partiellement déterminé, par la situation de départ. Ainsi, certaines caractéristiques du système – par exemple l'approbation par l'ORD des rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel – ne sont-elles compréhensibles que par référence à la situation antérieure, qui a certes été modifiée mais qu'on n'a pas pu effacer complètement, notamment pour des raisons

¹³²⁹ Pour une description de ce projet, *infra*, n^o 298.

politiques. Dès qu'on s'écarte d'une conception juridique formelle, l'OMC, les systèmes qui l'ont précédée et ceux qui la suivront, n'apparaissent pas comme une construction neuve sur un terrain vierge, mais comme une rénovation, un aménagement, d'une institution préexistante, avec une permanence de certains caractères de cette dernière. Ce phénomène de *path dependency* mérite d'être mis en évidence.

265. Où va-t-on ? L'utilité d'une vision de l'avenir

L'évolution qui a transformé la situation passée pour arriver à la situation présente n'est pas aléatoire. Mue par un projet, cette évolution a une direction générale, qui permet aussi de se faire une idée de l'avenir. Si l'on connaît la teneur du projet, et qu'on a vu comment il a transformé le système antérieur pour aboutir à la situation actuelle, on peut s'imaginer l'avenir.

Il n'y a cependant aucun déterminisme. Rien ne certifie que l'évolution des dernières décennies continuera nécessairement dans la même direction. Le projet qui la fonde peut évoluer, voire être abandonné, de même que peuvent changer d'autres circonstances qui en modifieront la trajectoire. Chaque événement ne se situe pas nécessairement dans une ligne prédéfinie, et ce n'est qu'*a posteriori* qu'on acquiert la certitude que telle décision ou tel fait n'était qu'un accroc anecdotique dans une évolution globalement inchangée ou, au contraire, amorçait une rupture fondamentale par rapport à la direction antérieure. Et même si l'évolution se poursuit dans la même direction, sa vitesse est aussi incertaine : il est difficile de savoir si la prochaine étape interviendra dans un futur proche ou lointain, comme le montrent par exemple les multiples reports du terme des négociations du cycle de Doha.

Nonobstant ces précautions, une observation attentive du système actuel, à la lumière de son passé et du projet général à la base de son évolution, permet de se faire une idée de son état futur. Cette analyse est utile à des fins tant descriptives que normatives, car il faut connaître d'abord la trajectoire pour ensuite la réorienter.

266. Conclusion de la section 3

On ne comprend bien les relations économiques internationales qu'en intégrant la dimension temporelle. Les effets des règles du commerce international ne sont pas instantanés. Ils se font sentir dans la durée. Il en va de même des effets des violations de ces règles et des sanctions qui y répondent, toujours avec un certain délai dû à la durée de la procédure. En réalité, le système économique international n'est jamais dans un état stationnaire ; il ne cesse de s'adapter aux mouvements de l'activité économique, mais aussi aux modifications de l'environnement juridique. C'est pourquoi l'étude du système de l'OMC passe aussi par l'analyse de son passé, de

manière à comprendre la direction générale dans laquelle il évolue et d'ainsi se faire une idée de ce que pourrait être son avenir.

Section 4 Mauvaise prise en compte des aspects de justice dans le fonctionnement des sanctions

267. Introduction

Par certains de leurs présupposés, les modèles classiques ne permettent pas de tenir compte des préoccupations de justice, en particulier des aspects redistributifs, suscitées par les mécanismes qu'ils prétendent expliquer. Or, ces questions sont incontournables, mises en lumière notamment par les protestations qui accompagnent les réunions importantes pour l'organisation de l'économie mondiale (conférence ministérielle de l'OMC, sommet du G8 ou G20, etc.) et, de manière plus discrète, par l'action continue des lobbys et des ONG auprès des grandes organisations économiques internationales.

Pour garder le propos synthétique, on se limite ci-dessous à exposer comment les caractéristiques des théories traditionnelles évacuent trop rapidement deux aspects importants dans l'application des sanctions, à savoir la différence entre les « grands » et les « petits » pays (§ 1^{er}) et les effets des sanctions sur les personnes privées (§ 2)¹³³⁰. Ceci n'est pas étonnant au regard des développements qui précèdent : les théories traditionnelles fondent leur analyse sur les États (sans guère s'occuper de ce qui se passe à l'intérieur de ceux-ci) et ont tendance à négliger les inégalités concrètes en s'appuyant implicitement sur l'égalité formelle résultant de la souveraineté.

Cette analyse est centrée sur les sanctions et n'a pas pour objet d'apprécier le bien-fondé des règles substantielles qu'elles visent à faire respecter. Le rôle des sanctions n'est pas de corriger les injustices, mais de contribuer à ce que soient respectées les règles primaires. Ce sont ces dernières – et non les sanctions – qui, le cas échéant, doivent être modifiées pour rendre le commerce international plus juste. Dans cette perspective limitée, il faut néanmoins vérifier si l'application des sanctions n'est pas, en soi, une source d'injustice qui, soit rend injuste un

¹³³⁰ Cette section reprend et approfondit un texte publié antérieurement sous le titre « Une injustice des sanctions de l'OMC », in J. CHAISSE et T. BALMELLI (eds), *Essays on the Future of World Trade Organization, volume II : The WTO Judicial System : Contributions and Challenges*, Genève, Editions Interuniversitaires Suisses (EDIS), 2008, p. 283-308.

système dont les règles primaires ne le seraient pas, soit ajoute une injustice à celle résultant des règles primaires.

§ 1. Les sanctions pour les petits et pour les grands pays

268. L'égalité formelle des États face à la diversité de leurs situations économiques

Le modèle classique s'intéresse aux États, qu'il tient pour égaux dans leur souveraineté. Il ne fait pas de différence selon les caractéristiques économiques de l'État imposant les sanctions ni de celui qui les subit. Il tient encore moins compte des éventuelles disparités entre les deux États impliqués. En se limitant à une conception formelle de l'égalité des États, il part du principe qu'un État subissant une violation dispose d'une possibilité de sanction identique à celle de tout autre État se trouvant dans la même situation. Or, tel n'est pas le cas, car la puissance économique de chaque État impliqué, dans l'absolu et proportionnellement à l'autre, joue un rôle déterminant dans les possibilités concrètes de sanctions.

269. Inégalités dans la procédure de règlement des différends

L'inégalité réelle des États influence en réalité toute la procédure de règlement des différends. Or, l'interdiction de l'unilatéralisme, prohibant toute suspension d'obligations qui n'a pas été préalablement autorisée par l'ORD au terme de la procédure, implique qu'un État faible victime d'une violation des règles de l'OMC doit, avant même de songer à sanctionner, surmonter les difficultés spécifiques que lui posent cette procédure.

On cite fréquemment ses coûts, qui ne se justifient que lorsque l'enjeu est suffisamment important¹³³¹, les compétences insuffisantes au sein des administrations nationales¹³³² ou la difficulté de faire appel à des avocats spécialisés à un coût acceptable, les problèmes d'administration de la preuve, surtout lorsqu'elle doit reposer sur des statistiques commerciales, l'importance de l'enjeu commercial – plus faible en valeur absolue, mais plus importante par tête¹³³³ –, etc.

¹³³¹ C.P. BOWN, *Self-Enforcing Trade. Developing Countries and WTO Dispute Settlement*, Washington, Brookings Institution Press, 2009, p. 95-96.

¹³³² L. GANGER, « Explaining the Broad-Based Support for WTO Adjudication », *Berkeley Journ. Int. L.* 24(2), 2006, p. 530 ; B.M. HOEKMAN et P.C. MAVROIDIS, « WTO Dispute Settlement, Transparency and Surveillance », *World Economy*, 2000, p. 532 ; W. ZDOUC, « Cross-retaliation and suspension under the GATS and TRIPS agreements », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 507.

¹³³³ G. SHAFFER, « Power, governance, and the WTO: a comparative institutional approach », in M. BARNETT et R. DUVALL (eds.), *Power in Global Governance*, Cambridge University Press, 2005, p. 137.

L'OMC a certes développé un programme de « renforcement des capacités »¹³³⁴ incluant notamment des formations en matière de règlement des différends¹³³⁵. Le Mémoire d'accord contient aussi des aménagements en faveur des membres en développement. Ces aménagements concernent par exemple les délais de procédure (art. 12.10 et 12.12 MRD), la composition des groupes spéciaux (art. 8.10 MRD), la mission de l'ORD (art. 21.7 et 21.8 MRD), de son président et du directeur général (art. 24.2 MRD) et les sanctions (*supra*, n^{os} 158-159). Le Mémoire d'accord demande en outre de faire preuve d'attention (art. 4.10 MRD), voire de modération (art. 24.1 MRD), à l'égard des pays en voie de développement ou des pays les moins avancés.

Le Centre consultatif sur la législation de l'OMC est aussi d'une aide précieuse, en fournissant aux pays en voie de développement des conseils juridiques (y compris la représentation devant les organes du règlement des différends) à un coût abordable, dépendant de la situation économique du « client ». Il est intervenu, le plus souvent pour le plaignant, dans plus de trente-cinq procédures depuis sa création en 2001. L'analyse quantitative n'aboutit pas à un résultat univoque, mais le Centre consultatif a facilité la participation des pays en voie de développement au règlement des différends, pas tellement en le rendant accessible à plus d'États, mais en augmentant le nombre de procédures auxquelles peuvent concrètement participer les pays membres en développement ayant déjà pris part à une ou plusieurs procédures de règlement des différends, et en permettant le déroulement de procédures portant sur des enjeux plus modestes en valeur absolue (mais parfois cruciaux pour le plaignant)¹³³⁶.

Les règles et les initiatives visant à pallier les difficultés spécifiques que le règlement des différends pose aux pays en voie de développement vont dans la bonne direction. Elles constituent aussi une reconnaissance de l'existence de ces difficultés, et donc de l'inadéquation d'une explication présupposant l'égalité des États. Mais, dans leur état actuel, elles sont loin de suffire pour rétablir une égalité réelle entre les États dans ce domaine.

270. Effets des sanctions sur les grands et les petits pays

Dans la plupart des cas, imposer des sanctions signifie établir (ou augmenter) un droit de douane à l'importation de certains biens. L'imposition d'une sanction est donc en principe coûteuse pour

¹³³⁴ http://www.wto.org/french/tratop_f/devel_f/build_tr_capa_f.htm (19 juillet 2010).

¹³³⁵ L. GANGER, « Explaining the Broad-Based Support for WTO Adjudication », *Berkeley Journ. Int. L.* 24(2), 2006, p. 530.

¹³³⁶ Pour une analyse complète, v. C.P. BOWN, *Self-Enforcing Trade. Developing Countries and WTO Dispute Settlement*, Washington, Brookings Institution Press, 2009, p. 138-174.

l'économie de l'État qui sanctionne¹³³⁷, sauf s'il peut à cette occasion influencer favorablement les termes de l'échange (v. *supra*, n^{os} 209 et s.). Les petits États – considérés en fonction de leur taille économique, c'est-à-dire ici de leur part dans le commerce mondial, ce qui est aussi lié à leur richesse et à leur niveau de développement – sont généralement incapables d'influencer les termes de l'échange, précisément parce qu'ils sont petits. L'inverse est vrai des « grands » États. En outre, comme les importations d'un petit pays ne forment souvent qu'une part insignifiante des exportations d'un grand, les sanctions émanant du premier n'impressionnent guère le second¹³³⁸. Ceci réduit fortement l'impact économique des sanctions pratiquées par un petit pays contre un grand : le grand pays n'en pâtit guère, et sait que son adversaire en souffrirait plus que lui¹³³⁹.

Il en va d'autant plus ainsi lorsque ce petit pays est pauvre, et qu'il ne peut se permettre d'exposer sa population au coût que représentent les sanctions¹³⁴⁰. En outre, les pays en voie de développement souhaitant mettre en œuvre des sanctions peuvent craindre de dégrader leurs

¹³³⁷ S. CHARNOVITZ, « Rethinking WTO Trade Sanctions », *Amer. Journ. Int. Law* 95(4), 2001, p. 814 et s. ; P.C. MAVROIDIS, « Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place », *E.J.I.L.*, 2000, p. 807 ; M.S. DUNNE, « Redefining power orientation: A reassessment of Jackson's paradigm in light of asymmetries of power, negotiation, and compliance in the GATT/WTO dispute settlement system », *L. and Policy in Int. Business* 34(1), 2002, p. 305-306 ; H. NOTTAGE, « Evaluating the criticism that WTO retaliation rules undermine the utility of WTO dispute settlement for developing countries », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 322-323. V. aussi T. MORGAN et N. BAPAT, « Imposing Sanctions: States, Firms, and Economic Coercion », *International Studies Review* 5(4), 2003, p. 66, qui indiquent que les coûts sont supportés principalement par les particuliers et par les entreprises, non par l'État.

¹³³⁸ S. CHO, « The Nature of Remedies in International Trade Law », *University Pittsburgh L. R.* 65(4), 2004, p. 785 ; M.S. DUNNE, « Redefining power orientation: A reassessment of Jackson's paradigm in light of asymmetries of power, negotiation, and compliance in the GATT/WTO dispute settlement system », *L. and Policy in Int. Business* 34(1), 2002, p. 306 ; L. GANGER, « Explaining the Broad-Based Support for WTO Adjudication », *Berkeley Journ. Int. L.* 24(2), 2006, p. 529 ; H. NOTTAGE, « Evaluating the criticism that WTO retaliation rules undermine the utility of WTO dispute settlement for developing countries », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 321.

¹³³⁹ B.M. HOEKMAN et M.M. KOSTECKI, *The Political Economy of the World Trading System – The WTO and Beyond*, 2nd ed., Oxford University Press, 2001, p. 90 ; B.M. HOEKMAN et P.C. MAVROIDIS, « WTO Dispute Settlement, Transparency and Surveillance », *World Economy*, 2000, p. 531.

¹³⁴⁰ F. BREUSS, « Comment on chapter 20 – A general equilibrium interpretation of some WTO dispute settlement cases: four EU-US trade conflicts », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 507 ; O. BLIN, « Les sanctions dans l'Organisation mondiale du commerce », *J.D.I.*, 2008, p. 453-454 ; D. DE BIÈVRE, « Governance in International Trade: Judicialisation and Positive Integration in the WTO », *Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods*, 2004/7, juillet 2004, http://www.coll.mpg.de/pdf_dat/2004_07online.pdf, p. 10.

relations avec leur adversaire et, en conséquence, d'être moins bien traités dans d'autres contextes (aide internationale, réduction de la dette, etc.)¹³⁴¹.

À l'inverse, les grandes économies sont en position de force pour imposer des sanctions aux petits États¹³⁴². En effet, les économies des petits pays dépendent généralement de la production et de l'exportation d'un nombre réduit de produits, pour lesquels les grands disposent de plusieurs sources d'approvisionnement, au prix mondial¹³⁴³. Ils peuvent donc bloquer les importations en provenance de leur adversaire qui se trouve ainsi privé d'un débouché important pour sa production (puisque'il s'agit précisément d'un grand marché) et ne dispose, d'autre part, que de peu d'autres produits à exporter.

Ceci explique qu'en pratique, seuls les grands puissent appliquer effectivement les sanctions de l'OMC :

« Suspension of concessions or retaliation is a blunt instrument that realistically only the two most powerful Members, the United States and the European Communities, can use effectively »¹³⁴⁴.

Dans l'affaire *Bananes III*, lorsque l'Équateur et les États-Unis furent tous deux autorisés à appliquer des sanctions contre les Communautés européennes, seuls les États-Unis sont passés à l'action. L'Équateur, pour sa part, même autorisé à pratiquer des sanctions croisées, a craint les conséquences économiques (pour lui) de ses propres sanctions, et a préféré y renoncer¹³⁴⁵.

¹³⁴¹ F. BREUSS, « Comment on chapter 20 – A general equilibrium interpretation of some WTO dispute settlement cases: four EU-US trade conflicts », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 507.

¹³⁴² M.R. ISLAM, « Recent Trade Sanctions on the US to Induce Compliance with the WTO Ruling in the Foreign Sales Corporations Case: Its Policy Contradiction Revisited », *J.W.T.*, 2004, p. 478. Aussi S.J. EVENETT, « Sticking to the rules: quantifying the market access that is potentially protected by WTO-sanctioned trade retaliation », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 202-203, qui expose bien l'asymétrie.

¹³⁴³ Sur la dépendance envers les importations/exportations, et son effet sur les sanctions, v. S. CHARNOVITZ, « Rethinking WTO Trade Sanctions », *Amer. Journ. Int. Law* 95(4), 2001, p. 816 et s. ; P.C. MAVROIDIS, « Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place », *E.J.I.L.*, 2000, p. 807 et s. ; M.S. DUNNE, « Redefining power orientation: A reassessment of Jackson's paradigm in light of asymmetries of power, negotiation, and compliance in the GATT/WTO dispute settlement system », *L. and Policy in Int. Business* 34(1), 2002, p. 318. Plus généralement, sur les difficultés propres aux petites économies dans le système commercial international et les problèmes de justice y relatifs, F. GARCIA, « Trade and Inequality: Economic Justice and the Developing World », *Michigan Journ. Int. L.* 21, 2000, p. 975-1049, spéc. p. 987 et s.

¹³⁴⁴ D. STEGER, citée par A.E. APPLETON, « Preliminary thoughts on WTO retaliation in the services sector », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 622.

¹³⁴⁵ M.R. ISLAM, « Recent Trade Sanctions on the US to Induce Compliance with the WTO Ruling in the Foreign Sales Corporations Case: Its Policy Contradiction Revisited », *J.W.T.*, 2004, p. 476-477 ; M.S. DUNNE, « Redefining power orientation: A reassessment of Jackson's paradigm in light of asymmetries of power, negotiation, and compliance in the GATT/WTO dispute settlement system », *L. and Policy in Int. Business*

Quant à la solution amiable avec les Communautés, on peut penser que ces dernières l'ont acceptée plutôt par crainte des effets des sanctions américaines que des protestations équatoriennes¹³⁴⁶. Les exportations européennes vers l'Équateur étaient inférieures à un millième du total des exportations de marchandises des Communautés européennes¹³⁴⁷. L'Équateur a néanmoins pu obtenir un « bonus » à la suite de son opposition à l'accord entre l'Europe et les États-Unis¹³⁴⁸. Inversement, l'existence de pressions américaines a sans doute contribué à la décision équatorienne de ne pas appliquer des sanctions¹³⁴⁹. L'affaire des *Bananes* est emblématique de ce problème, mais elle ne constitue pas pour autant un cas isolé¹³⁵⁰. La décision de l'arbitre *États-Unis – Jeux* fait état de chiffres éloquentes : alors que 48,9 % des biens et services importés par Antigua sont vendus par des « fournisseurs uniques situés aux États-Unis », la totalité des exportations des États-Unis vers Antigua (environ 180 millions USD à l'époque) ne représente que 0,02 % des exportations américaines¹³⁵¹. Dans ces conditions, imposer des sanctions qui augmenteraient les prix de la moitié des biens importés pour les habitants d'Antigua est une charge disproportionnée eu égard à l'effet que ces sanctions pourraient avoir sur les États-Unis, à supposer qu'on puisse constater un quelconque effet...

L'inaccessibilité pratique des sanctions pour certains, alors que d'autres peuvent sanctionner plus facilement, est un important élément d'injustice dans l'OMC¹³⁵², en contraste d'ailleurs avec

34(1), 2002, p. 307 ; H. NOTTAGE, « Evaluating the criticism that WTO retaliation rules undermine the utility of WTO dispute settlement for developing countries », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 332.

¹³⁴⁶ M.R. ISLAM, « Recent Trade Sanctions on the US to Induce Compliance with the WTO Ruling in the Foreign Sales Corporations Case: Its Policy Contradiction Revisited », *J.W.T.*, 2004, p. 476. Comp. M.S. DUNNE, « Redefining power orientation: A reassessment of Jackson's paradigm in light of asymmetries of power, negotiation, and compliance in the GATT/WTO dispute settlement system », *L. and Policy in Int. Business* 34(1), 2002, p. 307-310 et 320, pour qui les menaces de sanctions équatoriennes ont produit un effet.

¹³⁴⁷ CE – *Bananes III (Équateur)* (article 22:6 – CE), 95, n. 33.

¹³⁴⁸ M.S. DUNNE, « Redefining power orientation: A reassessment of Jackson's paradigm in light of asymmetries of power, negotiation, and compliance in the GATT/WTO dispute settlement system », *L. and Policy in Int. Business* 34(1), 2002, p. 307-309.

¹³⁴⁹ H. NOTTAGE, « Evaluating the criticism that WTO retaliation rules undermine the utility of WTO dispute settlement for developing countries », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 332. Le même phénomène s'est probablement produit dans l'affaire de la *Loi de 2000* (*ibid.*, p. 334).

¹³⁵⁰ M.R. ISLAM, « Recent Trade Sanctions on the US to Induce Compliance with the WTO Ruling in the Foreign Sales Corporations Case: Its Policy Contradiction Revisited », *J.W.T.*, 2004, p. 476 et s.

¹³⁵¹ *États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris*, Recours d'Antigua et Barbuda à l'article 22:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS285/22, 22 juin 2007, p. 3 ; *États-Unis – Jeux* (article 22:6 – États-Unis), 4.2. V. aussi H. GROSSE RUSE-KHAN, « A Pirate of the Caribbean? The Attractions of Suspending TRIPS Obligations », *J.I.E.L.* 11(2), 2008, p. 331-333.

¹³⁵² D. PALMETER et S.A. ALEXANDROV, « 'Inducing compliance' in WTO dispute settlement », in D.L.M. KENNEDY et J.D. SOUTHWICK (eds), *The Political Economy of International Trade Law – Essays in Honor*

l'effort de juridicisation, et donc de réduction des arguments de « puissance » (*infra*, n° 387) qui anime la procédure de règlement des différends en général.

Que l'asymétrie soit essentiellement limitée au stade des sanctions ne la rend pas anecdotique :

« Although most disputes do not reach the stage of formalizing the WTO-authorized retaliation threats, let alone having countries implement them in practice, to suggest that retaliation threats are irrelevant fails to recognize the importance of economic incentives inherent in the self-enforcing WTO agreement. While it may bubble to the surface only infrequently, an undercurrent of potential retaliation is inherent in every dispute. While the threat is not necessarily explicit, policymakers always have this possibility in the back of their minds because this is the final “threat point” to which governments can resort while still remaining within the rules of the WTO system. »¹³⁵³

Cette issue finale influence le comportement du défendeur depuis le moment où il décide de violer ses obligations jusqu'à la manière et au timing qu'il choisit pour l'exécution de la décision, sans oublier les éventuelles (mais fréquentes) négociations qui ont lieu après l'adoption de la décision par l'ORD. Des analyses empiriques résumées par C. Bown suggèrent ainsi que les États dont les possibilités de sanctionner sont faibles sont plus souvent victimes de mesures protectionnistes¹³⁵⁴.

Cette injustice des sanctions de l'OMC porte également préjudice au projet de libéralisation, non seulement parce qu'elle empêche pratiquement, dans certains cas, la mise en œuvre des sanctions, mais aussi parce qu'elle réduit la légitimité de l'Organisation et décourage les petits pays d'utiliser le mécanisme de règlement des différends aux stades antérieurs à celui des sanctions¹³⁵⁵.

Correcte dans son principe, cette analyse doit toutefois être nuancée. Ainsi, même les grands États peuvent être gênés par les sanctions économiques trop importantes qu'ils peuvent imposer. Ainsi, dans les affaires des *Sociétés de vente à l'étranger* et de l'*Amendement Byrd*, les Communautés européennes ont fixé un droit de douane additionnel relativement bas permettant de maintenir dans une limite acceptable l'effet négatif de la sanction sur les marchés

of Robert E. Hudec, Cambridge University Press, 2002, p. 661 et s. ; C. FUDALI, « A Critical Analysis of the WTO Dispute Settlement Mechanism: Its Contemporary Functionality and Prospects », *Netherlands Int. L. R.*, 2002, p. 73 et s.

¹³⁵³ C.P. BOWN, *Self-Enforcing Trade. Developing Countries and WTO Dispute Settlement*, Washington, Brookings Institution Press, 2009, p. 131.

¹³⁵⁴ C.P. BOWN, *Self-Enforcing Trade. Developing Countries and WTO Dispute Settlement*, Washington, Brookings Institution Press, 2009, p. 93-95.

¹³⁵⁵ W.J. DAVEY, « Sanctions in the WTO: problems and solutions », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 363.

européens¹³⁵⁶. D'autre part, lorsqu'une disposition interne contraire au droit de l'OMC est appliquée à l'égard de tous les pays étrangers, les petits pays bénéficient parfois des (menaces de) sanctions des grands États, dont l'action contre la violation profite à tous.

271. Analyse bilatérale et par produits des effets des sanctions

Dans la pratique, les sanctions sont mises en œuvre dans une relation bilatérale, c'est-à-dire par le plaignant contre le défendeur. Dans la plupart des cas, elles portent sur des biens (ou des services) déterminés. Ceci relativise à deux égards ce qui a été expliqué plus haut au sujet de l'asymétrie entre grands et petits pays¹³⁵⁷.

D'une part, certaines marchandises se prêtent mal à figurer parmi les biens surtaxés à titre de sanctions. Par exemple, faire porter les sanctions sur des biens intermédiaires (*parts and components*) importés pour être incorporés dans un produit fini destiné à l'exportation nuira à la compétitivité des industries d'exportation, de sorte que, considérant l'esprit mercantiliste qui anime ce genre de décision, ces biens ne sont généralement pas choisis. Il en va de même pour les biens homogènes, qui sont produits dans plusieurs pays (par exemple A et B) et achetés par plusieurs autres (X et Y). Si X met en œuvre des sanctions contre A, le commerce du bien en question va se réorganiser : X achètera chez B, et Y chez A, mais la quantité échangée et le prix pourraient ne pas être impactés. Par exemple, parmi les États qu'étudie S. Evenett, ceux qui dont le pourcentage des exportations susceptibles de faire l'objet de sanctions est le plus faible sont des producteurs pétroliers. Ainsi, seuls 8 % des exportations de l'Arabie saoudite peuvent utilement faire l'objet de sanctions, alors que ce pourcentage monte à 48 pour le Chili et à 86 pour la Chine¹³⁵⁸.

D'autre part, les flux commerciaux envisagés de manière bilatérale (c'est-à-dire entre le pays X et le pays Y) ne reproduisent pas nécessairement la division entre grands et petits pays (en général). Ainsi, il se peut que le pays X exporte beaucoup vers le pays Y, mais que ce dernier

¹³⁵⁶ Règl. (CE) n° 2193/2003 du Conseil du 8 décembre 2003 instituant des droits de douane supplémentaires sur les importations de certains produits originaires des États-Unis d'Amérique, *J.O.U.E.*, L 328, 17 décembre 2003, p. 3-12 ; Règl. (CE) n° 673/2005 du Conseil du 25 avril 2005 instituant des droits de douane supplémentaires sur les importations de certains produits originaires des États-Unis d'Amérique, *J.O.U.E.*, L 110, 30 avril 2005, p. 1-5.

¹³⁵⁷ L'analyse exposée ici est celle de S.J. EVENETT, qui a étudié la situation des vingt pays en développement qui exportent le plus (chiffres de l'année 2000), ainsi que du Japon et des États-Unis (« Sticking to the rules: quantifying the market access that is potentially protected by WTO-sanctioned trade retaliation », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 198-231).

¹³⁵⁸ S.J. EVENETT, « Sticking to the rules: quantifying the market access that is potentially protected by WTO-sanctioned trade retaliation », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 211-212.

n'exporte guère vers le premier. Les possibilités de sanctions par X en réponse à une violation de ses obligations par Y sont donc réduites. Ceci peut arriver même si Y est un petit pays ou un pays en développement, et X un pays industrialisé. Ainsi, une possibilité de protéger les exportations par une (menace de) sanction effective d'un point de vue économique n'existe qu'en ce qui concerne les exportations vers des États qui, eux-mêmes, exportent significativement vers le pays lésé. Par exemple, selon les chiffres de S. Evenett, le Venezuela et la Chine n'ont chacun que neuf partenaires commerciaux vers lesquels ils exportent plus de 1 % de leurs exportations. Ces neuf partenaires représentent au total 92 % des exportations du Venezuela et 86 % des exportations chinoises. Mais si l'on se limite aux exportations susceptibles de faire l'objet de sanctions (v. alinéa précédent), ces chiffres tombent à trois partenaires pour le Venezuela (important 8 % des exportations vénézuéliennes susceptibles de faire l'objet de sanctions), mais il reste à neuf partenaires pour la Chine (important 76 % des exportations chinoises susceptibles de faire l'objet de sanctions)¹³⁵⁹.

Ces deux considérations se combinent, et donc les obstacles aux sanctions se cumulent : pour sanctionner effectivement, il faut être face à un État dont les exportations vers la victime sont significatives, mais en outre que les biens exportés ne soient ni intermédiaires ni homogènes au sens défini plus haut. Ceci réduit fortement, pour tous les États, les possibilités effectives de sanctions. En conséquence, seule une proportion – dans certains cas assez réduite – des exportations de chaque État est « protégée », au sens où des sanctions sont possibles (donc une menace est crédible) contre ceux qui les empêcheraient par des obstacles contraires aux règles de l'OMC. Dans l'analyse de S. Evenett, cette proportion est de 5 % pour le Nigeria et de 67 % pour le Venezuela, mais supérieure à 70 % pour quatre cinquièmes des pays étudiés (par exemple 75 % pour le Chili et 87 % pour la Chine)¹³⁶⁰.

Plus étonnamment, ces résultats montrent que le niveau du commerce bilatéral et le type de biens importés par la victime (potentielle) de la violation expliquent, davantage que le niveau de développement (ou la taille), les différences dans la capacité concrète des pays d'imposer des sanctions :

« nine of the top twenty exporters in the developing world have proportionally fewer exports at risk of sanctions from enforcers than the United States, casting doubts on any sweeping claims that

¹³⁵⁹ S.J. EVENETT, « Sticking to the rules: quantifying the market access that is potentially protected by WTO-sanctioned trade retaliation », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 217-218.

¹³⁶⁰ S.J. EVENETT, « Sticking to the rules: quantifying the market access that is potentially protected by WTO-sanctioned trade retaliation », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 225-226.

developing economies as a rule are more exposed to sanction from WTO dispute settlement than industrialized economies. »¹³⁶¹

Les modèles classiques, et en particulier le modèle juridique qui considère les États comme égaux, ne permet pas d'appréhender cette réalité. Par ailleurs, l'étude de ces particularités du commerce bilatéral indique que l'impact économique (potentiel) des sanctions est probablement moins fort que ce que soutient la théorie économique classique¹³⁶², ce qui signifie peut-être que leur efficacité réelle provient d'un autre mécanisme social que ceux de l'économie internationale.

§ 2. Effets des sanctions sur les personnes privées

272. Position du problème

Outre les conséquences déjà décrites plus haut (*supra*, n^{os} 245 et s.), la focalisation des modèles classiques sur l'État les détourne de l'examen de la situation des personnes privées, quelles que soient par ailleurs les difficultés de rattacher ces personnes privées à un seul État (*supra*, n^{os} 253 et s.). L'État, non ses ressortissants, jouit de la personnalité juridique internationale, et seul le premier peut donc être tenu responsable en droit international ; mais cela n'a jamais empêché que les conséquences de sa responsabilité soient *in fine* subies par des individus, généralement par ses ressortissants. Qu'il puisse s'agir d'une responsabilité collective sur le plan de la contribution à la dette serait un moindre mal, car cela présupposerait une forme de répartition du poids de la sanction sur la population en général¹³⁶³. Souvent, seuls certains individus, choisis de manière relativement aléatoire, supportent ce fardeau.

Ainsi, dire qu'un État est sanctionné parce qu'il a violé les règles de l'OMC ne donne aucune indication précise sur ceux qui, à l'intérieur de l'État, subiront effectivement la sanction, pas plus d'ailleurs qu'on n'a égard à ceux qui ont concrètement bénéficié de la violation. Or, cette information serait d'une grande importance. Les États, même s'ils apparaissent juridiquement

¹³⁶¹ S.J. EVENETT, « Sticking to the rules: quantifying the market access that is potentially protected by WTO-sanctioned trade retaliation », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 220.

¹³⁶² S.J. EVENETT, « Sticking to the rules: quantifying the market access that is potentially protected by WTO-sanctioned trade retaliation », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 220-221.

¹³⁶³ Sur cette question de la responsabilité collective, dans un autre contexte, P. D'ARGENT, *Les réparations de guerre en droit international public – La responsabilité des États à l'épreuve de la guerre*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 532-537.

en première ligne, sont économiquement en retrait¹³⁶⁴. Le commerce international est d'abord l'affaire des entreprises, qui rencontrent les obstacles au commerce. Ces droits éventuels influencent les prix des biens et des services et le bien-être des consommateurs. Les États, eux, commercent peu. Ils prélèvent l'impôt et, généralement, bénéficient du commerce international par le biais des profits qu'engrangent leurs contribuables.

273. Les bénéficiaires de la violation et les victimes des sanctions

Tant l'expérience commune que l'analyse théorique indiquent que, si l'on se place au niveau des personnes privées plutôt qu'à celui des États, les bénéficiaires de la violation ne sont pas ceux visés par les sanctions.

Lorsqu'ils violent le droit de l'OMC, les États entendent généralement protéger un secteur particulier de l'économie. Les raisons en sont variées. Parfois, ce secteur est bien organisé, appuyé par des lobbys¹³⁶⁵, ou simplement proche de la classe dirigeante du pays. Une violation peut aussi s'expliquer par la poursuite d'un intérêt plus général, par exemple lutter contre le trafic de drogue¹³⁶⁶, ou pour offrir des conditions plus avantageuses aux anciennes colonies (affaire *Bananes III*¹³⁶⁷). Les obligations de l'OMC peuvent encore être violées, comme dans les affaires *Hormones*¹³⁶⁸ ou *OGM*¹³⁶⁹, avec peu d'esprit strictement protectionniste si l'on tient compte des pressions de l'opinion publique désirant interdire des produits qu'elle considère (à tort ou à raison) comme potentiellement dangereux, indépendamment des effets de l'interdiction sur le commerce ou sur les prix.

Quelle que soit l'intention sous-jacente, la violation favorise un secteur de l'économie et ses acteurs, au détriment des producteurs étrangers et – au moins à court terme et dans une optique purement économique – de la population en général qui paie plus cher les produits en question.

¹³⁶⁴ Groupe spécial, *États-Unis – Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur*, WT/DS152/R, 22 décembre 1999, 7.73 et s.

¹³⁶⁵ Sur l'influence des lobbys dans la décision des États-Unis d'imposer des mesures de sauvegardes en 2002 (ces mesures furent ensuite déclarées contraires aux règles de l'OMC), R. READ, « The Political Economy of Trade Protection: The Determinants and Welfare Impact of the 2002 US Emergency Steel Safeguard Measures », *World Economy* 28(8), 2005, p. 1125-1127.

¹³⁶⁶ *Communautés européennes – Conditions d'octroi de préférences tarifaires aux pays en développement*, WT/DS246.

¹³⁶⁷ *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, WT/DS27.

¹³⁶⁸ *Communautés européennes – Mesures concernant la viande et les produits carnés (hormones)*, WT/DS26 et WT/DS48.

¹³⁶⁹ *Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques*, WT/DS291, WT/DS292 et WT/DS293.

Ces bénéficiaires réels de la violation doivent être rapprochés des victimes réelles des sanctions.

Nonobstant quelques contraintes, l'État qui sanctionne peut choisir les produits sur lesquels il impose les sanctions. À cet égard, il se préoccupe généralement moins de viser les concurrents étrangers des producteurs nationaux préjudiciés (s'il en existe) que de l'efficacité de ses sanctions, dans l'objectif d'obtenir une mise en conformité rapide. Il peut dès lors choisir de viser des produits représentant une proportion importante des exportations de l'État fautif à destination de son territoire, afin de maximiser l'effet d'incitation à la mise en conformité, ou diriger la sanction contre des produits qui peuvent facilement être importés d'un pays tiers, pour éviter de (trop) souffrir lui-même des sanctions qu'il impose (ce qui ne signifie pas nécessairement que c'est dans ce domaine que les sanctions seront le moins dommageables *globalement*¹³⁷⁰).

Outre ces considérations économiques, les États utilisent également les effets politiques des sanctions pour accélérer la mise en conformité. Par exemple, ils dirigent les sanctions vers des secteurs où sont présents des lobbys puissants qui, pour faire lever les sanctions, convaincront leur gouvernement de cesser au plus vite toute violation. Les produits régionaux peuvent aussi être visés, si cette région est d'une importance particulière pour les gouvernants étrangers. On se souvient à cet égard du zèle mis par les Communautés européennes à sanctionner les agrumes de Floride aux alentours des élections américaines¹³⁷¹ et, en sens inverse, des sanctions américaines ciblant certains États membres de l'Union tout en évitant d'en atteindre d'autres¹³⁷². Des États évitent que les sanctions visent des producteurs trop nombreux, pour réduire les coûts de coordination et, partant, favoriser la mobilisation politique collective des agents économiques affectés¹³⁷³.

Pour renforcer l'effet des sanctions, certains États ont souhaité mettre en place des sanctions « carrousel » (*supra*, n° 117). L'efficacité de ces sanctions tournantes repose sur leur effet

¹³⁷⁰ G.M. GROSSMAN et A.O. SYKES, « 'Optimal' Retaliation in the WTO – a commentary on the *Upland Cotton* Arbitration », *W.T.R.* 10(1), 2011, p. 161.

¹³⁷¹ Règl. (CE) n° 2193/2003 du Conseil du 8 décembre 2003 instituant des droits de douane supplémentaires sur les importations de certains produits originaires des États-Unis d'Amérique, *J.O.U.E.*, L 328, 17 décembre 2003, p. 3-12. A propos de ces considérations stratégiques dans l'application des sanctions, déjà avant l'OMC, v. L. BOISSON DE CHAZOURNES, *Les contre-mesures dans les relations internationales économiques*, Paris, Pedone, 1992, p. 128 et s. ; P.J. KUYPER, « The Law of GATT as a Special Field of International Law: Ignorance, further refinement or self-contained system of international law », *Netherlands Yearbook Int. L.* XXV, 1994, p. 255.

¹³⁷² O. BLIN, « Les sanctions dans l'Organisation mondiale du commerce », *J.D.I.*, 2008, p. 448-449 et *supra*, n° 121.

¹³⁷³ J. GOLDSTEIN et L.L. MARTIN, « Legalization, Trade Liberalization, and Domestic Politics: A Cautionary Note », *Int. Org.* 54(3), 2000, p. p. 616 et s.

déstabilisant pour l'économie de l'État adverse, sur la quasi-impossibilité pour les secteurs industriels de prévoir la quantité et les prix de leurs exportations futures et sur la difficulté d'offrir une compensation aux agents affectés¹³⁷⁴.

Quelle que soit leur configuration particulière, les sanctions touchent des secteurs et des acteurs économiques qui, le plus souvent, n'ont rien en commun avec les bénéficiaires de la violation, hormis un certain rattachement à l'État sanctionné¹³⁷⁵.

Les sanctions affectent aussi les consommateurs¹³⁷⁶. Dans l'État fautif, le prix des produits illicitement protégés est supposé grimper ; celui des produits qui, en raison des contre-mesures, ne peuvent plus être exportés, devrait diminuer.

La situation est inverse dans l'État qui sanctionne. On pourrait certes penser que l'État qui sanctionne, s'il a la chance d'être un « *price-maker* », fixerait le droit de douane au taux optimal, de manière à bénéficier des effets sur les termes de l'échange¹³⁷⁷. Il est cependant peu probable que les droits *ad valorem* de 100 %, souvent utilisés à titre de sanctions, se rapprochent de ce droit optimal. Les droits de douane prohibitifs ont toujours des effets négatifs sur le bien-être du pays importateur¹³⁷⁸.

Au pire, les consommateurs supportent l'augmentation du prix sur un bien (due au mécanisme décrit ci-dessus) alors que le prix de l'autre ne diminue pas, par exemple parce qu'une

¹³⁷⁴ V. Sec. 306 de la loi américaine de 1974 sur le commerce extérieur (*Trade Act*), 19USC2416, et Demande de consultations des Communautés européennes, *États-Unis – Article 306 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur et modifications y relatives*, WT/DS200/1, 13 juin 2000, soutenant que les sanctions « carrousel » constituent une violation du droit de l'OMC.

¹³⁷⁵ O. BLIN, « Les sanctions dans l'Organisation mondiale du commerce », *J.D.I.*, 2008, p. 447-450 ; S. CHARNOVITZ, « Rethinking WTO Trade Sanctions », *Amer. Journ. Int. Law* 95(4), 2001, p. 810 et s. ; K.W. DAM, *The GATT – Law and International Economic Organization*, Chicago, Londres, Chicago University Press, 1970, p. 357 (à propos du GATT de 1947) ; M.-A. FRISON-ROCHE, « Le système des sanctions », *Les Notes bleues de Bercy*, n° 186, 1^{er}-15 juillet 2000, http://www.minefi.gouv.fr/notes_bleues/nbb/nbb186/sanct.htm (octobre 2004) ; R. MALACRIDA, « WTO retaliatory measures: the case for multilateral regulation of the domestic decision-making process », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 375-377 ; B. O'CONNOR, « Remedies in the World Trade Organization Dispute Settlement System – *The Bananas and Hormones Cases* », *J.W.T.* 38(2), 2004, p. 260.

¹³⁷⁶ T. MORGAN et N. BAPAT, « Imposing Sanctions: States, Firms, and Economic Coercion », *International Studies Review* 5(4), 2003, p. 65.

¹³⁷⁷ V. G.M. GROSSMAN et A.O. SYKES, « 'Optimal' Retaliation in the WTO – a commentary on the *Upland Cotton Arbitration* », *W.T.R.* 10(1), 2011, p. 160.

¹³⁷⁸ V. P. LINDERT et T. PUGEL, *Économie internationale*, 10^e éd., Paris, Economica, 1997, p. 175 et s. ; P. KRUGMAN et M. OBSTFELD, *International Economics – Theory and Policy*, Int'l ed., 6th ed., Boston, Addison Wesley, 2003, p. 223-224 ; G.M. GROSSMAN et A.O. SYKES, « 'Optimal' Retaliation in the WTO – a commentary on the *Upland Cotton Arbitration* », *W.T.R.* 10(1), 2011, p. 159-160 (avec la nuance à la n. 56).

concurrence imparfaite permet au producteur ou à un intermédiaire de vendre au même prix qu'auparavant, donc de capter la différence du prix (ou au moins une partie de celle-ci). Dans le meilleur des cas, la totalité de la diminution du prix du bien dont le prix baisse est répercutée au consommateur. Mais même dans ce cas, cette diminution (à laquelle on ajoute le cas échéant le montant du droit de douane collecté par l'État) ne compense pas complètement l'augmentation du prix de l'autre bien. Les obstacles au commerce que constituent la violation des règles de l'OMC et la sanction induisent en effet une allocation des ressources moins efficiente que celle qui existerait sans ces obstacles. Cette perte d'efficacité est une perte nette, qui vient réduire le bien-être. C'est, en résumé, le raisonnement inverse de celui qui est utilisé pour justifier le libre-échange (*supra*, n° 209).

L'effet des sanctions est le plus problématique dans le cas d'une suspension d'obligations édictées par l'accord ADPIC, par laquelle certains droits de propriété intellectuelle sont suspendus ou supprimés. Les particuliers et les entreprises perdent alors, au moins temporairement, le bénéfice d'un droit subjectif. Ceci s'apparente à une expropriation qui ne cesse que lorsque leur État d'origine se conforme à la décision de l'ORD.

Le plus souvent, un petit nombre d'acteurs tirent un bénéfice important de la violation alors qu'une grande partie de la population souffre des effets des sanctions. Comme le dommage de chaque citoyen individuel est réduit et presque invisible, l'action politique collective pour faire cesser la violation ou pour obtenir une forme de compensation est impossible en pratique.

274. L'illusion des mécanismes internes de redistribution

Les défenseurs des modèles classiques évacuent ces difficultés, en se tournant vers l'État pour lui confier la tâche d'adopter, s'il le juge opportun, une politique interne de redistribution qui rétablira l'équilibre entre les différents intervenants.

« Étant donné que, globalement, les gains découlant du commerce international sont positifs, il est en principe possible de les redistribuer pour améliorer le sort de chacun. L'application, ou non, de politiques de redistribution est une décision qui doit être prise au niveau national. »¹³⁷⁹

S'il est exact que la souveraineté de l'État lui donne ce pouvoir en théorie, son exercice dans la pratique est largement illusoire.

S'agissant des effets des sanctions, le mécanisme de redistribution nécessiterait que l'État sanctionné taxe les bénéficiaires de la violation et distribue le produit de la taxe aux victimes des

¹³⁷⁹ ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE, *Rapport sur le commerce mondial 2008. Le commerce à l'heure de la mondialisation*, Genève, 2008, p. 165.

sanctions. Ceci est toutefois impossible, pour des raisons principalement politiques. Mais on peut aussi douter de la faisabilité d'une telle redistribution sur la base de considérations économiques et juridiques, sans compter les difficultés pratiques, notamment pour identifier ces bénéficiaires et ces victimes des sanctions et évaluer leurs gains et leurs dommages.

Il serait politiquement impossible d'imposer une taxe supplémentaire sur les bénéficiaires de la violation, qui sont généralement des entreprises d'une branche sensible de l'économie. À vrai dire, cela n'aurait aucun sens pour leur État de les protéger en violant les règles de l'OMC, puis de retirer cet avantage en leur imposant un nouvel impôt. Autant alors retirer la mesure protectionniste, ce qui réalise la mise en conformité au droit de l'OMC. D'ailleurs, ceux qui peuvent influencer les dirigeants d'un pays au point d'obtenir une protection contre les effets du commerce international sont aussi capables d'éviter que leur soient imposées des taxes internes complémentaires.

Si l'on suit la théorie ricardienne (*supra*, n° 209), l'augmentation des obstacles au commerce (la violation des règles de l'OMC) rend l'allocation des ressources moins efficiente, de sorte que les gains qu'elle procure à certains producteurs, et à l'État s'il s'agit d'un droit de douane, sont inférieurs aux pertes qu'elle induit. Les gains retirés de la violation ne suffisent donc pas à indemniser complètement les victimes de cette violation ; il faudrait pour cela puiser sur d'autres ressources de l'État, sauf à imaginer un mécanisme interétatique de réparation et à s'assurer de son exécution. C'est *a fortiori* le cas si l'État ne tire pas un profit de la violation, notamment lorsque la mesure illicite prend la forme d'un obstacle non tarifaire – ce qui est très fréquent¹³⁸⁰. Il faut encore ajouter à cela les effets économiques des sanctions, qui constituent un autre obstacle au commerce, avec des effets similaires, mais cette fois en sens inverse. On pourrait, certes, en se basant sur la nouvelle théorie du commerce international (*supra*, n° 208), imaginer des hypothèses où la violation des règles de l'OMC procure un gain net à l'État qui la décide, mais encore l'effet des sanctions viendrait-il très probablement annihiler ce gain, d'autant que ces sanctions sont un obstacle au commerce que l'État sanctionné n'a pas choisi. La situation se présente de manière symétrique dans l'État qui sanctionne. Tout ceci porte donc à croire que l'équilibre lorsque sont pratiquées une violation et des sanctions a toutes les chances d'être économiquement inférieur à celui qui résulte du respect des règles de l'OMC, de sorte

¹³⁸⁰ ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE, *Rapport sur le commerce mondial 2007. Soixante ans de coopération commerciale multilatérale : qu'avons-nous appris ?*, Genève, 2007, p. 294.

qu'il existe nécessairement, pour certains, une perte qui n'est pas compensée¹³⁸¹. Ceci demeurerait vrai même si le droit de l'OMC imposait à l'État défendeur de réparer le dommage subi par les ressortissants du plaignant.

Un mécanisme de redistribution explicite pourrait aussi susciter certaines objections juridiques. Elles tiennent d'une part à la réglementation des subventions. Le paiement qui compense une sanction serait nécessairement fait aux entreprises qui exportent (ou exportaient) leur production vers l'État infligeant la sanction. Ce type de paiement paraît à première analyse tomber sous le coup de l'article 3.1, a) SMC qui prohibe les « subventions subordonnées, en droit ou en fait, soit exclusivement, soit parmi plusieurs autres conditions, aux résultats à l'exportation ». On peut raisonnablement douter que le simple fait que le paiement compense une sanction (découlant elle-même d'une violation des Accords) exclue l'illicéité de la subvention aux yeux de l'institution au nom de laquelle la sanction est imposée (en l'espèce l'OMC). D'autre part, l'objection pourrait venir d'une application du principe de bonne foi dans l'exécution des Accords de l'OMC, à la lumière notamment de la jurisprudence *États-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd)*, qui portait sur des règles américaines qui ne sont pas sans similitudes avec le mécanisme imaginé ici. Dans cette affaire, l'Organe d'appel a condamné une mesure américaine consistant à reverser le produit des droits antidumping aux entreprises qui avaient initialement dénoncé le dumping à l'autorité américaine compétente. L'Organe d'appel a considéré en substance qu'il s'agissait d'une mesure contre le dumping autre qu'une des trois mesures limitativement autorisées par l'article VI.2 du GATT et l'Accord AD, ce qui n'était pas admissible au regard du droit de l'OMC¹³⁸². Ce sont ici les règles de libéralisation du commerce elles-mêmes qui s'opposent à la redistribution, de manière assez analogue d'ailleurs à la manière dont elles empêchent les États de secourir les « perdants » de la mondialisation (*supra*, n° 254).

Enfin, il est trop simple d'envisager les effets des restructurations économiques liées à une modification des règles commerciales internationales sous le seul angle des effets purement économiques. Lorsqu'un travailleur est licencié, il perd certes son revenu, ce qui peut être compensé par le salaire d'un autre travail ou par l'octroi d'une allocation de chômage. Sur le plan strictement financier, cette compensation n'est souvent que partielle. Mais il y a d'autres

¹³⁸¹ V. F. BREUSS, « Comment on chapter 20 – A general equilibrium interpretation of some WTO dispute settlement cases: four EU-US trade conflicts », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 504-505.

¹³⁸² Organe d'appel, *États-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention*, WT/DS217/AB/R et WT/DS234/AB/R, 16 janvier 2003, 265.

aspects. Si son nouvel emploi implique un déménagement, il perd aussi son inscription dans une communauté locale ; le chômage implique parfois une perte d'estime de soi, du stress ou de l'anxiété, etc. Parce qu'ils ne sont pas purement économiques, ces dommages sont souvent considérés, à tort, comme inexistantes pour les besoins de l'explication fondée sur la redistribution interne des gains du commerce international¹³⁸³.

275. L'impossibilité d'une redistribution indirecte

Indépendamment d'un mécanisme redistributif spécifiquement organisé par l'État, les victimes (de la violation ou de la sanction) pourraient obtenir indirectement cette redistribution par le biais de dommages et intérêts à charge de l'État qui a violé les règles de l'OMC. Sans examiner tous les détails, qui dépendent d'ailleurs des divers ordres juridiques internes, on peut admettre que les conditions générales classiques de l'action en responsabilité sont réunies : cet État a manqué à une obligation, ce qui a causé un dommage au demandeur.

Le plus souvent, cette question n'est même pas abordée, parce que le dommage subi par chaque victime individuelle est trop faible pour justifier qu'elle expose les coûts d'une action en justice. Il n'en va pas nécessairement de même des entreprises, dont certaines ont tenté de tenir la Communauté européenne responsable de la violation du droit de l'OMC. Ces actions ont été rejetées, en application de la jurisprudence bien établie par laquelle la Cour de justice n'admet pas que les particuliers invoquent devant elle les règles de l'OMC ni les décisions de l'ORD¹³⁸⁴. La Cour fonde sa décision sur des préoccupations institutionnelles liées à la répartition des compétences entre les organes de la Communauté¹³⁸⁵ et sur des considérations plus stratégiques liées à l'attitude des « partenaires les plus importants de la Communauté » sur cette même question de l'effet direct¹³⁸⁶. Mais elle ne peut ignorer que sa jurisprudence conduit inéluctablement à empêcher l'effet redistributif indirect visé par l'action en responsabilité¹³⁸⁷.

¹³⁸³ Sur cet aspect, v. R. HOWSE, « The legitimacy of the World Trade Organization », in J.-M. COICAUD et V. HEISKANEN (eds), *The legitimacy of international organizations*, New York, United Nations University Press, 2001, p. 364.

¹³⁸⁴ Par exemple, C.J.C.E., 30 septembre 2003, *Biret International*, C-93/02, *Rec.*, 2003, p. 10497 ; C.J.C.E., 9 septembre 2008, *FIAMM et FIAMM Technologies e.a. c. Conseil e.a.*, C-120/06 et C-121/06, *Rec.*, 2008, p. I-6513 ; T.P.I.C.E., 20 mars 2001, *Cordis c. Commission*, T-18/99, *Rec.*, 2001, p. II-913 ; T.P.I.C.E., 20 mars 2001, *Bocchi Food Trade International c. Commission*, T-30/99, *Rec.*, 2001, p. II-943 ; T.P.I.C.E., 20 mars 2001, *T. Port c. Commission*, T-52/99, *Rec.*, 2001, p. II-981 ; T.P.I.C.E., 12 juillet 2001, *T. Port c. Conseil*, T-2/99, *Rec.*, 2001, p. II-2093 ; T.P.I.C.E., 12 juillet 2001, *Banatrading c. Conseil*, T-3/99, *Rec.*, 2001, p. II-2123.

¹³⁸⁵ C.J.C.E., 23 novembre 1999, *Portugal c. Conseil*, C-149/96, *Rec.*, 1999, p. I-8395, 40 ; C.J.C.E., 1^{er} mars 2005, *Van Parys*, C-377/02, *Rec.*, 2005, p. I-1465, 48.

¹³⁸⁶ C.J.C.E., 23 novembre 1999, *Portugal c. Conseil*, C-149/96, *Rec.*, 1999, p. I-8395, 43 ; C.J.C.E., 9 septembre 2008, *FIAMM et FIAMM Technologies e.a. c. Conseil e.a.*, C-120/06 et C-121/06, *Rec.*, 2008,

Le règlement (CE) n° 2238/2003¹³⁸⁸ met en œuvre des mécanismes internes pour réparer des dommages subis par des personnes privées en raison d'une violation spécifique des règles de l'OMC, ce qui pour effet de contourner partiellement l'absence d'effet direct¹³⁸⁹. La loi antidumping américaine de 1916 prévoyait des sanctions civiles et pénales (notamment des « dommages et intérêts au triple »¹³⁹⁰) contre ceux qui pratiquaient le dumping dans leurs exportations vers les États-Unis. Dès lors que les États-Unis n'abrogeaient pas ces dispositions jugées contraires à l'Accord AD¹³⁹¹, le règlement européen prévoit, d'une part, que les décisions américaines appliquant la loi de 1916 ne seront pas reconnues ni exécutées dans la Communauté et, d'autre part, que les Européens qui auront dû faire des paiements ou exposer des frais sur la base de cette loi pourront, en Europe, recouvrer leurs dépenses à charge de la personne qui a, aux États-Unis, introduit la plainte contre le dumping, ou à charge de personnes qui lui sont liées. En somme, ce « règlement de blocage »¹³⁹² neutralise, pour les Européens, les effets de la législation américaine contraire au droit de l'OMC. Il ne s'agissait donc pas ici de compenser les effets des sanctions, mais de tenter d'annuler, dans le chef des personnes privées, ceux de la violation (aussi *supra*, n° 120).

En un sens, l'existence de ce règlement démontre la possibilité d'adopter des mesures internes qui réajustent la situation des personnes privées en fonction du comportement des États dans la sphère internationale, certes à charge des étrangers et au bénéfice des nationaux, ce qui est sans doute politiquement plus aisé. Mais la conformité de ce règlement au droit de l'OMC a été mise en doute notamment sur la base d'un raisonnement par analogie avec l'affaire de la *Loi sur*

p. I-6513, 119. *Comp. C.J.C.E.*, 26 octobre 1982, *Hauptzollamt Mainz c. C.A. Kupferberg & Cie KG*, 104/81, *Rec.*, 1982, p. 3641, 18.

¹³⁸⁷ V. O. BLIN, « Les sanctions dans l'Organisation mondiale du commerce », *J.D.I.*, 2008, p. 450-451.

¹³⁸⁸ Règlement (CE) n° 2238/2003 du Conseil du 15 décembre 2003 portant protection contre les effets de l'application de la loi américaine antidumping de 1916, ainsi que des actions fondées sur elle ou en découlant, *J.O.U.E.*, L 333, 20 décembre 2003, p. 1-2.

¹³⁸⁹ V. A. ANTONIADIS, « Unilateral Measures and WTO Dispute Settlement: An EC Perspective », *J.W.T.* 41(3), 2007, p. 617.

¹³⁹⁰ Règl. (CE) n° 2238/2003 du Conseil du 15 décembre 2003 portant protection contre les effets de l'application de la loi américaine antidumping de 1916, ainsi que des actions fondées sur elle ou en découlant, *J.O.U.E.*, L 333, 20 décembre 2003, p. 1-2, 3^e considérant.

¹³⁹¹ Groupe spécial, *États-Unis – Loi antidumping de 1916*, WT/DS136/R, 31 mars 2000 et Organe d'appel, *États-Unis – Loi antidumping de 1916*, WT/DS136/AB/R et WT/DS162/AB/R, 28 août 2000.

¹³⁹² *États-Unis – Loi de 1916 (CE) (article 22:6 – États-Unis)*, 3.16.

la compensation (Amendement Byrd)¹³⁹³, sans toutefois être examinée en tant que telle par les organes de règlement des différends¹³⁹⁴.

Une formule atténuée consisterait à soumettre l'État souhaitant sanctionner à des obligations *procédurales*, par lesquelles il devrait consulter les agents économiques impliqués avant de décider de la nature et de l'objet des sanctions. Ces obligations, analogues à celles qui s'appliquent lorsqu'il s'agit d'édicter des mesures sanitaires ou techniques, n'imposent aucune solution substantielle à l'État plaignant, mais pourraient l'inciter à tenir compte des intérêts en présence lorsqu'il décide d'appliquer des sanctions¹³⁹⁵. Tant les États-Unis¹³⁹⁶ que l'Union européenne¹³⁹⁷ ont déjà organisé des consultations avant d'imposer des sanctions, mais en dehors de toute obligation résultant des Accords de l'OMC.

276. Conclusion de la section 4

Les modèles classiques restreignent leur analyse aux États et présupposent leur égalité. Cette approche peut certes s'autoriser des principes du droit international public, mais son formalisme conduit à occulter deux questions qui ont une incidence certaine sur le fonctionnement du système de sanctions. D'une part, elle ne distingue pas les petits des grands États, et n'envisage pas les conséquences associées à la taille économique de l'État, notamment quant à ses possibilités concrètes de mettre en œuvre des sanctions crédibles. D'autre part, elle oublie que les bénéficiaires des violations du droit de l'OMC ne supportent pas le coût des sanctions, ni directement ni en vertu d'un système interne de redistribution. En outre, ceux qui subissent les sanctions n'ont pas accès à une action qui permettrait d'en reporter les coûts sur toute la

¹³⁹³ A. ANTONIADIS, « Unilateral Measures and WTO Dispute Settlement: An EC Perspective », *J.W.T.* 41(3), 2007, p. 623-624.

¹³⁹⁴ *États-Unis – Loi de 1916 (CE) (article 22:6 – États-Unis)*, 3.19, l'arbitre considérant que l'examen de la conformité de ce règlement au droit de l'OMC ne faisait pas partie de son mandat.

¹³⁹⁵ Pour une proposition en ce sens, R. MALACRIDA, « WTO retaliatory measures: the case for multilateral regulation of the domestic decision-making process », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 373-390.

¹³⁹⁶ S.D. ANDERSEN et J. BLANCHET, « The United States' experience and practice in suspending WTO obligations », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 235-237.

¹³⁹⁷ Note relative à la procédure de règlement des différends de l'OMC concernant le traitement fiscal appliqué par les États-Unis aux sociétés de vente à l'étranger – Commentaires demandés sur la liste des produits pouvant faire l'objet de contre-mesures, 2002/C 217/02, *J.O.C.E.*, C 217, 13 septembre 2002, p. 2-15 ; L. EHRING, « The European Community's experience and practice in suspending WTO obligations », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 248.

population. Si la présence d'une injustice se discute¹³⁹⁸, celle d'une question de justice est indubitable. Mais cette question ne peut être abordée que si l'on reconnaît la place qu'occupent les personnes privées dans le droit économique international.

Section 5 La réciprocité

277. Introduction

Cette dernière section est consacrée au principe de réciprocité. Au même titre que la théorie des avantages comparatifs, la réciprocité fait partie des concepts traditionnellement utilisés pour expliquer le fonctionnement du système de l'OMC. Notamment, le principe de réciprocité expliquerait à la fois la conclusion des accords commerciaux (qui reposeraient sur des concessions réciproques que se font les États) et la sanction de la violation de ceux-ci (la suspension de ces concessions).

On retrouve, à propos de la réciprocité, des problématiques déjà abordées plus haut. De manière nécessairement succincte, on montrera que, même si la réciprocité, entendue comme l'équivalence entre les concessions que les membres de l'OMC s'échangent mutuellement, explique certaines caractéristiques du système, le pouvoir explicatif de ce concept demeure partiel. En particulier, la réciprocité correspond davantage au discours politique sur l'OMC qu'à son fonctionnement juridique ou à sa justification économique ; elle résiste mal à une analyse qui prend en compte les opérateurs économiques privés ou l'effet de la réciprocité dans la durée.

278. Modèle de la réciprocité

La réciprocité¹³⁹⁹ a été invoquée lors des négociations successives qui ont façonné le système commercial international. Elle figure en bonne place dans le préambule de l'Accord de Marrakech, comme la « base » sur laquelle reposent l'accès aux marchés et la non-discrimination :

¹³⁹⁸ V. H. CULOT, « Une injustice des sanctions de l'OMC », in J. CHAISSE et T. BALMELLI (eds), *Essays on the Future of World Trade Organization, volume II : The WTO Judicial System : Contributions and Challenges*, Genève, Éditions Interuniversitaires Suisses – EDIS, 2008, p. 299-302.

¹³⁹⁹ V. C. FREUND, « Reciprocity in Free Trade Agreements », *World Bank Working Papers*, 3061, 20 May 2003, 35 p., www.worldbank.org (2 juill. 2003) ; J. BHAGWATI, *Going alone: The Case for Relaxed Reciprocity in Freeing Trade*, Cambridge (MA), MIT Press, 2002, 592 p. ; R.Z. LAWRENCE, *Crimes & Punishments? – Retaliation under the WTO*, Washington, Institute for International Economics, 2003, p. 21-25.

« *Désireuses* de contribuer à la réalisation de ces objectifs par la conclusion d'accords visant, sur une base de réciprocité et d'avantages mutuels, à la réduction substantielle des tarifs douaniers et des autres obstacles au commerce et à l'élimination des discriminations dans les relations commerciales internationales ».

Les Accords ne contiennent pas une définition précise de la réciprocité. Pour schématiser, on peut en retenir une acception souple et une définition stricte¹⁴⁰⁰.

Dans sa version souple, la réciprocité signifie que chaque État n'a accepté d'être soumis à des obligations commerciales qu'en considération des obligations acceptées par les autres États. Pour se référer aux classifications du droit civil, la réciprocité entendue en ce sens signifie que les Accords commerciaux sont des contrats synallagmatiques plutôt qu'unilatéraux. Cette forme de réciprocité est peu contraignante : elle est respectée dès que chaque État s'oblige, sans qu'on ne doive chercher à déterminer la valeur de son obligation.

La réciprocité au sens strict se comprend comme une équivalence entre l'augmentation des exportations et celle des importations qui résultent pour chaque État de l'exécution de l'Accord commercial. Il s'agit ici de calculer la « valeur commerciale » des obligations de chaque État, et de vérifier que cette valeur est identique pour les États en cause. En d'autres termes, un accord commercial est réciproque si, pour chaque État partie, il induit une modification des exportations égale à la modification des importations (en valeur)¹⁴⁰¹.

La réciprocité comme équivalence est fréquemment mise en avant comme l'un des principes de la négociation et du fonctionnement du système commercial multilatéral. Elle devrait donc trouver un fondement tant juridique qu'économique. Or, un tel fondement s'avère difficile à articuler avec les principes juridiques et économiques qui régissent le fonctionnement de l'OMC.

279. Réciprocité comme principe juridique ?

Sur le plan juridique, les États n'étaient pas tenus par une quelconque réciprocité au stade de la négociation des Accords, qu'il s'agisse de ceux du GATT de 1947 ou de l'OMC au cours du cycle de l'Uruguay. Aucune obligation de réciprocité n'existe pour les accords préalables à l'adhésion d'un nouveau membre. La déclaration de Doha prévoit, en faveur des pays en voie de développement et des pays les moins avancés et pour ce qui concerne l'accès aux marchés non

¹⁴⁰⁰ Pour la formulation classique de cette distinction, v. R.O. KEOHANE, « Reciprocity in international relations », *Int. Org.* 40(1), 1986, p. 4. Comp. A.C. SWAN, « "Fairness" and "Reciprocity" in International Trade: Section 301 and the Rule of Law », *Arizona Journ. Int. and Comp. L.* 16(1), 1999, p. 42-47.

¹⁴⁰¹ K. BAGWELL et R.W. STAIGER, « The WTO: Theory and Practice », *NBER Working Paper No. w15445*, October 2009, <http://www.nber.org/papers/w15445>, p. 19.

agricoles, une « réciprocité qui ne soit pas totale »¹⁴⁰². Dans les négociations, les critères de la réciprocité ne sont pas même définis. C'est ici le consensualisme qui prévaut : on présume qu'une réciprocité existe lorsque les parties aboutissent à un accord¹⁴⁰³, comme on présume, dans la théorie contractuelle classique, qu'un contrat représente l'intérêt bien compris de chacune des parties. Lorsque les pays développés ont renoncé, par l'article XXXVI.8 du GATT, à exiger une réciprocité dans leurs négociations avec les pays peu développés, il s'agissait, tout au plus, de s'interdire l'utilisation de ce type d'argument dans la négociation, mais non de déroger à une exigence juridique¹⁴⁰⁴, qui n'existait pas.

Certaines règles particulières semblent reposer sur un principe de réciprocité. Il s'agit principalement des dispositions relatives à la suspension de concessions, dans le domaine des sauvegardes, des sanctions ou des modifications des listes (respectivement articles XIX, XXIII et XXVIII du GATT et les dispositions y relatives des Annexes à l'Accord de Marrakech). Contrairement à la réciprocité envisagée au stade de la négociation des Accords, la règle d'équivalence reçoit ici le statut d'une véritable obligation juridique.

Mais un principe découle-t-il de ces dispositions ? On peut en douter. D'une part, ces règles ont pour objectif commun de maintenir l'équilibre d'origine¹⁴⁰⁵. Rien ne garantit que celui-ci était réellement réciproque, au sens fort du terme (équivalence des concessions), si bien qu'on n'est pas plus assuré du caractère réciproque des mesures de maintien. D'autre part, la portée concrète des trois dispositions en question, quand on les considère de manière plus précise, les éloigne du principe de réciprocité. Les États modifient rarement leurs listes de concessions unilatéralement, mais presque uniquement dans le cadre des cycles de négociations qui se concluent par un accord unanime excluant la suspension de concessions fondée sur l'article XXVIII GATT. En matière de sauvegardes, l'article 8.3 SG interdit toute suspension pendant les trois premières années d'application de la mesure, ce qui couvre en pratique la plupart des cas.

Finalement, la suspension de concessions intervient principalement à titre de sanctions mais, si on la fonde sur le principe de réciprocité, on peine alors à la réconcilier avec le caractère comminatoire des sanctions, qui est pourtant constamment réaffirmé par les arbitres. D'ailleurs,

¹⁴⁰² *Déclaration ministérielle*, adoptée le 14 novembre 2001, WT/MIN(01)/DEC/1, 20 novembre 2001, 16.

¹⁴⁰³ J.M. FINGER, « A diplomat's economics: reciprocity in the Uruguay Round negotiations », *W.T.R.* 4(1), 2005, p. 29 ; J.M. FINGER et L.A. WINTERS, « Reciprocity in the WTO », in B. HOEKMAN, A. MATTOO et P. ENGLISH (eds), *Development, Trade, and the WTO – A Handbook*, Washington DC, World Bank, 2002, p. 50.

¹⁴⁰⁴ V. aussi la disposition, moins forte, de l'article IV.3 AGCS.

¹⁴⁰⁵ J.M. FINGER, « A diplomat's economics: reciprocity in the Uruguay Round negotiations », *W.T.R.* 4(1), 2005, p. 29.

nonobstant la règle d'équivalence (*supra*, n^{os} 124 et s.), la réciprocité dans les sanctions s'avère aussi relever du mythe¹⁴⁰⁶. Une même mesure peut avoir des effets différents selon le secteur économique dans lequel elle est mise en œuvre. En outre, la violation des règles est généralement commise à l'encontre de tous les États membres, alors que seules les parties à la procédure peuvent pratiquer des sanctions. Enfin, les effets de ces sanctions, sous la forme de suspension d'obligations, sont rarement limités à l'État défendeur, mais ont une influence (indirecte) sur le commerce pratiqué par les États tiers¹⁴⁰⁷.

Dans une optique purement juridique, le principe de réciprocité ne paraît donc pas pouvoir être défendu de manière convaincante.

280. Réciprocité comme justification économique ?

La réciprocité est aussi difficile à réconcilier avec la théorie classique du libre-échange. Celle-ci enseigne en effet que lorsque l'ouverture d'un État au commerce international n'a pas d'impact sur les termes de l'échange, l'État a intérêt à adopter un régime de libre-échange, même si les autres États décident (irrationnellement, dans cette perspective) de demeurer protectionnistes (*supra*, n° 209). Dans ce contexte, l'idée d'une réduction réciproque et équivalente des obstacles douaniers n'a guère de sens. Si, par contre, les États peuvent influencer les termes de l'échange, il devient compréhensible qu'ils conviennent entre eux de réduire les droits de douane. Le modèle de K. Bagwell et R. Staiger (*supra*, n° 214) est basé sur cette idée, et il intègre explicitement la réciprocité comme le paramètre garantissant le caractère mutuellement avantageux de l'accord¹⁴⁰⁸, en ce qu'elle permet la libéralisation sans induire une modification des prix mondiaux¹⁴⁰⁹. D'autres auteurs ont complété cette théorie en montrant que les termes de l'échange ne sont pas seuls à rendre la conclusion de traités de commerce préférable à une libéralisation unilatérale, car la réciprocité permet d'obtenir la réduction des obstacles au

¹⁴⁰⁶ H. SPAMANN, « The Myth of "Rebalancing" Retaliation in WTO Dispute Settlement Practice », *J.I.E.L.* 9(1), 2006, p. 31-79.

¹⁴⁰⁷ F. BREUSS, « Comment on chapter 20 – A general equilibrium interpretation of some WTO dispute settlement cases: four EU-US trade conflicts », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 504.

¹⁴⁰⁸ K. BAGWELL et R.W. STAIGER, *The Economics of the World Trading System*, Cambridge (MA), London, MIT Press, 2002, p. 57-70.

¹⁴⁰⁹ K. BAGWELL et R.W. STAIGER, « An Economic Theory of GATT », *Amer. Econ. Rev.* 89(1), 1999, p. 217 ; K. BAGWELL et R.W. STAIGER, « The WTO: Theory and Practice », *NBER Working Paper No. w15445*, October 2009, <http://www.nber.org/papers/w15445>, p. 20.

commerce érigé par les États étrangers (qui, eux, ne sont pas convaincus du bien-fondé d'une libéralisation unilatérale)¹⁴¹⁰.

La difficulté d'expliquer la réciprocité dans le cadre de la théorie traditionnelle du libre-échange contraste avec la manière dont elle s'insère tout naturellement dans la théorie qui lui est opposée, à savoir le mercantilisme. Cette théorie définit la richesse nationale comme la quantité de monnaie accumulée (jadis, d'or et d'argent). Pour les tenants de cette théorie, il faut d'une part favoriser les exportations qui procurent des devises et d'autre part limiter les importations qui les font sortir du pays. On en arrive ainsi à résumer la doctrine en paraphrasant Orwell : « *Exports good, imports bad* ». Décrite par la plupart des économistes¹⁴¹¹, cette théorie, parfois présentée dans des formes un peu plus subtiles, reste intuitivement assez attractive, en ce qu'elle semble basée sur le principe de sens commun qu'il est toujours préférable, pour s'enrichir, de dépenser moins que ce qu'on gagne. D'où son succès :

« There is no inconsistency or ambiguity in the economic case for free trade; but policy-oriented economists must deal with a world that does not understand or accept that case. Anyone who has tried to make sense of international trade negotiations eventually realizes that they can only be understood by realizing that they are a game scored according to mercantilist rules, in which an increase in exports – no matter how expensive to produce in terms of other opportunities foregone – is a victory, and an increase in imports – no matter how many resources it releases for other uses – is a defeat. The implicit mercantilist theory that underlies trade negotiations does not make sense on any level, indeed is inconsistent with simple adding-up constraints; but it nonetheless governs actual policy. »¹⁴¹²

Les tenants de l'explication fondée sur le libre-échange rétorquent que la réciprocité fonctionne comme un leurre des partisans du libre-échange pour convertir ceux qui croient au mercantilisme. Au prix d'une explication plus subtile, elle est compatible avec les croyances des mercantilistes¹⁴¹³.

Indépendamment de ces questions théoriques, l'idée de réciprocité bute principalement sur un obstacle empirique : on peine à en retrouver une trace réellement opérationnelle dans les

¹⁴¹⁰ P. WONNACOTT et R. WONNACOTT, « What's the Point of Reciprocal Trade Negotiations? Exports, Imports, and Gains from Trade », *World Economy* 28(1), 2005, p. 1-20. Ces auteurs n'abordent cependant pas la question de l'équivalence des concessions réciproques.

¹⁴¹¹ Par exemple R. ROBERTS, « Why We Trade », *Foreign Policy*, November 2007, http://www.foreignpolicy.com/story/cms.php?story_id=4044 (26 novembre 2007).

¹⁴¹² P. KRUGMAN, « What Should Trade Negotiators Negotiate About? », *Journal of Economic Literature* 35(1), 1997, p. 114.

¹⁴¹³ K. BAGWELL et R.W. STAIGER, *The Economics of the World Trading System*, Cambridge (MA), London, MIT Press, 2002, p. 61-62.

négociations¹⁴¹⁴ ou dans leur résultat¹⁴¹⁵. Si une certaine équivalence a peut-être pu se vérifier dans les accords bilatéraux de l'entre-deux-guerres, voire dans les premières années du GATT¹⁴¹⁶, la multilatéralisation opérée par la clause de la nation la plus favorisée et le nombre croissant d'États membres, notamment, ont en tout cas rendu malaisée la vérification du respect de la réciprocité¹⁴¹⁷. Plus fondamentalement, la multilatéralisation empêche de maintenir une réciprocité stricte simultanément, pour chaque État, vis-à-vis de tous les autres États parties à la négociation. La nature des concessions échangées modifie aussi la compréhension qu'on peut avoir de la réciprocité, notamment lorsque les États, au-delà d'une simple réduction des droits de douane, négocient sur des « règles » (*infra*, n° 305) génératrices de rentes¹⁴¹⁸. Il en va notamment ainsi des droits intellectuels, pour lesquels on ne peut pas se contenter d'affirmer que leur meilleure protection (même uniformisée) produit des gains pour chaque État¹⁴¹⁹.

Les analystes et observateurs des négociations multilatérales notent d'ailleurs que les négociateurs ne tiennent pas compte des effets de l'accord en projet sur la balance commerciale

¹⁴¹⁴ J.M. FINGER, « A diplomat's economics: reciprocity in the Uruguay Round negotiations », *W.T.R.* 4(1), 2005, p. 33-34 ; H. JOUANJEAN, « La négociation et l'entrée en vigueur du Traité de Marrakech », in *La réorganisation mondiale des échanges*, Paris, Pedone, 1996, p. 37-45, où l'auteur expose les motifs de satisfaction des Communautés européennes par rapport aux objectifs qu'elles s'étaient fixés, mais sans faire référence à une forme de réciprocité. On trouve, par contre, de nombreux indices d'une réciprocité souple (J.M. FINGER et L.A. WINTERS, « Reciprocity in the WTO », in B. HOEKMAN, A. MATTOO et P. ENGLISH (eds), *Development, Trade, and the WTO – A Handbook*, Washington DC, World Bank, 2002, p. 53-55). V. aussi L.A. WINTERS, « Comment on chapter 6 », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 196, où l'auteur défend l'idée que, si les termes de l'échange n'étaient guère un enjeu explicite des négociations du GATT, il est possible que les négociateurs en aient tenu compte inconsciemment.

¹⁴¹⁵ J.M. FINGER et L.A. WINTERS, « Reciprocity in the WTO », in B. HOEKMAN, A. MATTOO et P. ENGLISH (eds), *Development, Trade, and the WTO – A Handbook*, Washington DC, World Bank, 2002, p. 56-57 ; C. VADCAR, « La réciprocité dans le système commercial international », *J.D.I.*, 2002, p. 777. *Contra* : K. BAGWELL et R.W. STAIGER, « The WTO: Theory and Practice », *NBER Working Paper No. w15445*, October 2009, <http://www.nber.org/papers/w15445>, p. 22 et les références citées.

¹⁴¹⁶ En ce sens, J.M. FINGER, « A diplomat's economics: reciprocity in the Uruguay Round negotiations », *W.T.R.* 4(1), 2005, p. 36.

¹⁴¹⁷ V. et comp. C. VADCAR, « La réciprocité dans le système commercial international », *J.D.I.*, 2002, p. 789-790 ; Th. SEBASTIAN, « World Trade Organization Remedies and the Assessment of Proportionality: Equivalence and Appropriateness », *Harvard Int. L. Journ.* 48(2), 2007, p. 370-374.

¹⁴¹⁸ Pour une description des « règles » (appelées *minimum standard entitlements*) et de leurs particularités par rapport aux « concessions », S. SCHROPP, « The equivalence standard under Article 22.4 of the DSU: a 'tariffic' misunderstanding? », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 453-454.

¹⁴¹⁹ J.M. FINGER, « A diplomat's economics: reciprocity in the Uruguay Round negotiations », *W.T.R.* 4(1), 2005, p. 36-37. V. aussi R. HOWSE, « The legitimacy of the World Trade Organization », in J.-M. COICAUD et V. HEISKANEN (eds), *The legitimacy of international organizations*, New York, United Nations University Press, 2001, p. 365 et s.

de leur État, sauf de manière relativement accessoire ou tardive¹⁴²⁰, et non exclusive¹⁴²¹. Le résultat effectivement atteint ne remplit pas non plus la condition de réciprocité¹⁴²². L'enjeu est plutôt d'obtenir des conditions favorables à l'expansion de certains secteurs de l'économie nationale, dans lesquels on peut croire à l'existence d'un avantage comparatif. En outre, les variations de la balance commerciale provoquées par la modification des règles du commerce international sont évidentes. L'entrée de la Chine dans l'OMC, par exemple, s'est accompagnée d'une modification profonde du niveau de sa balance commerciale avec certaines États occidentaux. Si l'on prend l'exemple des États-Unis, les exportations vers la Chine ont augmenté de 27,2 milliards USD en 2001 à 93,8 milliards USD en 2008, alors que les importations sont passées, sur la même période, de 114,5 milliards USD à 399,4 milliards USD¹⁴²³. Il est donc difficile de prétendre avoir négocié un accord « réciproque », à moins de reconnaître en même temps qu'on s'est lourdement trompé.

281. Réciprocité comme discours politique

Peu convaincante comme principe juridique ou comme justification économique, la réciprocité a, par contre, un succès indéniable dans le champ du discours politique. Celui-ci joue sur les intuitions du protectionnisme, parfois désignées en Amérique sous le nom de « *fair trade* » ou, chez ses détracteurs, de « *pop internationalism* »¹⁴²⁴. Il s'agit alors simplement de faire appel à un sentiment d'équité intuitif qui veut que tous les partenaires dans une négociation fassent un effort (considéré comme) équivalent, indépendamment des gains réalisés par chaque acteur.

Les entreprises cherchant à obtenir une protection contre la concurrence internationale et/ou à étendre leur champ d'action vers des marchés étrangers mobilisent aussi ce discours. Elles doivent convaincre l'État de freiner l'importation de certains produits ou de favoriser l'exportation de produits autres ou même identiques. Vu leur petit nombre et les montants en jeu pour chacune d'elles, ces entreprises sont généralement plus aptes et davantage incitées que les consommateurs à influencer les décisions politiques. Ce phénomène est renforcé par l'existence d'échanges commerciaux intrabranche. Pour les entreprises d'une telle branche

¹⁴²⁰ J.M. FINGER et L.A. WINTERS, « Reciprocity in the WTO », in B. HOEKMAN, A. MATTOO et P. ENGLISH (eds), *Development, Trade, and the WTO – A Handbook*, Washington DC, World Bank, 2002, p. 55-56.

¹⁴²¹ Th. SEBASTIAN, « World Trade Organization Remedies and the Assessment of Proportionality: Equivalence and Appropriateness », *Harvard Int. L. Journ.* 48(2), 2007, p. 372-373.

¹⁴²² J.M. FINGER, « A diplomat's economics: reciprocity in the Uruguay Round negotiations », *W.T.R.* 4(1), 2005, p. 34-36.

¹⁴²³ BUREAU OF ECONOMIC ANALYSIS, *U.S. International Transactions Accounts Data*, 16 septembre 2009, www.bea.gov (23 novembre 2009).

¹⁴²⁴ P.R. KRUGMAN, « What Do Undergrads Need To Know About Trade », *Amer. Econ. R.* 83(2), 1993, p. 23-26. V. aussi S. CHO, « The WTO's Gemeinschaft », *Alabama L. R.* 56(2), 2004, p. 508 et s.

d'activité, l'ouverture à la concurrence étrangère sous condition de réciprocité est directement compensée par la possibilité d'exporter davantage¹⁴²⁵.

Moins experts en économie, les consommateurs sont par ailleurs plus crédules face au discours « pop internationaliste ». Libéraliser le commerce international nécessite aussi de répondre à ceux qui y voient la cause du déclin de certains secteurs économiques et du chômage persistant en résultant.

Dans ce contexte, la réciprocité permet à chaque État de soutenir qu'il a certes accepté de réduire les droits de douane, mais qu'il n'a « rien perdu » – quoi que cela signifie – puisque les États étrangers en ont fait autant. D'un point de vue « pop internationaliste », la libéralisation paraît neutre. En termes d'emploi, elle laisse espérer l'accroissement de la demande de travail dans les secteurs d'exportation. Mercantiliste ou pas, l'argument de réciprocité est porteur politiquement¹⁴²⁶. Dans cette optique, l'équivalence sous-jacente à la réciprocité ne doit pas être mathématique : il suffit qu'elle paraisse plausible dans un discours politique.

Les sanctions, présentées comme une application du principe de réciprocité, trouvent aussi leur place dans ce discours. Si on a modifié par traité les conditions du commerce international en sorte que les importations et les exportations restent en principe au même niveau, une violation par un État des règles convenues doit logiquement s'accompagner d'une restriction de ses exportations pour un montant identique. C'est ainsi que, dans le cadre du GATT et de l'OMC, les sanctions ont souvent été présentées comme un moyen de rétablir l'équilibre des « concessions », c'est-à-dire des engagements tarifaires¹⁴²⁷. L'État victime d'une violation peut soutenir qu'il « reprend » la concession dans la mesure où l'avantage corrélatif lui a été ravi.

Ainsi, le succès de l'idée de réciprocité, si elle n'est indépendante ni des règles juridiques qui en font application, en apparence du moins, ni des raisonnements de l'économie internationale, s'explique surtout par son impact dans le champ politique. Ne pas considérer ce dernier, c'est se priver d'une compréhension réelle de la réciprocité.

¹⁴²⁵ J.M. FINGER et L.A. WINTERS, « Reciprocity in the WTO », in B. HOEKMAN, A. MATTOO et P. ENGLISH (eds), *Development, Trade, and the WTO – A Handbook*, Washington DC, World Bank, 2002, p. 54.

¹⁴²⁶ K.W. DAM, « Cordell Hull, the Reciprocal Trade Agreements Act, and the WTO », *New York University Journ. of Law and Business* 1, 2005, p. 712-713; F. PARISI et N. GHEI, « The Role of Reciprocity in International Law », *Cornell Int. L. Journ.* 36, 2003, p. 112.

¹⁴²⁷ Pour une défense nuancée de cette conception, v. R.Z. LAWRENCE, *Crimes & Punishments? – Retaliation under the WTO*, Washington, Institute for International Economics, 2003, spéc. p. 46-47. V. aussi la discussion du rôle des sanctions in S. CHARNOVITZ, « Rethinking WTO Trade Sanctions », *Amer. Journ. Int. L.* 95(4), 2001, p. 800-808.

282. Réciprocité, États et opérateurs économiques privés

La signification de la réciprocité envisagée dans les relations entre États se perd lorsqu'on analyse son impact au niveau des opérateurs économiques privés. Souvent, les entreprises gênées par une ouverture aux importations de l'étranger ne sont pas celles qui bénéficient de ces importations et/ou de l'ouverture aux échanges des marchés étrangers. Quant aux personnes physiques, qui ont à la fois la qualité de travailleur, d'actionnaire (indirect), de consommateur et de contribuable, mais toujours dans des proportions variables, il est difficile de déterminer l'effet qu'induit, pour elles, la libéralisation du commerce international ou, en sens inverse, les sanctions commerciales.

Cependant, cet effet n'est certainement pas identique pour tous. D'aucuns gagnent, d'autres perdent, dans des mesures variables. Sous cet angle, il n'y a pas de réciprocité qui tienne.

Il reste cependant que la condition « politique » d'obtenir une réciprocité pour libéraliser le commerce, jointe à l'action des lobbys d'exportateurs, est, dans la pratique, un moteur puissant de la libéralisation¹⁴²⁸.

283. Réciprocité et écoulement du temps

Quel que soit son bien-fondé théorique, la réciprocité est aussi à relativiser lorsqu'on tient compte de la réalité de l'écoulement du temps. Deux réflexions permettent de s'en rendre compte.

D'une part, les mécanismes de l'OMC basés sur la réciprocité n'ont pas d'effet rétroactif. C'est le cas des sanctions : elles ne peuvent être mises en œuvre (sans effet rétroactif) qu'après l'autorisation de l'ORD, qui n'intervient qu'au terme de la procédure judiciaire et du délai raisonnable de mise en conformité. Les accords conclus entre États litigants pour régler les problèmes de chronologie (*supra*, n° 77) renforcent encore cette règle, puisqu'ils prévoient que la question de la mise en conformité sera tranchée selon la procédure de l'article 21.5 MRD, avant l'imposition de sanctions. En conséquence, si les sanctions sont un rétablissement de la réciprocité, ce ne peut être qu'une réciprocité retardée, donc incomplète. Ce retard se retrouve aussi dans la matière des sauvegardes. L'article 8.3 SG interdit de suspendre des concessions pendant les trois premières années d'application de la mesure de sauvegarde, si la mesure est fondée sur une augmentation absolue (et non relativement à la production nationale) des importations.

¹⁴²⁸ F. PARISI et N. GHEI, « The Role of Reciprocity in International Law », *Cornell Int. L. Journ.* 36, 2003, p. 113.

D'autre part, rien ne garantit que la réciprocité qui existait éventuellement au moment de la conclusion de l'Accord subsiste pendant toute la durée d'exécution de celui-ci. Alors que les obligations restent figées, la situation économique évolue. Après quelques années, on ne peut certainement plus affirmer une équivalence entre les augmentations des importations permises, dans chaque État, par le maintien en vigueur de la concession. D'ailleurs, l'obligation a elle-même un impact sur la situation économique et sur l'évolution de différents secteurs de production dans les États impliqués. Ainsi, si même on pouvait concevoir une réciprocité au moment de la signature du traité, elle ne serait pas durable et perdrait son sens dans une perspective dynamique.

284. Conclusion du chapitre II

Ce chapitre visait à relativiser le pouvoir explicatif des théories traditionnellement utilisées pour rendre compte, tant en droit qu'en économie, des sanctions de l'OMC. Tout en étant contraint de sélectionner certains thèmes, on y a ainsi passé en revue une littérature abondante qui, au départ de différentes disciplines et de conceptions diverses, remet en cause les explications traditionnelles, sur certains points au moins.

Rappelons-en quelques enseignements, sans exhaustivité. L'action des États ne dépend pas de considérations purement juridiques ou exclusivement économiques. Dans la réalité, les deux domaines s'enchevêtrent ; mais ils sont aussi rejoints par des considérations d'autres ordres, notamment politiques. Ceci vient du fait que l'État ne prend pas des décisions sur la seule base de son intérêt considéré de manière isolée, mais dans le contexte plus général des relations internationales qui, à bien des égards, contraint sa décision (réputation, influence des organisations internationales, etc.). D'ailleurs, se limiter à considérer que l'État décide de son comportement est une forme de simplification qui tient trop peu compte de la *manière* dont un État prend une décision, ce qui dépend de mécanismes de gouvernance, formels et informels, internes et internationaux. Quant aux *effets* de cette décision, ils ne se produisent pas instantanément, mais dans la durée. Et surtout, ce sont moins des effets sur l'État que sur les personnes qui y sont rattachées, étant entendu que ce lien de rattachement n'est plus toujours univoque et que les personnes privées ne sont pas toutes affectées de la même manière.

Tout ceci, et d'autres éléments qu'il n'a pas été possible d'approfondir, permet de douter que les théories traditionnelles constituent une explication satisfaisante des sanctions telles qu'elles sont pratiquées dans la réalité. À tout le moins, ces éléments indiquent que les théories traditionnelles n'expliquent pas tout : si ces éléments jouent un rôle dans le fonctionnement des

sanctions, c'est que celles-ci ne peuvent être réduites à une relation bilatérale entre deux États poursuivant chacun un intérêt propre et monolithique.

285. Conclusion de la partie II

La justification classique des sanctions repose sur deux grandes théories, qui sont aussi utilisées, plus généralement, pour expliquer le fonctionnement du droit économique international. D'une part, ce système fait partie du droit international public, qui constitue le fondement juridique de son organisation en droit. Les sanctions de l'OMC peuvent donc aussi être rapprochées de celles du droit international général. D'autre part, en économie, l'OMC est fondée sur la théorie des avantages comparatifs, qui implique le démantèlement des obstacles au commerce. Si les sanctions de l'OMC paraissent à première vue contraires à cet objectif, elles peuvent lui être réconciliées grâce à la théorie des jeux (en particulier le mécanisme du *tit-for-tat*) ou au raisonnement de l'*efficient breach*.

Ces deux stratégies d'explication des sanctions ne sont ni inexactes, ni sans intérêt. Elles constituent en quelque sorte un passage obligé pour qui veut comprendre le fonctionnement des règles du commerce international, et en particulier de leurs sanctions. Mais ces explications sont insuffisantes : elles ne parviennent pas à intégrer divers paramètres dont l'observation attentive de la réalité montre qu'ils jouent pourtant un rôle non négligeable. Par exemple, elles isolent les aspects juridiques et économiques de la réalité politique, elles ne tiennent qu'imparfaitement compte des effets des sanctions sur les personnes privées et ont tendance à traiter comme instantané un processus qui, en réalité, se déploie dans le temps. Les théories classiques ne suffisent pas non plus pour évaluer la justice du système de sanctions.

Dans leur expression classique, les théories traditionnelles semblent alors formelles. Les tentatives d'adaptation proposées par la doctrine paraissent parfois alambiquées, *ad hoc* ou contradictoires.

Le projet de cette thèse n'est pas de remplacer les modèles classiques par un nouveau modèle qui les engloberait en palliant aussi toutes leurs insuffisances. Plus modestement, il s'agit de proposer un modèle supplémentaire, qui aborde les sanctions avec un autre éclairage et permet donc d'en apercevoir d'autres facettes.

Partie III – Perspective institutionnelle des sanctions de l'OMC

286. Introduction

Face aux insuffisances révélées par la partie précédente, cette partie propose de situer les sanctions de l'OMC dans une perspective institutionnelle. Cette perspective permet de donner aux sanctions un sens différent, qui établit une cohérence entre leurs objectifs et leurs caractéristiques, tels qu'ils résultent des développements jurisprudentiels et doctrinaux les concernant.

On ne comprend pas bien cette perspective institutionnelle si on restreint l'analyse aux sanctions proprement dites. Il faut insérer cet exposé dans une conception institutionnelle de l'OMC et, plus particulièrement, de son mécanisme de règlement des différends. Fondamentalement, on ne peut pas faire séparément l'analyse du caractère institutionnel de ces trois éléments – du plus général au particulier : OMC, règlement des différends et sanctions. D'une part, la perspective institutionnelle de l'OMC dans laquelle s'insèrent les conceptions institutionnelles du règlement des différends et des sanctions rend ces dernières plausibles et cohérentes : elles ne sont pas des phénomènes fortuits, conjoncturels ou inexpliqués, mais au contraire des éléments particuliers faisant partie, de manière cohérente, d'un tableau plus large. D'autre part, l'existence d'un système institutionnel de sanctions et de règlement des différends sont des éléments constitutifs, parmi d'autres, de la perspective institutionnelle de l'OMC en général. Montrer en quoi les sanctions et le règlement des différends ont des caractéristiques institutionnelles renforce donc la démonstration d'une perspective institutionnelle de l'OMC.

Nonobstant cette imbrication, une séparation se justifie pour organiser, donc clarifier, le propos. Aussi, cette partie est divisée en trois chapitres. On part d'une description institutionnelle du droit du commerce international (chapitre I) pour rétrécir progressivement l'angle de vision et étudier en second lieu l'institutionnalisation du règlement des différends (chapitre II) et enfin celle des sanctions (chapitre III).

L'objectif de cette partie reste évidemment de présenter une conception institutionnelle des sanctions de l'OMC. Mais les développements qui suivent ont une portée et un intérêt plus larges, en ce qu'ils contiennent aussi une description de l'OMC en général qui, sans être radicalement inédite, diverge sensiblement de celle qu'on lit habituellement et dont la teneur a été exposée dans la partie précédente.

Chapitre I ***Institutionnalisation du droit du commerce international***

287. Introduction

Pour comprendre le droit des relations internationales, le paradigme dominant, quoique déclinant, reste celui de la souveraineté étatique. Ce cadre d'analyse mène naturellement à considérer les États comme des « atomes », à envisager leurs relations réciproques sur le modèle du contrat et plus généralement à construire un système basé sur la volonté étatique. Comme on l'a vu, nombre d'auteurs utilisent ce cadre conceptuel, explicitement ou non, pour étudier le droit économique international, pour analyser et critiquer ses développements et pour suggérer des solutions aux problèmes pratiques (*supra*, n^{os} 168 et s.).

Face aux insuffisances de cette conception (*supra*, n^{os} 222 et s.), on propose ici une explication alternative du développement du droit économique international, en montrant l'existence d'un mouvement de recul du principe de la liberté des États à la faveur de la formation d'une structure institutionnelle organisant la société internationale dans le domaine commercial. Cette institutionnalisation s'est concrétisée dans les règles de l'OMC et trouve une expression forte dans son système de sanctions.

Le courant de pensée institutionnaliste n'est pas une nouveauté, tant en droit qu'en économie. Mais ce courant est pluriel et comprend en réalité plusieurs théories institutionnalistes développées par des auteurs d'époques et d'horizons divers. Ces théories convergent sur certains aspects – ce qui leur vaut de mériter leur nom –, mais diffèrent aussi substantiellement sur d'autres¹⁴²⁹. De la même manière, la notion d'institution sur laquelle elles se basent n'est pas toujours identique. On commencera donc par préciser dans quel sens on l'entend ici.

Précisons d'emblée l'objet et l'intérêt de l'argument. Lorsqu'on présente une conception institutionnelle de l'OMC, il ne s'agit évidemment pas de démontrer l'évidence que l'OMC est, en droit, une organisation internationale dotée de la personnalité juridique et, politiquement, un de ces lieux où se vivent les relations internationales. On pourrait comprendre le terme d'institution en ce sens (faible, au regard de celui défini *infra*), mais la démonstration en deviendrait trop aisée, voire futile ; et surtout, en répétant ce sur quoi tous s'accordent, elle ne mènerait pas à une compréhension meilleure de l'OMC et de ses sanctions. Ceci n'empêche pas, cependant, comme on le verra, que l'existence d'une organisation dotée de la personnalité

¹⁴²⁹ Pour un aperçu des différentes théories institutionnalistes en économie, B. CHAVANCE, *L'économie institutionnelle*, Paris, La Découverte, 2007, 119 p.

juridique, avec les conséquences que cela comporte, participe à la définition d'une institution dans un sens plus fort.

La conception institutionnelle défendue ici, même si elle trouve des soutiens dans la doctrine et dans la jurisprudence, n'est certainement pas partagée par tous. En particulier, l'idée d'une institution comme une structure détentrice d'un pouvoir sur ses membres ne représente pas l'approche majoritaire. Plus généralement, qu'il y ait dans l'OMC davantage que la formalisation et l'exécution d'un accord entre États membres n'est pas non plus une opinion communément défendue. Les implications de cette idée en termes, par exemple, de possibilité d'adaptation des règles et de signification du concept de réciprocité ne sont pas souvent mises en lumière ni explorées.

Ce chapitre décrit d'abord le phénomène de l'institutionnalisation (section 1). Après quelques considérations de méthode (§ 1), on définit la notion d'institution utilisée ici (§ 2), pour l'appliquer au droit économique international (§ 3). On confronte ensuite cette conception institutionnelle du droit économique international, d'une part, au débat sur le caractère bilatéral ou collectif des obligations du droit de l'OMC (§ 4) et, d'autre part, au concept de réciprocité, souvent considéré comme central en droit économique international, et qui pourrait paraître, à première vue, incompatible avec la théorie institutionnelle (§ 5).

Dans un deuxième temps, on examine les raisons qui expliquent l'institutionnalisation en décrivant les fonctions de l'institution (section 2). Celles-ci tiennent aux besoins de sécurité (§ 1), d'adaptation des règles (§ 2) et d'ouverture aux acteurs économiques (§ 3).

Section 1 Le phénomène de l'institutionnalisation

§ 1. Méthode utilisée pour définir l'institution, et ses conséquences

288. Méthode du faisceau d'indices

On démontrera l'existence d'une institution à partir de l'observation de plusieurs développements concordants, formant ensemble un faisceau d'indices. Inhérente à cette méthode est la difficulté méthodologique consistant, dans une certaine mesure, à présupposer ce qu'on cherche à démontrer, notamment parce qu'on tient pour preuve de l'institutionnalisation certaines de ses conséquences, ou qu'on présente et interprète certains

phénomènes dans une perspective elle-même institutionnelle¹⁴³⁰. Cette difficulté est sans doute inévitable, et se présenterait d'ailleurs de manière identique si l'on soutenait la thèse inverse.

289. Description de l'institution et du contrat

Définir l'institution passe par l'exposé d'un ensemble de traits qui lui sont caractéristiques. Lorsqu'ils sont rassemblés, ils donnent l'image d'un idéal-type d'institution, une sorte de modèle, auquel aucun mécanisme réel ne correspond parfaitement, mais qui peut servir d'étalon pour déterminer si les mécanismes du monde réel constituent, ou non, une institution.

Pour les institutionnalistes français sur les réflexions desquels notre analyse se base, les caractéristiques de l'institution s'opposent à celles du contrat. À nouveau, ce qu'on appelle « contrat » dans ce contexte n'est qu'un archétype du contrat, marqué aussi par la conception dominante à l'époque. Il ressemble à ce que C. Delforge décrit comme le contrat du Code civil, qu'elle appelle aussi « contrat classique » et qu'elle rapproche de la « transaction discrète » de I. Macneil¹⁴³¹, pour faire ensuite apparaître un contraste avec le contrat à long terme ou « relationnel »¹⁴³².

Opposer institution et contrat est forcément réducteur (*infra*, n^{os} 290-291) ; mais cette opposition a aussi la vertu de mieux mettre en relief, par contraste avec celles du contrat, les caractéristiques de l'institution. À cette unique fin, sans vouloir sacraliser les concepts ni résoudre toutes les controverses entourant les analyses institutionnelles du droit, on propose d'utiliser les grands traits de la distinction contrat / institution – à laquelle on ne peut certes pas réduire la pensée d'Hauriou ni la réflexion institutionnaliste¹⁴³³ – et de l'appliquer à l'OMC, pour affiner notre compréhension du mécanisme des sanctions.

290. L'opposition entre contrat et institution doit être relativisée

Plutôt que de constituer deux catégories fermées dans l'une desquelles il faudrait colloquer tout mécanisme juridique, contrat et institution forment deux pôles d'un *continuum*.

« Entre l'«institutionnel» et le «contractuel», il n'y a pas de frontière fixe : la théorie de l'institution s'insinue trait par trait dans les matières juridiques gouvernées par le principe contractuel ; il y a un

¹⁴³⁰ Pour un exemple, v. *infra*, n° 383.

¹⁴³¹ I.R. MACNEIL, « Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law », *Northwestern University L.R.* 72, 1978, p. 854-905

¹⁴³² C. DELFORGE, *La spécificité des contrats à long terme entre firmes*, Thèse, Université catholique de Louvain, 2006, p. 18 et s., 501 et s.

¹⁴³³ V. I. CORBISIER, *La société : contrat ou institution ?*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 172-173.

écoulement en pente douce du “contractuel” vers l’“institutionnel”, et il se produit également parfois des reflux de l’“institutionnel” vers le “contractuel” »¹⁴³⁴.

On peut situer un mécanisme particulier sur ce *continuum* en analysant ses caractéristiques et son fonctionnement, en sachant qu’il est improbable de n’y trouver que des traits institutionnels. C’est donc une image d’ensemble qu’il faut se forger. Ceci permet alors de décrypter sa « logique », son contexte, et les idées qui l’inspirent, et d’en déduire ensuite des enseignements quant aux aspects incertains de son fonctionnement ou quant à son évolution.

Plusieurs auteurs ont insisté sur la relativité de l’opposition entre contrat et institution. Par exemple, J.-T. Delos se demandait, dès les années 1930, si la théorie institutionnelle ne devait pas être considérée comme une théorie générale du droit et si, en conséquence, le contrat n’était pas une forme d’institution¹⁴³⁵ – ce qui était une manière de réduire l’opposition, et même de la supprimer. Bien plus tard, A. Supiot a montré, dans le domaine du droit social, la difficulté à distinguer nettement le rôle du contrat et celui de la loi (traditionnellement considérée comme un instrument de type institutionnel), en raison de l’existence de formes hybrides et d’une évolution dans l’utilisation de l’une ou l’autre techniques, qui peuvent d’ailleurs remplir partiellement les mêmes fonctions¹⁴³⁶.

C’est aussi l’occasion de remarquer que l’existence d’une institution n’implique pas l’exclusion du contrat. L’institution laisse une place importante aux mécanismes contractuels¹⁴³⁷. Tant en droit des sociétés qu’en droit public, on constate d’ailleurs que l’institution ne supprime pas les contrats, mais qu’elle a plutôt pour effet de les placer dans un autre cadre¹⁴³⁸. Ceci a notamment pour conséquence qu’on ne peut concevoir une opposition entre contrat et institution comme une forme de lutte dans laquelle les faiblesses du premier le mèneraient inéluctablement à la

¹⁴³⁴ G. RENARD, *La Théorie de l’Institution – Essai d’ontologie juridique*, Vol. I : Partie juridique, Paris, Sirey, 1930, p. 223-224. Adde : « Le “contractuel” et l’“institutionnel” se combinent et s’entrecroisent, et les nuances qui s’ensuivent forment une série continue » (*ibidem*, p. 420). Une idée similaire est aussi exprimée par J.-T. DELOS, « La théorie de l’institution. La solution réaliste du problème de la personnalité morale et le droit à fondement objectif », *Arch. philo. dr.* 1, 1931, p. 102-103. Plus récemment, et prenant appui sur les enseignements de la science économique, J.P. TRACHTMAN, « The Theory of the Firm and the Theory of the International Economic Organization: Toward Comparative Institutional Analysis », *Northwestern Journ. Int. L. & Business* 17(2/3), 1996/1997, p. 532 et s.

¹⁴³⁵ J.-T. DELOS, « La théorie de l’institution. La solution réaliste du problème de la personnalité morale et le droit à fondement objectif », *Arch. philo. dr.* 1, 1931, p. 132 et s. Aussi I. CORBISIER, *La société : contrat ou institution ?*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 193-194.

¹⁴³⁶ A. SUPIOT, « Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? », *Droit social*, 2003, p. 59-71.

¹⁴³⁷ Sur l’impossibilité de remplacer totalement le contrat par un mécanisme institutionnel, v. E. BROUSSEAU, « L’économiste, le juriste et le contrat », in *Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXI^e siècle*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 165-166.

¹⁴³⁸ V. par exemple l’article 510 C. Soc. concernant certaines conventions d’actionnaires.

défaite¹⁴³⁹. En réalité, contrat et institution coexistent et répondent à des besoins différents. Ainsi, une conception institutionnelle de l'OMC n'implique pas l'impossibilité ni la disparition des relations contractuelles entre États, pas plus d'ailleurs que constater l'existence de quelques caractéristiques contractuelles ne suffit à réfuter une analyse institutionnelle.

291. Une définition de l'institution, pas une étude du contrat en droit civil

Dans l'exposé qui suit, le contrat apparaît comme un anti-héros dont la présence se justifie surtout pour mieux faire ressortir les traits de ce qui lui est opposé.

Il n'est pas besoin d'être un spécialiste pour percevoir qu'on rencontre, dans la réalité, une grande variété de contrats, divers dans leur nature, leur fonction et leurs caractéristiques. Il n'y a pas qu'un contrat, comme il y a d'ailleurs diverses institutions. Le contrat dont on parle est un archétype et non la chose elle-même telle qu'on la rencontre dans la réalité.

Par ailleurs, la conception du contrat a évolué depuis la publication des écrits des institutionnalistes français. L'accord immuable et absolu des parties (qui d'ailleurs, n'était peut-être pas si absolu à l'époque) a fait une certaine place à la flexibilité, notamment par une application croissante du principe de bonne foi dans les relations contractuelles. On a aussi souligné l'erreur qui consiste à n'envisager la conclusion et l'exécution du contrat que comme des actes instantanés. L'une et l'autre sont souvent, au contraire, inscrites dans la durée, ce qui ne manque pas d'entraîner des conséquences théoriques et pratiques¹⁴⁴⁰. Sans surprise, ces mutations sont davantage perceptibles à l'examen de certains types de contrats, qui impliquent par exemple une collaboration de longue durée, et donc évolutive, entre les parties (contrats de travail, *outsourcing*, contrats de fourniture ou de collaboration à long terme, etc.). De ce point de vue, on peut dire que le contrat s'institutionnalise, ce qui n'est pas un paradoxe si l'on comprend bien, d'une part, que les contrats de la vie réelle, régis par le droit des contrats tels qu'il est actuellement conçu, ne sont pas la même chose que l'archétype du contrat que présentaient les institutionnalistes dans l'entre-deux-guerres ; et d'autre part que des institutions peuvent se créer à partir de contrats, et des mécanismes devenir institutionnels en gardant formellement leur fondement et leur appellation contractuels.

Tout ceci doit être reconnu, mais l'objet de nos développements n'est pas de le confirmer ni de l'infirmer. Ce qu'on dira du contrat se réfère à l'archétype qu'avaient en tête les

¹⁴³⁹ Sur cette question, I. CORBISIER, *La société : contrat ou institution ?*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 150 et s.

¹⁴⁴⁰ Sur ce thème, C. DELFORGE, *La spécificité des contrats à long terme entre firmes*, Thèse, Université catholique de Louvain, 2006, 506 p. et Fr. OST, « Temps et contrat. Critique du pacte faustien », *Ann. dr.*, 1999, p. 17-44.

institutionnalistes, et qui pourra paraître, au regard des développements contemporains, un peu caricatural. L'important dans ce qui suit est d'apercevoir les caractères de l'institution.

292. Description d'une évolution et de son résultat

Le terme « institution » vise autant l'action d'instituer que le résultat de cette action, même si le premier sens est plus rarement utilisé. La formation d'une institution n'est pas nécessairement instantanée ; le développement des caractéristiques institutionnelles peut être progressif.

A propos des organisations internationales, Ch. De Visscher écrivait ceci :

« Le problème essentiel que doit résoudre toute jurisprudence progressiste est celui d'une conciliation inéluctable entre les origines contractuelles de l'Organisation et son orientation irrésistiblement institutionnelle. Si enclin que l'on soit à envisager l'Organisation dans sa perspective d'avenir, dans sa dynamique, rien de solide ne peut se faire si, dans cette voie, on dépasse ce qu'autorise le degré de solidarité effective entre les États qui l'ont instituée. De cette solidarité, qui trouve son expression dans l'assentiment permanent des participants, dépend le sort de toute organisation internationale. »¹⁴⁴¹

On peut tirer de cette citation plusieurs idées importantes, dont celle qui met en exergue le rôle du juge dans le développement de l'institution (v. *infra*, n^{os} 334 et s.) et la nécessité de maintenir, au-delà du pouvoir institutionnel qui se développe, un consensus suffisant des membres qui est, pour l'organisation, la source de sa légitimité et donc une condition nécessaire de sa subsistance. On y trouve aussi l'idée, qu'on va quelque peu détailler ici, d'une évolution entre une origine contractuelle¹⁴⁴² et une « orientation irrésistiblement institutionnelle ».

M. Hauriou, déjà, reconnaissait la possibilité que « certaines situations, originellement contractuelles, [deviennent] institutionnelles »¹⁴⁴³, tout en gardant éventuellement la forme (mais non la substance) d'un contrat. Il s'agit notamment d'une adaptation permettant de faire face à l'imprévision¹⁴⁴⁴.

Dans la perspective retenue ci-dessus, l'idée qu'un contrat puisse évoluer vers une institution n'est pas étonnante. Les mécanismes du monde réel se situent, en fonction de leurs

¹⁴⁴¹ Ch. DE VISSCHER, « L'interprétation judiciaire des traités d'organisation internationale », *Rivista di diritto internazionale*, 1958, p. 187.

¹⁴⁴² L'utilisation du terme « contrat » est inhabituelle en droit international, où on lui préfère l'appellation de « traité ». Cela n'empêche pas, toutefois, qu'il y ait des traités de nature plus contractuelle ou plus institutionnelle, ce qui nous intéresse ici (*infra*, n^o 295).

¹⁴⁴³ J.A. BRODERICK, « La notion d'« institution » de Maurice Hauriou dans ses rapports avec le contrat en droit positif français », *Arch. philo. dr.* 13, 1968, p. 150. Dans le même sens, G. RENARD, *La Théorie de l'Institution – Essai d'ontologie juridique*, Vol. I : Partie juridique, Paris, Sirey, 1930, p. 434 et s.

¹⁴⁴⁴ J.A. BRODERICK, « La notion d'« institution » de Maurice Hauriou dans ses rapports avec le contrat en droit positif français », *Arch. philo. dr.* 13, 1968, p. 151.

caractéristiques, quelque part sur le *continuum* entre le pôle contractuel et le pôle institutionnel ; il est fort possible qu'au gré de réformes juridiques ou de mutations politiques, leurs caractéristiques évoluent, ce qui les fait glisser vers un pôle ou vers l'autre. Rien n'impose toutefois que cette évolution se fasse nécessairement vers le pôle institutionnel même si souvent, comme l'observe Ch. De Visscher, les organisations internationales trouvent leur origine dans un traité conçu dans une perspective plutôt contractuelle et développent ensuite, au fil du temps, des caractéristiques institutionnelles.

Nous plaçons la discussion dans une telle perspective diachronique. La description des caractéristiques typiques du contrat et de l'institution montrera que l'OMC et, plus particulièrement, son règlement des différends, ont perdu plusieurs traits du contrat pour acquérir ceux de l'institution. Il s'agit donc de montrer comment s'est concrétisée l'« orientation irrésistiblement institutionnelle » dans le cas de l'OMC, sans nier ses « origines contractuelles ». Pour mieux distinguer ce processus du résultat auquel il a abouti, on se propose d'appeler le premier « institutionnalisation » et de réserver le terme d'« institution » pour le résultat. Pour nous, l'existence d'une évolution institutionnelle n'implique pas, à ce stade, de jugement de valeur à son sujet¹⁴⁴⁵, même si on exposera plus loin en quoi une perspective institutionnelle permet d'apporter de meilleures réponses à plusieurs défis que l'OMC rencontre.

Cette perspective diachronique implique plusieurs conséquences.

Premièrement, cette évolution apparaît, lorsqu'on la regarde de loin, comme un mouvement globalement orienté dans une direction claire. Mais cette évolution s'est faite, en grande partie, au travers de « sauts » discrets, résultant de divers événements et de modifications mineures, insignifiants lorsqu'on les considère isolément. Vu de près, le mouvement d'institutionnalisation est « erratique » ; il avance par à-coups, s'arrête, et parfois même recule. Ceci étant, l'institutionnalisation est aussi marquée par des actes importants, constitutifs d'étapes majeures dont la succession rythme l'évolution. Parmi ceux-ci, la signature de l'Accord de Marrakech revêt une importance particulière, notamment, comme on verra, parce qu'elle a formalisé l'existence d'une organisation internationale dotée de la personnalité juridique (élément important, mais auquel l'institution ne se réduit pas), renforcé le mécanisme de règlement des différends et rendu les sanctions plus effectives. L'Accord de Marrakech n'est toutefois qu'une étape dans l'évolution. Il ne peut être considéré comme un aboutissement (comme si l'institutionnalisation

¹⁴⁴⁵ *Contra* : G. RENARD, *La Théorie de l'Institution – Essai d'ontologie juridique*, Vol. I : Partie juridique, Paris, Sirey, 1930, p. 442, pour qui un glissement vers le contractuel « dénote habituellement un malaise », alors que le mouvement inverse est signe de « progrès ».

étant alors complète, le mouvement avait cessé à ce moment), ni comme un point de départ (comme si l'institutionnalisation n'avait pas commencé avant 1994). Dans les développements qui suivent, on montrera le caractère institutionnel de l'OMC d'aujourd'hui, en tentant de faire ressortir l'importance des changements introduits par l'Accord de Marrakech tout en situant celui-ci par rapport à ce qui l'a précédé et suivi.

Deuxièmement, il existe toujours au sein (du droit) de l'OMC des mécanismes plus proches du pôle contractuel. Le mouvement d'institutionnalisation n'a pas atteint tous les recoins de la matière et la structure plus institutionnelle d'aujourd'hui laisse une certaine place aux techniques qui s'apparentent au contrat. Nous voulons montrer que le système de l'OMC perd petit à petit ses caractères contractuels pour acquérir ceux de l'institution. Il est donc normal que l'institutionnalisation de l'OMC ne produise pas, dès à présent, toutes les conséquences *juridiques* qui pourraient être les siennes. Ceci signifie aussi que, à chaque moment du temps, le système n'est pas parfaitement cohérent. Au contraire, les règles restent fortement marquées par leur histoire, d'autant que leur modification formelle est peu aisée. Le texte ne correspond plus toujours au contexte car, depuis l'adoption du texte, le contexte a évolué. Cette dépendance historique et le caractère erratique de l'évolution expliquent en partie les tensions qui traversent le droit de l'OMC.

Troisièmement, l'idée est de décrire une tendance de long terme, au-delà d'éléments particuliers qui pourraient être considérés comme un affaiblissement de l'institution. De tels éléments existent, mais ils ne nous semblent pas suffisamment nombreux et reliés entre eux de manière cohérente pour invalider notre hypothèse. Ceci étant, il faut honnêtement reconnaître que la description d'une évolution à si long terme, qui n'est pas irréversible et qui, par certains aspects, semble si ambiguë, ne peut s'affranchir totalement de conceptions normatives de son auteur : la perception, de l'intérieur, de l'évolution d'un monde dépend en partie de la direction qu'on souhaiterait le voir prendre. D'autres auteurs pourraient décrire les mêmes phénomènes dans une autre perspective ; ils insisteraient probablement sur d'autres aspects, dont on ne nie pas ici l'existence. Le texte de ce chapitre fera ainsi apparaître des nuances, sans toutefois qu'elles soient suffisantes pour remettre en cause l'idée d'institutionnalisation.

§ 2. *Notion d'institution*

293. Les institutionnalistes et leur description de l'institution

En France, au début du XX^e siècle, un important mouvement doctrinal s'est attaché à l'étude des institutions en droit. Pour M. Hauriou,

« Les grandes lignes de cette nouvelle théorie sont les suivantes : une institution est une idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social ; pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure des organes ; d'autre part, entre les membres du groupe social intéressé à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglées [sic] par des procédures. »¹⁴⁴⁶

Ou pour reprendre l'expression d'un auteur postérieur, qui réfléchit à la naissance de l'État :

« Qu'est-ce qu'une institution, en effet, sinon une entreprise au service d'une idée et organisée de telle sorte que l'idée étant incorporée dans l'entreprise, celle-ci puisse disposer d'une puissance et d'une durée supérieures à celles des individus par lesquels elle agit ? »¹⁴⁴⁷

Les institutions – qui se divisent en institutions-personnes (personnes morales) et institutions-choses (règles et pratiques) – « sont fondamentalement une "idée" ou un ensemble d'"idées directrices" dans lesquelles les membres communient »¹⁴⁴⁸, autrement dit une « idée d'œuvre », l'idée d'une œuvre à réaliser, qui est à la fois un but à atteindre et les moyens pour y parvenir¹⁴⁴⁹. L'idée est un « programme d'action » plus qu'un « résultat » ou une fonction¹⁴⁵⁰. Elle « possède une existence objective »¹⁴⁵¹, qui lui permet de subsister indépendamment du groupe d'individus qui s'emploient à la réaliser.

L'importance de ce groupe ne doit cependant pas être sous-estimée. C'est au nom de corps social qu'agissent les organes de l'institution, en vertu du régime représentatif. Les organes exercent une autorité, en vue de la réalisation de l'idée d'œuvre qu'ils partagent avec les membres du groupe qu'ils dirigent¹⁴⁵². C'est aussi l'idée d'œuvre qui est au centre des « manifestations de communion ». À ce moment, par exemple lors de grandes réunions ou

¹⁴⁴⁶ M. HAURIU, « La théorie de l'institution et de la fondation (essai de vitalisme social) », in *La Cité moderne et les Transformations du Droit*, Paris, Bloud & Gay, 1925, p. 10.

¹⁴⁴⁷ G. BURDEAU, *L'État*, Paris, Seuil, 1970, p. 30.

¹⁴⁴⁸ J.A. BRODERICK, « La notion d'« institution » de Maurice Hauriou dans ses rapports avec le contrat en droit positif français », *Arch. philo. dr.* 13, 1968, p. 156.

¹⁴⁴⁹ E. MILLARD, « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et société* 30-31, 1995, p. 393. Sur la distinction entre l'idée et le but, notamment en ce que la première est interne à l'institution (et non imposée de l'extérieur) et dynamique, G. GURVITCH, « Les idées-maîtresses de Maurice Hauriou », *Arch. philo. dr.* 1, 1931, p. 177-178.

¹⁴⁵⁰ M. HAURIU, « La théorie de l'institution et de la fondation (essai de vitalisme social) », in *La Cité moderne et les Transformations du Droit*, Paris, Bloud & Gay, 1925, p. 13.

¹⁴⁵¹ M. HAURIU, « La théorie de l'institution et de la fondation (essai de vitalisme social) », in *La Cité moderne et les Transformations du Droit*, Paris, Bloud & Gay, 1925, p. 15.

¹⁴⁵² M. HAURIU, « La théorie de l'institution et de la fondation (essai de vitalisme social) », in *La Cité moderne et les Transformations du Droit*, Paris, Bloud & Gay, 1925, p. 18-19 ; E. MILLARD, « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et société* 30-31, 1995, p. 394.

d'assemblées, « l'idée passe momentanément à l'état subjectif en des milliers de consciences qui s'unissent en elles »¹⁴⁵³. Une entente entre les individus est ainsi réaffirmée.

Les institutionnalistes décrivaient souvent les caractéristiques de l'institution en les opposant à celles du contrat (ou plutôt de l'idée qu'ils se faisaient d'un archétype de contrat)¹⁴⁵⁴.

Pour Hauriou, l'institution se caractérise par sa vocation à la permanence. Elle est « faite pour durer »¹⁴⁵⁵, alors que le contrat s'éteint avec l'exécution des obligations qu'il contient¹⁴⁵⁶. L'institution est généralement plurilatérale, alors que le contrat est classiquement de nature bilatérale. Enfin, l'institution est source de « droit réel », c'est-à-dire d'un droit objectif s'imposant à la généralité des membres, alors que le contrat crée des « obligations » qui ne lient subjectivement que ceux qui les ont personnellement acceptées¹⁴⁵⁷. Hauriou cite encore d'autres caractéristiques que l'on peut qualifier de conséquences des précédentes. Ainsi, n'étant pas soumise à la résolution, l'institution est plus stable que le fragile contrat. Dans le même temps, l'institution est plus souple, en ce sens qu'elle s'adapte plus facilement à l'évolution que le contrat, que les institutionnalistes décrivent comme « rigide » notamment parce qu'il ne peut être modifié qu'à l'unanimité des parties. Limité par la relativité, le contrat ne peut obliger les tiers, contrairement à l'institution¹⁴⁵⁸.

¹⁴⁵³ M. HAURIOU, « La théorie de l'institution et de la fondation (essai de vitalisme social) », in *La Cité moderne et les Transformations du Droit*, Paris, Bloud & Gay, 1925, p. 20. Sur la « relation entre l'objectif et le subjectif » chez Hauriou, E. MILLARD, « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et société* 30-31, 1995, p. 394. Sur les manifestations de communion, *ibid.*, p. 397 ; J.-T. DELOS, « La théorie de l'institution. La solution réaliste du problème de la personnalité morale et le droit à fondement objectif », *Arch. philo. dr.* 1, 1931, p. 103-104.

¹⁴⁵⁴ Outre Hauriou et Renard, cités ci-après, v. par exemple G. MORIN, « Vers la révision de la technique juridique. Le concept d'institution », *Arch. philo. dr.* 1, 1931, p. 78 et s.

¹⁴⁵⁵ Selon les mots de G. RENARD (*La Théorie de l'Institution – Essai d'ontologie juridique*, Vol. I : Partie juridique, Paris, Sirey, 1930, p. 364). Aussi M. HAURIOU, « La théorie de l'institution et de la fondation (essai de vitalisme social) », in *La Cité moderne et les Transformations du Droit*, Paris, Bloud & Gay, 1925, p. 41, qui ajoute « longtemps » ; E. MILLARD, « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et société* 30-31, 1995, p. 384 (« une forme sociale établie dans la durée »).

¹⁴⁵⁶ J.A. BRODERICK, « La notion d'« institution » de Maurice Hauriou dans ses rapports avec le contrat en droit positif français », *Arch. philo. dr.* 13, 1968, p. 149.

¹⁴⁵⁷ Comme le note I. Corbisier, cette distinction a quelque chose d'obscur, mais elle semble renvoyer au rôle des volontés des parties qui, dans le contrat, se rencontreraient sur une base égalitaire pour s'accorder sur le contenu des obligations, alors que, dans une institution, le contenu des normes serait l'œuvre d'un pouvoir (*La société : contrat ou institution ?*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 153-155).

¹⁴⁵⁸ J.A. BRODERICK, « La notion d'« institution » de Maurice Hauriou dans ses rapports avec le contrat en droit positif français », *Arch. philo. dr.* 13, 1968, p. 157.

G. Renard s'inspire largement d'Hauriou. Réaffirmant que « l'institution est l'intégration d'une idée »¹⁴⁵⁹, il souligne que les institutions comportent une dimension d'intimité, d'autorité et d'objectivité. L'autorité, exprimant une hiérarchie, contraste avec l'égalité des parties au contrat. Elle émerge pour réaliser l'idée collective, en prenant des décisions qui s'imposent aux membres de l'institution¹⁴⁶⁰. L'objectivité explicite l'expression de « source de droit réel » : l'institution crée un régime « statutaire » ou objectif, donc plus flexible, qui ne peut être assimilé aux droits subjectifs, plus rigides, résultant du contrat. Les « plus vigoureuses des institutions » sont appelées personnes morales¹⁴⁶¹.

Renard offre un résumé de sa pensée :

« Le contrat n'engendre point un *être* (...). De là suit un long cortège de conséquences : Simple relation, le contrat ne produit d'effet qu'entre les parties ; mais tout être, par cela seul qu'il existe, s'impose aux tiers comme à ses auteurs : l'être juridique, l'institution aussi bien que la personne humaine.
Le contrat se dénoue comme il est formé, l'institution échappe à ses fondateurs, elle est irrévocable.
Le rapport issu du contrat, l'obligation, est un lien précaire : toute obligation est destinée à s'éteindre par le paiement ; l'institution est faite pour durer, à la limite pour se perpétuer.
Le contrat est incommutable ; l'institution s'adapte.
L'égalité est la loi du contrat, la hiérarchie est la loi de l'institution.
Le contrat est un rapport subjectif de personne à personne ; les rapports institutionnels sont objectifs et statutaires »¹⁴⁶².

Il y a là une description évidemment caricaturale du contrat ; elle l'était sans doute déjà à l'époque, et elle paraît d'autant plus dépassée aujourd'hui. On sait par exemple que l'effet externe des contrats est opposable aux tiers, et que le développement du principe de l'exécution de bonne foi des conventions impose de relativiser fortement l'idée d'un contrat rigide, non susceptible d'adaptations. La recherche en droit des sociétés commerciales et des entreprises a aussi grandement contribué à affiner la compréhension des rapports entre contrat et institution, montrant par exemple comment sont conciliables une origine contractuelle et une vie institutionnelle, comment la conception institutionnelle dépasse la relativité du contrat pour inclure différentes parties prenantes (*stakeholders*) et en quoi l'organe n'est pas réductible à un cocontractant.

¹⁴⁵⁹ G. RENARD, *La Théorie de l'Institution – Essai d'ontologie juridique*, Vol. I : Partie juridique, Paris, Sirey, 1930, p. 257. L'auteur utilise aussi le terme d'« organisation de l'idée ».

¹⁴⁶⁰ V. J.-T. DELOS, « La théorie de l'institution. La solution réaliste du problème de la personnalité morale et le droit à fondement objectif », *Arch. philo. dr.* 1, 1931, p. 104.

¹⁴⁶¹ G. RENARD, *La Théorie de l'Institution – Essai d'ontologie juridique*, Vol. I : Partie juridique, Paris, Sirey, 1930, p. 233. Pour cet auteur, la personnalité morale relève de la fiction.

¹⁴⁶² G. RENARD, *La Théorie de l'Institution – Essai d'ontologie juridique*, Vol. I : Partie juridique, Paris, Sirey, 1930, p. 363 et s. V. aussi *ibidem*, p. 405.

Mais comme on l'a dit plus haut, l'important est de retirer de ces passages une définition de l'institution, pas du contrat, sans s'étonner par ailleurs de ce que certains contrats présentent des caractéristiques institutionnelles.

294. Caractères de l'institution

En y ajoutant nos propres réflexions, on aboutit à la description suivante de l'institution. On montrera plus loin (*infra*, n^{os} 297 et s.), parfois avec des nuances, que ces caractères se retrouvent dans l'OMC.

Typiquement, l'institution implique plusieurs personnes. Sa nature est multilatérale. Elle est destinée à régler, dans la durée, un ensemble complexe de relations entre ses membres, en vue d'un objectif déterminé¹⁴⁶³.

D'autres caractéristiques découlent de ces prémisses. Il y a dans l'institution une « volonté collective » qui ne se réduit pas au consentement unanime des parties. Dans la pratique, la possibilité d'adopter à la majorité, ou selon des règles moins contraignantes encore, des décisions qui obligent tous les membres, est un caractère institutionnel¹⁴⁶⁴. Ce mode simplifié de modification des règles communes est rendu nécessaire par la durée de l'institution, qui l'expose à des modifications de circonstances, en présence de nombreuses parties dont on ne peut raisonnablement attendre qu'elles s'accordent dans un délai suffisamment bref. De là provient l'aspect dynamique de l'institution (flexibilité), alors que le contrat est davantage caractérisé par sa rigidité.

L'attribution de la personnalité morale est une caractéristique de l'institution juridique. La personnalité juridique est utile à l'institution pour subsister dans la durée et pour représenter la volonté collective de manière indépendante de celle des membres. Elle implique la présence d'organes, chargés de la révéler et de la mettre en œuvre.

Dans un contrat, les parties, considérées comme égales et décidant à l'unanimité, font prévaloir leur intérêt personnel. En présence d'une institution, les membres acceptent de réduire leur pouvoir en en déléguant une partie à l'institution qui acquiert alors une forme d'autonomie par

¹⁴⁶³ Pour une description largement similaire : J.P. TRACHTMAN, « The Theory of the Firm and the Theory of the International Economic Organization: Toward Comparative Institutional Analysis », *Northwestern Journ. Int. L. & Business* 17(2/3), 1996/1997, p. 499.

¹⁴⁶⁴ V. M. HAURIOU, « La théorie de l'institution et de la fondation (essai de vitalisme social) », in *La Cité moderne et les Transformations du Droit*, Paris, Bloud & Gay, 1925, p. 38 et s ; G. MORIN, « Vers la révision de la technique juridique. Le concept d'institution », *Arch. philo. dr.* 1, 1931, p. 79-81.

rapport à ses membres¹⁴⁶⁵. *A fortiori* lorsqu'elle est personnifiée et représentée par des organes distincts des membres, l'intérêt de ceux-ci passe au second plan pour faire place à celui de l'institution¹⁴⁶⁶. Cet aspect a été particulièrement étudié en droit des sociétés, où l'on parle d'« intérêt social » pour désigner l'intérêt de la personne morale elle-même, par opposition aux intérêts individuels de ses membres (les actionnaires). Les avis divergent sur le périmètre des intérêts qui peuvent, ou doivent être pris en compte, la réponse pouvant aussi varier selon la question à trancher. Dans certaines conceptions, ce périmètre peut inclure les intérêts des actionnaires futurs, mais aussi des travailleurs, des fournisseurs, des clients, et même de la collectivité politique au sein de laquelle la société exerce son activité¹⁴⁶⁷. Quoi qu'il en soit de la définition exacte de ces intérêts, les membres se retrouvent ainsi subordonnés aux intérêts de l'institution qu'ils ont créée.

Le contrat est centré sur les parties. L'institution, pourtant souvent créée par contrat, s'en détache.

« Toutes les fois que d'un contrat, d'un pacte, d'un traité résulte la création d'un corps constitué quelconque, il convient d'admettre qu'une opération de fondation s'est mêlée à l'opération contractuelle. »¹⁴⁶⁸

Dans ce contexte, M. Hauriou cite comme exemples la société commerciale, l'association sans but lucratif (loi française de 1901) et les États créés par les traités de paix qui ont suivi la Première Guerre mondiale. Une fois qu'elle existe, l'institution bénéficie d'une autonomie lui permettant de s'intéresser à des tiers. L'institution est ainsi capable de conférer des droits aux tiers, et parfois à leur imposer des obligations. Ses règles internes peuvent être opposables aux tiers, contrastant avec l'inopposabilité des effets internes du contrat (p. ex. art. 76 C. Soc.). On peut d'ailleurs dire que les effets externes de ce dernier revêtent pour les tiers un aspect institutionnel, en ce que le contrat « est appelé à s'intégrer dans le commerce juridique et qu'à ce titre, il constitue une réalité sociale qui s'impose aussi aux tiers »¹⁴⁶⁹ – ce qui n'apparaissait

¹⁴⁶⁵ J.P. TRACHTMAN, « The Theory of the Firm and the Theory of the International Economic Organization: Toward Comparative Institutional Analysis », *Northwestern Journ. Int. L. & Business* 17(2/3), 1996/1997, p. 481.

¹⁴⁶⁶ Par ex. art. 245, al. 1^{er}, TFUE : « Les membres de la Commission s'abstiennent de tout acte incompatible avec le caractère de leurs fonctions. Les États membres respectent leur indépendance et ne cherchent pas à les influencer dans l'exécution de leur tâche. »

¹⁴⁶⁷ A. FRANÇOIS, *Het vennootschapsbelang in het Belgische vennootschapsrecht : inhoud en grondslagen*, Anvers, Intersentia, 1999 ; J. MALHERBE, Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT et Ph. MALHERBE, *Droit des sociétés*, 4^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 244 et s.

¹⁴⁶⁸ M. HAURIOU, « La théorie de l'institution et de la fondation (essai de vitalisme social) », in *La Cité moderne et les Transformations du Droit*, Paris, Bloud & Gay, 1925, p. 36.

¹⁴⁶⁹ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 709.

sans doute pas clairement à l'époque de M. Hauriou, quand la doctrine de l'opposabilité des effets externes du contrat était moins fermement établie qu'elle ne l'est aujourd'hui¹⁴⁷⁰.

Enfin, la réciprocité inhérente au contrat synallagmatique acquiert une autre signification, plus diffuse, dans un cadre institutionnel (*infra*, n^{os} 315 et s.).

En synthèse, et sous le bénéfice de l'exposé plus détaillé qui précède, on peut caractériser l'institution par la conjonction de trois éléments principaux : un projet à réaliser, un pouvoir qui s'exerce par des organes et une vocation à la durée.

295. Institutionnalisation dans le domaine international

La distinction entre institution et contrat n'est pas inconnue du droit international. G. Renard, déjà, s'est employé à l'appliquer à la Société des Nations et même au droit international tout entier¹⁴⁷¹. On en retrouve la trace dans la description des traités-lois et des traités-contrats. D'origine doctrinale et sans qu'on ne puisse en déduire que les traités-lois feraient partie des sources « générales » du droit international, cette distinction repose sur l'idée que l'objet de certains traités, tels des contrats, est de définir, concrètement et de manière ponctuelle, souvent de manière bilatérale, des obligations particulières à charge des États parties, alors que d'autres, les traités-lois, établissent un régime juridique applicable de manière plus générale, souvent multilatérale (mais, bien entendu, entre les parties seulement)¹⁴⁷². L'idée des traités-lois est souvent rattachée à cet extrait de l'avis de la Cour internationale de justice sur les *Réserves à la Convention sur le génocide*, selon lequel la Convention contient des règles juridiques d'intérêt général plutôt qu'un ensemble d'obligations et de droits subjectifs :

« Dans une telle convention, les États contractants n'ont pas d'intérêts propres ; ils ont seulement tous et chacun, un intérêt commun, celui de préserver les fins supérieures qui sont la raison d'être de la convention. Il en résulte que l'on ne saurait, pour une convention de ce type, parler d'avantages ou de désavantages individuels des États, non plus que d'un exact équilibre contractuel à maintenir entre les droits et les charges. La considération des fins supérieures de la Convention est, en vertu de la volonté commune des parties, le fondement et la mesure de toutes les dispositions qu'elle renferme. »¹⁴⁷³

¹⁴⁷⁰ V. I. CORBISIER, *La société : contrat ou institution ?*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 183, n. 744.

¹⁴⁷¹ G. RENARD, *La Théorie de l'Institution – Essai d'ontologie juridique*, Vol. I : Partie juridique, Paris, Sirey, 1930, p. 187 et s. ; G. RENARD, « Les bases philosophiques du droit international et la doctrine du "Bien commun" », *Arch. philo. dr.* 1, 1931, p. 465-480.

¹⁴⁷² J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, 8^e éd., Paris, Montchrestien, 2008, p. 81 ; P. DAILLIER, M. FORTEAU et A. PELLET, *Droit international public*, 8^e éd., Paris, L.G.D.J., 2009, n° 65, p. 136-137 ; J. VERHOEVEN, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 370-371.

¹⁴⁷³ C.I.J., *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, avis consultatif du 28 mai 1951, *C.I.J. Recueil*, 1951, p. 23.

L'idée institutionnelle a aussi été abordée sous l'angle de l'exigence d'unanimité. Dans son analyse centrée sur la Société des Nations et clairement inspirée de la théorie de l'institution, Ch. De Visscher met en garde contre la tentation d'assimiler trop rapidement le principe majoritaire et l'institution. L'important est en effet d'apprécier « la signification sociale des règles qui gouvernent l'adoption des décisions collectives »¹⁴⁷⁴, c'est-à-dire de rechercher dans quel intérêt (individuel ou collectif) les États exercent leurs droits décisionnels. Sous cette réserve,

« il n'en reste pas moins vrai que les prescriptions statutaires relatives à cet objet [règles de délibération] sont toujours hautement révélatrices du degré de développement atteint par l'organisation corporative, en tant qu'elles attestent chez les éléments composants une disposition plus ou moins accentuée à subordonner leurs intérêts particuliers à la poursuite du but social. C'est surtout à ce point de vue que ces prescriptions méritent de retenir l'attention et c'est à ce titre que l'on peut légitimement considérer comme un progrès certain, dans le sens du développement de l'esprit corporatif, l'abandon progressif de la règle de l'unanimité. »¹⁴⁷⁵

D'une manière générale, toujours d'après cet auteur,

« C'est un trait commun des traités d'organisation internationale de tenter d'aménager certains intérêts dans un autre plan et par d'autres moyens que ceux des souverainetés étatiques simplement juxtaposées. Tous ces traités tendent – mais à des degrés très différents – à créer de nouvelles structures en fonction d'une distribution nouvelle du pouvoir librement consentie par les États contractants. L'organisation internationale est l'œuvre d'une volonté collective qui s'applique à se dépasser elle-même pour trouver dans l'*institution* sa pleine réalisation et son maximum d'efficacité »¹⁴⁷⁶.

Dans le domaine des relations économiques internationales, le degré d'institutionnalisation le plus poussé se trouve sans doute dans l'Union européenne (dont l'objet dépasse toutefois celui d'une union économique). La Cour de justice s'est d'ailleurs explicitement appuyée sur un raisonnement en termes d'institution pour justifier un élément-clé de l'intégration européenne : l'effet direct. Les raisons qui ont mené la Cour à développer sa doctrine de l'effet direct sont sans doute complexes et multiples, mais un élément important réside certainement dans la conception (et simultanément la promotion), au-delà du « contrat » conclu à Rome, d'une institution justifiant de s'affranchir du principe de la relativité des conventions et de déclarer que l'ordre juridique communautaire lie également les citoyens des États membres.

« 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*

¹⁴⁷⁴ Ch. DE VISSCHER, « Quelques réflexions sur la règle de l'unanimité dans l'organisation internationale », in *Mélanges offerts à Ernest Mahaim*, t. III, Paris, Sirey, 1935, p. 107.

¹⁴⁷⁵ Ch. DE VISSCHER, « Quelques réflexions sur la règle de l'unanimité dans l'organisation internationale », in *Mélanges offerts à Ernest Mahaim*, t. III, Paris, Sirey, 1935, p. 108-109.

¹⁴⁷⁶ Ch. DE VISSCHER, « L'interprétation judiciaire des traités d'organisation internationale », *Rivista di diritto internazionale*, 1958, p. 180-181.

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 »¹⁴⁷⁷.

La jurisprudence subséquente confortera cette première affirmation, en citant les caractéristiques institutionnelles de la Communauté.

« 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 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. »¹⁴⁷⁸

La durée occupe la première place, comme chez Hauriou. On remarque aussi l'insistance sur les « pouvoirs réels », qui créent « un corps de droit », c'est-à-dire un nouvel ordre juridique dont les citoyens européens sont membres (et non de simples obligations des États).

296. Institutionnalisation et constitutionnalisation

L'analyse de l'OMC en termes d'institution peut laisser penser qu'on se réfère aux études doctrinales qui, voyant dans la création de l'OMC une nouvelle « constitution » juridico-économique mondiale, dérivent un mouvement de « constitutionnalisation »¹⁴⁷⁹. Sans doute des rapprochements sont-ils possibles entre notre concept d'institutionnalisation et celui de constitutionnalisation. Chacun des deux termes peut recouvrir des acceptions différentes¹⁴⁸⁰ mais, au-delà de leurs importantes divergences, les auteurs qui parlent de constitutionnalisation

¹⁴⁷⁷ C.J.C.E., 5 février 1963, *van Gend en Loos*, 26/62, *Rec.*, 1963, p. 23 (pas d'italiques dans l'original).

¹⁴⁷⁸ C.J.C.E., 15 juillet 1964, *Costa c. E.N.E.L.*, 6/64, *Rec.*, 1964, p. 1141.

¹⁴⁷⁹ Sur la constitutionnalisation, v. not. D.Z. CASS, *The Constitutionalization of the World Trade Organization: Legitimacy, Democracy, and Community in the International Trading System*, Oxford University Press, 2005, 266 p., spéc. p. 58 et s. L'auteur élabore sa propre définition de la constitutionnalisation, basée sur la réunion de six éléments principaux (p. 30). Elle estime que la constitutionnalisation décrite notamment par J. Jackson et E.-U. Petersmann (qui l'entendent chacun dans un sens partiellement différent du sien) n'existe pas dans le cas de l'OMC et qu'elle n'est en toute hypothèse pas souhaitable.

¹⁴⁸⁰ Pour un relevé des différentes utilisations du terme de constitutionnalisation dans le domaine de l'OMC, D.Z. CASS, *The Constitutionalization of the World Trade Organization: Legitimacy, Democracy, and Community in the International Trading System*, Oxford University Press, 2005, p. 15-18. J. Trachtman relève aussi plusieurs acceptions dans la littérature (« The Constitutions of the WTO », *E.J.I.L.* 17(3), 2006, not. p. 624).

entendent, d'une manière ou d'une autre, souligner l'émergence d'une nouvelle forme d'organisation des relations internationales, avec la création d'une structure d'autorité¹⁴⁸¹.

Dans la perspective choisie ici, basée sur les écrits des institutionnalistes français, utiliser les termes « institution » et « institutionnalisation » paraît plus cohérent. Comme les développements de la thèse le font apparaître, on n'entend défendre aucune des formes radicales de la constitutionnalisation, notamment celle qui voit dans les Accords de l'OMC une nouvelle source des droits de l'homme. On ne partage pas davantage la conviction que l'OMC trouverait son fondement normatif en dehors du droit international public ou qu'il serait équivalent à une constitution étatique telle que traditionnellement envisagée, fondement ultime de la juridicité et source de tous pouvoirs.

§ 3. *Institutionnalisation des relations économiques internationales, spécialement du GATT et de l'OMC*

297. Introduction

Au cours du XX^e siècle, les relations économiques internationales ont suivi un mouvement d'institutionnalisation. On le démontre ci-dessous en examinant leur évolution à la lumière des critères dégagés précédemment pour caractériser l'institution. Aucun des éléments invoqués n'est décisif ; c'est plutôt la convergence des différents phénomènes qui montre l'institutionnalisation.

298. Idée d'œuvre

Les traités de commerce antérieurs à la Seconde Guerre mondiale avaient pour objectif de supprimer les obstacles les plus évidents au commerce entre les États signataires, en particulier les obstacles tarifaires.

La convention de Genève de 1927 et, à partir du *Reciprocal Trade Agreements Act* de 1934, les initiatives américaines visant à conclure un ensemble coordonné de conventions commerciales bilatérales, constituent peut-être la première manifestation d'une « idée d'œuvre », d'un projet d'ensemble à réaliser en matière d'organisation juridique du commerce international¹⁴⁸². Ce projet américain contenait déjà des caractéristiques fondamentales du GATT : clause de la

¹⁴⁸¹ Il y a toutefois des exceptions, comme J.O. MCGINNIS et M.L. MOVSESIAN, « The World Trade Constitution », *Harvard L. R.*, 2000, p. 511-605, qui, tout en utilisant le terme de « constitution », s'opposent au renforcement des pouvoirs de l'OMC.

¹⁴⁸² K.W. DAM, « Cordell Hull, the Reciprocal Trade Agreement Act, and the WTO », *U Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 228*, Oct. 2004, <http://ssrn.com/abstract=604582>.

nation la plus favorisée, négociations bilatérales avec le fournisseur principal, possibilité d'adaptation ou de dénonciation de l'accord¹⁴⁸³.

Ce projet trouvera une expression plus aboutie dans les négociations visant à la création d'une Organisation internationale du commerce (OIC), dont le résultat forme la Charte de La Havane. Ce traité est à replacer dans le contexte de la construction, après la guerre, d'un nouvel ordre international et économique, un ordre encadré par l'Organisation des Nations Unies et par les *institutions* de Bretton Woods, dont la création date de la même époque. Dernier panneau du triptyque « économique », l'OIC devait régir les aspects commerciaux, au sens large, des relations internationales. Si l'organisation ne put être créée, l'idée d'œuvre subsista et s'approfondit au sein du GATT. Celui-ci, en effet, ne cessa, au cours des grands *rounds* de négociations, d'élargir sa sphère d'influence, en demandant plus d'engagements des États et en étendant les matières de sa compétence.

L'idée d'œuvre reçoit un nouvel élan avec la création de l'OMC, que le préambule de l'Accord énonce explicitement. Les membres entendent ainsi réaliser

« le relèvement des niveaux de vie, la réalisation du plein emploi et d'un niveau élevé et toujours croissant du revenu réel et de la demande effective, et l'accroissement de la production et du commerce de marchandises et de services, tout en permettant l'utilisation optimale des ressources mondiales conformément à l'objectif de développement durable, en vue à la fois de protéger et préserver l'environnement et de renforcer les moyens d'y parvenir d'une manière qui soit compatible avec leurs besoins et soucis respectifs à différents niveaux de développement économique ».

On peut certes défendre différentes interprétations de ces lignes : notamment, dans quelle mesure ce projet implique-t-il le libre-échange et quelles exceptions à celui-ci permet-il de justifier ? On peut aussi discuter du bien-fondé d'un projet économique formulé en ces termes. L'existence d'un projet, quant à elle, ne paraît pas contestable.

Il se trouve renforcé par la cohérence des règles et la volonté d'en faire un système. Le principe de l'engagement unique, remplaçant à partir de 1994 ce qui était devenu un système commercial « à la carte », l'interdiction des réserves qui est son corollaire, la réglementation des conflits de règles (art. XVI.3 OMC), l'unification du mécanisme de règlement des différends, un but et un objet commun énoncés notamment dans le préambule, le strict encadrement des comportements unilatéraux, les incitants à l'harmonisation internationale des normes, sont autant d'éléments qui consolident la cohérence du système juridique mis en place pour réaliser

¹⁴⁸³ K. BAGWELL et R.W. STAIGER, « The WTO: Theory and Practice », *NBER Working Paper No. w15445*, October 2009, <http://www.nber.org/papers/w15445>, p. 15-17.

le projet¹⁴⁸⁴. Par ces exemples, et d'autres encore, Y. Nouvel a montré qu'une triple unité, formelle, fonctionnelle et matérielle, caractérise aujourd'hui le système commercial multilatéral¹⁴⁸⁵. Il est régi par un instrument unique qui inclut, en les rassemblant dans un ensemble, l'Accord principal et ses diverses annexes. L'unité de fonctionnement résulte de l'inclusion des règles dans un ordre institutionnel, orienté vers un objectif commun et comprenant une structure organique et un mécanisme unifié de règlement des différends. Matériellement, les règles de l'OMC forment un tout cohérent, *a priori* exempt de conflit interne.

299. Durée

L'argument de la durée fournit, au premier regard, une justification facile pour notre propos. Le GATT de 1947 n'était appliqué par les États qu'« à titre provisoire »¹⁴⁸⁶, alors que l'Accord de Marrakech (1994) est conclu pour une durée illimitée.

En l'espèce, il ne faut pas céder à la tentation d'y voir plus qu'un indice. En droit, le caractère obligatoire du Protocole d'application provisoire n'était pas limité dans le temps. Il prévoyait certes une possibilité de dénonciation unilatérale, mais en des termes similaires – hormis le délai de soixante jours au lieu de six mois – à ceux de l'article XV de l'Accord OMC. Le caractère provisoire du GATT est une conviction plus qu'une règle.

En outre, si le GATT fut pensé comme « provisoire », c'est essentiellement en raison des caractéristiques du système constitutionnel américain et des vicissitudes de la vie politique outre-Atlantique. La ratification de la Charte de La Havane, prise dans son intégralité, nécessitait en effet l'accord du Congrès, qui ne put être obtenu à l'époque, alors que la formule du GATT finalement retenue permettait de s'affranchir de cette exigence¹⁴⁸⁷. Dès la fin de la Seconde

¹⁴⁸⁴ Sur cette « unification » v. H. RUIZ FABRI, « La contribution de l'Organisation mondiale du commerce à la gestion de l'espace juridique mondial », in E. LOQUIN et C. KESSEDJIAN, *La mondialisation du droit*, Paris, Litec, 2000, p. 358-362. Aussi P. MADDALON, « Les rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'OMC (2009) », *A.F.D.I.*, 2009, p. 676-681 et E.-U. PETERSMANN, « From 'member-driven governance' to constitutionally limited 'multi-level trade governance' in the WTO », in G. SACERDOTI, A. YANOVICH et J. BOHANES (eds), *The WTO at Ten – The Contribution of the Dispute Settlement System*, Cambridge University Press, 2006, p. 86-87. En jurisprudence, Organe d'appel, *Brésil – Mesures visant la noix de coco desséchée*, WT/DS22/AB/R, 21 février 1997, p. 19 (refus de la « fragmentation ») et Groupe spécial, *Indonésie – Certaines mesures affectant l'industrie automobile*, WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R, 2 juillet 1998, 14.28 et s. (examen de l'existence d'un conflit entre deux dispositions du GATT et de l'Accord SMC).

¹⁴⁸⁵ Y. NOUVEL, « L'unité du système commercial multilatéral », *A.F.D.I.*, 2000, p. 654-670.

¹⁴⁸⁶ Protocole portant application provisoire de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, signé à Genève le 30 octobre 1947, E/PC/T/214.Add. 2 Rev. 1.

¹⁴⁸⁷ V. A. NARLIKAR, « Fairness in International Trade Negotiations: Developing Countries in the GATT and WTO », *World Economy*, 2006, p. 1013.

Guerre mondiale, le projet était néanmoins d'instituer une organisation permanente chargée des questions de commerce international. Il ne put aboutir immédiatement, mais il apparut, dès les années 1950 et toujours plus clairement au fil des *rounds*, que le « provisoire » allait durer. Quant au traité de Marrakech, il ne marque guère de rupture sur ce point, mais entérine juridiquement une situation politiquement acquise.

300. Nombre des parties et multilatéralisme

Avant la Seconde Guerre mondiale, les relations économiques internationales, lorsqu'elles faisaient l'objet d'un quelconque accord entre États, étaient généralement conduites sur un mode bilatéral.

Un facteur majeur de l'institutionnalisation fut le passage du bilatéralisme au multilatéralisme. Dans l'entre-deux-guerres, une tentative avait abouti à la signature de la Convention de Genève du 8 novembre 1927 pour l'abolition des prohibitions et restrictions à l'importation et à l'exportation, qui n'est cependant jamais entrée en vigueur. Après la Seconde Guerre mondiale, le GATT est conçu et adopté comme un véritable cadre multilatéral. Par rapport aux traités bilatéraux, le multilatéralisme signifie d'abord une augmentation du nombre de parties, ce qui est en soi une marque de l'institutionnalisation.

Mais il y a bien davantage. Comme on l'explicitera, le multilatéralisme joue aussi un rôle dans l'évolution du traité vers une réglementation objective (*infra*, n° 305) ; il permet de concevoir les obligations du droit de l'OMC comme des obligations collectives (*infra*, n° 311) ; et il donne un autre sens à la réciprocité (*infra*, n° 317).

301. Personnalité et organes

L'OIC aurait eu la personnalité juridique si sa création avait été acceptée¹⁴⁸⁸. La solution subsidiaire de conclure un simple accord provisoire impliquait l'abandon (provisoire également) des dispositions directement institutionnelles de la Charte.

Très tôt, il fallut cependant différencier les décisions individuelles des parties des décisions collectives qui les engageaient tous. En l'absence d'une disposition du GATT ou du Protocole d'application provisoire reconnaissant une personnalité juridique et instituant des organes, on distingua chaque « partie contractante » des « PARTIES CONTRACTANTES ». Comble de la fiction juridico-typographique, cette formule – adaptée peut-être aux prétendues « finesses » de la vie

¹⁴⁸⁸ Art. 89 de la Charte de La Havane.

diplomatique – masquait mal la volonté des États de considérer le GATT comme une organisation internationale, en fait, voire en droit¹⁴⁸⁹.

Si donc « les PARTIES CONTRACTANTES » ne signifiaient pas exactement la même chose que « les parties contractantes », c'est, à n'en pas douter, que leur assemblée constituait un organe. Dès la conférence de La Havane, on usa de la fiction d'une commission provisoire de l'Organisation internationale du commerce pour doter le GATT d'un secrétariat¹⁴⁹⁰ et lui permettre d'acquérir des biens et de conclure des contrats. À la tête de la commission provisoire, et donc du GATT, était établi un autre organe, le Secrétaire exécutif, appelé ensuite Directeur général¹⁴⁹¹.

L'Accord de Marrakech, finalement, établit l'OMC comme une personne morale de droit international (art. VIII.1 OMC)¹⁴⁹². « Instituée » par l'article I^{er} de l'Accord, l'OMC est immédiatement qualifiée de « cadre institutionnel commun pour la conduite des relations commerciales » (art. II.1 OMC). Les parties contractantes sont devenues des États membres, ce qui renforce l'idée d'une organisation et enlève encore une référence contractuelle.

Dans le même mouvement, on a pu reconnaître formellement que les organes avaient cette qualité (art. IV et VI OMC) et leur conférer le pouvoir d'obliger les membres et d'engager l'Organisation vis-à-vis des tiers. Le rôle du secrétariat s'est accru tout au long de l'évolution du GATT. Il exerce aujourd'hui une influence non négligeable (quoique souvent informelle), comme « mémoire » de l'organisation, dans le règlement des différends¹⁴⁹³ – grâce à l'importance accrue des juristes surtout depuis l'affaire *DISC*¹⁴⁹⁴ –, dans l'assistance technique aux membres

¹⁴⁸⁹ V. G. MARCEAU, « Pratique et pratiques dans le droit de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) », in *Colloque de Genève – La pratique et le droit international*, Paris, Pedone, 2004, p. 164 et s., qui, après avoir qualifié le GATT d'« organisation internationale de facto », indique que, « durant toute son existence, le GATT a été perçu comme une organisation internationale et s'est comporté de cette manière », notamment en prenant des « engagements internationaux ».

¹⁴⁹⁰ Résolution instituant une commission intérimaire de l'Organisation internationale du commerce, annexée à l'Acte final de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et l'emploi, La Havane, 24 mars 1948, E/Conf.2/78 et W.J. DAVEY, « Institutional Framework », in P.F.J. MACRORY, A.E. APPLETON et M.G. PLUMMER (eds), *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis*, t. I, New York, Springer, 2005, p. 54.

¹⁴⁹¹ Decision of the CONTRACTING PARTIES relating to the change of the title Executive Secretary to that of Director-General, 23 mars 1965, W.22/12.

¹⁴⁹² Comp. P. LAMY, « The Place of the WTO and its Law in the International Legal Order », *E.J.I.L.* 17(5), 2006, p. 971, qui parle de *création* d'une véritable (« *truly* ») organisation internationale par l'Accord de Marrakech.

¹⁴⁹³ Déjà *Ministerial Declaration*, 29 novembre 1982, L/5424, 29 novembre 1982, p. 7.

¹⁴⁹⁴ R.E. HUDEC, « Reforming GATT Adjudication Procedures: The Lessons of the DISC Case », *Minnesota L. R.* 72, 1988, p. 1487.

en développement¹⁴⁹⁵. On propose même d'en faire un « gardien des traités »¹⁴⁹⁶. La signification du choix d'une telle expression – traditionnellement utilisée pour désigner la Commission européenne – n'aura échappé à personne, et elle figure déjà dans un document plus ancien adopté par les PARTIES CONTRACTANTES¹⁴⁹⁷. Dans le même sens, E.-U. Petersmann propose de faire du Directeur général un « *guardian of the collective interest* », ce qu'il met explicitement en parallèle avec le rôle de la Commission européenne¹⁴⁹⁸.

L'existence d'organes, qui présuppose une personnalité juridique et en est la conséquence directe, est un trait marquant de l'évolution institutionnelle. La réunion des organes constitue une « manifestation de communion » au sens de Hauriou.

302. Décisions de l'Organisation

Par ses organes, l'OMC est dotée d'un moyen de s'exprimer, d'agir, de prendre des décisions, sans qu'on ne puisse réduire cette action à celle de ses États membres. On doit ainsi distinguer, d'une part, les traités conclus entre tous les États membres et, d'autre part, les décisions des organes du GATT et de l'OMC¹⁴⁹⁹.

Certes, la règle qui veut que les organes de l'OMC adoptent leurs décisions selon la règle du consensus obscurcit cette distinction ; elle ne la rend toutefois pas inexistante. Même lorsqu'elles sont prises par consensus, les décisions de l'OMC sont comme celles des organes (conférence ministérielle, conseil général, ORD, ...), agissant en vertu des compétences qui leur sont attribuées par les Accords OMC et, le cas échéant, selon la procédure qu'ils prévoient. Leurs décisions sont donc celles de l'organisation internationale elle-même, et non des traités entre les États membres (même réduits à des accords en forme simplifiée¹⁵⁰⁰). Les décisions de l'OMC ne sont pas soumises au processus classique d'adoption des traités internationaux, comprenant la signature et la ratification.

¹⁴⁹⁵ J.L. GOLDSTEIN et R.H. STEINBERG, « Negotiate or Litigate? Effects of WTO Judicial Delegation on U.S. Trade Politics », *L. and Contemporary Problems* 71, 2008, p. 261-262.

¹⁴⁹⁶ CONSEIL CONSULTATIF, *L'avenir de l'OMC – Relever les défis institutionnels du nouveau millénaire*, Genève, OMC, 2004, § 341, p. 88.

¹⁴⁹⁷ *Understanding Regarding Notification, Consultation, Dispute Settlement and Surveillance*, 28 novembre 1979, L/4907, 3 décembre 1979, § 6, (iv), de l'annexe.

¹⁴⁹⁸ E.-U. PETERSMANN, « From 'member-driven governance' to constitutionally limited 'multi-level trade governance' in the WTO », in G. SACERDOTI, A. YANOVICH et J. BOHANES (eds), *The WTO at Ten – The Contribution of the Dispute Settlement System*, Cambridge University Press, 2006, p. 110.

¹⁴⁹⁹ J. PAUWELYN, *Conflict of Norms in Public International Law – How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge University Press, 2003, p. 43 et s.

¹⁵⁰⁰ Sur cette notion, qui implique un accord entre États, même si leurs « représentants » sont incompétents, v. J. VERHOEVEN, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 387-389.

L'OMC prend ainsi de nombreuses décisions. L'accession de nouveaux membres (art. XII.1 OMC)¹⁵⁰¹ est remarquable à cet égard, parce qu'elle ne passe pas, formellement, par un traité entre le candidat et les États membres. Le processus commence par une demande d'accession, suivie d'un examen de la politique commerciale et de négociations qui se terminent par une décision unilatérale de l'OMC d'autoriser l'accession. Le candidat accède alors à l'Organisation en acceptant le protocole d'accession annexé à la décision. Quoique par l'application de la règle du consensus¹⁵⁰², ce processus renferme en réalité un accord¹⁵⁰³, fût-il tacite ou présumé, sa forme lui donne une allure nettement institutionnelle¹⁵⁰⁴. Cette procédure mérite d'être comparée à l'adhésion à l'Union européenne (art. 49 TUE). Les conditions en sont fixées par un traité entre le pays candidat et tous les États membres, traité auquel l'Union elle-même n'est pas partie et qui n'est pas un acte de ses organes¹⁵⁰⁵. Ce traité est soumis à la ratification des États membres, ce qui n'est pas le cas des accords entre États membres en vue de l'adhésion à l'OMC. L'adhésion à l'Union est acceptée par un acte du Conseil¹⁵⁰⁶.

Outre les accessions, l'OMC peut prendre de nombreuses autres décisions : coopération avec les institutions de Bretton Woods (art. III.5 OMC), avec les organisations intergouvernementales ou non gouvernementales (art. V OMC), accord de siège (art. VIII.5 OMC), interprétations

¹⁵⁰¹ Accession à l'Organisation mondiale du commerce – Procédures à suivre dans les négociations au titre de l'article XII – Note du Secrétariat, WT/ACC/1, 24 mars 1995 ; Th. GARCIA et A.-C. CHAUMONT, « Le processus d'accession à l'Organisation mondiale du commerce (OMC) : logique relationnelle contre logique institutionnelle ? », *R.G.D.I.P.*, 2007, p. 659-674 ; I.I. KAVASS, « WTO Accession: Procedure, Requirements and Costs », *J.W.T.* 41(3), 2007, p. 453-474.

¹⁵⁰² *Procédures de prise de décisions au titre des articles IX et XII de l'Accord sur l'OMC*, Déclaration du Président, approuvée par le Conseil général le 15 novembre 1995, WT/L/93, 24 novembre 1995.

¹⁵⁰³ Pour une raison qu'il n'explique pas vraiment, mais sans doute liée à la présence d'un tel accord, J. Pauwelyn classe étonnamment les accessions dans les accords entre États (avec les amendements) et non parmi les actes des organes de l'OMC (J. PAUWELYN, *Conflict of Norms in Public International Law – How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge University Press, 2003, p. 43 et s.).

¹⁵⁰⁴ V. par exemple la décision du 11 septembre 2003 relative à l'accession du Royaume du Cambodge, WT/MIN(03)/18. Comp. Th. GARCIA et A.-C. CHAUMONT, « Le processus d'accession à l'Organisation mondiale du commerce (OMC) : logique relationnelle contre logique institutionnelle ? », *R.G.D.I.P.*, 2007, p. 659-674, qui y voient plutôt une « logique relationnelle ».

¹⁵⁰⁵ P. ex. Traité de Luxembourg du 25 avril 2005 entre le Royaume de Belgique, la République tchèque, le Royaume de Danemark, la République fédérale d'Allemagne, la République d'Estonie, la République hellénique, le Royaume d'Espagne, la République française, l'Irlande, la République italienne, la République de Chypre, la République de Lettonie, la République de Lituanie, le Grand-Duché de Luxembourg, la République de Hongrie, la République de Malte, le Royaume des Pays-Bas, la République d'Autriche, la République de Pologne, la République portugaise, la République de Slovénie, la République slovaque, la République de Finlande, le Royaume de Suède, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (États membres de l'Union européenne) et la République de Bulgarie et la Roumanie, relatif à l'adhésion de la République de Bulgarie et de la Roumanie à l'Union européenne, *J.O.U.E.*, 21 juin 2005, L 157, p. 11-27.

¹⁵⁰⁶ Décision du Conseil de l'Union européenne du 25 avril 2005 relative à l'admission de la République de Bulgarie et de la Roumanie à l'Union européenne, *J.O.U.E.*, 21 juin 2005, L 157, p. 9.

(art. IX.2 OMC), dérogations (art. IX.3 OMC), ainsi que « sur toutes les questions relevant de tout Accord commercial multilatéral » (art. IV.1 OMC)¹⁵⁰⁷. Les articles 12.1 de l'Accord SPS ou 31 de l'Accord SMC sont d'autres exemples d'habilitation des organes de l'OMC à prendre des décisions d'« exécution ». Le caractère obligatoire de ces décisions n'est pas douteux ; leur régime juridique, en revanche, pose des questions plus délicates, notamment quant à la question de savoir à quel titre ils peuvent être invoqués dans les procédures de règlement des différends¹⁵⁰⁸.

On en trouve une illustration dans le processus ayant mené à la modification de l'Accord ADPIC pour faciliter l'accès aux médicaments essentiels. Après la déclaration de Doha, qui fixait l'objectif à atteindre¹⁵⁰⁹, les membres ont, dans un premier temps, utilisé la technique de la dérogation¹⁵¹⁰, puis ils ont pérennisé celle-ci en adoptant un amendement¹⁵¹¹. Certes, toutes ces décisions ont été prises par consensus, et l'amendement n'entrera en vigueur que lorsqu'il aura été accepté par les deux tiers des membres, et seulement à l'égard des membres qui l'auront accepté (art. X.3 OMC) (aussi *infra*, n° 329). Mais le processus d'adoption d'une telle réforme est fondé sur des décisions des organes de l'OMC, prises dans le contexte institutionnel de l'Organisation. A la lumière de cet exemple et de celui de la dérogation permettant la mise en œuvre du processus de Kimberley¹⁵¹², on a d'ailleurs souligné que la technique de la dérogation permet d'instaurer, au sein de l'OMC, un débat politique incluant des acteurs non étatiques et tenant compte d'aspects non commerciaux, soit pour modifier les règles commerciales, soit pour contenir leur champ d'application¹⁵¹³.

¹⁵⁰⁷ S. CHARNOVITZ, « Mapping the Law of WTO Accession », *The George Washington University Law School Public Law and Legal Theory Working Paper No. 237; Legal Studies Research Paper No. 237*, 2006, <http://ssrn.com/abstract=957651>, p. 65 ; J. PAUWELYN, *Conflict of Norms in Public International Law – How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge University Press, 2003, p. 45-46.

¹⁵⁰⁸ Pour une discussion de ces questions, v. G. MARCEAU, « Pratique et pratiques dans le droit de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) », in *Colloque de Genève – La pratique et le droit international*, Paris, Pedone, 2004, p. 202-204 ; J. PAUWELYN, *Conflict of Norms in Public International Law – How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge University Press, 2003, p. 40-52.

¹⁵⁰⁹ Déclaration ministérielle adoptée le 14 novembre 2001, WT/MIN(01)/DEC/1, § 17 ; Déclaration sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique adoptée le 14 novembre 2001, WT/MIN(01)/DEC/2.

¹⁵¹⁰ *Mise en œuvre du paragraphe 6 de la déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique* – Décision du 30 août 2003, WT/L/540, et Corrigendum, WT/L/540/Corr.1.

¹⁵¹¹ *Amendement de l'Accord sur les ADPIC* – Décision du 6 décembre 2005, WT/L/641.

¹⁵¹² *Dérogation concernant le système de certification du processus de Kimberley pour les diamants bruts* – Décision du 15 mai 2003, WT/L/518, telle que prolongée par *Système de certification du processus de Kimberley pour les diamants bruts* – Décision du 15 décembre 2006, WT/L/676.

¹⁵¹³ I. FEICHTNER, « The Waiver Power of the WTO: Opening the WTO for Political Debate on the Reconciliation of Competing Interests », *E.J.I.L.* 20(3), 2009, p. 615-645.

Il faut encore mentionner les décisions prises dans le cadre du règlement des différends, qui sont des décisions de l'Organisation qui s'imposent à ses membres. Le chapitre II est entièrement consacré à cette question (spéc. *infra*, n^{os} 354 et s.). En s'écartant du formalisme juridique, on peut aussi analyser les modifications apportées au système de règlement des différends depuis la création du GATT comme une délégation de pouvoir qui se justifie car elle minimise les coûts de transaction nécessaires, notamment, pour assurer l'exécution du traité et pour compléter ses règles nécessairement incomplètes. Le « renforcement » du règlement des différends s'insère alors parfaitement dans le cadre d'une théorie institutionnelle¹⁵¹⁴.

Cette approche moins formelle permet aussi de prendre en considération l'activité normative qui se déroule au sein des organes subsidiaires de l'Organisation. Il s'agit notamment de l'échange d'informations, de la discussion de questions commerciales spécifiques ou de l'élaboration de normes, même de *soft law*, qui précisent ou concrétisent la règle formelle. On l'a montré grâce aux exemples du conseil des services et du comité des mesures SPS¹⁵¹⁵, même s'il faut se garder de surestimer le pouvoir de ces comités sur les États membres¹⁵¹⁶.

Ceci montre qu'il y a plus, dans l'OMC, qu'un ensemble de règles primaires au sens de Hart (v. *supra*, n° 29). Dès l'époque du GATT, on pouvait déceler des embryons de règles secondaires de reconnaissance, de changement et de décision¹⁵¹⁷. L'Accord de Marrakech les a renforcées ; elles sont devenues plus fournies, plus précises et moins « primitives », ce qu'on a pu décrire comme « *a thickening of legality* »¹⁵¹⁸. C'est en particulier le cas des règles de décision avec le développement du mécanisme de règlement des différends. Il y a un demi-siècle, Hart décrivait le droit international comme un ensemble de règles primaires, par opposition à un système de règles unissant des règles primaires et des règles secondaires. Aujourd'hui, le droit de l'OMC n'est évidemment pas un système juridique aussi développé que les droits internes des États modernes, mais on peut affirmer qu'il dépasse le stade de l'ensemble de règles primaires pour constituer une union, certes faible sous certains aspects, de règles primaires et de règles secondaires.

¹⁵¹⁴ J.P. TRACHTMAN, « The Theory of the Firm and the Theory of the International Economic Organization: Toward Comparative Institutional Analysis », *Northwestern Journ. Int. L. & Business* 17(2/3), 1996/1997, p. 549-553.

¹⁵¹⁵ A. LANG et J. SCOTT, « The Hidden World of WTO Governance », *E.J.I.L.* 20(3), 2009, p. 575-614.

¹⁵¹⁶ R.H. STEINBERG, « The Hidden World of WTO Governance: A Reply to Andrew Lang and Joanne Scott », *E.J.I.L.* 20 (4), 2009, p. 1063-1071, critiquant de manière radicale l'analyse qui voit l'exercice d'un pouvoir par ces comités.

¹⁵¹⁷ Pour une analyse du système juridique du GATT selon les catégories de Hart, v. D. PALMETER, « The WTO as a Legal System », *Fordham Int. L. Journ.* 24, 2000-2001, p. 453-465.

¹⁵¹⁸ D. PALMETER, « The WTO as a Legal System », *Fordham Int. L. Journ.* 24, 2000-2001, p. 465-480.

303. Unanimité et consensus

L'unanimité est le mode de décision contractuel. La modification d'un contrat requiert en général l'accord de toutes les parties. Ceci explique la relative rigidité du contrat et, en conséquence, sa fragilité. Les institutions, auxquelles leurs membres sont subordonnés, prennent typiquement des décisions qui s'imposent à ceux-ci. Généralement, les membres de l'institution participent, au sein de ses organes, à la prise de décision. Mais, ce faisant, ils concourent à l'expression d'une volonté institutionnelle qui ne se réduit pas à la somme de leurs volontés individuelles. La différence est plus parlante lorsque la décision institutionnelle est prise selon une forme de majorité.

Le mode de décision du GATT était le « consensus »¹⁵¹⁹. Sans doute est-ce là une forme atténuée d'unanimité – les absents et les taiseux sont censés consentir –, mais la nuance est subtile. D'autres considèrent cette règle avec plus d'enthousiasme institutionnel, comme Ch. De Visscher dans son analyse de la règle de la SDN voulant que les abstentions ne soient pas comptées comme des votes négatifs :

« ... l'adoption de cette pratique est extrêmement caractéristique de l'existence d'une véritable unanimité foncière et en quelque sorte sous-jacente qui, en dépit des divergences de surface provoquées par des décisions particulières, implique chez tous les membres la persistance d'une adhésion continuée au principe même de l'institution, le souci de n'en compromettre ni l'existence, ni le fonctionnement. Nous y découvrons une manifestation de ces exigences collectives supérieures, qui forment la loi de conservation de tout organisme social... »¹⁵²⁰

L'absence de vérification du quorum, le consensus étant alors celui des présents et non de tous les États membres, est un autre caractère institutionnel, qui existait déjà du temps du GATT¹⁵²¹. L'unanimité subsiste cependant dans sa forme négative, puisque chaque membre a la possibilité de s'opposer à la décision, ce qui maintient l'idée de l'OMC comme « une organisation conduite par les Membres »¹⁵²². G. Renard remarquait des tempéraments similaires dans le cas de la Société des Nations et les qualifiait de « concessions au vieux dogme de l'indépendance et de

¹⁵¹⁹ Sur ce concept, B. KIEFFER, *L'Organisation mondiale du commerce et l'évolution du droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 86-90.

¹⁵²⁰ Ch. DE VISSCHER, « Quelques réflexions sur la règle de l'unanimité dans l'organisation internationale », in *Mélanges offerts à Ernest Mahaim*, t. III, Paris, Sirey, 1935, p. 113.

¹⁵²¹ G. MARCEAU, « Pratique et pratiques dans le droit de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) », in *Colloque de Genève – La pratique et le droit international*, Paris, Pedone, 2004, p. 165.

¹⁵²² CONSEIL CONSULTATIF, *L'avenir de l'OMC – Relever les défis institutionnels du nouveau millénaire*, Genève, OMC, 2004, p. 91.

l'égalité des États, et, en définitive, au concept contractuel ». Et d'ajouter, philosophe, « il fallait bien composer pour aboutir »¹⁵²³.

Sous le GATT, les décisions d'accession et de dérogation étaient prises au terme d'un vote¹⁵²⁴. L'OMC statue en principe par consensus sur ces questions¹⁵²⁵, ce qui montre que tous les éléments ne convergent pas nécessairement vers une plus grande institutionnalisation.

Le vote à la majorité est formellement prévu dans l'Accord OMC, même si son utilisation est rarissime en pratique. Lorsque les organes « inférieurs » (comités et conseils sectoriels) ne parviennent pas à atteindre un consensus, ils sont censés renvoyer la question à une autorité supérieure, et finalement au conseil général¹⁵²⁶. Même ce dernier privilégie le consensus, et l'expérience de l'accession de l'Équateur¹⁵²⁷, décidée à la majorité dans les premiers mois du fonctionnement de l'OMC, semble avoir renforcé la volonté des membres de s'en tenir à leur mode traditionnel de décision¹⁵²⁸. Pour la nomination du directeur général, les membres ont spécialement réaffirmé leur attachement au consensus :

« 20. Si, après avoir mené à bien toutes les procédures énoncées ci-dessus, le Conseil général n'a pas pu prendre une décision par consensus dans le délai prévu pour la désignation, les Membres devraient envisager la possibilité de procéder à un vote en dernier recours suivant une procédure qui sera déterminée à ce moment-là. Il est entendu que le recours au vote pour la désignation du Directeur général sera une dérogation exceptionnelle à la pratique habituelle de prise de décisions par consensus et n'établira aucun précédent en ce qui concerne un tel recours pour toutes décisions futures à l'OMC. »¹⁵²⁹

¹⁵²³ G. RENARD, *La Théorie de l'Institution – Essai d'ontologie juridique*, Vol. I : Partie juridique, Paris, Sirey, 1930, p. 195.

¹⁵²⁴ C.-D. EHLERMANN et L. EHRING, « Decision-Making in the World Trade Organization – Is the Consensus Practice of the World Trade Organization Adequate for Making, Revising and Implementing Rules on International Trade? », *J.I.E.L.* 8(1), 2005, p. 61 ; G. MARCEAU, « Pratique et pratiques dans le droit de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) », in *Colloque de Genève – La pratique et le droit international*, Paris, Pedone, 2004, p. 197.

¹⁵²⁵ V. Procédures de prise de décisions au titre des articles IX et XII de l'Accord sur l'OMC – Déclaration du Président approuvée par le Conseil général le 15 novembre 1995, WT/L/93, 24 novembre 1995 ; C.-D. EHLERMANN et L. EHRING, « Decision-Making in the World Trade Organization – Is the Consensus Practice of the World Trade Organization Adequate for Making, Revising and Implementing Rules on International Trade? », *J.I.E.L.* 8(1), 2005, p. 63 ; B. KIEFFER, *L'Organisation mondiale du commerce et l'évolution du droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 87-88.

¹⁵²⁶ La pratique ne paraît pas (toujours ?) conforme à cette règle : C.-D. EHLERMANN et L. EHRING, « Decision-Making in the World Trade Organization – Is the Consensus Practice of the World Trade Organization Adequate for Making, Revising and Implementing Rules on International Trade? », *J.I.E.L.* 8(1), 2005, p. 74.

¹⁵²⁷ *Accession de l'Équateur* – Décision du 16 août 1995, WT/ACC/ECU/5, 22 août 1995.

¹⁵²⁸ Pour un exposé plus complet, empreint d'une connaissance approfondie de la pratique de l'OMC, v. G. MARCEAU, « Pratique et pratiques dans le droit de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) », in *Colloque de Genève – La pratique et le droit international*, Paris, Pedone, 2004, p. 197-200.

¹⁵²⁹ Procédures de désignation des directeurs généraux adoptées par le Conseil général le 10 décembre 2002, WT/L/509. Pour un éventail des questions que pose cette décision, G. MARCEAU, « Pratique et

On peut aussi comprendre cette décision comme l'ouverture d'une porte en faveur du vote majoritaire pour une future désignation du directeur général¹⁵³⁰. Le refus persistant de procéder au vote résulte en effet, pour partie du moins, de la crainte du précédent qui amènerait tôt ou tard à la généralisation de ce mode de décision. Mais s'il est précisé à l'avance que le vote à la majorité pour cette décision ne sera pas considéré comme un précédent, les hésitations ne seront-elles pas moindres ?

Dans le domaine du règlement des différends, certaines décisions de l'ORD sont adoptées par consensus inversé. Ce mécanisme est un tribut payé à la tradition ou une concession symbolique à la souveraineté. Ces décisions de l'ORD sont purement formelles, dès lors qu'il suffit qu'une demande soit formulée pour qu'il y soit fait droit. En réalité, le litige est tranché par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel, qui exercent leurs pouvoirs dans le cadre institutionnel de l'OMC. Il en va de même des arbitres, qui font aussi partie du cadre institutionnel dès lors que l'arbitrage est, dans les cas visés aux articles 21 et 22 MRD, un mode obligatoire de règlement des différends (*infra*, n° 342). Que ces décisions plaisent ou non aux États ne modifie pas leur force obligatoire. L'intérêt institutionnel – que ses détracteurs dénomment parfois « *pro-trade bias* » – n'est d'ailleurs pas étranger au raisonnement de ces organes juridictionnels, comme l'a par exemple montré J. Colares au départ de la jurisprudence relative à l'Accord antidumping¹⁵³¹ (v. *infra*, n° 395).

On voit ainsi l'OMC dotée d'une « volonté propre », qu'elle est capable d'exprimer¹⁵³² (v. aussi *infra*, n° 392 et s.).

304. Autres affaiblissements de l'unanimité

L'expression collective ne s'arrête pas là. Les observateurs des négociations commerciales¹⁵³³ décrivent en effet de nombreux mécanismes de représentation, notamment par la constitution

pratiques dans le droit de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) », in *Colloque de Genève – La pratique et le droit international*, Paris, Pedone, 2004, p. 199-200.

¹⁵³⁰ Pour une proposition prudente de tempérer la pratique absolue du consensus, et donc de rétablir (en pratique) la possibilité d'un vote, au moins au titre de « menace », C.-D. EHLERMANN et L. EHRLING, « Decision-Making in the World Trade Organization – Is the Consensus Practice of the World Trade Organization Adequate for Making, Revising and Implementing Rules on International Trade? », *J.I.E.L.* 8(1), 2005, p. 71 et s.

¹⁵³¹ J.F. COLARES, « A Theory of WTO Adjudication: From Empirical Analysis to Biased Rule Development », *Vanderbilt Journ. Transnational L.* 42(2), 2009, p. 383-439.

¹⁵³² P. LAMY, « The Place of the WTO and its Law in the International Legal Order », *E.J.I.L.* 17(5), 2006, p. 971 : « *its own will* ».

¹⁵³³ V. par exemple M.E. FOOTER, *An Institutional and Normative Analysis of the World Trade Organization*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2006, p. 106-115, qui décrit la tension entre le « *club model* » et les modes décisionnels plus collectifs.

de groupes d'États aux intérêts (relativement) homogènes : Quad, PMA, *Friends of the fish*, et autres « G » suivis d'un nombre variable. L'existence de ces groupes, palliatif à la difficulté de négocier des règles détaillées à plus de 150, affaiblit en réalité la règle de l'unanimité, qui s'efface au profit d'un consensus des principaux intérêts divergents.

La pratique de négocier des questions controversées au sein du « Salon vert » (*green room*), ou plus récemment de la « Room E », est une autre manifestation du déclin de l'unanimité. Par ce biais, les décisions sont effectivement prises, à tout le moins orientées, par un groupe restreint d'États, considérés (parfois à tort) comme représentatifs, notamment en raison de leur « poids » économique. C'est précisément l'érosion de l'unanimité – et donc l'imposition de sa décision par un groupe à un autre – que critiquent les détracteurs de cette technique, en sus du caractère inadéquat de la « représentation ».

305. Objectivité (droit réel)

La multilatéralisation a eu pour « effet secondaire » de faire évoluer le système précédent, basé sur des « droits subjectifs » des États, vers un régime de droit objectif ou, comme aurait dit Hauriou, de « droit réel ».

Dans un système bilatéral, chaque partie peut faire valoir contre l'autre les droits que lui reconnaît le traité. Chaque traité contient des règles différentes, au gré de la négociation entre les parties.

Dans un système multilatéral, chaque partie, dont les intérêts divergent de ceux de chaque autre (sur certains points au moins), est engagée envers chaque autre partie contractante en vertu des mêmes règles. On est ainsi face à un mécanisme commun, sinon unique, regroupant et remplaçant les accords bilatéraux disparates en vigueur précédemment. Bien entendu, ce système confère des droits subjectifs et impose des obligations à chaque partie (comme le fait aussi, d'ailleurs, le droit objectif étatique). Mais par l'uniformisation des règles et l'engagement de tous envers tous, le régime s'apparente à une réglementation objective plutôt qu'à un bouquet de droits subjectifs.

Le droit du commerce international a connu une évolution vers une objectivation des règles, qui permet aujourd'hui de parler, comme le préambule de l'Accord OMC, d'un « système

commercial multilatéral intégré », qui n'est plus un assemblage de droits subjectifs mais un régime objectif s'imposant à tous les membres¹⁵³⁴. Comme l'écrit P. Lamy,

« the WTO comprises a true legal order. If we take up Professor Jean Salmon's definition, "a body of rules of law constituting a system and governing a particular society or grouping", we see that there exists, within the international legal order, a specific WTO legal order. The WTO system has two essential attributes: valid rules and enforcement mechanisms. »¹⁵³⁵

On en trouve diverses confirmations dans le droit positif.

Premièrement, en droit international général, la possibilité de formuler des réserves lors de la conclusion de traités multilatéraux, avec l'effet réciproque que leur reconnaît le droit international¹⁵³⁶, réintroduit le bilatéralisme dans tout régime se voulant objectif et empêche de considérer les « traités-lois » comme une véritable réglementation. Le traité multilatéral serait alors « un faisceau de traités bilatéraux presque semblables »¹⁵³⁷. Appliquée *a contrario* au droit de l'OMC, cette analyse confirme la portée objective qu'il faut reconnaître à ses règles. Car si les États ont exclu toutes les réserves – avec certes un régime particulier pour les obligations de traitement national et d'accès au marché en matière de services – ils ont sans doute voulu exclure le bilatéralisme classique du droit international, et ériger l'Accord de Marrakech en « vrai » traité-loi, qui ménage cependant une place à des accords particuliers entre États membres.

En second lieu, l'objectivation a été renforcée par l'inclusion progressive de « règles » dans les Accords du GATT et de l'OMC. On entend par là les normes des Accords de l'OMC qui fixent le régime « objectif » du commerce international et qui s'appliquent donc exactement de la même manière à tous les États, par opposition aux « concessions » (c'est-à-dire en pratique aux taux des droits consolidés, aux quotas et aux engagements concernant les services) qui varient pour chaque État en fonction du résultat des dernières négociations. Font ainsi partie des « règles », les réglementations des mesures commerciales (antidumping, mesures compensatoires aux subventions et sauvegardes), des obstacles techniques et mesures sanitaires, des droits intellectuels, de l'évaluation en douane, etc. Une acception large permettrait même d'inclure le règlement des différends et l'examen des politiques commerciales dans les « règles ».

¹⁵³⁴ S. CHO, « The Nature of Remedies in International Trade Law », *University Pittsburgh L. R.* 65(4), 2004, p. 791-792.

¹⁵³⁵ P. LAMY, « The Place of the WTO and its Law in the International Legal Order », *E.J.I.L.* 17(5), 2006, p. 970.

¹⁵³⁶ Art. 21 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités.

¹⁵³⁷ P. D'ARGENT, « Un héritage civiliste en droit international public ? », in A. WUJFELS (dir.), *Le Code civil, entre ius commune et droit privé européen*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 213.

Développées pendant les *rounds* de la seconde moitié du XX^e siècle, y compris celui de l'Uruguay, ces règles ont aujourd'hui une grande importance quantitative et pratique : lors d'une accession, la transposition des « règles » en droit interne, pour que le « régime commercial » de l'État candidat y soit conforme, est une tâche bien plus complexe que la détermination des concessions tarifaires¹⁵³⁸. Ces règles donnent de l'OMC l'image d'un ordre juridique objectif applicable à tous les États membres plutôt que d'un ensemble de concessions tarifaires.

D. Steger lie expressément le développement progressif des « règles » et un système normatif international qui dépasse le contrat – ce qui fait écho à l'arrêt *Van Gend en Loos* (*supra*, n° 295) :

« the GATT changed from an agreement that was about tariffs, reciprocal bargaining, and exchanging concessions to an agreement about rules – rules primarily focused on nondiscrimination, but also allowing governments to impose anti-dumping and countervailing duties and safeguards measures; to enter into regional trade arrangements; and further, to take actions in derogation of the GATT norms of nondiscrimination, as necessary to protect public morals; to protect human, animal, and plant life and health; to conserve exhaustible natural resources; and to protect national security interests. Thus, over time, the GATT became *something greater than a contract* that could be withdrawn from by any contracting party whenever it found the obligations too onerous. The GATT, somewhere between the end of the Tokyo Round and the end of the Uruguay Round, became an *international system of rules, of legal norms*, considerably more extensive and binding than the reciprocal exchanges of bindings and concessions that had characterized the original GATT. »¹⁵³⁹ (nos italiques)

Enfin, l'institutionnalisation se marque aussi dans la théorie de l'interprétation. Dans un contexte contractuel, il peut se justifier d'interpréter par référence à l'intention, ou aux attentes légitimes, des parties au litige – qui sont aussi les parties au contrat. Une interprétation plus objective, basée par exemple sur « le sens ordinaire » des termes, s'indique davantage lorsqu'une même disposition s'applique à l'égard d'un grand nombre de parties, comme c'est le cas des listes de concessions en vertu de la clause de la nation la plus favorisée¹⁵⁴⁰. Or, c'est précisément cette technique que privilégient les organes judiciaires de l'OMC, même s'ils veillent à lire les Accords dans leur contexte et à la lumière de leurs objectifs¹⁵⁴¹.

¹⁵³⁸ I.I. KAVASS, « WTO Accession: Procedure, Requirements and Costs », *J.W.T.* 41(3), 2007, p. 461-464.

¹⁵³⁹ D.P. STEGER, « Afterword: The "Trade and ..." Conundrum – A Commentary », *American Journ. Int. L.* 96(1), 2002, p. 137-138.

¹⁵⁴⁰ V. à ce sujet l'analyse des décisions du groupe spécial et de l'Organe d'appel dans l'affaire *Communautés européennes – Classement tarifaire de certains matériels informatiques*, WT/DS62, WT/DS67 et WT/DS68 par P.C. MAKI, « Interpreting GATT Using the Vienna Convention on the Law of Treaties: A Method to Increase the Legitimacy of the Dispute Settlement System », *Minnesota Journ. Global Trade* 9, 2000, p. 343-360, spéc. p. 354 et s.

¹⁵⁴¹ Sur la méthode d'interprétation de l'Organe d'appel, v. parmi d'autres I. VAN DAMME, « Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body », *E.J.I.L.* 21(3), 2010, p. 621-635.

306. Implication des tiers dans le fonctionnement général de l'Organisation

Petit à petit, l'OMC s'ouvre aux non-parties. De ce point de vue, l'évolution n'en est qu'à ses débuts, mais plusieurs signes montrent un mouvement.

L'OMC reconnaît elle-même que les organisations non gouvernementales ont un intérêt et une légitimité au suivi des négociations commerciales. L'article V.2 de l'Accord sur l'OMC permet de manière générale une coopération entre l'organisation et les ONG. Il a été complété par des lignes directrices qui indiquent certaines modalités de collaboration entre l'OMC et les ONG, en particulier sur le plan de l'information. En échange, l'OMC attend de cette collaboration qu'elle renforce sa légitimité :

« les Membres reconnaissent le rôle que les ONG peuvent jouer pour mieux informer le public des activités de l'OMC et conviennent à cet égard d'améliorer la transparence et de développer la communication avec les ONG »¹⁵⁴².

Le dernier paragraphe réaffirme cependant le caractère interétatique des négociations commerciales et renvoie les ONG vers les gouvernements nationaux :

« Les Membres ont insisté sur le caractère particulier de l'OMC, qui est à la fois un traité intergouvernemental juridiquement contraignant qui établit des droits et des obligations entre ses Membres et une enceinte pour des négociations. A la suite de longues discussions, il apparaît que, de l'avis général, il ne sera pas possible de faire participer directement les ONG aux travaux de l'OMC ni à ses réunions. La consultation et la coopération avec les ONG peuvent aussi être renforcées de façon constructive par des processus appropriés au niveau national, où réside la responsabilité première de tenir compte des différents éléments d'intérêt public qui influent sur l'élaboration de la politique commerciale. »¹⁵⁴³

Ainsi, les ONG sont invitées à observer les conférences ministérielles, mais non à participer aux véritables négociations commerciales, qui restent interétatiques¹⁵⁴⁴, même si ces ONG ont pour objectif de les influencer¹⁵⁴⁵. Plusieurs auteurs constatent l'implication d'acteurs non étatiques dans les activités de l'OMC et appellent de leurs vœux un renforcement de cette participation¹⁵⁴⁶.

¹⁵⁴² Lignes directrices pour les arrangements concernant les relations avec les organisations non gouvernementales, Décision adoptée par le Conseil général le 18 juillet 1996, WT/L/162, 23 juillet 1996, 2.

¹⁵⁴³ Lignes directrices pour les arrangements concernant les relations avec les organisations non gouvernementales, Décision adoptée par le Conseil général le 18 juillet 1996, WT/L/162, 23 juillet 1996, 6.

¹⁵⁴⁴ P. LAMY, « The Place of the WTO and its Law in the International Legal Order », *E.J.I.L.* 17(5), 2006, p. 974.

¹⁵⁴⁵ Sur l'influence des ONG (dont un grand nombre représentent d'ailleurs des intérêts commerciaux) dans les négociations commerciales, C.P. BOWN, *Self-Enforcing Trade. Developing Countries and WTO Dispute Settlement*, Washington, Brookings Institution Press, 2009, p. 178-188.

¹⁵⁴⁶ Par exemple I. FEICHTNER, « The Waiver Power of the WTO: Opening the WTO for Political Debate on the Reconciliation of Competing Interests », *E.J.I.L.* 20(3), 2009, p. 635-636 (à propos de la dérogation à

307. Implication des tiers dans le règlement des différends

Dans le cadre du règlement des différends, les tiers peuvent être soit des États membres de l'OMC qui ne sont pas parties au différend, soit des particuliers ou d'autres personnes qui ne sont pas membres de l'OMC.

L'intervention de tierces parties dans le règlement des différends (art. 10 MRD) est un mécanisme « classique », antérieur dans son principe à l'Accord de Marrakech¹⁵⁴⁷. L'appellation « tierce partie » vise ici un État membre de l'OMC qui n'a pas formulé de demande dans le cadre d'un différend particulier, mais qui entend néanmoins participer à la procédure¹⁵⁴⁸. Même si le mécanisme est globalement resté le même, la conception qu'on en a et l'utilisation qu'on en fait est révélatrice de l'institutionnalisation. Dans une conception contractualiste, cette règle s'explique par la circonstance que l'État tiers au différend a une obligation en tous points similaire à, mais distincte de, celle de l'État défendeur (ou un droit également similaire et distinct de celui du plaignant). Étant par ailleurs soumis à la juridiction de l'ORD, il s'intéresse à la manière dont le contrat est interprété et appliqué, anticipant que cette jurisprudence pourrait être reproduite à l'avenir. On peut aussi donner une interprétation « institutionnelle » du mécanisme. On indiquera alors que, puisque tous les États membres sont soumis aux mêmes règles, ils ont tous un intérêt à ce qu'elles soient correctement interprétées et appliquées. L'article 10.1 MRD renforce cette interprétation, lorsqu'il impose de prendre pleinement en compte « les intérêts des parties à un différend [mais aussi] ceux des autres Membres ». L'omniprésence de considérations « systémiques » dans les prises de positions des tierces parties – et de tous les membres lors de la discussion des rapports à la réunion de l'ORD – indique que les États eux-mêmes privilégient la seconde interprétation¹⁵⁴⁹.

l'Accord ADPIC de 2003). *Contra* : B. KIEFFER, *L'Organisation mondiale du commerce et l'évolution du droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 145-154.

¹⁵⁴⁷ *Understanding Regarding Notification, Consultation, Dispute Settlement and Surveillance*, 28 novembre 1979, L/4907, 3 décembre 1979, p. 3 ; *Improvements to the GATT dispute settlement rules and procedures*, Decision of 12 April 1989, L/6489, 13 avril 1989, p. 5.

¹⁵⁴⁸ V. déjà *Understanding Regarding Notification, Consultation, Dispute Settlement and Surveillance*, 28 novembre 1979, L/4907, 3 décembre 1979, 15.

¹⁵⁴⁹ Sur les discussions entre États membres en vue d'une modification des règles du Mémoire d'accord concernant les tierces parties, v. *Session extraordinaire de l'Organe de règlement des différends*, Rapport du Président, M. l'Ambassadeur Ronald Saborío Soto, au Comité des négociations commerciales, TN/DS/25, 21 avril 2011.

Les particuliers ne peuvent agir devant l'ORD¹⁵⁵⁰, mais ils ont diverses possibilités pour participer (de plus loin) au règlement des différends de l'OMC.

Premièrement, il leur est possible d'amener leur État à initier une procédure de règlement de différend¹⁵⁵¹. Les États-Unis et l'Union européenne ont même institué une procédure interne permettant aux personnes privées de faire valoir leurs revendications à cet égard¹⁵⁵². Dans d'autres États, cette influence est plus informelle¹⁵⁵³.

Deuxièmement, ils peuvent se tenir informés. Les parties à un différend peuvent décider, individuellement, de rendre publics les actes de procédure qu'elles déposent¹⁵⁵⁴, ce qui contribue à la transparence du mécanisme. Les États-Unis ont proposé que cette publicité soit le principe, et qu'elle soit assurée par l'OMC¹⁵⁵⁵. Les décisions des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel sont également publiées¹⁵⁵⁶.

¹⁵⁵⁰ C.-E. CÔTÉ, *La participation des personnes privées au règlement des différends internationaux économiques : l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 78.

¹⁵⁵¹ V. N. ANGELET, « Le tiers à l'instance dans la procédure de règlement des différends de l'OMC », in H. RUIZ FABRI et J.-M. SOREL (dir.), *Le tiers à l'instance devant les juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2005, p. 208 ; R.O. KEOHANE, A. MORAVCSIK et A.-M. SLAUGHTER, « Legalized Dispute Resolution: Interstate and Transnational », *Int. Org.* 54(3), 2000, p. 485 et s. ; T.N. SRINIVASAN, « The Dispute Settlement Mechanism of the WTO: A Brief History and an Evaluation from Economic, Contractarian and Legal Perspectives », *World Economy* 30(7), 2007, p. 1051

¹⁵⁵² Art. 301-310 Trade Act of 1974 ; Règl. (CE) n° 3286/94 du Conseil, du 22 décembre 1994, arrêtant des procédures communautaires en matière de politique commerciale commune en vue d'assurer l'exercice par la Communauté des droits qui lui sont conférés par les règles du commerce international, en particulier celles instituées sous l'égide de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), *J.O.C.E.*, L 349, 31 décembre 1994, p. 71-78 (*supra*, n° 251) ; C.-E. CÔTÉ, *La participation des personnes privées au règlement des différends internationaux économiques : l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 420-443.

¹⁵⁵³ C.-E. CÔTÉ, *La participation des personnes privées au règlement des différends internationaux économiques : l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 443-447, qui expose en particulier la pratique au Canada.

¹⁵⁵⁴ T.N. SRINIVASAN, « The Dispute Settlement Mechanism of the WTO: A Brief History and an Evaluation from Economic, Contractarian and Legal Perspectives », *World Economy* 30(7), 2007, p. 1053. Par exemple, la Commission européenne publie sur son site web les mémoires qu'elle dépose dans le cadre du règlement des différends de l'OMC (<http://ec.europa.eu/trade/tackling-unfair-trade/dispute-settlement/>).

¹⁵⁵⁵ *Nouvelle contribution des États-Unis à l'amélioration du Mémoire d'accord de l'OMC sur le règlement des différends en ce qui concerne la transparence – Texte juridique révisé*, Communication des États-Unis, TN/DS/W/86, 21 avril 2006, p. 3. Sur les liens entre la publicité du règlement des différends et la participation des acteurs privés, R.E. HUDEC, « The New WTO Dispute Settlement Procedure: An Overview of the First Three Years », *Minnesota Journ. of Global Trade* 8(1), 1999, p. 43-49.

¹⁵⁵⁶ *Procédures de distribution et de mise en distribution générale des documents de l'OMC*, Décision du 14 mai 2002, WT/L/452, 16 mai 2002.

Par contre, les audiences sont en principe confidentielles. La proposition d'ouvrir au public les audiences des groupes spéciaux¹⁵⁵⁷ a été mise en œuvre pour la première fois en 2005¹⁵⁵⁸. Les groupes spéciaux ont décidé de tenir une audience publique, « après avoir étudié soigneusement les dispositions existantes du Mémorandum d'accord », qui ne s'y opposaient pas¹⁵⁵⁹. L'Organe d'appel a confirmé cette solution au terme d'un raisonnement circonstancié¹⁵⁶⁰. Certes, le consentement des parties en cause est requis¹⁵⁶¹, ce qui signifie que la confidentialité reste la règle. Mais l'existence d'un accord des parties quant à la publicité des débats est lui-même révélateur du sentiment à ce sujet de trois membres « importants »¹⁵⁶². Cette publicité est devenue une pratique courante¹⁵⁶³ dans les différends impliquant les États-Unis et l'Union européenne¹⁵⁶⁴. Les États-Unis ont proposé d'en faire la règle générale inscrite

¹⁵⁵⁷ Not. CONSEIL CONSULTATIF, *L'avenir de l'OMC – Relever les défis institutionnels du nouveau millénaire*, Genève, OMC, 2004, § 261-263, p. 69 ; C.-D. EHLERMANN, « Experiences from the WTO Appellate Body », *Texas Int. L. Journ.* 38, 2003, p. 472 ; J.H.H. WEILER, « The Rule of Lawyers and the Ethos of Diplomats – Reflections on the Internal and External Legitimacy of WTO Dispute Settlement », *J.W.T.* 35(2), 2001, p. 203.

¹⁵⁵⁸ *États-Unis – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones et Canada – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones*, Communication du Président des Groupes spéciaux, WT/DS320/8 et WT/DS321/8, 2 août 2005.

¹⁵⁵⁹ Les arguments des parties et des tierces parties ainsi que les motifs de la décision du groupe spécial sont exposés dans le rapport : *États-Unis – Maintien de la suspension*, 7.1-7.54.

¹⁵⁶⁰ *États-Unis – Maintien de la suspension (appel)*, 31-33 et Annexe IV.

¹⁵⁶¹ *États-Unis – Maintien de la suspension*, 7.44.

¹⁵⁶² Avec le Japon, ces trois pays (Canada, États-Unis, Union européenne) formaient autrefois la Quad, ou Quadrilatérale, soit un petit groupe de membres « importants » qui se réunissait pour tenter de débloquent les points d'achoppement des négociations commerciales. V. <http://www.wto.org/french/thewto/f/whatis/f/tif/f/org3/f.htm>, 21 février 2012).

¹⁵⁶³ Hélène RUIZ FABRI et Pierre MONNIER parlent de « coutume » (« Organisation mondiale du commerce. Chronique du règlement des différends 2008-2009 », *J.D.I.*, 2009, p. 937).

¹⁵⁶⁴ Des audiences publiques ont été tenues dans les instances suivantes :

- *Bananes III*, WT/DS27/RW/USA : groupe spécial de la mise en conformité (6 et 7 novembre 2007) et Organe d'appel de la mise en conformité (16 et 17 octobre 2008) ;
- *États-Unis – Lois, réglementations et méthode de calcul des marges de dumping ("réduction à zéro")*, WT/DS294 : groupe spécial de la mise en conformité (9 avril 2008), Organe d'appel de la mise en conformité (23 et 24 mars 2009) et arbitre des sanctions (20 mai 2010) ;
- *CE et certains États membres – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs*, WT/DS316 : groupe spécial (20 et 21 mars 2007 et les 25 et 26 juillet 2007 ; l'OMC a diffusé en différé des enregistrements vidéo de l'audience ; v. Groupe spécial, *CE et certains États membres – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs*, WT/DS316/R, 30 juin 2010, 1.13) et Organe d'appel (18 novembre et 14 décembre 2010 ; une partie seulement de la deuxième audience a été diffusée en différé) ;
- *États-Unis – Maintien en existence et application de la méthode de réduction à zéro*, WT/DS350 : groupe spécial (29 janvier et 22 avril 2008) et Organe d'appel (11 et 12 décembre 2008) ;
- *États-Unis – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs (deuxième plainte)*, WT/DS353 : groupe spécial (28 septembre 2007 et 18 janvier 2008 ; pour éviter la divulgation d'informations confidentielles, seule une partie des audiences a été diffusée en différé ; v. Groupe spécial, *États-Unis – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs (deuxième plainte)*,

dans le Mémoire d'accord¹⁵⁶⁵. La pratique d'ouverture des audiences au public est aussi acceptée par d'autres États¹⁵⁶⁶, mais non par tous¹⁵⁶⁷. Ce genre d'événement ne déplace cependant pas les foules¹⁵⁶⁸.

On constate une évolution similaire dans d'autres mécanismes juridictionnels du droit économique international. Les États en litige ont consenti à une ouverture au public de certaines audiences dans le cadre du règlement des différends au sujet de l'ALENA¹⁵⁶⁹. L'article 32.2 du Règlement de conciliation et d'arbitrage du CIRDI (2006) prévoit la possibilité d'autoriser le

WT/DS353/R, 31 mars 2011, 1.15) et Organe d'appel (23 août 2011 et 18 octobre 2011 (diffusion d'une partie de l'audience en différé).

- *CE et leurs États membres – Traitement tarifaire de certains produits des technologies de l'information*, WT/DS375, WT/DS376 et WT/DS377 : groupe spécial (12 et 13 mai et 9 juillet 2009).

¹⁵⁶⁵ *Nouvelle contribution des États-Unis à l'amélioration du Mémoire d'accord de l'OMC sur le règlement des différends en ce qui concerne la transparence – Texte juridique révisé*, Communication des États-Unis, TN/DS/W/86, 21 avril 2006, p. 2.

¹⁵⁶⁶ On relève une ouverture au public dans les différends suivants :

- *CE – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, Deuxième recours de l'Équateur à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS27/RW2/ECU : Organe d'appel (16 et 17 octobre 2008) ;

- *États-Unis – Mesures relatives à la réduction à zéro et aux réexamens à l'extinction*, WT/DS322 : groupe spécial de la mise en conformité (4 novembre 2008), Organe d'appel de la mise en conformité (29 et 30 juin 2009) et arbitre des sanctions (6 et 7 octobre 2010) ;

- *Australie – Mesures affectant l'importation de pommes en provenance de Nouvelle-Zélande*, WT/DS367 : groupe spécial (septembre 2008 et 30 juin et 2 juillet 2009) et Organe d'appel (11 et 12 octobre 2010) ;

- *États-Unis – Certaines prescriptions en matière d'étiquetage indiquant le pays d'origine (EPO)*, WT/DS384 et WT/DS386 : groupe spécial (14, 15 et 16 septembre, 1^{er} et 2 octobre 2010) ;

- *Canada – Certaines mesures affectant le secteur de la production d'énergie renouvelable*, WT/DS412 : groupe spécial (2 et 3 février 2012 et 27-28 mars 2012) ;

- *Canada – Mesures relatives au programme de tarifs de rachat garantis*, WT/DS426 : groupe spécial (27-28 mars 2012).

¹⁵⁶⁷ Entre autres *États-Unis – Jeux (article 22:6 – États-Unis)*, 2.29 ; *États-Unis – Maintien de la suspension*, 7.21 et s. ; *États-Unis – Maintien de la suspension (appel)*, 31 ; Organe d'appel, *États-Unis – Lois, réglementations et méthode de calcul des marges de dumping ("réduction à zéro")*, Recours des Communautés européennes à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS294/AB/RW, 14 mai 2009, 14 ; *Négociations concernant le Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, Proposition du Groupe africain, TN/DS/W/15, 25 septembre 2002, p. 8 ; H. RUIZ FABRI et P. MONNIER, « Organisation mondiale du commerce. Chronique du règlement des différends 2008-2009 », *J.D.I.*, 2009, p. 937 ; S. SHADIKHODJAEV, *Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, p. 83. Pour un examen complet de la pratique d'ouverture des audiences au public et de ses effets positifs principalement sur la légitimité du règlement des différends, L. EHRING, « Public Access to Dispute Settlement Hearings in the World Trade Organization », *J.I.E.L.* 11(4), 2008, p. 1021-1034. M. ELSIG, « The World Trade Organization's Legitimacy Crisis: What Does the Beast Look Like? », *J.W.T.* 41(1), p. 87, souligne aussi l'importance de cette pratique pour la légitimité de l'OMC.

¹⁵⁶⁸ ORGANE D'APPEL, *Rapport annuel pour 2009*, WT/AB/13, 17 février 2010, p. 47, qui mentionne l'inscription de respectivement 33, 37 et 36 personnes pour les audiences concernées en 2009.

¹⁵⁶⁹ C.-E. CÔTÉ, *La participation des personnes privées au règlement des différends internationaux économiques : l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 257, 302.

public à suivre les audiences, sauf opposition d'une partie¹⁵⁷⁰. L'obligation de tenir des audiences publiques est aussi inscrit dans les règles de procédures de certains accords bilatéraux relatives à l'arbitrage entre un État d'accueil et un investisseur¹⁵⁷¹.

Troisièmement, les ONG ont une influence sur le règlement des différends, quoiqu'elles soient en général moins actives dans ce domaine que dans celui des négociations multilatérales. Néanmoins, elles peuvent aider à produire et à distribuer l'information permettant de lancer une procédure de règlement des différends ou de s'y défendre. Elles peuvent chercher à façonner l'opinion publique (ou un groupe de lobbys) pour obtenir son soutien en faveur de l'introduction d'une procédure par un État membre, ou de la mise en œuvre d'une décision de l'ORD. Enfin, certaines s'immiscent plus directement dans les procédures par le biais de mémoires d'*amicus curiae* (*infra*, n° 332)¹⁵⁷². On trouve un bel exemple d'activisme des ONG dans l'affaire *États-Unis – Coton upland* (DS267) : d'une part, elles ont aidé les pays d'Afrique de l'Ouest (Bénin, Tchad) à se joindre à l'action du Brésil contre les subventions américaines aux producteurs de coton¹⁵⁷³ ; et, d'autre part, elles ont mobilisé les médias pour tenter d'infléchir la politique agricole américaine en informant l'opinion publique des effets des subventions sur les pays pauvres¹⁵⁷⁴.

308. Implication des tiers et la question de l'effet direct du droit de l'OMC

Une manière particulièrement forte d'impliquer les tiers serait de leur permettre d'invoquer les règles de l'Organisation, voire d'en tirer des droits qu'ils pourraient faire valoir devant les juridictions internes. Lorsque, dans son arrêt *Van Gend en Loos*, la Cour de justice des Communautés européennes met en lumière le caractère institutionnel des Communautés, c'était pour ensuite affirmer que les particuliers peuvent invoquer directement les dispositions

¹⁵⁷⁰ N. RUBINS et A. CANIVET, « Les modifications récentes du règlement CIRDI », in Ch. LEBEN (dir.), *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux – aspects récents*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, p. 178-179.

¹⁵⁷¹ N. RUBINS et A. CANIVET (« Les modifications récentes du règlement CIRDI », in Ch. LEBEN (dir.), *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux – aspects récents*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, p. 179) citent deux exemples : art. 15.20, § 2 du *United States – Singapore Free Trade Agreement* (6 mai 2003) et art. 10.20, § 2 du *United States – Chile Free Trade Agreement* (6 juin 2003).

¹⁵⁷² Sur les rôles (possibles) des ONG dans le règlement des différends, C.P. BOWN, *Self-Enforcing Trade. Developing Countries and WTO Dispute Settlement*, Washington, Brookings Institution Press, 2009, p. 188-207.

¹⁵⁷³ C.P. BOWN, *Self-Enforcing Trade. Developing Countries and WTO Dispute Settlement*, Washington, Brookings Institution Press, 2009, p. 189.

¹⁵⁷⁴ C.P. BOWN, *Self-Enforcing Trade. Developing Countries and WTO Dispute Settlement*, Washington, Brookings Institution Press, 2009, p. 194-197, qui décrit aussi les obstacles auxquels s'est heurtée cette entreprise.

du Traité de Rome devant les juridictions nationales¹⁵⁷⁵. Le lien entre la reconnaissance de l'effet direct des règles d'un traité et l'institutionnalisation résulte notamment de ce que ces règles, dès lors que tous peuvent les invoquer et en tirer des droits, deviennent du droit objectif plutôt que de n'être qu'une source de droits et d'obligations des États.

On ne peut pas exposer ici toutes les composantes du débat sur l'effet direct (et plus largement l'invocabilité) du droit du GATT et de l'OMC¹⁵⁷⁶. Les Accords de l'OMC ne se prononcent pas explicitement sur cette question, et le groupe spécial qui s'est risqué à approcher ce débat n'a pas montré beaucoup d'enthousiasme, faisant vraisemblablement allusion aux arrêts *Van Gend en Loos* et *Costa* (*supra*, n° 295) pour en prendre le contre-pied :

« Ni le GATT ni l'Accord sur l'OMC n'ont été interprétés jusqu'à présent par les organes du GATT/de l'OMC comme un ordre juridique déployant des effets directs. [Note 661] Suivant cette façon de voir, le GATT/l'OMC n'ont *pas* créé un nouvel ordre juridique dont les sujets seraient à la fois les parties contractantes ou les Membres et leurs ressortissants. »¹⁵⁷⁷

Mais dans la note de bas de page, le groupe spécial laisse en réalité la porte ouverte, tant pour les juridictions internes que pour celles de l'OMC :

« ⁶⁶¹ Il s'agit en l'occurrence d'une déclaration sur une question de fait, qui ne suppose de notre part aucun jugement sur le fond. Nous observons que la question de savoir s'il existe des circonstances dans lesquelles les obligations faites aux Membres dans l'un ou l'autre des accords de l'OMC créent pour les particuliers des droits que les tribunaux nationaux doivent protéger reste ouverte, en particulier en ce qui concerne les obligations après l'épuisement des procédures prévues dans le Mémoire d'accord dans le cadre d'un différend donné [références omises]. Le fait que les organes de l'OMC n'aient jusqu'à présent interprété aucune obligation comme déployant des effets directs n'empêche pas nécessairement que des obligations, incorporées dans le système juridique d'un Membre donné, puissent conférer des droits aux particuliers du fait de l'application de principes constitutionnels internes. Notre déclaration sur cette question de fait ne préjuge pas des décisions qui pourraient être rendues par les tribunaux nationaux sur cette question. »¹⁵⁷⁸

¹⁵⁷⁵ C.J.C.E., 5 février 1963, *van Gend en Loos*, 26/62, *Rec.*, 1963, p. 23.

¹⁵⁷⁶ En doctrine, v. parmi de nombreux autres, T. COTTIER et K. NADAKAVUKAREN SCHEFER, « The Relationship Between World Trade Organization Law, National and Regional Law », *J.I.E.L.*, 1998, p. 83-122 ; F. DI GIANNI et R. ANTONINI, « DSB Decisions and Direct Effect of WTO Law: Should the EC Courts be More Flexible when the Flexibility of the WTO has Come to an End? », *J.W.T.* 40(4), 2006, p. 777-793 ; P. EECKHOUT, « The Domestic Legal Status of the WTO Agreement – Interconnecting Legal Systems », *C.M.L.R.*, 1997, p. 11-58 ; P.J. KUIJPER et M. BRONCKERS, « WTO Law in the European Court of Justice », *C.M.L.R.*, 2005, p. 1313-1355 ; 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. 683 et s. ; G.A. ZONNEKEYN, « The Status of WTO Law in the EC Legal Order – The Final Curtain? », *J.W.T.* 34(3), 2000, p. 111-125.

¹⁵⁷⁷ Groupe spécial, *États-Unis – Articles 301 à 310 de la loi de 1974 sur le commerce extérieur*, WT/DS152/R, 22 décembre 1999, 7.72 (italiques de l'original).

¹⁵⁷⁸ Groupe spécial, *États-Unis – Articles 301 à 310 de la loi de 1974 sur le commerce extérieur*, WT/DS152/R, 22 décembre 1999, 7.72, n. 661.

La plupart des membres de l'OMC refusent que les dispositions du droit de l'OMC bénéficient de l'effet direct, ou même puissent être invoquées, devant les juridictions internes¹⁵⁷⁹, avec parfois quelques tempéraments¹⁵⁸⁰. Pour la C.J.U.E., et contrairement à ce que paraît suggérer le groupe spécial, l'existence d'une décision de l'ORD constatant l'existence d'une violation du droit de l'OMC, non (encore) suivie d'une mise en conformité, ne conduit pas à une appréciation différente de l'invocabilité (v. aussi *supra*, n° 55)¹⁵⁸¹.

Ceci étant, les voix se multiplient en faveur de l'idée que les particuliers ont à tout le moins un fort intérêt à la bonne application du droit de l'OMC. Ainsi, le groupe spécial précité reconnaît explicitement que les règles du commerce international sont établies dans l'intérêt des particuliers.

« Par la force des choses, le système commercial multilatéral est composé non seulement d'États mais aussi, de fait surtout, d'agents économiques. Ce sont eux qui souffrent le plus du manque de sécurité et de prévisibilité. Le plus souvent et de plus en plus, le commerce est le fait d'agents du secteur privé. C'est en améliorant les conditions dans lesquelles opèrent ces agents du secteur privé que les Membres profitent des disciplines de l'OMC »¹⁵⁸².

L'arbitre de l'affaire *Bananes III* avance que les États membres ont des « obligations » à l'égard des particuliers, même si ceux-ci n'ont pas accès au mécanisme de règlement des différends :

« Il convient de souligner que, dans ses relations avec tous les autres Membres de l'OMC et les personnes physiques ou morales qui en sont ressortissantes, l'Équateur reste lié par ses obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC et que tous ces Membres de l'OMC conservent le droit d'exercer leurs droits au titre du Mémoire d'accord à l'égard de l'Équateur. »¹⁵⁸³

¹⁵⁷⁹ En droit de l'Union européenne : Décision 94/800/CE du Conseil du 22 décembre 1994 relative à la conclusion au nom de la Communauté européenne, pour ce qui concerne les matières relevant de ses compétences, des accords des négociations multilatérales du cycle de l'Uruguay (1986-1994), *J.O.C.E.*, 23 décembre 1994, L 336, p. 1, dernier considérant et, parmi les principaux arrêts : C.J.C.E., 12 décembre 1972, *International Fruit Company*, 21-24/72, *Rec.*, 1972, p. 1219 ; C.J.C.E., 5 octobre 1994, *R.F.A. c. Conseil (Bananes I)*, C-280/93, *Rec.*, 1994, p. I-4973 ; C.J.C.E., 23 novembre 1999, *Portugal c. Conseil*, C-149/96, *Rec.*, p. I-8395 ; C.J.C.E., 30 septembre 2003, *Biret International*, C-93/02, *Rec.*, 2003, p. I-10497 ; C.J.C.E., 30 septembre 2003, *Etablissements Biret et Cie*, C-94/02, *Rec.*, 2003, p. I-10565 ; C.J.C.E., 1^{er} mars 2005, *Van Parys*, C-377/02, *Rec.*, 2005, p. I-1465 ; C.J.C.E., 9 septembre 2008, *FIAMM et FIAMM Technologies e.a. c. Conseil e.a.*, C-120/06 et C-121/06, *Rec.*, 2008, p. I-6513. Encore récemment : C.J.U.E., 10 novembre 2011, *X c. Inspecteur van de Belastingdienst/Y*, C-319/10 et C-320/10. En droit américain : v. J.H. JACKSON, *The Jurisprudence of GATT & the WTO*, Cambridge University Press, 2000, p. 297 et s. ; M. MATSUSHITA, T.J. SCHOENBAUM et P.C. MAVROIDIS, *The World Trade Organization – Law, Practice, and Policy*, Oxford University Press, 2003, p. 97 et s. En droit japonais : v. *ibidem*, p. 107 et s.

¹⁵⁸⁰ C.J.C.E., 22 juin 1989, *Fédération de l'industrie de l'huilerie de la CEE (Fediol)*, 70/87, *Rec.*, 1989, p. 1781 ; C.J.C.E., 7 mai 1991, *Nakajima All Precision Co. Ltd*, C-69/89, *Rec.*, 1991, p. I-2069.

¹⁵⁸¹ C.J.C.E., 9 septembre 2008, *FIAMM et FIAMM Technologies e.a. c. Conseil e.a.*, C-120/06 et C-121/06, *Rec.*, 2008, p. I-6513.

¹⁵⁸² Groupe spécial, *États-Unis – Articles 301 à 310 de la loi de 1974 sur le commerce extérieur*, WT/DS152/R, 22 décembre 1999, 7.76 et 7.77 (extraits).

¹⁵⁸³ CE – *Hormones (Canada)* (article 22:6 – CE), 147.

La doctrine concorde pour affirmer que les agents économiques bénéficient, fût-ce indirectement, des règles multilatérales et du règlement des différends¹⁵⁸⁴.

Devant la Cour de justice de l'Union européenne, les demandes de reconnaissance d'une (certaine) invocabilité des règles de l'OMC se font pressantes¹⁵⁸⁵, y compris de la part d'avocats généraux¹⁵⁸⁶.

Tous ces éléments (n^{os} 306-308) donnent une image nuancée de l'implication des tiers. Malgré les ambiguïtés, ces éléments témoignent d'une tendance générale à l'implication croissante d'acteurs autres que les États membres, ce qui constitue un signe de plus de l'institutionnalisation de l'OMC.

§ 4. *L'analyse institutionnelle et le débat sur le caractère bilatéral ou collectif des obligations du droit de l'OMC*

309. Présentation du débat sur la « nature » des obligations de l'OMC

Comme on l'a déjà indiqué (*supra*, n° 191), la question de la nature bilatérale ou collective des obligations du droit de l'OMC est controversée.

Une obligation est bilatérale lorsqu'elle lie deux États l'un à l'autre. Dans le cadre d'un traité multilatéral, ceci signifie qu'il est possible de « diviser » les obligations que le traité définit de manière générale et abstraite en un faisceau d'obligations dues individuellement à chacune des autres parties au traité. Au contraire, les obligations collectives, qu'on appelle aussi *erga omnes partes*, sont dues indivisiblement au groupe des États signataires, car elles concernent l'intérêt collectif de ces États, et non l'intérêt individuel de chacun d'entre eux. Cette notion apparaît dans l'avis de la Cour internationale de justice relatif aux *Réserves à la Convention sur le génocide*, dont on a déjà cité l'extrait pertinent (*supra*, n° 295). Elle est aussi visée à l'article 48, § 1^{er}, a) du Projet d'articles de la CDI sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, qui vise « l'obligation [...] due à un groupe d'États [...], et [...] établie aux fins de la protection d'un intérêt collectif du groupe ». La Commission définit la notion de manière suivante :

¹⁵⁸⁴ P. ex. J.H. JACKSON, « The case of the World Trade Organization », *Int. Affairs* 84(3), 2008, p. 447.

¹⁵⁸⁵ Chacun des arrêts précités (*supra*, n. 1579) en constitue un exemple.

¹⁵⁸⁶ V. les conclusions de l'Avocat général Alber précédant l'arrêt C.J.C.E., 30 septembre 2003, *Biret International*, C-93/02 et celles de l'Avocat général M. Poiares Maduro précédant l'arrêt C.J.C.E., 9 septembre 2008, *FIAMM et FIAMM Technologies e.a. c. Conseil e.a.*, C-120/06 et C-121/06, spéc. 58-60.

« Pour relever de l'alinéa a, les obligations en cause doivent être des « obligations collectives », c'est-à-dire s'appliquer au sein d'un groupe d'États et avoir été établies dans un intérêt collectif [note omise]. Ainsi, elles pourraient concerner l'environnement ou la sécurité d'une région (cas d'un traité régional établissant une zone dénucléarisée ou d'un système régional de protection des droits de l'homme, par exemple). Elles ne se limitent pas aux arrangements pris uniquement dans l'intérêt des États membres mais s'étendraient aux accords conclus par un groupe d'États pour la protection d'un intérêt commun plus large [note omise]. Mais il doit s'agir en tout cas d'un arrangement transcendant la sphère des relations bilatérales des États parties. Pour ce qui est de la condition selon laquelle l'obligation en cause doit protéger un intérêt collectif, les articles n'ont pas à donner d'énumération de tels intérêts. Entrent dans le champ de l'alinéa a les obligations qui ont pour but principal de défendre un intérêt commun, dépassant les intérêts individuels des États concernés. Cela inclurait les situations où des États, désireux d'établir des normes de protection générales en faveur d'un groupe ou d'un peuple, auraient assumé des obligations protégeant des entités non étatiques [note omise]. »¹⁵⁸⁷

L'argumentation la mieux développée et structurée en faveur du caractère bilatéral des obligations du droit de l'OMC est sans doute celle de J. Pauwelyn, dans son étude consacrée aux conflits de normes en droit international¹⁵⁸⁸. On se réfère donc principalement aux arguments de cet auteur, même si d'autres le rejoignent sur le fond¹⁵⁸⁹. Ceux qui développent une analyse économique du droit de l'OMC considèrent aussi, généralement, qu'il contient des obligations bilatérales, sans doute en raison des présupposés sur lesquels cette analyse est fondée et du mode de fonctionnement des modèles qu'elle élabore¹⁵⁹⁰. C. Carmody défend la thèse adverse, dans un article répondant explicitement aux arguments de J. Pauwelyn¹⁵⁹¹.

Une certaine confusion dans le débat provient du fait que la question théorique de la « nature » des obligations de l'OMC s'entremêle avec une analyse plus appliquée du régime juridique de ces obligations. D'une part, sur le plan strictement juridique, l'intérêt de qualifier les obligations

¹⁵⁸⁷ *Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite – Commentaire général*, Annexe à la Résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies du 12 décembre 2001, A/RES/56/83, p. 135-136.

¹⁵⁸⁸ J. PAUWELYN, *Conflict of Norms in Public International Law – How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge University Press, 2003, 522 p., spéc. p. 52 et s. Les aspects les plus pertinents pour cette discussion ont également été publiés sous la forme d'un article : J. PAUWELYN, « A Typology of Multilateral Treaty Obligations: Are WTO Obligations Bilateral or Collective in Nature? », *E.J.I.L.* 14(5), 2003, p. 907-951.

¹⁵⁸⁹ V. par exemple T. GAZZINI, « The Legal Nature of WTO Obligations and the Consequences of their Violation », *E.J.I.L.* 17(4), 2006, p. 723-742 ; R. HOWSE et D.J. NEVEN, « United States – Tax treatment for 'Foreign Sales Corporations' Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU and Article 4.11 of the SCM Agreement (WT/DS108/ARB) – A Comment », *W.T.R.* 4(1), 2005, p. 115 et s. (qui se réfèrent principalement à J. Pauwelyn et soutiennent l'idée générale de sa thèse) ; A. TANCREDI, « EC Practice in the WTO: How Wide is the 'Scope for Manoeuvre'? », *E.J.I.L.* 15(5), 2004, spéc. p. 959 et s.

¹⁵⁹⁰ V. par exemple K. BAGWELL et R.W. STAIGER, « Multilateral trade negotiations, bilateral opportunism and the rules of GATT/WTO », *Journ. Int. Econ.*, 2004, p. 1-2 (« a web of bilateral reciprocal exchanges of market access concessions between negotiating governments ») ; R.Z. LAWRENCE, *Crimes & Punishments? – Retaliation under the WTO*, Washington, Institute for International Economics, 2003 ; A.O. SYKES, « International Trade », *Encyclopaedia of Law & Economics*, 5910, p. 1119, <http://users.ugent.be/~gdegeest/>.

¹⁵⁹¹ C. CARMODY, « WTO Obligations as Collective », *E.J.I.L.*, 2006, p. 419-443.

de bilatérales ou collectives réside dans les conséquences qu'on peut tirer du régime auquel elles sont soumises, en vertu des règles de la Convention de Vienne sur le droit des traités et des Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, auxquelles les auteurs précités se réfèrent. Différentes questions, comme la possibilité pour deux ou plusieurs États membres de déroger aux règles de l'OMC dans leurs relations réciproques, la détermination des États ayant intérêt se plaindre de la violation d'une règle de l'OMC, ou encore la possibilité de suspendre des obligations en réponse à une violation, se résolvent différemment selon qu'il s'agit d'obligations bilatérales ou collectives. Bien entendu, les règles reprises dans la Convention de Vienne et dans les Articles de la CDI ne s'appliquent que dans la mesure où les États n'y ont pas dérogé par traité, ce qu'ils ont certainement fait par les Accords de l'OMC. Le problème est alors d'interpréter les Accords de l'OMC pour déterminer s'ils contiennent, explicitement ou non, une réponse spécifique à chaque question précise. À défaut, le régime général s'applique et la question de la nature de l'obligation devient éventuellement pertinente. D'autre part, la manière dont les Accords de l'OMC définissent les obligations qu'ils contiennent et le régime auquel ils les soumettent est une importante source d'information pour déterminer si les obligations sont bilatérales ou collectives. Aussi, on se trouve face au problème méthodologique inévitable (v. *supra*, n° 288) résultant de ce que les raisons permettant de qualifier une obligation ne se distinguent pas toujours des conséquences juridiques que cette qualification entraîne¹⁵⁹². Le caractère supplétif de la plupart des règles permet par ailleurs à chaque auteur, lorsqu'il rencontre une règle dont les caractéristiques ne correspondent pas à la théorie qu'il défend, de la qualifier de dérogation conventionnelle qui ne modifie pas la nature de l'obligation¹⁵⁹³.

310. Lien entre ce débat et la question de l'institutionnalisation

Ce qui nous intéresse dans ce débat n'est pas vraiment de déterminer la nature ni le régime des obligations de l'OMC. En ce qui concerne les sanctions, le régime de la suspension d'obligations dans le cadre de l'OMC est totalement réglé par des dispositions spécifiques (*infra*, n° 405), de sorte qu'il n'est pas nécessaire de se référer aux règles générales du droit international. On ne peut sans doute pas en dire de même de la question qui préoccupe davantage J. Pauwelyn, à savoir la possibilité pour deux ou plusieurs États membres de convenir entre eux de déroger aux règles de l'OMC.

¹⁵⁹² J. PAUWELYN, *Conflict of Norms in Public International Law – How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge University Press, 2003, p. 54 et s.

¹⁵⁹³ Par exemple, C. CARMODY, « WTO Obligations as Collective », *E.J.I.L.*, 2006, p. 422 et J. PAUWELYN, *Conflict of Norms in Public International Law – How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge University Press, 2003, p. 55.

Le lien entre ce débat et l'analyse institutionnelle de l'OMC est le suivant. L'existence d'un « intérêt commun, dépassant les intérêts individuels des États concernés »¹⁵⁹⁴ est une caractéristique naturelle de toute institution. Cet intérêt commun, c'est celui qu'ont tous les membres à la réalisation de l'idée qui sert de base à l'institution. Inversement, si les Accords de l'OMC ne sont qu'un faisceau d'obligations bilatérales dont chaque paire d'États membres peut librement disposer (pour ce qui les concerne), alors l'idée d'une institution dotée d'une volonté propre s'imposant aux États membres est mise à mal. Il faut se garder toutefois d'une théorie trop absolue : toutes les obligations ne sont pas nécessairement de même « nature »¹⁵⁹⁵, et la présence de certaines obligations bilatérales ne suffit pas pour invalider la théorie institutionnelle. Il faut plutôt chercher à déterminer si, *de manière générale*, les obligations du droit de l'OMC sont plutôt conçues comme bilatérales ou collectives.

Dans les paragraphes qui suivent, on examine donc si les obligations de l'OMC servent à la défense d'un intérêt collectif (*infra*, n° 311) et si l'évolution du droit économique international révèle un renforcement de la présence de cet intérêt collectif (*infra*, n° 312). Dans la mesure où ceci touche de près aux questions développées dans cette thèse, quelques développements sont ensuite consacrés aux arguments puisés, pour ce débat, dans le domaine du règlement des différends et des sanctions (*infra*, n°s 313-314).

311. Les règles de l'OMC sont au service d'un intérêt collectif

Un argument majeur du débat sur la « nature » des obligations du droit de l'OMC est celui de la signification qu'il convient de reconnaître à la multilatéralisation des engagements qui s'opère en vertu de la clause de la nation la plus favorisée (NPF) dans le cadre d'un traité multilatéral. Pour J. Pauwelyn, la multilatéralisation n'aurait pas d'autre effet que de multiplier des engagements négociés bilatéralement¹⁵⁹⁶ (il vise surtout les concessions tarifaires), de telle manière que le même engagement devrait aussi être respecté à l'égard de chacun des autres États membres¹⁵⁹⁷. Pour C. Carmody, au contraire, la clause NPF signifie que les engagements pris envers un État sont, d'emblée, des engagements envers tous les États membres¹⁵⁹⁸.

¹⁵⁹⁴ Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite – Commentaire général, Annexe à la Résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies du 12 décembre 2001, A/RES/56/83, p. 136.

¹⁵⁹⁵ J. PAUWELYN, *Conflict of Norms in Public International Law – How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge University Press, 2003, p. 70.

¹⁵⁹⁶ Au sujet de l'évolution dans les négociations commerciales, v. *infra*, n° 318.

¹⁵⁹⁷ J. PAUWELYN, *Conflict of Norms in Public International Law – How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge University Press, 2003, p. 79-80.

¹⁵⁹⁸ C. CARMODY, « WTO Obligations as Collective », *E.J.I.L.*, 2006, p. 421, 425.

La thèse de J. Pauwelyn implique que derrière l'Accord OMC – dont on rappelle qu'il constitue un « engagement unique » – il faudrait voir plus de 8.000 traités réglant des relations économiques bilatérales entre États (sans compter les États membres de l'Union européenne)¹⁵⁹⁹. L'affirmation paraît pour le moins contre-intuitive. Mais l'argument décisif est le suivant : l'engagement d'accorder un traitement NPF, clé de voûte du droit du GATT puis de l'OMC¹⁶⁰⁰, ne peut évidemment pas être conçu comme un engagement bilatéral, car ce type d'engagement n'est acceptable que si les autres États membres prennent le même engagement. Peut-on imaginer que les États aient accepté une clause NPF dans un traité comprenant tant de parties, indépendamment de la position des autres États ? Ou, pour rendre les choses plus concrètes, les États européens auraient-ils accepté une telle clause en faveur de tant d'autres États si les États-Unis ne prenaient pas un engagement similaire ? Étendre à tous les membres du GATT (puis de l'OMC) le bénéfice des concessions qu'on avait accordées bilatéralement n'est un engagement raisonnable qu'avec l'assurance de bénéficier soi-même des concessions obtenues par les autres. En définitive, la clause NPF signifie alors que tous s'engagent à bannir les discriminations dans le domaine du commerce international (sauf les exceptions prévues par des règles générales applicables à tous les États membres).

« Given what we known [sic] about negotiations leading to the conclusion of GATT and the WTO Agreement [...] it would be wrong to interpret each bilateral relationship in isolation without taking into account the greater 'context' of other bilateral relationships entered into and applicable to 'all' via MFN. This implies that a view of the WTO Agreement as a bundle of bilateral relations – in effect, a view of each trading relationship as separate and distinct – is inaccurate. »¹⁶⁰¹

L'article I^{er} du GATT de 1994 est certes formulé en termes d'obligation bilatérale – chaque État s'engageant à l'égard de chaque autre à ne pas le traiter de manière discriminatoire. Mais comment ne pas voir dans cette formule une simple reprise du GATT de 1947, lui-même fortement inspiré des traités bilatéraux conclus par les États-Unis avant et pendant la guerre ? La formulation de la règle s'explique par l'évolution historique. Sa signification aujourd'hui ne peut être que celle d'une interdiction générale de la discrimination, tempérée toutefois par les exceptions que prévoient les Accords. Vue sous cet angle, la règle protège bien un intérêt collectif.

¹⁵⁹⁹ Si x est le nombre de parties, le nombre d'accords « bilatéraux » est donné par la formule : $x(x-1) / 2$.

¹⁶⁰⁰ C. CARMODY, « WTO Obligations as Collective », *E.J.I.L.*, 2006, p. 425 et les références citées.

¹⁶⁰¹ C. CARMODY, « WTO Obligations as Collective », *E.J.I.L.*, 2006, p. 429.

Un second pan de l'argumentation concerne la détermination de l'intérêt protégé. Pour J. Pauwelyn, le commerce serait une opération intrinsèquement bilatérale¹⁶⁰² – un bien ou un service passe d'un État à un autre –, dans laquelle aucun intérêt collectif ne pourrait s'exprimer. Il s'agirait simplement qu'un État puisse accéder au marché d'un autre État. Le commerce se distinguerait ainsi des droits de l'homme ou de la protection de l'environnement, qui impliquent la promotion d'intérêts internationaux collectifs, pour lesquels les États concluent des traités dont l'objet est la protection de leurs propres citoyens¹⁶⁰³.

Toutefois, le projet à la base de l'OMC ne se limite pas à sécuriser, en faveur des exportateurs, l'accès aux marchés étrangers (ce qui pourrait constituer un intérêt individuel pour chaque État membre). Il s'agit aussi d'organiser l'économie mondiale de manière plus efficiente en profitant des avantages comparatifs, ce qui doit permettre, comme l'indique le préambule de l'Accord OMC, la croissance de la production, des revenus et du niveau de vie. C. Carmody l'exprime différemment, mais vise en réalité la même idée d'une meilleure organisation de l'activité économique :

« I refer here to the tendency of the treaty to protect and promote interaction among producers and consumers in different countries, and thereby to spin an indissoluble web of economic relations that goes beyond the interests of WTO members individually. In so doing, the treaty acts to transform thinking about the common interest. We see evidence of such a tendency in increased product differentiation and greater consumer choice, in global supply chains and just-in-time delivery. »¹⁶⁰⁴

Même si l'on peut discuter le bien-fondé de ce projet, et contester que sa réalisation se fasse dans l'intérêt de l'humanité toute entière, il n'est pas douteux qu'il s'agit, pour ses promoteurs, d'un intérêt collectif et non d'une sorte d'addition des intérêts individuels des États membres.

Certes, il ne s'agit pas là du même intérêt commun qu'en matière de droits de l'homme ou d'environnement – les deux exemples choisis par J. Pauwelyn pour tenter de montrer, par contraste, que le droit de l'OMC ne protège pas un intérêt collectif. Mais qu'il s'agisse d'intérêts de degrés différents, dont certains sont plus importants que d'autres, n'exclut pas qu'on puisse dans tous les cas y voir des intérêts collectifs. En ce qui concerne les droits de l'homme, l'intérêt commun consiste dans le devoir d'espérer que tous les humains soient partout traités dignement. Sans doute est-ce un intérêt plus important que ceux défendus par l'OMC ; et il

¹⁶⁰² J. PAUWELYN, *Conflict of Norms in Public International Law – How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge University Press, 2003, p. 71-73.

¹⁶⁰³ J. PAUWELYN, *Conflict of Norms in Public International Law – How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge University Press, 2003, p. 72.

¹⁶⁰⁴ C. CARMODY, « WTO Obligations as Collective », *E.J.I.L.*, 2006, p. 422, 433.

s'agit évidemment, de l'avis unanime, d'un intérêt collectif¹⁶⁰⁵. Le droit de l'environnement ressemble plus à notre matière. Dans ce cas, l'intérêt commun provient de la nécessité de coordonner les actions visant à limiter la pollution qui ne connaît pas de frontières, de manière à prévenir l'apparition d'externalités négatives ou à compenser leurs effets. Seuls des accords internationaux permettent d'agir efficacement dans ce domaine. Le droit du commerce international, quant à lui, vise un autre type de coordination qui doit permettre une production plus efficiente des biens et des services, en supprimant les inefficiences résultant des obstacles au commerce. Ces inefficiences constituent d'ailleurs aussi des externalités négatives que doivent subir les consommateurs et/ou les producteurs étrangers. De nouveau, seuls des traités permettent d'être vraiment efficace et, toutes choses égales par ailleurs, l'efficacité croît avec le nombre de parties, ce qui plaide en faveur de traités multilatéraux.

L'existence d'un intérêt commun n'implique pas l'impossibilité d'identifier des intérêts individuels ni de « diviser » les règles qui le promeuvent pour leur donner une apparence bilatérale. Sur le plan des intérêts, il n'y a rien d'étonnant à ce que la défense d'un intérêt collectif soit aussi dans l'intérêt de chacun. Du point de vue des règles, on pourrait décrire les traités environnementaux ou de droits de l'homme comme autant de relations bilatérales par lesquelles les États s'engagent envers chaque cocontractant à agir conformément aux règles du traité. On pourrait imaginer des exemples où la violation de ces traités ne nuit qu'à un État contractant, et pas à tous. C'est une manière artificielle d'analyser la situation, à tout le moins dans les hypothèses où il importait aux États contractants que le régime soit unifié entre eux, ce qui est le cas dans les trois matières comparées ici.

312. Le débat dans une perspective diachronique : les nouvelles obligations sont plutôt des obligations collectives

On peut aussi aborder le débat sur la « nature » des obligations de l'OMC en se demandant si l'on peut constater, au cours de l'histoire du GATT et de l'OMC, une évolution dans le type d'obligations (bilatérales ou collectives) qui se sont progressivement ajoutées aux obligations contenues dans l'Accord de 1947. Montrer que le droit du GATT et de l'OMC s'est, au fil du temps, enrichi d'obligations collectives, ou que l'intérêt collectif a progressivement gagné en importance, contribuerait à la démonstration de l'institutionnalisation.

¹⁶⁰⁵ V. par exemple l'avis de la C.I.J. sur les *Réserves à la Convention sur le génocide* (*supra*, n° 295) et les autres exemples cités par J. PAUWELYN, *Conflict of Norms in Public International Law – How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge University Press, 2003, p. 73-74.

J. Pauwelyn centre son argumentation sur la règle de la nation la plus favorisée et la limitation des droits de douane par des concessions négociées bilatéralement¹⁶⁰⁶. Ces règles étaient au cœur du GATT de 1947, et figurent, toujours aujourd'hui, parmi les règles de base de l'OMC. Même dans la perspective adoptée par J. Pauwelyn, qui estime qu'elles créent des obligations bilatérales (ce qui n'est pas notre avis), il s'agissait déjà, par rapport aux conventions bilatérales qui existaient antérieurement, d'une manière plus collective de réglementer le commerce international.

Mais, depuis 1947, de nombreuses règles sont venues s'ajouter dont on ne peut pas dire qu'elles imposent des obligations bilatérales. Ces règles se rangent principalement dans deux catégories.

D'une part, on trouve toutes les règles qui ont trait au fonctionnement de l'organisation, notamment celles qui concernent les organes et les procédures de décision. Ces règles créent à charge des États des obligations qui ne sont pas divisibles en relations bilatérales. Même J. Pauwelyn considère qu'elles sont, par nature, *erga omnes partes*¹⁶⁰⁷. L'Accord de Marrakech, qui dote formellement l'OMC du statut d'organisation internationale avec la personnalité juridique, a constitué l'occasion de formaliser, d'uniformiser, de regrouper et de compléter ces règles. Cet Accord n'est toutefois qu'une étape (certes importante) d'une longue évolution, qui a vu les règles de fonctionnement du GATT se construire, s'affiner et se complexifier de manière progressive, souvent sous la contrainte des nécessités pratiques. On le verra plus en détail au sujet de l'évolution historique du mécanisme de règlement des différends (*infra*, n^{os} 355 et s.).

La seconde catégorie d'obligations qui se sont ajoutées à celles présentes dès 1947 contient pour la plupart des « règles », c'est-à-dire des normes imposant les mêmes obligations à tous les États membres et qui, ensemble, constituent un régime objectif du commerce international (*supra*, n^o 305). On trouve notamment parmi celles-ci la réglementation du dumping, des subventions et des sauvegardes (Accords AD, SMC et SG), celle des obstacles techniques et sanitaires au commerce (Accords OTC et SPS) et celle relative à la protection des droits intellectuels (Accord ADPIC). Ici aussi, ces règles sont le fruit d'une évolution commencée lors du *Kennedy Round*, par laquelle les parties contractantes du GATT se sont écartées des questions strictement tarifaires pour se préoccuper d'autres obstacles au commerce. Il ne peut être question de négociations bilatérales dont le bénéfice serait ensuite étendu à tous les membres

¹⁶⁰⁶ J. PAUWELYN, *Conflict of Norms in Public International Law – How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge University Press, 2003, p. 75.

¹⁶⁰⁷ J. PAUWELYN, *Conflict of Norms in Public International Law – How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge University Press, 2003, p. 70.

de l'OMC : par nature, ces règles sont convenues entre tous pour s'appliquer à tous de la même manière. Il s'agit bien d'obligations collectives¹⁶⁰⁸. Depuis plusieurs décennies, ces « règles » forment une composante importante de l'action du GATT et de l'OMC : elles occupent une place importante dans les négociations commerciales et leur application suscite un grand nombre des différends soumis à l'ORD.

Ce n'est pas par hasard si la sentence qui s'est explicitement prononcée sur le caractère *erga omnes partes* d'une obligation du droit de l'OMC concernait la réglementation des subventions.

« [...] le manquement des États-Unis à une obligation ne se trouve pas objectivement éliminé du fait que certains des produits bénéficiant de la subvention sont, par exemple, exportés vers un autre partenaire commercial. L'obligation en question est une obligation *erga omnes* qui s'impose dans son intégralité envers chacun des Membres. Elle ne peut être considérée comme étant "sujette à répartition" entre les différents Membres. Autrement, le Membre concerné n'aurait qu'une obligation partielle à l'égard de chacun des Membres, ce qui est manifestement incompatible avec une obligation *erga omnes* en soi. Ainsi, les États-Unis ont manqué à leur obligation envers les Communautés européennes s'agissant de tout l'argent qu'ils ont dépensé, car cette dépense en violation de leurs obligations - la dépense encourue - est l'essence même de l'acte illicite. »¹⁶⁰⁹

Ainsi, on voit qu'au fur et à mesure du développement du droit économique international, les obligations des États sont devenues moins bilatérales et plus collectives, ce qui conforte l'hypothèse d'une institutionnalisation.

Si l'on élargit la perspective, ceci concorde assez bien avec l'évolution du droit international, tel que J. Pauwelyn le décrit avec justesse. Si son rôle traditionnel fut d'assurer la souveraineté des États, la conception contemporaine le considère plutôt comme une technique de régulation des relations entre États qui – surtout dans un contexte de globalisation – ne peuvent éviter d'interagir¹⁶¹⁰. Cette manière de voir est plutôt favorable à la thèse institutionnelle, puisque les obligations intégrales naissent plus volontiers dans la société internationale contemporaine de

¹⁶⁰⁸ J. PAUWELYN, *Conflict of Norms in Public International Law – How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge University Press, 2003, p. 71 (à propos de l'Accord ADPIC). Sur le caractère *erga omnes partes* des « règles », S. SCHROPP, « The equivalence standard under Article 22.4 of the DSU: a 'tariffic' misunderstanding? », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 454-455.

¹⁶⁰⁹ *États-Unis – FSC (article 22:6 – États-Unis)*, 6.10. Les notes de bas de page de l'original ont été omises. Pour un commentaire doctrinal critique, v. R. HOWSE et D.J. NEVEN, « United States – Tax treatment for 'Foreign Sales Corporations' Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU and Article 4.11 of the SCM Agreement (WT/DS108/ARB) – A Comment », *W.T.R.* 4(1), 2005, p. 115 et s.

¹⁶¹⁰ J. PAUWELYN, *Conflict of Norms in Public International Law – How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge University Press, 2003, p. 31 et s.

coopération, alors que les obligations bilatérales sont typiques d'un contexte de coexistence comme celui de l'« ancienne » société internationale¹⁶¹¹.

313. Le « bilatéralisme » du règlement des différends ne s'oppose pas à l'idée d'obligations collectives

Pour J. Pauwelyn, le fait que le règlement des différends s'inscrive dans une perspective bilatérale est une preuve supplémentaire du même bilatéralisme des obligations qu'il entend faire respecter.

Un premier argument concerne la recevabilité de l'action en règlement des différends. Pour J. Pauwelyn, le critère n'est pas tellement qu'un État soit affecté par une violation des règles : il faut que ses droits soient atteints, ce qui se produit lorsqu'est violée une obligation envers l'État plaignant. Si les obligations de l'OMC étaient collectives, ceci serait le cas dès qu'un État enfreint « objectivement » une règle et, dès lors, cet État pourrait être cité en règlement des différends par tout autre État membre. Or, il existerait une condition de recevabilité supplémentaire, à savoir l'exigence d'une réduction des avantages, au moins potentielle (not. art. XXIII.1 GATT) : seuls les États dont les avantages ont été (ou pourraient être) réduits ou compromis sont recevables à agir en règlement des différends. En conséquence, une violation objective ne suffit pas pour donner à chaque État membre le droit d'agir ; l'OMC ne connaît pas d'action populaire, qui serait la conséquence logique du caractère collectif des obligations¹⁶¹².

Cet argument est basé sur les décisions prononcées dans le différend *CE – Bananes III*, où l'action des États-Unis a été jugée recevable alors que ceux-ci n'exportaient pas des bananes vers les Communautés européennes et qu'ils n'avaient raisonnablement aucune perspective d'en exporter dans un futur prévisible. Les Communautés européennes avaient donc mis en doute leur intérêt à agir.

Certes, la décision de l'Organe d'appel à ce sujet n'est pas parfaitement claire. Il est exact, comme l'indique J. Pauwelyn, que l'Organe d'appel relève quelques éléments tendant à montrer que la mesure européenne critiquée aurait des incidences sur le marché des États-Unis¹⁶¹³. En outre, même si l'Organe d'appel n'avance pas cet argument, les Communautés européennes

¹⁶¹¹ J. PAUWELYN, *Conflict of Norms in Public International Law – How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge University Press, 2003, p. 66.

¹⁶¹² J. PAUWELYN, *Conflict of Norms in Public International Law – How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge University Press, 2003, p. 82.

¹⁶¹³ Organe d'appel, *CE – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, WT/DS27/AB/R, 9 septembre 1997, 136.

favorisaient, par cette mesure, certaines anciennes colonies de leurs États membres, de sorte qu'elles ne respectaient pas la clause NPF à l'égard de tous les autres États membres de l'OMC, dont les États-Unis. En conséquence, les Communautés européennes violaient le droit des États-Unis de ne pas être traités moins favorablement qu'un autre membre de l'OMC.

Mais, par ailleurs, l'Organe d'appel adopte une conception particulièrement large de la réduction des avantages. Ceci résulte non seulement des faits de la cause, mais aussi de l'indication qu'il n'est pas nécessaire que le plaignant ait « un intérêt commercial substantiel »¹⁶¹⁴, du fait que le plaignant dispose d'un « large pouvoir d'appréciation pour décider s'il y a lieu de déposer un recours contre un autre Membre »¹⁶¹⁵ et de la référence approbative qu'il fait au considérant suivant du groupe spécial :

« [...] vu l'interdépendance croissante de l'économie mondiale, [...] les Membres ont plus que par le passé intérêt à faire respecter les règles de l'OMC car il est probable, plus que jamais, que tout ce qui porte atteinte à l'équilibre négocié de droits et d'obligations aura des conséquences directes ou indirectes pour eux. »¹⁶¹⁶

Ainsi transparaît nettement, malgré les éléments relevés en sens contraire, que la recevabilité de l'action est facilement admise. On ne voit pas bien, en pratique, dans quelles circonstances la condition d'une réduction des avantages permettrait de considérer qu'un État membre n'a pas la qualité et l'intérêt suffisants pour agir¹⁶¹⁷.

En toute hypothèse, cette discussion concerne la recevabilité des actions et non le fond du droit (plus précisément le caractère bilatéral ou collectif des obligations)¹⁶¹⁸. Dans un système institutionnel, il n'est pas toujours requis d'être titulaire d'un droit subjectif pour pouvoir agir en justice en vue de faire respecter les règles. Les contentieux objectifs de légalité (souvent devant les juridictions administratives ou constitutionnelles) requièrent la démonstration d'un intérêt à agir, qui est distinct du fondement de l'action. Ainsi, la violation objective d'une norme par le

¹⁶¹⁴ Organe d'appel, *CE – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, WT/DS27/AB/R, 9 septembre 1997, 132.

¹⁶¹⁵ Organe d'appel, *CE – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, WT/DS27/AB/R, 9 septembre 1997, 135.

¹⁶¹⁶ Groupe spécial, *CE – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes – Plainte déposée par les États-Unis*, WT/DS27/R/USA, 22 mai 1997, 7.50, cité par Organe d'appel, *CE – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, WT/DS27/AB/R, 9 septembre 1997, 136.

¹⁶¹⁷ V. aussi P. LAMY, « The Place of the WTO and its Law in the International Legal Order », *E.J.I.L.* 17(5), 2006, p. 976, qui y voit une confirmation de la « communautarisation » du droit de l'OMC.

¹⁶¹⁸ Sur l'absence de lien nécessaire entre l'une et l'autre, M.I. PAPA, « L'*actio popularis* nel sistema di risoluzione delle controversie dell'Organizzazione mondiale del commercio », in A. LIGUSTRO et G. SACERDOTI (a cura di), *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia. Liber amicorum in onore di Paolo Picone*, Naples, Editoriale scientifica, 2011, p. 578-579.

défendeur ne forme pas, en soi, un intérêt suffisant. Mais inversement, la démonstration d'un intérêt permet d'agir, sans qu'il soit nécessaire de montrer que le défendeur a violé un droit subjectif du plaignant. Le système judiciaire de l'OMC (*infra*, n^{os} 370 et s.) peut se comprendre comme conforme à la pratique habituelle en matière de contentieux objectif, qui concerne typiquement les obligations collectives d'un système institutionnel.

C'est ce qu'affirme aussi l'arbitre de l'affaire *CE – Bananes III*, dans la ligne des décisions du groupe spécial et de l'Organe d'appel dans la même affaire, au sujet de l'intérêt à agir¹⁶¹⁹ :

« Nous rappelons l'argument, avancé par les CE dans le différend initial, selon lequel si un Membre n'ayant pas subi d'annulation ou de réduction d'avantages dans le cadre de l'OMC en ce qui concerne les bananes était autorisé à présenter une allégation au titre du GATT, ce Membre ne pourrait obtenir aucune mesure corrective efficace au titre de l'article 22 du Mémoire d'accord.¹⁶²⁰ Nous relevons aussi l'argument présenté par les plaignants¹⁶²¹ dans le différend initial selon lequel l'article 3:8 du Mémoire d'accord prévoit qu'il doit y avoir une constatation d'infraction avant que la question de l'annulation ou de la réduction d'avantages soit examinée, laissant entendre que, même si aucune compensation n'était due, une infraction pourrait être constatée. Nous sommes d'accord. »¹⁶²²

Le second argument est tiré du fait que seul le plaignant (et non tout État membre) peut mettre en œuvre des sanctions lorsque la décision de l'ORD n'est pas respectée¹⁶²³. Il est exact qu'il y a là un élément de bilatéralisme, mais il provient plutôt du lien d'instance qui s'est formé entre les parties au différend que de la nature des obligations dont la violation est alléguée. On pourrait dire la même chose de la règle qui veut que seules les parties principales au différend peuvent interjeter appel du rapport du groupe spécial (art. 17.4 MRD). Par ailleurs, la question de la mise en conformité peut être soulevée par tout membre à tout moment, et elle reste à l'ordre du jour de l'ORD tant que la mise en conformité n'a pas été réalisée (art. 21.6 MRD). Chaque membre a donc droit à ce que les décisions de l'ORD soient exécutées, même si l'imposition de sanctions est réservée au(x) plaignant(s).

On peut aussi analyser à ce sujet la déclaration des États-Unis à la réunion de l'ORD lors de laquelle a été discutée la décision de l'arbitre affirmant l'existence d'obligations *erga omnes* (*supra*, n° 311) :

¹⁶¹⁹ Pour un exposé de cette jurisprudence, H. LESAFFRE, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 343-348.

¹⁶²⁰ [Note dans l'original] Rapports du Groupe spécial *Bananes III*, paragraphe 7.47.

¹⁶²¹ [Note dans l'original] Rapports du Groupe spécial *Bananes III*, paragraphe 7.48.

¹⁶²² *CE – Bananes III (États-Unis) (article 22:6 – CE)*, 6.9.

¹⁶²³ Pour le développement de cet argument, v. R. HOWSE et D.J. NEVEN, « United States – Tax treatment for 'Foreign Sales Corporations' Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU and Article 4.11 of the SCM Agreement (WT/DS108/ARB) – A Comment », *W.T.R.* 4(1), 2005, p. 117 et s.

« Enfin, les États-Unis souhaitent brièvement examiner la déclaration faite par l'arbitre au paragraphe 6.10 de sa décision, selon laquelle l'obligation incombant aux États-Unis dans le présent différend était une obligation *erga omnes* qui s'imposait envers chacun des Membres. Tout d'abord, ils relevaient le caractère douteux de l'analyse juridique qui, en l'absence de tout fondement dans le Mémoire d'accord, prétendait à tort et de manière inappropriée importer dans la jurisprudence de l'OMC le concept dit *erga omnes*. Ce concept était tiré du droit pénal international et décrivait une obligation qui s'imposait à tous les États. Il était en totale contradiction avec la nature fondamentalement bilatérale du règlement des différends dans le cadre de l'OMC et du GATT et avec l'idée selon laquelle les différends portés devant l'OMC concernaient l'annulation ou la réduction d'avantages négociés pour un Membre particulier. Les arbitres de l'OMC étaient chargés de résoudre les différends opposant des parties plaignantes et défenderesses spécifiques. Ils ne pouvaient pas, en important indûment le concept *erga omnes*, faire exécuter des obligations dans le cadre de l'OMC au nom de non-parties à un différend. »¹⁶²⁴

Cet argument n'est guère convaincant, pour trois raisons au moins. Premièrement (mais ceci rejoint un débat exposé plus haut), la disposition violée, en matière de subventions prohibées, est une « règle » négociée multilatéralement et applicable à tous les membres de l'OMC, et aucunement des « avantages négociés pour un Membre particulier ». Deuxièmement, l'argument des États-Unis contient un glissement entre le fond du droit et la procédure (l'« obligation qui s'imposait à tous les États » et « la nature fondamentalement bilatérale du règlement des différends »). Le fait qu'une obligation soit collective n'est pas nécessairement incompatible avec un règlement des différends bilatéral. Troisièmement, lorsque les États-Unis parlent de « faire exécuter des obligations dans le cadre de l'OMC au nom de non-parties à un différend », ils critiquent la décision de l'arbitre d'autoriser les Communautés européennes à mettre en œuvre des sanctions à concurrence du montant total de la subvention (alors que cette subvention a nui aussi à d'autres États membres). Mais il s'agit là, en réalité, d'une règle de fond relative au montant des sanctions, qui avait d'ailleurs été appliquée dans d'autres différends (*supra*, n^{os} 144 et s.) sans faire référence au concept d'obligation *erga omnes*.

314. Plus généralement, le mécanisme de règlement des différends est fortement institutionnalisé

Si on analyse toutes ses composantes et son fonctionnement, le système de règlement des différends présente surtout des traits multilatéraux, au-delà de certaines caractéristiques bilatérales qui subsistent.

Certes, on note la persistance d'un esprit contractuel : la discrétion laissée aux États de soulever ou non certaines questions¹⁶²⁵, la possibilité qui subsiste tout au long de la procédure de régler le différend à l'amiable (art. 3.5 et 4.5 MRD), l'impossibilité d'appliquer des sanctions si elles ne sont requises par un État membre, l'absence d'obligation de les appliquer une fois qu'elles ont

¹⁶²⁴ Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 7 mai 2003, WT/DSB/M/149, 8 juillet 2003, n° 20, p. 5-6.

¹⁶²⁵ B.M. HOEKMAN et M.M. KOSTECKI, *The Political Economy of the World Trading System – The WTO and Beyond*, 2nd ed., Oxford University Press, 2001, p. 87.

été autorisées. L'OMC n'a institué aucune autorité chargée de faire respecter les règles, à l'image d'un ministère public ou de la Commission européenne¹⁶²⁶ même si, informellement, le service juridique du Secrétariat joue un rôle proche de celui des avocats généraux près la C.J.U.E. (*supra*, n° 301)¹⁶²⁷. Ceci renvoie finalement au caractère « d'ordre privé » de l'OMC. L'institutionnalisation n'implique pas nécessairement la création de règles d'ordre public ; mais l'existence de règles relevant d'un ordre public interne à l'OMC aurait sans doute été la marque d'une institutionnalisation plus poussée. On a vu aussi que certains de ces éléments s'expliquent par la technique judiciaire plutôt que par la référence au contrat (*supra*, n° 313).

L'ORD dispose toutefois du pouvoir d'agir d'office pour la surveillance de la mise en œuvre de ses décisions, qui fait l'objet d'un contrôle mensuel (art. 21.6 MRD). On peut rapprocher ce pouvoir de l'ORD de celui de l'OEPC de mener, d'office, la procédure d'examen des politiques commerciales (art. C, ii) MEPC), quoiqu'il ne s'agisse pas là de règlement de différends. Toutefois, sauf activisme de l'État concerné, le contrôle mensuel de l'ORD se limite souvent à une analyse purement formelle.

Le domaine du multilatéralisme dans le règlement des différends n'est pas toujours clairement déterminé, comme en témoigne par exemple la discussion animée entre les États au sujet de la possibilité pour le président de l'ORD de mettre d'office à l'ordre du jour l'adoption du rapport d'un groupe spécial, même si les parties ne l'ont pas demandé. Les arguments se rattachent clairement à une conception multilatéraliste et institutionnelle – défendue principalement par les pays en voie de développement – ou à une perspective bilatérale et contractuelle qui a les faveurs de l'Union européenne et des États-Unis. Il ne paraît pas qu'un consensus se soit dégagé¹⁶²⁸, quoiqu'on parle de « pratique » en faveur de la seconde thèse¹⁶²⁹.

Dans le système de l'OMC, l'« infraction aux obligations souscrites au titre d'un accord visé » fait présumer l'existence d'une réduction des avantages (art. 3.8 MRD). Formellement, cette

¹⁶²⁶ D. DE BIÈVRE, « Governance in International Trade: Judicialisation and Positive Integration in the WTO », *Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods*, 2004/7, juillet 2004, http://www.coll.mpg.de/pdf_dat/2004_07online.pdf, p. 9.

¹⁶²⁷ J.H.H. WEILER, « The Rule of Lawyers and the Ethos of Diplomats – Reflections on the Internal and External Legitimacy of WTO Dispute Settlement », *J.W.T.* 35(2), 2001, p. 205-206, proposant que l'avis du service juridique soit présenté officiellement au groupe spécial et à l'Organe d'appel, et qu'il puisse être discuté par les parties.

¹⁶²⁸ Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 27 septembre 1995, WT/DSB/M/7, 27 octobre 1995, p. 11 ; procès-verbal de la réunion de l'ORD du 26 mai 1999, WT/DSB/M/62, 2 juillet 1999, p. 10-11 et procès-verbal de la réunion de l'ORD du 3 juin 1999, WT/DSB/M/63, 6 juillet 1999, p. 7-8.

¹⁶²⁹ V. G. MARCEAU, « Pratique et pratiques dans le droit de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) », in *Colloque de Genève – La pratique et le droit international*, Paris, Pedone, 2004, p. 181.

présomption n'est pas irréfragable ; si elle l'était, on admettrait en réalité une action populaire. Mais, à notre connaissance, aucun État n'est encore parvenu à renverser la présomption, ce qui indique à tout le moins que la jurisprudence est prompte à reconnaître l'existence d'une réduction des avantages¹⁶³⁰. Symptomatique est la décision du groupe spécial *Guatemala – Ciment I*, qui considère comme une réduction des avantages un retard de onze jours pour la notification de l'ouverture d'une enquête antidumping, au motif que

« la présomption [n'est] pas réfutée simplement parce que la violation en question n'a[...] aucun effet négatif sur le commerce ou que ces effets [sont] insignifiants »

et que le défendeur ne prouve pas que la procédure se serait déroulée de la même manière si le délai de notification avait été respecté¹⁶³¹. C'est ici, bien entendu, une exigence de fond.

Plusieurs auteurs argumentent ainsi que le système de règlement des différends est¹⁶³² (ou à tout le moins peut être considéré comme¹⁶³³) un mécanisme de surveillance judiciaire (ou de police), créateur d'une véritable jurisprudence, plutôt que comme une simple instance de résolution des conflits entre deux États membres.

Que tout État membre puisse se prononcer au sujet des décisions des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel, et que les solutions amiables doivent être notifiées aux conseils compétents pour être soumises aux questions des États membres (art. 3.6 MRD) sont des indications supplémentaires. Les principes inscrits à l'article 3 MRD mettent en avant un intérêt institutionnel, sans toutefois nier l'importance des droits des États membres.

« Le système de règlement des différends de l'OMC est un élément essentiel pour assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral. Les Membres reconnaissent qu'il a

¹⁶³⁰ M.I. PAPA, « *L'actio popularis* nel sistema di risoluzione delle controversie dell'Organizzazione mondiale del commercio », in A. LIGUSTRO et G. SACERDOTI (a cura di), *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia. Liber amicorum in onore di Paolo Picone*, Naples, Editoriale scientifica, 2011, p. 591.

¹⁶³¹ Groupe spécial, *Guatemala – Enquête antidumping concernant le ciment portland en provenance du Mexique*, WT/DS60/R, 19 juin 1998, 7.41 et s. Cet aspect du rapport a été soumis à l'Organe d'appel qui, pour des raisons liées à d'autres moyens, ne s'est pas prononcé à leur sujet (Organe d'appel, *Guatemala – Enquête antidumping concernant le ciment portland en provenance du Mexique*, WT/DS60/AB/R, 2 novembre 1998, 20 et s.). Il a été confirmée par un second groupe spécial (Groupe spécial, *Guatemala – Mesures antidumping définitives concernant le ciment portland gris en provenance du Mexique*, WT/DS156/R, 24 octobre 2000, 8.105 et s.).

¹⁶³² Y. IWASAWA, « WTO Dispute Settlement as Judicial Supervision », *J.I.E.L.* 5(2), 2002, p. 287-305 ; Y. IWASAWA, « Third Parties Before International Tribunals: The ICJ and the WTO », in N. ANDO, E. MCWHINNEY et R. WOLFRUM (eds.), *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, Vol. 2, La Haye, Kluwer Law International, 2002, p. 871-891. Comp. J.M. FINGER, « A diplomat's economics: reciprocity in the Uruguay Round negotiations », *W.T.R.* 4(1), 2005, p. 32 : « dispute settlement is primarily about maintaining behaviour within an agreement rather than about adjusting what was agreed ».

¹⁶³³ H. RUIZ FABRI, « La juridictionnalisation du règlement des litiges économiques entre États », *Rev. arb.*, 2003, p. 923 et s.

pour objet de préserver les droits et les obligations résultant pour les Membres des accords visés, et de clarifier les dispositions existantes de ces accords. » (art. 3.2 MRD)¹⁶³⁴

« Le règlement rapide [des différends] est indispensable au bon fonctionnement de l'OMC et à l'existence d'un juste équilibre entre les droits et les obligations des Membres. » (art. 3.3 MRD)

« Pour que les différends soient résolus efficacement dans l'intérêt de tous les Membres, il est indispensable de donner suite dans les moindres délais aux recommandations ou décisions de l'ORD. » (art. 21.1 MRD)

En conclusion, le débat sur la nature des obligations de l'OMC complète notre analyse de l'institutionnalisation. D'abord, elle relève la présence d'un intérêt collectif protégé ou promu par les règles de l'OMC. Ensuite, elle confirme que si le GATT était à l'origine davantage conçu sur un mode contractuel (même si la multilatéralisation rendait déjà difficile de soutenir que les obligations étaient bilatérales), l'ajout, au fil de l'évolution, de nombreuses obligations collectives, est un signe de l'institutionnalisation. Enfin, l'examen du mécanisme de règlement des différends, qui pourrait paraître « bilatéral » à première vue, n'infirme pas l'hypothèse de l'institutionnalisation.

§ 5. Institutionnalisation et réciprocité

315. Aperçu

On a déjà examiné le concept de réciprocité dans la deuxième partie de la thèse (*supra*, n^{os} 277 et s.), et montré à cette occasion que, tel que le conçoivent les théories traditionnelles, ce concept ne permet pas de rendre compte adéquatement de la réalité. Ce paragraphe montre que l'institutionnalisation fait évoluer la signification de la réciprocité.

Lorsque les États convenaient bilatéralement de réduire entre eux des tarifs douaniers, chaque partie pouvait se faire une idée relativement claire des concessions qu'elle offrait en échange des avantages qu'elle obtenait. Ceci signifiait que chaque État estimait que les concessions offertes auraient un effet commercial plus ou moins équivalent à l'effet commercial des concessions reçues, de sorte que l'accord commercial ne modifierait guère la différence entre la valeur de ses importations et celle de ses exportations. On était alors face à un véritable « contrat synallagmatique » de droit international, les obligations d'un État étant à la fois la cause et la contrepartie de l'engagement de l'autre. Chaque partie connaissait et se satisfaisait de ce que l'autre lui offrait. On qualifiera de « forte » ou « spécifique » cette forme de la réciprocité. La réciprocité forte n'implique pas nécessairement une équivalence parfaite entre

¹⁶³⁴ Ceci était déjà affirmé dans la décision du 12 avril 1989 (*Improvements to the GATT dispute settlement rules and procedures*, Decision of 12 April 1989, L/6489, 13 avril 1989, p. 1).

les prestations des parties, laquelle n'est d'ailleurs pas requise non plus en droit privé des contrats.

À cette réciprocité spécifique s'oppose la réciprocité « diffuse »¹⁶³⁵, qui ne se quantifie pas. Elle provient de la participation de tous à un système de règles, ce qui implique que chacun exécute des obligations et bénéficie en échange, sur le long terme, du fait que les autres sont soumis aux mêmes règles. C'est là aussi une forme de réciprocité, mais il ne s'agit plus vraiment d'une équivalence (fût-elle approximative) entre deux éléments échangés. C'est en quelque sorte une réciprocité de groupe, ou dans le groupe, qui convient mieux à un système institutionnalisé que la réciprocité forte.

En tout état de cause, quoique le principe apparaisse dans le GATT, aucune de ses règles n'impose la réciprocité ni ne la définit. Chaque État détermine la manière dont il la mesure. Ainsi, la réciprocité spécifique n'est pas nécessaire à la validité de l'accord des parties ; c'est l'accord qui contient une reconnaissance de son existence¹⁶³⁶.

316. Nation la plus favorisée

L'introduction dans les traités de commerce de la règle de la nation la plus favorisée (NPF) de type inconditionnel a porté le premier coup à l'idée de réciprocité forte. Dans la pratique, cette clause a pour effet potentiel de rendre plus onéreuse la prestation contractuelle d'un État à l'occasion d'une modification de ses obligations ou de son comportement à l'égard d'un État tiers. Pratiquement, si les États A et B sont liés par un accord commercial incluant une clause NPF, et que, postérieurement, A modifie ses relations avec l'État C pour le traiter plus avantageusement que ne le prévoit l'accord entre A et B, alors la prestation due par A à B deviendra automatiquement plus onéreuse, sans que A ne reçoive aucune contrepartie de B (qui est tiers à l'arrangement entre A et C). La clause NPF inconditionnelle permet ainsi le *free riding* des États qui en bénéficient. La réciprocité dans son sens fort est donc largement hypothéquée par cette clause, ou plutôt par ses effets au cours du temps.

¹⁶³⁵ R.O. KEOHANE, « Reciprocity in international relations », *Int. Org.* 40(1), 1986, p. 4. Aussi R.Z. LAWRENCE, *Crimes & Punishments? – Retaliation under the WTO*, Washington, Institute for International Economics, 2003, p. 28 et A.C. SWAN, « "Fairness" and "Reciprocity" in International Trade: Section 301 and the Rule of Law », *Arizona Journ. Int. and Comp. L.* 16(1), 1999, spéc. p. 39-47 (qui donne à cette distinction un sens partiellement différent). Pour une distinction du même type entre réciprocité « formelle » et « réelle », v. C. VADCAR, « La réciprocité dans le système commercial international », *J.D.I.*, 2002, p. 776-777.

¹⁶³⁶ V. le préambule de l'Accord OMC et D. CARREAU et P. JUILLARD, *Droit économique international*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 2010, p. 116 ; J.M. FINGER, « A diplomat's economics: reciprocity in the Uruguay Round negotiations », *W.T.R.* 4(1), 2005, p. 30 ; J.M. FINGER et L.A. WINTERS, « Reciprocity in the WTO », in B. HOEKMAN, A. MATTOO et P. ENGLISH (eds), *Development, Trade, and the WTO – A Handbook*, Washington DC, World Bank, 2002, p. 50 et s.

Les relations entre des États liés par une clause NPF inconditionnelle sont néanmoins réciproques, en ce sens qu'ils sont chacun liés par la clause, de sorte que si B bénéficie d'une modification des relations entre A et C, A peut quant à lui s'attendre à bénéficier un jour d'un changement dans les relations entre B et D. Ceci permet à chaque État membre d'espérer des gains futurs (même s'il ne s'agit pas d'un droit). Cette analyse signifie qu'on ne parle plus vraiment de la même réciprocité. Il ne s'agit plus tellement de retirer du contrat l'équivalent de ce qu'on a donné à l'autre partie, mais plutôt du bénéfice mutuel du respect d'une règle à laquelle toutes les parties sont soumises. La réciprocité devient diffuse, en ce sens que les parties ne peuvent quantifier *ex ante* le bénéfice qu'elles retireront du contrat.

Cette conception de la réciprocité, déjà présente en 1947, est bien résumée comme suit :

« This view of reciprocity differs from the mercantilist bargaining model in that the benefits a participant gets are not unequivocally identified with the particular market access concessions that the country receives; the link between contribution and benefit is amorphous, resulting from the collective nature of the system rather than from any particular element of it. »¹⁶³⁷

317. Multilatéralisme

La nouveauté du GATT de 1947 réside dans le multilatéralisme. Loin de s'être imposé comme une évidence, le passage au niveau multilatéral a fait l'objet de discussions entre les États-Unis et le Royaume-Uni, notamment pendant la Seconde Guerre mondiale, le second plaidant pour l'approche multilatérale face à une résistance, principalement du Congrès américain, pour le maintien de la technique bilatérale¹⁶³⁸.

Le multilatéralisme a fortement amplifié l'incidence de la clause NPF. Le GATT rendait la règle NPF obligatoire pour chaque État membre, à l'égard de tous les autres. L'application de la clause avait alors des effets à l'égard d'un nombre bien plus important d'États, et d'ailleurs croissant avec chaque accession au GATT puis à l'OMC.

Certes, en raison notamment des effets de *free riding* qui résultaient de cette technique, les États n'ont bientôt plus modifié substantiellement leurs politiques commerciales, sauf en dehors des cycles de négociations multilatérales ou en s'assurant que la clause ne s'appliquerait pas, par exemple en vertu de l'article XXIV du GATT relatif aux accords régionaux. Mais l'évolution des relations économiques révèle d'autres facteurs de dilution de la réciprocité.

¹⁶³⁷ J.M. FINGER et L.A. WINTERS, « Reciprocity in the WTO », in B. HOEKMAN, A. MATTOO et P. ENGLISH (eds), *Development, Trade, and the WTO – A Handbook*, Washington DC, World Bank, 2002, p. 55.

¹⁶³⁸ A. ENDERS, « Reciprocity in GATT 1947: From 1942 to the Kennedy Round », in J. BHAGWATI (ed.), *Going alone – The Case for Relaxed Reciprocity in Freeing Trade*, Cambridge (MA), MIT Press, 2002, p. 86-92.

318. Techniques de réduction des taux consolidés

Avant le GATT, pendant sa négociation et lors des premiers *rounds* qui ont suivi sa création, les discussions commerciales étaient menées produit par produit¹⁶³⁹. Généralement, des discussions entre le principal importateur et le principal exportateur aboutissaient à un accord ; celui-ci était ensuite étendu à tous les autres membres par application de la clause NPF, membres avec lesquels un autre accord avait parfois été conclu à propos d'un autre produit. Cette méthode de négociation bilatérale impliquait que les États, contraints de ne pas disperser leurs efforts de négociation, renonçaient à examiner de trop près le caractère équivalent de la contrepartie qu'ils obtenaient pour les concessions faites par application de la clause NPF aux exportateurs « secondaires ».

Même avec cet aménagement, les négociations sont vite devenues trop complexes, de sorte qu'à partir du *Kennedy Round*, les États se sont tournés vers des formules générales de réduction des droits de douane, applicables à tous les biens¹⁶⁴⁰. Par exception, les droits sur certaines marchandises n'étaient pas soumis à la formule et faisaient l'objet d'un accord individuel. Cette méthode diffuse encore la réciprocité, en compliquant davantage la valorisation des concessions consenties et obtenues. Ceci peut d'ailleurs faciliter la libéralisation, notamment parce que l'utilisation de formules générales conduit les États à évaluer la réciprocité de manière plus globale (et donc moins stricte) et gêne l'action politique de lobbies en faveur du maintien de droits élevés sur des produits particuliers¹⁶⁴¹.

La référence au « principal fournisseur » se trouve toujours à l'article XXVIII du GATT de 1994 et dans le Mémoire d'Accord sur l'interprétation de l'article XXVIII de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 mais, dans la pratique actuelle, les négociations se font plutôt entre « groupes » d'États, ou entre États « représentatifs ».

Une analyse *a posteriori* des résultats (tarifaires) du Round de l'Uruguay démontre que le principe de réciprocité dans les effets commerciaux de la réduction des droits de douane n'a pas

¹⁶³⁹ A. ENDERS, « Reciprocity in GATT 1947: From 1942 to the Kennedy Round », in J. BHAGWATI (ed.), *Going alone – The Case for Relaxed Reciprocity in Freeing Trade*, Cambridge (MA), MIT Press, 2002, p. 89-90, 94.

¹⁶⁴⁰ Pour un résumé des discussions qui ont mené à ce résultat, pendant les années 1950 et 60, en lien également avec la création de la CEE, A. ENDERS, « Reciprocity in GATT 1947: From 1942 to the Kennedy Round », in J. BHAGWATI (ed.), *Going alone – The Case for Relaxed Reciprocity in Freeing Trade*, Cambridge (MA), MIT Press, 2002, p. 95-102. Pour une explication des différentes formules et de leurs effets, v. *Approches des négociations tarifaires fondées sur une formule*, TN/MA/S/3/Rev.2, 11 avril 2003 et http://www.wto.org/french/tratop_f/agric_f/agnegs_swissformula_f.htm (27 octobre 2005).

¹⁶⁴¹ V. A. ENDERS, « Reciprocity in GATT 1947: From 1942 to the Kennedy Round », in J. BHAGWATI (ed.), *Going alone – The Case for Relaxed Reciprocity in Freeing Trade*, Cambridge (MA), MIT Press, 2002, p. 104.

été respecté. Le volet qualitatif de l'étude indique que les délégations n'ont d'ailleurs pas vérifié sérieusement la réciprocité pendant les négociations¹⁶⁴² (aussi *supra*, n° 279).

Une perspective diachronique complète le tableau. Si l'on pouvait encore se souvenir, quelques années après la signature du GATT, de la teneur des concessions de chacun, comment en garder une idée claire lorsque, un demi-siècle plus tard, le traité a fait l'objet de renégociations multiples, de dizaines d'accessions et qu'il a finalement été intégré dans un ensemble plus vaste ?

319. Inclusion des « règles »

Comme on l'a déjà expliqué (*supra*, n° 305), un trait marquant de l'évolution pendant la seconde moitié du XX^e siècle réside dans l'inclusion progressive des « règles » dans le champ des Accords du GATT et de l'OMC. Or, la réciprocité se conçoit beaucoup plus facilement lorsqu'on réduit les droits de douane que lorsqu'on s'attaque aux obstacles non tarifaires découlant de la réglementation interne. Et comme les droits de douane ont, sauf quelques exceptions, été réduits à des niveaux très bas, les obstacles non tarifaires ont une place toujours plus importante dans les négociations commerciales au sujet des marchandises. Quant aux services, il n'y a pas d'autres obstacles que ceux-là¹⁶⁴³.

Par nature, les règles impliquent une réciprocité diffuse :

« since WTO agreements increasingly relate to the acceptance of obligations to adhere to rules rather than to reduce tariffs, the reciprocity paradigm has less relevance »¹⁶⁴⁴.

Certes, l'Accord ADPIC était plutôt en faveur des pays développés alors que l'ATV rencontrait plutôt des demandes des pays en voie de développement¹⁶⁴⁵, et l'interdiction de l'unilatéralisme (art. 23 MRD) fut échangée contre le renforcement du règlement des différends (consensus inversé et délais) (*infra*, n° 401, n. 2080). Ce sont là des éléments qu'on troque dans une négociation, mais nul ne peut savoir ce qu'ils implique(ro)nt en termes de flux commerciaux, de sorte que tout principe de réciprocité forte est exclu.

¹⁶⁴² J.M. FINGER, « A diplomat's economics: reciprocity in the Uruguay Round negotiations », *W.T.R.* 4(1), 2005, p. 35 et J.M. FINGER, U. REINCKE et A. CASTRO, « Market Access Bargaining in the Uruguay Round: How Tightly Does Reciprocity Constrain? », in J. BHAGWATI (ed.), *Going Alone: The Case for Relaxed Reciprocity in Freeing Trade*, Cambridge, MA, MIT Press, 2002, p. 111.

¹⁶⁴³ K.W. DAM, « Cordell Hull, the Reciprocal Trade Agreement Act, and the WTO », *U Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 228*, Oct. 2004, <http://ssrn.com/abstract=604582>, p. 9.

¹⁶⁴⁴ R.Z. LAWRENCE, *Crimes & Punishments? – Retaliation under the WTO*, Washington, Institute for International Economics, 2003, p. 26.

¹⁶⁴⁵ V. H. GROSSE RUSE-KHAN, « A Pirate of the Caribbean? The Attractions of Suspending TRIPS Obligations », *J.I.E.L.* 11(2), 2008, p. 336.

L'examen des effets commerciaux donne une image bien éloignée de la réciprocité. D'abord, si la réduction des droits de douane peut se justifier par un argument de type « *win-win* », il n'en va pas de même pour les « règles » ou les quotas, générateurs de rentes. Quant aux règles (dont il ne faut pas oublier de tenir compte des coûts de mise en œuvre), elles se comprennent davantage comme un compromis entre différentes valeurs en conflit : bénéfiques, peut-être, mais sans qu'on puisse concevoir une réciprocité, autre que celle, diffuse, qui résulte précisément de l'existence d'un compromis. À supposer – *quod non* – que les aspects tarifaires du cycle de l'Uruguay aient été soumis à un principe de réciprocité, encore l'inclusion des règles aurait-elle complètement déséquilibré l'engagement unique¹⁶⁴⁶.

À ceci s'ajoute qu'en vertu du principe de l'engagement unique (*single undertaking*), des Accords contenant des « règles » ont été acceptés en contrepartie d'accès aux marchés, et vice-versa. Par exemple, des engagements sur les services ont été échangés contre l'adoption d'une formule de réduction des droits consolidés (sur les marchandises). Joint à l'extension du champ d'application matériel des Accords, ceci a encore dilué la réciprocité forte subsistant dans le système commercial. Le régime mis en place par le cycle de l'Uruguay reste fondé sur un accord impliquant des concessions réciproques. Mais il n'est plus caractérisé par une équivalence des avantages mutuels telle qu'on l'entendait dans les premiers traités de commerce ou même au début du GATT. Ses détracteurs le lui ont d'ailleurs suffisamment reproché.

320. Liens entre réciprocité diffuse et institutionnalisation

Il n'est pas étonnant que, dans le développement du droit économique international, les mécanismes rendant la réciprocité plus diffuse soient apparus avec l'institutionnalisation, et vice-versa. En dehors d'un contexte institutionnel, chaque partie au contrat vérifie que ce qu'elle reçoit correspond plus ou moins à ce qu'elle donne. Et si tel n'est plus le cas, la partie « perdante » cherche à se retirer du contrat (ce que tant le GATT que l'OMC autorisent).

Si les négociations commerciales ont pu, à une époque où elles étaient principalement bilatérales et portaient sur les droits de douane, impliquer la recherche d'une réciprocité forte, les mutations décrites ci-dessus (n^{os} 315-320) ont rendu cette recherche impossible. Le fait que la réciprocité soit de moins en moins stricte encourageait aussi les États membres à aborder des

¹⁶⁴⁶ J.M. FINGER, « A diplomat's economics: reciprocity in the Uruguay Round negotiations », *W.T.R.* 4(1), 2005, p. 36-37 ; J.M. FINGER et L.A. WINTERS, « Reciprocity in the WTO », in B. HOEKMAN, A. MATTOO et P. ENGLISH (eds), *Development, Trade, and the WTO – A Handbook*, Washington DC, World Bank, 2002, p. 58. Dans un sens similaire : R. HOWSE, « The legitimacy of the World Trade Organization », in J.-M. COICAUD et V. HEISKANEN (eds), *The legitimacy of international organizations*, New York, United Nations University Press, 2001, p. 365-366.

thèmes de négociation dont les résultats ne se traduisaient pas en une réciprocité forte (comme les « règles »). Il en résulte qu'on ne peut plus décrire le droit de l'OMC, dans son état actuel, comme un ensemble de relations bilatérales, « détachables » les unes des autres, dont chacune serait réciproque au sens où chaque partie obtiendrait de l'autre un équivalent de ce qu'elle lui donne.

Mais dans un contexte institutionnel, une réciprocité stricte n'est plus nécessaire. La réciprocité est davantage présumée que spécifique. La manière la plus sûre de la garantir est d'imposer à tous le respect des règles communes. Que la réciprocité relève de la présomption est reflété par la présomption inverse d'une réduction des avantages en cas de violation (art. 3.8 MRD). Jusqu'à présent, nul n'est parvenu à la renverser, ce qui indique aussi que l'identification des avantages mutuellement consentis (ou non) n'est pas évidente. Et la reconnaissance systématique par les arbitres d'un effet commercial à toute violation qui leur a été présentée renforce la conviction qu'en réalité, c'est le respect de chaque règle par chacun qui forme l'intérêt commun. Dans le système actuel, il est plus exact d'affirmer que tous participent à une entreprise commune, conscients de devoir assumer des obligations tout en espérant retirer un gain, mais sans savoir précisément de qui proviennent les bénéfices retirés ni à qui profitent les obligations assumées.

C'est aussi la raison pour laquelle la diffusion de la réciprocité, que nous constatons empiriquement, est un signe de plus de l'institutionnalisation.

321. Conclusion de la section 1

En partant de la notion d'institution telle que développée par certains juristes français du début du XX^e siècle, cette section a montré que les relations économiques internationales se sont progressivement institutionnalisées, en examinant, au regard de plusieurs critères formant un faisceau d'indices, à la fois comment elles ont évolué depuis 1947 et comment elles se présentent aujourd'hui. Il en ressort une image de l'OMC assez différente de celle présentée traditionnellement (v. partie II). Cette perspective institutionnelle a ensuite été confrontée au débat sur la « nature » bilatérale ou collective des obligations de l'OMC et au concept de réciprocité. Cette confrontation a permis à la fois de répondre à certaines objections et de confirmer l'hypothèse de l'institutionnalisation. On a enfin montré comment l'institutionnalisation transforme la notion de réciprocité, qui s'entend désormais dans le sens d'une réciprocité diffuse, fondamentalement différente de la réciprocité qui caractérise les obligations des États engagés dans des liens bilatéraux.

Il faut maintenant expliquer les fonctions que joue l'institution, qui expliquent aussi pourquoi celle-ci s'est développée.

Section 2 Fonctions de l'institution

322. Introduction

Il ne suffit pas de décrire le phénomène de l'institutionnalisation. Encore faut-il parvenir à l'expliquer. Or, l'institution décrite plus haut permet, mieux qu'un simple traité, de répondre à trois fonctions, qui sont aujourd'hui attendues d'une organisation économique internationale : garantir la sécurité des échanges (§ 1), adapter les règles à l'évolution des circonstances (§ 2) et permettre la participation des acteurs économiques à l'élaboration des règles (§ 3).

Ces trois fonctions sont liées entre elles. Par exemple, l'adaptation des règles est d'autant plus efficace qu'elle correspond aux souhaits et aux besoins des acteurs économiques, tels qu'ils seront exprimés par ceux-ci dans le cadre de leur participation. La stabilité du système – élément de prévisibilité et de sécurité juridique – dépend aussi en partie du degré auquel il rencontre les exigences de justice : s'il s'en écarte trop, il risque d'être annihilé par une « révolution » de la manière dont il est capable de s'adapter aux changements de la vie économique internationale.

Les différentes fonctions ne sont pas nécessairement promues par les mêmes acteurs car, selon leur position dans la société, certaines fonctions rencontrent, plus que d'autres, leurs besoins et leurs aspirations. Par exemple, le besoin de sécurité sera plutôt mis en avant par les entreprises actives sur les marchés d'exportation, alors que certaines ONG insisteront davantage sur une participation plus forte des acteurs privés (dont elles-mêmes) aux activités de l'OMC. En outre, dans l'évolution historique, certains facteurs ont eu plus de poids que d'autres. Mais l'essentiel est que, quel que soit leur impact et qui que soient leurs partisans, la nécessité de remplir ces trois fonctions mène vers une exigence d'institutionnalisation des relations économiques internationales. L'exposé des fonctions de l'institution permet ainsi, en outre, de comprendre pourquoi l'institutionnalisation a eu lieu.

La nécessité de remplir les trois fonctions exposées dans cette section est systémique : elle tient aux relations entre le droit et l'économie dans le monde contemporain. Elle explique en grande partie le mouvement d'institutionnalisation, sans toutefois constituer une explication exclusive. D'autres éléments, plus circonstanciels, ont aussi joué un rôle dans le développement des règles du commerce international ou dans le fait que les développements observés aient eu lieu à cette

période ou qu'ils aient pris telle ou telle forme particulière. A. Reich cite par exemple un certain déclin de l'hégémonie américaine, les conséquences géopolitiques et idéologiques de l'effondrement du bloc communiste et certains effets de la mondialisation¹⁶⁴⁷.

On procédera selon un plan similaire pour chaque fonction. Après avoir exposé brièvement sa raison d'être, on montrera en quoi une organisation de type institutionnel est plus apte à satisfaire à ses exigences qu'une configuration contractuelle. On présentera ensuite quelques éléments par lesquels l'OMC – en particulier dans ses aspects institutionnels – contribue à la réalisation de cet objectif.

§ 1. Garantie de sécurité

323. La sécurité est une condition du commerce

Le développement du commerce requiert un environnement sûr et stable. Ceci comprend des aspects purement matériels, comme l'élimination des brigands et des pirates, pour protéger les commerçants et leurs marchandises. Auparavant, c'était un souci primordial ; la préoccupation demeure aujourd'hui¹⁶⁴⁸. Mais la sécurité et la stabilité (laquelle se comprend comme une sécurité dans la durée) nécessitent aussi un certain environnement économico-juridique de nature à faciliter le commerce. Il faut par exemple que les commerçants puissent utiliser une monnaie relativement stable dans sa valeur, que les poids et mesures soient déterminés avec certitude, que les commerçants manifestement insolvable soient écartés du commerce (c'est un des rôles de la faillite), que les créanciers puissent faire respecter les contrats, etc.

Au-delà de ces impératifs tenant à l'environnement commercial, la sécurité juridique implique que les règles applicables à l'acte de commerce, à ses accessoires et à ses conséquences soient le plus possible empreintes de certitude. Elles doivent notamment être aisément connaissables (ce qui implique publicité et clarté), stables et effectivement appliquées. Par exemple, des règles juridiques peu claires ou inadaptées (à supposer qu'elles soient supplétives) contraignent les parties à négocier une solution « sur mesure », ce qui entraîne un coût.

Garantir la sécurité et la stabilité revient à éliminer une partie des coûts de transaction, ce qui rend le commerce plus efficient. Toutefois, ceci doit être réalisé sans soumettre l'acte de commerce à des contraintes trop fortes, qui constitueraient de nouvelles formes de coûts de

¹⁶⁴⁷ A. REICH, « From Diplomacy to Law: The Juridicization of International Trade Relations », *Northwestern Journ. Int. L. & Business* 17(2/3), 1996/1997, spéc. p. 832-839.

¹⁶⁴⁸ J.-Fr. LECLERCQ, « La lutte contre la piraterie moderne entravant la circulation maritime et le droit fondamental des Nations Unies », *R.D.I.D.C.*, 2011, p. 7-52.

transaction. Elles ôteraient à la sécurité une partie de son effet bienfaisant et, au-delà d'un certain niveau, empêcheraient la réalisation de l'opération. On range par exemple dans cette catégorie de contraintes les limites posées à la volonté des parties (règles impératives et d'ordre public) et les taxes applicables à l'opération, qui servent notamment à financer l'élaboration et le fonctionnement du système juridique.

Entre une réglementation trop faible et une autre trop contraignante se trouve un *optimum* qu'il faut tenter d'approcher ; il faut élaborer des règles qui réalisent le meilleur équilibre entre une sécurité maximale et des contraintes et des coûts minimaux, étant entendu qu'il ne s'agit pas seulement de bien doser la quantité de règles, mais, surtout, de promulguer des règles de bonne qualité. Bien entendu, on ne parle ici que d'une des fonctions du droit ; il en a d'autres, notamment la garantie des droits fondamentaux et une juste redistribution des richesses, dont la réalisation doit nécessairement aussi être mise en balance avec les objectifs de sécurité et d'efficacité économique.

324. Les États comme garants de la sécurité du commerce, mais aussi comme source d'un risque

Les États sont les premiers responsables de la réalisation de cette sécurité juridique, même en ce qui concerne les opérations commerciales internationales. Ceci passe notamment par la conception et l'application du droit (international) privé et du droit public. Principes de la liberté contractuelle et de la convention-loi, correction des asymétries d'information éventuelles, règles supplétives proches d'un accord optimal entre agents économiques, taxes limitées et prévisibles, système judiciaire efficace et maintien du système monétaire sont autant d'exemples par lesquels les États assurent de bonnes conditions pour le fonctionnement du commerce, interne ou international.

Les acteurs du commerce international peuvent aussi, dans une certaine mesure, assurer eux-mêmes leur propre sécurité juridique. Ils y parviennent en rédigeant des clauses contractuelles idoines ou en confiant leurs différends à l'arbitrage, par exemple. Mais, les commerçants n'étant pas éthérés, ils se heurtent tôt ou tard à la souveraineté de l'un ou l'autre État, qui lui confère une maîtrise juridique et un pouvoir de contrainte. Les prélèvements fiscaux, mais aussi les règles d'exécution forcée des décisions juridictionnelles, ne peuvent être modalisés par convention. Or, la prospérité du commerce mondial n'est (à juste titre) pas la seule préoccupation des États ni le seul intérêt qu'ils défendent. Ils prennent parfois, en vue d'autres objectifs de politique interne, des mesures nuisibles aux impératifs rappelés plus haut, notamment par le droit fiscal ou les autres réglementations internes.

Ces importants pouvoirs de l'État lui sont certes nécessaires, non seulement pour assurer sa fonction de garantie de la sécurité du commerce, mais aussi pour exercer les missions d'intérêt général qui lui sont confiées (sécurité sociale, protection de l'environnement, santé publique, aménagement du territoire, et tant d'autres). Néanmoins, ces pouvoirs sont aussi, du point de vue des commerçants et singulièrement des commerçants étrangers, la source d'un risque de voir leurs opérations soumises à des taxes, des restrictions ou des interdictions imprévues ou arbitraires (*supra*, n° 174).

Même s'il ne se réalise pas, ce risque subsiste toujours. Mais on peut l'atténuer en rendant l'action des États plus prévisible. Soumettre les États à des règles n'est pas la seule technique concevable : le risque en question est beaucoup moindre lorsque la gouvernance interne étatique permet aux marchands de contrôler facilement l'action des États sur le territoire desquels ils sont actifs, par les élections, les lobbys, la corruption, ou – moins coûteux – la convergence « naturelle » des intérêts entre les entreprises et les dirigeants politiques. Ce mode de contrôle du risque lié aux pouvoirs des États est cependant moins efficace dans un monde globalisé, où les entreprises agissent sur des territoires de plus en plus larges et où les échanges sont bien plus internationalisés qu'auparavant.

325. Fonction de l'institution pour garantir la sécurité du commerce international

En raison de la configuration actuelle du commerce international, une action au sein des États n'est plus suffisante, même si elle continue à être largement pratiquée. La création d'un environnement sûr pour les échanges passe donc par un mécanisme international de coordination, qui rende plus prévisible l'action des États. Ce mécanisme est lui-même soumis à la théorie des coûts de transaction : pour être possible et efficace, il doit être négociable sans coûts excessifs par rapport à son utilité et les parties doivent être assurées au mieux de son exécution.

Or, tel ne serait pas le cas d'un ensemble de traités bilatéraux sans structure institutionnelle. L'institution internationale, au contraire, prouve sa supériorité dès lors qu'elle génère moins de coûts de transaction¹⁶⁴⁹, pour les raisons suivantes.

Premièrement, l'autorité dont dispose l'institution permet le bon fonctionnement du système dans un contexte d'incomplétude des règles régissant le comportement des États : les autorités

¹⁶⁴⁹ V. J.P. TRACHTMAN, « The Theory of the Firm and the Theory of the International Economic Organization: Toward Comparative Institutional Analysis », *Northwestern Journ. Int. L. & Business* 17(2/3), 1996/1997, spéc. p. 512 et s. Aussi, plus généralement, J. GÉNÉREUX, *Les vraies lois de l'économie*, Paris, Seuil, 2005, p. 99-100, qui se base sur les travaux de Coase.

instituées comblent les lacunes au cas par cas, ce qui entraîne au total moins de coûts de transaction, pour résoudre des questions d'une telle complexité, que la recherche *ex ante* d'un accord sur tous les points¹⁶⁵⁰.

Deuxièmement, le multipartisme caractéristique de l'institution est un autre facteur de sa supériorité. Le degré de sécurité augmente avec l'extension du champ d'application spatiale des règles. L'incitant à y participer va croissant : rester en dehors du système entraîne toujours plus de désavantages. Si un grand nombre de parties a certes tendance à accroître la complexité et la longueur des négociations visant à fixer ou à modifier les règles applicables, une négociation multilatérale nécessite cependant moins de temps et de ressources que le grand nombre de négociations qui serait nécessaire pour atteindre le même résultat au moyen d'accords bilatéraux.

Troisièmement, l'uniformité qui résulte d'un traité multilatéral facilite la connaissance des règles et accroît leur stabilité.

Enfin, pour poser, et surtout pour imposer, des limites à l'exercice abusif par les États de leurs droits souverains, il est utile de disposer d'une structure de pouvoirs et d'un pouvoir de contrainte. Le traité, en tant que tel, n'est que de peu d'utilité s'il n'existe pas d'autorité, nationale ou internationale, pour assurer le respect des obligations qu'il contient. Là encore, une structure institutionnelle, avec les éléments d'autorité qui la caractérisent, s'avère plus efficace.

326. Le rôle de l'OMC pour garantir la sécurité du commerce

L'OMC garantit les principes de sécurité des transactions, en encadrant les actions des États à l'égard du commerce international et de ses acteurs. Elle cherche ainsi à limiter les effets de la souveraineté lorsque celle-ci aboutit à empêcher ou à freiner le commerce international. Dans la mesure où elle autorise certaines pratiques en sens contraire, elle tente d'améliorer leur clarté et leur prévisibilité, pour que les commerçants puissent en tenir compte dans l'organisation de leurs relations. C'est dans ce contexte qu'il faut situer l'importance désormais centrale qu'accorde l'Organe d'appel aux obligations de transparence de l'article X du GATT, par exemple dans son rapport *États-Unis – Vêtements de dessous*¹⁶⁵¹.

¹⁶⁵⁰ V. J.P. TRACHTMAN, « The Theory of the Firm and the Theory of the International Economic Organization: Toward Comparative Institutional Analysis », *Northwestern Journ. Int. L. & Business* 17(2/3), 1996/1997, p. 523.

¹⁶⁵¹ Organe d'appel, *États-Unis – Restrictions à l'importation de vêtements de dessous de coton et de fibres synthétiques ou artificielles*, WT/DS24/AB/R, 10 février 1997. Sur ce point et sur l'évolution par rapport à la situation d'avant 1995, v. P. ALA'I, « From the Periphery to the Center? The Evolving WTO Jurisprudence

L'interdiction des quotas et la limitation des droits de douane, voies principales de l'amélioration de l'accès aux marchés, ont indéniablement sécurisé les marchands, en fixant de manière stable les conditions dans lesquelles ils peuvent participer au commerce international. Les interdictions pures et simples d'importer sont, en règle, prohibées ; le plafonnement des prélèvements fiscaux sur les importations a réduit l'ampleur des obstacles et accru leur prévisibilité.

La méthode multilatérale largement utilisée pour aboutir à l'édiction de ces règles a permis leur application dans plus de 150 États, entre lesquels se déploie la majeure partie du commerce mondial. L'uniformité des règles, leur regroupement dans l'Accord de Marrakech et la cohérence d'interprétation assurée par l'Organe d'appel permettent de comprendre et de connaître le système en vigueur, donc de l'utiliser, plus facilement que s'il résultait d'un amalgame d'accords bilatéraux, même s'il faut concéder que le commerce international est aussi régi par des traités bilatéraux et des accords régionaux dérogeant au droit de l'OMC.

Les règles élaborées au cours de l'évolution ont aussi fait progresser la prévisibilité dans le vaste domaine des obstacles non tarifaires au commerce. Mesures sanitaires, obstacles techniques, évaluation en douane, droits intellectuels étaient autrefois autant de mesures réservées à la discrétion des États, impliquant des coûts supplémentaires à charge de ceux qui devaient se conformer à autant de règles distinctes que d'États vers lesquels ils souhaitaient exporter. En limitant la marge de manœuvre des États, les règles de l'OMC contribuent à réduire ces coûts dans ces matières.

Étant donné l'acquis antérieur et les contraintes existantes, une structure institutionnelle comme celle de l'OMC s'avère efficiente en vue de la réduction des coûts de transaction dans le commerce mondial.

Dans l'état actuel des choses, la garantie de sécurité est conçue en faveur des commerçants (même si l'on vise par-là, en définitive, à promouvoir un certain intérêt général), qu'il faut protéger contre l'action des États. Une révolution copernicienne serait d'envisager aussi la sécurité en sens inverse, c'est-à-dire en faveur des États qui souffrent des pratiques abusives de certains acteurs du commerce international, en particulier de groupes multinationaux. Ceci nécessiterait notamment que l'OMC puisse imposer des obligations aux acteurs privés, ce qui n'est guère à l'ordre du jour (*infra*, n° 332).

on Transparency and Good Governance », *J.I.E.L.* 11(4), 2008, p. 779-802. Comp. F. WEISS, « Good Governance in the Procedural Practice of the WTO », in A. LIGUSTRO et G. SACERDOTI (a cura di), *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia. Liber amicorum in onore di Paolo Picone*, Naples, Editoriale scientifica, 2011, p. 484-488.

§ 2. Mécanisme d'adaptation

327. Adaptabilité des règles comme condition du commerce

L'exposé du paragraphe précédent pourrait laisser croire, à tort, que les règles commerciales idéales sont immuables. Or, si les règles doivent être stables et prévisibles pour pouvoir être facilement prises en compte par les agents économiques, encore faut-il qu'elles soient adaptées à leur situation, qui ne cesse d'évoluer.

Les coûts liés au commerce international évoluent avec l'environnement commercial. Une réduction des coûts de transport, ou une évolution technique, et un nouveau secteur d'exportations peut se développer. Une épidémie de grippe aviaire frappe un pays, qui renforce les règles sanitaires. Des campagnes bien orchestrées sur la propagation du SIDA en Afrique, et on réclame la modification du régime des brevets sur les médicaments. Les règles doivent pouvoir accompagner ces évolutions, pour développer la sécurité dans les domaines nouveaux ou qui en réclament davantage (premier exemple), ou pour maintenir la légitimité du système sans laquelle il ne perdurer dans son action de prévisibilité (deux derniers exemples).

Comme dans les autres branches du droit, la nécessaire évolution des règles doit trouver un équilibre par rapport à l'objectif de stabilité et de sécurité.

328. Fonction de l'institution en termes d'adaptabilité

Ici encore, l'institution, par sa souplesse (*supra*, n° 294), est sans doute plus apte à faire advenir les évolutions nécessaires dans la configuration des règles. Les structures institutionnelles peuvent, par leurs organes, prendre des décisions ne nécessitant le plus souvent pas l'unanimité des membres, ce qu'elles utilisent pour mettre en œuvre cette évolution, à tout le moins pour les questions non cruciales.

Cette caractéristique de l'institution découle de sa vocation à durer. L'allongement temporel des relations entre les parties expose au risque d'une évolution du contexte de la négociation initiale. Les règles convenues au départ risquent alors de n'être plus adaptées à la situation nouvelle, donc d'être moins efficaces que des règles adaptées. En cela, la possibilité de modifier les règles est un aspect de la réduction des coûts de transaction¹⁶⁵². Lorsque les parties sont nombreuses et les incertitudes fortes (ce qui résulte notamment de la longue durée et de la complexité des questions régies), une structure institutionnelle exerçant une autorité sur ses

¹⁶⁵² J.P. TRACHTMAN, « The Theory of the Firm and the Theory of the International Economic Organization: Toward Comparative Institutional Analysis », *Northwestern Journ. Int. L. & Business* 17(2/3), 1996/1997, p. 524.

membres est capable de décider d'adaptations des règles de manière plus rapide et moins coûteuse que s'il fallait passer par un nouvel accord entre toutes les parties.

329. Rôle de l'OMC pour adapter les règles dans la durée

Si ce qui précède est vrai des institutions en général, encore faut-il se rappeler que l'OMC n'a pas (encore ?) toutes les caractéristiques d'une institution. Ceci apparaît particulièrement lorsqu'on examine les possibilités d'adapter les règles.

L'amendement des traités, par exemple, nécessite de repasser par les mécanismes contractuels impliquant l'accord de tous les États, y compris, généralement, la ratification par leurs organes législatifs. Cette procédure est particulièrement longue et lourde, de sorte qu'outre les coûts de transaction importants qui lui sont inhérents, elle laisse encore subsister, pendant plusieurs années, des règles inadaptées aux situations nouvelles. Les vicissitudes de l'amendement à l'accord ADPIC en sont une illustration convaincante. Trouvant sa source dans la Déclaration de Doha de 2001¹⁶⁵³ et longuement négocié à la faveur d'une dérogation temporaire décidée en 2003¹⁶⁵⁴, il n'a finalement été adopté par le Conseil général qu'en décembre 2005¹⁶⁵⁵, et environ septante membres l'ont ratifié, alors que son entrée en vigueur nécessite l'acceptation de deux tiers des membres (art. X.3 OMC) et que le délai de ratification, expirant initialement le 1^{er} décembre 2007, a déjà été prolongé trois fois¹⁶⁵⁶. Ainsi les techniques provenant du droit des traités (unanimité ou consensus, ratification) constituent des obstacles à l'évolution des règles¹⁶⁵⁷.

Le « blocage » du Cycle de négociations de Doha, lancé en 2001 sans encore avoir abouti, illustre par la pratique cette relative incapacité de l'OMC à faire évoluer ses propres règles.

Le conseil consultatif sur l'avenir de l'OMC a déjà soulevé le problème en 2004, suggérant comme solutions certains tempéraments à l'exigence du consensus ou le recours à des accords

¹⁶⁵³ *Déclaration sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique*, 14 novembre 2001, WT/MIN(01)/DEC/2.

¹⁶⁵⁴ *Mise en œuvre du paragraphe 6 de la Déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique* – Décision du 30 août 2003, WT/L/540 et WT/L/540/Corr.1

¹⁶⁵⁵ *Amendement de l'Accord sur les ADPIC* – Décision du 6 décembre 2005, WT/L/641.

¹⁶⁵⁶ *Amendement de l'Accord sur les ADPIC – Prorogation du délai d'acceptation par les Membres du protocole portant amendement de l'Accord sur les ADPIC* – Décision du 18 décembre 2007, WT/L/711 ; *Amendement de l'Accord sur les ADPIC – Deuxième prorogation du délai d'acceptation par les Membres du protocole portant amendement de l'Accord sur les ADPIC* – Décision du 17 décembre 2009, WT/L/785 ; *Amendement de l'Accord sur les ADPIC – Troisième prorogation du délai d'acceptation par les Membres du protocole portant amendement de l'Accord sur les ADPIC* – Décision du 30 novembre 2011, WT/L/829.

¹⁶⁵⁷ B. MERCURIO, « The WTO and its Institutional Impediments », *Melbourne Journ. Int. L.* 8, 2007, p. 206-211.

plurilatéraux permettant d'établir des règles à « géométrie variable »¹⁶⁵⁸. La première solution va dans le sens d'une plus grande institutionnalisation ; la seconde beaucoup moins, même si elle peut être considérée comme plus institutionnelle que l'alternative la plus probable, à savoir la conclusion d'accords régionaux ou bilatéraux.

§ 3. Possibilité d'ouverture aux acteurs privés

330. Les acteurs privés participent à l'élaboration du droit économique

Le commerce est, principalement et en premier lieu, l'affaire d'acteurs privés, personnes physiques et sociétés, qui produisent, achètent et vendent des marchandises, ou fournissent des services. Ils s'intéressent naturellement à la configuration des règles qui leur sont applicables dans l'exercice de leur activité.

Le droit économique est habitué à la participation de ses destinataires à la création des règles et au fonctionnement du système juridique qui gouvernent leur activité. La raison première provient du caractère essentiellement privé de cette matière, en sorte que la plupart des règles sont fixées dans des contrats librement négociés par les opérateurs économiques. La participation a aussi une place importante dans l'élaboration des normes réglementaires : en témoigne notamment la présence de représentants des milieux régulés au sein des organes d'autorités administratives chargées de contrôler divers secteurs de l'économie¹⁶⁵⁹. Il s'agit à la fois de renforcer la légitimité des normes et de bénéficier des connaissances techniques des acteurs du terrain pour leur élaboration. Enfin, depuis des siècles, arbitres et juges consulaires incarnent la participation des acteurs à l'administration de la justice économique¹⁶⁶⁰.

¹⁶⁵⁸ CONSEIL CONSULTATIF, *L'avenir de l'OMC – Relever les défis institutionnels du nouveau millénaire*, Genève, OMC, 2004, § 269 et s., p. 71 et s.

¹⁶⁵⁹ V. par exemple art. 24, § 3, de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité (*M.B.*, 11 mai 1999, p. 16264) prévoyant que le conseil général de la CREG « est composé de représentants du gouvernement fédéral, des organisations représentatives des travailleurs, des employeurs, des classes moyennes et des associations environnementales, et des producteurs, du gestionnaire du réseau, des gestionnaires des réseaux de distribution, des intermédiaires, des fournisseurs et des consommateurs » ; art. 138, § 2 du décret coordonné de la Communauté française du 26 mars 2009 sur les services de médias audiovisuels (*M.B.*, 24 juillet 2009, p. 50609) (collège d'avis du Conseil supérieur de l'audiovisuel, compétent pour « rédiger et tenir à jour des règlements », qui sont ensuite approuvés par le gouvernement de la Communauté française – art. 135, § 1^{er}, 5°).

¹⁶⁶⁰ V. notamment G. HORMANS, « Le dialogue judiciaire », in J.-P. BUYLE, W. DERIJCKE, J. EMBRECHTS et I. VEROUGSTRAETE, *Bicentenaire du Code de commerce*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 283-326 ; F. DEKEUWER-DEFOSSÉ et E. BLARY-CLEMENT, *Droit commercial*, 10^e éd., Paris, Montchrestien, 2010, p. 72-86 ; C. BOILLOT, « Les tribunaux de commerce et le Code de commerce : heurts et malheurs de la codification... », in P. LE CANNU (dir.), *D'un code à l'autre : le droit commercial en mouvement*, Paris, L.G.D.J., 2008, p. 139-157.

331. L'incidence du droit de l'OMC sur les acteurs privés

Les règles de l'OMC ne régissent pas les modes de formation et d'exécution des contrats commerciaux internationaux, mais elles en définissent le cadre en amont. Plus particulièrement, elles limitent les possibilités qu'ont les États de taxer et de réglementer les opérations commerciales. C'est en ce sens que, formellement, elles ne s'appliquent qu'aux États.

En pratique, ces règles affectent cependant, au premier chef, les acteurs du commerce international eux-mêmes, dès lors qu'elles assurent une protection de leurs activités. Généralement, ils se réjouissent de l'existence des règles de l'OMC (même s'ils peuvent souhaiter qu'elles soient à certains égards améliorées ou renforcées) et de l'action d'une organisation chargée de veiller à leur correcte application.

D'autres intervenants sont partisans de mesures de protection économique, sociale, environnementale, sanitaire, culturelle, que l'OMC prohibe ou décourage au nom du libre-échange. La plupart d'entre eux pensent que les États sont plus enclins à édicter de telles mesures qu'une organisation internationale chargée de la promotion du commerce. En conséquence, ils souhaitent réduire les pouvoirs de l'OMC, voire supprimer totalement cette organisation. Ils souhaitent au contraire maintenir le pouvoir des États.

Cependant, ni les partisans du libre-échange ni leurs opposants ne peuvent prétendre se préoccuper que des actions d'un seul État (le leur). Tous ont aussi des exigences sur l'attitude que devraient adopter les États étrangers. De ce point de vue, une organisation internationale qui fixe des règles et contrôle leur bonne application est un outil plus efficace qu'une action qui devrait être menée au sein d'une multitude d'États. Pour les partisans du libre-échange, cet outil existe et fonctionne globalement dans le sens souhaité. Les opposants ont le choix entre deux stratégies difficiles à mettre en œuvre : détruire l'outil de l'adversaire ou le « convertir » pour l'utiliser à la promotion des intérêts qu'ils défendent.

Le débat se situe donc sur deux plans distincts, mais interconnectés. Il s'agit d'une part de déterminer quelle autorité doit avoir le pouvoir de réglementer le commerce international, ou plus précisément comment répartir les pouvoirs entre les différentes autorités compétentes en cette matière, et, d'autre part, de savoir quelles règles de fond doivent être adoptées, sachant que les acteurs privés ont une certaine faculté d'influencer l'autorité. Les deux questions sont liées car c'est parce que l'on croit que telle autorité est plus susceptible que d'autres d'édicter des règles de fond de tel type qu'on souhaite lui attribuer plus ou moins de pouvoir.

Quoi qu'il en soit, les règles de l'OMC ont, tant qu'elles existent, une incidence non négligeable sur la situation des acteurs économiques. Pour ceux qui sont actifs dans le commerce international, cette incidence est assez directe (quoiqu'elle se matérialise au travers de règles internes). Pour les autres, par exemple les consommateurs et les travailleurs, c'est davantage au travers du fonctionnement du système économique façonné par les règles de l'OMC (parmi d'autres) que cette incidence se fait sentir. Pour être plus indirecte, elle n'en est pas moins réelle, ce qui explique pourquoi ceux qui pratiquent le commerce international sont loin d'être les seuls à s'intéresser à l'OMC.

332. Les acteurs privés s'intéressent à l'OMC et celle-ci s'ouvre à leur participation

Il est symptomatique que les « altermondialistes » adressent directement à l'OMC des revendications quant à l'organisation de l'économie mondiale et lui demandent d'agir (davantage) en faveur d'objectifs comme le développement, la réduction des inégalités ou la protection de l'environnement. Ceux qui s'opposent à l'action de l'OMC ne sont pas les seuls à s'y intéresser. Un examen attentif permettrait certainement de montrer que, de tous temps, le libre-échange et les accords internationaux facilitant le commerce international ont été activement promus par les acteurs du commerce international eux-mêmes, dès lors qu'ils sont les premiers à en tirer profit¹⁶⁶¹. Même si cette position est plus rare, de fervents partisans du libre-échange s'insurgent contre une tendance de l'OMC (qu'ils considèrent comme une dérive) à dépasser la lutte contre les discriminations pour s'engager dans une forme de réglementation du commerce international, risquant alors de devenir la proie de divers groupes d'intérêt actifs au niveau mondial¹⁶⁶². Ainsi, au moins trois catégories d'acteurs aux buts très différents s'intéressent à l'action de l'OMC, parce qu'ils estiment que son action a une influence, positive ou négative, sur la réalisation des objectifs qu'ils poursuivent.

Ils vont ainsi à l'encontre d'une conception de l'OMC, très présente dans le discours de l'Organisation elle-même¹⁶⁶³, comme cadre de négociations sans signification indépendante de la volonté des États. L'OMC n'est qu'une « table » de négociation, avance-t-on parfois de manière imagée, pour suggérer l'absurdité d'imputer à la « table » tel aspect (critiqué) des résultats.

¹⁶⁶¹ En ce qui concerne l'ADPIC, v. S.C. BURRIS, P. DRAHOS et C. SHEARING, « Nodal Governance », *Australian Journal of Legal Philosophy* 30(1), 2005, spéc. p. 40-49, qui montrent l'implication des sociétés privées, mais surtout décrivent les méthodes utilisées, pour parvenir à la conclusion d'un tel accord.

¹⁶⁶² J.O. MCGINNIS et M.L. MOVSESIAN, « The World Trade Constitution », *Harvard L. R.*, 2000, p. 512-605.

¹⁶⁶³ V. ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE, *Dix malentendus fréquents au sujet de l'OMC*, Genève, OMC, 2008, spéc. p. 2 et 10.

C'est cependant lors des conférences ministérielles que les négociations aboutissent, que les décisions sont prises et que les protestations sont le plus vivement exprimées. Ces conférences constituent des moments forts de la vie de l'Organisation et rappellent ces « manifestations de communion » dont parlait M. Hauriou¹⁶⁶⁴. Il faut porter des œillères pour n'y voir qu'un lieu, neutre de sens, d'une négociation interétatique. Le contexte, l'action du secrétariat, la perspective historique, les organes choisis par les États pour les représenter, les thèmes débattus sont autant d'éléments qui concourent à faire qu'une conférence ministérielle aboutisse à certains résultats (et pas d'autres), qui ne seraient pas atteints dans un autre contexte.

Aussi les acteurs privés cherchent-ils à participer à la prise de décisions. Pour des raisons qui tiennent principalement à sa propre légitimité, l'OMC leur accorde une certaine place.

Une des revendications premières des altermondialistes visait un droit de participation, fût-il passif, aux débats, par le biais d'une plus grande transparence. Le rôle des ONG est maintenant officiellement reconnu (*supra*, n° 306). D'autres initiatives, comme le forum public de l'OMC¹⁶⁶⁵, indiquent aussi la volonté de l'Organisation d'encourager la participation des acteurs privés.

La question de la participation des acteurs privés surgit aussi dans un autre aspect institutionnel du fonctionnement de l'OMC, à savoir le règlement des différends. Dès ses premières années de fonctionnement, la confidentialité des procédures a été identifiée comme une faiblesse du nouveau mécanisme¹⁶⁶⁶. Ici encore, l'évolution montre qu'une participation croissante est admise, voire encouragée. Le lobbying de certaines entreprises pour inciter les États à diligenter une procédure de règlement des différends n'est pas neuf. Il a toutefois connu une forme de consécration lorsqu'il fut admis – certes conformément aux règles générales du droit international public, mais contrairement aux « habitudes » – que les États pourraient être représentés par des conseils privés (avocats). Que ces derniers puissent être honorés par le secteur industriel intéressé n'est un secret pour personne.

Les mémoires d'*amicus curiae*, d'abord utilisés par des intervenants de la famille altermondialiste, ont été admis pour la première fois dans l'affaire *États-Unis – Crevettes*. Sans être parties au différend, ni même aux Accords de l'OMC, ces « tiers » porteurs d'intérêts ont

¹⁶⁶⁴ V. dans le même sens S. CHO, « The WTO's Gemeinschaft », *Alabama L. R.* 56(2), 2004, p. 521.

¹⁶⁶⁵ http://www.wto.org/french/forums_f/public_forum_f/public_forum_f.htm (9 janvier 2012).

¹⁶⁶⁶ P. VAN DEN BOSSCHE et G. MARCEAU, « Le système de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce. Analyse d'un système particulier et distinctif », *Revue du Marché Unique Européen*, 1998 (3), p. 68.

été reçus à faire valoir leurs observations par le biais d'une annexe au mémoire d'une des parties¹⁶⁶⁷. L'Organe d'appel a, quant à lui, décidé que rien n'interdisait au Groupe spécial de prendre en considération des informations non sollicitées qui lui auraient été communiquées, sans qu'elles doivent nécessairement faire partie du dossier d'une partie¹⁶⁶⁸. L'enthousiasme de ces tiers face à ce nouveau mode d'expression, et la réaction négative de certains États à l'égard de cette ouverture judiciaire aux personnes privées, furent tels que, sans remettre en cause le principe, la pratique ultérieure se montra plus restrictive¹⁶⁶⁹. Mais tous les États ne sont pas aussi réticents : certains prévoient, dans la procédure de règlement des différends de traités bilatéraux de libre-échange, l'obligation de tenir compte des demandes des « entités non gouvernementales » de déposer des mémoires d'*amicus curiae*¹⁶⁷⁰.

Une autre étape importante a été franchie lors de la première audience publique tenue par un groupe spécial, dans l'affaire du *Maintien de la suspension* (*supra*, n° 306). La publicité du procès est une garantie démocratique réclamée par les Lumières et généralisée en droit interne depuis le XIX^e siècle au moins ; elle s'inscrit dans le mouvement contemporain de « bonne gouvernance » qui atteint aussi les organisations internationales¹⁶⁷¹. Mais précisément : parler

¹⁶⁶⁷ Groupe spécial, *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, WT/DS58/R, 15 mai 1998, 3.129-3.134, 7.7-7.8.

¹⁶⁶⁸ Organe d'appel, *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, WT/DS58/AB/R, 12 octobre 1998, 99-110. V. aussi Organe d'appel, *États-Unis – Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud originaires du Royaume-Uni*, WT/DS138/AB/R, 10 mai 2000, 39 et s. Sur l'*amicus curiae* à l'OMC, en doctrine, v. N. ANGELET, « Le tiers à l'instance dans la procédure de règlement des différends de l'OMC », in H. RUIZ FABRI et J.-M. SOREL (dir.), *Le tiers à l'instance devant les juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2005, p. 231-238 ; C.-E. CÔTÉ, *La participation des personnes privées au règlement des différends internationaux économiques : l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC*, Bruxelles, Bruylant, 2007, spéc. p. 405-415 ; C.-D. EHLERMANN, « Experiences from the WTO Appellate Body », *Texas Int. L. Journ.* 38, 2003, p. 484 ; C.L. LIM, « The Amicus Brief Issue at the WTO », *Chinese Journ. Int. L.* 4(1), 2005, p. 85-120 (qui examine surtout les réactions des États) ; B. STERN, « L'intervention des tiers dans le contentieux de l'OMC », *R.G.D.I.P.*, 2003, p. 257-303.

¹⁶⁶⁹ Organe d'appel, *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, WT/DS135/AB/R, 12 mars 2001, 50-57 ; C.-E. CÔTÉ, *La participation des personnes privées au règlement des différends internationaux économiques : l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC*, Bruxelles, Bruylant, 2007, spéc. p. 410-413 ; B. MARCHETTI, « The WTO Dispute Settlement System: Administration, Court, or Tertium Genus? », *Suffolk Transnational L. R.* 32(3), 2009, p. 580-582. Pour un récapitulatif, v. le tableau établi par B. STERN, « L'intervention des tiers dans le contentieux de l'OMC », *R.G.D.I.P.*, 2003, p. 300-301.

¹⁶⁷⁰ Par exemple art. 20.4, § 4, d, (iv), du *United States – Singapore Free Trade Agreement* (6 mai 2003) et art. 20.10, § 1, d, du *United States – Chile Free Trade Agreement* (6 juin 2003). En ce qui concerne le CIRDI et le contentieux relatif à l'investissement international, v. N. RUBINS et A. CANIVET (« Les modifications récentes du règlement CIRDI », in Ch. LEBEN (dir.), *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux – aspects récents*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, p. 180-182.

¹⁶⁷¹ Sur cette tendance, v. not. F. WEISS, « Good Governance in the Procedural Practice of the WTO », in A. LIGUSTRO et G. SACERDOTI (a cura di), *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia. Liber amicorum in onore di Paolo Picone*, Naples, Editoriale scientifica, 2011, p. 479-493.

de démocratie et de gouvernance, c'est se situer dans un champ institutionnel. Ce n'est pas un hasard si l'arbitrage – forme classique de justice contractuelle – est généralement confidentiel, alors que la justice étatique, en particulier la justice pénale, est soumise aux exigences de la publicité.

Tumulte des manifestations violentes ou raffinement d'un lobbying feutré, l'influence polymorphe des acteurs se fait toujours sentir. C'est qu'ils perçoivent l'utilité de faire valoir auprès de l'OMC les intérêts qu'ils défendent. Quant à l'OMC, elle se montre relativement accueillante, dans un souci de légitimité.

On pourrait songer à renforcer la place des acteurs privés dans le fonctionnement de l'OMC. Une idée défendue en doctrine serait de formaliser davantage, pour mieux organiser, leur participation à la prise de décision, en déterminant aussi des catégories de décisions pour lesquelles la participation des acteurs privés se justifie prioritairement¹⁶⁷². Une réforme beaucoup plus radicale qui, politiquement, ne paraît guère envisageable à ce jour, serait de permettre à l'OMC d'imposer des obligations à charge des acteurs privés. Ce pourrait être une technique pour mieux réglementer l'activité des groupes multinationaux qui, grâce à la division du monde en États et à la faiblesse de certains d'entre eux, profitent de réglementations laxistes, notamment en matière sociale et environnementale, tout en faisant jouer une « concurrence réglementaire » qui favorise le développement de telles réglementations.

333. Conclusion du chapitre I

En reprenant la notion d'institution développée par certains juristes français du début du siècle dernier, cette section a montré, en examinant une série de caractéristiques du GATT et de l'OMC et leur évolution depuis 1947, que les relations économiques internationales ont connu un mouvement d'institutionnalisation, qui n'est d'ailleurs pas totalement abouti. L'OMC d'aujourd'hui est l'institution qui résulte de ce mouvement ; elle est devenue un acteur du système commercial international, et celui-ci ne se conçoit plus sans elle. Le débat sur le caractère bilatéral ou collectif des obligations du droit de l'OMC fait apparaître l'intérêt collectif qui est au centre du projet institutionnel. Si l'on examine l'évolution du GATT et de l'OMC, ce débat montre aussi une augmentation de l'importance des obligations collectives, ce qui renforce la thèse de l'institutionnalisation. Celle-ci a en outre modifié la signification de la réciprocité, qui se comprend aujourd'hui dans un sens plus souple, plus diffus, qu'auparavant.

¹⁶⁷² V. Y. BONZON, « Institutionalizing Public Participation in WTO Decision Making: Some Conceptual Hurdles and Avenues », *J.I.E.L.* 11(4), 2008, p. 751-777.

L'émergence de l'institution dans ce domaine s'explique parce qu'elle est mieux à même de remplir certaines fonctions essentielles au développement du commerce international. Ainsi, l'institution garantit mieux la sécurité juridique, nécessaire au développement des échanges. Sa souplesse lui permet de subsister dans la durée en adaptant les règles à l'évolution de l'environnement économique et social. Il faut reconnaître que, sous cet angle, l'OMC garde encore une grande rigidité, en particulier pour ce qui concerne la modification des règles qui s'imposent aux membres. Par son aspect objectif, l'institution laisse une place aux tiers et permet donc de faire participer les acteurs économiques à l'élaboration des règles qui les concernent. On peut observer leur implication grandissante dans les activités de l'OMC.

Un mouvement d'institutionnalisation est perceptible lorsqu'on observe l'OMC dans son ensemble. Mais, comme montre le chapitre suivant, il apparaît encore davantage à l'examen de l'évolution de son mécanisme de règlement des différends.

Chapitre II ***Institutionnalisation du règlement des différends de l'OMC***

334. Introduction

Depuis l'entrée en vigueur du GATT, les techniques de règlement des différends ont évolué dans le sens d'une institutionnalisation. Les discussions et les controverses tranchées avec plus ou moins de clarté par les États, les groupes spéciaux ou l'Organe d'appel, qui portent sur des questions particulières ou techniques, démontrent une modification de la compréhension du rôle du mécanisme de règlement des différends et, plus généralement, de l'OMC. D'un forum de discussion où tant les modifications des règles en vigueur que les différends relatifs à leur respect faisaient l'objet de compromis diplomatiques, l'OMC s'est progressivement dotée d'une volonté propre et se comprend davantage aujourd'hui comme une organisation chargée de faire respecter par ses États membres les règles juridiques sur lesquelles elle est fondée¹⁶⁷³.

Dans le domaine du règlement des différends, ceci se traduit par l'apparition d'une juridiction. Ce chapitre expose la juridictionnalisation qu'a connue le mécanisme de règlement des différends du système commercial multilatéral, c'est-à-dire le passage de la méthode diplomatique à la méthode juridictionnelle à la faveur de la construction progressive, au sein du GATT et de l'OMC, d'une véritable juridiction.

¹⁶⁷³ Sur cette évolution, v. R.E. HUDEC, *Enforcing International Trade Law – The Evolution of the Modern GATT Legal System*, Salem, Butterworth, 1993, 630 p.

Deux raisons principales justifient d'exposer l'institutionnalisation du règlement des différends. Premièrement, c'est un aspect de l'institutionnalisation du droit économique international, décrite chapitre précédent ; à ce titre, l'évolution du règlement des différends aurait pu trouver sa place parmi les autres éléments qui démontrent l'institutionnalisation du GATT et de l'OMC (*supra*, n^{os} 297 et s.). Toutefois, l'importance de cet élément justifiait de le traiter dans un chapitre séparé, pour pouvoir lui consacrer des développements plus conséquents. La création d'une juridiction internationale chargée du règlement des différends est en effet une des principales manières par laquelle l'Organisation, agissant par ses organes (juridictionnels, en l'occurrence), impose ses décisions à ses États membres. Le pouvoir exercé par l'Organisation sur ses États membres s'est accru en raison de l'émergence d'une instance juridictionnelle. Comme l'écrit H. Ascensio à propos des juridictions internationales en général,

« Là où l'on ne voulait voir que l'exercice d'une *fonction* juridictionnelle apparaît assez spontanément un *pouvoir* »¹⁶⁷⁴.

Inversement, l'institutionnalisation du règlement des différends ne survient pas comme un élément isolé : elle s'insère dans un mouvement plus général d'institutionnalisation du droit du GATT et de l'OMC. En ce sens, les développements des premier et deuxième chapitres se renforcent mutuellement.

D'autre part, et c'est la seconde raison d'en parler, l'institutionnalisation du règlement des différends est le cadre plus général dont fait partie l'institutionnalisation du système de sanctions. Les sanctions sont un élément du mécanisme de règlement des différends ; elles ont été influencées par son institutionnalisation. Non seulement l'insertion des sanctions dans un mécanisme juridictionnel institutionnalisé a-t-elle contribué à les rendre plus effectives, mais elle explique aussi beaucoup sur leurs relations avec les sanctions du droit international général, sur leurs objectifs et sur leur fonction dans l'OMC d'aujourd'hui. On examinera tout ceci dans le chapitre suivant.

Avant d'en arriver là, on exposera toutefois deux prolongements du raisonnement sur l'institutionnalisation du règlement des différends. On montrera, d'une part, les répercussions de ce mode de règlement des litiges sur la manière, davantage basée sur le droit que précédemment, dont les États organisent leurs relations dans le domaine du commerce international. D'autre part, on consacrera quelques pages à expliciter en quoi

¹⁶⁷⁴ H. ASCENSIO, « La notion de juridiction internationale en question », in *La juridictionnalisation du droit international*, Paris, Pedone, 2003, p. 192.

l'institutionnalisation du règlement des différends est un élément de l'institutionnalisation du droit économique international.

335. Plan du chapitre II

Après une première section qui définit le litige et ses modes de règlement, avec l'objectif de caractériser la juridiction par rapport à la diplomatie (section 1), ce chapitre montre que le mécanisme de règlement des différends de l'OMC est aujourd'hui de nature juridictionnelle, après avoir vécu un mouvement de juridictionnalisation pendant la seconde moitié du XX^e siècle (section 2).

La troisième section explicite ensuite, comme on l'a évoqué, deux prolongements de ces transformations. Le premier (§ 1) est la juridicisation des relations économiques internationales. Le concept de juridicisation mérite dès à présent quelques mots d'explication, même s'il sera plus amplement décrit *infra* (n° 387). On entend par là une modification de l'organisation des rapports entre les États qui les mène à fonder leurs relations mutuelles sur des règles juridiques générales et abstraites au lieu d'arrangements *ad hoc* déterminés par les puissances respectives des acteurs en présence. La juridicisation traduit donc l'idée d'une transformation des rapports sociaux, partant d'une organisation sur la base des rapports de force vers une organisation basée sur le droit. Le mouvement de juridicisation a été concomitant de celui de juridictionnalisation, qui forme l'objet principal de ce chapitre. Il peut être considéré comme une de ses conséquences, dès lors que la présence d'une juridiction a amené les États à placer davantage leurs relations sous l'empire des règles juridiques, même s'il est probable que les mouvements de juridicisation et de juridictionnalisation se sont mutuellement renforcés. Le second prolongement (§ 2) consiste à expliciter en quoi la juridictionnalisation est aussi un élément de preuve de l'institutionnalisation de l'ensemble du droit économique international.

Section 1 Différends et juridictions

336. Introduction. Position et intérêt de la question

Le droit international oblige les États à régler pacifiquement leurs différends : ils ne peuvent se faire justice en recourant à la force et ils doivent entreprendre de bonne foi les efforts conduisant à la résolution pacifique des litiges¹⁶⁷⁵. En dehors de ces règles, le droit général

¹⁶⁷⁵ C.I.J., *Affaires du plateau continental de la Mer du Nord*, arrêt du 20 février 1969, C.I.J. Recueil, 1969, p. 47-48, § 86-87, et les références citées.

n'impose aucune méthode particulière pour régler les différends¹⁶⁷⁶. Mais il connaît néanmoins la distinction cardinale entre les modes diplomatiques et les modes juridictionnels de règlement, avec des variantes pour chacun.

En prévoyant une procédure qui s'applique obligatoirement (*infra*, n° 402) pour trancher les litiges relevant du droit de l'OMC, l'Accord de Marrakech, et en particulier le Mémoire d'accord, précisent conventionnellement l'obligation générale de règlement pacifique des différends¹⁶⁷⁷ et prescrivent les méthodes à cette fin. Les caractéristiques de cette procédure, telles qu'elles résultent du Mémoire d'accord, permettent-elles de la qualifier de juridictionnelle ? De nombreux auteurs restent indécis et choisissent les termes « quasi juridictionnel » ou « quasi judiciaire »¹⁶⁷⁸, pour, selon les cas, marquer leur incertitude, traduire l'idée d'un mécanisme hybride en tension entre la diplomatie et la juridiction, indiquer leur préférence pour le pôle juridictionnel (en insistant sur le « juridictionnel ») ou encore faire preuve de retenue, voire de crainte, à l'idée d'une juridiction internationale. Ces termes semblent à tout le moins dénoter un consensus sur la prépondérance de l'aspect juridictionnel car personne ne qualifie le mécanisme de règlement des différends de « quasi diplomatique ».

Mais si cette attitude est confortable, elle pêche par une prudence excessive au regard du développement actuel du mécanisme. Surtout, elle ne permet pas de trancher certaines incertitudes ou controverses qui se résolvent différemment selon qu'on se trouve dans un contexte juridictionnel ou diplomatique. Comme on le verra, la pratique est moins hésitante et,

¹⁶⁷⁶ J. VERHOEVEN, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 693-698.

¹⁶⁷⁷ P. LAMY, « The Place of the WTO and its Law in the International Legal Order », *E.J.I.L.* 17(5), 2006, p. 975 et s.

¹⁶⁷⁸ V. par exemple J. BACCHUS, « Table Talk: Around the Table of the Appellate Body of the World Trade Organization », *Vanderbilt Journ. Transnational L.* 35(4), 2002, p. 1025 ; A. BORDES, « Le rôle du mécanisme de règlement des différends de l'OMC, entre souveraineté réglementaire et institutionnalisation : quel avenir ? », in O. BLIN (dir.), *Regards croisés sur le règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce (OMC)*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 27 ; C.-D. EHLERMANN, « Tensions between the dispute settlement process and the diplomatic and treaty-making activities of the WTO », *W.T.R.* 1(3), 2002, p. 301 ; C.-D. EHLERMANN, « Experiences from the WTO Appellate Body », *Texas Int. L. Journ.* 38, 2003, p. 470 ; A. LANG et J. SCOTT, « The Hidden World of WTO Governance », *E.J.I.L.* 20(3), 2009, p. 607 ; J. MATON et C. MATON, « Independence Under Fire: Extra-legal Pressures and Coalition Building in WTO Dispute Settlement », *J.I.E.L.* 10(2), 2007, p. 318 ; J. MCCALL SMITH, « WTO dispute settlement: the politics of procedure in Appellate Body rulings », *W.T.R.* 2(1), 2003, p. 66 ; G. SACERDOTI, « The nature of WTO arbitrations on retaliation », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 23 (« not [...] as far as full judicialization ») ; R. SHERMAN et J. ELIASSON, « Trade Disputes and Non-state Actors: New Institutional Arrangements and the Privatisation of Commercial Diplomacy », *World Economy* 29(4), 2006, p. 485 ; P. VAN DEN BOSSCHE et G. MARCEAU, « Le système de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce. Analyse d'un système particulier et distinctif », *Revue du Marché Unique Européen*, 1998 (3), p. 34.

confrontée à des questions précises, elle tranche en faveur de la solution qui s'inscrit dans la théorie juridictionnelle.

En ce qui nous concerne, montrer l'évolution du règlement des différends du GATT et de l'OMC vers un système juridictionnel est d'une grande importance. D'une part, la juridictionnalisation est un des principaux facteurs de l'institutionnalisation du droit économique international (v. le chapitre précédent) ; d'autre part, la juridictionnalisation est le contexte plus large dans lequel se situe l'institutionnalisation des sanctions de l'OMC (v. le chapitre suivant).

Cette section s'attache d'abord à des notions théoriques. Elle définit la notion de différend en expliquant ce que cela signifie de « régler » un litige (§ 1) ; elle décrit ensuite les caractéristiques, dans le domaine international, des modes diplomatique et juridictionnel de règlement des différends (§ 2). La section suivante appliquera ces principes au cas de l'OMC.

§ 1. Qu'est-ce qu'un différend et qu'est-ce que le régler ?

1. Notion de différend

337. Conflits et litiges en général

La vie en société est émaillée de conflits de différentes natures : en politique, dans le couple, dans les relations de travail ou de voisinage, dans les débats scientifiques, les individus (et les groupes d'individus) font valoir des opinions, des intérêts et des demandes qui s'opposent, au moins partiellement. Au sens le plus large, ces oppositions s'appellent des conflits¹⁶⁷⁹ ; on parlera en ce sens de conflits d'intérêts. Ils comportent souvent plusieurs dimensions, qui ne sont pas toujours parfaitement distinguées¹⁶⁸⁰. Il est fréquent qu'une de ces dimensions soit juridique, dès lors qu'un des rôles du droit est de faciliter la vie en société en prévenant les conflits et en aplanissant ceux qu'il n'a pas pu empêcher¹⁶⁸¹.

Le litige est un conflit d'intérêts institutionnalisé, en ce sens qu'il est formalisé afin qu'il puisse être tranché par un tiers en appliquant des règles de droit¹⁶⁸². De cette définition découlent plusieurs caractéristiques du litige.

¹⁶⁷⁹ A. JEAMMAUD, « Conflit, différend, litige », *Droits*, n° 34, 2002, p. 17.

¹⁶⁸⁰ M.-C. RIVIER, « Conflit/Litige », in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, P.U.F., 2004, p. 198.

¹⁶⁸¹ A. JEAMMAUD, « Conflit, différend, litige », *Droits*, n° 34, 2002, p. 15-16.

¹⁶⁸² V. la définition très proche de M.-C. RIVIER, « Conflit/Litige », in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, P.U.F., 2004, p. 198.

D'abord, même dans le domaine juridique, tous les désaccords ne constituent pas des litiges¹⁶⁸³. Des parlementaires qui s'opposent au sujet d'un projet de loi ne sont pas en litige, pas davantage que ne le seraient deux professeurs qui débattent, lors d'un colloque, de l'interprétation d'une disposition. Certains conflits sont plus larges que les litiges qu'ils englobent, notamment parce que des aspects non juridiques sont en jeu, ce qui implique que le règlement du litige ne mette pas nécessairement fin au conflit dont il fait partie¹⁶⁸⁴.

Pour constituer un litige, le désaccord doit être formulé de manière à ce que sa solution découle d'une application du droit : « une prétention est juridique si ce qui est demandé ou refusé est réputé être l'état du droit »¹⁶⁸⁵. On dit aussi que le litige est « juridiquement relevant »¹⁶⁸⁶. Le désaccord entre les parties peut porter, selon l'objet du débat institutionnalisé, sur la matérialité des faits et/ou sur l'interprétation ou l'applicabilité de la règle juridique (en particulier la qualification juridique des faits)¹⁶⁸⁷. Mais on ne parle de litige que lorsque la question (litigieuse) est limitée aux aspects juridiques du conflit ou, ce qui revient au même, lorsque le conflit est placé dans le champ juridique¹⁶⁸⁸. Il se résout en conséquence par l'application des règles de droit¹⁶⁸⁹.

Cette référence à la règle institutionnalise le conflit en le situant dans l'espace public et en le soumettant aux règles de la société. Ceci permet qu'il soit tranché par un tiers (juge, arbitre), saisi par une partie, et dont la décision s'imposera comme la solution du litige. L'archétype du procès civil est généralement pris en exemple¹⁶⁹⁰, mais on retrouve une structure similaire dans le procès pénal et dans les contentieux objectifs (par exemple l'annulation des actes administratifs illégaux)¹⁶⁹¹. Il n'est pas nécessaire qu'un juge soit effectivement saisi pour que le

¹⁶⁸³ Sur l'articulation entre conflit et litige, L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, Paris, P.U.F., 2010, p. 306-308.

¹⁶⁸⁴ L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, Paris, P.U.F., 2010, p. 306-307 ; A. JEAMMAUD, « Conflit, différend, litige », *Droits*, n° 34, 2002, p. 18.

¹⁶⁸⁵ C. SANTULLI, « Qu'est-ce qu'une juridiction internationale ? Des organes répressifs internationaux à l'O.R.D. », *A.F.D.I.*, 2000, p. 73.

¹⁶⁸⁶ L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, Paris, P.U.F., 2010, p. 294.

¹⁶⁸⁷ J. NORMAND, *Le juge et le litige*, Paris, L.G.D.J., 1965, p. 1, 26.

¹⁶⁸⁸ V. A. JEAMMAUD, « Conflit, différend, litige », *Droits*, n° 34, 2002, p. 20.

¹⁶⁸⁹ V. H. VIZIOZ, *Études de procédure*, Bordeaux, Bière, 1956, p. 111 (se référant à M. Hauriou).

¹⁶⁹⁰ L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, Paris, P.U.F., 2010, p. 294.

¹⁶⁹¹ Sur l'existence de litiges en matières pénale et administrative, ce qui fut débattu en France, L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, Paris, P.U.F., 2010, p. 296-298 et 308-309.

litige existe¹⁶⁹² ; il suffit que le conflit soit formalisé en des termes qui permettraient l'intervention du juge même si, finalement, il n'y est pas recouru.

Ainsi défini, le litige s'identifie par son objet, sa cause et par l'identité des parties. Lorsqu'il est tranché par un juge au cours d'une procédure juridictionnelle (aussi appelée « procès »¹⁶⁹³), la décision du juge est dotée de l'autorité de la chose jugée, dont un des effets est d'interdire la répétition du même litige¹⁶⁹⁴ (sur ces différents concepts, *infra*, n° 347 et s.). On voit aussi apparaître ici la définition classique du rôle du juge, qui est avant tout de trancher le litige¹⁶⁹⁵, et les débats quant à une possible évolution de sa fonction qui s'élargirait en une mission plus générale d'apaisement des conflits¹⁶⁹⁶ ou quant à des modes alternatifs de règlement (médiation, amiable composition, etc.) qui prendraient mieux en compte les différentes composantes du conflit¹⁶⁹⁷.

On peut synthétiser comme suit le propos qui précède :

« A la différence du conflit, le litige est donc juridiquement connoté, en ce qu'il se définit comme un conflit sur ce que requièrent, autorisent ou interdisent [sic] les règles de droit pertinentes, ce que seul peut juger un tiers impartial investi du pouvoir de dire le droit dans un acte d'autorité qui ne peut être contesté que devant un autre juge »¹⁶⁹⁸.

Certains auteurs distinguent le litige du différend¹⁶⁹⁹. D'autres considèrent les deux termes comme des synonymes, en particulier en droit international¹⁷⁰⁰. Cette préférence du droit international s'explique peut-être par le fait que la connotation de « différend » est moins belliqueuse et moins « judiciaire », quoique le Code judiciaire l'emploie parfois pour désigner un litige (p. ex. art. 828 et 876 C. jud.). On utilise aussi, dans le même contexte et avec des significations qui divergent, d'autres termes tels que contentieux, contestation, dispute, procès,

¹⁶⁹² L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, Paris, P.U.F., 2010, p. 302-305. C'est la thèse que défend Carré de Malberg : v. H. VIZIOZ, *Études de procédure*, Bordeaux, Bière, 1956, p. 60. Aussi J. NORMAND, *Le juge et le litige*, Paris, L.G.D.J., 1965, p. 2.

¹⁶⁹³ H. MOTULSKI, *Droit processuel*, Paris, Montchrestien, 1973, p. 7.

¹⁶⁹⁴ M.-C. RIVIER, « Conflit/Litige », in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, P.U.F., 2004, p. 200.

¹⁶⁹⁵ V. H. VIZIOZ, *Études de procédure*, Bordeaux, Bière, 1956, p. 239 ; J. NORMAND, *Le juge et le litige*, Paris, L.G.D.J., 1965, p. 2-3.

¹⁶⁹⁶ V. M.-C. RIVIER, « Conflit/Litige », in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, P.U.F., 2004, p. 199-200.

¹⁶⁹⁷ L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, Paris, P.U.F., 2010, p. 299 et s.

¹⁶⁹⁸ L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, Paris, P.U.F., 2010, p. 294.

¹⁶⁹⁹ A. JEAMMAUD, « Conflit, différend, litige », *Droits*, n° 34, 2002, p. 18.

¹⁷⁰⁰ V. M.-C. RIVIER, « Conflit/Litige », in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, P.U.F., 2004, p. 198.

etc.¹⁷⁰¹ Au-delà des querelles de mots, l'important est de s'attacher à la signification donnée aux concepts dans le contexte où ils sont employés¹⁷⁰².

338. Différend en droit international

La notion de différend n'est pas fondamentalement différente en droit international qu'en droit interne. À l'occasion de l'affaire des *Concessions Mavrommatis*, la C.P.J.I. l'a défini comme suit :

« Un différend est un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes. »¹⁷⁰³

La Cour internationale de justice s'est aussi penchée sur cette question dans son avis du 30 mars 1950¹⁷⁰⁴. La Cour commence par poser que

« L'existence d'un différend international demande à être établie objectivement. Le simple fait que l'existence d'un différend est contestée ne prouve pas que ce différend n'existe pas ».

Elle constate ensuite que les États en cause ont échangé des courriers dans lesquels certains reprochaient à d'autres de n'avoir pas respecté certaines dispositions des traités, ce que ces derniers contestaient.

« Il s'est donc produit une situation dans laquelle les points de vue des deux parties, quant à l'exécution ou la non-exécution de certaines obligations découlant des traités, sont nettement opposés. En présence d'une telle situation, la Cour doit conclure que des différends internationaux se sont produits ».

En droit international, la compétence d'une juridiction pour trancher un litige nécessite le consentement des parties au litige (même si ce consentement peut être donné *ex ante*, c'est-à-dire avant la naissance de tout litige, pour le cas où un litige surviendrait). Il peut ainsi exister des litiges internationaux qui ne trouvent aucun juge : bien qu'ils aient toutes les caractéristiques objectives requises, ils opposent des parties dont une au moins n'a pas accepté la compétence d'un juge pour le trancher. Dans une telle hypothèse, l'impossibilité de recourir à un juge ne résulte pas des caractéristiques objectives du conflit – c'est donc bien un litige, objectivement *susceptible* d'être soumis à un juge –, mais de la conséquence d'un choix (permis par le droit) quant à la manière de le régler.

¹⁷⁰¹ M.-C. RIVIER, « Conflit/Litige », in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, P.U.F., 2004, p. 196 ; L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, Paris, P.U.F., 2010, p. 291-293.

¹⁷⁰² Comp. M.-C. RIVIER, « Conflit/Litige », in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, P.U.F., 2004, p. 200.

¹⁷⁰³ C.P.J.I., *Affaire des concessions Mavrommatis en Palestine*, arrêt du 30 août 1924, série A, n° 2, p. 11.

¹⁷⁰⁴ C.I.J., *Interprétation des traités de paix*, avis consultatif du 30 mars 1950, *C.I.J. Recueil*, 1950, p. 74.

339. Différend en droit de l'OMC

Tant les Accords que la pratique de l'OMC utilisent le terme de « différend » (en anglais, *dispute*) pour désigner le litige.

La notion de différend ne s'apprécie pas différemment dans le cadre du droit de l'OMC. Les États peuvent avoir des intérêts en conflit sur de nombreuses questions afférentes à leurs relations commerciales. Il y a litige, ou différend, lorsque ces conflits sont formulés sous la forme d'une question litigieuse à résoudre par application des règles juridiques. La demande de consultations (art. 4.3 MRD) est généralement le document qui opère cette formalisation, qui constitue le conflit en litige, en énonçant ses termes et demandant qu'il soit résolu par application du droit. La demande de consultations saisit l'Organe de règlement des différends et, à défaut de solution amiable, la procédure prévue par le Mémoire d'accord sera mise en œuvre et aboutira à trancher le différend. Cette insertion dans l'institution de l'ORD, avec ses propres règles, organes et procédures, distingue ainsi nettement le différend d'autres oppositions, par exemple liées à la modification des Accords, qui s'expriment dans un autre forum et selon d'autres procédures.

Le différend soumis à l'ORD est sans conteste un litige au sens décrit plus haut lorsqu'est alléguée une violation des Accords visés au sens de l'article 1.1 MRD. La situation est plus complexe – mais elle est rare – lorsque le différend concerne une situation de non-violation visée à l'article 26 MRD. Certains refusent d'y voir l'exercice d'une fonction juridictionnelle¹⁷⁰⁵, mais il s'agit néanmoins d'une opposition d'intérêts qui se résout par l'application du droit, même si celui-ci prévoit des solutions plus souples (l'« ajustement mutuel satisfaisant »).

Dans la foulée du Mémoire de 1979¹⁷⁰⁶, le Mémoire d'accord prend le soin de préciser que le recours aux mécanismes qu'il prévoit ne doit pas être « conçu[...] ni considéré[...] comme des actes contentieux » (art. 3.10 MRD), ce qui semble introduire une distinction entre le différend et le contentieux, comme si le premier n'impliquait pas l'existence d'un conflit. Sans portée juridique évidente, cet article apparaît plutôt comme une incitation, politique, à faire

¹⁷⁰⁵ H. RUIZ FABRI, « Le règlement des différends au sein de l'OMC : naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit », in Ch. LEBEN, E. LOQUIN et M. SALEM, *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle – Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Dijon, Litec, 2000, p. 310.

¹⁷⁰⁶ *Understanding Regarding Notification, Consultation, Dispute Settlement and Surveillance*, 28 novembre 1979, L/4907, 3 décembre 1979, 9.

preuve de retenue et de modération dans l'utilisation du mécanisme, mais aussi, pour le défendeur, à ne pas considérer l'introduction d'une demande comme un acte en soi inamical¹⁷⁰⁷.

2. Régler le différend

340. Règlement des différends en droit de l'OMC

Il existe plusieurs manières de régler un différend. L'une d'elles consiste pour les parties à se mettre d'accord sur une solution qui leur convient, éventuellement après une discussion organisée selon une procédure spécifique ou facilitée par une intervention extérieure (par exemple un médiateur). La solution convenue peut d'ailleurs dépasser le cadre du litige proprement dit et inclure un accord sur d'autres objets, qui peuvent constituer la contrepartie de l'abandon de certaines prétentions. Pour que le différend puisse être considéré comme réglé, il est toutefois nécessaire que l'accord contienne la renonciation de chaque partie à ses prétentions. Une autre technique de règlement est de confier à un tiers la mission de décider de son règlement en faisant prévaloir, dans une certaine mesure, une des prétentions qui le constituent sur l'autre. Cette mesure peut être totale, auquel cas une partie triomphe et l'autre succombe. On assiste aussi souvent à un partage, chaque partie obtenant gain de cause sur certains éléments et non sur d'autres.

On peut adopter un critère formel pour définir le règlement des différends dans le cadre de l'OMC. Un différend se règle en suivant les règles du Mémoire d'accord. Quel que soit leur rôle dans l'évolution des règles, les rapports des groupes spéciaux, de l'Organe d'appel et les décisions de l'ORD se présentent toujours comme une application du droit.

Les choses sont cependant moins claires lorsqu'on entre dans les détails. Les décisions de l'ORD sont prises en principe par consensus, ce qui signifie qu'aucun État membre de l'OMC ne s'y oppose formellement. La différence entre ce type de décision et une modification conventionnelle de l'Accord peut sembler ténue, d'autant qu'une modification des règles peut être une manière de supprimer le différend, dans la mesure où les nouvelles règles n'interdiraient plus le comportement reproché. En particulier avant 1994, lorsque le règlement des différends était subordonné au consensus et que, comme aujourd'hui, les discussions visant à amender l'Accord général ne cessaient pratiquement jamais, on pouvait facilement confondre

¹⁷⁰⁷ V. H. RUIZ FABRI, « Le règlement des différends au sein de l'OMC : naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit », in Ch. LEBEN, E. LOQUIN et M. SALEM, *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle – Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Dijon, Litec, 2000, p. 307.

le règlement des différends et la renégociation, l'un et l'autre nécessitant l'assentiment de tous les membres¹⁷⁰⁸.

La différence est cependant réelle entre la décision de règlement d'un différend et la renégociation des Accords de l'OMC. D'une part, le type particulier de consensus désormais appliqué dans ces matières, à savoir le consensus « inversé », ne nécessite ni n'implique l'accord de tous les membres de l'OMC. La décision de l'ORD est un acte formel d'entérinement de la décision de l'organe judiciaire (groupe spécial ou Organe d'appel). D'autre part, même à supposer qu'au sein de l'ORD, tous les États marquent effectivement leur accord pour adopter le rapport du groupe spécial, et éventuellement de l'Organe d'appel, dans une affaire déterminée, la décision de l'ORD ne se présente pas comme une décision de modification de l'Accord, mais comme une décision d'application du droit en vigueur au comportement d'un État¹⁷⁰⁹. La procédure qui mène à l'adoption de la décision est basée sur la même prémisse. Tel était déjà le cas du temps du GATT, mais la distinction élaborée ici apparaît d'autant plus clairement que le contexte est davantage institutionnalisé.

D'autres techniques occupent des positions intermédiaires entre le règlement du différend et la modification de l'Accord. Par exemple, la transaction (art. 3.6 MRD) et la dérogation (art. IX.3 OMC) consistent en une modification des obligations juridiques. Formellement, la transaction est une manière de régler un différend clairement identifié comme tel. C'est à ce titre qu'elle est régie par le Mémoire d'accord, qui précise que la solution adoptée doit être compatible avec les Accords. Ceci ne signifie pas qu'elle ne peut qu'en constituer l'application, puisqu'il est possible de modifier conventionnellement les obligations des parties (par exemple les taux consolidés) tout en respectant les Accords même vis-à-vis de tous les autres membres (dans notre exemple, s'il s'agit d'une diminution du taux et que la clause NPF est respectée). Quant à la dérogation, elle ne résulte pas nécessairement d'un différend, mais elle peut y être liée. L'affaire *Bananes III* est un exemple où le règlement (temporaire) d'un différend a impliqué l'octroi aux Communautés européennes d'une dérogation les autorisant temporairement à traiter de manière préférentielle les importations de bananes originaires des pays ACP, ce qui est en principe contraire à l'article I^{er} du GATT¹⁷¹⁰. La dérogation accordée en 2003 pour faciliter

¹⁷⁰⁸ Pour un exemple, v. l'affaire *DISC* résumée *infra*, n° 362.

¹⁷⁰⁹ V. en droit français L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, Paris, P.U.F., 2010, p. 298 et s.

¹⁷¹⁰ *Communautés européennes – L'accord de partenariat ACP-CE*, Décision du 14 novembre 2001, WT/L/436, 7 décembre 2001.

l'exportation de médicaments essentiels produits sous licence obligatoire¹⁷¹¹, par contre, n'a pas été décidée pour régler un litige pendant devant l'ORD, mais on peut raisonnablement avancer, au vu du contexte, des discussions entre États membres et des litiges pendants devant les juridictions internes, qu'elle a prévenu l'introduction de procédures de règlement de différends à ce sujet.

Le règlement des différends nécessite souvent d'interpréter les règles de droit mais, à côté de cette interprétation opérée par le juge à l'occasion du traitement d'un litige¹⁷¹², l'article IX.2 OMC prévoit l'interprétation dite authentique. L'autorité qui pratique l'interprétation n'est pas la même, ce qui confère d'autres effets à sa décision. Plus précisément, le juge n'interprète qu'à l'occasion d'un litige et l'autorité de sa décision est limitée à ce cadre, même si son effet persuasif peut être plus large. L'interprétation authentique peut exister en dehors de tout différend et elle s'applique de manière générale et abstraite, ce qui n'empêche pas que l'interprétation authentique soit parfois utilisée pour régler, de manière plus politique que juridictionnelle, une contestation relative à l'application des règles¹⁷¹³. À l'inverse de la transaction et de la dérogation, l'interprétation ne se présente pas formellement comme une modification des règles.

341. Diversité des techniques de règlement des différends

On connaît plusieurs méthodes pour régler les différends. Une première division sépare celles par lesquelles les parties résolvent seules leur litige et les mécanismes qui s'appuient sur l'aide de tiers. Dans la seconde catégorie, le statut et la nature du rôle du tiers permet des subdivisions plus fines. Parfois, sa mission consiste à favoriser l'émergence d'un accord entre les parties (conciliation, médiation). Dans d'autres circonstances, il est chargé de trancher le litige, c'est-à-dire de prendre une décision qui s'imposera à elles (juridiction).

¹⁷¹¹ *Mise en œuvre du paragraphe 6 de la déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique*, Décision du 30 août 2003, WT/L/540, 2 septembre 2003, et *Corrigendum*, WT/L/540/Corr. 1.

¹⁷¹² Sur l'interprétation « judiciaire » dans le cadre de l'OMC, v. entre autres E. CANAL-FORGUES, « Sur l'interprétation dans le droit de l'OMC », *R.G.D.I.P.*, 2001(1), p. 5-24 ; M. LENNARD, « Navigating by the Stars: Interpreting the WTO Agreements », *J.I.E.L.*, 2002, p. 17-89 ; H. LESAFFRE, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 380-396 ; I. VAN DAMME, « Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body », *E.J.I.L.* 21(3), 2010, p. 605-648.

¹⁷¹³ Pour une discussion liée à cette problématique, v. G. MARCEAU, « Pratique et pratiques dans le droit de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) », in *Colloque de Genève – La pratique et le droit international*, Paris, Pedone, 2004, p. 177 et s., qui analyse, à la lumière de la jurisprudence de l'OMC, la portée juridique actuelle de certaines décisions des PARTIES CONTRACTANTES du GATT de 1947. Une des difficultés provient de l'inexistence, à l'époque, de la distinction actuelle entre le Conseil général (interprétation authentique) et l'ORD (règlement des différends).

La plupart des systèmes juridiques proposent plusieurs de ces méthodes, généralement au choix des parties¹⁷¹⁴. Le choix d'une méthode n'est pas nécessairement exclusif des autres. Il est fréquent qu'après avoir soumis leur différend à un tiers, les parties décident de tenir des discussions pour dégager une solution amiable. Ceci étant, la plupart des systèmes juridiques prévoient une solution supplétive, c'est-à-dire apte à fonctionner même en l'absence d'accord ou de discussion entre les parties, en particulier pour viser l'hypothèse où le défendeur ne collabore pas. En adoptant le point de vue du défendeur, on peut paradoxalement qualifier cette procédure d'« obligatoire » dans la mesure où il ne peut y échapper¹⁷¹⁵.

342. Juge et arbitre

On distingue généralement deux grands types parmi les modes de règlement juridictionnel des différends : l'arbitrage et (ce qu'on appellera ici) la juridiction institutionnelle. Ces deux mécanismes partagent les caractéristiques des juridictions mais ils diffèrent par plusieurs aspects. Ceci explique que certains réservent le terme « juridiction », employé seul, pour viser la juridiction institutionnelle et l'opposer à l'arbitrage, mais le mot juridiction peut aussi désigner tout « organe international ou interne doté du pouvoir de juger »¹⁷¹⁶.

La différence est surtout marquée sur le plan organique. Son caractère institutionnel confère à la juridiction une permanence. Comme l'institution dans laquelle elle trouve sa source, cette juridiction est « destinée » à durer. Elle est établie pour traiter un nombre indéfini de litiges et ses membres sont généralement nommés pour une période relativement longue. Par contraste, l'arbitrage trouve sa source dans un contrat, et s'épuise dans l'exécution de ce contrat. Il n'est destiné à trancher qu'un seul litige. En conséquence, les arbitres sont désignés de manière ponctuelle, généralement par les parties sauf si elles ne peuvent trouver d'accord, et pour les besoins du règlement d'un seul différend.

De nombreuses études se penchent sur les différences entre les procédures des juridictions instituées et des arbitrages, une distinction parallèle à celle entre institution et contrat. Les unes et les autres trouvent en effet naturellement leur place dans l'un et l'autre contexte, respectivement. Les différences sont de degré plus que de nature, toutes les juridictions se

¹⁷¹⁴ V. par exemple l'article 33, § 1^{er}, de la Charte des Nations Unies, ou le rapprochement de l'article 2044 du Code civil et du droit judiciaire.

¹⁷¹⁵ N. ANGELET, « Le tiers à l'instance dans la procédure de règlement des différends de l'OMC », in H. RUIZ FABRI et J.-M. SOREL (dir.), *Le tiers à l'instance devant les juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2005, p. 208. Cet auteur utilise plus loin le terme de « procédure non consensuelle » (not. p. 220). Aussi H. RUIZ FABRI, « La contribution de l'Organisation mondiale du commerce à la gestion de l'espace juridique mondial », in E. LOQUIN et C. KESSEDJIAN, *La mondialisation du droit*, Paris, Litec, 2000, p. 356.

¹⁷¹⁶ V. J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 626.

rattachant globalement aux principes énoncés *infra* (n^{os} 347 et s.). Les deux modes se distinguent cependant par la procédure de nomination des tiers impartiaux et par l'application du principe de publicité, qui est généralement de mise dans les juridictions institutionnalisées, alors que l'arbitrage est, en règle, soumis au principe inverse de confidentialité. C'est compréhensible, dans la mesure où la publicité est en réalité une forme (modeste) de participation des tiers, qui s'intègre dans un contexte institutionnel mais se justifie moins au sein d'un contrat. De même, l'intervention d'un tiers dans une procédure est en principe exclue dans l'arbitrage¹⁷¹⁷, sauf accord de toutes les parties.

Enfin, si tous les arbitrages ont pour fonction de trancher les litiges, et conduisent à une décision revêtue de l'autorité de la chose jugée¹⁷¹⁸, certains d'entre eux fonctionnent sur le mode de l'amicable composition. On peut douter que, dans ce cas, l'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit, quoique l'amicable composition soit le cas échéant pratiquée conformément à une disposition juridique expresse – qui, en un sens, dicte à l'arbitre comment statuer. Il n'est toutefois pas nécessaire de résoudre ce débat dans le contexte particulier qui nous occupe, celui de l'OMC.

Eu égard aux particularités du droit international, les juridictions chargées de trancher des conflits entre États sont instituées avec l'accord des (futurs) parties au litige¹⁷¹⁹. En ce sens, les juridictions internationales ont toutes une ressemblance avec l'arbitrage. Une distinction est néanmoins possible¹⁷²⁰. On reconnaît généralement le caractère institutionnel d'une juridiction à ce qu'elle exerce sa fonction dans le cadre d'une organisation, à sa durée indéterminée et à la mission qu'elle reçoit de trancher un nombre indéfini de contestations, présentes et à venir. La

¹⁷¹⁷ J. COLLIER et V. LOWE, *The Settlement of Disputes in International Law*, Oxford University Press, 1999, p. 208-209.

¹⁷¹⁸ Dans sa formulation de la règle, le législateur belge se montre toutefois plus prudent pour les sentences arbitrales que pour les décisions judiciaires. Comp. les articles 24 C. jud. (« Toute décision définitive a, dès son prononcé, autorité de chose jugée. ») et 1703, al. 1^{er}, C. jud. (« À moins que la sentence ne soit contraire à l'ordre public ou que le litige ne soit susceptible d'être réglé par la voie de l'arbitrage, la sentence arbitrale a l'autorité de la chose jugée lorsqu'elle a été notifiée [...], et qu'elle ne peut plus être attaquée devant les arbitres. »). L'autorité de la chose jugée dont elle est revêtue distingue d'ailleurs la sentence arbitrale de la décision prise dans le cadre d'une « tierce décision obligatoire » (Liège, 22 octobre 2010, *D.A.O.R.*, 2011, p. 501).

¹⁷¹⁹ P. DAILLIER, M. FORTEAU et A. PELLET, *Droit international public*, 8^e éd., Paris, L.G.D.J., 2009, n° 524, p. 959. Les tribunaux pénaux internationaux (ex-Yougoslavie et Rwanda) sont certes des juridictions internationales établies par le Conseil de sécurité dans le cadre de ses compétences en matière de maintien de la paix, mais ils ne règlent pas des litiges entre États. V. M.N. SHAW, *International Law*, 6th ed., Cambridge University Press, 2008, p. 402-410.

¹⁷²⁰ Elle figure dans les manuels classiques et est reconnue dans la pratique. V. p. ex. J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, 8^e éd., Paris, Montchrestien, 2008, p. 572-575 ; P. DAILLIER, M. FORTEAU et A. PELLET, *Droit international public*, 8^e éd., Paris, L.G.D.J., 2009, p. 963 et s.

Cour internationale de justice et la Cour de justice de l'Union européenne sont des exemples évidents. Par contraste, d'autres juridictions sont établies par un accord *ad hoc* des parties, dans le but de trancher un litige déterminé. Elles disparaissent après avoir tranché ce différend. On retrouve ainsi la distinction entre le judiciaire et l'arbitrage, même en droit international.

Cette division est à relativiser immédiatement en raison de l'existence d'arbitrages institutionnels, existant tant en droit interne qu'en droit international. Il s'agit ici de juridictions établies pour trancher un seul litige, mais leur constitution se place dans le cadre d'une organisation ou d'une association, en vertu de règles générales qui s'appliquent à tous les différends se rattachant à cette organisation. Généralement, la procédure suivie par les arbitres est aussi déterminée par un règlement général de l'organisation. Dans cette configuration, même si chaque litige est tranché par une juridiction éphémère, cette action se déroule dans un cadre permanent et organisé de règlement des différends.

343. « Processus juridictionnel obligatoire »

L'existence et les caractéristiques de la procédure applicable en l'absence d'accord des parties (*supra*, n° 341) sont fondamentales, même dans les cas où elle n'est pas utilisée. En effet, la négociation sera toujours fonction du résultat que les parties croient pouvoir obtenir en l'absence de négociation, c'est-à-dire par la procédure obligatoire¹⁷²¹.

Le droit de l'OMC, de ce point de vue, ne diffère pas de la plupart des autres ordres juridiques. Il propose une série de techniques de règlement des différends, dont certaines ne peuvent être mises en œuvre que moyennant l'accord des États en litige – un accord distinct de celui qu'ils ont exprimé en signant le traité de Marrakech. Le Mémoire d'accord indique une préférence de principe pour les solutions négociées (art. 3.7 et 4.5 MRD) et propose, pour favoriser ce règlement amiable, des méthodes de consultations préalables, de bons offices, de conciliation et de médiation (art. 4 et 5 MRD) et l'arbitrage (art. 25 MRD)¹⁷²².

¹⁷²¹ Lorsque le processus juridictionnel obligatoire est basé sur l'application du droit, on parle de « *bargaining in the shadow of the law* » : A.W. SHOYER, E.M. SOLOVY et A.W. KOFF, « Implementation and Enforcement of Dispute Settlement Decisions », in P.F.J. MACRORY, A.E. APPLETON et M.G. PLUMMER (eds), *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis*, t. I, New York, Springer, 2005, p. 1344.

¹⁷²² Sur ces modes « alternatifs », v. déjà *Improvements to the GATT dispute settlement rules and procedures*, Decision of 12 April 1989, L/6489, 13 avril 1989, p. 3.

Mais il prévoit aussi une procédure qui s'applique en l'absence d'accord des États¹⁷²³. En un sens, cette procédure est *supplétive* dans la mesure où elle ne s'applique que sauf accord contraire des États. Les parties au litige peuvent en tout temps décider de s'en retirer, afin de régler leur différend d'une autre manière autorisée par le Mémoire d'accord, généralement grâce à des négociations en vue d'un accord amiable. Mais elle est simultanément *obligatoire*, précisément parce que sa mise en œuvre ne requiert pas le consentement spécifique de l'État membre défendeur.

Comme l'indique clairement l'Organe d'appel,

« les consultations, la médiation, les bons offices et l'arbitrage sont des solutions de rechange par rapport à un processus juridictionnel obligatoire et exigent le consentement des parties. Faute d'un tel consentement, ils ne peuvent pas conduire à une décision contraignante. Il est donc important d'établir une distinction entre ces moyens consensuels de règlement des différends, qui sont toujours à la disposition des Membres, et la décision juridictionnelle obtenue au moyen d'une procédure de groupe spécial, laquelle est obligatoire. »¹⁷²⁴

Cette définition du « processus juridictionnel obligatoire » permet d'en discerner les contours exacts. Il regroupe tous les mécanismes qui ne nécessitent pas la collaboration du défendeur, à savoir l'examen par un groupe spécial et par l'Organe d'appel, l'adoption du rapport par l'ORD, l'examen de la mise en conformité et les arbitrages obligatoires relatifs au délai raisonnable de mise en conformité et au montant des sanctions. Ainsi circonscrit, ce processus présente la cohérence et l'unicité permettant de le considérer comme un tout indivisible, pour les besoins de l'examen de son caractère diplomatique ou juridictionnel (*infra*, n° 344).

La nature des autres procédures de règlement des différends prévues par le Mémoire d'accord prête moins à controverse. Ces procédures sont distinctes du processus obligatoire car, avec l'accord des parties, et seulement à cette condition, elles peuvent être mises en œuvre sans recourir à aucun des éléments de celui-ci. La plupart de ces autres procédures sont diplomatiques (*infra*, n°s 345 et s.), à l'exception de l'arbitrage prévu à l'article 25 MRD, un mode classique de résolution des litiges dont la nature juridictionnelle n'est pas contestée¹⁷²⁵.

La suite du texte s'attache uniquement à l'analyse du processus obligatoire, désigné ci-après comme le système ou le mécanisme de règlement des différends.

¹⁷²³ Sur la possibilité et les conséquences du défaut dans la procédure de règlement des différends, *États-Unis – Maintien de la suspension (appel)*, 358.

¹⁷²⁴ *États-Unis – Maintien de la suspension (appel)*, 340.

¹⁷²⁵ J. VERHOEVEN, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 716.

344. Cohérence et unicité du processus obligatoire

Une manière de trancher la question de la nature juridictionnelle ou diplomatique du règlement des différends de l'OMC (*infra*, n^{os} 345 et s.) consiste à identifier, au sein du processus juridictionnel obligatoire, l'acte prétendument unique et précis qui règle le différend. On observe dans un second temps quelle autorité a posé cet acte et, de ses caractéristiques, on déduit la nature du règlement des différends. Deux lignes d'argumentation opposées sont ainsi possibles. L'une, formelle, considère que le litige est tranché par la décision de l'Organe de règlement des différends, qui est indubitablement une enceinte politique. Le règlement des différends est alors diplomatique. L'autre, qui s'attache davantage à la substance, estime que le différend est tranché dans le rapport du groupe spécial ou de l'Organe d'appel, dont les caractéristiques juridictionnelles sont assez évidentes¹⁷²⁶.

Cette méthode ne convainc pas. D'abord, le choix de l'acte tenu pour décisif (rapport du groupe spécial ou décision de l'ORD) semble souvent dicté par le résultat recherché, ce qui rend l'entreprise suspecte. Mais surtout, cette méthode revient à isoler un acte précis et à soutenir qu'il porte en lui toute la signification du processus, alors qu'il ne constitue qu'une étape d'une procédure conçue comme un tout cohérent.

Il est plus exact de considérer cette voie de règlement des différends comme un ensemble, dans lequel on peut certes distinguer plusieurs phases et plusieurs intervenants, mais qui forme une procédure unifiée dont les éléments trouvent leur sens les uns par rapport aux autres. Ce mécanisme doit être envisagé dans le contexte, notamment, de son évolution historique et de la configuration contemporaine des relations internationales. Ainsi, plutôt que de se demander qui règle les différends, on considère le processus complet aboutissant à la décision, incluant tous les éléments essentiels au règlement, à savoir les organes de décision, mais également la procédure, la désignation des règles applicables au fond, etc.¹⁷²⁷ Rien ne justifie, en effet, de restreindre l'analyse à une étape du processus, celle de la prise de décision juridiquement obligatoire, sans avoir égard au contexte et aux conditions de la prise de décision.

¹⁷²⁶ Plus rare en doctrine est la distinction entre le groupe spécial et l'Organe d'appel, le second étant considéré comme plus juridictionnel que le premier. On la trouve par exemple chez H. ASCENSIO, « La notion de juridiction internationale en question », in *La juridictionnalisation du droit international*, Paris, Pedone, 2003, p. 176.

¹⁷²⁷ Pour une approche similaire, H. RUIZ FABRI, « La juridictionnalisation du règlement des litiges économiques entre États », *Rev. arb.*, 2003, p. 901.

Une telle conception du règlement des différends fait apparaître des éléments diplomatiques et d'autres juridictionnels¹⁷²⁸. Devant des tribunaux judiciaires internes – modèle classique de juridiction – une place est aussi laissée à la négociation et à l'accord des parties. C'est, d'abord, le corollaire du principe dispositif (applicable aussi en droit international) selon lequel il revient aux parties de définir le périmètre du litige soumis au juge. Ceci permet aux parties de s'accorder sur des éléments de fait ou, plus rarement, de droit, qu'elles excluent du champ de la contestation¹⁷²⁹, fût-ce par le biais d'une détermination, unilatérale de part et d'autre, des éléments invoqués en demande et en défense¹⁷³⁰. Les parties peuvent aussi convenir des modalités d'organisation de la procédure et même transiger. Ainsi, s'il existe des modes règlement des différends négociés ou, en droit international, diplomatiques, dans lesquels aucun élément juridictionnel n'intervient, il n'y a pas, par contre, de mécanisme juridictionnel qui ôte absolument tout rôle à la négociation ou à l'accord des parties. Il faut donc s'attacher aux éléments essentiels du mécanisme, en acceptant que la présence d'éléments diplomatiques mineurs n'implique pas nécessairement le refus de qualifier de juridictionnel l'ensemble du système.

§ 2. *Critères de la diplomatie et de la juridiction*

1. **Règlement diplomatique des différends**

345. Règles générales de la diplomatie

La diplomatie est le mode habituel de conduite des relations interétatiques. En particulier depuis que la guerre lui est interdite, c'est par la voie diplomatique que la communauté internationale, ou plus exactement interétatique, se rencontre, discute, se dispute, et aplanit les différends.

Le droit international règle les relations diplomatiques en général. Ses dispositions concernent en particulier le traitement et l'immunité des agents diplomatiques des États et visent à permettre la tenue de discussions et le fonctionnement efficace des relations interétatiques, même lorsque les circonstances sont tendues.

Au-delà de ces principes de respect mutuel, la diplomatie ne contient pas de règles générales relatives à la manière de régler les différends. Le règlement diplomatique des différends se résume à la tenue de discussions sous une forme, plus ou moins organisée ou encadrée, que les

¹⁷²⁸ J. VERHOEVEN, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 697.

¹⁷²⁹ J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Casser, juger et toujours dire le droit », *Ann. dr.*, 2003, p. 457-459.

¹⁷³⁰ E. KRINGS, « L'office du juge dans la direction du procès », *J.T.*, 1983, p. 515.

États impliqués jugent opportune. Ces discussions doivent être menées de bonne foi, en vue de trouver une solution¹⁷³¹, basée sur toute considération pertinente¹⁷³², juridique ou non. Si cette solution voit le jour, elle sera considérée comme un accord entre États, une forme de transaction¹⁷³³. Rien n'oblige toutefois les États à convenir d'une solution¹⁷³⁴ : s'ils ne peuvent concilier leurs points de vue, le différend subsiste. En définitive, la diplomatie se pratique sur un fond de souveraineté des États, minimalement encadrée par quelques règles coutumières (*ius cogens*, bonne foi, etc.) et par les exigences de la bienséance.

346. Adjuvants

La pratique et certains instruments internationaux ont mis en place des mécanismes de nature à favoriser un accord des États en litige, sans toutefois qu'ils puissent être qualifiés de juridictionnels, dès lors notamment qu'ils n'habilitent pas un tiers à prendre une décision obligatoire pour les parties. L'article 33, § 1^{er}, de la Charte des Nations Unies en donne quelques exemples.

« Les parties à tout différend dont la prolongation est susceptible de menacer le maintien de la paix et de la sécurité internationales doivent en rechercher la solution, avant tout, par voie de négociation, d'enquête, de médiation, de conciliation, d'arbitrage, de règlement judiciaire, de recours aux organismes ou accords régionaux, ou par d'autres moyens pacifiques de leur choix. »

Outre que leur mise en œuvre repose sur l'accord des États, l'enquête, la médiation, la conciliation et les autres moyens pacifiques ne sont que des manières de favoriser l'éclosion d'un accord entre les parties, accord qui seul règlera le différend¹⁷³⁵.

En dérogation à la règle générale de la liberté des États sur le choix des moyens de régler leur différend, la Charte des Nations Unies prévoit des dispositions obligatoires dans le cas de différends « dont la prolongation est susceptible de menacer le maintien de la paix ». Ainsi, le Conseil de sécurité peut « inviter » les parties à régler leur litige au moyen des techniques indiquées ci-dessus (art. 33, § 2 de la Charte). Il peut en outre « recommander les procédures ou méthodes d'ajustement appropriées » (art. 36, § 1^{er}, de la Charte) en tenant « compte du fait que, d'une manière générale, les différends d'ordre juridique devraient être soumis par les

¹⁷³¹ J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, 8^e éd., Paris, Montchrestien, 2008, p. 560-561 ; P. DAILLIER, M. FORTEAU et A. PELLET, *Droit international public*, 8^e éd., Paris, L.G.D.J., 2009, n° 504, p. 924-927.

¹⁷³² J. VERHOEVEN, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 701.

¹⁷³³ J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, 8^e éd., Paris, Montchrestien, 2008, p. 562-563.

¹⁷³⁴ J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, 8^e éd., Paris, Montchrestien, 2008, p. 559-560.

¹⁷³⁵ Sur ces différentes techniques et leurs spécificités, J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, 8^e éd., Paris, Montchrestien, 2008, p. 565-569 ; M.N. SHAW, *International Law*, 6th ed., Cambridge University Press, 2008, p. 1014-1024.

parties à la Cour internationale de Justice » (art. 36, § 3, de la Charte). Si les parties ne parviennent pas à régler leur différend, elles doivent le soumettre au Conseil de sécurité (art. 37, § 1^{er}, de la Charte), qui peut alors agir sur la base de l'article 36, ou même recommander directement « tels termes de règlement qu'il juge appropriés » (art. 37, § 2, de la Charte)¹⁷³⁶.

2. Règlement juridictionnel des différends

347. Les critères proposés pour identifier la juridiction

Les critères de la juridiction, ou de l'acte juridictionnel, ont été discutés par de grands théoriciens, notamment français, du début du XX^e siècle¹⁷³⁷. La juridiction est l'organe qui pose des actes juridictionnels et l'acte juridictionnel émane d'une juridiction. Cette circularité, et la circonstance que tous les actes de cette dernière ne sont pas nécessairement juridictionnels, obscurcissent malheureusement la discussion¹⁷³⁸. En outre, certains des critères proposés pour qualifier une juridiction (ou l'acte juridictionnel) peuvent aussi être considérés comme des conséquences qui découlent de cette qualité, parfois qualifiés d'effets caractéristiques¹⁷³⁹ ou encore, sur un ton prescriptif, d'objectifs à atteindre¹⁷⁴⁰, ce qui renvoie à un problème connu¹⁷⁴¹.

On ne saurait faire droit ici à la richesse du débat, qui a été abordé sous différents angles (l'acte juridictionnel, la notion de juridiction, l'office du juge) et a opposé des publicistes et des privatistes, des spécialistes du droit de la procédure ou de la théorie générale de l'État, préoccupés par les difficultés rencontrées en pratique dans leur discipline¹⁷⁴². Les quelques repères visent seulement à faire apparaître les critères mis en avant par différents auteurs.

¹⁷³⁶ V. P. DAILLIER, M. FORTEAU et A. PELLET, *Droit international public*, 8^e éd., Paris, L.G.D.J., 2009, n° 514-516, p. 941-945 ; J. VERHOEVEN, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 784-786.

¹⁷³⁷ V. H. VIZIOZ, *Études de procédure*, Bordeaux, Bière, 1956, p. 59-126. Pour un résumé des thèses en présence, M.J. CHIDIAC, « Les critères de l'acte juridictionnel vus par la doctrine », *Rev. rég. dr.*, 1986, p. 137-142 ; J. HERON, *Droit judiciaire privé*, Paris, Montchrestien, 1991, p. 196-201 ; J. VINCENT et S. GUINCHARD, *Procédure civile*, 24^e éd., Paris, Dalloz, 1996, p. 145-152.

¹⁷³⁸ J. DE SOTO, « La notion de juridiction », *D.*, 1956, chr. XI, p. 47 ; L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, Paris, P.U.F., 2010, p. 399-400.

¹⁷³⁹ A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, 2^e éd., Faculté de droit de Liège, 1987, p. 268.

¹⁷⁴⁰ H. ASCENSIO, « La notion de juridiction internationale en question », in *La juridictionnalisation du droit international*, Paris, Pedone, 2003, p. 186.

¹⁷⁴¹ *Supra*, n° 288. V. aussi M.-A. FRISON-ROCHE, « Le principe du contradictoire et les droits de la défense devant l'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce », in H. RUIZ FABRI et J.-M. SOREL (dir.), *Le principe du contradictoire devant les juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2004, p. 130.

¹⁷⁴² J. HÉRON, *Droit judiciaire privé*, Paris, Montchrestien, 1991, p. 197.

Certains adoptent des critères formels. Ainsi, R. Carré de Malberg situe la spécificité de la juridiction dans l'organe habilité à décider et dans la procédure utilisée pour atteindre sa décision :

« Ainsi le critérium de la juridiction, c'est non pas le contenu matériel de l'acte, mais sa forme. Le signe distinctif auquel se reconnaît l'acte juridictionnel, c'est, d'une part, son origine, en tant qu'il est l'œuvre d'une autorité organisée spécialement pour l'exercice de la juridiction, et d'autre part, sa procédure en tant qu'il a été accompli selon les règles propres à la fonction qui consiste à juger. »¹⁷⁴³

L'acte juridictionnel serait ainsi celui qui émane de l'autorité instituée pour juger en raison de son indépendance et de son impartialité et statuant selon une procédure particulière (débat contradictoire, publicité, motivation, ...)¹⁷⁴⁴.

Selon d'autres auteurs, la fonction juridictionnelle se définit par un critère matériel, fondé sur la nature de l'acte juridictionnel. Pour G. Jèze, l'acte juridictionnel est celui qui constate un fait ou une situation juridique (par opposition à celui qui le crée), avec « force de vérité légale »¹⁷⁴⁵. La décision du juge, qui constitue la conséquence logique de cette constatation, n'est pas un élément essentiel de la juridiction, pas plus d'ailleurs que les qualités de l'auteur de la décision ou la procédure selon laquelle il statue¹⁷⁴⁶. L. Duguit rejoint G. Jèze sur l'approche matérielle mais, pour lui, la décision prise par le juge à la suite de sa constatation est un élément essentiel de sa fonction. L'acte juridictionnel rassemble ainsi trois composants : une prétention, une constatation et une décision¹⁷⁴⁷ :

« Finalement, trois éléments apparaissent dans l'acte juridictionnel : 1° on pose au juge, ou il se pose à lui-même une question de droit qu'il doit résoudre ; 2° le juge donne une solution à la question de droit, une solution qui a force de vérité légale, qui est un élément de l'ordonnancement juridique ; 3° le juge tirant la conséquence logiquement nécessaire de cette solution fait un acte juridique, acte-condition ou acte subjectif tendant à la réalisation en fait de cette solution »¹⁷⁴⁸.

¹⁷⁴³ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. I, Paris, Sirey, 1920, p. 787-788. Pour un résumé de la position de R. Carré de Malberg, avec des commentaires critiques, H. VIZIOZ, *Études de procédure*, Bordeaux, Bière, 1956, p. 59-70. Sur les critères formels, *adde* J. NORMAND, *Le juge et le litige*, Paris, L.G.D.J., 1965, p. 430-434

¹⁷⁴⁴ Aussi en faveur de critères formels, J. DE SOTO, « La notion de juridiction », *D.*, 1956, chr. XI, p. 47-48.

¹⁷⁴⁵ G. JÈZE, « L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux », *R.D.P.*, 1909, p. 667-695, spéc. p. 694.

¹⁷⁴⁶ G. JÈZE, « L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux », *R.D.P.*, 1909, p. 673-675. J. Vincent et S. Ginchard insistent aussi sur la constatation comme but de l'acte juridictionnel (*Procédure civile*, 24^e éd., Paris, Dalloz, 1996, p. 145-152).

¹⁷⁴⁷ H. VIZIOZ, *Études de procédure*, Bordeaux, Bière, 1956, p. 86-87.

¹⁷⁴⁸ L. DUGUIT, « La fonction juridictionnelle », *R.D.P.*, 1922, p. 175. Sur la théorie de L. Duguit, H. VIZIOZ, *Études de procédure*, Bordeaux, Bière, 1956, p. 86-87 ; J. NORMAND, *Le juge et le litige*, Paris, L.G.D.J., 1965, p. 436-438.

Toujours sous l'angle matériel, d'autres ont davantage insisté sur l'existence d'une contestation ou d'un litige, qu'il revient au juge de trancher pour apaiser les conflits¹⁷⁴⁹.

Certains ont enfin mis l'accent sur l'autorité de la chose jugée pour faire apparaître la différence d'avec les actes administratifs¹⁷⁵⁰. Déjà présent chez G. Jèze sous l'appellation de « force de vérité légale »¹⁷⁵¹, ce critère peut être considéré comme formel dans la mesure où l'on fait référence à une qualité que la loi attache formellement à la décision du juge¹⁷⁵².

Ainsi, dans l'ensemble, quatre critères principaux ont été avancés pour définir la juridiction : ils ont trait à l'organe qui prend la décision, à la forme du processus décisionnel – ce qui renvoie aux exigences procédurales –, à l'objet de l'acte juridictionnel et à l'autorité de la chose jugée qui s'y attache.

Certains auteurs ont cru pouvoir s'en tenir à un seul critère, qu'ils considèrent comme décisif¹⁷⁵³. D'autres, en revanche, optent pour une combinaison de deux ou plusieurs critères. Par exemple, H. Motulsky rassemble différents éléments dans une définition complète :

« l'acte juridictionnel consiste, de la part d'un organe qualifié, à mettre en œuvre, selon des formes spéciales et une technique appropriée, une règle de droit, en vue de trancher un conflit d'intérêts par la consécration ou le rejet d'une prétention juridique soumise à cet organe. »¹⁷⁵⁴

¹⁷⁴⁹ On trouve cette idée notamment chez M. Hauriou (v. l'exposé de sa conception par H. VIZIOZ, *Études de procédure*, Bordeaux, Bière, 1956, p. 98-101) ainsi que chez P. Hébraud (P. HÉBRAUD et P. RAYNAUD, « Jurisprudence française en matière de procédure civile », *R.T.D.civ.*, 1948, p. 498-499, le passage en question étant signé par P. Hébraud).

¹⁷⁵⁰ M.J. CHIDIAC, « Les critères de l'acte juridictionnel vus par la doctrine », *Rev. rég. dr.*, 1986, p. 140-141, et les références citées.

¹⁷⁵¹ G. JÈZE, « L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux », *R.D.P.*, 1909, p. 667-695, spéc. p. 694.

¹⁷⁵² En ce sens, J. NORMAND, *Le juge et le litige*, Paris, L.G.D.J., 1965, p. 433-434.

¹⁷⁵³ Pour clore sa discussion, R. Carré de Malberg écrit : « A tous ces égards, la distinction des fonctions [législative, administrative et juridictionnelle] apparaît comme étant d'ordre exclusivement formel » (*Contribution à la théorie générale de l'État*, t. I, Paris, Sirey, 1920, p. 816). L.N.C. Brant retient, quant à lui, l'autorité de chose jugée, même si l'examen plus détaillé révèle que les autres critères ne sont pas totalement occultés (*L'autorité de la chose jugée en droit international public*, Paris, L.G.D.J., 2003, p. 195-200 et les références citées).

¹⁷⁵⁴ H. MOTULSKY, *Droit processuel*, Paris, Montchrestien, 1973, p. 17. En faveur d'une combinaison de critères, aussi J. NORMAND, *Le juge et le litige*, Paris, L.G.D.J., 1965, p. 440-442 ; L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, Paris, P.U.F., 2010, p. 396, 405. Adde M. GRÉGOIRE, « Géométrie de l'instance », note sous Cass., 24 mars 2006, *R.C.J.B.*, 2008, p. 28, qui identifie les critères matériel, organique et formel. En droit international : J. VERHOEVEN, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 701 (« décision qu'un organe indépendant et impartial apporte, conformément au droit, aux litiges que suscite l'interprétation ou l'application des règles de celui-ci ») ; C. Santulli (« Qu'est-ce qu'une juridiction internationale ? Des organes répressifs internationaux à l'O.R.D. », *A.F.D.I.*, 2000, p. 61-62) n'exige pas l'intervention d'un tiers ; il suffit d'après lui qu'il s'agisse d'un organe impartial, étant entendu que l'impartialité serait inhérente au fait de dire le droit (p. 63).

La Cour de justice de l'Union européenne adopte une méthode similaire pour définir la juridiction dans le cadre de l'examen de la recevabilité des questions préjudicielles.

« Pour apprécier si l'organisme de renvoi possède le caractère d'une juridiction au sens de l'article 177 du traité, question qui relève uniquement du droit communautaire, la Cour tient compte d'un ensemble d'éléments, tels l'origine légale de l'organe, sa permanence, le caractère obligatoire de sa juridiction, la nature contradictoire de la procédure, l'application, par l'organe, des règles de droit, ainsi que son indépendance »¹⁷⁵⁵.

L'intérêt de cette approche réside dans l'utilisation d'un faisceau d'indices¹⁷⁵⁶, même si la définition de la juridiction que la Cour de justice élabore est principalement basée sur des critères organiques et procéduraux. On se souviendra que la Cour ne fait pas œuvre doctrinale, mais définit simplement la catégorie d'autorités habilitées à lui poser des questions préjudicielles.

Retenant la même approche méthodologique, on s'attache ici, dans un premier temps, à l'exposé et à la discussion abstraite de ces divers critères. Le paragraphe suivant est consacré à leur application au mécanisme de règlement des différends de l'OMC.

348. Critère organique

L'acte juridictionnel émane d'une autorité tierce instituée pour juger en raison de son indépendance et de son impartialité¹⁷⁵⁷.

L'indépendance a trait aux relations entre le juge et les autres pouvoirs. Elle requiert que, dans le cadre de sa fonction juridictionnelle, il ne soit pas soumis au pouvoir de l'exécutif ou du législatif et qu'il soit libre de décider sans recevoir d'instructions de quiconque¹⁷⁵⁸. L'indépendance, qui comprend un aspect collectif (l'indépendance de la justice) et un aspect individuel (celle du juge), est garantie notamment par le principe de la séparation des pouvoirs et ses différentes applications, les règles de nomination et d'inamovibilité des juges, d'incompatibilité et de récusation, les règles fixant la durée des mandats, l'inamovibilité,

¹⁷⁵⁵ C.J.C.E., 17 septembre 1997, *Dorsch Consult Ingenieuresellschaft mbH*, C-54/96, *Rec.*, 1997, p. I-4961, 23 et les références citées.

¹⁷⁵⁶ En faveur de cette technique, qui implique qu'« en fonction des sensibilités et des époques, le poids conféré à chaque critère pourra varier », H. ASCENSIO, « La notion de juridiction internationale en question », in *La juridictionnalisation du droit international*, Paris, Pedone, 2003, spéc. p. 175.

¹⁷⁵⁷ En droit international : H. ASCENSIO, « La notion de juridiction internationale en question », in *La juridictionnalisation du droit international*, Paris, Pedone, 2003, p. 170.

¹⁷⁵⁸ L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, Paris, P.U.F., 2010, p. 596-597 ; L.M. FRIEDMAN, « Judging the Judges: Some Remarks on the Way Judges Think and the Way Judges Act », in J.N. DROBAK, *Norms and the Law*, Cambridge University Press, 2006, p. 141 ; P. NIHOUL, « L'indépendance et l'impartialité du juge », *Ann. dr.*, 2011, p. 207 et s.

l'autonomie organisationnelle, la stabilité du statut pécuniaire, le régime disciplinaire, les règles de responsabilité, le secret du délibéré¹⁷⁵⁹.

L'impartialité concerne plutôt les rapports entre le juge et les parties. Elle nécessite que le juge soit un réel tiers, c'est-à-dire qu'il ait, et paraisse avoir, un regard réellement extérieur sur l'affaire qui lui est soumise ; il doit être exempt de préjugé¹⁷⁶⁰. Par exemple, il ne peut pas avoir de telles relations avec une partie, ou avoir exprimé une telle opinion, qu'il puisse être ou paraître plus enclin à lui donner raison. Il ne peut pas avoir déjà connu du litige, par exemple en une autre qualité¹⁷⁶¹. Dans le cas particulier de l'arbitrage, où le juge (l'arbitre) est désigné par les parties, l'indépendance et l'impartialité se confondent¹⁷⁶².

L'indépendance et l'impartialité s'entendent dans un sens psychosociologique ou dans une acception proprement juridique.

Si l'on opte pour la première signification, l'indépendance du juge est une question de fait, même s'il revient au droit de la garantir le mieux possible, et d'écarter le juge qui n'en ferait pas suffisamment preuve¹⁷⁶³. On peut retenir plusieurs critères mais cette forme d'indépendance reste toujours relative. La jurisprudence abonde d'espèces où l'indépendance fait l'objet d'une appréciation en fait, eu égard aux circonstances les plus diverses ; il en résulte qu'une conception absolue de l'indépendance n'est pas pratiquement tenable. Il n'est cependant pas nécessaire de démontrer une indépendance absolue par rapport à toute forme de pouvoir pour conclure à l'existence d'une juridiction ; il ne faut en effet pas confondre indépendance et indifférence. L'indépendance est parfois distinguée de l'autonomie, qui concerne la liberté d'esprit du juge par rapport aux pressions plus générales (notamment sociales et médiatiques) que celle provenant des autres autorités¹⁷⁶⁴ ; d'autres y voient une composante de l'indépendance¹⁷⁶⁵. Entendue en ce sens, l'autonomie est plus difficile à garantir¹⁷⁶⁶.

¹⁷⁵⁹ V., avec de nombreuses références à la jurisprudence belge et européenne, P. NIHOUL, « L'indépendance et l'impartialité du juge », *Ann. dr.*, 2011, p. 207-220.

¹⁷⁶⁰ P. NIHOUL, « L'indépendance et l'impartialité du juge », *Ann. dr.*, 2011, p. 221 et s.

¹⁷⁶¹ L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, Paris, P.U.F., 2010, p. 597-607 ; P. NIHOUL, « L'indépendance et l'impartialité du juge », *Ann. dr.*, 2011, p. 222-229 (avec de nombreux exemples).

¹⁷⁶² L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, Paris, P.U.F., 2010, p. 597.

¹⁷⁶³ Sur les « remèdes », qui sont aussi des manières de garantir l'indépendance et l'impartialité, P. NIHOUL, « L'indépendance et l'impartialité du juge », *Ann. dr.*, 2011, p. 254 et s.

¹⁷⁶⁴ L.M. FRIEDMAN, « Judging the Judges: Some Remarks on the Way Judges Think and the Way Judges Act », in J.N. DROBAK, *Norms and the Law*, Cambridge University Press, 2006, p. 141.

¹⁷⁶⁵ P. NIHOUL, « L'indépendance et l'impartialité du juge », *Ann. dr.*, 2011, p. 216-217.

L'indépendance juridique, quant à elle, peut être plus forte puisqu'elle est abstraite. Elle résulte de la manière dont on définit, en droit, la mission du tiers. La condition d'indépendance est réalisée si les règles de droit imposent implicitement ou explicitement au tiers d'exercer sa mission de manière indépendante par rapport à toutes autres autorités, c'est-à-dire sans recevoir d'instructions obligatoires de celles-ci.

Il en va de même pour le critère d'impartialité. Ce qui est important pour la qualification de juridiction, c'est que le tiers qui tranche le litige ne représente aucune des parties et qu'il n'épouse l'une de leurs thèses que s'il est convaincu de son bien-fondé. Les règles de droit doivent, autant que possible, prévoir les moyens de le garantir, notamment en écartant le juge qui ne serait pas, ou ne paraîtrait pas, impartial.

349. Critère matériel

Une juridiction tranche les litiges en application du droit. Ce critère contient en réalité deux exigences. D'une part, la décision juridictionnelle doit provenir de l'application des règles de droit, c'est-à-dire de leur utilisation et de leur concrétisation dans un cas d'espèce. D'autre part, cette décision doit apporter une solution juridiquement obligatoire au litige qu'on demande à la juridiction de trancher¹⁷⁶⁷.

La qualité de juridiction confère, à l'organe qui en est revêtu, ce que la Cour internationale de justice appelle des « pouvoirs inhérents », qui lui permettent de fonctionner selon sa nature, c'est-à-dire notamment de faire respecter les exigences procédurales propres au règlement juridictionnel des litiges¹⁷⁶⁸. Un des caractères juridictionnels à cet égard est le droit de la

¹⁷⁶⁶ L.M. FRIEDMAN, « Judging the Judges: Some Remarks on the Way Judges Think and the Way Judges Act », in J.N. DROBAK, *Norms and the Law*, Cambridge University Press, 2006, p. 154.

¹⁷⁶⁷ V. C.J.C.E., 12 décembre 1998, *Victoria Film*, C-134/97, *Rec.*, 1998, p. I-7023, 15 : « Or, même s'il existe, en l'espèce, des éléments qui pourraient permettre de considérer le Skatterättsnämnden comme exerçant une fonction juridictionnelle, notamment le statut d'indépendance que lui confère son origine légale et le pouvoir de rendre des décisions de caractère obligatoire en appliquant les règles de droit, d'autres éléments conduisent à conclure que celui-ci exerce essentiellement une fonction administrative ». Aussi H.J. HAHN, « Le contrôle de l'exécution des obligations des États dans les organisations internationales économiques », in *Aspects du droit international économique – Élaboration, contrôle, sanction*, Paris, Pedone, 1972, p. 60.

¹⁷⁶⁸ C.I.J., *Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt du 20 décembre 1974, *C.I.J. Recueil*, 1974, p. 259-260 ; A.D. MITCHELL et D. HEATON, « The Inherent Jurisdiction of WTO Tribunals: The Select Application of Public International Law Required by the Judicial Function », *Michigan Journ. Int. L.* 31(3), 2010, p. 562-566 et les références citées. V. aussi l'opinion dissidente du juge Higgins suivant C.I.J., *Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique)*, exceptions préliminaires, arrêt du 15 décembre 2004, *C.I.J. Recueil*, 2004, p. 338-339.

juridiction d'appliquer, en ce qui la concerne, les règles relatives à sa propre compétence¹⁷⁶⁹. La juridiction doit parfois, aussi, respecter des « limites inhérentes » à la nature de sa fonction¹⁷⁷⁰.

350. Critère procédural

Un mécanisme juridictionnel doit satisfaire à certaines exigences, qui sont des suites du critère d'indépendance et d'impartialité, d'une part, et du critère matériel, d'autre part. Ainsi, une procédure juridictionnelle est généralement réglée sur les principes habituels d'examen contradictoire¹⁷⁷¹, de répartition de la charge de la preuve, d'obligation de motiver les décisions et de traiter l'affaire dans un délai raisonnable, de publicité des débats. Les procédures peuvent être davantage accusatoires ou inquisitoires.

351. Autorité de la chose jugée

Une des spécificités de la décision juridictionnelle est d'être revêtue de l'autorité de la chose jugée. Cette autorité permet notamment de la distinguer des décisions administratives, contrairement à la force obligatoire et au caractère exécutoire¹⁷⁷². À nouveau, l'autorité de la chose jugée peut apparaître davantage comme une conséquence de la qualité de juridiction, ou un effet de l'acte juridictionnel, que comme un critère de ceux-ci¹⁷⁷³.

L'autorité de la chose jugée est un élément essentiel du fonctionnement des juridictions : elle leur permet d'accomplir leur mission de trancher les contestations, c'est-à-dire de transformer des prétentions contestées en une décision incontestable (en droit, et pour les parties). Ainsi, elle a essentiellement pour objectif de maintenir la paix sociale, en interdisant de revenir sur ce qui a été tranché par le juge¹⁷⁷⁴. À la partie qui prévaut, l'autorité de la chose jugée assure en outre une sécurité juridique¹⁷⁷⁵.

Ceci explique les effets de l'autorité de la chose jugée. D'une part, elle entraîne l'irrecevabilité d'une demande introduite par les mêmes parties, sur le même objet et pour la même cause

¹⁷⁶⁹ C.P.J.I., *Interprétation de l'accord gréco-turc du 1^{er} décembre 1926 (protocole final, article IV)*, avis consultatif du 28 août 1928, série B, n° 16, p. 20 ; C.I.J., *Affaire Nottebohm (exception préliminaire)*, arrêt du 18 novembre 1953, *C.I.J. Recueil*, 1953, p. 119 et les références citées. H. LESAFFRE, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 348.

¹⁷⁷⁰ C.I.J., *Affaire du Cameroun septentrional (Cameroun c. Royaume-Uni), Exceptions préliminaires*, arrêt du 2 décembre 1963, *C.I.J. Recueil*, 1963, p. 29-30.

¹⁷⁷¹ J. DE SOTO, « La notion de juridiction », *D.*, 1956, chr. XI, p. 47.

¹⁷⁷² V. A. WYLLEMAN, « Het gezag van gewijsde: uitdrukking van het rechterlijk gezag », *T.P.R.*, 1988, p. 40.

¹⁷⁷³ L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, Paris, P.U.F., 2010, p. 403.

¹⁷⁷⁴ A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, 2^e éd., Faculté de droit de Liège, 1987, p. 268.

¹⁷⁷⁵ Sur les justification qui sous-tendent la règle de l'autorité de la chose jugée, v., en droit américain, J.H. FRIEDENTHAL, M.K. KANE et A.R. MILLER, *Civil Procedure*, St Paul, West Publishing, 1985, p. 614 et s.

(art. 25 C. jud.)¹⁷⁷⁶. La cause se comprend ici dans sa conception juridique, c'est-à-dire en incluant les règles de droit sur lesquelles le premier juge a fondé sa décision¹⁷⁷⁷. D'autre part, lorsque la demande est recevable, les éléments revêtus de l'autorité de la chose jugée bénéficient d'une force probante absolue (art. 1350, 3°, C. civ.), parfois appelée « présomption de vérité légale »¹⁷⁷⁸. Il ne s'agit évidemment pas d'une vérité scientifique, mais plutôt d'une « sécurité »¹⁷⁷⁹, sous la forme d'une règle juridique imposant au juge de s'incliner devant la décision précédemment intervenue, vouant donc à l'échec toute contestation de la chose jugée entre les parties. Celles-ci ne peuvent juridiquement remettre en cause ni la réalité des faits litigieux, ni l'applicabilité à ces faits de la règle utilisée et interprétée par le juge¹⁷⁸⁰. Ces deux aspects de l'autorité de la chose jugée, selon qu'il s'agit de la même demande ou d'un litige distinct dans lequel est soulevée une question précédemment jugée, sont parfois distingués sous les appellations d'aspect négatif et d'aspect positif et présentés comme deux facettes de la même règle¹⁷⁸¹. Ils sont connus en droit américain sous les concepts de *res judicata* et *estoppel by judgment*, respectivement¹⁷⁸².

L'effet de l'autorité de la chose jugée est, en règle, relatif ; il ne s'étend qu'aux parties à la cause et ne s'attache qu'à ce qui a été contesté et tranché (art. 23 C. jud.)¹⁷⁸³. Dans un souci de délimiter plus clairement les effets de l'autorité de la chose jugée et de mieux respecter les droits de la défense, la doctrine¹⁷⁸⁴ et la jurisprudence ont précisé que l'autorité de la chose

¹⁷⁷⁶ J. HÉRON, *Droit judiciaire privé*, Paris, Montchrestien, 1991, p. 213 ; J. VAN COMPERNOLLE, « Considérations sur la nature et l'étendue de l'autorité de la chose jugée en matière civile », note sous Cass., 10 septembre 1981, *R.C.J.B.*, 1984, p. 251-253.

¹⁷⁷⁷ J. VAN COMPERNOLLE, « L'office du juge et le fondement du litige », note sous Cass., 24 novembre 1978 et sous Cass., 9 octobre 1980, *R.C.J.B.*, 1982, p. 35 ; A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, 2^e éd., Faculté de droit de Liège, 1987, p. 269-270 ; J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction. Iura novit curia*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 214-215. Sur les différentes conceptions de la cause, v. le débat entre J. VAN COMPERNOLLE, « L'office du juge et le fondement du litige », note sous Cass., 24 novembre 1978 et sous Cass., 9 octobre 1980, *R.C.J.B.*, 1982, p. 20-30 et Fr. RIGAUX, « La scission du fait et du droit et la distinction entre le droit interne et le droit étranger », note sous Cass., 24 novembre 1978 et sous Cass., 9 octobre 1980, *R.C.J.B.*, 1982, p. 42-44, ainsi que J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Casser, juger et toujours dire le droit », *Ann. dr.*, 2003, p. 443 et s.

¹⁷⁷⁸ Contre l'utilisation de cette expression : J. HÉRON, *Droit judiciaire privé*, Paris, Montchrestien, 1991, p. 208.

¹⁷⁷⁹ A. WYLLEMAN, « Het gezag van gewijsde: uitdrukking van het rechterlijk gezag », *T.P.R.*, 1988, p. 43.

¹⁷⁸⁰ J. HÉRON, *Droit judiciaire privé*, Paris, Montchrestien, 1991, p. 209-210.

¹⁷⁸¹ J. HÉRON, *Droit judiciaire privé*, Paris, Montchrestien, 1991, p. 213.

¹⁷⁸² J.H. FRIEDENTHAL, M.K. KANE et A.R. MILLER, *Civil Procedure*, St Paul, West Publishing, 1985, p. 607.

¹⁷⁸³ Pour plus de détails, v. A. WYLLEMAN, « Het gezag van gewijsde: uitdrukking van het rechterlijk gezag », *T.P.R.*, 1988, p. 50-56 ; A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, 2^e éd., Faculté de droit de Liège, 1987, p. 270.

¹⁷⁸⁴ Notamment H. MOTULSKY, « Pour une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée en matière civile », in *Écrits – Études et notes de procédure civile*, Paris, Dalloz, 1973, p. 226 ; J. VAN

jugée ne s'attache qu'à ce qui a fait l'objet d'une contestation, débattue contradictoirement, et tranchée par le juge. Comme l'indique la Cour de cassation,

« L'autorité de la chose jugée s'attache à ce que le juge a décidé sur un point litigieux et à ce qui, en raison de la contestation portée devant lui et soumise à la contradiction des parties, constitue, fût-ce implicitement, le fondement nécessaire de sa décision. »¹⁷⁸⁵

Il faut distinguer l'autorité de la chose jugée des autres effets des décisions juridictionnelles. L'autorité de la chose jugée ne signifie pas que la décision est obligatoire pour les parties, que celles-ci doivent l'exécuter ou la respecter, ou qu'une autorité publique quelconque est habilitée à la mettre en œuvre par la force, si nécessaire¹⁷⁸⁶. Il s'agit d'une propriété plus intellectuelle, moins matérielle, de la décision de justice. Elle interdit, sauf exercice d'un recours, de recommencer l'opération intellectuelle de juger, c'est-à-dire de constater la matérialité de faits et de déterminer la règle de droit qui leur est applicable, après l'avoir interprétée¹⁷⁸⁷. Pour un objet, une cause et des parties identiques, le raisonnement du juge n'est effectué qu'une seule fois (sauf recours), et s'impose ensuite à jamais, dans la sphère juridique.

352. Autorité de la chose jugée des décisions internationales

Les principes relatifs à l'autorité de la chose jugée s'appliquent également aux juridictions internationales¹⁷⁸⁸.

Dans son arrêt relatif à l'*Interprétation des arrêts n° 7 et 8 (usine de Chorzów)*, déjà, la C.P.J.I. parlait de la « force de chose jugée »¹⁷⁸⁹ d'un de ses arrêts antérieurs, en faisant clairement ressortir l'effet principal de celle-ci :

« L'Arrêt n° 7 de la Cour est de la nature d'un jugement déclaratoire qui, selon son idée, est destiné à faire reconnaître une situation de droit une fois pour toutes et avec effet obligatoire entre les

COMPERNOLLE, « Considérations sur la nature et l'étendue de l'autorité de la chose jugée en matière civile », note sous Cass., 10 septembre 1981, *R.C.J.B.*, 1984, spéc. p. 268-272.

¹⁷⁸⁵ Cass., 4 décembre 2008, *J.T.*, 2009, p. 303, note J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK et Fr. BALOT. Cet attendu figure déjà dans de nombreuses décisions antérieures, citées par J. VAN COMPERNOLLE, « Considérations sur la nature et l'étendue de l'autorité de la chose jugée en matière civile », note sous Cass., 10 septembre 1981, *R.C.J.B.*, 1984, p. 265, n. 101.

¹⁷⁸⁶ V. A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, 2^e éd., Faculté de droit de Liège, 1987, p. 265-267, 289-290.

¹⁷⁸⁷ J. VAN COMPERNOLLE, « Considérations sur la nature et l'étendue de l'autorité de la chose jugée en matière civile », note sous Cass., 10 septembre 1981, *R.C.J.B.*, 1984, p. 245 et s.

¹⁷⁸⁸ L.N.C. BRANT, *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, Paris, L.G.D.J., 2003, 396 p. À propos de la C.I.J., Ch. DE VISSCHER, « La chose jugée devant la Cour internationale de La Haye », *R.B.D.I.*, 1965, p. 5-14.

¹⁷⁸⁹ En droit interne, la force de chose jugée se distingue de l'autorité de la chose jugée. Cette distinction a toutefois moins de sens s'agissant d'une juridiction dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours.

Parties, en sorte que la situation juridique ainsi fixée ne puisse plus être mise en discussion, pour ce qui est des conséquences juridiques qui en découlent. »¹⁷⁹⁰

Plus récemment, la Cour internationale de justice a rappelé que « Le dispositif des arrêts de la Cour est revêtu de l'autorité de la chose jugée. »¹⁷⁹¹

Si l'existence de la règle ne fait pas de doute, sa source, par contre, n'est pas déterminée avec certitude. Dans son opinion séparée suivant le premier arrêt précité, le juge Anzilotti s'est fondé sur les principes généraux de droit international¹⁷⁹². Après avoir invoqué « un principe de droit bien établi » dans son avis sur *l'Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité*¹⁷⁹³, la Cour internationale de justice se base plutôt sur les articles 59 et 60 de son Statut (quoique « l'autorité de la chose jugée » n'y apparaisse pas explicitement) dans son arrêt sur *l'Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, mais elle parle aussi d'un « principe » de l'autorité de la chose jugée¹⁷⁹⁴. En doctrine, on a pu reconnaître à la règle un fondement coutumier¹⁷⁹⁵.

Dans un extrait encore souvent reproduit, le juge Anzilotti a précisé les limites de l'autorité de la chose jugée, en se référant aux

« trois éléments traditionnels d'identification, *persona, petitum, causa petendi*, car il est certain que « le cas qui a été décidé » comprend aussi bien la chose demandée que la cause de la demande. »¹⁷⁹⁶

Dans son arrêt de 2007, la Cour, après avoir réaffirmé le principe, rappelle les limites de la chose jugée :

¹⁷⁹⁰ C.P.J.I., *Interprétation des arrêts n° 7 et 8 (usine de Chorzów)*, arrêt du 16 décembre 1927, série A, n° 13, p. 20. Quoique la Cour les regroupe dans une même phrase, l'autorité de la chose jugée et l'effet obligatoire de la décision ne sont pas identiques. Ceci étant, il n'est pas douteux que les arrêts de la C.P.J.I. ou de la C.I.J. sont obligatoires pour les parties au litige, ce qui ne leur interdit toutefois pas, en règle, de convenir entre elles d'une solution autre que celle que l'arrêt leur impose.

¹⁷⁹¹ C.I.J., *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt du 26 février 2007, C.I.J. Recueil, 2007, p. 94, § 123.

¹⁷⁹² Opinion dissidente du juge Anzilotti sous C.P.J.I., *Interprétation des arrêts n° 7 et 8 (usine de Chorzów)*, arrêt du 16 décembre 1927, série A, n° 13, p. 27.

¹⁷⁹³ C.I.J., *Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité*, avis consultatif du 13 juillet 1954, C.I.J. Recueil, 1954, p. 53.

¹⁷⁹⁴ C.I.J., *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt du 26 février 2007, C.I.J. Recueil, 2007, p. 90, § 115.

¹⁷⁹⁵ En ce sens, L.N.C. BRANT, *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, Paris, L.G.D.J., 2003, p. 28-35.

¹⁷⁹⁶ Opinion dissidente du juge Anzilotti sous C.P.J.I., *Interprétation des arrêts n° 7 et 8 (usine de Chorzów)*, arrêt du 16 décembre 1927, série A, n° 13, p. 23.

« Selon ce principe [de l'autorité de la chose jugée], les décisions de la Cour sont non seulement obligatoires pour les parties, mais elles sont définitives, en ce sens qu'elles ne peuvent être remises en cause par les parties pour ce qui est des questions que ces décisions ont tranchées, en dehors des procédures spécialement prévues à cet effet, qui présentent un caractère exceptionnel. »¹⁷⁹⁷

Elle rappelle aussi les « objectifs » d'une telle règle, soulignant la similitude, sur ce point, des exigences de l'ordre juridique interne et de l'ordre juridique international et présentant l'autorité de la chose jugée comme une caractéristique générale du « règlement judiciaire des différends »¹⁷⁹⁸ :

[...] Le principe de l'autorité de la chose jugée répond, tant dans l'ordre international que dans l'ordre interne, à deux objectifs, l'un général, l'autre particulier. Premièrement, la stabilité des relations juridiques exige qu'il soit mis un terme au différend considéré. La fonction de la Cour est, selon l'article 38 du Statut, de « régler » les « différends qui lui sont soumis », c'est-à-dire d'y mettre un terme. Deuxièmement, il est dans l'intérêt de chacune des parties qu'une affaire qui a d'ores et déjà été tranchée en sa faveur ne soit pas rouverte. L'article 60 du Statut explicite ce caractère définitif des arrêts. Priver une partie du bénéfice d'un arrêt rendu en sa faveur doit, de manière générale, être considéré comme contraire aux principes auxquels obéit le règlement judiciaire des différends. »¹⁷⁹⁹

On retrouve ainsi, en droit international, les traits caractéristiques de l'autorité de la chose jugée telle qu'elle est connue en droit interne. Les détails peuvent cependant varier en fonction des règles propres à la juridiction concernée¹⁸⁰⁰. C'est ainsi, par exemple, qu'il est difficile de tirer un enseignement général de la décision de la C.I.J. de reconnaître l'autorité de la chose jugée à une décision qu'elle a prise sur la capacité d'un État à se présenter devant elle alors que ceci n'avait pas été contesté – donc pas débattu – par les parties¹⁸⁰¹, d'autant que le cas d'espèce était, à plusieurs égards, délicat et atypique¹⁸⁰².

353. Conclusion de la section 1

Cette section a surtout permis de clarifier des concepts qui seront utiles ensuite. Nous avons ainsi défini le litige, aussi appelé différend, et exposé ce que signifiait « régler » un différend. À cette occasion, nous avons précisé les contours du règlement des différends dans le droit de

¹⁷⁹⁷ C.I.J., *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt du 26 février 2007, C.I.J. Recueil, 2007, p. 90, § 115.

¹⁷⁹⁸ Dans le même sens, C.I.J., *Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité*, avis consultatif du 13 juillet 1954, C.I.J. Recueil, 1954, p. 53.

¹⁷⁹⁹ C.I.J., *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt du 26 février 2007, C.I.J. Recueil, 2007, p. 90-91, § 116.

¹⁸⁰⁰ V. C.I.J., *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt du 26 février 2007, C.I.J. Recueil, 2007, p. 92, § 119.

¹⁸⁰¹ C.I.J., *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt du 26 février 2007, C.I.J. Recueil, 2007, p. 94, § 122-123.

¹⁸⁰² V. E. LAGRANGE, « La cohérence de la chose jugée (l'affaire du Génocide devant la CIJ) », A.F.D.I., 2007, p. 1-42.

l'OMC, notamment en explicitant le concept de « processus juridictionnel obligatoire », qui délimite une procédure unitaire et cohérente à laquelle les membres de l'OMC sont obligés de se soumettre (sauf si les parties au litige s'accordent sur un autre mode de règlement). Nous avons ensuite distingué la diplomatie de la juridiction, soit les deux grands modes de règlement des différends en droit international. La définition de la juridiction, basée sur les quatre critères matériel, procédural, organique et de l'autorité de la chose jugée, a reçu une attention plus particulière car, dans la section suivante, on démontre au moyen des mêmes critères la nature juridictionnelle du mécanisme de règlement des différends de l'OMC.

Section 2 La nature du règlement des différends de l'OMC

354. Introduction

Le règlement des différends de l'OMC est le fruit d'une évolution historique qui, au départ d'un mécanisme diplomatique, a vu émerger une véritable juridiction. L'examen de cette évolution permet de mettre en perspective le fonctionnement actuel du mécanisme (§ 1). Aujourd'hui, le mécanisme de règlement des différends est de nature juridictionnelle, comme cela résulte de la confrontation de ses caractéristiques aux critères définis à la section précédente (§ 2). L'existence d'un mécanisme juridictionnel de règlement des différends est, en soi, un signe de l'institutionnalisation de l'OMC. La démonstration en est encore renforcée par la constatation qu'il ne s'agit pas d'une forme d'arbitrage, mais d'une juridiction institutionnelle, de type judiciaire (§ 3).

§ 1. Évolution historique

355. Juridictionnalisation. Introduction

En 1947, les parties à l'Accord général ne prévoient pas de mode juridictionnel de règlement des différends. Les dispositions peu précises de l'article XXIII du GATT ne confèrent aucune compétence à la Cour internationale de justice, pas plus qu'elles n'empêchent explicitement les États de s'accorder pour lui soumettre leur différend. La Charte de La Havane, en revanche, prévoyait que les décisions de la Conférence pouvaient être soumises à l'avis consultatif de la Cour, celui-ci liant ensuite l'OIC¹⁸⁰³. L'Accord général n'établit pas non plus de tribunal séparé¹⁸⁰⁴.

¹⁸⁰³ Art. 96.2 et 96.5 de la Charte de La Havane. V. aussi ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE, *Rapport sur le commerce mondial 2007. Soixante ans de coopération commerciale multilatérale : qu'avons-nous appris ?*, Genève, 2007, p. 281-282 ; S. CHARNOVITZ, « Judicial Independence in the World Trade Organization », in L. BOISSON DE CHAZOURNES, C. ROMANO et R. MACKENZIE (eds), *International Organizations*

Les négociateurs n'ont pas omis le règlement des différends, mais ils ont préféré les porter sur le terrain politique, les résoudre par la négociation et par le compromis – même si le droit n'était pas absent des discussions. Cette position se comprend dans le contexte d'un club restreint et temporaire de nations partageant une culture et un développement économique relativement homogènes, et principalement animé par des diplomates¹⁸⁰⁵.

La juridictionnalisation observable dans le GATT¹⁸⁰⁶ s'inscrit dans la tendance au développement de mécanismes de règlement judiciaire des différends interétatiques, particulièrement au niveau régional¹⁸⁰⁷. L'histoire du GATT peut en outre s'écrire comme un mouvement s'écarter des préoccupations substantielles – juridiques ou économiques, légalistes ou pragmatiques – pour se préoccuper davantage de la procédure, qui permet d'identifier les intérêts partagés et les obstacles (politico-économiques) à la libéralisation, et d'excuser les États (qui se sentent) contraints de céder aux pressions protectionnistes nationales¹⁸⁰⁸.

1. Règlement des différends sous le GATT

356. Introduction

Cette section expose les principales étapes du règlement des différends, tel qu'il s'est forgé après l'entrée en vigueur du GATT¹⁸⁰⁹, tout en faisant apparaître les évolutions qui démontrent, dès cette époque, l'existence d'une tendance à l'institutionnalisation.

and International Dispute Settlement: Trends and Prospects, Transnational Publishers, 2002, p. 222-223 ; T.N. SRINIVASAN, « The Dispute Settlement Mechanism of the WTO: A Brief History and an Evaluation from Economic, Contractarian and Legal Perspectives », *World Economy* 30(7), 2007, p. 1036, qui expose le compromis entre les partisans d'un système juridictionnel et les tenants d'un mode diplomatique de règlement des différends.

¹⁸⁰⁴ K.W. DAM, *The GATT – Law and International Economic Organization*, Chicago, Londres, Chicago University Press, 1970, p. 351.

¹⁸⁰⁵ J.H.H. WEILER, « The Rule of Lawyers and the Ethos of Diplomats – Reflections on the Internal and External Legitimacy of WTO Dispute Settlement », *J.W.T.* 35(2), 2001, p. 194-198.

¹⁸⁰⁶ C.-D. Ehlermann parle de « judicialization », même s'il conteste que le mécanisme actuel soit pleinement juridictionnel (« Experiences from the WTO Appellate Body », *Texas Int. L. Journ.* 38, 2003, p. 470).

¹⁸⁰⁷ H. RUIZ FABRI, « La juridictionnalisation du règlement des litiges économiques entre États », *Rev. arb.*, 2003, p. 887 et s.

¹⁸⁰⁸ K.W. DAM, *The GATT – Law and International Economic Organization*, Chicago, Londres, Chicago University Press, 1970, p. 5.

¹⁸⁰⁹ Pour un résumé des principales décisions qui ont formalisé cette évolution, S. SHADIKHODJAEV, *Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, p. 51-52.

i. Demande de consultations

357. Un mode primitif de règlement des différends

La demande de consultations constitue la notification officielle de l'existence d'un litige entre États et enclenche l'application du mécanisme de règlement des différends. Par cet acte, le plaignant indique la mesure qui lui fait grief et expose, fût-ce sommairement, en quoi il l'estime contraire aux obligations résultant de l'Accord général.

Le plaignant et les parties qu'il désigne dans sa demande doivent tenter de bonne foi d'aplanir le différend¹⁸¹⁰. Ce préalable de la conciliation, également connu en droit interne¹⁸¹¹, revêt une importance particulière dans la société internationale, dont les sujets, d'une part, doivent maintenir une coopération malgré leur différends et, d'autre part, sont réticents à l'idée de se voir imposer des obligations qu'ils n'auraient directement acceptées.

La consultation et la négociation des parties sont des méthodes peu institutionnalisées et peu juridiques de règlement des différends. Elles ne requièrent aucune organisation particulière destinée à trancher le différend, ni même à en accompagner ou faciliter le règlement. Il n'est pas davantage nécessaire que le différend soit résolu en appliquant les règles de droit ni en s'en inspirant. Elles n'impliquent pas l'exercice d'une autorité sur les parties, qui conservent toute liberté, y compris celle de profiter des rapports de force existant par ailleurs.

La signification réelle de la consultation dépend cependant des règles applicables en cas d'échec. Les parties mesurent les termes de la négociation à l'aune de leur situation prévisible en l'absence d'accord. S'il existe un mécanisme obligatoire et contraignant de règlement des différends par application des règles juridiques, les négociations préalables tendront vers une solution conforme au droit. À l'inverse, si le défendeur peut unilatéralement bloquer le mécanisme de règlement des différends, il ne sera guère incité à acquiescer aux revendications du plaignant, même si elles sont justifiées en droit.

358. Intervention d'un tiers

Un apport institutionnel est néanmoins perceptible dans les consultations, qui restent néanmoins l'affaire des États. En 1966, une décision prévoit qu'une partie contractante en développement peut demander au Directeur général du GATT d'utiliser ses « bons offices » pour

¹⁸¹⁰ V. la procédure de négociation ébauchée par l'art. XXIII.1 GATT de 1947.

¹⁸¹¹ V. par exemple art. 1344^{septies} du Code judiciaire.

accompagner les négociations¹⁸¹². La mesure est modeste : l'intervention du tiers est facultative et limitée dans son champ d'application. Le Directeur général n'est doté d'aucun pouvoir décisionnel. Mais sa présence est la marque d'un intérêt institutionnel pour le règlement des différends et, peut-être, pour une protection des plus faibles, symbolique tant elle demeure indolore pour les puissants. Le recours aux bons offices, à la conciliation et à la médiation sera renforcé par les décisions des 28 novembre 1979¹⁸¹³, 29 novembre 1982¹⁸¹⁴ et 12 avril 1989¹⁸¹⁵ ; désormais, ces procédés peuvent être utilisés par tous les États parties à un différend, même lorsqu'un groupe spécial est déjà institué.

ii. Examen par un groupe spécial

359. Évolution dans la composition du groupe spécial

Si les consultations ne permettent pas d'aboutir à un règlement amiable, le différend peut être soumis aux PARTIES CONTRACTANTES.

Au départ, le différend était examiné lors d'une réunion de ces dernières en séance plénière. Cette manière de procéder se justifiait en raison du faible nombre des États parties et de leur cohésion relativement forte¹⁸¹⁶. En outre, dans les années qui ont suivi la signature de l'Accord général, les représentants des États qui avaient participé aux négociations conservaient des liens personnels assez forts et une compréhension partagée des objectifs et des compromis incorporés dans le texte¹⁸¹⁷.

Assez rapidement, il apparut que le règlement des différends impliquait la discussion de questions techniques nécessitant l'intervention de spécialistes. La périodicité des réunions en séance plénière n'était pas adaptée au souhait de rapidité dans le traitement des litiges. Les

¹⁸¹² *Procédures d'application de l'article XXIII*, Décision du 5 avril 1966, L/2644, IBDD 14S, p. 19-21 ; K.W. DAM, *The GATT – Law and International Economic Organization*, Chicago, Londres, Chicago University Press, 1970, p. 373 ; S. SHADIKHODJAEV, *Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, p. 51.

¹⁸¹³ *Understanding Regarding Notification, Consultation, Dispute Settlement and Surveillance*, 28 novembre 1979, L/4907, 3 décembre 1979, p. 2.

¹⁸¹⁴ *Ministerial Declaration*, 29 novembre 1982, L/5424, 29 novembre 1982, p. 6.

¹⁸¹⁵ *Improvements to the GATT dispute settlement rules and procedures*, Decision of 12 April 1989, L/6489, 13 avril 1989, p. 3.

¹⁸¹⁶ R.E. HUDEC, *Enforcing International Trade Law – The Evolution of the Modern GATT Legal System*, Salem, Butterworth, 1993, p. 29.

¹⁸¹⁷ Sur ces facteurs qui expliquent aussi le fonctionnement relativement satisfaisant du mécanisme de règlement des différends dans les premières années du GATT, v. W.J. DAVEY, « Dispute Settlement in GATT », *Fordham International Law Journal* 11(1), 1987, p. 62.

différends ont donc été envoyés à des « *working parties* »¹⁸¹⁸, composés de représentants des États en cause, siégeant en cette qualité¹⁸¹⁹ et de représentants de certains autres États. Le règlement des différends était peu formalisé et, même si les rapports reflétaient les vues divergentes des parties au différend, un consensus pouvait néanmoins apparaître sur la base de l'opinion des membres « neutres » du *working party* ou d'une croyance de la généralité des États quant au bien-fondé de la position d'une des parties¹⁸²⁰.

Dès 1952, les différends ont été soumis par les PARTIES CONTRACTANTES à des groupes spéciaux, également appelés « panels »¹⁸²¹. Composés de représentants de pays non impliqués dans le différend¹⁸²², puis de diplomates siégeant à titre personnel¹⁸²³, avec plus tard la possibilité d'y adjoindre des non-fonctionnaires¹⁸²⁴, ils étaient présidés par une personne expérimentée et réputée dans le milieu du commerce international¹⁸²⁵. Ce président, désigné

¹⁸¹⁸ Sur le règlement des différends par les *working parties*, v. R.E. HUDEC, *The GATT Legal System and World Trade Diplomacy*, New York, Praeger, 1975, p. 66 et s.

¹⁸¹⁹ J.H. JACKSON, *The World Trading System – Law and Policy of International Economic Relations*, 2nd ed., Cambridge (MA), Londres, MIT Press, 1997, p. 115 et s. ; J.H. JACKSON, « The Legal Meaning of a GATT Dispute Settlement Report : Some Reflections », in N. BLOKKER et S. MULLER, *Towards More Effective Supervision by International Organizations – Essays in Honour of Henry G. Schermers*, Vol. I, Dordrecht, Nijhoff, 1994, p. 152.

¹⁸²⁰ R.E. HUDEC, *Enforcing International Trade Law – The Evolution of the Modern GATT Legal System*, Salem, Butterworth, 1993, p. 30.

¹⁸²¹ *Understanding Regarding Notification, Consultation, Dispute Settlement and Surveillance*, 28 novembre 1979, L/4907, 3 décembre 1979, § 6, (ii), de l'annexe ; R.E. HUDEC, *Enforcing International Trade Law – The Evolution of the Modern GATT Legal System*, Salem, Butterworth, 1993, p. 30 ; A.F. LOWENFELD, *International Economic Law*, Oxford University Press, 2002, p. 140-141 ; F. ROESSLER, « Évolution du système de règlement des différends du GATT/OMC », in *La réorganisation mondiale des échanges*, Paris, Pedone, 1996, p. 315 ; B. MARCHETTI, « The WTO Dispute Settlement System: Administration, Court, or Tertium Genus? », *Suffolk Transnational L. R.* 32(3), 2009, p. 570.

¹⁸²² R.E. HUDEC, *Enforcing International Trade Law – The Evolution of the Modern GATT Legal System*, Salem, Butterworth, 1993, p. 30 ; R.E. HUDEC, *The GATT Legal System and World Trade Diplomacy*, New York, Praeger, 1975, p. 74-75.

¹⁸²³ V. *Understanding Regarding Notification, Consultation, Dispute Settlement and Surveillance*, 28 novembre 1979, L/4907, 3 décembre 1979, 14. R.E. HUDEC, *The GATT Legal System and World Trade Diplomacy*, New York, Praeger, 1975, p. 79 ; J.H. JACKSON, *Restructuring the GATT System*, New York, Council on Foreign Relations Press, 1990, p. 63 ; J.H. JACKSON, « The Legal Meaning of a GATT Dispute Settlement Report : Some Reflections », in N. BLOKKER et S. MULLER, *Towards More Effective Supervision by International Organizations – Essays in Honour of Henry G. Schermers*, Vol. I, Dordrecht, Nijhoff, 1994, p. 152.

¹⁸²⁴ *Dispute Settlement Procedures*, Fortieth Session of the CONTRACTING PARTIES, Action taken on 30 November 1984, L/5752, 20 décembre 1984.

¹⁸²⁵ Sur cette évolution, v. et comp. G. MARCEAU, « Pratique et pratiques dans le droit de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) », in *Colloque de Genève – La pratique et le droit international*, Paris, Pedone, 2004, p. 166 et s.

par le président des PARTIES CONTRACTANTES, ressortissait d'un État qui n'était pas partie au différend et exerçaient une fonction de conciliation¹⁸²⁶.

Le renvoi des différends aux groupes spéciaux est à remarquer comme la première étape d'une appréciation du litige par des tiers¹⁸²⁷, dont le mode de sélection dénotait déjà le souci de leur indépendance. Ce mode de règlement était, au départ, considéré comme une spécificité du droit économique international où il est devenu fréquent, les autres branches du droit des gens y demeurant plus réticentes¹⁸²⁸. On peut y voir les germes d'une juridictionnalisation¹⁸²⁹, donc aussi d'une institutionnalisation (*supra*, n° 334), conçue comme limite apportée à la puissance individuelle des États. L'histoire du règlement des différends dans le GATT et l'OMC peut d'ailleurs être considérée sous l'angle d'une augmentation du pouvoir de décision des experts, qui, substantiellement, en disposent aujourd'hui dans sa totalité¹⁸³⁰.

360. Mission du groupe spécial et procédure

Le rôle du groupe spécial est d'examiner le différend et les prétentions des parties, et de rédiger un rapport contenant éventuellement une recommandation. Cette recommandation prend parfois la forme d'une proposition, « *in polite language* »¹⁸³¹, de suppression de la mesure contestée. L'examen du groupe spécial se fait principalement au regard de critères juridiques, mieux à même de « dépolitiser » le débat¹⁸³².

Les règles de procédure pour le règlement des différends, développées au départ de la pratique des États membres, des groupes spéciaux et des PARTIES CONTRACTANTES, et qualifiées de « pratique coutumière », ont été regroupées et codifiées dans la décision du 28 novembre 1979

¹⁸²⁶ K.W. DAM, *The GATT – Law and International Economic Organization*, Chicago, Londres, Chicago University Press, 1970, p. 365.

¹⁸²⁷ J.H. JACKSON, *The World Trading System – Law and Policy of International Economic Relations*, 2nd ed., Cambridge (MA), Londres, MIT Press, 1997, p. 114 ; P.-L. CHANG, « The Evolution and Utilization of the GATT/WTO Dispute Settlement Mechanism », *University of Michigan School of Public Policy Working Paper No. 475*, 2002, 40 p., <http://www.spp.umich.edu/rsie/workingpapers/wp.html> (octobre 2004), p. 8.

¹⁸²⁸ H. RUIZ FABRI, « Le juge de l'OMC : ombres et lumières d'une figure judiciaire singulière », *R.G.D.I.P.*, 2006, p. 42, 47.

¹⁸²⁹ ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE, *Rapport sur le commerce mondial 2007. Soixante ans de coopération commerciale multilatérale : qu'avons-nous appris ?*, Genève, 2007, p. 283 (citant E.-U. PETERSMANN).

¹⁸³⁰ H. RUIZ FABRI, « La juridictionnalisation du règlement des litiges économiques entre États », *Rev. arb.*, 2003, p. 892.

¹⁸³¹ K.W. DAM, *The GATT – Law and International Economic Organization*, Chicago, Londres, Chicago University Press, 1970, p. 366. Aussi Ch. LEBEN, *Les sanctions privatives de droits ou de qualité dans les organisations internationales spécialisées*, Bruxelles, Bruylant, 1979, p. 159.

¹⁸³² Ch. LEBEN, *Les sanctions privatives de droits ou de qualité dans les organisations internationales spécialisées*, Bruxelles, Bruylant, 1979, p. 246.

et son annexe¹⁸³³, qui constituent l'ancêtre du Mémorandum d'accord. On y trouve un souci de respecter le contradictoire et de motiver le rapport en droit¹⁸³⁴.

L'évolution montre aussi un renforcement des règles en matière de délais. Dans un régime régi par le consensus, une certaine souplesse à cet égard a ses vertus, pour laisser le litige décanter et un compromis émerger¹⁸³⁵. Néanmoins, une décision de 1966 fixe déjà certains délais lorsqu'une partie contractante en développement est impliquée dans le différend¹⁸³⁶. En 1979 est déterminé un délai maximal de trente jours (« *normally* ») pour la désignation des membres du groupe spécial¹⁸³⁷ ; on précise aussi que le groupe spécial doit rendre son rapport « *without undue delay* »¹⁸³⁸. La décision de 1984 instaure le principe du calendrier de procédure, avec des délais fixés au départ pour le dépôt des mémoires des parties¹⁸³⁹. En 1989, des limites temporelles précises sont prévues pour la tenue des consultations et pour la procédure devant le groupe spécial¹⁸⁴⁰ ; elles seront reprises aux articles 4.7 et 12.8 du Mémorandum d'accord.

361. Limite résultant de la règle du consensus applicable à la prise de décision par les PARTIES CONTRACTANTES

Cependant, le renvoi d'un différend à un groupe spécial nécessitait une décision positive des PARTIES CONTRACTANTES. Conformément à la pratique du GATT, ces dernières prenaient leurs décisions par consensus, ce qui impliquait à tout le moins l'absence d'opposition formelle du défendeur. Ce dernier était donc en mesure de bloquer la constitution d'un groupe spécial et l'examen du différend, qu'il prétendait, dans la foulée, être sans objet ou inexistant. Quoiqu'il fût toujours possible en théorie, le blocage de la constitution du groupe spécial n'était pas

¹⁸³³ *Understanding Regarding Notification, Consultation, Dispute Settlement and Surveillance*, 28 novembre 1979, L/4907, 3 décembre 1979.

¹⁸³⁴ Ch. LEBEN, *Les sanctions privatives de droits ou de qualité dans les organisations internationales spécialisées*, Bruxelles, Bruylant, 1979, p. 246.

¹⁸³⁵ K.W. DAM, *The GATT – Law and International Economic Organization*, Chicago, Londres, Chicago University Press, 1970, p. 365.

¹⁸³⁶ *Procédures d'application de l'article XXIII*, Décision du 5 avril 1966, L/2644, IBDD 14S, p. 19-21 ; K.W. DAM, *The GATT – Law and International Economic Organization*, Chicago, Londres, Chicago University Press, 1970, p. 373.

¹⁸³⁷ *Understanding Regarding Notification, Consultation, Dispute Settlement and Surveillance*, 28 novembre 1979, L/4907, 3 décembre 1979, p. 3. V. aussi *Ministerial Declaration*, 29 novembre 1982, L/5424, 29 novembre 1982, p. 6.

¹⁸³⁸ *Understanding Regarding Notification, Consultation, Dispute Settlement and Surveillance*, 28 novembre 1979, L/4907, 3 décembre 1979, p. 4. Aussi *Ministerial Declaration*, 29 novembre 1982, L/5424, 29 novembre 1982, p. 7.

¹⁸³⁹ *Dispute Settlement Procedures*, Fortieth Session of the CONTRACTING PARTIES, Action taken on 30 November 1984, L/5752, 20 décembre 1984.

¹⁸⁴⁰ *Improvements to the GATT dispute settlement rules and procedures*, Decision of 12 April 1989, L/6489, 13 avril 1989, p. 2 et 6.

systematique. À tout le moins, ne durait-il pas indéfiniment¹⁸⁴¹. Tenus à l'obligation de bonne foi dans l'exécution des Accords et, surtout, politiquement contraints de faire preuve d'une bonne volonté et d'une coopération minimales, les États acceptaient en effet que les questions soulevées soient examinées par un groupe spécial dont la décision n'était de toute manière pas obligatoire (*infra*, n° 362). Certains auteurs en infèrent que, sous le GATT déjà, la pratique avait confirmé le droit pour chaque État d'obtenir la constitution d'un groupe spécial¹⁸⁴². Ceci semble infirmé, en ce qui concerne l'article XXIII du GATT, par les résultats du Tokyo Round¹⁸⁴³. Les controverses ont toutefois subsisté à tout le moins jusqu'à la décision de 1989 relative au règlement des différends, qui prévoit que

« If the complaining party so requests, a decision to establish a panel or working party shall be taken at the latest at the Council meeting following that at which the request first appeared as an item on the Council's regular agenda, unless at that meeting the Council decides otherwise. »¹⁸⁴⁴

Il n'est cependant pas douteux que le mécanisme a évolué vers un renforcement du droit à obtenir la constitution d'un groupe spécial¹⁸⁴⁵.

iii. Décision des PARTIES CONTRACTANTES

362. Rapport du groupe spécial et son adoption

Formellement, le groupe spécial n'est doté d'aucun pouvoir de décision. Il se borne à examiner la question, de manière contradictoire, et à rédiger un rapport à l'intention des PARTIES CONTRACTANTES, qui seules peuvent émettre une recommandation ou statuer sur la question (art. XXIII.2 GATT de 1947). Que les PARTIES CONTRACTANTES puissent non seulement

¹⁸⁴¹ J.H. JACKSON, « The Legal Meaning of a GATT Dispute Settlement Report : Some Reflections », in N. BLOKKER et S. MULLER, *Towards More Effective Supervision by International Organizations – Essays in Honour of Henry G. Schermers*, Vol. I, Dordrecht, Nijhoff, 1994, p. 154.

¹⁸⁴² J.H. JACKSON, *The World Trading System – Law and Policy of International Economic Relations*, 2nd ed., Cambridge (MA), Londres, MIT Press, 1997, p. 125. Aussi R.E. HUDEC, « Reforming GATT Adjudication Procedures: The Lessons of the DISC Case », *Minnesota L. R.* 72, 1988, p. 1462, 1464.

¹⁸⁴³ R.E. HUDEC, *Enforcing International Trade Law – The Evolution of the Modern GATT Legal System*, Salem, Butterworth, 1993, p. 56. V. aussi ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE, *Rapport sur le commerce mondial 2007. Soixante ans de coopération commerciale multilatérale : qu'avons-nous appris ?*, Genève, 2007, p. 286.

¹⁸⁴⁴ *Improvements to the GATT dispute settlement rules and procedures*, Decision of 12 April 1989, L/6489, 13 avril 1989, p. 4 ; v. aussi ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE, *Rapport sur le commerce mondial 2007. Soixante ans de coopération commerciale multilatérale : qu'avons-nous appris ?*, Genève, 2007, p. 287 (qualifiant cette disposition de « plutôt ambiguë ») ; F. ROESSLER, « Évolution du système de règlement des différends du GATT/OMC », in *La réorganisation mondiale des échanges*, Paris, Pedone, 1996, p. 316 ; R.E. HUDEC, *Enforcing International Trade Law – The Evolution of the Modern GATT Legal System*, Salem, Butterworth, 1993, p. 231 et s.

¹⁸⁴⁵ F. ROESSLER, « Évolution du système de règlement des différends du GATT/OMC », in *La réorganisation mondiale des échanges*, Paris, Pedone, 1996, p. 316.

« recommander », mais aussi « statuer » (« *give a ruling* »¹⁸⁴⁶), indique l'émergence d'une juridiction.

Lorsque la règle du consensus prévalait, la décision dépendait de l'absence d'opposition de tous les membres, y compris celui à qui elle aurait, le cas échéant, été défavorable. Ce principe a été clairement confirmé encore en 1982 et 1989, tout en précisant – de manière peu contraignante – qu'il fallait éviter de faire traîner les choses :

« The CONTRACTING PARTIES reaffirmed that consensus will continue to be the traditional method of resolving disputes; however, they agreed that obstruction in the process of dispute settlement shall be avoided. »¹⁸⁴⁷

« The practice of adopting panel reports by consensus shall be continued, without prejudice to the GATT provisions on decision-making which remain applicable. However, the delaying of the process of dispute settlement shall be avoided. »¹⁸⁴⁸

À supposer qu'un groupe spécial ait été établi et qu'il ait conclu à l'illicéité d'une pratique du défendeur, encore ce simple avis ne pouvait-il être transformé en décision ou recommandation obligatoires que du consentement de l'État « condamné ».

Au départ, le consensus était « naturel », dans un club restreint de diplomates rompus aux problèmes de commerce international. Avec quelque hypocrisie, il fut plus tard justifié comme recours (le seul possible ?) contre les erreurs d'appréciation commises par le groupe spécial dans l'appréciation du différend¹⁸⁴⁹. Ce fut en particulier le cas à l'occasion de l'affaire *DISC*, au sujet d'avantages fiscaux accordés par les États-Unis à des sociétés spécialement créées en vue de la vente à l'exportation. Le groupe spécial avait déclaré la loi américaine contraire à l'article XVI.4 du GATT, tout en retenant par ailleurs une violation à charge de la France, des Pays-Bas et de la Belgique pour leur application purement territoriale de leur loi fiscale, ce qui donnait aux exportateurs la possibilité de réduire (aussi !) leurs charges fiscales, en jouant sur les prix de transfert des marchandises par des filiales établies dans des paradis fiscaux¹⁸⁵⁰. La plupart des Parties contractantes estimaient correct le raisonnement du groupe spécial au sujet

¹⁸⁴⁶ J.H. JACKSON, *The World Trading System – Law and Policy of International Economic Relations*, 2nd ed., Cambridge (MA), Londres, MIT Press, 1997, p. 115.

¹⁸⁴⁷ *Ministerial Declaration*, 29 novembre 1982, L/5424, 29 novembre 1982, p. 8.

¹⁸⁴⁸ *Improvements to the GATT dispute settlement rules and procedures*, Decision of 12 April 1989, L/6489, 13 avril 1989, p. 7. V. aussi R.E. HUDEC, *Enforcing International Trade Law – The Evolution of the Modern GATT Legal System*, Salem, Butterworth, 1993, p. 233.

¹⁸⁴⁹ R.E. HUDEC, *Enforcing International Trade Law – The Evolution of the Modern GATT Legal System*, Salem, Butterworth, 1993, p. 47.

¹⁸⁵⁰ Sur les deux mécanismes fiscaux discutés dans ce différend, v. R.E. HUDEC, « Reforming GATT Adjudication Procedures: The Lessons of the DISC Case », *Minnesota L. R.* 72, 1988, p. 1443-1449.

de la loi américaine, mais rejetaient l'application de l'article XVI.4 du GATT au principe de territorialité du droit fiscal interne, qu'il n'avait pas pour objet de régir. Les États-Unis refusaient d'adopter le rapport à leur charge si les trois autres rapports n'étaient pas adoptés. Les discussions qui se sont déroulées pour sortir du blocage ont rempli une fonction similaire à celle de l'appel, en ce sens qu'elles ont abouti à « corriger », dans un « *understanding* », ce que la plupart des États estimaient erroné dans les rapports du groupe spécial¹⁸⁵¹.

La nécessité d'adopter le rapport par consensus explique que le groupe spécial, pragmatique et soucieux de doter les règles d'un minimum d'effectivité, tentait souvent de rédiger son rapport dans des termes acceptables pour toutes les parties¹⁸⁵². Un esprit de conciliation planait sur les discussions devant le groupe spécial¹⁸⁵³, dont le rôle était davantage de dégager un compromis acceptable que de faire application des règles de droit ou des principes économiques¹⁸⁵⁴. Une opposition trop directe aux intérêts d'un État aurait condamné le rapport à rester dans les limbes du non-juridique et lui aurait probablement ôté la plupart de ses effets. La « diplomatie » dont firent preuve les groupes spéciaux¹⁸⁵⁵ permit que des rapports fondamentalement défavorables à un État soient néanmoins acceptés ; ce que facilitait le fait qu'à l'époque, les différends concernaient des questions relativement techniques, voire « arithmétiques », qui ne soulevaient pas des conflits de valeurs fondamentaux¹⁸⁵⁶. Par ailleurs, le style diplomatique des rapports n'empêchait pas les États de comprendre la décision réelle du groupe spécial et de se comporter en conséquence¹⁸⁵⁷.

L'acceptation du rapport d'un groupe spécial par les PARTIES CONTRACTANTES implique que le rapport et ses conclusions deviennent obligatoires pour les États parties au différend. En

¹⁸⁵¹ R.E. HUDEC, « Reforming GATT Adjudication Procedures: The Lessons of the DISC Case », *Minnesota L. R.* 72, 1988, p. 1488 et s.

¹⁸⁵² V. P. GRANÉ, « Remedies under WTO Law », *J.I.E.L.*, 2001, p. 759 ; X. ZHANG, « Implementation of the WTO Agreements: Framework and Reform », *Northwestern Journ. Int. L. & Business* 23(2), 2003, p. 393 et s.

¹⁸⁵³ K.W. DAM, *The GATT – Law and International Economic Organization*, Chicago, Londres, Chicago University Press, 1970, p. 374 ; Ch. LEBEN, *Les sanctions privatives de droits ou de qualité dans les organisations internationales spécialisées*, Bruxelles, Bruylant, 1979, p. 247.

¹⁸⁵⁴ V. J.H.H. WEILER, « The Rule of Lawyers and the Ethos of Diplomats – Reflections on the Internal and External Legitimacy of WTO Dispute Settlement », *J.W.T.* 35(2), 2001, p. 197, 199.

¹⁸⁵⁵ V. R.E. HUDEC, *Enforcing International Trade Law – The Evolution of the Modern GATT Legal System*, Salem, Butterworth, 1993, p. 73 et s.

¹⁸⁵⁶ R.E. HUDEC, *Enforcing International Trade Law – The Evolution of the Modern GATT Legal System*, Salem, Butterworth, 1993, p. 31.

¹⁸⁵⁷ R.E. HUDEC, « Reforming GATT Adjudication Procedures: The Lessons of the DISC Case », *Minnesota L. R.* 72, 1988, p. 1470-1471.

conséquence, l'État « succombant » se voit juridiquement obligé de se mettre en conformité avec les conclusions du rapport.

iv. Mise en œuvre

363. Exécution et contrainte

L'existence d'une obligation internationale à charge de l'État ne garantit pas encore son exécution, en l'absence de toute autorité internationale dotée d'un pouvoir de contrainte. La faiblesse de cette contrainte explique d'ailleurs également que certains rapports soient adoptés.

L'Accord général prévoit toutefois un mécanisme de sanctions destiné à amener les États à respecter les recommandations ou décisions des PARTIES CONTRACTANTES. Basé sur l'idée de la réciprocité des concessions et sur la technique de l'exception d'inexécution, ce mécanisme implique la suspension par le plaignant de l'exécution d'une partie de ses obligations à l'égard du défendeur.

364. Conditions

La suspension de concessions est soumise à la réalisation de plusieurs conditions. Elle n'est autorisée que si les recommandations du groupe spécial, adoptées par les PARTIES CONTRACTANTES n'ont pas permis de résoudre le différend¹⁸⁵⁸, si les « circonstances sont suffisamment graves » et si elle est appropriée aux circonstances¹⁸⁵⁹.

La suspension de concessions n'est utilisée qu'en dernier recours : le retrait de la mesure jugée incompatible, c'est-à-dire la mise en conformité, lui est toujours préféré. À défaut de retrait immédiat, les États sont encouragés à négocier une compensation sous forme de concessions commerciales complémentaires accordées dans l'attente du retrait de la mesure. Ce n'est qu'en l'absence de retrait et de compensations que les circonstances justifieront une suspension des obligations. Cette hiérarchie, aujourd'hui inscrite explicitement à l'article 22 MRD, est établie dès 1955¹⁸⁶⁰.

¹⁸⁵⁸ K.W. DAM, *The GATT – Law and International Economic Organization*, Chicago, Londres, Chicago University Press, 1970, p. 366.

¹⁸⁵⁹ V. art. XXIII du GATT de 1947 et K.W. DAM, *The GATT – Law and International Economic Organization*, Chicago, Londres, Chicago University Press, 1970, p. 367.

¹⁸⁶⁰ *Report of review working party IV on organizational and functional questions* (as approved by the CONTRACTING PARTIES on 28 February, 5 and 7 March 1955), L/327/Rev.1, 4 avril 1955, p. 19 ; *supra*, n° 107 ; K.W. DAM, *The GATT – Law and International Economic Organization*, Chicago, Londres, Chicago University Press, 1970, p. 368.

La suspension des concessions ne pouvait être mise en œuvre avant d’avoir été autorisée par une décision des PARTIES CONTRACTANTES. À nouveau, l’État qui subit la suspension doit y consentir, fût-ce tacitement. On ne s’étonnera donc pas que cette autorisation n’ait été accordée qu’une seule fois sous l’ère du GATT¹⁸⁶¹, dans une situation où la sanction, défavorable au plaignant et probablement sans réel effet sur le commerce du défendeur, n’a pas été totalement mise en œuvre¹⁸⁶².

Ce différend *États-Unis – Quotas laitiers*¹⁸⁶³ opposait les Pays-Bas aux États-Unis à la suite de restrictions posées par ces derniers à l’importation de fromage. Après avoir constaté l’existence d’une réduction ou annulation des avantages et confirmé que les circonstances étaient suffisamment graves au sens de l’article XXIII.2 GATT, les PARTIES CONTRACTANTES ont recommandé le retrait de la mesure en cause et ont demandé aux États-Unis de faire rapport sur la mise en œuvre de cette recommandation¹⁸⁶⁴. À titre de suspension de concessions, les Pays-Bas proposaient de réduire d’environ 15.000 tonnes leurs importations de farine originaire des États-Unis, en imposant un quota annuel de 57.000 tonnes. Pour examiner si cette suspension était appropriée, « *having regard to its equivalence to the impairment suffered* », le *working party* se demanda, d’une part, si la mesure était « *appropriate in character* » et, d’autre part, si son montant était raisonnable. Il prit en considération la valeur du commerce en cause, les circonstances économiques plus générales (dont les efforts des Pays-Bas pour réduire leurs problèmes de balance des paiements) et la volonté exprimée des Pays-Bas de considérer cette mesure comme une étape vers une solution du différend conforme aux objectifs du GATT. Reconnaisant les « difficultés inhérentes » à déterminer de manière précise le point à partir duquel une mesure de suspension n’est plus raisonnable, le *working party* considéra que la mesure proposée n’était pas déraisonnable, mais proposa cependant, sur la base de son « examen indépendant », que le quota fût fixé à 60.000 tonnes¹⁸⁶⁵. Cette proposition fut

¹⁸⁶¹ C. CARMODY, « Remedies and Conformity under the WTO Agreement », *J.I.E.L.*, 2002, p. 320 ; C. FUDALI, « A Critical Analysis of the WTO Dispute Settlement Mechanism: Its Contemporary Functionality and Prospects », *Netherlands Int. L. R.*, 2002, p. 73.

¹⁸⁶² K.W. DAM, *The GATT – Law and International Economic Organization*, Chicago, Londres, Chicago University Press, 1970, p. 366 ; R.E. HUDEC, *The GATT Legal System and World Trade Diplomacy*, New York, Praeger, 1975, p. 181-182.

¹⁸⁶³ *États-Unis – Quotas laitiers*, *BISD*, 1951, vol. II, p. 16-17. Sur cette affaire, v. L. BOISSON DE CHAZOURNES, *Les contre-mesures dans les relations internationales économiques*, Paris, Pedone, 1992, p. 94-96 ; R.E. HUDEC, *The GATT Legal System and World Trade Diplomacy*, New York, Praeger, 1975, p. 165-184 et S. SHADIKHODJAEV, *Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, p. 57-58, 60-62.

¹⁸⁶⁴ *United States Import Restrictions on Dairy Products – Draft Resolution*, L/59, 6 novembre 1952.

¹⁸⁶⁵ *Working Party 8 on Netherlands Action under Article XXIII:2 – Report to the CONTRACTING PARTIES*, L/61, 7 novembre 1952.

adoptée par consensus¹⁸⁶⁶, avec toutefois l'abstention des deux États en cause. Les Pays-Bas se réjouirent que

« it was the first time in the history of trade policy that the unfortunate process of measures and countermeasures was controlled to some extent by an international body. »

Sans s'opposer à l'adoption, d'autres États furent moins enthousiastes. La Nouvelle-Zélande reprocha au *working party* son manque de déférence envers les Pays-Bas, dès lors qu'après avoir considéré que la mesure proposée par ces derniers n'était pas déraisonnable, il en avait cependant modifié le montant. Elle estima que la charge de la preuve pesait sur l'État contestant la suspension d'obligations proposée, et que le rapport ne faisait pas état d'éléments de preuve à ce sujet. Le Canada et la Tchécoslovaquie rejoignirent ces observations, le premier critiquant la motivation trop sommaire du rapport et la seconde rappelant qu'il fallait appliquer les mêmes principes aux petits et aux grands pays. L'Australie précisa que cette affaire ne pouvait être considérée comme un précédent. Le président du groupe de travail répondit à ces remarques à la séance suivante¹⁸⁶⁷.

En 1955, le Danemark, la Norvège et la Suède proposèrent l'adoption d'une déclaration interprétative de l'article XXIII du GATT, faisant clairement ressortir le principe d'équivalence

« action by the CONTRACTING PARTIES under Article XXIII should be directed towards the maintenance of a general level of reciprocal and mutually advantageous concessions not less favourable to trade than that provided for in the original situation; it was, therefore, desirable that resort should be had to retaliatory action only when all other possibilities had been explored. »¹⁸⁶⁸

Ces pays retirèrent leur proposition dès lors qu'il fut reconnu que la déclaration interprétative en projet correspondait tant à l'esprit de l'article XXIII GATT qu'à la pratique des PARTIES CONTRACTANTES¹⁸⁶⁹.

Les règles du GATT et les principes utilisés en 1952 n'empêchaient cependant pas les États puissants de (menacer de) suspendre unilatéralement l'exécution de leurs obligations lorsqu'ils

¹⁸⁶⁶ *Summary Record of the Sixteenth Meeting of 8 November 1952*, SR7/16, 11 novembre 1952, p. 4-7.

¹⁸⁶⁷ *Compte rendu de la dix-septième séance*, SR7/17, 18 novembre 1952, p. 1-2.

¹⁸⁶⁸ *Report of review working party IV on organizational and functional questions* (as approved by the CONTRACTING PARTIES on 28 February, 5 and 7 March 1955), L/327/Rev.1, 4 avril 1955, p. 19.

¹⁸⁶⁹ *Report of review working party IV on organizational and functional questions* (as approved by the CONTRACTING PARTIES on 28 February, 5 and 7 March 1955), L/327/Rev.1, 4 avril 1955, p. 19. V. K.W. DAM, *The GATT – Law and International Economic Organization*, Chicago, Londres, Chicago University Press, 1970, p. 367.

l'estimaient utile, que le différend soit, ou non, soumis à un groupe spécial¹⁸⁷⁰. Intenter une action contre cette suspension était politiquement périlleux, surtout si l'État plaignant restait lui-même en défaut de se conformer à une décision d'un groupe spécial. Comment pouvait-il, dans ces circonstances, fustiger l'attitude peu coopérative que ne manquerait pas d'adopter le défendeur ?

Une suspension unilatérale était en outre autorisée par des dispositions particulières du GATT, notamment ses articles XIX et XXVIII¹⁸⁷¹.

v. Synthèse provisoire

365. Image contrastée du règlement des différends

Le règlement des différends sous le GATT a connu une certaine formalisation. Soumettant à l'appréciation d'un tiers les mérites des arguments respectifs, il peut aboutir à une décision obligatoire assortie d'une contrainte, ce qui ne va pas de soi dans l'arène internationale. Les germes de l'institution sont présents.

Le talon d'Achille du système apparaît clairement. Chaque étape importante nécessite le consensus des États et donc l'assentiment de celui qui risque d'en pâtir. Constitution du groupe spécial, adoption du rapport, autorisation de suspension : à trois reprises, l'État peut refuser d'être mis en cause. Ces faiblesses rejaillissent alors sur la totalité du mécanisme. Qu'est-ce qu'un juge dont la décision doit plaire à toutes les parties pour être obligatoire, et qu'est-ce qu'une décision obligatoire dont la sanction dépend du bon vouloir du condamné ?

Ce rejet d'une approche juridique ou judiciaire des relations économiques entre États¹⁸⁷² et la préférence donnée aux arrangements politiques sont généralement expliquées par des considérations relatives à la souveraineté et par le souhait des dirigeants politiques de pouvoir accéder aux demandes (d'une partie) de la population. En outre, surtout dans les années 1960, les grandes puissances, en particulier les États-Unis et les Communautés européennes, voulaient garder les mains libres face à des revendications de plus en plus pressantes des pays en voie de développement. L'approche politique permettait encore de prendre à l'égard du GATT les

¹⁸⁷⁰ R.E. HUDEC, *Enforcing International Trade Law – The Evolution of the Modern GATT Legal System*, Salem, Butterworth, 1993, not. p. 362. V. aussi les affaires relatées par L. BOISSON DE CHAZOURNES, *Les contre-mesures dans les relations internationales économiques*, Paris, Pedone, 1992, p. 96 et s.

¹⁸⁷¹ R.E. HUDEC, *The GATT Legal System and World Trade Diplomacy*, New York, Praeger, 1975, p. 182-183.

¹⁸⁷² K.W. DAM, *The GATT – Law and International Economic Organization*, Chicago, Londres, Chicago University Press, 1970, p. 351.

libertés requises pour l'accomplissement du projet européen¹⁸⁷³. Les États-Unis ont toutefois progressivement abandonné cette position « antilégaliste » à partir des années 1970, rejoints par les Communautés européennes à l'occasion de l'affaire *DISC*, à partir de 1972¹⁸⁷⁴.

Il ne faut cependant pas conclure trop rapidement à l'ineffectivité du mécanisme de règlement des différends durant toute cette période. Une réelle coopération est attestée par la pratique¹⁸⁷⁵ et trouve des explications rationnelles. L'acceptation de conséquences défavorables dans le champ du GATT peut être compensée par des avantages dans un autre domaine des relations internationales¹⁸⁷⁶, par exemple dans l'aide au développement. Les relations économiques entre États sont aussi constitutives d'un jeu répété¹⁸⁷⁷, qui engendre d'autant plus de coopération qu'y participent un petit nombre d'États dont les actions sont particulièrement transparentes. Il peut être préférable de maintenir sa réputation quitte à perdre un différend, surtout dans un monde commercial où les défenseurs d'un jour seront les plaignants du lendemain. D'une manière générale, des observateurs attentifs de la pratique du GATT sont d'avis que le respect des règles juridiques était mieux assuré que ne le laisse penser une première analyse de son mécanisme de règlement des différends¹⁸⁷⁸.

2. Principales nouveautés de l'Accord de Marrakech

366. Introduction

Pour l'essentiel, le Mémoire d'accord sur le règlement des différends, annexé à l'Accord de Marrakech, reprend, complète, clarifie et précise la pratique du règlement des différends

¹⁸⁷³ R.E. HUDEC, « Reforming GATT Adjudication Procedures: The Lessons of the DISC Case », *Minnesota L. R.* 72, 1988, p. 1455-1456 ; R.E. HUDEC, *Enforcing International Trade Law – The Evolution of the Modern GATT Legal System*, Salem, Butterworth, 1993, p. 34. V. aussi ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE, *Rapport sur le commerce mondial 2007. Soixante ans de coopération commerciale multilatérale : qu'avons-nous appris ?*, Genève, 2007, p. 283-284.

¹⁸⁷⁴ R.E. HUDEC, « Reforming GATT Adjudication Procedures: The Lessons of the DISC Case », *Minnesota L. R.* 72, 1988, p. 1456-1457 ; ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE, *Rapport sur le commerce mondial 2007. Soixante ans de coopération commerciale multilatérale : qu'avons-nous appris ?*, Genève, 2007, p. 285 et s.

¹⁸⁷⁵ B.M. HOEKMAN et M.M. KOSTECKI, *The Political Economy of the World Trading System – The WTO and Beyond*, 2nd ed., Oxford University Press, 2001, p. 74-75.

¹⁸⁷⁶ K.W. DAM, *The GATT – Law and International Economic Organization*, Chicago, Londres, Chicago University Press, 1970, p. 371.

¹⁸⁷⁷ B.M. HOEKMAN et M.M. KOSTECKI, *The Political Economy of the World Trading System – The WTO and Beyond*, 2nd ed., Oxford University Press, 2001, p. 75 et 90 ; R. BREWSTER, « Shadow Unilateralism: Enforcing International Trade Law at the WTO », *University Pennsylvania Journ. Int. L.* 30(4), 2009, p. 1136.

¹⁸⁷⁸ J.H. JACKSON, *The World Trading System – Law and Policy of International Economic Relations*, 2nd ed., Cambridge (MA), Londres, MIT Press, 1997, p. 112 et s.

développée au temps du GATT¹⁸⁷⁹. On y trouve encore d'importants vestiges de l'esprit qui le caractérisait alors.

Pourtant, quelques dispositions modifient fondamentalement – mais dans la ligne de l'évolution antérieure¹⁸⁸⁰ – le mode de résolution des litiges¹⁸⁸¹. Ces modifications visent, pour l'essentiel, à automatiser les étapes qui étaient autrefois l'occasion de blocages. Le mécanisme de règlement des différends est ainsi devenu « irrésistible »¹⁸⁸², un « *thoroughly automatic conveyor belt* », qui entraîne les différends d'un bout à l'autre du processus sans que le défendeur puisse s'y opposer¹⁸⁸³. L'automatisme, qui renforce le règlement des différends, a été vivement souhaité par les États-Unis et accordé à ces derniers en échange d'une renonciation à leurs pratiques unilatérales, renonciation qui prend la forme d'une exclusivité reconnue au mécanisme de règlement des différends (art. 23 MRD) (*infra*, n^{os} 400 et s.). Ceci accentue encore l'importance théorique et pratique de l'automatisme dans le fonctionnement du système juridique de l'OMC.

Un autre corollaire de l'automatisme est l'introduction d'une possibilité d'appel contre les décisions des groupes spéciaux, dont les États ne peuvent désormais plus (sauf par consensus) empêcher l'adoption par l'ORD. Enfin, l'Accord de Marrakech a enserré le mécanisme de règlement des différends dans des délais de procédure stricts, ce qui contribue, en lien toujours avec l'automatisme, à améliorer l'effectivité de la procédure.

Mais il faut y insister : il s'agit plus d'une évolution que d'une création.

« On peut y lire une forme de préparation à l'avènement du nouveau système qui n'est pas sorti tout armé de la tête d'un négociateur mais a pris racine dans le système antérieur. Si bien d'ailleurs que certains négociateurs ont dû avoir l'illusion de peu changer, seulement de renforcer le

¹⁸⁷⁹ P.C. MAVROIDIS, « Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place », *E.J.I.L.*, 2000, p. 777.

¹⁸⁸⁰ Ch. LEBEN parle déjà d'« instances judiciaires affaiblies » à propos du règlement des différends du GATT (*Les sanctions privatives de droits ou de qualité dans les organisations internationales spécialisées*, Bruxelles, Bruylant, 1979, p. 247). R.E. HUDEC (« The New WTO Dispute Settlement Procedure: An Overview of the First Three Years », *Minnesota Journ. of Global Trade* 8(1), 1999, spéc. p. 3 et s.) insiste aussi sur la continuité entre le règlement des différends du GATT et l'OMC.

¹⁸⁸¹ G. SACERDOTI, « Structure et fonction du système de règlement des différends de l'OMC : les enseignements des dix premières années », *R.G.D.I.P.*, 2006, p. 770.

¹⁸⁸² H. RUIZ FABRI, « Le juge de l'OMC : ombres et lumières d'une figure judiciaire singulière », *R.G.D.I.P.*, 2006, p. 42.

¹⁸⁸³ R.E. HUDEC, *Enforcing International Trade Law – The Evolution of the Modern GATT Legal System*, Salem, Butterworth, 1993, p. 237. Pour une série de propositions doctrinales formulées au début du cycle de l'Uruguay, et dont beaucoup se retrouvent, parfois sous une forme légèrement modifiée, dans le Mémoire d'accord, v. W.J. DAVEY, « Dispute Settlement in GATT », *Fordham International Law Journal* 11(1), 1987, p. 90-108.

Mécanisme de règlement des différends, ce qui n'a pu que faciliter l'acceptation d'un système dans lequel on escomptait le maintien d'un équilibre diplomatique. »¹⁸⁸⁴

Pourtant, ces réformes ont ôté du règlement des différends de l'OMC d'importants aspects politiques ou diplomatiques qui existaient dans celui du GATT. Elles ont renforcé ses aspects juridiques et juridictionnels.

367. Le consensus inversé automatise la procédure

La pratique du consensus, développée sous le GATT de 1947, est conservée par l'OMC (art. IX OMC), et reste aussi le mode de décision applicable en principe dans le règlement des différends (art. 2.4 MRD).

Le Mémoire d'accord contient toutefois trois exceptions, qui concernent les étapes « décisionnelles » du règlement des différends : établissement d'un groupe spécial (art. 6.1 MRD), adoption de son rapport (art. 16.4 MRD)¹⁸⁸⁵ et autorisation de suspendre l'exécution de certaines obligations à titre de sanctions (art. 22.6 MRD). Ces décisions nécessitaient jadis, en règle, le consensus des PARTIES CONTRACTANTES. Aujourd'hui, l'Organe de règlement des différends décide selon la règle du « consensus inversé », ce qui signifie que la décision est adoptée, à moins que l'ORD ne s'y oppose par consensus.

En conséquence, il n'est désormais plus possible au seul défendeur de bloquer la procédure de règlement des différends. Le groupe spécial est établi à la seule requête du plaignant, même s'il doit le demander à deux reprises. Le rapport du groupe spécial ou de l'Organe d'appel est automatiquement adopté et devient obligatoire pour les parties au différend. Alors qu'auparavant une opposition de la partie « perdante » suffisait à empêcher la décision, il faut désormais rassembler une improbable unanimité, y compris l'accord du « gagnant », pour empêcher la décision. La prise de décision requiert une réunion de l'ORD mais, pour le surplus et sauf exception, elle est toujours adoptée automatiquement. L'autorisation de suspendre des obligations est accordée si le plaignant le requiert (lorsque les conditions de forme et de fond sont remplies), même si le défendeur s'y oppose.

¹⁸⁸⁴ H. RUIZ FABRI, « Le juge de l'OMC : ombres et lumières d'une figure judiciaire singulière », *R.G.D.I.P.*, 2006, p. 43.

¹⁸⁸⁵ A. REICH, « From Diplomacy to Law: The Juridicization of International Trade Relations », *Northwestern Journ. Int. L. & Business* 17(2/3), 1996/1997, p. 804.

L'inversion du consensus s'accompagne d'autres règles, moins fondamentales, destinées à automatiser la procédure, notamment pour le choix des panelistes et l'établissement de l'acte de mission¹⁸⁸⁶.

On est donc en présence d'une juridiction obligatoire¹⁸⁸⁷, fait assez exceptionnel en droit international, en dehors des unions régionales. On a estimé que cette automatisation de la procédure était l'avancée la plus importante par rapport au système précédent¹⁸⁸⁸.

368. Les rapports des groupes spéciaux sont susceptibles d'appel

Les rapports des groupes spéciaux étant automatiquement adoptés, il n'est plus possible de les amender, sauf consensus des États. Pour prévenir d'éventuels abus ou erreurs et tempérer le pouvoir conféré aux experts, les États membres ont souhaité instaurer une possibilité d'appel contre les décisions des groupes spéciaux¹⁸⁸⁹. Plus précisément, au moment où les États-Unis ont obtenu de rendre la procédure « automatique » par le biais de la règle du consensus inversé, les autres États ont souhaité établir un garde-fou sous la forme d'un appel, ce à quoi les États-Unis n'étaient pas fondamentalement opposés¹⁸⁹⁰.

L'appel est porté devant l'Organe d'appel, composé de sept membres permanents désignés pour une période de quatre ans. Chaque partie au différend peut demander un réexamen du rapport du groupe spécial. L'Organe d'appel peut émender le rapport, mais uniquement sur les questions de droit ; pour les faits, il se réfère aux constatations du groupe spécial.

L'Organe d'appel a contribué à transformer le règlement des différends¹⁸⁹¹. Prenant au sérieux sa tâche d'« assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial » et de « clarifier les dispositions » des Accords (art. 3.2 MRD), il a développé une politique jurisprudentielle

¹⁸⁸⁶ A. REICH, « From Diplomacy to Law: The Juridicization of International Trade Relations », *Northwestern Journ. Int. L. & Business* 17(2/3), 1996/1997, p. 802-803.

¹⁸⁸⁷ H. RUIZ FABRI, « La juridictionnalisation du règlement des litiges économiques entre États », *Rev. arb.*, 2003, p. 894. Sur le caractère proprement juridictionnel, v. *infra*, n^{os} 370 et s.

¹⁸⁸⁸ C.-D. EHLERMANN, « Experiences from the WTO Appellate Body », *Texas Int. L. Journ.* 38, 2003, p. 474.

¹⁸⁸⁹ ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE, *Rapport sur le commerce mondial 2007. Soixante ans de coopération commerciale multilatérale : qu'avons-nous appris ?*, Genève, 2007, p. 288 ; J.H. JACKSON, *The World Trading System – Law and Policy of International Economic Relations*, 2nd ed., Cambridge (MA), Londres, MIT Press, 1997, p. 125 ; R.E. HUDEC, *Enforcing International Trade Law – The Evolution of the Modern GATT Legal System*, Salem, Butterworth, 1993, p. 236 ; C.-D. EHLERMANN, « Experiences from the WTO Appellate Body », *Texas Int. L. Journ.* 38, 2003, p. 474 ; H. RUIZ FABRI, « Le juge de l'OMC : ombres et lumières d'une figure judiciaire singulière », *R.G.D.I.P.*, 2006, p. 53.

¹⁸⁹⁰ A.L. STOLER, « The WTO dispute settlement process: did the negotiators get what they wanted? », *W.T.R.* 3(1), 2004, p. 103, 106.

¹⁸⁹¹ A. REICH, « From Diplomacy to Law: The Juridicization of International Trade Relations », *Northwestern Journ. Int. L. & Business* 17(2/3), 1996/1997, p. 804-805.

d'unification des solutions renforçant la cohérence du système de règles qu'il chapeaute. Il l'a fait en tirant parti de la définition de sa compétence centrée sur les règles de droit, qu'en outre il comprend de manière suffisamment large pour examiner en profondeur, au besoin pour rectifier avec le même zèle, les rapports des groupes spéciaux. Son caractère permanent (art. 17.1 MRD), sa composition restreinte jointe à une pratique marquée de collégialité nonobstant la division en sections¹⁸⁹², et les nombreux recours que les États lui ont confiés, créant autant d'occasions d'exercer sa mission, lui ont permis de développer, d'imprimer dans le temps et de renforcer cette unité d'un système juridique, preuve de son utilité et de son efficacité, mais aussi source de son pouvoir institutionnel. Au-delà du souci de cohérence, la jurisprudence de l'Organe d'appel montre aussi une préoccupation pour l'équilibre, conçu à la fois comme une forme de stabilité du système et sous l'angle de l'établissement de relations aussi paisibles que possibles avec son « environnement », notamment le droit international général et les préoccupations non commerciales de la société internationale¹⁸⁹³. Tout en restant ce qu'il est, c'est-à-dire un organe juridictionnel et non diplomatique (*infra*, n^{os} 370 et s.), et une juridiction spécialisée chargée de faire respecter (seulement) les Accords visés, participant à la réalisation des objectifs de l'Organisation dont il est l'organe.

369. La procédure est soumise à des délais stricts

Dans la lignée d'initiatives antérieures (*supra*, n^o 360), le Mémoire d'accord enserme la procédure dans des délais stricts¹⁸⁹⁴. L'État défendeur ne peut plus s'opposer à l'examen du différend ; il ne peut davantage en retarder indûment le traitement. Le respect de délais brefs est d'autant plus important que les décisions de l'ORD n'ont, en règle, aucun effet rétroactif, de sorte qu'il est crucial pour le plaignant d'obtenir au plus vite une décision favorable. En pratique, la rapidité de la procédure est un élément-clé du succès du règlement des différends, malgré ses imperfections, qu'on a pu observer à l'occasion des différends *CE – Bananes* et *CE – Hormones*.

On ne s'attardera pas ici sur les dispositions techniques relatives aux délais. Qu'il suffise de rappeler que soixante jours sont réservés aux consultations préalables (art. 4.7 MRD), que le groupe spécial dispose en principe de six mois pour examiner une affaire (art. 12.8 MRD) et que soixante jours sont prévus pour l'examen en appel (art. 17.5 MRD). Certains regrettent encore la longueur de ces délais ; mais ils sont étonnamment courts eu égard aux enjeux, à la complexité

¹⁸⁹² Art. 4 des *Procédures de travail pour l'examen en appel*, WT/AB/WP/6, 16 août 2010.

¹⁸⁹³ Sur tous ces aspects, H. RUIZ FABRI, « Le juge de l'OMC : ombres et lumières d'une figure judiciaire singulière », *R.G.D.I.P.*, 2006, p. 49-62.

¹⁸⁹⁴ A. REICH, « From Diplomacy to Law: The Juridicization of International Trade Relations », *Northwestern Journ. Int. L. & Business* 17(2/3), 1996/1997, p. 802, qui cite cette caractéristique comme un des facteurs de la juridicisation.

et au caractère international des affaires et surtout en comparaison des délais devenus habituels devant certaines juridictions nationales. La pratique montre que les délais ne sont pas toujours respectés, en particulier pour les affaires complexes. Lorsque l'enjeu est politiquement délicat, les États adoptent parfois, avec un certain succès, des stratégies dilatoires.

Cette question des délais est moins anodine qu'il y paraît. L'expérience a montré, en matière de commerce international, que la plupart des litiges finissent par se régler, fût-ce dans le cadre d'une négociation sur des questions plus générales, comme il s'en tient de manière quasi permanente. C'est sans doute ce qui permet de dire que le mode de règlement des différends du GATT était satisfaisant : si, dans un premier temps, le défendeur bloquait son avancement, un accord, sur le fond ou sur la tenue de la procédure, devenait monnaie d'échange dans le prochain *round*. Dans l'attente, l'illicéité éventuelle subsistait. L'apport de l'OMC consiste moins à garantir le règlement final des litiges qu'à favoriser sa promptitude. C'est ce qu'attendent les acteurs économiques, dont l'horizon temporel est nettement plus court que celui des États. La fixation de délais est encore une manière d'ôter un pouvoir discrétionnaire aux États pour les soumettre aux règles communes.

§ 2. Le règlement des différends de l'OMC est-il juridictionnel ?

370. Introduction

Le mécanisme de règlement des différends de l'OMC peut être qualifié de juridiction, lorsqu'on le considère dans sa globalité et sous l'angle des quatre critères, organique, procédural et matériel¹⁸⁹⁵ et de l'autorité de la chose jugée¹⁸⁹⁶. Ce caractère juridictionnel est confirmé par le contexte historique et juridico-politique dans lequel il s'insère.

¹⁸⁹⁵ H. Ruiz Fabri a examiné ces trois premiers critères en profondeur dans son article « La juridictionnalisation du règlement des litiges économiques entre États », *Rev. arb.*, 2003, p. 881-947, spéc. p. 902 et s. Adde H. RUIZ FABRI, « Le règlement des différends au sein de l'OMC : naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit », in Ch. LEBEN, E. LOQUIN et M. SALEM, *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle – Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Dijon, Litec, 2000, p. 303-334. Le *Rapport sur le commerce mondial 2007. Soixante ans de coopération commerciale multilatérale : qu'avons-nous appris ?*, Genève, 2007, p. 301 parle de « décisions juridictionnelles ». En faveur du caractère juridictionnel, aussi (entre autres) H. ASCENSIO, « La notion de juridiction internationale en question », in *La juridictionnalisation du droit international*, Paris, Pedone, 2003, p. 184-185 ; M.-A. FRISON-ROCHE, « Le principe du contradictoire et les droits de la défense devant l'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce », in H. RUIZ FABRI et J.-M. SOREL (dir.), *Le principe du contradictoire devant les juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2004, p. 133 ; Y. IWASAWA, « Third Parties Before International Tribunals: The ICJ and the WTO », in N. ANDO, E. MCWHINNEY et R. WOLFRUM (eds.), *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, Vol. 2, La Haye, Kluwer Law International, 2002, p. 872 ; P. LAMY, « The Place of the WTO and its Law in the International Legal Order », *E.J.I.L.* 17(5), 2006, p. 975-977 ; H. LESAFFRE, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité*

D'une manière générale, il n'est plus rare de rencontrer l'affirmation explicite du caractère « judiciaire » ou « juridictionnel » du mécanisme de règlement des différends, même de la part d'acteurs dont on attendrait *a priori* une certaine réserve, voire une réticence. Ainsi, dans son rapport annuel 2009, l'Organe d'appel emploie les expressions de « processus juridictionnel » et « fonction judiciaire » et se désigne comme l'« organe judiciaire » de l'OMC¹⁸⁹⁷. On trouve aussi des expressions similaires dans la jurisprudence, par exemple lorsque l'Organe d'appel décrit le règlement des différends comme un « processus juridictionnel obligatoire »¹⁸⁹⁸ ou quand il qualifie le rapport d'un groupe spécial de la mise en conformité de « décision juridictionnelle »¹⁸⁹⁹. Certains États n'hésitent pas non plus à employer l'expression d'« instance judiciaire »¹⁹⁰⁰ et de « recours judiciaire »¹⁹⁰¹ pour désigner respectivement l'ORD et la procédure de règlement des différends.

371. La matière

Le règlement des différends de l'OMC réunit tous les éléments matériels de la juridiction.

internationale, Paris, L.G.D.J., 2007, spéc. p. 336-415 ; D. MCRAE, « What is the Future of WTO Dispute Settlement? », *J.I.E.L.* 7(1), 2004, p. 8 ; A.D. MITCHELL, « The Legal Basis for Using Principles in WTO Disputes », *J.I.E.L.* 10(4), 2007, p. 829 ; A.D. MITCHELL et D. HEATON, « The Inherent Jurisdiction of WTO Tribunals: The Select Application of Public International Law Required by the Judicial Function », *Michigan Journ. Int. L.* 31(3), 2010, p. 559-619 ; J. PAUWELYN, « The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go? », *Amer. Journ. Int. Law* 95, 2001, p. 553 ; J. PAUWELYN, *Conflict of Norms in Public International Law – How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge University Press, 2003, p. 46 ; H. RUIZ FABRI, « Le juge de l'OMC : ombres et lumières d'une figure judiciaire singulière », *R.G.D.I.P.*, 2006, p. 40 ; G. SACERDOTI, « Structure et fonction du système de règlement des différends de l'OMC : les enseignements des dix premières années », *R.G.D.I.P.*, 2006, p. 769-800, spéc. 782 ; T.J. SCHOENBAUM, « WTO Dispute Settlement: Praise and Suggestions for Reform », *I.C.L.Q.* 47(3), 1998, p. 648 ; J.H.H. WEILER, « The Rule of Lawyers and the Ethos of Diplomats – Reflections on the Internal and External Legitimacy of WTO Dispute Settlement », *J.W.T.* 35(2), 2001, p. 201. *Contra* : D. CARREAU et P. JUILLARD, *Droit économique international*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 2010, p. 96 et s. ; C. SANTULLI, « Qu'est-ce qu'une juridiction internationale ? Des organes répressifs internationaux à l'O.R.D. », *A.F.D.I.*, 2000, p. 58-81.

¹⁸⁹⁶ H. LESAFFRE examine quant à lui l'autorité de chose jugée comme un aspect du critère matériel (*Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 336).

¹⁸⁹⁷ Organe d'appel, *Rapport annuel pour 2009*, WT/AB/13, 17 février 2010, respectivement p. 1, 18 et 59.

¹⁸⁹⁸ *États-Unis – Maintien de la suspension (appel)*, 340.

¹⁸⁹⁹ *États-Unis – Maintien de la suspension (appel)*, 352.

¹⁹⁰⁰ V. les interventions de la Bolivie : notamment Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 1^{er} septembre 2006, WT/DSB/M/219, 6 octobre 2006, n° 9, p. 5 ; Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 19 décembre 2006, WT/DSB/M/224, 9 février 2007, n° 13, p. 5.

¹⁹⁰¹ V. ces termes employés par le Honduras, le Nicaragua et Panama : Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 21 avril 2006, WT/DSB/M/210, 30 mai 2006, n°s 58-60, p. 14-16.

Premièrement, l'objet du règlement des différends est de trancher une contestation naissant de la rencontre de deux prétentions opposées¹⁹⁰². Le plaignant estime que le comportement du défendeur n'est pas conforme aux obligations de ce dernier, qui le conteste. Les contours du litige sont en effet fixés par les allégations des parties. L'Organe d'appel précise que le mandat du groupe spécial, que l'ORD rédige en faisant référence à la demande introduite par le plaignant (art. 6 et 7 MRD), « établit le domaine de compétence du groupe spécial en définissant les allégations précises en cause dans le différend »¹⁹⁰³. « Les groupes spéciaux ne peuvent examiner les allégations juridiques qui débordent le cadre de leur mandat » ni établir « aucune constatation juridique allant au-delà de ce qui lui avait été demandé par les parties »¹⁹⁰⁴. Le groupe spécial doit ainsi limiter ses constatations « à la portée du “désaccord” entre les parties »¹⁹⁰⁵.

En second lieu, le règlement des différends mène à des décisions prises conformément au droit¹⁹⁰⁶. Le Mémoire d'accord exprime l'idée de la conformité au droit en indiquant que la procédure a pour objet de « préserver les droits et les obligations résultant pour les Membres des accords » et que les décisions « ne peuvent pas accroître ou diminuer les droits et obligations énoncés dans les accords » (art. 3.2 MRD). Et de répéter que les questions sont réglées « conformément aux droits et obligations résultant du présent mémorandum d'accord et des accords visés » (art. 3.4 MRD). Ceci détermine aussi, avec une précision certaine, quel droit le juge doit appliquer¹⁹⁰⁷, ce qui n'exclut pas que des questions puissent se poser à la marge, notamment quant à l'usage qu'il peut faire du droit international général ou des traités auxquels sont parties les États en litige.

La jurisprudence est conforme à ces règles. Les groupes spéciaux et surtout l'Organe d'appel conçoivent leur action comme une application des règles de droit, particulièrement celles des

¹⁹⁰² G. SACERDOTI, « Structure et fonction du système de règlement des différends de l'OMC : les enseignements des dix premières années », *R.G.D.I.P.*, 2006, p. 781-782.

¹⁹⁰³ Organe d'appel, *Brésil – Mesures visant la noix de coco déséchée*, WT/DS22/AB/R, 21 février 1997, p. 24.

¹⁹⁰⁴ Organe d'appel, *Communautés européennes – Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*, WT/DS26/AB/R et WT/DS48/AB/R, 16 janvier 1998, 156.

¹⁹⁰⁵ Groupe spécial, *Canada – Mesures visant l'exportation des aéronefs civils*, Recours du Brésil à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS70/RW, 9 mai 2000, 5.48.

¹⁹⁰⁶ H. LESAFFRE, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 366 et les références citées ; G. SACERDOTI, « Structure et fonction du système de règlement des différends de l'OMC : les enseignements des dix premières années », *R.G.D.I.P.*, 2006, p. 770-772, 781.

¹⁹⁰⁷ Sur les problèmes que ceci pose dans d'autres domaines du droit international, H. ASCENSIO, « La notion de juridiction internationale en question », in *La juridictionnalisation du droit international*, Paris, Pedone, 2003, p. 188-192.

Accords visés. Ils statuent conformément aux règles en vigueur (*lex lata*), laissant aux États membres le soin d'apprécier l'opportunité des règles et, éventuellement, de les modifier :

« Conformément à l'article 3:2 du Mémoire d'accord, le rôle des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel dans le système de règlement des différends de l'OMC est "de préserver les droits et les obligations résultant pour les Membres des accords visés, et de *clarifier les dispositions existantes* de ces accords conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public". (pas d'italique dans l'original) Déterminer ce que devraient être les règles et procédures du Mémoire d'accord ne relève pas de notre responsabilité ni de celle des groupes spéciaux ; cela relève clairement de la seule responsabilité des Membres de l'OMC. »¹⁹⁰⁸

C'est en interprétant et en appliquant correctement les Accords visés qu'est rendue une décision qui, conformément à l'article 3.2 MRD, n'accroît ni ne diminue les droits et obligations des États.

« il nous est difficile d'imaginer les circonstances dans lesquelles un groupe spécial pourrait accroître les droits et obligations d'un Membre de l'OMC si ses conclusions traduisent une interprétation et une application correctes des dispositions des accords visés. »¹⁹⁰⁹

L'interprétation se fait en application des critères fixés par le droit international général (art. 3.2 MRD), c'est-à-dire en pratique ceux des articles 31 et 32 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités¹⁹¹⁰.

Troisièmement, les décisions de l'ORD sont juridiquement obligatoires pour les États parties au différend (*supra*, n. 103 et 104), même en l'absence d'indication explicite dans le Mémoire d'accord. C'est là l'effet de l'adoption par l'ORD des rapports des groupes spéciaux ou de l'Organe d'appel (art. 16 et 17.14 MRD), dans la continuité d'ailleurs avec les règles du GATT, en vigueur précédemment. L'Organe d'appel l'a confirmé dès son rapport *Japon – Boissons alcooliques II*. En précisant la portée des rapports adoptés à l'époque du GATT, l'Organe d'appel indique qu'il

« était généralement admis, dans le cadre du GATT de 1947, que les conclusions et les recommandations figurant dans le rapport d'un groupe spécial adopté liaient les parties au différend »¹⁹¹¹.

L'Accord de Marrakech n'a pas modifié cette règle.

¹⁹⁰⁸ Organe d'appel, *États-Unis – Certains produits en provenance des Communautés européennes*, WT/DS165/AB/R, 11 décembre 2000, 92.

¹⁹⁰⁹ Organe d'appel, *Chili – Taxes sur les boissons alcooliques*, WT/DS87AB/R, WT/DS110/AB/R, 13 décembre 1999, 79.

¹⁹¹⁰ Organe d'appel, *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, WT/DS2/AB/R, 29 avril 1996, p. 17. Sur les règles d'interprétation qu'utilisent les groupes spéciaux et l'Organe d'appel, v. les références citées *supra*, n. 1712.

¹⁹¹¹ Organe d'appel, *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, 4 octobre 1996, p. 15-16.

Les rapports adoptés n'ont qu'une force obligatoire relative, qui se limite aux parties au différend¹⁹¹². Ils ne constituent pas une interprétation authentique de l'Accord (qui relève d'ailleurs de la compétence du conseil général) et ils ne lient pas les groupes spéciaux ni l'Organe d'appel statuant dans le cadre d'un autre différend¹⁹¹³.

Le caractère judiciaire de la fonction du groupe spécial est d'ailleurs explicitement affirmé. À l'allégation d'une partie qui reprochait au groupe spécial d'avoir

« délégué au FMI la tâche de procéder à une évaluation objective de la question, qui lui incombait, et [d'avoir] donc agi de façon incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends »¹⁹¹⁴,

l'Organe d'appel répond que le groupe spécial n'a pas délégué sa « fonction judiciaire qui consiste à procéder à une évaluation objective de la question »¹⁹¹⁵.

Les rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel se présentent toutefois différemment des décisions judiciaires classiques, en ce que leur dispositif ne contient aucune « condamnation », mais seulement un renvoi aux dispositions de l'Accord. Ainsi, il est simplement demandé au défendeur de se mettre en conformité avec ses obligations. On peut alors se demander si le rapport crée une obligation distincte de celle qui résulte du traité. La Cour de justice européenne, par exemple, le met en doute dans son argumentation au sujet de l'invocation des décisions de l'ORD dans les litiges qui lui sont soumis (même si elle prend le soin de limiter la portée de cette affirmation à la question de l'invocabilité) :

« Une décision de l'ORD, qui n'a d'autre objet que de se prononcer sur la conformité du comportement d'un membre de l'OMC avec les obligations contractées dans ce cadre par ce membre, ne saurait en principe être fondamentalement distinguée des règles matérielles traduisant de telles obligations et au regard desquelles opère un tel contrôle, à tout le moins lorsqu'il s'agit de déterminer si une méconnaissance desdites règles ou décision peut ou non être invoquée devant le juge communautaire aux fins de contrôler la légalité du comportement des institutions communautaires »¹⁹¹⁶.

¹⁹¹² H. RUIZ FABRI, « La juridictionnalisation du règlement des litiges économiques entre États », *Rev. arb.*, 2003, p. 929-932.

¹⁹¹³ H. LESAFFRE, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 398-402.

¹⁹¹⁴ Organe d'appel, *Inde – Restrictions quantitatives à l'importation de produits agricoles, textiles et industriels*, WT/DS90/AB/R, 23 août 1999, 146.

¹⁹¹⁵ Organe d'appel, *Inde – Restrictions quantitatives à l'importation de produits agricoles, textiles et industriels*, WT/DS90/AB/R, 23 août 1999, 149.

¹⁹¹⁶ C.J.C.E., 9 septembre 2008, *FIAMM e.a. c. Conseil e.a.*, C-120/06 et C-121/06, *Rec.*, 2008, p. I-6513, 128. Aussi C.J.U.E., 10 novembre 2011, *X c. Inspecteur van de Belastingdienst/Y*, C-319/10 et C-320/10, 37. Précédemment, T.P.I.C.E., 11 janvier 2002, *Biret International c. Conseil*, T-174/00, *Rec.*, p. II-17, 67.

Toutefois, nonobstant son libellé, la décision de l'ORD modifie l'ordonnancement juridique : elle constate l'épuisement du droit d'action (*infra*, n° 375), elle oblige le défendeur à modifier ses règles ou ses pratiques dans le délai raisonnable, et elle forme l'une des conditions préalables à la suspension d'obligations par le plaignant.

C. Santulli avance que, même si le mécanisme de règlement des différends présente les trois critères de la juridiction, il n'en constituerait cependant pas une car il manquerait le lien fonctionnel indispensable entre ces éléments. Ainsi, la décision viserait à trouver une solution satisfaisante et non à trancher la contestation, la fonction du mécanisme ne serait pas d'appliquer le droit, mais de maintenir l'équilibre des concessions, et l'application du droit aurait pour objectif de clarifier les dispositions des Accords plutôt que de trancher le différend¹⁹¹⁷. Cette argumentation ne fait droit ni à la jurisprudence, ni à la pratique de l'Organisation, ni à la manière dont les acteurs comprennent le système. La réalité du règlement des différends, c'est bien l'examen de prétentions juridiques opposées de deux ou plusieurs États, et la conduite d'une procédure qui aboutit inéluctablement à une décision obligatoire déclarant la prétention d'une des parties conforme au droit. Qu'en outre, ceci permette de clarifier les dispositions de l'Accord, et que le respect des règles ait pour effet de maintenir un équilibre convenu, lequel comprend nécessairement les « avantages » que chaque État a négociés à son profit, ne modifie pas la fonction du mécanisme. De ce point de vue, les juridictions de l'OMC ne sont guère différentes d'autres juridictions nationales ou internationales. Dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle, tout tribunal de commerce maintient ou rétablit un équilibre économique entre les parties, et clarifie parfois le droit existant.

372. La procédure

Envisagé dans sa globalité, le mécanisme de règlement des différends satisfait aux critères d'une procédure juridictionnelle¹⁹¹⁸. Les prérogatives reconnues, dans ce cadre, aux groupes spéciaux et à l'Organe d'appel font partie des « pouvoirs inhérents » à la fonction juridictionnelle¹⁹¹⁹.

Les groupes spéciaux et l'Organe d'appel examinent leur propre compétence¹⁹²⁰. Ainsi, sans vraiment s'expliquer sur ce point, qui n'était d'ailleurs pas réellement contesté, un groupe

¹⁹¹⁷ C. SANTULLI, « Qu'est-ce qu'une juridiction internationale ? Des organes répressifs internationaux à l'O.R.D. », *A.F.D.I.*, 2000, p. 79-81.

¹⁹¹⁸ V. H. LESAFFRE, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, L.G.D.J., 2007, spéc. p. 355-366 ; H. RUIZ FABRI, « Le règlement des différends au sein de l'OMC : naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit », in Ch. LEBEN, E. LOQUIN et M. SALEM, *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle – Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Dijon, Litec, 2000, p. 314-318.

¹⁹¹⁹ A.D. MITCHELL, « The Legal Basis for Using Principles in WTO Disputes », *J.I.E.L.* 10(4), 2007, p. 829 et s.

spécial a considéré qu'il possédait la « compétence de la compétence », mais il semble plutôt viser une question de requalification juridique de la demande ou de détermination de la base légale de sa décision¹⁹²¹. Dans une note de bas de page de son rapport au sujet de ce différend, l'Organe d'appel fait la remarque suivante :

« Nous notons qu'il existe une règle largement admise voulant qu'un tribunal international soit habilité à examiner de sa propre initiative la question de sa propre compétence et à établir qu'il a compétence pour une affaire qui lui est soumise. »¹⁹²² (suivent plusieurs références jurisprudentielles et doctrinales en droit international)

Implicitement, l'Organe d'appel montre ainsi qu'il considère le groupe spécial comme un « tribunal international » ce qui justifie qu'il lui en reconnaisse un des attributs. Ces constatations s'appliquent *a fortiori* à l'Organe d'appel lui-même.

Ceci devient tout à fait clair lorsque l'Organe d'appel insère la compétence de la compétence dans une théorie plus large des pouvoirs inhérents des juridictions¹⁹²³ :

« Nous convenons avec le Mexique que les groupes spéciaux de l'OMC ont certains pouvoirs qui sont inhérents à leur fonction juridictionnelle. Notamment, les groupes spéciaux ont le droit de déterminer s'ils sont compétents dans une affaire donnée, ainsi que de déterminer le champ de leur compétence. »¹⁹²⁴

Contrairement aux autres juridictions internationales, il n'est pas nécessaire de vérifier le consentement des États, qui découle directement du Mémoire d'accord. Par contre, il faut parfois s'interroger sur l'étendue du mandat du groupe spécial, car il délimite les questions qu'il est chargé de trancher¹⁹²⁵.

¹⁹²⁰ A.D. MITCHELL, « The Legal Basis for Using Principles in WTO Disputes », *J.I.E.L.* 10(4), 2007, p. 830 ; A.D. MITCHELL et D. HEATON, « The Inherent Jurisdiction of WTO Tribunals: The Select Application of Public International Law Required by the Judicial Function », *Michigan Journ. Int. L.* 31(3), 2010, p. 566-568, 578-580.

¹⁹²¹ Groupe spécial, *États-Unis – Loi antidumping de 1916 (plainte des CE)*, WT/DS136/R, 31 mars 2000, 6.72. V. aussi Groupe spécial, *États-Unis – Loi antidumping de 1916 (plainte du Japon)*, WT/DS162/R, 29 mai 2000, 6.71.

¹⁹²² Organe d'appel, *États-Unis – Loi antidumping de 1916*, WT/DS136/AB/R et WT/DS162/AB/R, 28 août 2000, 54, note 30.

¹⁹²³ Sur les différents pouvoirs qu'on peut tirer de ce principe, v. A.D. MITCHELL, *Legal Principles in WTO Disputes*, Cambridge University Press, 2008, p. 97-103.

¹⁹²⁴ Organe d'appel, *Mexique – Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool et les autres boissons*, WT/DS308/AB/R, 6 mars 2006, 45.

¹⁹²⁵ Organe d'appel, *Brésil – Mesures visant la noix de coco desséchée*, WT/DS22/AB/R, 21 février 1997, p. 23 ; H. LESAFFRE, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 348-354.

Les principes procéduraux habituels sont reconnus¹⁹²⁶ : examen contradictoire et respect des droits de la défense¹⁹²⁷, « régularité de la procédure » (*due process*)¹⁹²⁸, répartition de la charge de la preuve¹⁹²⁹ – nécessaire dans tout « système de règlement judiciaire »¹⁹³⁰ –, obligation de motiver les décisions (art. 12.7 MRD), obligation de traiter l'affaire dans des délais raisonnables¹⁹³¹, possibilité pour les parties de se faire assister de conseils juridiques¹⁹³². Sans en constituer un élément nécessaire, l'existence d'une procédure d'appel est aussi typique des mécanismes juridictionnels¹⁹³³.

¹⁹²⁶ H. RUIZ FABRI, « Le juge de l'OMC : ombres et lumières d'une figure judiciaire singulière », *R.G.D.I.P.*, 2006, p. 48.

¹⁹²⁷ Art. 19 des *Procédures de travail pour l'examen en appel*, WT/AB/WP/6, 16 août 2010 ; Organe d'appel, *Australie – Mesures visant l'importation de saumons*, WT/DS18/AB/R, 20 octobre 1998, 272 et 278 ; Organe d'appel, *États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris*, WT/DS285/AB/R, 7 avril 2005, 268-276 et les références jurisprudentielles citées ; M.-A. FRISON-ROCHE, « Le principe du contradictoire et les droits de la défense devant l'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce », in H. RUIZ FABRI et J.-M. SOREL (dir.), *Le principe du contradictoire devant les juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2004, p. 125-148 ; G. SACERDOTI, « Structure et fonction du système de règlement des différends de l'OMC : les enseignements des dix premières années », *R.G.D.I.P.*, 2006, p. 780.

¹⁹²⁸ Organe d'appel, *Chili – Système de fourchettes de prix et mesures de sauvegarde appliqués à certains produits agricoles*, WT/DS207/AB/R, 23 septembre 2002, 176 ; Organe d'appel, *États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris*, WT/DS285/AB/R, 7 avril 2005, 273 ; *États-Unis – Maintien de la suspension (appel)*, 433 et s. ; W. ABDELGAWAD, C. JOURDAIN-FORTIER et I. MOINE-DUPUIS, « Chronique commentée du règlement des différends de l'OMC (début juillet 2008 à début juillet 2009) », *R.I.D.E.*, 2009, p. 473-475 ; A.D. MITCHELL et D. HEATON, « The Inherent Jurisdiction of WTO Tribunals: The Select Application of Public International Law Required by the Judicial Function », *Michigan Journ. Int. L.* 31(3), 2010, p. 589-595 ; A.D. MITCHELL, *Legal Principles in WTO Disputes*, Cambridge University Press, 2008, p. 145-176.

¹⁹²⁹ J.J. BARCELO III, « Burden of Proof, Prima Facie Case and Presumption in WTO Dispute Settlement », *Cornell Int. L. Journ.* 42, 2009, p. 23-43 ; M.T. GRANDO, *Evidence, Proof, and Fact-Finding in WTO Dispute Settlement*, Oxford University Press, 2009, 410 p. ; J. NGAMBI, *La preuve dans le règlement des différends de l'Organisation Mondiale du Commerce*, Bruxelles, Bruylant, 2010, 597 p. ; M.J. ANDRIANARIVONY, « L'organe d'appel de l'O.M.C. : une institution originale investie d'une mission constitutionnelle et normative (ou de la structuration d'un droit international de la concurrence) », *R.B.D.I.*, 2000, p. 290-292 ; A.D. MITCHELL et D. HEATON, « The Inherent Jurisdiction of WTO Tribunals: The Select Application of Public International Law Required by the Judicial Function », *Michigan Journ. Int. L.* 31(3), 2010, p. 582-583 ; D. UNTERHALTER, « Allocating the Burden of Proof in WTO Dispute Settlement Proceedings », *Cornell Int. L. Journ.* 42, 2009, p. 209-221.

¹⁹³⁰ Organe d'appel, *États-Unis – Mesure affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés en provenance d'Inde*, WT/DS33/AB/R, 25 avril 1997, p. 14

¹⁹³¹ V. p. ex. art. 4.3, 8.7, 12.8, 16.4, 17.5, 17.14 et 20 MRD.

¹⁹³² Organe d'appel, *CE – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, WT/DS27/AB/R, 9 septembre 1997, 5-12. M.-A. Frison-Roche qualifie la possibilité de faire appel à un avocat de « la plus sûre garantie d'une juridictionnalisation de l'ensemble » (« Le principe du contradictoire et les droits de la défense devant l'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce », in H. RUIZ FABRI et J.-M. SOREL (dir.), *Le principe du contradictoire devant les juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2004, p. 141).

¹⁹³³ M.J. ANDRIANARIVONY, « L'organe d'appel de l'O.M.C. : une institution originale investie d'une mission constitutionnelle et normative (ou de la structuration d'un droit international de la concurrence) »,

La publicité des débats n'est toutefois pas assurée. On a fait remarquer que la confidentialité ne correspond pas à la nature « quasi judiciaire » du règlement des différends¹⁹³⁴ et qu'elle est « le reste le plus clair de l'approche diplomatique qui imprégnait le système précédent »¹⁹³⁵. Mais ce reste tombe en ruine : la publicité est permise et, en quelques années, elle s'est muée en pratique, dans un contexte plus large d'ouverture du règlement des différends aux tiers (*supra*, n° 307).

La procédure est plutôt de type accusatoire, étant entendu que la distinction traditionnelle entre les procédures accusatoires et inquisitoires n'est jamais, dans la réalité, aussi nette qu'en théorie¹⁹³⁶. Les groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont toutefois développé certaines pratiques de nature inquisitoire¹⁹³⁷ – notamment le pouvoir discrétionnaire de consulter des experts et de tenir compte de leur avis – et s'autorisent à régler les détails de la procédure en vue de lui assurer une plus grande efficacité.

373. Les organes et le rôle de l'ORD

Dans le cas qui nous occupe, ce critère pose davantage de problèmes. Le pouvoir de décision final confié à l'ORD, organe politique qui ne peut prétendre à l'indépendance ni à l'impartialité, semble en effet éloigner le mécanisme de la juridiction. Il ne s'agit cependant que d'une illusion.

Des garanties d'indépendance et d'impartialité des décideurs réels – les membres des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel – sont prévues par les articles 8, 17.2 et 17.3 du Mémoire d'accord et par les *Procédures de travail pour l'examen en appel*¹⁹³⁸. Ainsi, par exemple, les membres de l'Organe d'appel ont un mandat d'une durée fixe de quatre ans. Ils sont indépendants des administrations des États membres et ne peuvent siéger dans une affaire où se présenterait un conflit d'intérêts. Si on peut souhaiter qu'elles soient encore renforcées, ces

R.B.D.I., 2000, not. p. 277 ; H. LESAFFRE, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 403 ; A.D. MITCHELL, « The Legal Basis for Using Principles in WTO Disputes », *J.I.E.L.* 10(4), 2007, p. 832.

¹⁹³⁴ C.-D. EHLERMANN, « Experiences from the WTO Appellate Body », *Texas Int. L. Journ.* 38, 2003, p. 472 et 478.

¹⁹³⁵ H. RUIZ FABRI, « Le juge de l'OMC : ombres et lumières d'une figure judiciaire singulière », *R.G.D.I.P.*, 2006, p. 45. V. aussi p. 49.

¹⁹³⁶ L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, Paris, P.U.F., 2010, p. 380-385.

¹⁹³⁷ H. LESAFFRE, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 360-366.

¹⁹³⁸ WT/AB/WP/6, 16 août 2010, notamment les articles 2.2, 2.3 et l'annexe 2. V. aussi A.T. GUZMAN, « International Tribunals: A Rational Choice Analysis », *University of Pennsylvania L. R.* 157, 2008, p. 227 ; H. RUIZ FABRI, « Le juge de l'OMC : ombres et lumières d'une figure judiciaire singulière », *R.G.D.I.P.*, 2006, p. 44.

garanties sont d'un niveau suffisant pour que la qualité de juridiction puisse être reconnue¹⁹³⁹. Ceci vaut aussi pour les groupes spéciaux. Plusieurs facteurs peuvent réduire l'indépendance concrète des panelistes : leur désignation fait davantage la place à une intervention des parties¹⁹⁴⁰, ils ne disposent pas d'un secrétariat distinct de celui de l'OMC et leur nomination n'a aucune permanence¹⁹⁴¹. Des études quantitatives ou empiriques cependant paraissent confirmer l'indépendance concrète des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel vis-à-vis des membres¹⁹⁴².

Les règles d'indépendance et d'impartialité s'appliquent aussi aux experts consultés par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel¹⁹⁴³.

L'adoption du rapport par l'ORD est donc l'élément principal, sinon unique, avancé à l'encontre d'une analyse (vraiment) juridictionnelle du règlement des différends¹⁹⁴⁴. Les partisans de l'analyse diplomatique ont beau jeu de « diviser » le règlement des différends : le groupe spécial est indépendant et statue conformément au droit, mais sa décision ne serait pas obligatoire, et l'ORD prend une décision obligatoire, mais il serait un organe politique¹⁹⁴⁵.

¹⁹³⁹ Not. G. SACERDOTI, « Structure et fonction du système de règlement des différends de l'OMC : les enseignements des dix premières années », *R.G.D.I.P.*, 2006, p. 779 ; S. CHARNOVITZ, « Judicial Independence in the World Trade Organization », in L. BOISSON DE CHAZOURNES, C. ROMANO & R. MACKENZIE (eds), *International Organizations and International Dispute Settlement: Trends and Prospects*, Transnational Publishers, 2002, p. 227-230. *Contra* : B. MARCHETTI, « The WTO Dispute Settlement System: Administration, Court, or Tertium Genus? », *Suffolk Transnational L. R.* 32(3), 2009, p. 591-592.

¹⁹⁴⁰ Pour un examen plus détaillé, avec des indications sur les propositions d'améliorations, v. H. LESAFFRE, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 337-342.

¹⁹⁴¹ C.-D. EHLERMANN, « Experiences from the WTO Appellate Body », *Texas Int. L. Journ.* 38, 2003, p. 472-473.

¹⁹⁴² J. MATON et C. MATON, « Independence Under Fire: Extra-legal Pressures and Coalition Building in WTO Dispute Settlement », *J.I.E.L.* 10(2), 2007, p. 317-334.

¹⁹⁴³ *États-Unis – Maintien de la suspension (appel)*, 436.

¹⁹⁴⁴ Partisans de cette ligne d'argumentation : L.N.C. BRANT, *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, Paris, L.G.D.J., 2003, p. 352-355 ; C.-D. EHLERMANN, « Experiences from the WTO Appellate Body », *Texas Int. L. Journ.* 38, 2003, p. 478-480, pour qui l'adoption des rapports justifie le caractère *quasi* judiciaire du mécanisme, eu égard en particulier à la possibilité, non théorique selon cet auteur, qu'un rapport soit rejeté *partiellement* ; C.L. LIM, « The Amicus Brief Issue at the WTO », *Chinese Journ. Int. L.* 4(1), 2005, p. 103-104.

¹⁹⁴⁵ Pour un exemple de ce type d'argument, v. D. CARREAU et P. JUILLARD, *Droit économique international*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 2010, p. 96-105. Procède de la même division artificielle l'idée défendue par H. Ruiz Fabri selon laquelle l'intervention de l'ORD comme organe politique empêcherait de reconnaître à la décision l'autorité de la chose jugée (« Le règlement des différends au sein de l'OMC : naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit », in Ch. LEBEN, E. LOQUIN et M. SALEM, *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle – Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Dijon, Litec, 2000, p. 311 ; l'auteur estime toutefois que l'autorité de la chose jugée n'est pas un critère essentiel de la juridiction et défend globalement l'analyse juridictionnelle).

L'intervention de l'ORD pour l'adoption des rapports, qu'on a qualifiée de « validation notariale »¹⁹⁴⁶, doit être considérée comme un vestige de l'histoire, qui ne garde aujourd'hui qu'une signification purement formelle¹⁹⁴⁷. La réalité révèle au contraire que le processus de règlement des différends aboutit à une décision prise au terme d'une procédure organisée, par un organe indépendant statuant en droit, et que cette décision est obligatoire pour les parties¹⁹⁴⁸. À supposer qu'il agisse en tant qu'organe politique¹⁹⁴⁹, l'ORD n'a pas d'impact déterminant sur l'issue du différend ; son rôle n'est pas de trancher¹⁹⁵⁰, à moins que les parties ne s'accordent pour renoncer à la procédure juridictionnelle en décidant de porter le litige dans le champ politique, ce qu'elles peuvent faire tant pendant la procédure qu'à son terme. En principe, outre l'accord des parties, le refus d'adopter un rapport de groupe spécial ou de l'Organe d'appel nécessite un consensus au sein de l'ORD¹⁹⁵¹ ; mais on aboutit au même résultat

¹⁹⁴⁶ G. SACERDOTI, « Structure et fonction du système de règlement des différends de l'OMC : les enseignements des dix premières années », *R.G.D.I.P.*, 2006, p. 774. Dans le même sens, J. PAUWELYN, *Conflict of Norms in Public International Law – How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge University Press, 2003, p. 46 (« rubber-stamping »).

¹⁹⁴⁷ V. P. LAMY, « The Place of the WTO and its Law in the International Legal Order », *E.J.I.L.* 17(5), 2006, p. 977 : « the political control that the DSB is able to exercise remains largely theoretical » ; A.D. MITCHELL, « The Legal Basis for Using Principles in WTO Disputes », *J.I.E.L.* 10(4), 2007, p. 829 : « the adoption of reports [is] essentially automatic ».

¹⁹⁴⁸ Dans le même sens, H. RUIZ FABRI, « Le règlement des différends au sein de l'OMC : naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit », in Ch. LEBEN, E. LOQUIN et M. SALEM, *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle – Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Dijon, Litec, 2000, p. 311 et s. Certains auteurs indiquent, en raccourci, que les décisions de l'Organe d'appel sont obligatoires (A.T. GUZMAN, « International Tribunals: A Rational Choice Analysis », *University of Pennsylvania L. R.* 157, 2008, p. 225). *Contra* : B. MARCHETTI, « The WTO Dispute Settlement System: Administration, Court, or Tertium Genus? », *Suffolk Transnational L. R.* 32(3), 2009, p. 592 et s., qui conclut à l'absence de juridiction malgré une analyse globale des différentes caractéristiques du mécanisme.

¹⁹⁴⁹ Pour J. Pauwelyn, l'ORD, lorsqu'il adopte le rapport d'un groupe spécial ou de l'Organe d'appel, agit comme organe judiciaire de l'OMC, et non comme organe politique (*Conflict of Norms in Public International Law – How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge University Press, 2003, p. 46).

¹⁹⁵⁰ S. CHARNOVITZ, « Judicial Independence in the World Trade Organization », in L. BOISSON DE CHAZOURNES, C. ROMANO & R. MACKENZIE (eds), *International Organizations and International Dispute Settlement: Trends and Prospects*, Transnational Publishers, 2002, p. 226 (relevant que « despite being formally subordinate to the DSB, the panels and Appellate Body do in fact have authority to adjudicate ») ; H. LESAFFRE, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 337 ; M.-A. FRISON-ROCHE, « Le principe du contradictoire et les droits de la défense devant l'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce », in H. RUIZ FABRI et J.-M. SOREL (dir.), *Le principe du contradictoire devant les juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2004, p. 129.

¹⁹⁵¹ G. SACERDOTI, « Structure et fonction du système de règlement des différends de l'OMC : les enseignements des dix premières années », *R.G.D.I.P.*, 2006, p. 785, 787.

si aucune partie à la procédure ne demande que l'adoption du rapport soit inscrite à l'ordre du jour de la réunion de l'ORD¹⁹⁵².

La pratique montre que les rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel sont toujours adoptés. Il y eut certes la « malheureuse expérience »¹⁹⁵³ de l'« autoprogramme » introduit par les Communautés européennes dans l'affaire *Bananes III* (*supra*, n° 73). Pour rappel, les Communautés, qui étaient au départ défenderesses, avaient demandé et obtenu l'établissement d'un groupe spécial de la mise en conformité, pour faire confirmer multilatéralement que leurs nouvelles règles d'importation des bananes réalisaient la mise en conformité. Les parties défenderesses (plaignants originaires) ont refusé de participer à la procédure, l'Équateur ayant, de son côté, demandé l'établissement d'un groupe spécial pour faire constater que les Communautés européennes ne s'étaient *pas* mises en conformité. Le groupe spécial a estimé ne pas pouvoir formuler de recommandation, car la demande des Communautés européennes – qui n'avait pas été développée dans des mémoires à défaut de parties adverses – n'était pas assez substantifiée :

« nous notons que, dans la présente procédure, les Communautés européennes intègrent dans leur communication écrite un seul paragraphe (paragraphe 2.15) récapitulant les aspects de leur régime antérieur d'importation des bananes qu'elles ont modifiés afin de se conformer aux recommandations et décisions de l'ORD. Nous ne croyons pas qu'une constatation de compatibilité avec les règles de l'OMC puisse être établie sur la base de la communication présentée par les Communautés européennes en l'espèce, en raison d'une analyse insuffisante de la façon dont les incompatibilités avec les règles de l'OMC constatées auparavant ont été supprimées d'une manière compatible avec les règles de l'OMC. »¹⁹⁵⁴

Par ailleurs, le groupe spécial établi à la demande de l'Équateur et l'arbitre des sanctions, tous les deux composés des mêmes personnes que le groupe spécial demandé par les Communautés européennes, ont constaté l'absence de mise en conformité¹⁹⁵⁵. Bref, il s'agissait au mieux d'un « coup dans l'eau », et personne n'avait intérêt à adopter ce rapport, de sorte que son adoption

¹⁹⁵² G. SACERDOTI, « Structure et fonction du système de règlement des différends de l'OMC : les enseignements des dix premières années », *R.G.D.I.P.*, 2006, p. 787, n. 23.

¹⁹⁵³ H. RUIZ FABRI et P. MONNIER, « Organisation mondiale du commerce. Chronique du règlement des différends 2008-2009 », *J.D.I.*, 2009, p. 925.

¹⁹⁵⁴ Groupe spécial, *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, Recours des Communautés européennes à l'article 21:5, WT/DS27/RW/EEC, 12 avril 1999, 4.14.

¹⁹⁵⁵ V. CE – *Bananes III* (États-Unis) (article 22:6 – CE) et Groupe spécial, *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, Recours de l'Équateur à l'article 21:5, WT/DS27/RW/ECU, 12 avril 1999.

n'a jamais été mise à l'ordre du jour d'une réunion de l'ORD, et qu'il n'a donc jamais été adopté¹⁹⁵⁶. Il s'agit à tous égards d'un cas pathologique, d'une exception qui confirme la règle.

En d'autres termes, sauf accord des parties, il n'y a dans la procédure aucune « rupture » de la conformité aux règles de droit. Pour reprendre la distinction proposée par Duguit (*supra*, n° 347), la constatation n'émane pas du même organe que la décision. Mais il existe néanmoins un lien nécessaire entre la constatation et la décision :

« ce qui fait son caractère spécifique [de l'action juridictionnelle], c'est l'union indissoluble et logique qui existe entre la solution donnée à la question de droit (c'est-à-dire la constatation) et la décision qui s'y rattache »¹⁹⁵⁷.

La situation n'est pas éloignée de celle du droit privé interne, où les parties peuvent toujours opter pour une solution négociée à leur différend, en cours de procédure ou à la suite de la décision du juge. Que la formule exécutoire des jugements soit apposée au nom du Roi, donc du pouvoir politique exécutif, n'énervé en rien l'indépendance du pouvoir judiciaire, puisque cette formalité – nécessaire pour faire exécuter le jugement – n'implique aucun pouvoir de décision¹⁹⁵⁸.

Une comparaison dans le domaine du droit économique international permet de conforter l'idée que le mécanisme de règlement des différends de l'OMC est juridictionnel. Institué en 1993¹⁹⁵⁹, le Panel d'inspection est chargé de recevoir les plaintes de personnes négativement affectées par un projet financé par la Banque mondiale, et qui serait mené en violation des règles et procédures de la Banque. Le Panel est composé de trois personnalités indépendantes de la Banque, auxquelles s'appliquent également des règles d'incompatibilité. Après un premier examen, le Panel peut recommander la tenue d'une enquête. Cette recommandation est en principe adoptée par les Administrateurs de la Banque. Le Panel conduit alors l'enquête et soumet ses conclusions à l'attention des Administrateurs¹⁹⁶⁰. Les différents actes sont publiés. Ce mécanisme présente plusieurs caractéristiques de la juridiction : l'indépendance des

¹⁹⁵⁶ V. http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/ds27_f.htm (2 mai 2011).

¹⁹⁵⁷ H. VIZIOZ, *Études de procédure*, Bordeaux, Bière, 1956, p. 87, qui cite le *Traité de droit constitutionnel* de Duguit.

¹⁹⁵⁸ Art. 40, al., 2, Const., art. 168, al. 2, 3°, 790 et 1386 C. jud. et A.R. du 9 août 1993 modifiant l'arrêté royal du 27 mai 1971 déterminant la formule exécutoire des arrêts, jugements, ordonnances, mandats de justice ou acte comportant l'exécution parée, *M.B.*, 9 août 1993.

¹⁹⁵⁹ Résolutions n° IBRD 93-10 et n° IDA 93-6 du 22 septembre 1993 sur le Panel d'inspection de la Banque mondiale (www.worldbank.org/inspectionpanel).

¹⁹⁶⁰ Pour plus de détails sur l'organisation de la procédure, v. art. 12 et s. des résolutions précitées, tels que précisés dans le Règlement du Panel du 19 août 1994, et E.R. CARRASCO et A.K. GUERNSEY, « The World Bank's Inspection Panel: Promoting True Accountability Through Arbitration », *Cornell Int. L. Journ.* 41(3), 2008, p. 583-594.

membres du Panel (quoiqu'elle soit imparfaite¹⁹⁶¹), une procédure organisée et contradictoire (dont on relève aussi certaines imperfections¹⁹⁶²), une appréciation de la situation au regard de règles. Toutefois, même envisagé dans sa globalité, le processus ne mène pas à une décision qui soit à la fois obligatoire et prise conformément au droit. Le rapport du Panel est tout au plus une simple recommandation : il donne un avis sur le respect par la Banque de ses règles et procédures, mais n'a pas le pouvoir de remédier à la situation¹⁹⁶³. Quant à la décision des Administrateurs, elle peut être basée, en tout ou en partie, sur de nombreux éléments qui relèvent de l'appréciation politique. Ceci diffère fondamentalement du mécanisme de l'OMC, dans lequel les appréciations politiques ne peuvent, sauf accord des parties, influencer sur le déroulement de la procédure ni sur le caractère obligatoire de la décision. L'absence de caractère juridictionnel du Panel d'inspection est d'ailleurs confirmée, implicitement, par la proposition de certains auteurs de remédier à ses défauts en le remplaçant par un arbitrage¹⁹⁶⁴.

374. Autorité de la chose jugée dans le Mémorandum d'accord

En vain cherchera-t-on dans le texte du Mémorandum d'accord une affirmation similaire à celle de l'article 24 du Code judiciaire. L'absence d'une disposition explicite ne suffit cependant pas à priver les décisions de l'autorité de la chose jugée, ainsi qu'on le reconnaît par exemple dans le cas de la Cour internationale de justice (*supra*, n° 352). Il faut d'ailleurs se garder de vouloir trouver dans le système juridique de l'OMC, marqué par les influences anglo-américaines¹⁹⁶⁵ et dont le statut international lui vaut de toute manière une certaine originalité, des concepts absolument identiques à ceux que connaissent les ordres juridiques de tradition française. Ceci explique que certaines dispositions paraissent, à première vue, affirmer plutôt le caractère obligatoire des décisions que l'autorité de la chose jugée qui s'y attache.

Néanmoins, le Mémorandum d'accord contient l'idée que les décisions rendues dans le cadre du règlement des différends ne peuvent être remises en cause. Ainsi, l'article 17.14 MRD prévoit

¹⁹⁶¹ E.R. CARRASCO et A.K. GUERNSEY, « The World Bank's Inspection Panel: Promoting True Accountability Through Arbitration », *Cornell Int. L. Journ.* 41(3), 2008, p. 600-601.

¹⁹⁶² E.R. CARRASCO et A.K. GUERNSEY, « The World Bank's Inspection Panel: Promoting True Accountability Through Arbitration », *Cornell Int. L. Journ.* 41(3), 2008, p. 601-602.

¹⁹⁶³ E.R. CARRASCO et A.K. GUERNSEY, « The World Bank's Inspection Panel: Promoting True Accountability Through Arbitration », *Cornell Int. L. Journ.* 41(3), 2008, p. 595-597.

¹⁹⁶⁴ E.R. CARRASCO et A.K. GUERNSEY, « The World Bank's Inspection Panel: Promoting True Accountability Through Arbitration », *Cornell Int. L. Journ.* 41(3), 2008, p. 618-627.

¹⁹⁶⁵ Pour une présentation de l'autorité de la chose jugée en droit américain, v. J.H. FRIEDENTHAL, M.K. KANE et A.R. MILLER, *Civil Procedure*, St Paul, West Publishing, 1985, p. 606-696. Même si les concepts et les techniques ne sont pas identiques, les règles américaines sont fondées sur des préoccupations similaires et mènent, dans la pratique, à des résultats semblables.

« Un rapport de l'Organe d'appel sera adopté par l'ORD et accepté sans condition par les parties au différend, à moins que l'ORD ne décide par consensus de ne pas adopter le rapport de l'Organe d'appel [...] ».

Le rapport de l'Organe d'appel ne devient obligatoire pour les parties au différend qu'à la suite de son adoption par l'ORD. S'il s'agit seulement de la force obligatoire de la décision, il n'est pas utile d'ajouter que les parties doivent en outre l'« accepter sans condition ». On peut voir là une de ces exhortations politiques destinées à apaiser les tensions – le Mémoire d'accord en contient plusieurs –, mais aussi une véritable règle juridique, interdisant aux États de contester à nouveau ce qui est décidé au terme du processus juridictionnel.

Le Mémoire d'accord précise aussi au sujet des arbitrages :

« Les parties accepteront comme définitive la décision de l'arbitre et les parties concernées ne demanderont pas un second arbitrage. » (art. 22.7 MRD)

« Les parties à la procédure conviendront de se conformer à la décision arbitrale. » (art. 25.3 MRD)

Un objet de ces dispositions est, certes, d'exclure l'appel contre les décisions arbitrales. Mais elles mettent aussi l'accent sur l'acceptation des parties et, dans le cas de l'article 22.7 MRD, sur le caractère définitif de la décision¹⁹⁶⁶.

375. Autorité de la chose jugée dans la jurisprudence

La jurisprudence éclaire et renforce ces indications du Mémoire d'accord.

Le concept de chose jugée n'en est pas absent, même s'il n'apparaît que rarement, et plus souvent dans les arguments des parties que dans le raisonnement du groupe spécial ou de l'Organe d'appel. Par exemple, l'Inde a parlé de chose jugée dans le contexte d'une plainte introduite par les Communautés européennes contre une mesure qui avait auparavant été contestée dans le cadre d'une procédure introduite par les États-Unis et dans laquelle les Communautés intervenaient comme tierce partie. Mais il était immédiatement précisé que la condition d'identité des parties manquait pour invoquer utilement la chose jugée¹⁹⁶⁷.

De même, on n'apprend pas grand-chose en lisant le rapport *Argentine – Droits antidumping sur la viande de volaille*, où l'Argentine indique expressément ne pas invoquer l'autorité de la chose

¹⁹⁶⁶ L. BOISSON DE CHAZOURNES voit dans ces dispositions la marque d'un « effet de la 'chose jugée' » (« L'arbitrage à l'OMC », *Rev. arb.*, 2003, p. 960).

¹⁹⁶⁷ Groupe spécial, *Inde – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, WT/DS9/R, 24 août 1998, 4.2 et Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 25 septembre 1997, WT/DSB/M/37, 4 novembre 1997, p. 9.

jugée en tant que telle¹⁹⁶⁸, même si elle tire des arguments, fondés sur l'*estoppel*, la bonne foi, et l'article 31, al. 3, c) de la Convention de Vienne, de l'existence d'une décision rendue contre la même mesure par un tribunal arbitral statuant dans le cadre du Mercosur. Le Paraguay, tierce partie, se référant aux « principes généraux du droit international public » invoque formellement l'autorité de la chose jugée, dont la décision du Tribunal arbitral était revêtue en vertu de l'article 21 du Protocole de Brasilia¹⁹⁶⁹. Le Brésil oppose à l'argument d'*estoppel* – la même chose aurait valu contre la chose jugée – que le fondement juridique de la demande est forcément différent, puisqu'il s'agissait de deux traités distincts¹⁹⁷⁰. Avec un certain bon sens, mais sans creuser les questions théoriques, le groupe spécial répond

« Nous notons que nous ne sommes même pas tenus de suivre les décisions figurant dans les rapports de groupes spéciaux de l'OMC qui ont été adoptés¹⁹⁷¹, aussi nous ne voyons pas du tout pourquoi nous devrions être liés par les décisions rendues par des organes de règlement des différends qui ne relèvent pas de l'OMC. »¹⁹⁷²

Il ne s'agissait pas, techniquement, d'une réponse à l'argument de chose jugée, mais on peut comprendre que le groupe spécial ne se montre pas très réceptif, en particulier lorsqu'il s'agit d'invoquer une chose jugée sur la base d'un autre traité.

Après avoir indiqué que « le texte du Mémoire d'accord ne traite pas directement de cette question »¹⁹⁷³, le groupe spécial *Inde – Autos* explore les contours d'un éventuel principe de la chose jugée :

« pour que la notion de chose jugée puisse entrer en ligne de compte dans les procédures de règlement des différends de l'OMC, il faudrait, à tout le moins, que la question tranchée précédemment soit essentiellement le [sic] même que celle qui est soumise au groupe spécial

¹⁹⁶⁸ Groupe spécial, *Argentine – Droits antidumping définitifs visant la viande de volaille en provenance du Brésil*, WT/DS241/R, 22 avril 2003, 7.18.

¹⁹⁶⁹ Groupe spécial, *Argentine – Droits antidumping définitifs visant la viande de volaille en provenance du Brésil*, WT/DS241/R, 22 avril 2003, 7.28. Le groupe spécial reproduit, à la note de bas de page 50 de son rapport, le texte de l'article 21 du Protocole de Brasilia : « 1. Les décisions du Tribunal arbitral sont sans appel et obligatoires pour les États parties à un différend à partir de la réception de la notification pertinente et auront pour ces États force de chose jugée. 2. Les décisions devront être appliquées dans un délai de quinze (15) jours, à moins que le Tribunal arbitral ne fixe un autre délai. »

¹⁹⁷⁰ Groupe spécial, *Argentine – Droits antidumping définitifs visant la viande de volaille en provenance du Brésil*, WT/DS241/R, 22 avril 2003, 7.22.

¹⁹⁷¹ [Note de l'original] Voir le rapport de l'Organe d'appel *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques ("Japon – Boissons alcooliques II")*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adopté le 1^{er} novembre 1996, page 17, DSR 1996:I, 125.

¹⁹⁷² Groupe spécial, *Argentine – Droits antidumping définitifs visant la viande de volaille en provenance du Brésil*, WT/DS241/R, 22 avril 2003, 7.41.

¹⁹⁷³ Groupe spécial, *Inde – Mesures concernant le secteur automobile*, WT/DS146/R, WT/DS175/R, 21 décembre 2001, 7.58.

suivant. Cela suppose que les mesures et les allégations y relatives soient les mêmes. Il faut aussi, aux fins du principe de la chose jugée, que les parties soient les mêmes »¹⁹⁷⁴.

En l'espèce, les mesures en cause ne sont cependant pas identiques, ce qui résout la question.

Le groupe spécial prend la peine de préciser qu'il

« ne se prononce pas sur le point de savoir si ce principe pourrait éventuellement s'appliquer au règlement des différends dans le cadre de l'OMC »¹⁹⁷⁵.

Dans l'affaire des *Bananes III*, l'Équateur conteste une mesure prise par les Communautés européennes pour se conformer à une première décision de l'ORD. Devant le groupe spécial de la conformité, les Communautés allèguent que leur mesure est prise conformément à une suggestion incluse dans le rapport du groupe spécial initial, conformément à l'article 19.1 MRD, rapport dont l'Équateur n'a pas relevé appel. Les Communautés soulèvent une exception préliminaire, arguant que la conformité de cette mesure est une chose jugée par le premier groupe spécial. Le groupe spécial rejette l'exception, non seulement parce que l'Équateur conteste que les nouvelles règles européennes soient conformes à la suggestion du groupe spécial¹⁹⁷⁶, mais aussi, plus fondamentalement, parce que

« même s'il existait une présomption de légalité des mesures prises pour mettre en œuvre une suggestion formulée en application de l'article 19:1, le Mémorandum d'accord sur le règlement des différends ne contient aucune disposition qui inciterait à penser que la légalité alléguée de ces mesures ne pourrait pas être réexaminée par un Groupe spécial de la mise en conformité, en vertu de l'article 21:5. »¹⁹⁷⁷

Cette manière de voir contraste avec la décision du groupe spécial de la conformité dans le différend *États-Unis – Jeux*, qui paraît ouvert à la reconnaissance, sur la base de l'article 17.14 MRD, d'une autorité de la chose jugée :

« un rapport de l'Organe d'appel qui a été adopté par l'ORD sera accepté sans condition par les parties au différend, ce qui indique que, dès lors, le rapport est une résolution définitive, dans le contexte de ce différend, des allégations, moyens de défense et questions y figurant qui ont fait l'objet de décisions. La question de savoir si le rapport résout ou non les questions qui font l'objet

¹⁹⁷⁴ Groupe spécial, *Inde – Mesures concernant le secteur automobile*, WT/DS146/R, WT/DS175/R, 21 décembre 2001, 7.66.

¹⁹⁷⁵ Groupe spécial, *Inde – Mesures concernant le secteur automobile*, WT/DS146/R, WT/DS175/R, 21 décembre 2001, 7.103. Pour une analyse de cette décision, H. LESAFFRE, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 407-409.

¹⁹⁷⁶ Groupe spécial, *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes* – Deuxième recours de l'Équateur à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, WT/DS27/RW2/ECU, 7 avril 2008, 7.256.

¹⁹⁷⁷ Groupe spécial, *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes* – Deuxième recours de l'Équateur à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, WT/DS27/RW2/ECU, 7 avril 2008, 7.251.

du différend entre les parties dans tel ou tel autre contexte est une question sur laquelle il n'est pas nécessaire que le Groupe spécial se prononce, et il ne le fait pas. »¹⁹⁷⁸

Le rapport ne constitue une solution définitive que pour les parties au différend, et

« qu'en ce qui concerne le *rapport*, qui en soi est limité aux mesures qui font l'objet du différend et aux allégations, moyens de défense et questions figurant dans le rapport et qui sont visés par des décisions »¹⁹⁷⁹.

On reconnaît là les limitations traditionnellement apportées à l'autorité de la chose jugée, regroupés sous le concept de relativité (parties, objet et cause). Sous cette réserve,

« une réévaluation, dans une procédure de la mise en conformité, d'une question qui a déjà été tranchée dans une procédure initiale dans un rapport adopté, même lorsque le défendeur a employé de meilleurs arguments sans qu'il y ait eu de changement pertinent pour les faits sous-jacents au cours de la période intermédiaire, serait contraire au règlement rapide des différends »¹⁹⁸⁰.

L'institution du groupe spécial de la conformité ne porte pas atteinte à ce principe, car l'objet de la demande qui lui est soumise est différent :

« Un groupe spécial de la mise en conformité ne fait pas une réévaluation de cette même question, mais évalue plutôt la compatibilité avec un accord visé des "mesures prises pour se conformer" (à moins qu'il n'évalue que l'*existence* des "mesures prises pour se conformer"). Cela constitue une enquête distincte et, en conséquence, est compatible avec le caractère définitif du rapport de l'Organe d'appel adopté à la conclusion de la procédure initiale. »¹⁹⁸¹

L'autorité dont est revêtu le rapport s'attache à la décision, indépendamment des questions de preuve, comme l'enseigne la doctrine traditionnelle relative à l'autorité de la chose jugée en droit interne¹⁹⁸². Ainsi, il ne peut être admis qu'une partie (le plaignant, ou le défendeur invoquant une exception) dont la demande a été rejetée par manque de preuve, tente d'obtenir

¹⁹⁷⁸ Groupe spécial, *États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris*, Recours d'Antigua-et-Barbuda à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS285/RW, 30 mars 2007, 6.52.

¹⁹⁷⁹ Groupe spécial, *États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris*, Recours d'Antigua-et-Barbuda à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS285/RW, 30 mars 2007, 6.52.

¹⁹⁸⁰ Groupe spécial, *États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris*, Recours d'Antigua-et-Barbuda à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS285/RW, 30 mars 2007, 6.53.

¹⁹⁸¹ Groupe spécial, *États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris*, Recours d'Antigua-et-Barbuda à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS285/RW, 30 mars 2007, 6.56.

¹⁹⁸² G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, 2^e éd. Bruxelles, Larcier, 2005, p. 250-251 et les références citées.

une nouvelle décision sur la base d'autres éléments probatoires¹⁹⁸³. De même, le fait que la décision du groupe spécial soit basée sur l'absence d'une démonstration *prima facie* du bien-fondé d'une allégation ne permet pas davantage de revenir sur une question définitivement réglée¹⁹⁸⁴.

Ceci vaut d'ailleurs aussi pour le plaignant, qui ne peut remettre en cause, devant le groupe spécial de la conformité, une (partie de la) mesure jugée compatible avec les obligations du défendeur dans la première phase de la procédure¹⁹⁸⁵. Il importe peu que la décision dont on invoque l'autorité soit celle de l'Organe d'appel ou celle d'un groupe spécial dont appel n'a pas été relevé, même si le Mémoire d'accord ne contient, à propos des rapports des groupes spéciaux, aucune disposition analogue à l'article 17.14 :

« ... une constatation dont il n'a *pas été fait appel* figurant dans un rapport de groupe spécial qui est *adopté* par l'ORD doit être traitée comme étant la *résolution définitive* d'un différend entre les parties pour ce qui est de l'allégation *particulière* et de la composante *spécifique* d'une mesure qui fait l'objet de cette allégation. Cette conclusion est étayée par les articles 16:4 et 19:1, les paragraphes 1 et 3 de l'article 21 et l'article 22:1 du Mémoire d'accord »¹⁹⁸⁶.

De ces décisions ressort assez nettement une conception générale de l'autorité de la chose jugée des rapports adoptés par l'ORD¹⁹⁸⁷, même si on n'y trouve pas vraiment la formulation d'une doctrine complète sur la question. Mais est-ce le rôle de la jurisprudence d'établir cette doctrine ?

376. Contexte historique

Il est intéressant d'examiner les critères de la juridiction dans une perspective dynamique, en tenant compte du contexte historique de l'OMC.

Le mécanisme de règlement des différends du GATT (*supra*, n^{os} 356 et s.) était initialement basé sur une négociation des PARTIES CONTRACTANTES, suivie d'une décision de celles-ci. Ce n'est

¹⁹⁸³ Groupe spécial, *États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris*, Recours d'Antigua-et-Barbuda à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS285/RW, 30 mars 2007, 6.64 et 6.66.

¹⁹⁸⁴ 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, 95-96.

¹⁹⁸⁵ Organe d'appel, *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, Recours de la Malaisie à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS58/AB/RW, 22 octobre 2001, 90 et s., spéc. 97.

¹⁹⁸⁶ 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, 93.

¹⁹⁸⁷ H. LESAFFRE, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 406-411.

qu'au cours du temps que la pratique a développé les mécanismes (notamment la constitution de groupes spéciaux indépendants) qui ont rapproché le règlement des différends du type judiciaire. La règle de base n'ayant pas été modifiée, il était logique de continuer à exiger une décision des PARTIES CONTRACTANTES pour rendre obligatoire le rapport du groupe spécial.

C'est sur cette base que fut construit le Mémoire d'accord. Ce dernier a renforcé chacun des trois critères du juridictionnel. L'indépendance et l'impartialité organiques ont été précisées (art. 8.2 et 8.3 MRD). L'institution d'un Organe d'appel, également soumis à des règles d'indépendance organique (art. 17.3 MRD), et doté en outre de la permanence propre au judiciaire, va dans le même sens. On ne compte plus les règles de procédure qui ont été élaborées ou clarifiées depuis 1995 (*supra*, n° 372), par exemple en ce qui concerne la preuve ou les exigences du procès équitable¹⁹⁸⁸. La transparence (au sens large) de la procédure augmente, ce qui favorise la discussion politique des décisions¹⁹⁸⁹. Enfin, le caractère obligatoire des décisions est assuré par le consensus inversé, impliquant une adoption automatique des rapports (lorsque cette adoption est demandée), et la conformité de la décision aux règles de droit est surveillée par l'Organe d'appel, dont c'est précisément la mission (art. 17.6 MRD).

L'évolution historique explique aussi pourquoi subsiste la procédure d'adoption par les États réunis au sein de l'ORD. Cette adoption a toujours existé et ne fut pas supprimée en 1994. La politique internationale a ses exigences ; on ne peut s'attendre à ce qu'elles soient toujours parfaitement conformes à la logique et à la pureté des principes.

La juridictionnalisation du règlement des différends s'inscrit aussi dans une tendance plus large, et à plus long terme, observée dans les relations internationales¹⁹⁹⁰. Non seulement les États recourent-ils de plus en plus à des mécanismes juridictionnels, mais ils élaborent des systèmes qui éloignent toujours plus de leur volonté la compétence de ces juridictions. C'est ce que C. Romano a décrit comme le passage du paradigme consensuel – symbolisé par l'arbitrage ou l'attribution d'un litige précis à une juridiction particulière – au paradigme obligatoire,

¹⁹⁸⁸ R. HOWSE, « The legitimacy of the World Trade Organization », in J.-M. COICAUD et V. HEISKANEN (eds), *The legitimacy of international organizations*, New York, United Nations University Press, 2001, p. 378 et s.

¹⁹⁸⁹ R. HOWSE, « The legitimacy of the World Trade Organization », in J.-M. COICAUD et V. HEISKANEN (eds), *The legitimacy of international organizations*, New York, United Nations University Press, 2001, p. 377-378.

¹⁹⁹⁰ Notamment A. SCHNEIDER, « Not Quite a World Without Trials: Why International Dispute Resolution is Increasingly Judicialized », *Journ. Dispute Resolution*, 2006, p. 119-129.

caractérisé par un accord général des États pour confier à une juridiction qu'ils instituent tous les litiges découlant d'un domaine de leurs relations réciproques¹⁹⁹¹.

377. Contexte juridico-politique

Le droit international ne contient aucun mécanisme général de résolution juridictionnelle des conflits. Ainsi, toute juridiction internationale est fondée sur un accord de volonté des États, qui ne sont soumis à son pouvoir que s'ils l'ont accepté. La société internationale n'est donc pas un milieu favorable aux juridictions. Se comprenant comme des souverains, les États sont par nature réticents à l'idée de laisser un tiers prendre des décisions qui les obligent.

On pourrait croire, en conséquence, que la diplomatie est le mode « par défaut » de résolution des conflits. Mais le droit international général n'impose aucune procédure particulière de règlement des différends internationaux, qu'elle soit diplomatique ou juridictionnelle. Ainsi, l'Accord de Marrakech déroge surtout au droit général en ce qu'il prévoit une procédure, mais cette procédure pourrait tout autant être de nature diplomatique que juridictionnelle.

L'idée de souveraineté explique la difficulté pour certains d'accepter la création d'une juridiction internationale. Pour sauver les apparences et parvenir à un compromis, on a pu maintenir le pouvoir de décision formel aux mains d'un organe composé des représentants des États. Ce compromis était d'autant plus naturel qu'il était dicté par la situation historiquement antérieure (*supra*, n° 376) et que la modification du système pouvait être présentée comme un simple changement des règles de vote au sein du Conseil général (ORD). Ceci n'empêche pas que, pour ceux qui perçoivent la réalité juridique au-delà des modalités de son acceptation politique, le nouveau système de règlement des différends crée une juridiction dont la compétence et les décisions sont obligatoires.

378. Place de la diplomatie

La « dépolitisation » du règlement des différends n'est toutefois pas complète. Si l'adoption du rapport par l'ORD n'empêche pas de parler de juridictionnalisation¹⁹⁹², la diplomatie garde néanmoins une importance fondamentale dans le fonctionnement du règlement des différends. L'histoire du GATT montre que, même sans modifier les caractéristiques fondamentales du système, l'accent a pu, selon les époques, être mis davantage sur les négociations politiques ou

¹⁹⁹¹ C.P.R. ROMANO, « The Shift from the Consensual to the Compulsory Paradigm in International Adjudication: Elements for a Theory of Consent », *New York University Journ. of Int. L. and Policy* 39, 2007, p. 791-872.

¹⁹⁹² H. RUIZ FABRI, « La juridictionnalisation du règlement des litiges économiques entre États », *Rev. arb.*, 2003, p. 892.

sur les débats juridiques¹⁹⁹³. Sous cet angle, la décennie qui a suivi l'Accord de Marrakech apparaît comme une période faste pour le règlement judiciaire.

Néanmoins, l'ambiance diplomatique qui régnait du temps du GATT n'a pas totalement disparu, ni dans les procédures et les modes de fonctionnement, ni surtout dans la compréhension que les individus actifs à l'OMC se font de leur rôle et de leurs fonctions¹⁹⁹⁴. Ainsi, par exemple, l'adoption du rapport par l'ORD est l'occasion d'un débat des États membres au sujet du rapport présenté. Leur impuissance à en empêcher l'adoption, sauf consensus improbable, ne les retient pas de formuler critiques ou réflexions plus générales quant au raisonnement et aux conclusions des juges. Ces observations peuvent se placer tant sur le plan juridique que politique. Sans doute les juges en prennent-ils connaissance avec intérêt, pour mesurer l'acceptation « sociale », dans cette société un peu particulière, de leur décision¹⁹⁹⁵. D'une certaine manière, ils renforcent leurs pouvoirs en rendant des décisions « acceptables », au prix parfois de quelques ambiguïtés, de manière à éviter tant que possible qu'elles demeurent inexécutées, ce qui ne pourrait manquer de réduire, à terme, la légitimité du mécanisme de règlement des différends, et donc de l'OMC¹⁹⁹⁶. Mais inversement, la conjonction de protestations trop virulentes exprimées lors de la réunion de l'ORD et d'une trop grande déférence des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel pourrait nuire à l'indépendance de ces derniers¹⁹⁹⁷.

Au-delà de cet aspect, la diplomatie garde sa place en particulier dans les consultations qui constituent la phase initiale du règlement des différends. De nombreux différends sont résolus amiablement à cette occasion, ou même avant d'être formellement soulevés conformément au Mémorandum d'accord. Tout au long de la procédure, les discussions entre les parties peuvent se poursuivre, soit au sujet de l'aménagement de celle-ci (choix des membres du groupe spécial,

¹⁹⁹³ W.J. DAVEY, « Dispute Settlement in GATT », *Fordham International Law Journal* 11(1), 1987, p. 69-81.

¹⁹⁹⁴ Sur ce thème, J.H.H. WEILER, « The Rule of Lawyers and the Ethos of Diplomats – Reflections on the Internal and External Legitimacy of WTO Dispute Settlement », *J.W.T.* 35(2), 2001, p. 191-207.

¹⁹⁹⁵ H. RUIZ FABRI, « La juridictionnalisation du règlement des litiges économiques entre États », *Rev. arb.*, 2003, p. 944 et s. ; H. RUIZ FABRI, « Le juge de l'OMC : ombres et lumières d'une figure judiciaire singulière », *R.G.D.I.P.*, 2006, p. 72 ; G. SACERDOTI, « Structure et fonction du système de règlement des différends de l'OMC : les enseignements des dix premières années », *R.G.D.I.P.*, 2006, p. 783. Aussi G. SHAFFER, « A Structural Theory of WTO Dispute Settlement: Why Institutional Choice Lies at the Center of the GMO Case », *NYU Journ. Int. L. & Pol.* 41(1), 2008, p. 69.

¹⁹⁹⁶ G. SHAFFER, « A Structural Theory of WTO Dispute Settlement: Why Institutional Choice Lies at the Center of the GMO Case », *NYU Journ. Int. L. & Pol.* 41(1), 2008, p. 70.

¹⁹⁹⁷ V. les réflexions de S. Charnovitz à propos des protestations des membres contre l'acceptation par l'Organe d'appel de mémoires d'*amicus curiae* dans l'affaire de l'*Amiante*, l'auteur notant toutefois qu'il s'agit d'un épisode isolé (« Judicial Independence in the World Trade Organization », in L. BOISSON DE CHAZOURNES, C. ROMANO & R. MACKENZIE (eds), *International Organizations and International Dispute Settlement: Trends and Prospects*, Transnational Publishers, 2002, p. 235-240).

délai de mise en conformité, règlement de la chronologie, etc.), soit en vue d'un règlement transactionnel de la question litigieuse. Toutes ces négociations, dont la nature diplomatique est incontestable, se déroulent toutefois sous la menace, en cas d'échec, d'un règlement juridictionnel du différend. L'existence de négociations dans le règlement des conflits n'a rien de particulier. Elle est également très fréquente en droit privé. L'important est qu'à défaut d'accord, on retombe sur le processus juridictionnel obligatoire : la négociation, ses arguments et son issue sont donc influencés par les anticipations des parties quant à la décision judiciaire qui s'imposerait à elles si, à défaut d'accord, le juge devait trancher¹⁹⁹⁸. Le résultat des négociations transactionnelles, si elles aboutissent, sont notifiées aux organes compétents de l'OMC (art. 3.6 MRD) ; tous les membres peuvent ainsi en prendre connaissance, ce qui constitue une forme de contrôle multilatéral¹⁹⁹⁹.

Les organes judiciaires de l'OMC ne cherchent pas à empêcher cette activité diplomatique. Ils sont en effet conscients qu'en raison notamment du consensus inversé, le processus juridictionnel aboutit souvent plus rapidement et plus efficacement à une décision que la voie diplomatique (qui requiert un consensus positif de États membres ou au moins un accord des parties en litige), en particulier sur les enjeux politiques importants. Pour la même raison, il est difficile (quoique possible) de « corriger » par la voie diplomatique une décision juridictionnelle qui n'irait pas dans le sens voulu par les États membres, ou la plupart d'entre eux. Ceci renforce, en pratique, la portée des décisions juridictionnelles. Mais d'un autre côté, le consensus positif, qui fait présumer l'accord (ou au moins l'absence d'opposition) de tous les États membres et le contrôle de l'Organisation par ses membres, est un élément primordial pour assurer la légitimité de toute l'Organisation, y compris dans son activité juridictionnelle. Ceci explique que les groupes spéciaux et l'Organe d'appel cherchent à préserver un équilibre entre le pouvoir du juge et celui des organes politiques, ce qui suppose notamment le maintien d'un espace pour l'activité diplomatique au sein du règlement des différends²⁰⁰⁰.

¹⁹⁹⁸ V. R. ABBOTT, « WTO Disputes: The Battles in the Trade Wars – A Win-win Game? Or a Lottery? », in A. VON BOGDANDY, P.C. MAVROIDIS et Y. MENY (eds), *European Integration and International Co-ordination – Studies in Transnational Economic Law in Honour of Claus-Dieter Ehlermann*, La Haye, Kluwer Law International, 2002, p. 4-5.

¹⁹⁹⁹ V. la proposition de S. CHO (« The Nature of Remedies in International Trade Law », *University Pittsburgh L. R.* 65(4), 2004, p. 795-796), en réalité déjà prévue dans les textes pour « les solutions convenues d'un commun accord pour régler des questions soulevées formellement au titre des dispositions des accords visés relatives aux consultations et au règlement des différends ».

²⁰⁰⁰ Sur ce thème, H. RUIZ FABRI, « La juridictionnalisation du règlement des litiges économiques entre États », *Rev. arb.*, 2003, p. 946-947 ; C.-D. EHLERMANN, « Tensions between the dispute settlement process and the diplomatic and treaty-making activities of the WTO », *W.T.R.* 1(3), 2002, p. 302 et s. ; D. DE BIÈVRE, « Governance in International Trade: Judicialisation and Positive Integration in the WTO », *Preprints of the*

Ces subsistances de diplomatie n'empêchent pas de qualifier de juridictionnel le mécanisme de règlement des différends de l'OMC, à la lumière de l'évolution depuis 1947 et de son fonctionnement actuel.

§ 3. Judiciaire ou arbitrage ?

379. Distinction théorique entre le règlement judiciaire des différends et l'arbitrage

Une fois établi le caractère juridictionnel du mécanisme de règlement des différends, il faut examiner s'il doit être considéré comme un système judiciaire ou arbitral²⁰⁰¹. La réponse à cette question n'est pas évidente car certaines caractéristiques du mécanisme le rapprochent du judiciaire et d'autres de l'arbitrage.

Même si l'on écarte d'emblée l'arbitrage prévu par l'article 25 MRD²⁰⁰², le Mémoire d'accord semble consacrer lui-même une distinction à l'intérieur du processus obligatoire de règlement des différends. Alors que sur les questions de fond, les différends sont réglés par une décision de l'ORD après rapport d'un groupe spécial et éventuellement de l'Organe d'appel, des litiges plus « techniques », comme la fixation du délai de mise en conformité ou du montant des sanctions sont, quant à eux, soumis à l'arbitrage.

En droit interne, c'est l'origine du pouvoir de juridiction qui permet de distinguer l'arbitrage du système judiciaire. Les arbitres sont habilités à juger par un contrat, tandis que les juges trouvent la source de leurs pouvoirs directement dans la loi. Ce critère permet généralement d'aboutir à une distinction nette des systèmes en droit interne, quoique le compromis d'arbitrage ne soit obligatoire qu'en vertu de la loi (qui peut apporter des limites à la faculté de compromettre) et que la volonté conjointe des parties puisse à son tour modifier, dans certaines limites, les règles du pouvoir de juridiction (clauses d'élection de for, déclinatoires d'ordre privé). Une conséquence de cette différence d'origine est que, si l'arbitre dit le droit, sa décision ne peut être exécutée par la force sans être préalablement réceptionnée par le pouvoir (judiciaire) étatique au terme de la procédure d'*exequatur*.

Max Planck Institute for Research on Collective Goods, 2004/7, juillet 2004, http://www.coll.mpg.de/pdf_dat/2004_07online.pdf, p. 9.

²⁰⁰¹ Sur cette question, H. RUIZ FABRI, « Le règlement des différends de l'OMC : une forme d'arbitrage ? », *Arch. philo. dr.*, 2009, p. 97-119.

²⁰⁰² Sur la définition du processus juridictionnel obligatoire, qui l'oppose à l'arbitrage de l'article 25 MRD, v. *supra*, n° 343.

Cette distinction est moins forte en droit international²⁰⁰³, qui ne connaît pas de mécanisme juridictionnel obligatoire en vertu d'une règle du droit général, auquel seraient donc soumis tous les sujets : sauf de rares exceptions, tous juges et arbitres internationaux puisent leurs pouvoirs dans un traité, c'est-à-dire dans un accord des parties. Quant à la possibilité d'exécuter par la force les décisions juridictionnelles, elle n'existe pas sous une forme similaire à celle que connaît le droit interne. En toute hypothèse, les mécanismes d'exécution au sens large, comme les contre-mesures, ne diffèrent pas selon qu'on fasse exécuter une décision incontestablement judiciaire – par exemple un arrêt de la Cour internationale de justice – ou arbitrale.

Les critères habituels du droit interne s'avérant peu fructueux, H. Ruiz Fabri propose de retenir comme critères la permanence des organes judiciaires, ainsi que leur mission qui dépasse le simple règlement d'un litige pour s'étendre à une fonction « d'intérêt général », de « service public », incluant notamment une fonction de veille à la cohérence du système eu égard aux valeurs qui le fondent²⁰⁰⁴. Ceci rejoint finalement l'idée qu'un système judiciaire se range du côté du pôle institutionnel, et que l'arbitrage est plutôt contractuel, étant entendu qu'existent aussi des arbitrages « institutionnels » encadrés par une organisation, ce qui estompe à nouveau la distinction.

Les développements qui suivent examinent certains des critères qui pourraient permettre de déterminer la nature judiciaire ou arbitrale du mécanisme de règlement des différends, pour conclure, comme H. Ruiz Fabri, qu'il est plutôt judiciaire. Contrairement à cet auteur, on ne relègue cependant pas comme « marginales » les procédures que le Mémoire d'accord qualifie lui-même d'arbitrales²⁰⁰⁵, ce qui – même si la marginalité est patente – biaise un peu le propos. Dans la ligne de l'argument de l'unicité et de la cohérence du processus juridictionnel obligatoire (*supra*, n° 344), on envisage toutes les phases de ce dernier.

380. Choix du juge et saisine

Le mode de nomination du tiers décideur fournit un premier critère de distinction. À cet égard, le Mémoire d'accord prévoit plusieurs systèmes. La composition des groupes spéciaux est proposée par le Secrétariat, qui se base sur une liste établie par l'ORD, et en respectant certains critères d'indépendance, d'expérience et de diversité (art. 8.2 MRD). Sauf si elles ont des

²⁰⁰³ V. H. ASCENSIO, « La notion de juridiction internationale en question », in *La juridictionnalisation du droit international*, Paris, Pedone, 2003, p. 182.

²⁰⁰⁴ H. RUIZ FABRI, « Le règlement des différends de l'OMC : une forme d'arbitrage ? », *Arch. philo. dr.*, 2009, p. 98-100.

²⁰⁰⁵ H. RUIZ FABRI, « Le règlement des différends de l'OMC : une forme d'arbitrage ? », *Arch. philo. dr.*, 2009, p. 108-111.

« raisons contraignantes », les parties au différend doivent accepter la proposition du Secrétariat (art. 8.6 MRD). L'arbitre visé à l'article 22.6 MRD est en principe le groupe spécial initial, si ses membres sont disponibles ; à défaut, l'arbitre est désigné par le Directeur général²⁰⁰⁶. Le recours aux membres du groupe spécial est généralisé dans la pratique (*supra*, n. 298). L'arbitre visé à l'article 21.3 MRD est choisi par les parties ou désigné par le Directeur général, après consultation des parties, à défaut d'accord dans les dix jours de la soumission de la question à l'arbitrage (Art. 21.3, c), note 12 MRD). En ce qui concerne l'Organe d'appel, ses membres sont désignés par l'ORD pour un terme fixe de quatre années (art. 17.2 MRD). La composition de la section qui siège dans une affaire déterminée est établie « par roulement », c'est-à-dire qu'elle ne dépend pas de la volonté des parties²⁰⁰⁷.

Ces méthodes sont assez disparates et accordent une importance variable à la volonté des parties. Si le système mis en place pour l'Organe d'appel fonctionne comme un organe judiciaire interne ou international, il n'en va pas de même pour les trois autres juridictions, dont les membres ne sont choisis que pour un différend particulier, et dont le choix peut dépendre, totalement ou en partie, de la volonté des États en litige. En ce qui concerne le choix du tiers décideur, le Mémoire d'accord distingue donc plutôt entre la juridiction permanente et les juridictions « *ad hoc* », ce qui ne correspond pas à l'autre distinction présente dans le texte entre les mécanismes expressément qualifiés d'arbitrage et les autres. On notera à titre de comparaison que le Mémoire d'accord se borne à renvoyer à la volonté des parties en ce qui concerne le choix de l'arbitre dans le cadre de la procédure de l'article 25 MRD qui, comme on l'a vu, est sans conteste un arbitrage au sens propre du terme.

Cette relative ambiguïté du Mémoire d'accord est prolongée dans une longue controverse au sujet du rôle de l'ORD dans la désignation de l'arbitre des sanctions (*supra*, n° 89). En pratique, l'ORD « convient » que la question du montant de la suspension soit soumise à l'arbitrage, comme il le fait pour confier à un groupe spécial l'examen du fond d'un différend. Mais, ainsi que le soutiennent les États-Unis, ceci ne cadre pas avec l'analyse théorique selon laquelle aucune décision de l'ORD n'est utile pour désigner un *arbitre*. La question a animé les réunions de l'ORD mais reste assez peu explorée par la doctrine. L'enjeu pratique n'est pas

²⁰⁰⁶ L'article 22.6 MRD n'impose pas une consultation préalable des parties. Dans une hypothèse où un membre du groupe spécial initial n'était plus disponible, il fut remplacé par une autre personne, apparemment à l'initiative du Secrétariat, et sans qu'il soit fait mention d'un accord ni d'une consultation des parties (v. *États-Unis – Loi antidumping de 1916*, Recours des Communautés européennes à l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends – Constitution de l'arbitre – Note du Secrétariat, WT/DS136/17, 19 février 2002).

²⁰⁰⁷ Art. 6.2 des *Procédures de travail pour l'examen en appel*, WT/AB/WP/6, 16 août 2010.

évident, mais cette controverse est le signe d'une réelle difficulté conceptuelle, celle de savoir si, et en quoi, les procédures dénommées « arbitrage » sont différentes de la procédure devant le groupe spécial ou l'Organe d'appel.

381. Indices tirés de l'organisation de la procédure

Une pratique typiquement arbitrale consiste à rédiger, au début de la procédure, un acte de mission (en anglais : *terms of reference*). On retrouve cette pratique à l'OMC devant les groupes spéciaux (art. 7 MRD) et les « arbitres », mais non devant l'Organe d'appel²⁰⁰⁸. L'acte de mission reprend généralement un exposé des questions litigieuses et un résumé des thèses des parties. Il définit les pouvoirs de l'arbitre, qui seront limités à l'examen des points mentionnés comme litigieux²⁰⁰⁹.

Les arbitres ont généralement une certaine latitude pour organiser la procédure. Les organes judiciaires suivent les règles qui régissent leur fonctionnement. Les groupes spéciaux établissent des « règles de travail » pour chaque affaire. Si une question non résolue dans les règles de travail se pose en cours de procédure, le groupe spécial peut la trancher. L'Organe d'appel dispose quant à lui de règles de travail permanentes, qu'il révisé de temps à autre²⁰¹⁰. L'Organe d'appel peut exercer un contrôle sur les règles et les décisions de procédure du groupe spécial, mais il se limite à un contrôle marginal, au regard principalement des droits de la défense²⁰¹¹. Un accord des parties quant à la procédure ne lie pas le groupe spécial ni l'Organe d'appel, dès lors notamment que les délais – quoiqu'ils ressortissent des règles d'ordre – lient tant le juge que les parties²⁰¹².

La confidentialité de la procédure est aussi une marque de l'arbitrage, alors que les procédures judiciaires sont généralement publiques. Le principe de confidentialité demeure à l'OMC (art. 18.2 MRD), mais il est toujours plus écorné : les débats sont souvent ouverts au public (*supra*, n° 306), les parties publient leurs mémoires sur leur site web (art. 18.2 MRD), la teneur

²⁰⁰⁸ La section chargée de l'appel établit un « plan de travail », mais il s'agit davantage d'un calendrier de procédure que d'un véritable acte de mission délimitant les questions à trancher, lesquelles sont indiquées dans la déclaration d'appel (v. art. 26 des *Procédures de travail pour l'examen en appel*, WT/AB/WP/6, 16 août 2010).

²⁰⁰⁹ En ce qui concerne le mandat du groupe spécial, v. art. 7.1 et 6.2 MRD et la jurisprudence constante à la suite de l'Organe d'appel, *Brésil – Mesures visant la noix de coco desséchée*, WT/DS22/AB/R, 21 février 1997, p. 23.

²⁰¹⁰ Organe d'appel, *Procédures de travail pour l'examen en appel*, WT/AB/WP/6, 16 août 2010.

²⁰¹¹ Par exemple, Organe d'appel, *Communautés européennes – Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*, WT/DS26/AB/R et WT/DS48/AB/R, 16 janvier 1998, 133.

²⁰¹² H. RUIZ FABRI, « Le règlement des différends de l'OMC : une forme d'arbitrage ? », *Arch. philo. dr.*, 2009, p. 113.

des rapports intermédiaires des groupes spéciaux se trouve instantanément sur les sites spécialisés et (donc) dans la presse, et, *last but not least*, les rapports sont tous publiés. Il y a va, à l'évidence, d'une question de légitimité²⁰¹³.

382. Caractère obligatoire *per se* des décisions

Formellement, les rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel se présentent comme des recommandations remises à l'ORD, l'autorité qui les a saisis. Ces rapports ne deviennent juridiquement obligatoires que lorsqu'ils sont adoptés par l'ORD même si, en ce qui concerne l'Organe d'appel, l'article 17.14 MRD dispose que le rapport sera « accepté sans condition par les parties au différend ». Tel n'est pas le cas des décisions des arbitres statuant sur la base des articles 21.3 et 22.6 MRD : la décision de ces juridictions est obligatoire en elle-même, c'est-à-dire directement en vertu des dispositions du Mémoire d'accord²⁰¹⁴.

Dans le cas de l'arbitrage relatif au montant des sanctions, l'article 22.7 MRD précise que « les parties accepteront comme définitive la décision de l'arbitre et les parties concernées ne demanderont pas un second arbitrage ». Dans cette hypothèse, l'ORD intervient toutefois postérieurement pour suspendre formellement les obligations. Ceci ressemble à l'action de l'ORD à la suite d'un rapport d'un groupe spécial, mais la nature de la décision de l'ORD est conceptuellement différente : il ne s'agit pas d'approuver ou de donner force obligatoire à la décision de l'arbitre, mais de statuer sur une question distincte (la suspension d'obligation), en tenant compte de la décision de l'arbitre, qui ne concerne que certaines conditions de cette suspension.

383. Caractère institutionnel des quatre procédures du « processus juridictionnel obligatoire »

Les critères précédemment envisagés laissent subsister une équivoque sur le rattachement de la procédure de règlement des différends au mode judiciaire ou à l'arbitrage. Toutefois, leur caractère institutionnel regroupe sans conteste les quatre procédures. En cela, elles peuvent être dites judiciaires, par opposition à l'arbitrage prévu à l'article 25 MRD.

La juridiction de ces quatre organes découle certes d'un accord entre États mais, comme exposé *supra*, il s'agit d'un accord établissant un système institutionnel. Dans le cadre de cette

²⁰¹³ Sur la publicité, v. H. RUIZ FABRI, « Le règlement des différends de l'OMC : une forme d'arbitrage ? », *Arch. philo. dr.*, 2009, p. 113-114.

²⁰¹⁴ V. L. BOISSON DE CHAZOURNES, « L'arbitrage à l'OMC », *Rev. arb.*, 2003, p. 960 ; B.P. MCGIVERN, « Seeking Compliance with WTO Rulings: Theory, Practice and Alternatives », *Int. Lawyer* 36(1), 2002, p. 150 ; C.M. VALLES et B.P. MCGIVERN, « The Right to Retaliate under the WTO Agreement – The “Sequencing” Problem », *J.W.T.* 34(2), 2000, p. 68.

institution, la juridiction des groupes spéciaux, de l'Organe d'appel et des deux arbitres ne peut être refusée par le défendeur. Les parties n'ont pas à accepter la juridiction de ces organes pour chaque différend particulier. Ceci vaut également pour les procédures dénommées « arbitrage », qui font indubitablement partie du processus juridictionnel obligatoire, comme le système judiciaire est, en droit interne, le système subsidiaire par rapport à l'arbitrage²⁰¹⁵.

Même si les membres des groupes spéciaux sont choisis sur une base *ad hoc*, le mécanisme de règlement des différends se caractérise par une certaine permanence, qu'incarne l'Organe d'appel. Au-delà de son nom (art. 17.1 MRD) et de sa composition, son rôle est surtout de veiller à la continuité dans l'interprétation et l'application des règles de l'OMC, au point qu'on a pu le comparer à une cour suprême²⁰¹⁶.

C'est ici qu'apparaît la fonction de « police juridique », rattachée à l'intérêt général, dont parle H. Ruiz Fabri et qui distinguerait fondamentalement, dans ce domaine relevant du droit international à tout le moins, le juge judiciaire de l'arbitre. L'importance de ce critère ne doit pas être exagérée au point de voir dans les arbitres – qu'ils tranchent des litiges commerciaux privés ou des différends interétatiques – des êtres apolitiques dont les décisions ne seraient en rien marquées de convictions ou d'orientations politiques, idéologiques ou autres. Elles le sont à l'évidence, et ne pourraient guère ne pas l'être. S'il est exact qu'un juge a cependant davantage conscience de ce rôle « politique » qui est le sien, et que pèsent sur lui des attentes plus fortes à ce sujet, c'est parce que sa fonction s'inscrit dans un système plus institutionnalisé que celle de l'arbitre.

H. Ruiz Fabri a montré de manière convaincante à quel point le mécanisme de règlement des différends prend ce rôle au sérieux, notamment parce que le Mémoire d'accord établit une autorité de recours destinée à l'exercer – et qui l'exerce effectivement en tenant compte des principes et des valeurs qui orientent le système dont elle fait partie²⁰¹⁷. M.-A. Frison-Roche va

²⁰¹⁵ Sur le caractère institutionnel des arbitrages des articles 21.3 et 22.6 MRD, L. BOISSON DE CHAZOURNES, « L'arbitrage à l'OMC », *Rev. arb.*, 2003, p. 961.

²⁰¹⁶ H. RUIZ FABRI, « Le règlement des différends de l'OMC : une forme d'arbitrage ? », *Arch. philo. dr.*, 2009, p. 116.

²⁰¹⁷ H. RUIZ FABRI, « Le règlement des différends de l'OMC : une forme d'arbitrage ? », *Arch. philo. dr.*, 2009, p. 116-119.

plus loin, entrevoyant les premières traces d'un ordre public de protection dont le respect serait assuré par une procédure et des sanctions de type pénal (au sens large)²⁰¹⁸.

À ceci s'ajoutent les caractères obligatoire et exclusif du système, qui l'éloignent de l'arbitrage dépendant du choix des parties. Certes, en droit international, (presque) toute juridiction tire ses pouvoirs d'un accord entre États mais – sans y voir nécessairement une différence de nature en droit – l'acceptation d'une juridiction se présente ici comme un élément non séparable d'un sous-système du droit international, ce que même la Charte des Nations Unies ne connaît pas. On est plus proche d'une juridiction obligatoire que la Cour internationale de justice elle-même, considérée comme l'exemple-type de l'organe judiciaire international.

L'autorité à laquelle prétend le mécanisme de règlement des différends est renforcée par l'exclusivité qu'impose l'article 23 MRD. Le défendeur n'est pas le seul à devoir se soumettre à la juridiction de l'ORD. C'est aussi le cas du plaignant, à moins qu'il renonce à chercher la modification du comportement contraire aux Accords. Cette exclusivité est un des moyens par lesquels l'institution exerce et manifeste son pouvoir²⁰¹⁹. C'est ainsi qu'on a pu écrire que l'Accord de Marrakech a créé un véritable pouvoir judiciaire²⁰²⁰.

384. Conclusion de la section 2

Cette section a permis de démontrer le caractère juridictionnel du règlement des différends de l'OMC. On le constate, d'abord, à l'examen de son développement historique, qui fait apparaître un mouvement de juridictionnalisation pendant la période du GATT, lequel trouve sa consécration dans trois importantes nouveautés de l'Accord de Marrakech : le consensus inversé, l'appel et les délais de procédure. L'existence d'une juridiction est ensuite confirmée en confrontant les caractéristiques du mécanisme de règlement des différends à la définition de la juridiction, fondée sur quatre critères, élaborée dans la section précédente. Enfin, on a montré que ce mécanisme juridictionnel est de nature judiciaire et non arbitrale, ce qui renforce l'idée que le lien entre juridictionnalisation et institutionnalisation.

²⁰¹⁸ M.-A. FRISON-ROCHE, « Le principe du contradictoire et les droits de la défense devant l'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce », in H. RUIZ FABRI et J.-M. SOREL (dir.), *Le principe du contradictoire devant les juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2004, p. 144-146.

²⁰¹⁹ V. H. CULOT, « OMC et accords régionaux : les relations entre les mécanismes de règlement des différends », in B. REMICHE et H. RUIZ-FABRI (coord.), *Le commerce international entre bi- et multilatéralisme*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 234-236.

²⁰²⁰ R. HOWSE, « The legitimacy of the World Trade Organization », in J.-M. COICAUD et V. HEISKANEN (eds), *The legitimacy of international organizations*, New York, United Nations University Press, 2001, p. 359.

Ces éléments occupent une place centrale dans la démonstration de l'institutionnalisation de l'OMC et de son mécanisme de sanctions, notamment parce que c'est grâce à son « pouvoir judiciaire » que l'Organisation prend des décisions s'imposant à ses membres, et parce qu'un règlement des différends juridictionnel forme le cadre où les sanctions institutionnelles trouvent leur sens. Mais avant d'en venir aux sanctions, on examine deux prolongements de l'institutionnalisation du règlement des différends.

Section 3 Prolongements de l'institutionnalisation du règlement des différends

385. Introduction

La juridictionnalisation du règlement des différends entraîne deux conséquences plus générales sur le fonctionnement du système commercial multilatéral. D'une part, elle déplace le centre de gravité des relations commerciales de la diplomatie (ou de la politique) vers le droit. Il s'agit d'un mouvement de juridicisation, auquel les institutions de règlement des différends ne sont pas étrangères (§ 1). D'autre part, comme on l'a déjà dit, la juridictionnalisation est un facteur important de l'institutionnalisation des relations économiques internationales ; on consacre quelques développements à l'explicitier (§ 2).

§ 1. La juridictionnalisation du règlement des différends favorise la juridicisation des relations commerciales internationales

386. Lien entre l'évolution du règlement des différends et la juridicisation

Les évolutions du règlement des différends sont symptomatiques de plusieurs tendances dans le droit du commerce international. Ces tendances sont liées entre elles et difficiles à distinguer complètement. Elles font partie d'un même mouvement, également décelable en dehors de l'OMC, d'organisation progressive des relations internationales. Certains auteurs présentent la juridictionnalisation des relations internationales comme un élément de leur juridicisation. Ils envisagent la juridictionnalisation comme une partie d'un phénomène plus large, la délégation de pouvoir, ce qui rejoint l'idée d'institutionnalisation²⁰²¹. D'autres montrent que les juridictions internationales créent un droit qui s'apparente à la fois à la *common law* (par son origine jurisprudentielle) et à la *soft law* (en ce qu'il influence le comportement des États sans être

²⁰²¹ V. K.W. ABBOTT, R.O. KEOHANE, A. MORAVCSIK, A.-M. SLAUGHTER et D. SNIDAL, « The Concept of Legalization », *Int. Org.* 54(3), 2000, p. 401-419.

formellement obligatoire)²⁰²². D'autres encore mettent en lumière comment l'idée d'un « système » du droit international renforce la puissance des juridictions et, par-là, la prééminence des solutions basées sur le droit²⁰²³.

Ce mouvement est un des facteurs de la mondialisation, qui le renforce également. Les tendances distinguées ici ont chacune leurs particularités, mais elles ne s'opposent pas. Au contraire, elles se confortent l'une l'autre et se confondent dans le mouvement d'institutionnalisation que nous démontrons.

387. Critères de la juridicisation

La juridicisation apparaît lorsqu'un système régi par des règles n'obligeant pas en droit (normes morales ou politiques, *soft law*) se dote de règles obligatoires. On comprend que l'existence de normes juridiquement obligatoires soit à tout le moins un critère fondamental de la juridicisation²⁰²⁴. Toutefois, cet aspect passe ici au second plan car les règles multilatérales du GATT et de l'OMC ont toujours été juridiquement obligatoires. Le critère du caractère obligatoire des règles n'est donc pas particulièrement approprié pour décrire le mouvement de juridicisation depuis 1947.

En l'espèce, la juridicisation de l'OMC s'appréhende mieux en utilisant la distinction classique entre les systèmes basés sur la puissance (*power-based systems*) et ceux basés sur les règles juridiques (*rule-based systems*). Cette distinction, proposée notamment par J. Jackson, a trait au critère utilisé pour résoudre les conflits : il s'agit soit de la puissance respective des parties, soit des règles d'application plus ou moins générales fixées indépendamment de la question discutée²⁰²⁵. Le système juridique est par nature basé sur des règles, alors que la vie politique dépend davantage des rapports de force.

²⁰²² A.T. GUZMAN et T.L. MEYER, « International Common Law: The Soft Law of International Tribunals », *Chicago Journ. Int. L.* 9(2), 2009, p. 515-535, qui analysent en particulier l'exemple du Comité des droits de l'homme des Nations Unies.

²⁰²³ E. BENVENISTI, « The Conception of International Law as a Legal System », *German Yearbook of Int. L.*, 2007, p. 396.

²⁰²⁴ K.W. ABBOTT, R.O. KEOHANE, A. MORAVCSIK, A.-M. SLAUGHTER et D. SNIDAL, « The Concept of Legalization », *Int. Org.* 54(3), 2000, p. 410-419, spéc. p. 405.

²⁰²⁵ J.H. JACKSON, *Restructuring the GATT System*, New York, Council on Foreign Relations Press, 1990, p. 51. V. aussi J.H. JACKSON, « Reflections on Restructuring the GATT », in J.J. SCHOTT (ed.), *Completing the Uruguay Round: A Results-Oriented Approach to the GATT Trade Negotiations*, Washington, Institute for International Economics, 1990, p. 214 et s. ; J.H. JACKSON, *The World Trading System – Law and Policy of International Economic Relations*, 2nd ed., Cambridge (MA), Londres, MIT Press, 1997, p. 109 ; J.H. JACKSON, « The case of the World Trade Organization », *Int. Affairs* 84(3), 2008, p. 439-441 ; M.S. DUNNE, « Redefining power orientation: A reassessment of Jackson's paradigm in light of asymmetries of power, negotiation, and compliance in the GATT/WTO dispute settlement system », *L. and Policy in Int. Business*

Dans la réalité, ces systèmes n'apparaissent pas à l'état pur. Il existe plutôt un *continuum*²⁰²⁶ de relations dont certaines sont davantage que d'autres basées sur des règles²⁰²⁷. Un mélange de règles et de puissance existe dans toute société et toute organisation : seules les proportions varient. La juridicisation se définit alors comme une augmentation de l'importance des règles dans le règlement des conflits (compris dans un sens plus large que les différends au sens strict²⁰²⁸). En outre, le fait que les parties négocient, plutôt que de s'en remettre à la décision d'un juge, ne détermine pas en soi la nature du système. Car le résultat des négociations dépend de ce que les parties anticipent pour l'hypothèse où elles ne parviennent pas à un accord. Y aura-t-il alors un jugement basé sur des règles ou une victoire du plus fort²⁰²⁹ ? Selon les cas, les règles ou la raison du plus fort constitueront un argument essentiel dans la négociation.

Pour M. Dunne, la théorie de J. Jackson est souvent mal comprise, en particulier lorsqu'on la fonde sur une conception réaliste des relations internationales. Au départ d'une étude de l'affaire des *Bananes*, il développe une théorie « contextualiste », par laquelle il montre que les règles et la puissance ne s'excluent pas mutuellement, mais qu'au contraire elles coexistent au sein d'un système dans lequel les États ne sont ni complètement libres ni tout à fait contraints. Que le degré de contrainte par les règles ait pu augmenter dans le domaine commercial ne signifie pas qu'il en ira toujours ainsi, ni que la même évolution s'observe dans d'autres secteurs des relations internationales ; M. Dunne avance à ce sujet l'idée d'un mouvement de balancier. Enfin, il suggère que le respect des normes ne passe peut-être plus toujours par la définition de règles et l'imposition de sanctions, mais que des techniques plus « soft » (transparence, « approche managériale ») peuvent s'avérer plus efficaces²⁰³⁰. La théorie contextualiste de M. Dunne présente de nombreux points communs avec l'explication institutionnelle défendue

34(1), 2002, p. 283-285 ; P. VAN DEN BOSSCHE et G. MARCEAU, « Le système de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce. Analyse d'un système particulier et distinctif », *Revue du Marché Unique Européen*, 1998 (3), p. 33-34.

²⁰²⁶ K.W. ABBOTT, R.O. KEOHANE, A. MORAVCSIK, A.-M. SLAUGHTER et D. SNIDAL, « The Concept of Legalization », *Int. Org.* 54(3), 2000, p. 401 et s.

²⁰²⁷ Dans le même sens, J.H. JACKSON, *The World Trading System – Law and Policy of International Economic Relations*, 2nd ed., Cambridge (MA), Londres, MIT Press, 1997, p. 137 ; J.H. JACKSON, « The case of the World Trade Organization », *Int. Affairs* 84(3), 2008, p. 440.

²⁰²⁸ La distinction est *a fortiori* observable dans le règlement des différends. V. J.H. JACKSON, « The Legal Meaning of a GATT Dispute Settlement Report: Some Reflections », in N. BLOKKER et S. MULLER, *Towards More Effective Supervision by International Organizations – Essays in Honour of Henry G. Schermers*, Vol. I, Dordrecht, Nijhoff, 1994, p. 151 et s.

²⁰²⁹ J.H. JACKSON, *The World Trading System – Law and Policy of International Economic Relations*, 2nd ed., Cambridge (MA), Londres, MIT Press, 1997, p. 109-110.

²⁰³⁰ M.S. DUNNE, « Redefining power orientation: A reassessment of Jackson's paradigm in light of asymmetries of power, negotiation, and compliance in the GATT/WTO dispute settlement system », *L. and Policy in Int. Business* 34(1), 2002, p. 277-342, spéc. p. 323-341.

ici. Elle rappelle que les rapports de force dépendent du contexte (largement institutionnalisé) dans lequel ils s'expriment. Ainsi, le comportement des États dépend de l'alchimie et de l'interaction des règles et du pouvoir – non seulement ceux des États, mais aussi des règles et de la puissance collectives.

Même s'il existe des éléments contraires, la tendance générale, dans le domaine du commerce international, est à la juridicisation²⁰³¹. L'influence des règles sur le comportement des États augmente. Dans la mesure où ces règles sont collectives, ainsi qu'en témoignent notamment le développement du règlement des différends et des sanctions, la juridicisation apparaît comme un des éléments de l'institutionnalisation des relations commerciales internationales.

388. Situation du GATT

À ses débuts, le GATT était plutôt basé sur la puissance, comme l'étaient en général les relations internationales. Le règlement des différends s'envisageait comme une discussion, au mieux une conciliation, dans laquelle les règles préétablies n'étaient pas déterminantes. La nécessité du consensus rendait difficile de placer le débat sur le terrain du droit, puisqu'il n'était pas possible de mener une procédure aboutissant à une décision obligatoire sans l'accord du défendeur²⁰³². Dans ce contexte, les règles de droit pouvaient se réduire à un argument, relativement inefficace sauf s'il s'accompagnait d'une démonstration de puissance de son auteur. L'éventuelle solution du différend pouvait aussi bien être une application qu'une modification de l'Accord. R. Hudec l'a bien montré en examinant la manière dont fut résolue l'affaire *DISC* : il y eut certes un rapport de groupe spécial, mais la solution du différend est aussi passée par les négociations et les accords du Tokyo Round, un *Understanding* interprétant le rapport du groupe spécial, une déclaration du président du Conseil général exprimant le point de vue de la *majorité* des parties contractantes (ce qui n'équivaut pas à un consensus, mais exerce une pression politique sur le(s) minoritaire(s)), et de nombreux autres actes et événements constituant autant de passes d'armes entre les États impliqués²⁰³³.

²⁰³¹ M. HILF, « Power, Rules and Principles – Which Orientation for WTO/GATT Law? », *J.I.E.L.*, 2001, p. 114-116.

²⁰³² V. A. REICH, « From Diplomacy to Law: The Juridicization of International Trade Relations », *Northwestern Journ. Int. L. & Business* 17(2/3), 1996/1997, spéc. p. 793-799. Cet auteur analyse la juridicisation sans la distinguer explicitement de la judiciarisation. Si elle revient parfois à confondre des phénomènes distincts, cette méthode offre toutefois l'avantage de mettre en lumière les liens entre l'organisation des relations économiques conformément aux règles de droit et le mécanisme judiciaire destiné à faire respecter ces dernières.

²⁰³³ R.E. HUDEC, « Reforming GATT Adjudication Procedures: The Lessons of the DISC Case », *Minnesota L. R.* 72, 1988, p. 1488 et s.

L'Organisation avait alors un rôle assez informel : aider les parties à résoudre leur différend (conciliation) plutôt que trancher les disputes selon un principe « *winner takes all* », plus typique des processus juridiques²⁰³⁴. Il est symptomatique à cet égard que l'article XXIII du GATT, principale disposition relative au règlement des différends jusqu'en 1995, s'appliquait aussi bien aux situations de violation du droit qu'aux autres situations, au point qu'un observateur attentif a pu écrire que

« "Illegality" is an uncertain and ambiguous concept when applied to the General Agreement »²⁰³⁵.

Néanmoins le GATT a connu des évolutions renforçant l'importance des règles. On l'a vu pour ce qui concerne le règlement des différends (*supra*, n^{os} 356 et s.)²⁰³⁶. R. Hudec note aussi une évolution dans la composition du personnel du secrétariat, où la place des juristes s'est considérablement renforcée avec l'arrivée du Directeur général A. Dunkel (à partir de 1980), ce qui n'a pas manqué d'influencer l'angle d'approche pour la rédaction des rapports des groupes spéciaux, mais plus généralement « *the quality of GATT legal practice* »²⁰³⁷.

389. Modifications apportées par l'Accord de Marrakech

L'avènement de l'OMC, avec la règle du consensus inversé, a accentué le caractère juridique du règlement des différends²⁰³⁸. Les règles de droit sont devenues un argument plus porteur qu'auparavant ; le système est devenu (davantage) basé sur les règles²⁰³⁹. Comme le montre l'augmentation de la participation des pays en voie de développement dans le règlement des différends, elles permettent aux faibles qui les invoquent de prévaloir, au moins en droit, contre les puissants. Cette influence des règles est liée à un affaiblissement de la fonction conciliatrice

²⁰³⁴ K.W. DAM, *The GATT – Law and International Economic Organization*, Chicago, Londres, Chicago University Press, 1970, p. 356.

²⁰³⁵ K.W. DAM, *The GATT – Law and International Economic Organization*, Chicago, Londres, Chicago University Press, 1970, p. 352.

²⁰³⁶ J.H. JACKSON, « The case of the World Trade Organization », *Int. Affairs* 84(3), 2008, p. 442-445.

²⁰³⁷ R.E. HUDEC, « Reforming GATT Adjudication Procedures: The Lessons of the DISC Case », *Minnesota L. R.* 72, 1988, p. 1487, 1508.

²⁰³⁸ L. BOY, « Évaluation du préjudice commercial au regard des mesures de rétorsion dans le cadre du règlement des différends par l'ORD », in Y. CHAPUT (dir.), *Le droit au défi de l'économie*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2002, p. 84 ; R. BREWSTER, « Shadow Unilateralism: Enforcing International Trade Law at the WTO », *University Pennsylvania Journ. Int. L.* 30(4), 2009, p. 1141-1142 ; M.K. LEWIS, « The Lack of Dissent in WTO Dispute Settlement », *J.I.E.L.* 9(4), 2006, p. 897-898 ; G. SACERDOTI, « Structure et fonction du système de règlement des différends de l'OMC : les enseignements des dix premières années », *R.G.D.I.P.*, 2006, p. 771 et s.

²⁰³⁹ ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE, *Rapport sur le commerce mondial 2007. Soixante ans de coopération commerciale multilatérale : qu'avons-nous appris ?*, Genève, 2007, p. 281.

du règlement des différends au profit de sa fonction juridictionnelle²⁰⁴⁰. Comme l'écrit H. Ruiz Fabri,

« la juridictionnalisation produite dans le cadre du nouveau mécanisme, même si elle poursuit une évolution amorcée avant, l'accélère et a eu pour effet mécanique d'accroître le rôle du droit jusqu'à consacrer un « règne » du droit, ce qui, qu'on le veuille ou non, transforme le système commercial international »²⁰⁴¹.

Le recours croissant au mécanisme de règlement des différends, observé à tout le moins dans les premières années de l'OMC, montre que la juridictionnalisation et la juridicisation se renforcent mutuellement²⁰⁴². Le mécanisme de règlement des différends n'est pas toujours utilisé avec le même objectif. Dans la période qui suit la conclusion d'un Accord, il remplit surtout sa fonction de clarification des dispositions de celui-ci (art. 3.2 MRD). Par contre, en période de négociations, les États semblent moins recourir à ce mécanisme, probablement parce qu'ils recherchent la solution aux questions difficiles dans le cadre des négociations en cours. On observe cependant aussi une utilisation stratégique consistant à obtenir des décisions judiciaires qui procurent une position de force dans les négociations de l'OMC, ou même en vue de réformes internes, ce qui n'est pas nécessairement incompatible avec la fonction de clarification des règles²⁰⁴³. Plus généralement, l'existence d'une « menace » judiciaire influence la manière dont les membres de l'OMC abordent les négociations commerciales²⁰⁴⁴. Mais quoi qu'il en soit, le règlement juridique des litiges incite les États à placer davantage leurs relations sur le terrain du droit. L'activité des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel a permis de préciser et d'interpréter de nombreuses règles, ce qui réduit les marges de négociation et renforce encore la juridicité du système.

Le caractère obligatoire du mécanisme de règlement des différends accroît son efficacité relative par rapport aux résolutions politiques ou diplomatiques des problèmes posés par le droit

²⁰⁴⁰ V. Y. IWASAWA, « Third Parties Before International Tribunals: The ICJ and the WTO », in N. ANDO, E. MCWHINNEY et R. WOLFRUM (eds.), *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, Vol. 2, La Haye, Kluwer Law International, 2002, p. 875.

²⁰⁴¹ H. RUIZ FABRI, « Le juge de l'OMC : ombres et lumières d'une figure judiciaire singulière », *R.G.D.I.P.*, 2006, p. 70-71.

²⁰⁴² V. H. RUIZ FABRI, « Le juge de l'OMC : ombres et lumières d'une figure judiciaire singulière », *R.G.D.I.P.*, 2006, p. 81.

²⁰⁴³ E.-U. PETERSMANN, « From 'member-driven governance' to constitutionally limited 'multi-level trade governance' in the WTO », in G. SACERDOTI, A. YANOVICH et J. BOHANNES (eds.), *The WTO at Ten – The Contribution of the Dispute Settlement System*, Cambridge University Press, 2006, p. 88-89, 107-108.

²⁰⁴⁴ Pour une réflexion à partir d'un exemple, v. A. POLETTI, « Drowning Protection in the Multilateral Bath: WTO Judicialisation and European Agriculture in the Doha Round », *British Journ. Pol. Int. Relations* 12, 2010, p. 615-633.

économique international²⁰⁴⁵. Le même contraste apparaît entre la facilité d'obtention d'une décision juridictionnelle obligatoire et la difficulté de modifier les règles par la voie « législative »²⁰⁴⁶, la faculté de modifier les règles étant généralement comprise comme une forme de contre-pouvoir à celui du juge.

Cette efficacité accrue incite les États à recourir à la procédure et, partant, à poser les problèmes en termes de respect du droit. C'était moins le cas lorsque la primauté revenait à la négociation, dans laquelle les arguments juridiques ont certes un certain poids, mais qui s'avère plus perméable aux considérations d'opportunité et de puissance. Les organes judiciaires ont d'ailleurs appuyé cette tendance en s'autorisant à contrôler, selon les techniques et les critères qui les caractérisent, le respect de certaines règles qui peut également être vérifié par des organes politiques statuant selon la règle du consensus (simple). Les domaines des exceptions liées à la balance des paiements et aux unions régionales constituent des exemples éclairants²⁰⁴⁷.

La juridicisation résulte ainsi principalement de la position de supériorité que confère au mécanisme de règlement des différends la possibilité (nouvelle) de le mettre en œuvre unilatéralement²⁰⁴⁸, et de la tendance de celui-ci à résoudre les questions en application du droit, ce qui est à la fois naturel pour une juridiction et conforme à ses règles constitutives.

Outre les modifications dans le domaine du règlement des différends et leurs conséquences, l'histoire du GATT montre un développement de règles couvrant des champs toujours plus étendus, notamment dans le domaine des obstacles au commerce, des subventions, des services

²⁰⁴⁵ *Contra* : E.A. POSNER et J.C. YOO, « Judicial Independence in International Tribunals », *California L. R.* 93(1), 2005, p. 1-74, spéc. p. 44-50, qui avancent, avec une certaine prudence pour ce qui concerne le GATT et l'OMC, que, dans le domaine international, un système de règlement des différends plus indépendant des États est moins effectif ou efficace.

²⁰⁴⁶ C.-D. EHLERMANN, « Tensions between the dispute settlement process and the diplomatic and treaty-making activities of the WTO », *W.T.R.* 1(3), 2002, p. 302.

²⁰⁴⁷ Organe d'appel, *Inde – Restrictions quantitatives à l'importation de produits agricoles, textiles et industriels*, WT/DS90/AB/R, 23 août 1999, 80-109, qui confirme la décision du groupe spécial. V. aussi Organe d'appel, *Turquie – Restrictions à l'importation de produits textiles et de vêtements*, WT/DS34/AB/R, 22 octobre 1999, spéc. 60, qui se réfère à la décision précédente sans toutefois prendre position dès lors que la question ne faisait pas partie de l'appel. En doctrine, H. RUIZ FABRI, « Le règlement des différends au sein de l'OMC : naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit », in Ch. LEBEN, E. LOQUIN et M. SALEM, *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle – Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Dijon, Litec, 2000, p. 324.

²⁰⁴⁸ H. RUIZ FABRI, « Le règlement des différends au sein de l'OMC : naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit », in Ch. LEBEN, E. LOQUIN et M. SALEM, *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle – Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Dijon, Litec, 2000, p. 325.

et de la propriété intellectuelle, et définissant des obligations plus précises et/ou plus contraignantes²⁰⁴⁹.

390. Facteurs

La juridicisation n'est pas le fruit du hasard. Elle est favorisée par quelques facteurs brièvement rappelés ci-dessous.

L'augmentation du nombre des membres favorise un recours plus systématique aux règles²⁰⁵⁰. L'hétérogénéité accrue des cultures et des développements économiques joue aussi un rôle. À sa création, le GATT ressemblait à un « club » rassemblant quelques États occidentaux à l'économie développée, représentés par un cercle étroit de diplomates. Cette communauté de valeurs et d'intérêts n'avait guère besoin de règles juridiques précises. Dans une organisation comptant aujourd'hui plus de 150 États, du plus riche au plus pauvre de la planète, et dont les dirigeants proviennent de cultures fort diverses, les règles gagnent en importance. Elles sont formulées de manière plus précise et plus impérative et sont encadrées par des procédures plus formalistes, ce qui concourt à rendre leur application moins souple²⁰⁵¹.

La mondialisation est notamment caractérisée par l'augmentation de l'impact des effets des décisions économiques internationales sur les entreprises et les individus. Les citoyens se sentent concernés par ces questions et veulent participer aux décisions, à tout le moins exercer une forme de contrôle, par l'intermédiaire des élus. S'en trouve réduite la marge de manœuvre des pouvoirs exécutifs, nécessaire au fonctionnement d'un système basé sur la puissance et caractérisé par les négociations et les compromis²⁰⁵². Les entreprises attendent du système économique international qu'il renforce la sécurité juridique favorable au commerce²⁰⁵³, comme l'indique le préambule de l'Accord sur l'OMC. Cette sécurité résulte du respect des règles et s'accommode mal d'arrangements *ad hoc* conclus en considération des forces respectives des États en cause.

²⁰⁴⁹ Pour un exposé plus détaillé, v. A. REICH, « From Diplomacy to Law: The Juridicization of International Trade Relations », *Northwestern Journ. Int. L. & Business* 17(2/3), 1996/1997, spéc. p. 786-793.

²⁰⁵⁰ M. HILF, « Power, Rules and Principles – Which Orientation for WTO/GATT Law? », *J.I.E.L.*, 2001, p. 114.

²⁰⁵¹ H. RUIZ FABRI, « La contribution de l'Organisation mondiale du commerce à la gestion de l'espace juridique mondial », in E. LOQUIN et C. KESSEDJIAN, *La mondialisation du droit*, Paris, Litec, 2000, p. 354.

²⁰⁵² A ce sujet, v. J.H. JACKSON, *Restructuring the GATT System*, New York, Council on Foreign Relations Press, 1990, p. 54 et J.H. JACKSON, *The World Trading System – Law and Policy of International Economic Relations*, 2nd ed., Cambridge (MA), Londres, MIT Press, 1997, p. 111.

²⁰⁵³ M. HILF, « Power, Rules and Principles – Which Orientation for WTO/GATT Law? », *J.I.E.L.*, 2001, p. 115 ; J.H. JACKSON, *Restructuring the GATT System*, New York, Council on Foreign Relations Press, 1990, p. 55.

La prééminence des règles est renforcée par l'existence de l'Organe d'appel²⁰⁵⁴, dont les décisions obligatoires sont basées sur les règles de droit, et par sa jurisprudence, notamment en ce qu'elle interprète le droit de l'OMC dans le cadre plus général du droit international public. Maintenir l'OMC comme « un système fondé sur les règles » est d'ailleurs une politique affirmée par l'Organe d'appel, comme on le comprend par exemple de l'insistance avec laquelle son président a mis cette notion en exergue dans son avant-propos à un rapport annuel :

« [...] Un système fondé sur des règles ne peut perdurer si ces règles ne peuvent donner lieu à une interprétation ni à une décision. [...] Le système de règlement des différends est déterminant pour assurer la sécurité et la prévisibilité et constitue un élément clé du système fondé sur des règles de l'OMC. [...] »²⁰⁵⁵

Enfin, on a remarqué une évolution des États membres traditionnellement moins enclins à placer les problèmes dans le champ juridique et à recourir au mécanisme de règlement des différends (spécialement en Asie). Une nouvelle génération de diplomates et un environnement interne moins hostile au litige favoriseraient le recours au règlement des différends de l'OMC²⁰⁵⁶.

391. Subsistance d'éléments de puissance

La juridicisation n'est pas complète²⁰⁵⁷. Le système actuel conserve plusieurs dépendances à l'égard de la puissance des membres. L'inverse serait étonnant dans la société internationale d'aujourd'hui.

Un important élément de puissance se trouve dans la matière des sanctions. S'il est possible à tout État – malgré les difficultés pratiques rencontrées par certains pays en voie de développement (*supra*, n° 269) – d'obtenir une décision obligatoire constatant le non-respect des Accords par un autre membre et obligeant ce dernier à mettre sa pratique en conformité avec les règles, encore la possibilité factuelle ou économique d'exécution de cette décision reste-t-elle largement tributaire de la puissance respective des parties²⁰⁵⁸. Les sanctions prévues par l'article 22 MRD ne peuvent en effet être efficaces que lorsqu'elles sont exercées par un

²⁰⁵⁴ J.H. JACKSON, *The World Trading System – Law and Policy of International Economic Relations*, 2nd ed., Cambridge (MA), Londres, MIT Press, 1997, p. 127.

²⁰⁵⁵ ORGANE D'APPEL, *Rapport annuel pour 2009*, WT/AB/13, 17 février 2010, p. iii.

²⁰⁵⁶ J. LI, « From 'See You in Court!' to 'See You in Geneva!': an Empirical Study of the Role of Social Norms in International Trade Dispute Resolution », *Yale Journ. Int. L.* 32(2), 2007, p. 507-509.

²⁰⁵⁷ J.L. DUNOFF, « The Many Dimensions of Softwood Lumber », *Alberta L. Rev* 45(2), 2007, p. 353-354.

²⁰⁵⁸ R. ABBOTT, « WTO Disputes: The Battles in the Trade Wars – A Win-win Game? Or a Lottery? », in A. VON BOGDANDY, P.C. MAVROIDIS et Y. MENY (eds), *European Integration and International Co-ordination – Studies in Transnational Economic Law in Honour of Claus-Dieter Ehlermann*, La Haye, Kluwer Law International, 2002, p. 5.

grand État, c'est-à-dire un État dont l'économie est suffisamment importante pour influencer les prix mondiaux de certains biens (*supra*, n° 270). L'exécution d'une décision relative au règlement des différends dépend donc toujours de la puissance des parties²⁰⁵⁹. Ceci semble inévitable dans une société internationale qui n'a pas développé de « force publique », comparable à celle qui permet en définitive d'imposer le respect des règles de droit interne.

§ 2. *L'institutionnalisation du règlement des différends est un élément de l'institutionnalisation du droit du commerce international*

392. Introduction

Les développements qui précèdent font déjà apparaître que l'évolution du système de règlement des différends, devenu juridictionnel, s'inscrit dans une institutionnalisation plus générale du droit économique international (*supra*, chapitre I), mais qu'il est lui-même un facteur de renforcement de cette institutionnalisation.

Ce paragraphe synthétise les principaux éléments qui permettent de considérer le mécanisme de règlement des différends comme un élément proprement institutionnel de l'OMC.

393. Un organe qui exprime la voix de l'Organisation

Parmi les organes de l'OMC, ceux chargés du règlement des différends se différencient le plus d'une simple réunion des États membres.

On a vu que les autres organes, même s'ils sont composés de représentants de tous les États membres et s'ils décident selon la règle du consensus, expriment – dans certaines circonstances plus clairement que dans d'autres – la volonté de l'Organisation (*supra*, n°s 301 et s.). C'est d'autant plus le cas des autorités chargées du règlement des différends. Les groupes spéciaux et l'Organe d'appel – les titulaires du pouvoir de décision réel – ne sont pas composés de représentants des États (art. 8.9 et 17.3 MRD). Leurs membres sont indépendants des parties au litige (*supra*, n° 373). La règle du consensus inversé rend la décision détachée de la volonté des États membres : lorsque l'ORD adopte un rapport, il s'agit d'une décision de l'OMC, et non d'un accord entre les États membres.

²⁰⁵⁹ En ce sens, R.Z. LAWRENCE, *Crimes & punishments? – Retaliation under the WTO*, Washington, Institute for International Economics, 2003, p. 7 ; M.R. ISLAM, « Recent Trade Sanctions on the US to Induce Compliance with the WTO Ruling in the Foreign Sales Corporations Case: Its Policy Contradiction Revisited », *J.W.T.*, 2004, p. 480.

Cette expression d'une volonté institutionnelle est dirigée tant vers les membres, à qui elle s'impose, que vers l'extérieur à l'égard desquels elle établit l'Organisation comme une entité autonome :

« If a treaty establishes institutions, the courts will bolster those institutions, strengthening their authority internally and externally. At the internal level of that institution, the court will reinforce an institution's authority and impact *vis-à-vis* state parties beyond what the negotiators intended. At the external level, the court will recognize the institution's status as a "subject" of international law that must be treated and recognized as such by non-member states »²⁰⁶⁰.

L'intervention d'un tiers indépendant des parties (qu'il s'agisse des parties au différend ou des parties au traité) est donc une marque à la fois du caractère juridictionnel du mécanisme et de l'institutionnalisation de l'organisation dont il fait partie.

394. Un pouvoir dont les décisions s'imposent aux États

Les décisions prononcées dans le cadre du règlement des différends s'imposent aux États parties à la procédure. Dans le règlement des différends, on voit clairement que l'Organisation prend des décisions obligeant les États.

Il ne s'agit certes pas de droit dérivé, principalement pour deux raisons. D'une part, l'action des organes du règlement des différends se limite à l'application des règles convenues par les États membres et inscrites dans les Accords visés (art. 3.2 *in fine* MRD). Elle ne peut, en principe, être créatrice de nouvelles obligations substantielles (elle crée par contre des obligations de nature procédurale découlant de son action juridictionnelle). D'autre part, les décisions de l'ORD n'ont pas de portée réglementaire, générale et abstraite. Leur effet juridique se limite au litige soumis à l'ORD, conformément aux règles délimitant l'effet obligatoire de la décision et l'autorité de la chose jugée (*supra*, n^{os} 373 et s.).

Il n'en demeure pas moins que, pour qui observe le fonctionnement réel de l'OMC au-delà des règles juridiques, ces deux raisons appellent plus de nuances. Les décisions rendues dans le cadre du règlement des différends ont fait, et font toujours, évoluer le droit de l'OMC. C'est d'autant plus vrai lorsque s'avère grippé, à tout le moins trop lent aux yeux de certains, le mécanisme « législatif » qui, en l'espèce, nécessite l'accord unanime des États. Dans la stratégie avouée de certains États, la renégociation des Accords et l'intentement d'une procédure constituent des méthodes alternatives, jusqu'à un certain point substituables, pour faire évoluer

²⁰⁶⁰ E. BENVENISTI, « The Conception of International Law as a Legal System », *German Yearbook of Int. L.*, 2007, p. 397-398.

les règles du commerce international, ce qui montre bien que le règlement des différends est susceptible de produire un tel effet.

D'autre part, même en l'absence d'une règle du *precedent*, l'autorité reconnue aux décisions des groupes spéciaux et surtout de l'Organe d'appel leur donne une portée dépassant le cadre strict du différend²⁰⁶¹.

395. Un vecteur du projet institutionnel

Au-delà de la constatation que les organes du règlement des différends prennent des décisions qui, formellement ou dans les faits, orientent le comportement des États membres, on peut aussi montrer que ces décisions sont guidées par le projet institutionnel de l'OMC, c'est-à-dire, en résumé, l'organisation au niveau mondial d'un système commercial basé sur la non-discrimination et le libre-échange encadré par des règles (v. *supra*, n° 298). Une analyse de chaque décision serait fastidieuse, et peut-être ne trouverait-on pas une trace tangible de la défense d'un intérêt institutionnel dans chaque rapport. Néanmoins, certaines tendances observées par la doctrine illustrent clairement ce point.

J. Colares, par exemple, se demande pourquoi les statistiques révèlent que l'État plaignant obtient gain de cause dans une grande proportion des affaires²⁰⁶². Après avoir analysé et rejeté plusieurs causes possibles, cet auteur examine en particulier les affaires dans le domaine de l'antidumping et décèle dans la jurisprudence ce qu'il dénomme un « biais » en défaveur des droits antidumping (et donc en faveur de l'État plaignant, qui conteste devant l'ORD les droits antidumping levés à charge de ses entreprises). Ce biais se situerait notamment dans l'interprétation de la *deference*, c'est-à-dire la manière dont les groupes spéciaux et l'Organe d'appel acceptent de se référer aux décisions nationales, ou pour le dire autrement du degré d'intrusion de leur contrôle (quelque part entre l'appréciation marginale et le réexamen complet). L'utilisation différenciée des déclarations annexées aux Accords permettrait également de faire pencher la balance en faveur du libre-échange. Il conclut plus généralement

²⁰⁶¹ V. l'étude approfondie en trois parties de R. Bhala, pour qui l'absence de précédent obligatoire en droit de l'OMC relève du mythe et de l'hypocrisie : R. BHALA, « The Myth about *Stare Decisis* and International Trade Law (Part One of a Trilogy) », *American University Int. L. R.* 14, 1999, p. 845-956 ; R. BHALA, « The Precedent Setters: *De Facto Stare Decisis* in WTO Adjudication (Part Two of a Trilogy) », *Journ. Transnational L. & Policy* 9, 1999, p. 1-151 ; R. BHALA, « The Power of the Past: Towards *De Jure Stare Decisis* in WTO Adjudication (Part Three of a Trilogy) », *George Washington Int. L. R.* 33(3/4), 2001, p. 873-978.

²⁰⁶² J.F. COLARES, « A Theory of WTO Adjudication: From Empirical Analysis to Biased Rule Development », *Vanderbilt Journ. Transnational L.* 42(2), 2009, p. 383-439.

à l'existence d'une jurisprudence « activiste » et orientée vers une fin précise (la limitation des droits antidumping), qui démontre la promotion d'un intérêt institutionnel²⁰⁶³.

J. Goldstein et R. Steinberg examinent l'activité normative de l'Organe d'appel et remarquent qu'il a opté pour une politique jurisprudentielle active, comblant les lacunes, clarifiant les imprécisions, combinant les dispositions des Accords, au point d'aboutir à des solutions que les États membres n'auraient (voire n'avaient) pas retenues²⁰⁶⁴. Cette activité normative est plus importante aujourd'hui que du temps du GATT ; elle est quasi systématiquement orientée en faveur du libre-échange²⁰⁶⁵.

I. Van Damme remarque aussi l'incidence du contexte institutionnel sur l'interprétation qu'opère l'Organe d'appel, en particulier lorsqu'il applique le principe d'effectivité, qui impose d'interpréter le traité de manière à réaliser son objet et ses buts et à donner à ses clauses un effet utile. Or, la signification de l'objet et du but d'un traité ou de l'effet que doivent avoir ses dispositions, n'est pas (seulement) donnée depuis l'extérieur. Elle est aussi construite progressivement par l'institution elle-même. Dans l'exercice de leurs fonctions, les organes décisionnels peuvent, parfois, vouloir réorienter la mission de leur organisation ; mais même s'ils ne vont pas jusque-là, la manière dont ils comprennent l'objet et le but de leur action est nécessairement influencée par le fonctionnement plus général de l'organisation dont ils font partie, ses traditions, son évolution, l'action des autres organes et la manière dont ceux-ci conçoivent et expliquent leur action, les relations entre l'organisation et le monde qui l'entoure, etc. Ainsi, I. Van Damme peut écrire :

« The Appellate Body systematically interprets the same corpus of treaties within an institutional structure. This reality necessarily influences the weight given to the object and purpose of the treaty, its institutional context, and the wider and deeper system of WTO law²⁰⁶⁶. Effectiveness is a relative concept. What the Appellate Body finds an effective interpretation is in part determined by its institutional, judicial, and political context and function and by the object and purpose of the treaties it is asked to apply. »²⁰⁶⁷

²⁰⁶³ J.F. COLARES, « A Theory of WTO Adjudication: From Empirical Analysis to Biased Rule Development », *Vanderbilt Journ. Transnational L.* 42(2), 2009, p. 435.

²⁰⁶⁴ J.L. GOLDSTEIN et R.H. STEINBERG, « Negotiate or Litigate? Effects of WTO Judicial Delegation on U.S. Trade Politics », *L. and Contemporary Problems* 71, 2008, p. 267-272 et p. 275-280 pour une explication de ce phénomène aux États-Unis.

²⁰⁶⁵ J.L. GOLDSTEIN et R.H. STEINBERG, « Negotiate or Litigate? Effects of WTO Judicial Delegation on U.S. Trade Politics », *L. and Contemporary Problems* 71, 2008, p. 272-274.

²⁰⁶⁶ [Note de l'original] ¹⁷⁶ 'Deeper' denotes how the WTO legal system is not only reflected in the written word of the WTO covered agreements, but equally in the silences of those agreements and the practice and law resulting from the WTO institutional bodies. 'Wider' refers to the relationship between the WTO covered agreements and general international law and other treaty law.

²⁰⁶⁷ I. VAN DAMME, « Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body », *E.J.I.L.* 21(3), 2010, p. 636.

396. Conclusion du chapitre II

L'étude de l'évolution du mécanisme de règlement des différends du GATT puis de l'OMC est particulièrement révélatrice du mouvement d'institutionnalisation dans ce domaine des relations internationales. L'institutionnalisation prend ici la forme d'un passage d'une méthode diplomatique de règlement des différends à une méthode juridictionnelle, c'est-à-dire de la juridictionnalisation.

Après avoir consacré quelques développements aux modes de règlement des litiges en général et à la définition de la juridiction, ce chapitre a démontré que le mécanisme de règlement des différends de l'OMC est véritablement juridictionnel. On ne peut guère en douter face à ses caractéristiques et à son fonctionnement actuels, sauf à accorder aux décisions formelles de l'ORD une importance qu'elles n'ont plus. L'évolution du règlement des différends fait en effet clairement apparaître que, si les États ont initialement opté pour un mécanisme reposant sur la diplomatie et le consensus, ce mécanisme a ensuite évolué pour acquérir progressivement les attributs d'une juridiction : les décisions sont prises par un organe indépendant et impartial, en application des règles de droit et au terme d'une procédure contradictoire ; elles sont revêtues de l'autorité de la chose jugée. L'intervention d'un organe politique (l'ORD) s'explique comme un vestige du passé ; son rôle purement formel n'autorise pas à remettre en cause la qualification de juridiction.

En parallèle, mais aussi en raison de cette juridictionnalisation, le rôle du droit a tendance à croître : les rapports de force entre États, s'ils sont toujours présents dans les négociations commerciales et dans les litiges (en particulier au stade des sanctions), sont « disciplinés » par des règles dotées d'une réelle effectivité. À nouveau, l'évolution est intéressante à observer car c'est à travers elle qu'on peut discerner une tendance, au-delà des épisodes isolés.

La juridictionnalisation du règlement des différends entraîne plusieurs conséquences. Certaines ont trait au fonctionnement du mécanisme, qui doit satisfaire aux exigences de la fonction juridictionnelle en termes d'indépendance, d'impartialité, de procédure équitable et contradictoire, etc. Que le respect de ces garanties fasse aujourd'hui partie de la pratique des organes juridictionnels de l'OMC sert en même temps d'indice pour les qualifier comme tels. C'est plutôt en sens que nous les avons invoqués.

Ces conséquences de la juridictionnalisation ont une grande importance, tant pour la pratique des juristes que pour la légitimité de l'OMC et de son juge. Mais on s'intéresse ici à d'autres conséquences, qui sont de deux ordres. D'une part, la juridiction et le pouvoir des règles sont

des facteurs importants de l'institutionnalisation. Grâce à son juge, l'Organisation s'exprime par ses propres organes, contre et outre la volonté de ses membres. Elle augmente ses pouvoirs et s'impose à eux, les soumettant à un corps de règles qui réalisent son projet. Elle poursuit par cette voie son objectif de libéralisation disciplinée du commerce international. C'est dire en quoi la juridictionnalisation est un élément-clé de l'institutionnalisation. La démonstration de la juridictionnalisation renforce donc celle de l'institutionnalisation de l'OMC, qui a fait l'objet du chapitre précédent. D'autre part, la juridictionnalisation permet de donner aux sanctions un autre sens que celui que leur prêtent les théories traditionnelles. Car dès lors qu'elles se situent dans un système institutionnel et qu'elles contribuent à faire respecter la décision d'un juge, les sanctions quittent le champ des relations bilatérales entre deux États, pour se situer dans une relation tripartite, entre les deux membres en litige et l'Organisation. Pour le dire autrement, au sein d'un mécanisme de règlement des différends institutionnalisé, les sanctions aussi s'institutionnalisent. C'est l'objet du chapitre qui suit.

Chapitre III *Institutionnalisation des sanctions de l'OMC*

397. Introduction

L'institutionnalisation de l'OMC et de son règlement des différends modifie profondément le sens des sanctions. Consistant en une suspension d'obligations apparentée à une forme d'exception d'inexécution, elles prennent une signification différente selon que le contexte est contractuel ou institutionnel.

Or, comme on l'a vu dans la deuxième partie, la doctrine en rend majoritairement compte sur la base des catégories du droit international général (suspension en droit des traités et responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite). La relation bilatérale entre les États impliqués dans le litige est alors mise en avant, au détriment de la dimension institutionnelle des sanctions. Ce chapitre a pour objectif l'étude de cette dernière ; il montre que les sanctions de l'OMC sont institutionnelles et en tire ensuite les conséquences quant à leurs fonctions au sein de l'Organisation.

Une première section montre comment les sanctions se sont institutionnalisées. Le système de sanctions constitue aujourd'hui un régime distinct de celui des sanctions organisées par le droit international public général (§ 1). Il est doté de réelles caractéristiques institutionnelles (§ 2). Une seconde section expose le rôle institutionnel qui revient aux sanctions du droit de l'Organisation mondiale du commerce.

Section 1 Le phénomène de l'institutionnalisation des sanctions

§ 1. Sanctions de l'OMC comme régime distinct du droit international général

398. Introduction

Il n'entre pas dans notre projet de proposer une théorie générale des relations entre le droit de l'OMC et les autres normes du droit international public. Par contre, il faut exposer une telle articulation dans le domaine des sanctions, ce qui n'est pas la même chose²⁰⁶⁸.

Comme on l'a vu, trois types de règles sont susceptibles de s'appliquer à cette situation. D'abord, les Accords de l'OMC (et en particulier l'article 22 du Mémorandum d'accord) traitent de la sanction d'une violation des Accords visés. Ensuite, l'article 60 de la Convention de Vienne sur le droit des traités règle les conséquences de la violation d'un traité. Cet article reprend du droit coutumier, de sorte que les règles qu'il explicite s'appliquent à tous les États (*supra*, n^{os} 201 et s.). Enfin, le droit international coutumier, tel que le font apparaître notamment les Articles de la CDI sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, contient aussi les règles de responsabilité applicables lorsqu'un État a méconnu une obligation internationale (*supra*, n^{os} 197 et s.). Ces règles ne sont pas d'ordre public (art. 45 du Projet de la CDI). Les États peuvent les aménager conventionnellement, avant ou après la naissance du dommage (art. 55 du Projet de la CDI)²⁰⁶⁹.

Le système de sanctions de l'OMC est inspiré des règles du droit international général, mais il l'aménage en réécrivant une réglementation complète de cette question, dans un Mémorandum d'accord dont les États sont convenus qu'il devait être exclusivement utilisé pour régler les différends relatifs aux Accords visés. En conséquence, la référence aux règles générales du droit international public est largement inutile dans la pratique. Il faut toutefois vérifier s'il est certain qu'aucune règle autre que celles du Mémorandum d'accord ne s'applique aux sanctions découlant de la violation du droit de l'OMC.

399. Sanctions de l'OMC comme *lex specialis*

La réglementation des suspensions d'obligations, et plus généralement le Mémorandum d'accord qui la contient, forment une *lex specialis* par rapport aux conséquences que le droit

²⁰⁶⁸ J. Pauwelyn, qui a étudié de manière approfondie les relations entre le droit de l'OMC et les autres règles du droit international, le remarque également (*Conflict of Norms in Public International Law – How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge University Press, 2003, p. 39).

²⁰⁶⁹ V. J. VERHOEVEN, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 626.

international général prévoit pour la violation d'obligations internationales (en particulier celles résultant d'un traité)²⁰⁷⁰.

Aux termes de l'article 1.1 du Mémorandum d'accord, ses dispositions s'appliquent au règlement des différends soulevés en vertu des Accords visés, c'est-à-dire l'Accord sur l'OMC et ses annexes 1 (Accords commerciaux multilatéraux), 2 (Mémorandum d'accord) et, le cas échéant, 4 (Accords commerciaux plurilatéraux). Ainsi, le Mémorandum d'accord, contenant les règles relatives aux sanctions, ne s'applique pas pour la violation de tous les accords entre les parties, mais uniquement pour les différends dans lesquels sont invoqués, seuls ou conjointement, les Accords visés.

En définissant ainsi son champ d'application, le Mémorandum d'accord se pose comme une *lex specialis* par rapport aux dispositions du droit international général. Cette qualité de *lex specialis* ne signifie pas nécessairement que le Mémorandum d'accord écarte radicalement l'application de toutes les règles du droit international général. Tirer cette conclusion nécessiterait non seulement d'analyser le Mémorandum d'accord comme un *self contained regime* (au sens relatif), c'est-à-dire comme un corps de règles contenant en lui-même tous les éléments nécessaires au fonctionnement et à l'application de cette partie du droit, mais aussi que ce régime soit en tous points incompatible avec les règles générales, sans quoi il ne constituerait pas vraiment une dérogation.

Tel n'est pas le cas du Mémorandum d'accord dans son ensemble. Pour ne citer qu'un seul exemple, le Mémorandum d'accord ne déroge pas à l'obligation de régler pacifiquement les différends, ce qui serait d'ailleurs nul, en raison du conflit avec une norme de *ius cogens*²⁰⁷¹ (*supra*, n° 194). Au contraire, il confirme cette obligation, en précisant les modalités de sa mise en œuvre dans un domaine particulier du droit international. On pourrait examiner ainsi toutes les dispositions du Mémorandum d'accord, mais tel n'est pas l'objectif. Il suffit de faire cette analyse au sujet de sanctions, c'est-à-dire des conséquences de la violation des Accords.

²⁰⁷⁰ C.-E. CÔTÉ, *La participation des personnes privées au règlement des différends internationaux économiques : l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 108 et s. ; P. LAMY, « The Place of the WTO and its Law in the International Legal Order », *E.J.I.L.* 17(5), 2006, p. 975 ; S. SHADIKHODJAEV, *Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, p. 10, 45.

²⁰⁷¹ J. VERHOEVEN, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 671.

400. Dispositions relatives à l'interaction des règles de sanction

Dans l'analyse de cette question, on peut s'appuyer sur les dispositions expresses insérées dans les traités en vue de résoudre le cas des règles spéciales.

Ainsi, l'article 55 du Projet de la CDI²⁰⁷² dispose que

« Les présents articles ne s'appliquent pas dans les cas et dans la mesure où les conditions d'existence d'un fait internationalement illicite ou le contenu ou la mise en œuvre de la responsabilité internationale d'un État sont régis par des règles spéciales de droit international. »

Quant à l'article 60, § 4, de la Convention de Vienne sur le droit des traités, il indique que

« Les paragraphes qui précèdent ne portent atteinte à aucune disposition du traité applicable en cas de violation. »

Ces deux dispositions expriment la règle générale du droit international qui veut que celui-ci soit, en règle, supplétif de la volonté des États²⁰⁷³. En particulier, elles confirment que les règles relatives aux conséquences du non-respect d'obligations ne relevant pas du *ius cogens* ne font, logiquement, pas non plus partie de ce droit impératif.

Face à ces deux dispositions, l'article 23 du Mémoire d'accord est rédigé comme suit :

« Renforcement du système multilatéral

1. 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.

2. Dans de tels cas, les Membres :

a) ne détermineront pas qu'il y a eu violation, que des avantages ont été annulés ou compromis ou que la réalisation d'un objectif des accords visés a été entravée si ce n'est en recourant au règlement des différends conformément aux règles et procédures du présent mémorandum d'accord, et établiront toute détermination de ce genre au regard des constatations contenues dans le rapport du groupe spécial ou de l'Organe d'appel adopté par l'ORD ou d'une décision arbitrale rendue au titre du présent mémorandum d'accord ;

b) suivront les procédures énoncées à l'article 21 pour déterminer le délai raisonnable à ménager au Membre concerné pour lui permettre de mettre en œuvre les recommandations et décisions ; et

c) suivront les procédures énoncées à l'article 22 pour déterminer le niveau de la suspension de concessions ou d'autres obligations et obtenir l'autorisation de l'ORD, conformément à ces procédures, avant de suspendre des concessions ou d'autres obligations résultant des accords visés au motif que le Membre en cause n'a pas mis en œuvre les recommandations et décisions dans ce délai raisonnable. »

²⁰⁷² Pour un examen de cet article, B. SIMMA et D. PULKOWSKI, « Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law », *E.J.I.L.* 17(3), 2006, p. 485-490.

²⁰⁷³ Sur le caractère supplétif des dispositions pertinentes de la Convention de Vienne, B. SIMMA et C.J. TAMS, « Article 60. Termination or suspension of the operation of a treaty as a consequence of its breach », in O. CORTEN et P. KLEIN (eds), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties. A Commentary*, vol. II, Oxford University Press, 2011, p. 1357 ; M.E. VILLIGER, « The 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties – 40 Years After », *R.C.A.D.I.*, t. 344, 2009, p. 153-154.

Quoique son interprétation exacte doive être discutée, un contraste apparaît immédiatement entre cet article et les deux dispositions citées plus haut. Les Articles de la CDI et la Convention de Vienne, suivant en cela le droit coutumier, s'effacent devant une règle internationale particulière excluant leur application ; le Mémoire d'accord, en revanche, revendique une forme d'exclusivité en excluant l'application d'autres règles. Les mots choisis ne sont malheureusement pas aussi explicites qu'ils auraient pu l'être. L'interprétation doit donc se nourrir d'autres éléments, tirés notamment de l'historique et de la jurisprudence (*infra*, n^{os} 401 et s.).

401. Historique

En matière de règlement des différends, le GATT de 1947 n'excluait pas explicitement l'utilisation des procédures de droit commun pour obtenir la réparation ou la cessation de violations du droit de l'OMC. Une disposition en ce sens figurait dans la Charte de La Havane instituant une Organisation internationale du commerce, qui n'est jamais entrée en vigueur :

« Article 92 – Recours aux procédures prévues par la Charte.

1. Les États membres s'engagent à n'avoir recours, dans leurs rapports avec les autres États membres et avec l'Organisation, à aucune procédure autre que les procédures prévues par la présente Charte en ce qui concerne les réclamations et le règlement des différends auxquels donnerait lieu l'application de la Charte.

2. Les États membres s'engagent également, sans préjudice de tout autre accord international, à n'avoir recours à aucune mesure économique unilatérale qui serait contraire aux dispositions de la présente Charte. »²⁰⁷⁴

La question est restée théoriquement incertaine, mais la pratique fut constante : aucun État n'a jamais demandé à la Cour internationale de justice d'appliquer le GATT²⁰⁷⁵.

L'exclusion du droit commun en matière de contre-mesures a davantage posé question. Face à ce qu'ils percevaient comme une inefficacité du mécanisme de règlement des différends du GATT, les États-Unis ont mis en œuvre une politique de sanctions unilatérales en réponse à des comportements qu'ils estimaient injustement ou déraisonnablement contraires à leurs intérêts commerciaux. Les mesures-phares de cette politique sont les fameuses sections 301 à 310 du *Trade Act* de 1974²⁰⁷⁶. En résumé, ces dispositions autorisent le Représentant des États-Unis

²⁰⁷⁴ On notera la structure similaire, en deux parties, adoptée pour l'article 23 MRD. V. aussi J.H. JACKSON, *The World Trading System – Law and Policy of International Economic Relations*, 2nd ed., Cambridge (MA), MIT Press, 1997, p. 124.

²⁰⁷⁵ J.H. JACKSON, *The World Trading System – Law and Policy of International Economic Relations*, 2nd ed., Cambridge (MA), MIT Press, 1997, p. 124.

²⁰⁷⁶ V. not. J.L. GOLDSTEIN et R.H. STEINBERG, « Negotiate or Litigate? Effects of WTO Judicial Delegation on U.S. Trade Politics », *L. and Contemporary Problems* 71, 2008, p. 264 ; S. SHADIKHODJAEV, *Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, p. 36-37. Sur ce dispositif

pour les questions commerciales (USTR) à déterminer que les États-Unis sont « frustrés de leurs droits » découlant d'un traité de commerce ou qu'ils sont victimes d'un obstacle injustifié au commerce international ; et, dans ce cas, elles l'autorisent ou lui imposent de mettre en œuvre de sanctions commerciales²⁰⁷⁷. Ces dispositions distinguent différentes hypothèses mais, dans certains cas au moins, elles autorisent ou imposent à l'administration américaine de déterminer l'existence d'une violation d'un accord commercial auquel les États-Unis sont parties (dont le GATT) et/ou de mettre en œuvre des sanctions sans passer par le mécanisme de règlement des différends du GATT ou (en raison de délais impératifs qu'elles fixent) sans attendre l'aboutissement d'une procédure qui y aurait été introduite.

A l'époque déjà, la doctrine faisait valoir une exclusivité des sanctions prévues par l'article XXIII du GATT, en indiquant qu'elles seules pouvaient être appliquées en réaction à une violation du GATT, mais aussi que le non-respect des règles du GATT ne pouvait pas être justifié au titre de contre-mesure pour la violation d'une obligation internationale étrangère au GATT²⁰⁷⁸.

La question a fait l'objet d'un compromis lors du cycle de l'Uruguay. L'exclusivité accordée aux organes du règlement des différends fut alors liée à l'interdiction de l'unilatéralisme. Celle-ci faisait partie de la condition posée pour accepter le renforcement du mécanisme de règlement des différends. Les États-Unis laissaient entendre qu'à défaut de procédure (plus) contraignante, ils continueraient à se faire justice eux-mêmes, comme ils l'avaient fait surtout au cours des années 1980²⁰⁷⁹. L'accord d'autres États (spécialement de la Communauté européenne et du Japon) au renforcement du règlement des différends était conditionné à la fin des (menaces de) pratiques unilatérales des États-Unis²⁰⁸⁰. Le compromis a vu naître l'interdiction explicite de

législatif, son évolution et sa signification, A.C. SWAN, « "Fairness" and "Reciprocity" in International Trade: Section 301 and the Rule of Law », *Arizona Journ. Int. and Comp. L.* 16(1), 1999, p. 37-75.

²⁰⁷⁷ Pour une traduction française de ces dispositions, Groupe spécial, *États-Unis – Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur*, WT/DS152/R, 22 décembre 1999, Annexe I. L'Annexe II expose schématiquement le fonctionnement de ce dispositif.

²⁰⁷⁸ L. BOISSON DE CHAZOURNES, *Les contre-mesures dans les relations internationales économiques*, Paris, Pedone, 1992, p. 148-149. Comp. G. ARANGIO-RUIZ, « Quatrième rapport sur la responsabilité des États », *Annuaire CDI*, 1992, vol. II, partie 1, § 111.

²⁰⁷⁹ R.E. HUDEC, *Enforcing International Trade Law – The Evolution of the Modern GATT Legal System*, Salem, Butterworth, 1993, p. 237 ; A. STEINMANN, « Article 23 DSU », in R. WOLFRUM, P.-T. STOLL et K. KAISER (eds), *WTO – Institutions and Dispute Settlement*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2006, p. 558. V. 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. et A. REICH, « From Diplomacy to Law: The Juridicization of International Trade Relations », *Northwestern Journ. Int. L. & Business* 17(2/3), 1996/1997, p. 801-802.

²⁰⁸⁰ Sur ce « marché », v. R. BREWSTER, « Shadow Unilateralism: Enforcing International Trade Law at the WTO », *University Pennsylvania Journ. Int. L.* 30(4), 2009, p. 1138 ; J.L. GOLDSTEIN et R.H. STEINBERG,

l'unilatéralisme, qui est devenue un des fondements du système multilatéral²⁰⁸¹, garantissant sa stabilité et sa prévisibilité²⁰⁸².

Ceci n'a pas empêché le maintien des sections 301 à 310 du *Trade Act* de 1974, ce qui donné lieu à un différend dans le cadre de l'OMC. Le groupe spécial n'a pas déclaré les mesures en cause incompatibles avec les obligations des États-Unis au titre des Accords de l'OMC, principalement en raison de la circonstance que, dans une circulaire administrative (intitulée « Enoncé des mesures administratives ») et devant le groupe spécial, les États-Unis ont pris l'engagement de ne pas appliquer les sections 301 à 310 du *Trade Act* de 1974 de manière contraire avec l'interdiction de l'unilatéralisme. Ainsi complétées par cet engagement de passer par le mécanisme de règlement des différends de l'OMC et de se conformer à ses décisions, et moyennant le respect de cet engagement, les mesures en cause n'étaient plus contraires au droit de l'OMC²⁰⁸³.

402. Jurisprudence

Avec d'autres, cette affaire des *Articles 301 à 310 de la loi de 1974 sur le commerce extérieur* a donné à la jurisprudence l'occasion de préciser plusieurs points concernant la portée de l'article 23 du Mémoire d'accord.

Premièrement, cet article exclut le recours au droit commun du règlement des différends interétatiques, c'est-à-dire tant aux initiatives unilatérales qu'à la saisine de juridictions internationales autres que l'ORD :

« Negotiate or Litigate? Effects of WTO Judicial Delegation on U.S. Trade Politics », *L. and Contemporary Problems* 71, 2008, p. 264-265 ; 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. 374 ; A.F. LOWENFELD, *International Economic Law*, Oxford University Press, 2002, p. 180 et s. ; J. PAUWELYN, « The calculation and design of trade retaliation in context: what is the goal of suspending WTO obligations? », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 46, 58 ; J. PAUWELYN, « The Dog that Barked But Didn't Bite: 15 Years of Intellectual Property Disputes at the WTO », *Journ. Int. Dispute Settlement* 1(2), 2010, p. 391 (en ce qui concerne les droits intellectuels) ; T.N. SRINIVASAN, « The Dispute Settlement Mechanism of the WTO: A Brief History and an Evaluation from Economic, Contractarian and Legal Perspectives », *World Economy* 30(7), 2007, p. 1039 ; A.L. STOLER, « The WTO dispute settlement process: did the negotiators get what they wanted? », *W.T.R.* 3(1), 2004, p. 103 ; A.C. SWAN, « "Fairness" and "Reciprocity" in International Trade: Section 301 and the Rule of Law », *Arizona Journ. Int. and Comp. L.* 16(1), 1999, p. 75.

²⁰⁸¹ D. LUFF, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce – Analyse critique*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 967.

²⁰⁸² États-Unis – Certains produits en provenance des CE, 6.14 et s.

²⁰⁸³ V. not. le dispositif du rapport : Groupe spécial, États-Unis – Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur, WT/DS152/R, 22 décembre 1999, 8.1.

« 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. »²⁰⁸⁴

« 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. »²⁰⁸⁵

Deuxièmement, les sanctions prévues par le Mémorandum d'accord sont les seules qui puissent être mises en œuvre par les Membres de l'OMC pour assurer le respect des Accords. Ceci implique l'interdiction des contre-mesures – qu'il s'agisse d'une mesure *a priori* contraire au droit de l'OMC ou à une autre obligation de droit international²⁰⁸⁶ – sauf autorisation de l'ORD conformément à l'article 22 MRD. Ceci comprend notamment l'interdiction d'imposer des sanctions unilatéralement.

« Lorsqu'une mesure est prise dans le contexte décrit au premier paragraphe de l'article 23 – c'est-à-dire lorsqu'un Membre cherche à obtenir réparation en cas de violation des règles de l'OMC – cette mesure, si elle est prise en dehors du cadre institutionnel de l'OMC ou d'une manière incompatible avec le Mémorandum d'accord, constitue une violation de l'article 23:1 du Mémorandum d'accord »²⁰⁸⁷.

Ne constitue toutefois pas une violation de l'article 23 MRD le fait de maintenir des sanctions préalablement autorisées, pendant la durée de la procédure visant à trancher une contestation sur le point de savoir si le défendeur s'est, ou non, mis en conformité, même si cette procédure aboutit finalement à la conclusion que la violation avait cessé, du moins si le plaignant a engagé, ou participe « activement » à, cette procédure de mise en conformité (*supra*, n° 163)²⁰⁸⁸.

²⁰⁸⁴ 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 de ce rapport. Les débats de l'ORD précédant l'adoption de ce rapport révèlent l'accueil largement favorable qui leur fut réservé ; les États ont tout au plus cherché à apporter quelques nuances aux affirmations du groupe spécial (Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 27 janvier 2000, WT/DSB/M/74, 22 février 2000, p. 10-20).

²⁰⁸⁵ Groupe spécial, *Communautés européennes – Mesures affectant le commerce des navires de commerce*, WT/DS301/R, 22 avril 2005, 7.193. Les parties n'ont pas interjeté appel contre cette décision.

²⁰⁸⁶ V. *a fortiori* Groupe spécial, *Communautés européennes – Mesures affectant le commerce des navires de commerce*, WT/DS301/R, 22 avril 2005, 7.198 et s.

²⁰⁸⁷ *États-Unis – Certains produits en provenance des CE*, 5.9. Les États-Unis n'ont pas interjeté appel contre les constatations du groupe spécial basées sur l'article 23.1 MRD (*États-Unis – Certains produits en provenance des CE (appel)*, 58). La condamnation de l'unilatéralisme fut relativement peu commentée à la réunion de l'ORD, mais les États qui l'abordèrent approuvèrent les rapports du groupe spécial et de l'Organe d'appel sur ce point (Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 10 janvier 2001, WT/DSB/M/96, 22 février 2001, p. 6-13).

²⁰⁸⁸ *États-Unis – Maintien de la suspension (appel)*, 377-384.

Troisièmement, d'après le groupe spécial *CE – Navires de commerce*, l'interdiction vise aussi les rétorsions, c'est-à-dire des « mesures » compatibles avec le droit de l'OMC, en l'espèce des subventions²⁰⁸⁹.

« le Groupe spécial considère, sur la base d'une interprétation de l'article 23:1 du Mémorandum d'accord suivant le sens ordinaire de ses termes et à la lumière de l'objet et du but de cette disposition, que l'obligation d'avoir recours au Mémorandum 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. »²⁰⁹⁰

Certains auteurs expriment des doutes quant à ce raisonnement²⁰⁹¹. Ses termes sont sans doute excessifs ; l'article 23 MRD n'interdit pas les démarches amiables, voire insistantes, en vue d'obtenir le retrait de la mesure. Mais l'unilatéralisme n'est jamais très loin :

« Il était très surprenant qu'un groupe spécial estime qu'un Membre ne devait pas essayer de résoudre un différend par des moyens informels, mais qu'il devait plutôt mobiliser le temps et les ressources qui étaient nécessaires pour le règlement formel des différends. Qui plus est, selon ce raisonnement, il serait contraire à l'article 23:1 qu'un Membre demande simplement à un autre Membre de supprimer une mesure incompatible avec l'OMC. Plus spécifiquement, dans le contexte des subventions, ce serait une violation qu'un Membre fasse quoi que ce soit pour tenter d'influer sur la conduite d'un autre Membre de manière à ce que celui-ci supprime les effets néfastes d'une subvention. »²⁰⁹²

Même sans adhérer à la théorie réaliste des relations internationales, on peine à suivre les États-Unis lorsqu'ils assimilent « demander simplement » et « tenter d'influer sur la conduite » d'un État. Entre la simple demande, évidemment permise, et les sanctions commerciales unilatérales, qui ne le sont pas, les possibilités d'action sont quasi infinies pour l'État lésé. L'interdiction de l'article 23 MRD vise des actes qui se situent quelque part entre ces deux extrêmes.

²⁰⁸⁹ Groupe spécial, *Communautés européennes – Mesures affectant le commerce des navires de commerce*, WT/DS301/R, 22 avril 2005, 7.198-7.203, 7.207.

²⁰⁹⁰ Groupe spécial, *Communautés européennes – Mesures affectant le commerce des navires de commerce*, WT/DS301/R, 22 avril 2005, 7.207.

²⁰⁹¹ Th. SEBASTIAN, « The law of permissible WTO retaliation », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 90-91.

²⁰⁹² Déclaration des États-Unis lors de l'adoption du rapport du groupe spécial, *Communautés européennes – Mesures affectant le commerce des navires de commerce* (Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 20 juin 2005, WT/DSB/M/192, 15 juillet 2005, n° 55, p. 13).

Comme l'a montré l'affaire *EU – Certains produits en provenance des CE*, précitée, l'appréciation de l'espèce pourra notamment dépendre de la manière dont l'État a lui-même qualifié sa mesure²⁰⁹³ et de son effet économique²⁰⁹⁴.

Les principes qui précèdent impliquent aussi l'exclusion, dans le cadre de l'OMC, de l'application du mécanisme de suspension prévu à l'article 60 de la Convention de Vienne. Comme le note le groupe spécial précité,

« dans le contexte de l'OMC, la disposition de l'article 60 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (1969) ne s'applique pas en raison de l'adoption des dispositions plus précises de l'article 23 du Mémorandum d'accord. »²⁰⁹⁵

Intervenant comme tierce-partie dans l'affaire *CE – Navires de commerce*, les États-Unis se rallient à ce point de vue, estimant que l'article 60 de la Convention de Vienne n'est ni un Accord visé (art. 1.1 MRD) ni une règle coutumière d'interprétation des traités (art. 3.2 MRD)²⁰⁹⁶. Le groupe spécial s'en tient à son interprétation extensive de l'article 23 du Mémorandum d'accord et refuse l'interprétation proposée par les Communautés européennes selon laquelle l'article 23 MRD ne serait qu'une disposition procédurale modalisant la mise en œuvre de la suspension prévue par l'article 60 de la Convention de Vienne²⁰⁹⁷.

403. Réfutation des objections

Certains auteurs estiment que les dispositions du Mémorandum d'accord n'empêcheraient pas les États de recourir aux contre-mesures du droit international public, si les sanctions prévues par le Mémorandum d'accord s'avéraient impuissantes à contraindre au respect des Accords. L'argumentation part de l'idée que le droit de l'OMC découle d'un traité s'intégrant dans l'ordre juridique international, de sorte que les sanctions « classiques » du droit international public resteraient d'application, à tout le moins après l'épuisement (sans succès) des procédures et moyens de contrainte spécifiques prévus par le droit de l'OMC²⁰⁹⁸.

²⁰⁹³ *États-Unis – Certains produits en provenance des CE*, 6.25 et s.

²⁰⁹⁴ *États-Unis – Certains produits en provenance des CE*, 6.33.

²⁰⁹⁵ *États-Unis – Certains produits en provenance des CE*, 6.133, n. 170.

²⁰⁹⁶ Groupe spécial, *Communautés européennes – Mesures affectant le commerce des navires de commerce*, WT/DS301/R, 22 avril 2005, 5.37.

²⁰⁹⁷ Groupe spécial, *Communautés européennes – Mesures affectant le commerce des navires de commerce*, WT/DS301/R, 22 avril 2005, 4.184 et s. (argument des CE) et 7.205 (décision du groupe spécial).

²⁰⁹⁸ V. P.C. MAVROIDIS, « Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place », *E.J.I.L.*, 2000, p. 764-765. L'auteur cite le rapport de l'Organe d'appel dans le différend des *Crevettes* pour affirmer que l'OMC n'est pas un régime autosuffisant et isolé du droit international général (*self contained regime*), mais il ne discute pas la portée de l'article 23 MRD. Il estime que le Projet d'articles de la CDI est

Certes, le droit de l'OMC n'est pas indépendant du droit international. Son inclusion dans le droit international rend obligatoires entre États membres les dispositions convenues par traité, pour autant qu'elles ne soient pas contraires au *ius cogens*. Même les défenseurs de l'application subsidiaire des règles générales de responsabilité reconnaissent qu'il serait concevable qu'un traité les écarte totalement :

« a strong form of *lex specialis* could exclude the application of the general regime of state responsibility altogether, either by explicit provision or by implication, that is, by virtue of a regime's particular structure or its object and purpose. This latter concept of a strong *lex specialis* designed to exclude completely the general international law of state responsibility is what we denote as a 'self-contained regime'. »²⁰⁹⁹

Le droit de l'OMC n'écarte pas toutes les dispositions du droit international public²¹⁰⁰, d'abord parce que ce n'est pas possible, ensuite parce que telle ne fut jamais l'intention des États (*supra*, n° 179 et s.). En revanche, son texte (*supra*, n° 400), son historique (*supra*, n° 401) et son interprétation jurisprudentielle (*supra*, n° 402) indiquent que le Mémoire d'accord instaure un mécanisme exclusif de mise en œuvre des obligations des États et interdit de recourir aux mécanismes du droit commun²¹⁰¹. En d'autres termes, l'interdiction d'imposer des contre-mesures du droit général ne provient pas d'un prétendu (et inexistant) « isolement » du droit de l'OMC, mais plutôt de la volonté des États jointe à la force obligatoire des traités. J. Pauwelyn exprime l'argument un peu différemment, mais le cœur est le même : le recours aux contre-

applicable à l'OMC, « to the extent... that the WTO regime does not provide for specific remedies ». V. aussi G. ARANGIO-RUIZ, « Quatrième rapport sur la responsabilité des États », *Annuaire CDI*, 1992, vol. II, partie 1, § 97-125, spéc. § 111 (à propos du GATT de 1947) ; M. GARCIA-RUBIO, « Unilateral Measures as a Means of Forcible Execution of WTO Recommendations and Decisions », in L. PICCHIO FORLATI et L.-A. SICILIANOS (eds), *Les sanctions économiques en droit international – Economic Sanctions in International Law*, Leiden, Boston, Nijhoff, 2004, p. 445-475 ; C. LALY-CHEVALIER, *La violation du traité*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 317-320 ; B. SIMMA et D. PULKOWSKI, « Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law », *E.J.I.L.* 17(3), 2006, spéc. p. 519-523. V. aussi *Fragmentation du droit international : Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Rapport du groupe d'étude de la Commission du droit international, 58^e session, 2006, A/CN.4/L.682, § 186 et s., qui n'applique pas spécifiquement le raisonnement aux sanctions de l'OMC.

²⁰⁹⁹ B. SIMMA et D. PULKOWSKI, « Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law », *E.J.I.L.* 17(3), p. 490. V. aussi G. ARANGIO-RUIZ, « Quatrième rapport sur la responsabilité des États », *Annuaire CDI*, 1992, vol. II, partie 1, § 125.

²¹⁰⁰ C.-E. CÔTÉ, *La participation des personnes privées au règlement des différends internationaux économiques : l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 108.

²¹⁰¹ V. A. BIANCHI et L. GRADONI, « Developing Countries, Countermeasures and WTO Law: Reinterpreting the DSU against the background of International Law », *ICTSD Project on Dispute Settlement, Issue Paper No. 5*, International Centre for Trade and Sustainable Development, 2008, p. 20. *Contra*, mais sans véritable explication sur ce point, B. SIMMA et D. PULKOWSKI, « Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law », *E.J.I.L.* 17(3), 2006, p. 522.

mesures du droit international général n'est pas possible parce que l'Accord sur l'OMC l'exclut²¹⁰².

Dans ce contexte, il importe peu que les sanctions de l'OMC soient assimilables, ou non, à des contre-mesures, ou que leur effet constitue, ou non, une réparation au sens du droit international général²¹⁰³. Il suffit de constater que le Mémoire d'accord interdit l'usage de tout autre mécanisme que ceux qu'il prévoit.

Surabondamment, à supposer (*quod non*) qu'après s'être avéré « impuissant » pendant un certain temps, le mécanisme de sanctions de l'OMC laisse la place aux contre-mesures du droit international, encore le droit des contre-mesures lui-même prévoit-il des hypothèses où celles-ci ne peuvent être prises. Il en va notamment ainsi lorsque

« le différend est en instance devant une cour ou un tribunal habilité à rendre des décisions obligatoires pour les parties » (art. 52, § 3, b), du Projet de la CDI).

Le commentaire de la CDI précise que

« la référence à une “cour ou un tribunal” s'entend de toute procédure de règlement des différends par tierce partie, quelle que soit son appellation »²¹⁰⁴.

Dès lors que le mécanisme de règlement des différends de l'OMC est juridictionnel (*supra*, n^{os} 370 et s.), les contre-mesures ne sont donc, indépendamment des règles des articles 22 et 23 MRD, pas autorisées pendant la procédure de règlement des différends, c'est-à-dire à tout le moins entre l'établissement du groupe spécial et l'adoption par l'ORD de son rapport (et, éventuellement, de celui de l'Organe d'appel). Sans doute faut-il considérer que l'instance se termine avec l'adoption du rapport par l'ORD, même si l'on pourrait argumenter que la procédure reste pendante tant que dure la surveillance de l'ORD prévue à l'article 21.6 du Mémoire d'accord. La seconde interprétation confirmerait l'exclusion des contre-mesures du droit international général, puisqu'elle aboutirait à les interdire jusqu'à la mise en conformité par l'État défendeur, moment auquel elles ne peuvent plus être mises en œuvre (art. 52, § 3, a), du Projet de la CDI). Le Projet de la CDI autorise toutefois les contre-mesures prises pendant la procédure juridictionnelle si l'État visé n'y collabore pas de bonne foi (art. 52, § 4). Mais en toute

²¹⁰² J. PAUWELYN, *Conflict of Norms in Public International Law – How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge University Press, 2003, p. 231 et s.

²¹⁰³ Pour une discussion de ces questions (en vain dans ce contexte), v. B. SIMMA et D. PULKOWSKI, « Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law », *E.J.I.L.* 17(3), 2006, p. 520-521.

²¹⁰⁴ *Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite – Commentaire général*, Annexe à la Résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies du 12 décembre 2001, A/RES/56/83, p. 146.

hypothèse, toutes ces règles s'effacent devant les articles 22 et 23 du Mémorandum d'accord, qui interdisent, de manière générale, le recours aux contre-mesures du droit international.

Fondamentalement, les partisans de l'application subsidiaire des sanctions prévues par le droit international général présupposent à tort une vocation du droit de l'OMC à être imposé par des sanctions aussi contraignantes que possible. Face à des sanctions jugées « inefficaces », il faudrait nécessairement trouver des moyens supplémentaires d'assurer l'effectivité des règles. Comme l'exprime le rapporteur spécial G. Arangio-Ruiz :

« lorsque les États incorporent dans un traité des règles spéciales régissant les conséquences de sa violation, leur but n'est pas de viser à exclure dans leurs relations mutuelles les droits, les obligations, les facultés — en un mot les garanties — découlant pour chacun d'eux, à l'égard de chacun des autres, de l'application normale des règles générales sur la responsabilité des États. Ils visent, au contraire, à renforcer les garanties normales, inorganiques et pas toujours satisfaisantes du droit général, en faisant des règles plus fiables et efficaces soit à l'aide de mécanismes institutionnels soit, à défaut, à l'aide de stipulations plus précises — mais sans renoncer en aucun cas à la possibilité de recourir en dernier ressort [...] à des garanties « naturelles » moins élaborées. »²¹⁰⁵

Il est possible que la volonté des États soit souvent en ce sens. Mais ce n'est précisément pas le cas dans le cadre de l'OMC, où le degré de contrainte est le résultat « équilibré » d'une négociation entre les tenants d'un système fort et ceux qui préfèrent des règles plus souples²¹⁰⁶, avec des arguments en faveur de sanctions suffisantes, mais pas excessives²¹⁰⁷. C'est ce que suggère R. Hudec lorsqu'il indique que, dans les relations économiques internationales, le système de règlement des différends est là pour temporiser plus que pour être effectif :

« When the ineffective legal obligation does not protect the loser's interest, government is expected to do something. A punch in the nose would do nicely, but of course there are all those other interests being held hostage. What is needed is a punch that will not hit anyone. International litigation is the perfect answer. It is action, or at least something that looks like action. And it takes time, usually lots and lots of time. »²¹⁰⁸

Ainsi, en 1994, les États-Unis ont obtenu le renforcement du mécanisme de règlement des différends, mais au prix d'une limitation des mesures de contrainte autorisées (art. 23 MRD)

²¹⁰⁵ G. ARANGIO-RUIZ, « Quatrième rapport sur la responsabilité des États », *Annuaire CDI*, 1992, vol. II, partie 1, § 124. V. aussi C. LALY-CHEVALIER, *La violation du traité*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 338 : « c'est la recherche de l'efficacité maximale des moyens de ripostes qui doit dicter la conduite à tenir à l'égard des systèmes conventionnels spéciaux ».

²¹⁰⁶ V. not. D.J. TOWNSEND, « Stretching the Dispute Settlement Understanding: U.S.–Cotton's Relaxed Interpretation of Cross-Retaliation in the World Trade Organization », *Richmond Journ. of Global L. and Business* 9(2), 2010, p. 140-146.

²¹⁰⁷ H. SPAMANN, « The Myth of "Rebalancing" Retaliation in WTO Dispute Settlement Practice », *J.I.E.L.* 9(1), 2006, p. 78 résume bien ces deux aspects.

²¹⁰⁸ R. HUDEC, « 'Transcending the Ostensible': Some Reflections on the Nature of Litigation Between Governments », *Minnesota L. R.* 72, 1987, p. 218.

(*supra*, n° 401, n. 2080). L'interdiction du recours aux contre-mesures n'est donc ni un détail ni une disposition accessoire. C'est la condition posée par certains États à l'acceptation des dispositions contraignantes du Mémorandum d'accord, en particulier le consensus inversé.

Cette règle peut, certes, s'avérer désavantageuse pour certains (petits) États, qui pourraient trouver dans la suspension d'un autre traité un mode plus efficace de contraindre leurs partenaires commerciaux au respect des règles de l'OMC²¹⁰⁹, en particulier dans un contexte où les sanctions du Mémorandum d'accord posent des problèmes d'effectivité lorsqu'elles sont activées par les petits États (*supra*, n° 268). Mais cette injustice déplorable est impuissante à modifier l'accord de volonté des États, d'autant qu'il n'est pas certain que le recours au système général serait plus apte à redresser un déséquilibre qui trouve fondamentalement sa source dans une inégalité de puissance et non dans les règles juridiques.

Surabondamment, l'argument de l'application résiduaire des règles générales de responsabilité connaît une importante limite pratique : comme elles sont prévues pour être imposées dans la durée, il est difficile de déterminer si (et à partir de quand) les sanctions de l'article 22 MRD sont inefficaces²¹¹⁰. Par exemple, dans les différends *Bananes III*, les Communautés européennes ne se sont pas mises en conformité le premier jour de l'imposition des sanctions. Les discussions ont continué jusqu'à ce que les États intéressés parviennent à un arrangement amiable²¹¹¹, impliquant en l'occurrence l'octroi d'une dérogation²¹¹². Le différend a repris à l'expiration de celle-ci²¹¹³ et paraît à nouveau résolu à la suite d'une nouvelle adaptation des droits de douane européens sur les bananes²¹¹⁴. Symptomatiquement, les promoteurs de l'application subsidiaire

²¹⁰⁹ B. SIMMA et D. PULKOWSKI, « Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law », *E.J.I.L.* 17(3), 2006, p. 522.

²¹¹⁰ Ce problème général se résout par une appréciation en fait ; il n'est pas insurmontable : *Fragmentation du droit international : Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Rapport du groupe d'étude de la Commission du droit international, 58^e session, 2006, A/CN.4/L.682, § 188-190.

²¹¹¹ *Communautés Européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, Notification de la solution convenue d'un commun accord, W/DS27/58, 2 juillet 2001. La qualification de « solution convenue d'un commun accord » au sens de l'article 3.6 MRD a été contestée par les États-Unis et l'Équateur (Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 24 juillet 2001, WT/DSB/M/107, 11 septembre 2001, 6 et 9, et *CE – Bananes III (article 21:5 – États-Unis) (appel)*, 8).

²¹¹² *Communautés européennes – L'accord de partenariat ACP-CE*, Décision du 14 novembre 2001, WT/L/436, 7 décembre 2001.

²¹¹³ *V. CE – Bananes III (article 21:5 – États-Unis) (appel)*.

²¹¹⁴ *Accord de Genève sur le commerce des bananes*, Communication présentée par le Brésil, la Colombie, le Costa Rica, l'Équateur, le Guatemala, le Honduras, le Mexique, le Nicaragua, le Panama, le Pérou, la République bolivarienne, du Venezuela et l'Union européenne, WT/L/784, 15 décembre 2009 (cet accord est aussi publié dans le *J.O.U.E.*, L 141, 9 juin 2010, p. 3-5) ; *Accord sur le commerce des bananes entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique*, *J.O.U.E.*, L 141, 9 juin 2010, p. 6-7 ; Décision du Conseil

ne précisent pas ce qu'ils entendent par les « *cases of continuous non-compliance* »²¹¹⁵ qui justifieraient l'application du droit général.

404. Inspiration du système de sanctions

Les développements qui précèdent font apparaître une analogie entre le système de sanctions de l'OMC et les règles du droit international général. On y retrouve ainsi, comme dans l'article 60 de la Convention de Vienne, le principe d'une suspension de ses obligations par la victime de la violation, et une application de la règle de proportionnalité qui régit les contre-mesures. Les décisions de règlement des différends se réfèrent parfois expressément à la Convention de Vienne²¹¹⁶.

Il ne s'agit là, cependant, que de principes très généraux, relevant davantage d'un sens commun du raisonnable que d'une spécificité du système juridique (international). Au-delà de ces évidences, l'inspiration du système de sanctions n'est pas à chercher dans la Convention de Vienne sur le droit des traités²¹¹⁷, d'ailleurs postérieure au GATT de 1947, lequel a jeté les bases du système de sanctions qui est aujourd'hui celui de l'OMC.

Basé, au départ, sur une forte idée de réciprocité, l'article XXIII du GATT de 1947 autorisait le défendeur subissant la suspension des obligations à dénoncer unilatéralement l'Accord général dans un délai raccourci. La suspension des obligations rétablissait une forme de réciprocité, mais elle impliquait la non-application de l'Accord dans deux domaines (violation et suspension). Si le défendeur estimait qu'un tel fonctionnement « partiel » de l'Accord n'était pas avantageux pour lui, il pouvait simplement abandonner l'Accord dans son intégralité. En exigeant l'unanimité des parties non fautives pour mettre fin au traité, la Convention de Vienne pose, en cette matière, le principe inverse. Contrairement au Mémoire d'accord, elle exige aussi que la violation du traité soit substantielle. L'idée de base est différente : d'une part, l'accent est mis sur la réciprocité, de l'autre sur le respect des (principales) obligations. Le résultat économique, lui, peut être similaire dans les deux cas.

du 10 mai 2010 relative à la signature et à l'application provisoire de l'accord de Genève sur le commerce des bananes entre l'Union européenne et le Brésil, la Colombie, le Costa Rica, l'Équateur, le Guatemala, le Honduras, le Mexique, le Nicaragua, le Panama, le Pérou et le Venezuela et d'un accord sur le commerce des bananes entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique, *J.O.U.E.*, L 141, 9 juin 2010, p. 1-2.

²¹¹⁵ B. SIMMA et D. PULKOWSKI, « Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law », *E.J.I.L.* 17(3), 2006, p. 523.

²¹¹⁶ *Brésil – Aéronefs (article 22:6 – Brésil)*, 3.10.

²¹¹⁷ C.-E. CÔTÉ, *La participation des personnes privées au règlement des différends internationaux économiques : l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 144.

L'institutionnalisation a fait évoluer l'inspiration du système de sanctions. Dans un système plus institutionnel, les conséquences de la violation sur le contrat à la base de l'organisation – ce que règle la Convention de Vienne – ne sont plus au premier plan. Le Mémoire d'accord ne prévoit aucune dénonciation de l'Accord dans le cadre du règlement des différends. L'article XXIII du GATT existe toujours, mais on imaginerait mal, en fait, qu'un État condamné par l'ORD se retire du GATT sur cette base, ce qui ne le délierait pas des autres obligations résultant de l'Accord de Marrakech. En droit, cette solution est rendue impossible par l'application combinée des articles II.3 et XVI.3 de l'Accord sur l'OMC. Le retrait autorisé par l'article XV OMC reste évidemment possible, mais sa mise en œuvre ne dépend pas de l'existence ni de l'issue d'un différend.

La Convention de Vienne elle-même reconnaît d'ailleurs l'existence d'un possible intérêt institutionnel justifiant une dérogation aux principes qu'elle établit :

« Art. 5 Traités constitutifs d'organisations internationales et traités adoptés au sein d'une organisation internationale – La présente Convention s'applique à tout traité qui est l'acte constitutif d'une organisation internationale et à tout traité adopté au sein d'une organisation internationale, sous réserve de toute règle pertinente de l'organisation ».

Ces éléments montrent qu'au-delà des idées très générales, la configuration des sanctions de l'OMC ne s'explique pas par le droit international général et la Convention de Vienne. Ceci n'ôte cependant rien au fait que ces règles s'appliqueraient, en droit, si et dans la mesure où d'autres règles ne sont pas convenues par traité, *quod non*.

405. Inutilité pratique du droit international général dans l'application des sanctions

Les larges dérogations qu'apporte le Mémoire d'accord au régime général, le traitement exhaustif qu'il réserve aux questions traitées et surtout l'exclusivité qui lui est accordée rendent plus ou moins inutiles, dans la pratique, les références au régime général de la sanction des obligations internationales²¹¹⁸.

D'abord, l'article 23 MRD, tel qu'il est interprété par la jurisprudence, exclut l'application du droit commun (*supra*, n° 402). Comme l'indique encore l'Organe d'appel,

²¹¹⁸ Dans le même sens, A.D. MITCHELL, *Legal Principles in WTO Disputes*, Cambridge University Press, 2008, p. 211 ; P.-T. STOLL, « Article 22 DSU », in R. WOLFRUM, P.-T. STOLL et K. KAISER (eds), *WTO – Institutions and Dispute Settlement*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2006, p. 528.

« L'article premier du Mémorandum d'accord vise à établir un système de règlement des différends intégré et global pour tous les accords visés faisant partie de l'Accord sur l'OMC dans leur ensemble. »²¹¹⁹

Le Mémorandum d'accord répète certaines règles du droit commun (obligation de cessation de l'illicéité) ou les précise (proportionnalité des sanctions). L'obligation de réparation matérielle du dommage qu'impose le droit général à titre supplétif, est écartée²¹²⁰ ou, pour s'exprimer de manière plus neutre, remplacée par les dispositions du Mémorandum d'accord qui prévoient de manière exclusive les droits des États découlant d'une violation des Accords. D'ailleurs, lorsqu'il cherche à montrer que les règles du droit général s'appliquent aux sanctions de l'OMC²¹²¹, S. Shadikhodjaev ne trouve comme exemples que l'interdiction de violer le *ius cogens*, le principe de proportionnalité invoqué à l'occasion par un arbitre (mais surabondamment par rapport à la règle d'équivalence)²¹²², le même principe utilisé pour déterminer le caractère approprié des contre-mesures en matière de subventions²¹²³, un objectif commun consistant à contraindre à la mise en conformité²¹²⁴ et la définition des contre-mesures²¹²⁵. Or, dans chacun de ces exemples, le recours aux règles du droit général n'est en rien nécessaire, car ces règles sont soit reprises, soit (plus souvent) formulées de manière plus précise par le Mémorandum d'accord. S. Shadikhodjaev ne parvient pas à citer un exemple de règle tirée du droit international public qui viendrait préciser le Mémorandum d'accord ou régler un aspect au sujet duquel il serait muet. En matière de sanctions, il suffit, en réalité, d'appliquer le Mémorandum d'accord ; les références au droit international général sont surabondantes.

²¹¹⁹ Organe d'appel, *Guatemala – Enquête antidumping concernant le ciment portland en provenance du Mexique*, WT/DS60/AB/R, 2 novembre 1998, 66.

²¹²⁰ C.-E. CÔTÉ, *La participation des personnes privées au règlement des différends internationaux économiques : l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 635 p. 114-121 ; H. LESAFFRE, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 257-282. Selon Pauwelyn, il est douteux qu'elle soit exclue, parce que les articles 21 et 22 MRD ne le prévoient pas explicitement : J. PAUWELYN, « The Application of Non-WTO Rules of International Law in WTO Dispute Settlement », in P.F.J. MACRORY, A.E. APPLETON et M.G. PLUMMER (eds), *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis*, t. I, New York, Springer, 2005, p. 1414. Le même auteur avance plus d'arguments dans *Conflict of Norms in Public International Law – How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge University Press, 2003, p. 222 et s.

²¹²¹ S. SHADIKHODJAEV, *Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, p. 45-46.

²¹²² CE – Bananes III (États-Unis) (article 22:6 – CE), 6.16. V. aussi A.D. MITCHELL, *Legal Principles in WTO Disputes*, Cambridge University Press, 2008, p. 211 ; D. PALMETER et P.C. MAVROIDIS, « The WTO Legal System: Sources of Law », *Amer. Journ. Int. L.* 92(3), 1998, p. 408.

²¹²³ États-Unis – FSC (article 22:6 – États-Unis), 5.26 (référence au projet de la CDI dans une note de bas de page), 5.58-5.61 (l'arbitre montrant que son interprétation « paraît compatible avec l'objet et le but des contre-mesures tels qu'ils ressortent des travaux de la CDI »).

²¹²⁴ États-Unis – FSC (article 22:6 – États-Unis), 5.60 ; Brésil – Aéronefs (article 22:6 – Brésil), 3.44.

²¹²⁵ Brésil – Aéronefs (article 22:6 – Brésil), 3.44.

Certes, les parties ou l'Organe d'appel peuvent parfois trouver dans le droit commun des contre-mesures une analogie permettant de confirmer leur interprétation des dispositions du Mémorandum d'accord²¹²⁶. Mais il ne s'agit aucunement d'une application du droit international public général.

En bref, les dispositions du droit international général en matière de violation des obligations (conventionnelles) sont soit écartées, soit reprises avec des précisions éventuelles, dans le Mémorandum d'accord. Les sanctions de l'OMC forment donc un régime distinct de celui des sanctions du droit international général²¹²⁷. L'article 23 MRD joue à cet égard un rôle fondamental qui renforce le système multilatéral bien plus qu'en interdisant simplement l'unilatéralisme.

Pour résumer ce paragraphe, les sanctions de l'OMC présentent certes des analogies avec les sanctions du droit international public général, mais c'est plutôt là la marque d'un certain bon sens si l'on reconnaît que les possibilités raisonnablement envisageables ne sont pas légion. En pratique, les règles du Mémorandum d'accord sont suffisamment distinctes et précises pour former un corpus au fonctionnement autonome.

§ 2. Caractère institutionnel du régime de sanctions

406. Fonctions de l'exception d'inexécution en droit privé

Si l'on doit rapprocher les sanctions de l'OMC de quelque mécanisme de droit interne, l'exception d'inexécution apparaît comme un candidat privilégié. Il s'agit là d'un mécanisme typiquement contractuel, même s'il trouve son fondement dans un principe général du droit²¹²⁸ (supplétif) et si, au-delà des contrats, il s'applique aussi aux *rapports* synallagmatiques²¹²⁹. On pourrait donc s'étonner de voir des sanctions ainsi conçues comme une marque d'évolution institutionnelle. Mais précisément, le contraste entre la conception, l'objectif et les règles applicables à l'exception d'inexécution, d'une part, et aux sanctions de l'OMC, d'autre part, montre à quel point les secondes se distinguent de la première, précisément par leur caractère

²¹²⁶ Par exemple *États-Unis – Maintien de la suspension (appel)*, 382.

²¹²⁷ Pour une analyse menant à la même conclusion, à l'époque du GATT, L. BOISSON DE CHAZOURNES, *Les contre-mesures dans les relations internationales économiques*, Paris, Pedone, 1992, p. 182-185.

²¹²⁸ Notamment Cass., 15 juin 2000, *Pas.*, 2000, I, 1094 ; Cass., 21 novembre 2003, *Pas.*, 2003, I, 1864.

²¹²⁹ Cass., 8 septembre 1995, *Pas.*, 1995, I, 785 ; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence – Les obligations : les sources (1985-1995) », *J.T.*, 1996, p. 746, n° 159 et les références citées ; P. VAN OMMESSLAGHE, « Examen de jurisprudence (1974-1982) – Les obligations », *R.C.J.B.*, 1986, p. 235, n° 119 ; P. VAN OMMESSLAGHE, *Droit des obligations*, t. 1, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 859-860 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 674-675.

institutionnel. Ceci justifie qu'on commence par décrire brièvement l'exception d'inexécution en droit interne des obligations.

L'exception d'inexécution autorise une partie à suspendre l'exécution de ses prestations si l'autre partie n'exécute pas ou n'offre pas d'exécuter les siennes²¹³⁰. Ceci suppose notamment que le rapport juridique soit synallagmatique, c'est-à-dire qu'il soit constitué d'obligations réciproques.

L'exception d'inexécution est un moyen de défense, qui permet de s'opposer à une demande contractuelle formée par la partie en défaut d'exécuter son obligation²¹³¹. On peut la soulever en dehors du procès (généralement avant celui-ci), mais c'est sous réserve du contrôle de son bien-fondé, que le juge effectue *a posteriori*²¹³². Des législations particulières en matière de distribution d'eau et d'énergie imposent toutefois, dans certains cas, un contrôle judiciaire *a priori*. Par exemple, en Wallonie, la distribution d'eau à un immeuble d'habitation ne peut être suspendue qu'en exécution d'une décision de justice qui l'autorise²¹³³.

L'exception d'inexécution remplit deux fonctions²¹³⁴. Son objectif est d'abord comminatoire : contraindre la partie qui n'exécute pas son engagement²¹³⁵. Il est réalisé par la mise en œuvre de l'exception (le refus de paiement lorsque la chose n'est pas livrée) ou par la simple menace de son emploi. Chaque cocontractant est incité à exécuter ses obligations, car il sait qu'à défaut, il n'obtiendra pas la contrepartie attendue. Lorsqu'elle est utilisée dans ce but, l'exception d'inexécution a par nature un caractère temporaire et s'analyse – de manière intéressante pour notre comparaison – comme « la suspension par l'*excipiens* de certaines de ses obligations »²¹³⁶.

²¹³⁰ Cass., 13 mai 2004, *Pas.*, 2004, I, 816.

²¹³¹ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 672.

²¹³² P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. 1, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 871 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 672, 675, 678.

²¹³³ Art. D. 202 du Code de l'eau, *M.B.*, 12 avril 2005, p. 15246, *erratum*, *M.B.*, 21 juin 2005, p. 28356. Pour un commentaire et d'autres exemples, A. VANDEBURIE, « Coupures d'eau, de gaz et d'électricité : ça suffit ! L'article 23 de la Constitution à la rescousse des besoins énergétiques fondamentaux », *R.G.D.C.*, 2008, p. 274-277 et les références citées.

²¹³⁴ P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. 1, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 857.

²¹³⁵ B. DUBUISSON et J.-M. TRIGAUX, « L'exception d'inexécution en droit belge », in M. FONTAINE et G. VINEY (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2001, spéc. p. 104-105, n° 60-62.

²¹³⁶ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 677. Aussi P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. 1, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 858.

Si la situation perdure – aucune partie n'exécutant ses engagements –, soit la situation demeure ainsi figée, soit une de parties saisit le juge qui, le plus souvent, prononce la résolution du contrat :

« Attendu que l'*exceptio non adimpleti contractus* n'est qu'une exception temporaire qui permet à une partie de suspendre l'exécution de ses propres obligations jusqu'à ce que son cocontractant exécute ou offre d'exécuter ses obligations ; Que, toutefois, cette partie peut être libérée de ses obligations si le cocontractant reste définitivement en défaut et que le juge prononce la résolution du contrat sur cette base »²¹³⁷.

Dans les deux cas, le contrat n'est pas (ou plus) exécuté. La situation est fréquente en droit interne, en particulier parce que l'exception d'inexécution peut, en règle, être invoquée presque sans aucun formalisme et avant toute intervention judiciaire. Ceci complique l'identification de l'auteur de la défaillance initiale lorsque chaque partie soutient que l'exception d'inexécution justifie son refus de s'exécuter.

Cette possibilité d'une résolution du contrat révèle la seconde fonction, indemnitaire, de l'exception d'inexécution²¹³⁸. La résolution du contrat, si elle intervient, « remet les parties dans la même situation que celle dans laquelle elles se seraient trouvées si elles n'avaient pas contracté »²¹³⁹. La partie lésée qui, face à la défaillance de son cocontractant, a retenu l'exécution de sa prestation puis obtenu la résolution du contrat, a en réalité anticipé partiellement, par l'exercice de l'exception d'inexécution, la restitution découlant de la résolution. En ce sens, l'exception n'est plus temporaire, mais elle devient définitive²¹⁴⁰, dès lors que l'indemnisation qu'elle représente pourra être conservée (même si, d'ailleurs, le contrat n'est finalement pas résolu²¹⁴¹). Ainsi, l'exception d'inexécution contribue à rétablir une forme d'équivalence, rompue par l'inexécution. La fonction indemnitaire de l'exception est prise en cas de concours sur le patrimoine de la partie défaillante car l'exception a, pour celui qui l'invoque, l'effet d'une garantie²¹⁴².

²¹³⁷ Cass., 13 mai 2004, *Pas.*, 2004, I, 816.

²¹³⁸ M.-L. STENGERS, « La compensation après faillite et l'exception d'inexécution opposées par le débiteur d'une créance cédée », note sous Cass., 13 septembre 1973, *R.C.J.B.*, 1974, p. 364, n° 12.

²¹³⁹ S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence – Les obligations : les sources (1985-1995) », *J.T.*, 1996, p. 744, n° 155.

²¹⁴⁰ P. VAN OMMEFLAGHE, « Examen de jurisprudence (1974-1982) – Les obligations », *R.C.J.B.*, 1986, p. 237, n° 121.

²¹⁴¹ P. VAN OMMEFLAGHE, *Droit des obligations*, t. 1, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 870.

²¹⁴² P. VAN OMMEFLAGHE, *Droit des obligations*, t. 1, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 874-875 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 677.

La non-exécution de l'obligation réciproque correspond d'autant mieux à l'indemnisation complète de la partie qui soulève l'exception que le contrat était soumis à une réciprocité forte. Lorsque le contrat est constitué de deux prestations réciproques, instantanées et de valeur équivalente (une à charge de chaque partie), les chances sont fortes que la partie qui a fait légitimement usage de l'exception d'inexécution ne subisse aucun dommage.

Le droit international connaît aussi le mécanisme de l'exception d'inexécution qui, pour le droit général, se trouve explicité à l'article 60 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (*supra*, n° 202).

407. Suspension d'obligations dans le GATT de 1947

À l'origine, le mécanisme de sanctions du GATT fut élaboré dans un contexte plus contractuel qu'il ne l'est aujourd'hui²¹⁴³. Comme le traité concernait principalement la réduction de barrières tarifaires, l'équivalence des prestations réciproques pouvait encore recevoir une acception forte. On pouvait approximativement se souvenir de la teneur des concessions de chacun (ou à défaut, la reconstituer), quoique, comme le principe de réciprocité lui-même, l'opération ait toujours tenu en partie de la fiction (*supra*, n° 315 et s.). L'insistance était mise sur le dommage commercial subi par le plaignant (la réduction ou l'annulation des avantages), qui pouvait d'ailleurs être « réparé » même en l'absence de violation des règles du GATT²¹⁴⁴.

Dans ce contexte, l'exception d'inexécution opérait dans sa double fonction. L'article XXIII du GATT de 1947 constituait certes un moyen de pression à l'encontre des États récalcitrants mais, dans la mesure où l'effet comminatoire restait inopérant, il permettait surtout de rétablir l'équilibre des concessions pendant que la violation persistait (toutefois sans rétroactivité), s'agissant d'un traité à prestations continues et non instantanées.

Par ailleurs, ce mécanisme de sanctions partageait les vertus politiques et les vices économiques du principe de réciprocité : porteur dans les discours, difficilement justifiable au sein du paradigme libre-échangiste (puisque mercantiliste). Aussi la question de savoir si les sanctions avaient un effet de réparation se posait déjà, comme il apparaît de la déclaration des Pays-Bas lors de l'adoption des sanctions contre les États-Unis dans l'affaire des *Quotas laitiers* (*supra*, n° 364). Le représentant néerlandais indiqua que la suspension ne constituait pas un avantage pour son pays et qu'elle ne réparait pas le dommage subi, qui résultait essentiellement de la

²¹⁴³ S. CHO, « The Nature of Remedies in International Trade Law », *University Pittsburgh L. R.* 65(4), 2004, p. 766-769.

²¹⁴⁴ S. CHO, « The Nature of Remedies in International Trade Law », *University Pittsburgh L. R.* 65(4), 2004, p. 767-768.

perte de revenus en dollars, lesquels seraient nécessaires pour que son pays puisse s'affranchir de l'aide extérieure. Il affirma que la farine américaine serait vendue sur d'autres marchés d'exportation, comme les fromages hollandais avaient pu trouver acquéreurs ailleurs qu'aux États-Unis.

L'insistance du GATT sur l'objectif d'équilibre des concessions poursuivi par la suspension d'obligations, soit une conception forte de la réciprocité, est renforcée par la possibilité offerte à l'État *défendeur* de dénoncer l'Accord général dans les soixante jours de la mise en œuvre de la suspension (art. XXIII.2 GATT de 1947) :

« Because governments party to it viewed a trade agreement as a commercial contract rather than as a code of behavior, when a 'contract' failed to deliver its promised benefits, the normal action would be to terminate it. »²¹⁴⁵

Pourtant, le GATT contenait déjà un élément important d'institutionnalisation, à savoir l'autorisation multilatérale :

« Le fait pour un traité de prévoir la possibilité pour les États de recourir à des contre-mesures uniquement après avoir obtenu l'autorisation préalable d'une instance institutionnelle qui se prononce sur l'existence des conditions donnant le droit à ce recours constitue sans conteste un progrès capital dans la mise en œuvre des sanctions internationales : celles-ci sont toujours appliquées par les États (c'est pourquoi ce sont toujours des sanctions décentralisées) mais elles sont *autorisées* par l'organisation, ce qui leur donne un caractère institutionnel bien plus marqué que les sanctions [unilatérales] »²¹⁴⁶.

408. Signification de la suspension d'obligations dans un contexte institutionnalisé

Pour des raisons principalement historiques, le mécanisme de sanctions de l'OMC est basé sur l'exception d'inexécution. Tout en conservant la technique utilisée par le GATT, l'article 22 du Mémorandum d'accord a complété et clarifié les dispositions sommaires de l'article XXIII du GATT. Certes, la règle d'équivalence, aujourd'hui expresse, semble tenir d'une réciprocité forte, en limitant le montant de la sanction à la valeur des effets commerciaux de la violation. Mais elle s'inscrit en réalité dans une évolution plus large du contexte normatif qui voit s'affirmer l'objectif prioritaire de mise en conformité (par opposition à un rétablissement de l'équilibre des concessions), interdit les sanctions unilatérales et fixe une procédure multilatérale d'autorisation, détermine des critères de choix des obligations suspendues²¹⁴⁷. Ainsi, l'évolution

²¹⁴⁵ J.M. FINGER, « A diplomat's economics: reciprocity in the Uruguay Round negotiations », *W.T.R.* 4(1), 2005, p. 29.

²¹⁴⁶ Ch. LEBEN, *Les sanctions privatives de droits ou de qualité dans les organisations internationales spécialisées*, Bruxelles, Bruylant, 1979, p. 153.

²¹⁴⁷ Pour une description de l'évolution historique dans des termes proches : J. PAUWELYN, « The calculation and design of trade retaliation in context: what is the goal of suspending WTO obligations? », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge

consacrée par l'Accord de Marrakech révèle une « institutionalization of international responsibility »²¹⁴⁸.

La technique de sanction n'a pas été bouleversée, mais l'institutionnalisation a profondément modifié le contexte dans lequel elle s'inscrit et, partant, sa signification.

La fonction comminatoire de l'exception d'inexécution trouve maintenant sa place dans un contexte institutionnalisé. Le fautif est privé d'un avantage – quel qu'il soit – afin de le contraindre à respecter les règles communes. Pour atteindre un tel objectif, il n'est pas nécessaire de savoir si les obligations suspendues sont équivalentes à celles qui demeurent inexécutées. Il suffit que chaque partie soit redevable envers l'autre. Aussi, l'attention autrefois focalisée sur la réduction des avantages s'oriente désormais prioritairement vers la violation des règles²¹⁴⁹.

L'utilisation de l'exception d'inexécution n'a, d'un point de vue purement théorique, rien de nécessaire ; on pourrait imaginer une variété d'autres techniques, comme l'astreinte ou l'amende (plutôt utilisées en droit interne) ou des mesures à l'encontre des dirigeants étatiques (blocage d'avoirs à l'étranger, refus de visas). Pragmatiquement, deux facteurs expliquent sans doute le choix des négociateurs de l'Uruguay Round. La continuité historique (dans laquelle sont compris les conceptions et éléments contractuels subsistants) et la reprise du GATT dans le nouvel ensemble posaient naturellement le débat en termes d'amendement du mécanisme de l'article XXIII du GATT, plutôt que d'invention d'un système neuf. D'autre part, en ce qu'elle est matériellement mise en œuvre par l'État lésé, l'exception d'inexécution est supérieure sur le plan de l'effectivité, dans un système international qui ne connaît pas de mécanisme d'exécution par la force publique en dehors de l'intervention autorisée par le Conseil de sécurité, laquelle paraît disproportionnée pour imposer le respect d'obligations commerciales.

La seconde fonction, indemnitaire, de l'exception d'inexécution est plus difficile à inscrire dans un cadre institutionnel. Rétablir l'équivalence des engagements (à supposer que ceci constitue une quelconque réparation) n'a de sens que si l'on connaît la valeur de la prestation due en vertu de l'obligation qui forme la contrepartie de celle qui est méconnue. Dans le cas contraire,

University Press, 2010, p. 43-49 ; S. CHO, « The Nature of Remedies in International Trade Law », *University Pittsburgh L. R.* 65(4), 2004, p. 766-771.

²¹⁴⁸ P. LAMY, « The Place of the WTO and its Law in the International Legal Order », *E.J.I.L.* 17(5), 2006, p. 976.

²¹⁴⁹ V. S. CHO, « The Nature of Remedies in International Trade Law », *University Pittsburgh L. R.* 65(4), 2004, p. 770.

on peut simplement dire que toutes les parties se sont mutuellement engagées à respecter la totalité des règles, auquel cas l'équivalence ne peut exister que si chacun suit les règles de l'institution. Ceci n'empêche pas que la suspension d'obligations garde, dans certains cas et selon un certain point de vue, un certain *effet* indemnitaire, mais là n'est plus sa signification fondamentale.

L'évolution du contexte vers un système plus institutionnel permet de mieux comprendre les tensions qui traversent les sanctions, ainsi qu'elles ressortent notamment de la jurisprudence des arbitres. Cette élucidation dessine aussi une perspective. L'existence d'une évolution institutionnelle est avérée, ce qui ne signifie pas nécessairement qu'elle est totalement aboutie. Dans les points qui suivent, on relève les principales caractéristiques institutionnelles, puis contractuelles, des sanctions.

409. Juridictionnalisation, juridicisation et sanctions

Les sanctions sont aussi marquées par l'évolution du mécanisme de règlement des différends dont elles constituent la dernière étape. Ce mécanisme a participé à l'institutionnalisation des relations économiques internationales, en devenant juridictionnel et plus dépendant des règles de droit (*supra*, n^{os} 370 et s., 387 et s.) ; il a entraîné les sanctions dans son sillage.

La juridictionnalisation libère les sanctions des limbes où les confinait le mode de décision du GATT de 1947. Lorsque les litiges étaient soumis à la délibération consensuelle des États, l'adoption du rapport du groupe spécial relevait de la gageure, les sanctions de l'impensable. On ne répertorie qu'un seul cas de sanctions multilatérales entre 1947 et 1994 : une exception qui confirme la règle.

La conception très large de l'intérêt à agir²¹⁵⁰ (*supra*, n° 313) permet *de facto* à tout membre d'agir en vue du respect des règles de l'Organisation, promouvant une forme d'intérêt collectif (*supra*, n° 311) (auquel s'ajoute souvent, il est vrai, une composante substantielle d'intérêt individuel).

Aujourd'hui, seul l'accord de toutes les parties ou la renonciation du plaignant peut empêcher la poursuite du règlement des différends. En l'absence de mise en conformité, d'un autre arrangement ou d'une renonciation du plaignant, les sanctions sont inéluctables. La procédure est institutionnelle au sens où elle se fonde sur un pouvoir de l'Organisation envers ses

²¹⁵⁰ Report of the Panel on Uruguayan recourse to article XXIII, L/1923, 15 novembre 1962, 15 ; Organe d'appel, *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, WT/DS27/AB/R, 9 septembre 1997, 132-138.

membres, soumis au juge et à ses décisions. Cette évolution fondamentale a permis qu'en une quinzaine d'années, des sanctions soient autorisées dans une dizaine d'affaires, avec une vingtaine de décisions prononcées par les arbitres sur la base de l'article 22.6 MRD.

Comme les autres aspects du règlement des différends, les sanctions sont soumises au droit. La juridicisation touche autant leur fait générateur que leur configuration.

Le Mémoire d'accord a subordonné l'utilisation des sanctions à l'épuisement de la procédure multilatérale. Ainsi, imposer des sanctions suppose une détermination préalable, impartiale et définitive de l'existence d'une violation du droit, l'écoulement du délai de mise en conformité et la fixation du montant de la suspension. La sanction doit être calibrée dans le respect de règles précises quant au type de suspension d'obligations, au montant de la sanction et aux limites temporelles de son exercice. En cas de contestation sur ces éléments, une autorité juridictionnelle est habilitée à statuer. Ainsi, même si elles ne sont pas mises en œuvre dans tous les cas où elles pourraient l'être, les sanctions effectivement autorisées sont conformes au droit.

Cela contraste avec la situation antérieure dans laquelle, en pratique, les sanctions résultaient de décisions unilatérales des États. Elles étaient mises en œuvre sans qu'une illicéité soit nécessairement avérée, encore moins constatée dans une décision obligatoire. Le montant, la forme et la durée des sanctions unilatérales étaient déterminés discrétionnairement par l'État qui s'estimait lésé. Ceci distingue aussi les sanctions de l'OMC de l'exception d'inexécution du droit civil. Les sanctions ne sont pas une mesure unilatérale prise par le créancier pour sauvegarder ses droits dans l'attente d'un règlement du litige. Au contraire, la suspension d'obligations apparaît ici comme l'*ultimum remedium*, utilisé lorsque toutes les procédures juridictionnelles sont restées sans effet.

410. Objectif de respect des règles (*compliance*)

Le Mémoire d'accord reflète la modification de la signification des sanctions. Alors que l'article XXIII.2 du GATT permettait la suspension d'obligations, sans guère en préciser les modalités, et donnait à l'État fautif le droit de dénoncer l'Accord (ce qui était une possibilité assez théorique), le Mémoire d'accord insiste sur l'obligation de se mettre en conformité, dont l'imposition de sanctions ne dispense pas.

Les arbitres statuant sur la base de l'article 22 MRD²¹⁵¹ (et dans une moindre mesure les groupes spéciaux et l'Organe d'appel) ont fortement insisté, dans la première période après l'entrée en vigueur de l'Accord de Marrakech²¹⁵², sur l'objectif et l'obligation de mise en conformité. Lorsqu'ils n'étaient pas limités par le principe d'équivalence, ils se sont basés sur cette interprétation de la fonction des sanctions pour reconnaître la licéité d'une suspension des obligations allant au-delà des effets commerciaux de la mesure illicite²¹⁵³.

Par la suite, les arbitres se sont toutefois montrés plus dubitatifs. Celui de l'affaire de la *Loi de 1916* a concédé l'éventualité qu'existent concurremment d'autres buts que l'« objectif clé » de la mise en conformité²¹⁵⁴. L'arbitre a affirmé clairement sa perplexité dans l'affaire de l'*Amendement Byrd* :

« 6.2 Comme on l'a mentionné plus haut, le Mémoire d'accord n'expose pas expressément le but de l'autorisation de la suspension de concessions ou d'autres obligations. D'une part, l'obligation générale de se conformer aux recommandations et décisions de l'ORD semble signifier que la suspension de concessions ou d'autres obligations est censée inciter à la mise en conformité, comme cela a été reconnu par des arbitres antérieurs. Cependant, ce qui peut exactement inciter à la mise en conformité est susceptible de varier dans chaque affaire, compte tenu d'un certain nombre de facteurs, y compris, mais non exclusivement, le niveau de la suspension d'obligations autorisée.

6.3 D'autre part, la prescription voulant que le niveau de ces suspensions demeure équivalent au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages subie par la partie plaignante semble indiquer que la suspension de concessions ou d'autres obligations n'est qu'un moyen d'obtenir une certaine forme de compensation temporaire, même lorsque la négociation de compensations a échoué.

6.4 Autrement dit, on ne voit pas tout à fait clairement quel rôle doit jouer la suspension d'obligations dans le Mémoire d'accord et une grande partie du débat conceptuel qui a eu lieu dans la présente procédure aurait pu être évité si « un objet et un but » clairs étaient mis en évidence. »²¹⁵⁵

²¹⁵¹ *CE – Bananes III (États-Unis) (article 22:6 – CE)*, 6.3 ; *CE – Hormones (États-Unis) (article 22:6 – CE)*, 40 ; *CE – Hormones (Canada) (article 22:6 – CE)*, 38 et s. ; *CE – Bananes III (Équateur) (article 22:6 – CE)*, 72 ; *Brésil – Aéronefs (article 22:6 – Brésil)*, 3.44 et s. ; *États-Unis – FSC (article 22:6 – États-Unis)*, 5.52 et s. ; *Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs (article 22:6 – Canada)*, 3.47. Dans l'affaire *Bananes III*, les États-Unis ont adopté la même position (voir Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 19 avril 1999, WT/DSB/M/59, 3 juin 1999, p. 3).

²¹⁵² Pour la mise en évidence d'une évolution dans la jurisprudence, J. PAUWELYN, « The calculation and design of trade retaliation in context: what is the goal of suspending WTO obligations? », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 49-56.

²¹⁵³ *États-Unis – FSC (article 22:6 – États-Unis)*, 5.23, 5.51-5.61.

²¹⁵⁴ *États-Unis – Loi de 1916 (CE) (article 22:6 – États-Unis)*, 5.5.

²¹⁵⁵ *États-Unis – Loi de 2000 (CE) (22:6 – États-Unis)*, 6.2-6.4.

Les dernières décisions en date (*États-Unis – Jeux* et *États-Unis – Coton upland*) reviennent cependant clairement à la conception des origines²¹⁵⁶.

La majorité de la doctrine a correctement perçu le nouveau sens des sanctions : la fonction de rétablissement de l'équivalence des concessions, plus importante sous le GATT, s'est aujourd'hui muée en contrainte visant la mise en conformité²¹⁵⁷, même si les sanctions peuvent simultanément remplir des fonctions subsidiaires²¹⁵⁸. Elle s'appuie sur la jurisprudence précitée, sur le texte et l'objectif (notamment de prévisibilité) des Accords de l'OMC²¹⁵⁹, ainsi que sur la pratique des États (*infra*, n° 411).

La nouveauté n'est pas qu'il faille tout à coup respecter les traités. Elle réside plutôt dans la conséquence des violations qui, dans le système établi par l'OMC, ne peuvent aboutir à une

²¹⁵⁶ *États-Unis – Jeux* (article 22:6 – *États-Unis*), 2.7, 4.29, 4.84 ; *États-Unis – Coton upland* (article 22:6 – *États-Unis I*), 3.43 ; *États-Unis – Coton upland* (article 22:6 – *États-Unis II*), 4.59.

²¹⁵⁷ B.I. BONAFÈ, « L'autorizzazione ad adottare contromisure nel quadro dell'Organizzazione mondiale del commercio: il requisito delle "circostanze sufficientemente gravi" », in A. LIGUSTRO et G. SACERDOTI (a cura di), *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia. Liber amicorum in onore di Paolo Picone*, Naples, Editoriale scientifica, 2011, not. p. 501 ; S. CHARNOVITZ, « The WTO's Problematic "Last Resort" Against Noncompliance », *Aussenwirtschaft* 57(IV), 2002, p. 426 et les extraits cités ; J.M. FINGER, « A diplomat's economics: reciprocity in the Uruguay Round negotiations », *W.T.R.* 4(1), 2005, p. 32 ; P. GRANÉ, « Remedies under WTO Law », *J.I.E.L.*, 2001, p. 763 ; R.E. HUDEC, « The Adequacy of WTO Dispute Settlement Remedies », in B. HOEKMAN, P. ENGLISH, A. MATTO (eds), *Development, Trade and the WTO: A Handbook*, Washington DC, World Bank, 2002, p. 89 ; M.R. ISLAM, « Recent Trade Sanctions on the US to Induce Compliance with the WTO Ruling in the Foreign Sales Corporations Case: Its Policy Contradiction Revisited », *J.W.T.*, 2004, p. 474-475 ; J.H. JACKSON, « Comment on chapter 2 », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 66 ; M. MATSUSHITA, T.J. SCHOENBAUM et P.C. MAVROIDIS, *The World Trade Organization – Law, Practice, and Policy*, Oxford University Press, 2003, p. 90 ; P.C. MAVROIDIS, « Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place », *E.J.I.L.*, 2000, p. 800 ; B.P. MCGIVERN, « Seeking Compliance with WTO Rulings: Theory, Practice and Alternatives », *Int. Lawyer* 36(1), 2002, p. 144 ; A.D. MITCHELL, *Legal Principles in WTO Disputes*, Cambridge University Press, 2008, p. 219 ; J. PAUWELYN, *Conflict of Norms in Public International Law – How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge University Press, 2003, p. 230 ; J. PAUWELYN, « The calculation and design of trade retaliation in context: what is the goal of suspending WTO obligations? », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 43-56, 64 ; H. RUIZ FABRI, « Le contentieux de l'exécution dans le règlement des différends de l'OMC », *J.D.I.*, 2000, p. 632 ; P.-T. STOLL, « Article 22 DSU », in R. WOLFRUM, P.-T. STOLL et K. KAISER (eds), *WTO – Institutions and Dispute Settlement*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2006, p. 527. V. toutefois les (nombreuses) références citées par H. SPAMANN, « The Myth of "Rebalancing" Retaliation in WTO Dispute Settlement Practice », *J.I.E.L.* 9(1), 2006, p. 33, n. 3, même si *rebalancing* n'est pas toujours l'antinomie exacte de *compliance*.

²¹⁵⁸ Th. JÜRGENSEN, « Crime and Punishment: Retaliation under the World Trade Organization Dispute Settlement System », *J.W.T.* 39(2), 2005, p. 328 ; J. PAUWELYN, « The calculation and design of trade retaliation in context: what is the goal of suspending WTO obligations? », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 64.

²¹⁵⁹ V. par exemple J.H. JACKSON, « International Law Status of WTO Dispute Settlement Reports: Obligation to Comply or Option to 'Buy Out'? », *Amer. Journ. Int. L.* 98(1), 2004, p. 109-125, qui expose ces objectifs en détail, même si son exposé n'est pas centré sur le but des *sanctions*.

résolution mais doivent cesser pour que perdure l'organisation juridique des relations économiques internationales. On voit à nouveau le contraste avec l'exception d'inexécution en droit interne qui, souvent, aboutit à la résolution du contrat au terme de la procédure judiciaire.

Ainsi la perspective institutionnelle condamne-t-elle aussi les visions de ceux qui, tels J. Hippler Bello (*supra*, n° 177)²¹⁶⁰ ou A. Sykes (*supra*, n° 220), partant de l'idée que les États n'ont pas d'obligation de respecter le droit de l'OMC, à tout le moins pas de s'exécuter en nature, voient la suspension d'obligations comme un mécanisme de simple rééquilibrage applicable à ceux qui auraient licitement choisi de ne pas de conformer aux Accords²¹⁶¹. Au contraire, la violation devient une atteinte à l'intégrité du système juridique, qu'un accord bilatéral ne peut faire cesser : elle appelle une réaffirmation collective de la norme par le mécanisme de règlement des différends, et la mise en conformité est en définitive la seule issue possible²¹⁶².

Comme l'écrit H. Ruiz Fabri,

« cette préférence avérée pour l'exécution intégrale relève plutôt d'une logique d'ordre public là où la logique contractualiste qui imprègne ordinairement le droit international (ou qui imprègne le droit international ordinaire) pourrait se satisfaire de compensations. »²¹⁶³

411. La pratique des États qui sanctionnent confirme qu'ils recherchent la mise en conformité

La pratique des États au sujet des sanctions est riche d'enseignements, même si elle est limitée. L'examen des choix posés par les États montre qu'ils poursuivent davantage la mise en conformité de leur adversaire qu'une compensation. Ainsi, ce sont plutôt les exportateurs (et non les concurrents des importateurs) qui, en interne, demandent à l'État d'obtenir l'autorisation, puis de mettre en œuvre les sanctions. Inversement, lorsqu'il s'agit pour l'État victime d'établir la liste des marchandises importées qui seront visées les sanctions, les importateurs font pression sur leur État pour qu'il omette de la liste les biens qui les intéressent, alors que peu de concurrents des importateurs demandent d'y ajouter les marchandises les concernant. Lorsqu'ils sanctionnent, les États cherchent à se forger un moyen de pression. Par exemple, après avoir, au prix d'une procédure longue et difficile, obtenu l'autorisation de sanctions pour un montant important, il leur arrive de ne pas adopter les mesures contre le

²¹⁶⁰ Même l'OMC, dans son *Rapport sur le commerce mondial 2007. Soixante ans de coopération commerciale multilatérale : qu'avons-nous appris ?*, Genève, 2007, p. 306, prend explicitement position contre la thèse de J. Hippler Bello.

²¹⁶¹ S. CHO, « The Nature of Remedies in International Trade Law », *University Pittsburgh L. R.* 65(4), 2004, p. 781-784.

²¹⁶² S. CHO, « The Nature of Remedies in International Trade Law », *University Pittsburgh L. R.* 65(4), 2004, p. 792.

²¹⁶³ H. RUIZ FABRI, « Le contentieux de l'exécution dans le règlement des différends de l'OMC », *J.D.I.*, 2000, p. 632.

défendeur (ou pas immédiatement). Les États qui sanctionnent effectivement ciblent certains produits en fonction de l'industrie d'exportation du défendeur, et non de l'intérêt des industries ou des consommateurs nationaux. Ces comportements s'expliquent de manière cohérente si les États recherchent une mise en conformité ; on ne les comprendrait pas, par contre, s'il est question de compensations ou d'indemnisation²¹⁶⁴. La lecture des procès-verbaux des réunions de l'ORD lorsqu'il débat de la mise en œuvre des décisions confirme, s'il en est besoin, que c'est bien la mise en conformité que les États attendent. D'une manière générale, les observateurs le confirment²¹⁶⁵.

L'évolution observée sur ce terrain est aussi liée aux propriétés des règles sanctionnées. Le mécanisme traditionnel, à supposer que la compensation ait été son objectif à l'origine (ce qui n'est pas si net), a pu fonctionner de manière relativement cohérente pour les cas de restrictions de l'accès aux marchés. Mais avec les règles que contiennent aujourd'hui les Accords de l'OMC, la suspension d'obligations ne fonctionne plus comme compensation. Sans surprise, son application a posé plusieurs problèmes dans des domaines plus institutionnalisés (« règles », ADPIC). Les arbitres ont notamment dû définir l'effet commercial d'une violation des ADPIC, qu'ils ont assimilé à la perte subie par les personnes privées titulaires des droits intellectuels, ce qui ne correspond pas à la pratique en matière de marchandises. Les affaires *CE – Bananes III (Équateur)* et *États-Unis – Jeux* ont aussi montré qu'une suspension des ADPIC au titre de sanctions soulève d'épineuses questions juridiques et pratiques (*supra*, n° 109). La suspension d'obligations relatives à des « règles », notamment quant à la manière de calculer le montant de la subvention ou du dumping (Accords SMC et AD) ou quant à la procédure d'imposition des mesures compensatoires ou des droits antidumping, a été admise à plusieurs reprises²¹⁶⁶. Dans ces hypothèses, l'objectif des États est d'imposer sur certains produits un droit supérieur au droit consolidé, en qualifiant l'opération de mesure compensatoire ou antidumping. En ce sens, la sanction est certes relativement « classique ». Mais dans toutes ces hypothèses, plus encore que lorsqu'il s'agit de droits de douane sur des marchandises, seule la mise en conformité a un sens et est désirable pour le plaignant.

²¹⁶⁴ G. SHAFFER et D. GANIN, « Extrapolating purpose from practice: rebalancing or inducing compliance », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 73-85.

²¹⁶⁵ Par exemple L. EHRING, « The European Community's experience and practice in suspending WTO obligations », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 244-246, qui étend son propos sur ce point à tous les membres de l'OMC.

²¹⁶⁶ *Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs (article 22:6 – Canada)*, 4.1 ; *États-Unis – Loi de 2000 (Canada) (article 22:6 – États-Unis)*, 5.2.

412. Détermination des obligations suspendues

L'influence institutionnelle se marque aussi dans les règles de choix des obligations suspendues. On n'a jamais soutenu que la suspension dût s'appliquer à la « concession », c'est-à-dire à l'engagement précis qui, lors de la négociation, a été accepté en échange de l'obligation violée. L'article XXIII du GATT de 1947 semblait permettre que toute obligation de l'Accord général soit suspendue à titre de sanction. Ainsi, on reconnaissait déjà l'unicité du GATT et le fait que tous les droits qu'on en retirait avaient toutes les obligations comme contreparties.

Le Mémoire d'accord poursuit dans cette voie en autorisant les sanctions croisées (*supra*, n^{os} 103 et s.), même si l'obligation d'imposer prioritairement les sanctions sur le secteur dans lequel la violation a été commise atténue cette idée, eu égard particulièrement au fait que, dans la négociation du Cycle de l'Uruguay, l'échange s'est plutôt fait entre des secteurs (ADPIC et AGCS contre ATV et AA) qu'à l'intérieur de ceux-ci²¹⁶⁷.

Le Mémoire d'accord ne permet pas la suspension des obligations résultant de l'Accord OMC lui-même, c'est-à-dire qu'il s'oppose à la suspension des règles de base du fonctionnement de l'Organisation (*supra*, n^{os} 116 et s.), dont J. Pauwelyn reconnaît d'ailleurs qu'elles sont intégrales (*erga omnes partes*). Cette interdiction se comprend parfaitement, car elle aurait des effets sur tous les membres et non seulement sur l'État défendeur. Elle n'empêcherait pas, *de lege ferenda*, que les États établissent des sanctions institutionnelles par lesquelles la suspension s'appliquerait aux droits institutionnels du défendeur plutôt qu'aux obligations du plaignant (*infra*, n° 420).

413. Autres éléments institutionnels

Une autre règle de protection de l'institution, qui ne se comprendrait pas dans un contexte contractuel, est celle qui interdit aux États de lier deux recours dirigés en sens inverse (art. 3.10 MRD), ce qui reviendrait à « compenser » deux violations. Elle a comme corollaire procédural l'interdiction des demandes reconventionnelles. Les États en litige ne peuvent convenir d'annuler des sanctions réciproques à concurrence du montant le plus faible. De même, un État ne peut suspendre des obligations que, dans le cadre d'un autre différend, son adversaire lui reproche de violer (*supra*, n° 115).

²¹⁶⁷ V. H. GROSSE RUSE-KHAN, « A Pirate of the Caribbean? The Attractions of Suspending TRIPS Obligations », *J.I.E.L.* 11(2), 2008, p. 336.

La non-rétroactivité peut être considérée comme une manière de montrer que la méconnaissance de la décision du juge est plus grave (encore) que la violation des Accords²¹⁶⁸, ce qui renforce l'autorité attachée aux organes judiciaires.

La réorientation des sanctions vers une contrainte de conformité est cohérente avec l'implication plus importante des acteurs privés dans l'OMC et dans le règlement des différends. Ces tiers attendent surtout le respect par les États de leurs engagements, puisqu'une suspension des obligations de leur État n'a généralement pas, pour eux, un effet d'indemnisation²¹⁶⁹.

414. Principaux éléments contractuels

Face aux nombreux éléments institutionnels décrits ci-dessus, plusieurs caractéristiques des sanctions les rattachent encore à l'idée de contrat. Pour une large part, ces caractéristiques ne datent pas de l'Accord de Marrakech, mais subsistent du régime antérieur²¹⁷⁰.

Le principe d'équivalence régit toujours la fixation du montant des sanctions. Ceci signifie que le montant de la suspension des obligations, en termes d'effets commerciaux, est limité au montant de la réduction des avantages causée par la violation de l'obligation. Cette idée était basée, au départ, sur la perspective d'une réciprocité forte, qui n'existe plus aujourd'hui. Cette caractéristique des sanctions cristallise les oppositions : les « contractualistes » y tiennent beaucoup, avec ceux qui croient que les relations entre États au sein de l'OMC sont et doivent être régies par une réciprocité forte. Les partisans de la fonction de contrainte des sanctions sont généralement moins attachés à l'équivalence. Les arbitres s'estiment tenus par le principe d'équivalence dans le cadre du régime général (art. 22 MRD), mais s'en écartent promptement dès qu'ils statuent au sujet de l'Accord SMC, qui prescrit des sanctions « appropriées » plutôt qu'équivalentes.

S'il est vrai que le principe d'équivalence se rattache plutôt à l'idée de contrat, il trouve néanmoins sa place dans un contexte institutionnel comme une manière de limiter la sanction. L'institution n'implique pas que les sanctions soient d'une sévérité infinie ni que la conformité doive être imposée à tout prix²¹⁷¹. Dans le contexte actuel, l'équivalence montre certaines

²¹⁶⁸ A.T. GUZMAN, « International Tribunals: A Rational Choice Analysis », *University of Pennsylvania L. R.* 157, 2008, p. 226-227.

²¹⁶⁹ Sur le problème de justice que posent les violations du droit de l'OMC et les suspensions d'obligations corrélatives, lorsqu'on envisage leurs effets sur les personnes privées, *supra*, n^{os} 272 et s.

²¹⁷⁰ V. la description qu'en fait Ch. LEBEN, *Les sanctions privatives de droits ou de qualité dans les organisations internationales spécialisées*, Bruxelles, Bruylant, 1979, p. 291-296.

²¹⁷¹ Comp. S. CHO, « The Nature of Remedies in International Trade Law », *University Pittsburgh L. R.* 65(4), 2004, p. 778.

faiblesses, notamment lorsqu'il s'agit de sanctionner une violation purement procédurale ou le non-respect des « règles » (*supra*, n° 305) ou des droits intellectuels. La détermination de la valeur de la réduction des avantages a aussi posé des difficultés, que les arbitres n'ont pas toujours réussi à surmonter.

La subsistance de la possibilité d'introduire une plainte en situation de non-violation semble également inspirée d'une réciprocité forte qui pourrait la faire rattacher au contrat. Sans surprise, les auteurs favorables à l'analyse institutionnelle relativisent à juste titre l'importance pratique de ce type de procédure et remarquent que, si elle a eu un sens au début du GATT, elle n'est plus guère en phase avec la configuration institutionnelle actuelle²¹⁷². On peut aussi concevoir la possibilité d'adapter le contrat à l'évolution des circonstances comme un signe de mouvement vers l'institution. L'institution est destinée à durer ; elle veille par conséquent à prévoir des moyens de s'adapter aux circonstances nouvelles auxquelles elle est confrontée. Ceci étant, les États préfèrent souvent négocier entre eux les modifications des Accords plutôt que de confier au juge ce délicat exercice.

Les sanctions et le règlement des différends gardent un caractère d'ordre privé, c'est-à-dire qu'ils sont subordonnés à la volonté des parties. Les sanctions ne sont jamais autorisées sans qu'un État le demande, et l'autorisation n'implique pour l'État aucune obligation de mise en œuvre. Assimiler institution et ordre public est une erreur, même si c'est généralement dans un contexte institutionnel que naissent des règles d'ordre public. L'analyse de M.-A. Frison-Roche, tout en reconnaissant comme un progrès l'interdiction faite à la victime de déterminer unilatéralement l'existence d'une illicéité, fustige ainsi la « justice privée » (au stade de la sanction), durement qualifiée de « procédé tribal, archaïque, anté-juridique, un système d'otage » ; l'auteur s'insurge contre les reliquats contractuels d'un système qu'elle voudrait plus institutionnel, pour qu'il puisse notamment mieux tenir compte des intérêts des personnes privées²¹⁷³. Ces règles s'expliquent par l'histoire des relations économiques internationales et par le caractère incomplet de l'institutionnalisation, qui se comprend comme la recherche d'un équilibre entre institution et souveraineté²¹⁷⁴. On peut aussi y voir l'application du principe

²¹⁷² V. D.P. STEGER, « Afterword: The "Trade and ..." Conundrum – A Commentary », *American Journ. Int. L.* 96(1), 2002, p. 138. V. aussi S. CHO, « The Nature of Remedies in International Trade Law », *University Pittsburgh L. R.* 65(4), 2004, p. 766-771, expliquant comment on est passé d'une vision centrée sur la réduction des avantages à une conception fondée sur la violation des règles.

²¹⁷³ M.-A. FRISON-ROCHE, « Le système des sanctions », *Les Notes bleues de Bercy*, n° 186, 1^{er}-15 juillet 2000, http://www.minefi.gouv.fr/notes_bleues/nbb/nbb186/sanct.htm (octobre 2004).

²¹⁷⁴ Pour cette conception d'un équilibre, v. P. LAMY, « The Place of the WTO and its Law in the International Legal Order », *E.J.I.L.* 17(5), 2006, p. 977.

dispositif – qui existe même en droit pénal. Cependant, la présence d'un « ministère public » chargé de poursuivre les infractions aux règles de l'OMC serait la marque d'une institutionnalisation plus aboutie. Dans l'attente, certains encouragent les États à profiter de la jurisprudence peu exigeante en matière d'intérêt à agir pour prendre en charge la défense de l'intérêt collectif, en introduisant des procédures de règlement des différends dans des affaires qui intéressent la « communauté » des États membres²¹⁷⁵.

415. Conclusion de la section 1

Cette section a montré que les sanctions de l'OMC sont institutionnelles. D'une part, elles sont détachées des sanctions du droit international public général. Malgré quelques ressemblances avec ces dernières, elles se conçoivent de manière distincte, non seulement parce que le Mémorandum d'accord contient toutes les règles utiles à leur sujet, rendant inutile le recours aux règles générales, mais surtout parce qu'il interdit l'usage de tout autre mécanisme de sanctions, notamment celles prévues par le droit international général. D'autre part, la signification des sanctions a évolué depuis l'époque du GATT. Il ne s'agit plus aujourd'hui de rééquilibrer des obligations réciproques, mais de contraindre un État à respecter les règles communes de l'OMC, ainsi que le confirment la jurisprudence, la doctrine et la pratique des États concernés.

Section 2 Rôle des sanctions dans la perspective institutionnelle

416. Introduction

Comme on a déjà pu l'apercevoir, le caractère institutionnel des sanctions a une influence sur leur fonction. Cette section examine le rôle que jouent les sanctions dans l'OMC conçue comme une institution.

417. Survie de l'institution

L'institution est faite pour durer. Être doté d'un intérêt propre, elle peut même, dans certains cas, lutter pour sa propre survie, nonobstant l'attitude de ses membres. Le mécanisme de sanctions contribue à cette fonction de survie.

²¹⁷⁵ S. CHO, « The Nature of Remedies in International Trade Law », *University Pittsburgh L. R.* 65(4), 2004, p. 796.

L'expérience montre qu'en matière contractuelle, l'exception d'inexécution conduit souvent à la résolution du contrat, ce qui met un terme à la coopération. Deux facteurs principaux expliquent cette fréquente « dégénérescence ». D'une part, l'exception d'inexécution peut être activée unilatéralement par la partie qui s'estime victime de la violation d'une obligation connexe à celle dont elle suspend l'exécution. Le plus souvent, le caractère fondé de l'exception n'est contrôlé par le juge que lorsque la coopération est irrémédiablement compromise. D'autre part, la valeur de l'obligation suspendue n'est pas limitée de manière stricte, au-delà d'une exigence assez vague de proportionnalité, sanctionnée (de nouveau, *a posteriori*) par les règles de l'abus de droit. L'*excipiens* est dès lors tenté de réagir trop fermement, par exemple en suspendant l'exécution de toutes ses obligations alors que son cocontractant n'a violé qu'une partie des siennes.

Si l'institution veut se maintenir dans le temps, elle doit éviter d'être soumise au risque d'un effroulement général provoqué par la défaillance d'un des membres, surtout si celle-ci ne concerne qu'un point en particulier. On peut expliquer par-là que les violations soient certes sanctionnées, mais dans une forme et avec des limites qui empêchent « l'escalade » conduisant à la décomposition de l'accord²¹⁷⁶.

Certaines institutions bannissent complètement l'exception d'inexécution. C'est ainsi qu'elle n'est pas applicable, par exemple, en droit pénal ni, plus généralement, dans les matières d'ordre public. Ces institutions prévoient alors d'autres méthodes pour s'assurer du respect des règles (notamment les amendes). C'est aussi l'option qu'a prise la Cour de justice à propos du droit de l'Union²¹⁷⁷, en la justifiant expressément par le caractère institutionnel du Traité de Rome. Dans l'affaire en question, les États membres cités en manquement par la Commission reprochaient à la Communauté de n'avoir pas respecté certaines de ses obligations, de sorte que le manquement allégué se justifiait par l'exception d'inexécution et ôtait à la Commission la qualité pour agir. Outre qu'elle ne reconnaît pas l'existence d'une violation du Traité, la Cour répond comme suit :

« Attendu toutefois que ce lien entre les obligations des sujets ne saurait être reconnu dans le cadre du droit communautaire ;

²¹⁷⁶ V. D.J. TOWNSEND, « Stretching the Dispute Settlement Understanding: *U.S.–Cotton's* Relaxed Interpretation of Cross-Retaliation in the World Trade Organization », *Richmond Journ. of Global L. and Business* 9(2), 2010, p. 141 : « "non-escalation" function ». A la lumière de l'expérience du GATT, L. BOISSON DE CHAZOURNES met en garde contre ce danger (*Les contre-mesures dans les relations internationales économiques*, Paris, Pedone, 1992, p. 124).

²¹⁷⁷ J. VERHOEVEN, *Droit de la Communauté européenne*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2001, p. 412-413.

Qu'en effet le traité ne se borne pas à créer des obligations réciproques entre les différents sujets auxquels il s'applique, mais établit un ordre juridique nouveau qui règle les pouvoirs, droits et obligations desdits sujets, ainsi que les procédures nécessaires pour faire constater et sanctionner toute violation éventuelle ;

Que, partant, en dehors des cas expressément prévus, l'économie du traité comporte interdiction pour les États membres de se faire justice eux-mêmes ;

Que l'inexécution des obligations incombant au Conseil ne saurait donc être de nature à dispenser les défendeurs de l'exécution de leurs obligations »²¹⁷⁸.

Les « obligations réciproques » auxquelles l'ordre juridique européen ne peut être réduit font écho aux « obligations mutuelles » dont il était dit la même chose dans l'arrêt *van Gend en Loos*²¹⁷⁹. La Cour dira plus tard, pour résumer, que

« dans l'ordre juridique établi par le traité, la mise en œuvre du droit communautaire par les États membres ne peut être soumise à une condition de réciprocité »²¹⁸⁰,

de sorte qu'aucun État membre ne peut se dispenser de l'application du droit européen au motif qu'un autre État membre ne le respecterait pas, même lorsque l'objectif est d'harmoniser les législations en Europe.

Eu égard au contexte historique et politique, et compte tenu de son institutionnalisation incomplète, le droit de l'OMC maintient l'exception d'inexécution, tout en l'encadrant dans des limites strictes. La conception des dispositions relatives aux sanctions comme une *limitation* du pouvoir des États dans la perspective d'un maintien de la coopération était présente dès les négociations de 1947, comme l'indique C. Wilcox, représentant des États-Unis, qui met toutefois davantage l'accent, dans la suite de son intervention, sur le rétablissement d'un équilibre contractuel :

« It is important that we should understand the meaning of Article 35, for that Article sets forth a principle which is fundamental to the whole structure that we are seeking to create. There are many commitments in the Charter, some of them general, some of them specific. But if any of these commitments are violated, there is only one sanction that can be applied. And that, in its crudest terms, is retaliation by another State. Now this sanction was not invented by the framers of the Charter. It has existed from time immemorial. It exists today. It will exist tomorrow, even, though the Organization that we have conceived is never brought to life.

What, then, have we done in Article 35? We have introduced a new principle into international economic relations. We have asked the nations of the world to confer upon an international organization the right to limit their power to retaliate. We have sought to tame retaliation, to discipline it, to keep it within bounds. By subjecting it to the restraints of international control, we

²¹⁷⁸ C.J.C.E., 13 novembre 1964, *Commission c. Luxembourg et Belgique*, 90/63 et 91/63, *Rec.*, 1964, p. 1232. La Cour répète le second attendu de cet extrait dans son arrêt du 26 février 1976, *Commission c. Italie*, 52/75, *Rec.*, 1976, p. 277, 11, en réponse à l'argument de l'Italie qui tentait de justifier son retard dans la transposition d'une directive en invoquant un délai de transposition trop court, ce qui serait démontré par le retard accusé par les autres États membres dans cette transposition.

²¹⁷⁹ C.J.C.E., 5 février 1963, *van Gend en Loos*, 26/62, *Rec.*, 1963, p. 3.

²¹⁸⁰ C.J.C.E., 11 janvier 1990, *Blanguernon*, C-38/89, *Rec.*, 1990, p. 83.

have endeavoured to check its spread and growth, to convert it from a weapon of economic warfare into an instrument of international order. »²¹⁸¹

Cet impératif de survie de l'institution est, *a fortiori*, présent aujourd'hui.

D'une part, aucune suspension d'obligations ne peut intervenir avant la constatation judiciaire ou arbitrale de la défaillance de l'autre partie. Comme le responsable et l'ampleur de la défaillance initiale ne sont plus douteux au moment de la mise en œuvre de la sanction, on évite les suspensions d'obligations « en chaîne » où chaque partie se prétend en droit d'invoquer l'exception. L'interdiction des demandes reconventionnelles clarifie encore ce processus, puisque chaque procédure de règlement des différends est consacrée à la défaillance alléguée d'un seul membre.

D'autre part, la priorité accordée à la mise en conformité pose essentiellement les sanctions comme une menace qu'il faut, si possible, éviter de mettre à exécution. Et si des sanctions sont néanmoins imposées – parce que la menace ne suffit pas, souvent à l'occasion d'affaires politiquement sensibles²¹⁸² – la mise en conformité demeure une obligation pour l'État défendeur et le montant des sanctions fixé, en règle, par application du principe d'équivalence, limite la suspension. En négatif, ceci implique que l'Accord doit continuer à produire ses effets pour le surplus. La limitation du montant des sanctions est une manière d'assurer le fonctionnement le plus normal possible du système, malgré l'existence d'une défaillance qu'on espère mineure et temporaire²¹⁸³. En définitive, l'objectif de l'OMC n'est pas de faire respecter la légalité pour elle-même, mais de favoriser, avec un certain pragmatisme, le maintien de la coopération commerciale entre les États²¹⁸⁴. C'est dans cette perspective que s'expliquent aussi la règle de non-rétroactivité et la prise en compte, pour le calcul du montant des sanctions, des flux commerciaux plutôt que du dommage subi par l'État ou par ses citoyens : l'objectif des

²¹⁸¹ *Second session of the Preparatory Committee of the United Nations Conference on trade and employment* – Verbatim report – Sixth meeting of Commission A, held on Monday, 2 June, 1947 at 2.30 p.m. in the Palais des nations, Geneva, E/PC/T/A/PV6, 2 juin 1947, p. 4. Aussi R.E. HUDEC, *The GATT Legal System and World Trade Diplomacy*, New York, Praeger, 1975, p. 36. V. aussi L. BOISSON DE CHAZOURNES, *Les contre-mesures dans les relations internationales économiques*, Paris, Pedone, 1992, p. 132.

²¹⁸² S. CHO, « The Nature of Remedies in International Trade Law », *University Pittsburgh L. R.* 65(4), 2004, p. 787-788.

²¹⁸³ En ce sens, à propos de l'affaire *Bananes III*, C.P. BOWN, *Self-Enforcing Trade. Developing Countries and WTO Dispute Settlement*, Washington, Brookings Institution Press, 2009, p. 59. Pour d'autres bonnes raisons de limiter le montant des sanctions, même dans l'optique de contraindre à la mise en conformité, G.M. GROSSMAN et A.O. SYKES, « 'Optimal' Retaliation in the WTO – a commentary on the *Upland Cotton Arbitration* », *W.T.R.* 10(1), 2011, p. 150.

²¹⁸⁴ Ch. LEBEN, *Les sanctions privatives de droits ou de qualité dans les organisations internationales spécialisées*, Bruxelles, Bruylant, 1979, p. 301-308, à propos du GATT et d'autres organisations internationales.

sanctions est à chercher davantage du côté de la pérennité de l'institution que de celui d'un équilibre contractuel.

On ne peut exagérer, cependant, l'importance de la volonté institutionnelle. Ce système ne fut élaboré que parce que les États l'acceptaient, même s'ils n'en ont pas prévu toutes les péripéties pratiques. De même, le système ne continue à fonctionner, malgré les manquements des uns et des autres, que parce que les États – plaignant en tête – y trouvent dans l'ensemble plus d'avantages que d'inconvénients.

Les limites posées par le Mémorandum d'accord à l'imposition de sanctions s'avèrent même, souvent, trop élevées. Le plaignant renonce alors à les mettre en œuvre (totalement). Ce fut le cas lorsque le litige opposait des États dont les économies étaient de tailles très différentes (l'Équateur et les CE dans l'affaire *Bananes III*, Antigua et les États-Unis dans l'affaire des *Jeux*), mais aussi des Communautés européennes dans le différend des *Sociétés de vente à l'étranger*, où l'exercice des sanctions, autorisées pour environ quatre milliards de dollars par an, aurait annihilé l'effet de libéralisation résultant, pour le commerce transatlantique, du Cycle de l'Uruguay. Les Communautés européennes ont préféré imposer un droit de douane supplémentaire limité et progressif. La même technique fut utilisée dans le différend relatif à la *Loi sur la compensation (Amendement Byrd)* (*supra*, n° 120).

L'absence de rétroactivité des sanctions rend toutefois possible, dans les faits, qu'un État mette en œuvre des contre-mesures unilatérales (et donc interdites par l'article 23 MRD) sans être sanctionné, du moins s'il les retire lorsque l'ORD constate officiellement leur illicéité²¹⁸⁵. Ainsi, la non-rétroactivité peut inciter à l'unilatéralisme, destructeur de l'institution.

418. Affirmation du pouvoir de l'institution

Les sanctions sont le moyen et le symbole du pouvoir de l'institution sur ses membres. L'autorité de l'institution s'exerce et s'affirme par le mécanisme de règlement des différends, et en fin de compte par les sanctions. À cet égard, même si les règles obligent indépendamment des sanctions et si l'efficacité de celles-ci n'est pas parfaite, l'existence des sanctions assoit l'autorité des règles, leur donne « une certaine solennité »²¹⁸⁶, montre, en définitive, que les États prennent (et doivent prendre) leurs engagements au sérieux.

²¹⁸⁵ R. BREWSTER, « Shadow Unilateralism: Enforcing International Trade Law at the WTO », *University Pennsylvania Journ. Int. L.* 30(4), 2009, p. 1142-1146.

²¹⁸⁶ Ch. LEBEN, *Les sanctions privatives de droits ou de qualité dans les organisations internationales spécialisées*, Bruxelles, Bruylant, 1979, p. 327.

Pour les mêmes raisons, elles ont un effet similaire sur l'autorité du juge²¹⁸⁷. En soumettant le défendeur à son juge, en rendant obligatoire la décision de ce dernier et en l'assortissant de sanctions, l'OMC exerce son pouvoir sur les États. C'est sans doute le domaine dans lequel ce pouvoir est le plus visible et le plus formalisé.

Ce processus ne fonctionne cependant pas isolément. Il est complété par un système de surveillance résultant notamment du mécanisme d'examen des politiques commerciales²¹⁸⁸. Prévenir, surveiller et punir, voilà les fonctions des Annexes 3 et 2 de l'Accord. La démonstration de la relation d'autorité qui se révèle dans ces activités n'est plus à faire.

De ce point de vue, le montant exact des sanctions et leur (non-)application effective peuvent revêtir une importance secondaire. La marque symbolique de la violation des règles passe au premier plan. Pour R. Hudec, les contre-mesures prévues en 1947 font partie d'un accord qui n'était pas censé être trop contraignant, dans lequel elles constituent

« a symbolic form of punishment should the community need a more vigorous demonstration of its sentiments »²¹⁸⁹.

Une expression institutionnelle était donc présente dès les origines. C'est aussi l'analyse qu'il fait du seul cas de suspension de concessions autorisé sous l'empire du GATT. Le montant de la suspension fut apparemment convenu entre les parties, puis présenté comme une décision du groupe de travail afin qu'aucun État ne paraisse avoir « acquiescé »²¹⁹⁰ (v. *supra*, n° 364). Il est possible qu'au début des années 1950, les sanctions aient plutôt symbolisé le droit des États que le pouvoir institutionnel. Néanmoins, dès cette époque, on a tenu à présenter les sanctions comme une décision du groupe de travail²¹⁹¹, confirmée par les PARTIES CONTRACTANTES²¹⁹², et

²¹⁸⁷ Sur ces aspects, Ch. LEBEN, *Les sanctions privatives de droits ou de qualité dans les organisations internationales spécialisées*, Bruxelles, Bruylant, 1979, p. 326-333.

²¹⁸⁸ Pour une articulation des dimensions de surveillance (ou de transparence) et de règlement des différends (y compris les sanctions) dans le cadre de l'OMC, v. B.M. HOEKMAN et P.C. MAVROIDIS, « WTO Dispute Settlement, Transparency and Surveillance », *World Economy*, 2000, p. 527-542 ; J. CHAISSE et D. CHAKRABORTY, « Implementing WTO Rules Through Negotiations and Sanctions: The Role of Trade Policy Review Mechanism and Dispute Settlement System », *Pennsylvania Journ. Int. Econ. L.* 28(1), 2007, p. 153-185.

²¹⁸⁹ R.E. HUDEC, *The GATT Legal System and World Trade Diplomacy*, New York, Praeger, 1975, p. 30.

²¹⁹⁰ R.E. HUDEC, *The GATT Legal System and World Trade Diplomacy*, New York, Praeger, 1975, p. 176-182.

²¹⁹¹ Working Party 8 on Netherlands action under Article XXIII:2 – Report to the CONTRACTING PARTIES, L/61, 7 novembre 1952.

²¹⁹² *Summary Record of the Sixteenth Meeting of 8 November 1952*, SR7/16, 11 novembre 1952, p. 4-7. L'adoption a suscité quelques objections. V. aussi *Compte rendu de la dix-septième séance, 10 novembre 1952*, SR7/17, 18 novembre 1952, p. 1.

non comme un arrangement privé entre États. J. Jackson confirme que la perspective du respect des règles a toujours eu l'ascendant sur l'équilibre des concessions²¹⁹³.

Après plusieurs décennies exemptes de sanctions mais caractérisées par un renforcement institutionnel, notamment du règlement des différends, les sanctions sont réapparues avec l'affaire *Bananes III*, comme le signe clair d'une attente de conformité des États aux obligations résultant des Accords. L'Équateur, plaignant malheureux trop faible économiquement pour faire plier l'Europe, confirme ce caractère symbolique en présentant toute sa force :

« If the Arbitrators had determined the value of the damage at only US\$1, that dollar would have been sufficient to show that 15 of the world's richest countries harmed a developing country's economy, despite the fact that they were aware that they were in breach of their obligations under the multilateral trading system. »²¹⁹⁴

Plusieurs auteurs partagent l'avis que les sanctions ont effectivement un rôle symbolique. Dans certains cas, les effets strictement économiques de la mise en œuvre de la sanction sont négligeables : ils n'ajoutent pas d'incitant économique aux pressions politiques et diplomatiques, mais se comprennent comme une manière d'exercer cette pression politique au moyen d'un symbole emprunté au champ économique. On l'a remarqué en particulier à propos de l'affaire *États-Unis – Article 110 5*), *Loi sur le droit d'auteur (article 25:3)*²¹⁹⁵. Cette fonction symbolique – « *sending a political message [...] rather than having a real economic impact* »²¹⁹⁶ – permet de penser que les sanctions peuvent aussi être utilisées avec une certaine efficacité par les « petits » pays, nonobstant leurs effets économiques faibles ou défavorables.

Il ne faut cependant pas exagérer l'impact ni l'ampleur de l'autorité de l'OMC. Les sanctions partagent les faiblesses d'une autorité parfois plus symbolique que réelle. Les États ne s'y trompent pas : l'obtention d'une décision de l'ORD et d'une autorisation de suspendre l'exécution de certaines obligations n'est pas une solution en soi. C'est plutôt un argument, un moyen de pression parmi d'autres pour infléchir la position de l'État défendeur, ou pour en obtenir quelque compensation. Comme l'écrivait déjà R. Hudec, le GATT

²¹⁹³ J.H. JACKSON, *Restructuring the GATT System*, New York, Council on Foreign Relations Press, 1990, p. 60-61.

²¹⁹⁴ Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 7 avril 2000, WT/DSB/M/78, 12 mai 2000, n° 32, p. 7.

²¹⁹⁵ L. EHRING, « The European Community's experience and practice in suspending WTO obligations », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 254-255.

²¹⁹⁶ V. KHABAYAN, « Canada's experience and practice in suspending WTO obligations », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 278.

« is not a legal system which relies on the economic sanction as a coercive force. It uses sanction, and more often the threat of sanction, as an escalated form of the same, essentially diplomatic, pressure which its rulings and recommendations create »²¹⁹⁷.

Dans l'arène internationale, la sanction ou sa possibilité peuvent servir de menace jouissant d'une certaine crédibilité ; en interne, la crainte de sanctions peut servir d'argument politique pour obtenir la modification de mesures non conformes²¹⁹⁸.

Certains auteurs souhaitent renforcer l'institutionnalisation :

« for legal security to be served, *institutional* rather than individual grounds must be agreed and inserted in the contract that will guarantee respect at all times.
And this is exactly the role that remedies are called to play: remedies are the institutional guarantee that a contract will always be observed. »²¹⁹⁹

Avec constance et insistance, les arbitres situent la fonction des sanctions dans une contrainte visant la mise en conformité. Ils cherchent à renforcer le pouvoir disciplinaire de l'institution dont ils sont les organes. On ne s'étonnera pas non plus qu'avec une certaine nonchalance, les États défendeurs considèrent souvent, à l'inverse, que les sanctions peuvent, pendant un temps du moins, tenir lieu de compensation leur permettant en pratique de maintenir la violation des Accords²²⁰⁰. En défendant leur liberté de choix et en insistant sur leur souveraineté, ils tentent de minimiser l'élément d'autorité que font apparaître leur condamnation et les sanctions subséquentes.

419. Multilatéralisme, légitimité et sanctions

La réputation des États est un facteur qui influence leur action (*supra*, n° 226). L'État qui recourt à des sanctions peut voir sa réputation écornée, en particulier si son action est interprétée comme illégitime, par exemple si les sanctions apparaissent, dans le contexte, comme un simple prétexte pour suspendre des obligations et non comme un effort sincère pour faire respecter les règles²²⁰¹.

L'institution aide à renforcer la légitimité des sanctions, ce qui réduit le coût (ou le risque) en termes de réputation et, par conséquent, en facilite la mise en œuvre. Pour A. Thompson, le rôle

²¹⁹⁷ R.E. HUDEC, *The GATT Legal System and World Trade Diplomacy*, New York, Praeger, 1975, p. 184.

²¹⁹⁸ V. Ch. LEBEN, *Les sanctions privatives de droits ou de qualité dans les organisations internationales spécialisées*, Bruxelles, Bruylant, 1979, p. 339-345.

²¹⁹⁹ P.C. MAVROIDIS, « Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place », *E.J.I.L.*, 2000, p. 811.

²²⁰⁰ Not. C.J.C.E., 23 novembre 1999, *Portugal c. Conseil*, C-149/96, *Rec.*, 1999, p. I-8395, 37-41.

²²⁰¹ Certes, la réputation des États est un concept complexe, qui dépend de nombreux facteurs et ne s'apprécie pas par rapport à un seul acte ou à une seule dimension des relations internationales (*supra*, n° 226).

de l'institution, dans ce contexte, est de procurer de l'information : elle clarifie les règles et tranche les conflits d'interprétation ; elle surveille ou identifie les comportements déviants et elle aide à la compréhension des motivations des États impliqués²²⁰².

En particulier, dans le cas de l'OMC, l'obligation de n'utiliser les sanctions qu'en dernier ressort, et en conformité avec les décisions de l'ORD, évite que les sanctions ne constituent qu'un pur prétexte et qu'elles soient perçues comme telles. Le règlement des différends réalise à l'évidence les deux premières fonctions d'information identifiées par A. Thompson. En ce qui concerne la motivation des États, les consultations préalables et la discussion du rapport lors d'une réunion de l'ORD joue certainement un rôle, même si ce ne sont pas les seules sources d'information.

Si le caractère multilatéral d'une institution garantit souvent une certaine légitimité, son rôle de légitimation des sanctions est, à l'évidence, tributaire du degré de légitimité de l'institution. Ainsi, ceux qui voient dans l'OMC une organisation contrôlée par les grandes puissances et exclusivement consacrée à la réalisation de leurs intérêts économiques ne considéreront pas une décision de l'ORD, ou des sanctions qu'il aurait autorisées, comme plus légitimes qu'un acte de la grande puissance elle-même. L'OMC s'affirme néanmoins comme une puissance tierce, grâce à quoi la sanction ne peut être réduite à une relation bilatérale entre deux États, mais doit se comprendre (aussi) dans la perspective du rapport de forces entre l'Organisation et ses membres²²⁰³.

420. Propositions de sanctions plus institutionnelles

Nombreuses sont les propositions de réforme du mécanisme de règlements des différends et, parmi elles, celles visant le système de sanctions²²⁰⁴. Plusieurs propositions visent à rendre les sanctions plus institutionnelles, ce qui est une marque de l'état d'esprit des États membres et des observateurs du mécanisme de règlement des différends.

²²⁰² A. THOMPSON, « The rational enforcement of international law: solving the sanctioners' dilemma », *Int. Theory* 1(2), 2009, p. 317 et les références citées.

²²⁰³ V. O. BLIN, « Les sanctions dans l'Organisation mondiale du commerce », *J.D.I.*, 2008, p. 466.

²²⁰⁴ Pour un aperçu des propositions de réforme en général, ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE, *Rapport sur le commerce mondial 2007. Soixante ans de coopération commerciale multilatérale : qu'avons-nous appris ?*, Genève, 2007, p. 307 et s. ; O. BLIN, « Les sanctions dans l'Organisation mondiale du commerce », *J.D.I.*, 2008, p. 458-462 ; S. CHARNOVITZ, « The WTO's Problematic "Last Resort" Against Noncompliance », *Aussenwirtschaft* 57(IV), 2002, p. 430 (résumé de la doctrine) ; R.A. FORD, « The Beef Hormone Dispute and Carousel Sanctions: A Roundabout Way of Forcing Compliance with World Trade Organization Decisions », *Brooklyn Journ. Int. L.* 27(2), 2002, p. 565-569 ; S. SHADIKHODJAEV, *Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, p. 168 et s.

Il y a d'abord des propositions de sanctions collectives, donc mises en œuvre par tous les membres, et pas seulement par celui ayant introduit la procédure de règlement du différend²²⁰⁵. Une variante consiste à limiter cette possibilité au cas où le plaignant est un pays en développement, dont les capacités de sanction sont en conséquence réduites²²⁰⁶.

On propose aussi de priver le défendeur qui ne se met pas en conformité de certains droits institutionnels²²⁰⁷, parmi lesquels, en premier lieu, l'utilisation du mécanisme de règlement des différends : on pourrait ainsi interdire à tout Membre qui n'exécute pas une décision d'introduire une quelconque affaire devant l'ORD²²⁰⁸. On pourrait aussi suspendre son droit de vote au sein des organes de l'OMC²²⁰⁹, ce qui n'a guère qu'une portée symbolique dans un système basé sur le consensus²²¹⁰. Une troisième idée serait de suspendre les représentants du Membre en violation de ses obligations qui exercent des fonctions particulières au sein de l'OMC²²¹¹. Une proposition encore plus radicale serait d'établir un système d'amendes, de

²²⁰⁵ D. LUFF, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce – Analyse critique*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 952 ; C. MOCQUART, « Efficacité des sanctions et retraits de concession dans le système de règlement des différends de l'OMC », *R.D.A.I.*, 2003, p. 58 ; J. PAUWELYN, « Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules are Rules – Toward a More Collective Approach », *Amer. Journ. Int. Law* 94(2), 2000, p. 342-345. V. à ce sujet, *Session extraordinaire de l'Organe de règlement des différends*, Rapport du Président, M. l'Ambassadeur Ronald Saborio Soto, au Comité des négociations commerciales, TN/DS/25, 21 avril 2011 (pour un résumé des discussions récentes) ; B.P. MCGIVERN, « Seeking Compliance with WTO Rulings: Theory, Practice and Alternatives », *Int. Lawyer* 36(1), 2002, p. 155 et s. ; S. SHADIKHODJAEV, *Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, p. 171-173.

²²⁰⁶ *Négociations concernant le Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, Proposition du Groupe africain, TN/DS/W/15, 25 septembre 2002, p. 4 ; B.L. DAS, *The WTO and the Multilateral Trading System – Past, Present and Future*, Penang, Third World Network, Londres, Zed Books, 2003, p. 195. V. à ce sujet R.E. HUDEC, « The Adequacy of WTO Dispute Settlement Remedies: A Developing Country Perspective », in B. HOEKMAN, A. MATTOO et P. ENGLISH (eds), *Development, Trade, and the WTO – A Handbook*, Washington DC, World Bank, 2002, p. 86.

²²⁰⁷ ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE, *Rapport sur le commerce mondial 2007. Soixante ans de coopération commerciale multilatérale : qu'avons-nous appris ?*, Genève, 2007, p. 310.

²²⁰⁸ G.N. HORLICK, « Problems with the compliance structure of the WTO dispute resolution process », in D.L.M. KENNEDY et J.D. SOUTHWICK (eds), *The Political Economy of International Trade Law – Essays in Honor of Robert E. Hudec*, Cambridge University Press, 2002, p. 642 ; M. HILF, « Das Streitbeilegungssystem der WTO », in M. HILF et S. OETER (Hrsg), *WTO-Recht – Rechtsordnung des Welthandels*, Baden-Baden, Nomos, 2005, p. 533 ; M.R. ISLAM, « Recent Trade Sanctions on the US to Induce Compliance with the WTO Ruling in the Foreign Sales Corporations Case: Its Policy Contradiction Revisited », *J.W.T.*, 2004, p. 487 ; P.C. MAVROIDIS, « Proposals for Reform of Article 22 of the DSU: Reconsidering the “Sequencing” Issue and Suspension of concessions », in F. ORTINO et E.-U. PETERSMANN (eds), *The WTO Dispute Settlement System 1995-2003*, La Haye, Kluwer Law International, 2004, p. 72.

²²⁰⁹ M.R. ISLAM, « Recent Trade Sanctions on the US to Induce Compliance with the WTO Ruling in the Foreign Sales Corporations Case: Its Policy Contradiction Revisited », *J.W.T.*, 2004, p. 487.

²²¹⁰ M. HILF, « Das Streitbeilegungssystem der WTO », in M. HILF et S. OETER (Hrsg), *WTO-Recht – Rechtsordnung des Welthandels*, Baden-Baden, Nomos, 2005, p. 533.

²²¹¹ M. HILF, « Das Streitbeilegungssystem der WTO », in M. HILF et S. OETER (Hrsg), *WTO-Recht – Rechtsordnung des Welthandels*, Baden-Baden, Nomos, 2005, p. 533-534.

sommes forfaitaires ou d'astreintes à payer à l'OMC, sur le modèle du droit européen (art. 260 TFUE)²²¹². Mais le problème serait ici de s'assurer que le Membre s'acquitte effectivement de sa dette.

Plus anecdotique est la proposition de priver les représentants du défendeur de leur accès au parking du bâtiment de l'OMC²²¹³, mais on voit bien là, de nouveau, la sanction émaner de l'Organisation, sans passer par l'intermédiaire de ses Membres.

En amont des sanctions, certains imaginent même l'établissement d'une sorte de ministère public, chargé des « poursuites »²²¹⁴.

421. Adaptation des obligations

On a montré que l'adaptabilité des règles était un trait distinctif et un avantage des structures institutionnelles. De ce point de vue, l'OMC est encore fortement marquée par la philosophie contractuelle et par la forme de son acte constitutif. Les pouvoirs des organes de modifier, d'adapter ou même de préciser les règles en vigueur sont restreints et l'usage ne contribue pas à les étendre.

Les sanctions jouent cependant un rôle en matière d'adaptation des règles. Elles fonctionnent comme une soupape (« *safety valve* »²²¹⁵). Elles permettent en effet de rendre supportable et soutenable (*sustainable*), pendant une période plus ou moins longue, l'inexécution par un État de ses obligations. Les raisons varient, pour lesquelles les États, ou plus précisément leurs dirigeants, décident de s'écarter du respect des règles de l'OMC. Mais, depuis des décennies, la pratique montre que de telles violations sont aussi nécessaires qu'indésirables. Un certain pragmatisme, doublé d'une symétrie dans les intérêts étatiques – violer les règles peut arriver à tout le monde – amène alors à les canaliser plutôt qu'à poursuivre leur complète éradication. La chose n'est pas neuve, au demeurant. Comme l'écrivait Hugo,

²²¹² M. HILF, « Das Streitbeilegungssystem der WTO », in M. HILF et S. OETER (Hrsg), *WTO-Recht – Rechtsordnung des Welthandels*, Baden-Baden, Nomos, 2005, p. 534.

²²¹³ G.N. HORLICK, « Problems with the compliance structure of the WTO dispute resolution process », in D.L.M. KENNEDY et J.D. SOUTHWICK (eds), *The Political Economy of International Trade Law – Essays in Honor of Robert E. Hudec*, Cambridge University Press, 2002, p. 642.

²²¹⁴ B.M. HOEKMAN et M.M. KOSTECKI, *The Political Economy of the World Trading System – The WTO and Beyond*, 2nd ed., Oxford University Press, 2001, p. 97 ; B.M. HOEKMAN et P.C. MAVROIDIS, « WTO Dispute Settlement, Transparency and Surveillance », *World Economy*, 2000, p. 538 ; V. DELICH, « Developing Countries and the WTO Dispute Settlement System », in B. HOEKMAN, A. MATTOO et P. ENGLISH (eds), *Development, Trade, and the WTO – A Handbook*, Washington DC, World Bank, 2002, p. 79.

²²¹⁵ R.Z. LAWRENCE, *Crimes & punishments ? – Retaliation under the WTO*, Washington, Institute for International Economics, 2003, p. 40 et s. Dans le même sens, v. J.F. COLARES, « The Limits of WTO Adjudication: Is Compliance the Problem? », *J.I.E.L.* 14(2), 2011, p. 403-436.

« L'histoire des pays est pleine de cela. Ni rois ni nations ne pourraient vivre un jour avec la rigidité des sermens qu'on tiendrait. »²²¹⁶

Les sanctions n'ont d'ailleurs pas l'exclusivité de ce rôle²²¹⁷. On trouve des raisons similaires dans la possibilité offerte aux États de prendre des mesures de sauvegarde (art. XIX GATT), qui leur permettent temporairement de s'écarter du respect de certaines de leurs obligations. Les sauvegardes ne trouvent pas leur source dans une violation du droit, mais elles partagent certaines caractéristiques des sanctions, notamment la limitation stricte de leur ampleur. Le contrôle judiciaire multilatéral existe également, mais il survient *a posteriori*, ce qui réduit son effet utile, comme l'a démontré l'affaire *États-Unis – Acier*²²¹⁸.

Grâce aux sanctions et aux sauvegardes, jointes à l'existence quasi permanente de négociations entre les membres, l'OMC plie, mais ne rompt pas. Et elle plie pour ne pas rompre, ainsi qu'on l'a montré plus haut (*supra*, n° 417).

On peut regretter que l'OMC ne dispose pas d'un mécanisme plus élaboré pour adapter les obligations des États membres. Les sauvegardes ne permettent qu'une adaptation temporaire. Il en va de même du couple violation/sanctions, lorsqu'il est utilisé dans cet objectif. Mais ce n'est néanmoins pas sa vocation première, et sans doute n'a-t-il pas toutes les qualités requises pour servir de mécanisme d'adaptation des obligations. Toute autre adaptation passe par le consensus des États membres, avec les lenteurs et les difficultés que cela suppose, ce qui n'est pas toujours suffisamment praticable et efficace pour s'adapter en temps utile aux fluctuations du commerce mondial dans l'économie contemporaine (et donc aux besoins des acteurs). L'utilisation des sanctions dans cette fonction est donc une manière un peu fruste de pallier, avec les techniques disponibles, l'absence d'un mécanisme spécifique d'adaptation permanente des obligations des États membres, qui soit à la fois légitime et efficace.

422. Conclusion du chapitre III

S. Cho résume bien le lien entre l'institutionnalisation et les sanctions :

« It is important to note that the true nature of WTO remedies reflects the *raison d'être* of the WTO system itself. If we understand the WTO as a genuinely integrated multilateral legal system beyond its intergovernmental genesis, WTO remedies should be firmly hinged on growing norm-building that can ensure a stable and predictable operation of the system. Under such a legal system, WTO remedies not only address disputes but also *prevent* them in a practical manner. This perspective

²²¹⁶ V. HUGO, *Lucrèce Borgia*, Acte 2, partie 1, scène 4.

²²¹⁷ R.Z. LAWRENCE, *Crimes & punishments ? – Retaliation under the WTO*, Washington, Institute for International Economics, 2003, p. 40 et s.

²²¹⁸ *États-Unis – Mesures de sauvegarde définitives à l'importation de certains produits en acier*, WT/DS248, WT/DS249, WT/DS251, WT/DS252, WT/DS253, WT/DS254, WT/DS258, WT/DS259.

tends to conceive WTO remedies as public goods for all Members beyond a mere instrument that settles and satisfies particular parties concerned in specific cases. »²²¹⁹

Les sanctions font partie du système institutionnel de l'OMC. Les règles qui les prévoient ne sont pas dérivées du droit international public général, même si l'on peut déceler certaines ressemblances. Elles constituent au contraire un régime excluant l'application du droit commun. Les sanctions de l'OMC ne peuvent être mises en œuvre qu'après la détermination par le juge de l'existence d'une violation des règles. Leur objectif est de ramener leur destinataire dans le droit chemin, donc de le contraindre à respecter les Accords, tout en contenant la réaction du plaignant dans des limites strictes afin d'éviter la dégénérescence à laquelle l'exception d'inexécution conduit si souvent en droit privé.

Ainsi conçues, les sanctions sont aussi la marque du pouvoir de l'Organisation, qui exerce une forme de discipline envers ses membres. Elles symbolisent son pouvoir, même si l'OMC elle-même ne se charge pas de leur mise en œuvre. Elles renforcent une institution, ce qui lui vaut d'ailleurs de nombreuses critiques, mais contribue aussi à son prestige et à son efficacité à long terme. La présence d'un mécanisme de règlement des différends aussi complet et efficace (ce qui tient en partie aux sanctions) est sans doute la raison principale pour laquelle certains souhaitent l'intervention de l'OMC dans d'autres domaines des relations (économiques) internationales.

Accessoirement, presque à titre d'effet secondaire, les sanctions permettent une certaine souplesse, en ce qu'elles ménagent, *de facto*, une situation d'attente pour le défendeur qui n'aurait pas pu se mettre en conformité au terme de la période prévue à cette fin.

423. Conclusion de la partie III

On enseigne traditionnellement que le droit économique international est fondé sur des accords entre États, égaux en souveraineté, s'engageant à se comporter de manière à rendre l'économie mondiale plus efficiente. Cette présentation permet effectivement d'expliquer certaines des caractéristiques juridiques et économiques du droit économique international.

Mais en se focalisant sur l'idée d'États libres et égaux, elle passe à côté d'une autre dimension, pourtant aussi indispensable à la compréhension du développement de cette matière et de ses mécanismes. C'est qu'avec l'organisation des relations économiques internationales se créent des institutions qui dépassent l'accord entre États. C'est le cas de l'OMC qui se développe

²²¹⁹ S. CHO, « The Nature of Remedies in International Trade Law », *University Pittsburgh L. R.* 65(4), 2004, p. 808.

comme une organisation dotée d'un projet institutionnel, donc d'un intérêt propre, d'organes chargés de le réaliser, et d'une forme de pouvoir sur ses membres qui constitue pour elle le moyen de le mettre en œuvre. C'est cette autre dimension, non exclusive mais beaucoup plus prégnante qu'on ne l'admet généralement, que cette troisième partie s'attachait à (re)mettre en lumière.

Cette perspective générale donne une autre vision des mécanismes particuliers du droit de l'OMC, par exemple du règlement des différends ou, de manière plus étroite encore, du système de sanctions. En même temps, l'étude de ces mécanismes confirme l'institutionnalisation de l'ensemble. Le mécanisme de règlement des différends se comprend alors comme une véritable juridiction, un « juge de l'OMC »²²²⁰ et le système de sanctions comme un attribut et un instrument de son pouvoir. Dans cette logique, les sanctions ont pour objectif naturel de contraindre les États membres à respecter les règles de l'Organisation, conçues comme une discipline édictée dans une optique d'intérêt général et non comme un bouquet d'arrangements bilatéraux à la libre disposition de chacun.

Mais il faut se garder d'accorder à cette conception une portée absolue. L'OMC garde aussi des caractéristiques contractuelles, ce qui s'explique à la fois par son histoire qui, au départ d'un traité largement conçu comme un contrat, voit se renforcer progressivement l'idée institutionnelle, et par le fait que, si la théorie décrit l'institution au moyen de caractéristiques typiques, on ne trouve pas dans la réalité une institution qui les possède absolument toutes.

²²²⁰ H. RUIZ FABRI, « Le juge de l'OMC : ombres et lumières d'une figure judiciaire singulière », *R.G.D.I.P.*, 2006, p. 39-83.

Conclusion

424. Introduction

On peut synthétiser les principaux enseignements de cette recherche en repartant des quatre questions qu'on se posait au départ (n^{os} 426-430). Il faut auparavant rappeler la conception de la sanction exposée dans l'introduction (n° 425). On exposera pour terminer quelques conséquences de la conception institutionnelle de l'OMC (n° 431) ainsi que quelques pistes pour étendre l'analyse institutionnelle (n° 432).

425. Les sanctions en droit

On s'est d'abord interrogé sur la notion de sanction et sur les rapports entre la sanction et la règle de droit, au départ des conceptions de H. Kelsen et de H.L.A. Hart.

Kelsen défend une position d'apparence claire et radicale : il n'existe pas de norme juridique sans sanction. La norme juridique est toute entière comprise dans sa sanction, car elle n'est rien d'autre que le devoir de l'autorité d'appliquer la sanction à ceux qui n'adopteraient pas le comportement défini. Cette conception a le mérite de qualifier nettement la sanction de norme, et non de fait, ce qui la distingue des voies d'exécution. Mais elle pose des problèmes, qui apparaissent notamment lorsqu'on examine la manière dont Kelsen définit l'efficacité de la norme – efficacité qu'il considère comme une condition nécessaire au maintien, sur la durée, de sa validité. Kelsen indique en effet qu'une norme est efficace si elle est généralement observée ou si la sanction est généralement appliquée. Il précise que, dans la première hypothèse, le respect de la norme ne résulte pas nécessairement de la crainte de la sanction. Dans la seconde hypothèse, il n'exige pas que la sanction soit concrètement de nature à faire observer la règle. On se demande alors si, dans la pensée de Kelsen, c'est l'existence d'une sanction ou l'efficacité de la norme qui vraiment conditionne sa validité et, dans l'hypothèse où les deux seraient nécessaires, ce que peut apporter une sanction à une norme qui serait efficace indépendamment d'elle.

Hart défend une autre conception de la règle de droit, basée sur l'analyse de son aspect interne. Pour lui, les agents sont liés par la règle car ils font leurs ses justifications. Ils justifient leur comportement par rapport à la règle, qui constitue pour eux, et pour la société dont ils font partie, une raison suffisante de leur action. C'est cet aspect interne qui fait d'elle une règle qui doit être respectée. Hart définit ensuite le système juridique développé comme une union de règles primaires et de règles secondaires, qui sont autant d'énoncés institutionnalisés d'un

devoir-être internalisés par leurs destinataires. Dans cette conception, la sanction n'est pas une condition d'existence de la règle de droit. En ce qu'elle exprime une désapprobation à l'égard de ceux qui violent la règle, elle constitue plutôt la manifestation extérieure du fait que la norme est généralement internalisée.

Comment la sanction fonctionne-t-elle en cas de violation d'une règle juridique ? Dans la conception de Hart, les sujets se conforment à la règle, pas tellement parce qu'ils craignent l'application de la sanction, mais surtout parce qu'ils ont internalisé ses justifications. Sur le plan des principes, le respect des règles de droit est ultimement fondé sur cette internalisation. Ceci étant, elle ne suffit pas toujours pour assurer un respect assez général de la règle, ce qui conduit le législateur à prévoir qu'une forme de désagrément soit imposée à ceux qui ne respectent pas la règle, de manière à renforcer le taux de conformité.

La sanction est donc une règle qui s'applique lorsqu'une autre règle n'est pas respectée. Selon les cas, elle met à charge de l'auteur de la violation des obligations supplémentaires ou elle lui ôte des droits ; elle peut aussi autoriser ou obliger d'autres sujets de droit (en particulier des autorités) à mettre en œuvre des voies d'exécution.

Le droit international contient aussi des sanctions au sens qui vient d'être rappelé. Leurs caractéristiques dépendent en partie de celles de l'ordre juridique international. C'est dans ce cadre qu'il faut situer le mécanisme de sanctions du droit de l'OMC, prévu à l'article 22 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends. Les juristes l'analysent traditionnellement comme une version, quelque peu aménagée contractuellement, des contre-mesures qu'on connaît en droit international général.

426. Comment fonctionnent les sanctions de l'OMC ?

L'Organisation mondiale du commerce administre un *corpus* de règles au champ d'application matériel et spatial étendu. Il régit le commerce international des marchandises et des services, ainsi que la protection des droits intellectuels. Il s'applique à la plupart du commerce mondial, avec une vocation universelle.

Le droit de l'OMC se préoccupe explicitement de sa propre mise en œuvre, ou de son effectivité. Elles reposent essentiellement sur les deux piliers que sont l'examen des politiques commerciales et le règlement des différends. Ce dernier est confié à des organes juridictionnels chargés de trancher, par application du droit, les différends entre États membres. Leur décision est obligatoire pour les États en litige. Mais les règles ne s'arrêtent pas là : elles établissent un

système de contrôle du respect des décisions de l'ORD et de contrainte à l'égard des États qui ne s'y soumettraient pas.

Ce système de sanctions évite plusieurs écueils fréquemment rencontrés, à des degrés divers, dans l'ordre international. Il est, premièrement, le fruit d'un droit *élaboré*, contenant une réglementation précise et détaillée ; sans ôter toute marge de manœuvre aux États, il circonscrit les sanctions en les assignant dans un secteur commercial et, surtout, en limitant leur montant. Et si la controverse n'est pas absente sur divers points, la jurisprudence s'emploie progressivement à préciser les règles et à dissiper les doutes. En deuxième lieu, le système de sanctions est conçu comme un système *effectif*. Les règles qui le régissent permettent à tout État membre de l'utiliser, sans devoir obtenir l'autorisation de quelques grandes puissances ou d'un organe dont le mode de fonctionnement provoquerait de fréquents blocages. Une comparaison avec le système de sanctions du GATT ou celui de l'ONU est particulièrement éclairante à cet égard. Les sanctions ne sont pas non plus conçues ni pratiquées comme une « arme atomique » aux effets si néfastes qu'ils retiennent la victime elle-même d'y avoir recours. Troisièmement, les sanctions ont une fonction *prospective*. Il ne s'agit pas tant de revenir sur le passé en cherchant à réparer un dommage, que de rétablir pour l'avenir une situation de conformité aux règles commerciales, sans compromettre le présent, c'est-à-dire en évitant que l'imposition de sanctions mette totalement fin à la coopération entre États en matière commerciale. Le système de sanctions est, quatrièmement, étroitement *contrôlé*. Le recours aux sanctions n'est justifié que sur autorisation expresse de l'ORD qui, elle-même, requiert la constatation par le juge de l'OMC d'une violation des règles. L'autorisation contient des limites strictes en termes de montant et, dans une moindre mesure, de secteur d'application, qui sont fixées par l'arbitre lorsque – comme c'est toujours le cas – le défendeur conteste la proposition du plaignant. Enfin et en résumé, les sanctions de l'OMC sont des sanctions *spécifiques*, conçues dans le cadre et pour les besoins de ce traité. Il ne s'agit pas d'un renvoi aux règles générales du droit international public, mais d'un mécanisme *sui generis* conçu en fonction de besoins précis et dans la tradition du droit économique international.

Ces différentes caractéristiques ressortent de la première partie de la thèse, qui a systématiquement étudié, à la lumière de la doctrine et de la jurisprudence, le fonctionnement juridique du mécanisme de sanctions du droit de l'OMC, exposant les conditions d'ouverture du droit de suspendre des obligations, les conditions procédurales à respecter, ainsi que les caractéristiques des sanctions (principalement le choix des obligations suspendues et le montant de la suspension).

427. Comment explique-t-on ce système de sanctions dans la littérature juridique et économique ?

En économie, d'abord, les sanctions sont généralement présentées comme un élément de la construction et du maintien d'un système économique efficient au niveau mondial. Selon la théorie des avantages comparatifs développée au départ des écrits de D. Ricardo, la division du travail que le libre-échange des marchandises et des services rend possible permet à chacun de se spécialiser dans la production de ce qu'il fait avec le moins de ressources (relativement), et d'acheter ce qui lui manque aux producteurs étrangers qui consacrent aussi leurs ressources à produire dans le secteur où ils jouissent d'avantages comparatifs. En adoptant une politique d'ouverture au commerce international, chaque État maximise ses richesses, même si les autres pratiquent une politique différente. On pourrait donc croire que le libre-échange, qui est, dans cette théorie, une condition d'un système économique efficient, advient naturellement et ne nécessite ni règles ni sanctions. Mais d'autres théories, regroupées au sein du courant de la nouvelle théorie du commerce international, ont montré que certains États peuvent avoir, dans des circonstances déterminées, un intérêt économique à ériger des obstacles au commerce, pratiquant ainsi une forme de *free riding* qui reporte sur les États étrangers l'effet économique de l'inefficience créée par ces obstacles. Par ailleurs, des considérations étrangères à la maximisation des richesses, mais relevant plutôt de leur redistribution, expliquent aussi la présence d'obstacles au commerce. Dans ce contexte, le libre-échange ne s'établit pas naturellement mais seulement grâce à une coopération des États qui s'engagent à le pratiquer, renonçant réciproquement au *free riding* et à l'utilisation des obstacles au commerce international comme outils de redistribution. Les sanctions ont alors pour fonction d'assurer le maintien dans le temps de la coopération entre les États, en annihilant, pour celui qui rétablirait des obstacles au commerce, le bénéfice attendu de son attitude non coopérative.

Par ailleurs, certains économistes, s'inspirant notamment des travaux en analyse économique du droit, expliquent les sanctions de l'OMC au moyen de la théorie de l'*efficient breach*. Lorsque les circonstances évoluent de manière telle que la violation de ses obligations par un État lui procure un supplément de bien-être supérieur à la diminution de bien-être de ses partenaires commerciaux, il est efficient de le laisser violer ses engagements, tout en lui imposant d'indemniser ses partenaires préjudiciés. Les sanctions représentent alors cette indemnisation. L'obligation de les subir assure aussi qu'aucun État ne décidera de violer ses obligations si, au total, cette violation ne produit pas un supplément de bien-être.

En droit, on explique généralement les sanctions de l'OMC par référence au mécanisme de sanctions du droit international général. La suspension d'obligations est alors présentée comme

une forme de contre-mesures telles que prévues par les Articles de la CDI sur la responsabilité de l'État, qui viennent sanctionner le non-respect d'une obligation secondaire de cessation. On peut aussi considérer les sanctions de l'OMC comme une application de l'exception d'inexécution en droit des traités (art. 60 de la convention de Vienne) qui permet à l'État victime de la violation d'un traité, voire à toutes les parties à un traité multilatéral, de suspendre l'exécution de leurs obligations à l'égard de l'État fautif. Ceux qui expliquent ainsi les sanctions de l'OMC reconnaissent qu'elles ne correspondent pas en tous points au mécanisme du droit international général auquel ils cherchent à les rattacher. Mais, comme le droit international général est, en règle, supplétif sur ces questions, il leur est aisé de présenter les particularités des sanctions de l'OMC comme des dérogations conventionnelles aux règles du droit général. L'attitude courante consiste alors à insister sur le caractère ponctuel de ces dérogations, pour mieux faire ressortir l'apparement entre les sanctions de l'OMC et celles du droit général.

Ces deux explications peuvent être considérées comme traditionnelles, respectivement chez les économistes et chez les juristes. Le premier chapitre de la deuxième partie leur a été consacré. On a d'abord resitué l'OMC dans le paysage du droit international, en montrant que le droit du commerce international en constitue un sous-système. On a ensuite montré que les sanctions de l'OMC sont marquées par certaines caractéristiques générales de l'ordre international et enfin exposé comment on peut les rapprocher des contre-mesures du droit de la responsabilité et de la suspension du traité. Passant ensuite au versant économique, on a rappelé la théorie du libre-échange et expliqué comment l'OMC contribue à la libéralisation du commerce international. On a ensuite exposé les théories économiques des sanctions du droit de l'OMC en distinguant deux sous-branches : les sanctions comme garantes de la coopération dans une analyse fondée sur la théorie des jeux et les sanctions comme un mécanisme d'adaptation fondée sur la théorie de *l'efficient breach*.

428. Quelles sont les lacunes de ces explications traditionnelles ?

Les explications traditionnelles font partie, à l'évidence, des fondements de l'existence et de la configuration du système de sanctions de l'OMC qui, comme le système du droit économique international dont elles font partie, a été élaboré sur la base de la théorie économique du libre-échange et du droit international public moderne. Sans nier leurs spécificités respectives, ces deux socles entretiennent d'ailleurs une proximité basée sur une approche libérale (de l'économie et du droit international) et sur la souveraineté de l'État.

Mais ces deux explications, pour dominantes qu'elles soient, présentent des insuffisances de plus en plus criantes. Premièrement, chacune d'elle est construite au départ d'une seule

discipline, sans suffisamment prendre en compte la manière dont la réalité est façonnée par une combinaison de considérations de divers ordres. En particulier, les sanctions de l'OMC ne se comprennent qu'en associant des analyses économiques, juridiques, historiques et politiques, au rang desquels intervient par exemple la réputation des États (ou de leurs dirigeants). Les modèles utilisés par les économistes donnent une image simplifiée de la réalité, notamment en raison des présupposés et des concepts qu'ils utilisent, lesquels ne reflètent pas parfaitement la complexité des relations économiques internationales. Deuxièmement, ces deux explications centrent leur analyse sur l'État. C'est évident en droit international. Et même si l'État n'a guère de place dans la théorie économique libérale, l'économie internationale demeure focalisée sur le commerce transfrontière, c'est-à-dire celui que pratiquent des commerçants établis dans des États différents. Cet attachement à l'État n'est pas sans raison, mais il fait courir deux risques au moins : celui de passer à côté du phénomène de la mondialisation qui rend les frontières moins pertinentes et l'action de l'État national moins déterminante, comme on le constate notamment à l'observation des groupes multinationaux ; et celui de ne pas se préoccuper de la manière dont l'État prend des décisions, donc des mécanismes de gouvernance qui, de l'intérieur et de l'extérieur, façonnent sa politique. Troisièmement, les explications traditionnelles ont tendance à faire comme si les changements économiques (et les règles qui, parfois, suscitent ces changements) se présentaient comme le passage instantané d'un État stable à un autre, alors que ces changements sont permanents et que leurs conséquences se déploient nécessairement dans une durée au cours de laquelle les comportements et les préférences ne cessent de s'adapter. Ces explications négligent ainsi les effets, pourtant réels, de l'écoulement du temps. Quatrièmement, leur présupposé d'égalité (formelle) des États et des agents économiques nuisent à la prise en compte des problèmes de justice affectant le fonctionnement des sanctions du droit de l'OMC. En particulier, les explications traditionnelles n'intègrent pas les disparités entre États face aux possibilités concrètes (donc économiquement praticables) de mettre en œuvre des sanctions efficaces. Elles ne tiennent pas compte, non plus, des effets des sanctions sur les personnes privées, laissant aux États impliqués, s'ils le souhaitent, le soin de réparer le dommage de ceux qui seraient affectés, sans toutefois qu'une telle politique de réparation soit praticable, ni pratiquée, dans la réalité. Cinquièmement, les différents aspects qu'on vient d'exposer expliquent pourquoi le modèle de réciprocité, supposé régir tant les négociations commerciales multilatérales que justifier la règle d'équivalence des sanctions, paraît si éloigné de la réalité juridique et économique. Politiquement, par contre, la réciprocité est un argument fort dans le discours de promotion des règles commerciales multilatérales.

Le second chapitre de la deuxième partie a explicité ces insuffisances des fondements traditionnels des sanctions de l'OMC. Il conduit alors à se demander s'il n'est pas possible d'expliquer le système de sanctions de l'OMC de manière plus complète ou plus cohérente.

429. Comment une conception institutionnelle de l'OMC complète-t-elle l'explication traditionnelle des sanctions ?

Les insuffisances des explications traditionnelles ont justifié le projet d'ajouter à la réflexion un angle de vision supplémentaire qui, sans les invalider, les nuance et les complète, dévoile ce que leurs fondements théoriques soustraient à leurs analyses et apporte une cohérence à ce qu'elles considèrent comme des anomalies. C'était l'objet de la troisième partie de la thèse.

Il faut partir d'une conception institutionnelle du droit économique international, en observant comment il s'est institutionnalisé pour aboutir à l'Organisation mondiale du commerce telle qu'on la connaît aujourd'hui. Exposé dans le premier chapitre, ce phénomène implique le dépassement du simple accord contractuel entre partenaires étatiques considérés comme égaux, pour construire une autorité, durable, dotée d'un intérêt propre, fondée sur une conception d'un état du monde qu'elle est chargée de réaliser. L'institutionnalisation est visible dans le développement du GATT et de l'OMC, même si le projet n'est pas définitivement accompli. Elle se vérifie à la lumière de plusieurs évolutions révélant l'abandon progressif du modèle fondé sur les relations interétatiques, en faveur d'une réglementation objective du commerce international, qui donne au concept de réciprocité une signification nouvelle. Parmi ces éléments, on relève notamment l'augmentation du nombre de parties, l'affaiblissement de l'exigence d'unanimité entre elles, la constitution d'une véritable organisation internationale dotée d'organes qui prennent des décisions en son nom, une implication croissante des tiers (notamment des personnes privées) et le développement de « règles » et d'obligations collectives.

L'institutionnalisation donne une signification nouvelle au principe de réciprocité. Celle-ci se conçoit désormais de manière souple. Elle ne réside plus dans une équivalence des prestations réciproques, envisagées de manière bilatérale (qu'un contrat ne requiert certes pas, mais qu'il suppose sur le fondement de l'accord des parties), mais dans le bénéfice que tous les membres retirent du respect par chacun des règles qui s'imposent à tous.

Cette institutionnalisation n'est pas étonnante : son existence s'explique (factuellement) et se justifie (normativement) dans la mesure où l'institution est dotée de meilleurs outils pour faire face aux défis de l'économie internationale d'aujourd'hui – pour autant qu'on en fasse un usage

adéquat. Une structure institutionnelle, avec un pouvoir qui s'impose aux États, permet de mieux garantir la sécurité qu'attendent les acteurs du commerce international. Elle offre aussi de plus larges possibilités d'inclure ces acteurs, mais aussi d'autres personnes privées, dans le fonctionnement de l'Organisation. Sur ces deux plans, l'institutionnalisation du GATT et de l'OMC ont permis de réelles avancées. On peut aussi espérer d'une institution plus de souplesse dans l'adaptation des règles à l'évolution des circonstances, notamment grâce au développement de règles de droit dérivé dont l'adoption ne nécessite pas l'accord unanime des membres. De ce point de vue, l'OMC demeure peu développée à ce jour ; les compétences des organes habilités à décider au nom de l'Organisation ne sont guère étendues, sauf dans le règlement des différends, et la règle du consensus n'est pas très éloignée de l'exigence d'unanimité.

De manière plus particulière, l'institutionnalisation est visible dans le système de règlement des différends. Le deuxième chapitre y est consacré. Il définit d'abord ce qu'est un litige et expose comment on peut le régler ; une des techniques possibles est celle du règlement juridictionnel. On a donc consacré quelques pages à élaborer une définition de la juridiction, à partir des quatre critères organique, procédural, matériel et de l'autorité de la chose jugée. Ceci a permis de montrer, au regard de son évolution historique et de ses caractéristiques actuelles, que le mécanisme de règlement des différends de l'OMC est de nature juridictionnelle, et qu'il s'apparente davantage à la juridiction judiciaire qu'à l'arbitrage.

La figure du juge de l'OMC marque les esprits comme constituant l'autorité chargée de régler les conflits commerciaux. Par sa voix, c'est l'OMC qui décide et qui impose ses vues aux États membres. C'est en cela que la juridictionnalisation est la manifestation, dans le règlement des différends, de l'institutionnalisation de l'OMC. Le développement d'une juridiction est simultanément un des principaux facteurs de l'institutionnalisation. Loin de pouvoir s'en tenir à l'application purement technique des règles des Accords, le juge de l'OMC est appelé à trancher des conflits de valeurs dont l'importance (et la virulence des critiques que ses décisions suscitent) sont à la mesure de l'ampleur de ses pouvoirs. La présence d'un juge contraint les États à justifier leurs actions par leur conformité au droit, plutôt que par (la légitimité de ?) l'exercice de leur puissance. En cela, le juge suscite une juridicisation des relations économiques internationales, les orientant vers un système davantage basé sur les règles.

Ces développements sur l'institutionnalisation de l'OMC et la juridictionnalisation se justifient si l'on veut exposer une conception institutionnelle des sanctions, qui puisse combler les lacunes des explications traditionnelles. C'est l'objet du troisième chapitre de cette dernière partie.

L'institutionnalisation des sanctions se situe naturellement dans le prolongement de ce qui précède. Car il ne suffit pas de juger ; il faut encore que la décision du juge soit respectée.

430. Suite. La conception institutionnelle des sanctions

En mettant en place un système de sanctions élaboré et effectif (*supra*, n° 424) dont il règle tous les détails, l'Accord de Marrakech se détache de la conception contractuelle du droit international public et de l'économie internationale. Il établit un système propre au droit de l'OMC, fondé sur une *lex specialis* dont l'application ne nécessite pas de faire référence aux règles du droit international général. Au contraire, toute utilisation de sanctions extérieures au système de l'OMC est expressément interdite. Cette autonomie du système de sanctions, qu'exprime l'article 23 du Mémoire d'accord, est renforcée par l'interprétation des arbitres.

Dans le contexte institutionnel, la suspension d'obligations vise, au moyen des techniques disponibles dans la communauté internationale d'aujourd'hui, au respect par tous des règles communes, tout en construisant un rempart contre le risque du délitement de la coopération qu'on pourrait craindre d'une application incontrôlée de l'exception d'inexécution. Malgré leur application décentralisée, les sanctions de l'OMC sont le moyen par lequel elle exerce ses pouvoirs disciplinaires, autant que la garantie de la continuité de son action, en vue de la réalisation de son projet.

Il ne s'agit donc pas de restaurer un équilibre bilatéral entre les États en litige, mais de contraindre l'État défendeur à la mise en conformité. Les arbitres et la doctrine y ont insisté à suffisance. On en trouve aussi la confirmation dans la pratique des États membres qui ont fait usage de l'autorisation de mettre en œuvre des sanctions. La perspective d'une mise en conformité est d'ailleurs la meilleure manière de réconcilier les sanctions avec les intérêts des acteurs du commerce international, à la recherche d'une sécurité qu'ils ne tirent pas seulement de l'existence des règles de l'OMC, mais aussi de leur respect effectif.

Les sanctions ainsi conçues sont un élément-clé de l'institutionnalisation du droit du commerce international, et c'est de là qu'elles reçoivent leur signification.

431. Autres conséquences de la conception institutionnelle de l'OMC

L'institutionnalisation de l'OMC a été décrite dans la perspective de mieux comprendre les sanctions. Mais cette institutionnalisation, ainsi que la juridictionnalisation du mécanisme de règlement des différends, emportent aussi des conséquences sur d'autres questions. On n'a pas décrit ces conséquences, pour concentrer le propos sur la question des sanctions, mais quelques

idées méritent d'être évoquées car leur approfondissement pourrait être l'objet de travaux futurs.

Si l'institutionnalisation implique un pouvoir de l'Organisation, il serait intéressant d'étudier s'il existe une lutte pour le pouvoir entre l'OMC et d'autres institutions, et notamment ses membres. À cet égard, la manière dont les décisions de l'ORD sont reçues dans le droit interne (ce qui est un aspect de la question de l'invocabilité) serait sans doute révélatrice. À la lecture de la jurisprudence de la C.J.U.E. naît l'intuition que la position de la Cour s'explique non seulement par sa conception de la répartition des pouvoirs entre les organes (politiques et juridictionnels) de l'Union, mais aussi par le souci d'une suprématie que la Cour, après l'avoir conquise sur les juridictions internes, n'entend pas se faire ravir par le juge de l'OMC.

Pour démontrer le caractère juridictionnel du mécanisme de règlement des différends, on s'est appuyé sur certaines de ses caractéristiques qui sont des indices de la fonction juridictionnelle, mais aussi des exigences qui y sont liées (notamment l'impartialité et l'indépendance du juge, le respect des garanties procédurales, etc.). Si l'on a pu constater que, dans l'ensemble, ces exigences étaient suffisamment prévues par les textes et respectées en pratique pour pouvoir constituer un argument en faveur de l'analyse juridictionnelle, on pourrait examiner si, inversement, le caractère juridictionnel du mécanisme n'implique pas un renforcement des garanties du procès équitable. Par exemple, si la procédure devant les groupes spéciaux et l'Organe d'appel est juridictionnelle, ne devrait-elle pas être soumise à un principe de publicité (éventuellement affecté d'exceptions) ?

Pour citer un troisième exemple, il serait intéressant d'examiner si l'institutionnalisation de l'OMC implique une autre attitude vis-à-vis des questions de redistribution des richesses. Ce questionnement repose sur une double intuition. D'une part, une institution ne peut subsister qu'en maintenant une légitimité suffisante, laquelle nécessite une redistribution des richesses conduisant à un système économique suffisamment juste, même s'il ne peut être parfait. D'autre part, les pouvoirs dont est dotée l'institution, et qu'elle cherche souvent à renforcer, lui donnent la possibilité de mener une action significative de redistribution. La conjonction de ce besoin et de cette capacité institutionnels pourrait mener à ce que l'OMC s'engage plus directement dans des actions de redistribution des richesses. Une analyse du développement historique d'autres institutions, notamment l'Union européenne, pourrait confirmer la possibilité d'une telle évolution qui, en toute hypothèse, n'est envisageable qu'à relativement long terme.

432. L'institutionnalisation dans des perspectives plus larges

Si l'on dépasse la question des sanctions du droit de l'OMC, la question de l'institutionnalisation des relations économiques internationales mérite d'être explorée de manière plus large.

On pourrait, d'abord, comparer l'évolution de l'OMC avec celle d'autres organisations, par exemple le Fonds monétaire international et le groupe de la Banque mondiale. Il y a là, comme à l'OMC, des corps de règles et l'exercice d'un pouvoir, pour la réalisation d'une certaine configuration de l'économie mondiale, même si les domaines d'actions sont monétaire et financier plutôt que commercial. L'Organisation internationale du travail, sans doute assez différente des trois autres qu'elle a précédées d'un quart de siècle, mériterait aussi d'être examinée. La comparaison consisterait à étudier si ces organisations ont connu un mouvement d'institutionnalisation similaire à celui du GATT et de l'OMC, à chercher une explication pour les différences qui seraient éventuellement constatées et à en tirer des conséquences quant au fonctionnement et à l'avenir de ces organisations.

Le droit des investissements internationaux est aussi susceptible d'une analyse institutionnelle. Ce domaine fait l'objet d'une réglementation abondante mais beaucoup plus éparse que le droit du commerce, parce qu'il est surtout basé sur des traités bilatéraux et des contrats. Ceci étant, ces règles font naître une activité juridictionnelle importante dont il ne serait pas étonnant qu'elle contribue à la formation d'une institution.

Enfin, une comparaison se justifierait certainement avec les organisations régionales. On en compte de nombreuses en matière commerciale (ou plus généralement économique), avec chacune leurs spécificités qui feraient certainement apparaître différents degrés et modes d'institutionnalisation. Pour un Européen, la comparaison entre le développement de la Communauté (puis de l'Union) européenne et celui de l'OMC, notamment en ce qui concerne le rôle du juge, serait d'un intérêt évident, étant entendu qu'il faudrait garder à l'esprit que les deux organisations reposent sur des projets politiques fondamentalement différents.

L'élargissement des perspectives peut aussi se situer sur l'axe temporel. L'idée serait alors de remonter dans le temps pour examiner comment l'institutionnalisation de l'OMC, décrite ici sur la base des développements intervenus entre 1947 et aujourd'hui, se situe dans une évolution historique plus large. Une intuition à vérifier serait que les commerçants ont besoin d'une réglementation économique dont le champ d'application est à la mesure de l'espace dans lequel ils exercent majoritairement leur activité, et que les transformations qu'on a pu observer quant au titulaire du pouvoir de promulguer et de faire respecter cette réglementation sont liées à des

modifications de cet espace. L'étude et la comparaison de différents cas, à différentes époques, et leur rapprochement avec ce que nous vivons aujourd'hui, vaudrait la peine : les villes hanséatiques, la construction des États-Unis, les effets de la colonisation, par exemple. C'est, traditionnellement, un travail qui revient aux historiens. Mais le juriste gagnerait à mieux comprendre les mécanismes juridico-institutionnels développés dans le passé, et surtout les raisons de leur développement.

Affaires citées par leur titre abrégé

Titre abrégé	Titre complet de l'affaire et référence
<i>CE – Bananes III (États-Unis) (article 22:6 – CE)</i>	Décision de l'arbitre <i>Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes</i> – Recours des Communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, WT/DS27/ARB, 9 avril 1999
<i>CE – Hormones (États-Unis) (article 22:6 – CE)</i>	Décision de l'arbitre <i>Communautés européennes – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones)</i> – Plainte initiale des États-Unis – Recours des Communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, WT/DS26/ARB, 12 juillet 1999
<i>CE – Hormones (Canada) (article 22:6 – CE)</i>	Décision de l'arbitre <i>Communautés européennes – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones)</i> – Plainte initiale du Canada – Recours des Communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, WT/DS48/ARB, 12 juillet 1999
<i>CE – Bananes III (Équateur) (article 22:6 – CE)</i>	Décision de l'arbitre <i>Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes</i> – Recours des Communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, WT/DS27/ARB/ECU, 24 mars 2000
<i>États-Unis – Certains produits en provenance des CE</i>	Rapport du Groupe spécial <i>États-Unis – Mesures à l'importation de certains produits en provenance des Communautés européennes</i> , WT/DS165/R, 17 juillet 2000
<i>Brésil – Aéronefs (article 22:6 – Brésil)</i>	Décision de l'arbitre <i>Brésil – Programme de financement des exportations pour les aéronefs</i> – Recours du Brésil à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends et de l'article 4.11 de l'Accord SMC, WT/DS46/ARB, 28 août 2000
<i>États-Unis – Certains produits en provenance des CE (appel)</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Mesures à l'importation de certains produits en provenance des Communautés européennes</i> , WT/DS165/AB/R, 11 décembre 2000
<i>États-Unis – Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur (article 25:3)</i>	Décision de l'arbitre <i>États-Unis – Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur</i> – Recours à l'arbitrage au titre de l'article 25 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, WT/DS160/ARB25/1, 9 novembre 2001
<i>États-Unis – FSC (article 22:6 – États-Unis)</i>	Décision de l'arbitre <i>États-Unis – Traitement fiscal des "sociétés de ventes à l'étranger"</i> – Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends et de l'article 4.11 de l'Accord SMC, WT/DS108/ARB, 30 août 2002

<i>Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs (article 22:6 – Canada)</i>	Décision de l'arbitre <i>Canada – Crédits à l'exportation et garanties de prêts accordés pour les aéronefs régionaux</i> – Recours du Canada à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends et de l'article 4.11 de l'Accord SMC, WT/DS222/ARB, 17 février 2003
<i>États-Unis – Loi de 1916 (CE) (article 22:6 – États-Unis)</i>	Décision de l'arbitre <i>États-Unis – Loi antidumping de 1916</i> – Plainte initiale des Communautés européennes – Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS136/ARB, 24 février 2004
<i>États-Unis – Loi de 2000 (Brésil) (article 22:6 – États-Unis)</i>	Décision de l'arbitre <i>États-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour la continuation du dumping et maintien de la subvention</i> – Plainte initiale du Brésil – Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS217/ARB/BRA, 31 août 2004
<i>États-Unis – Loi de 2000 (Chili) (article 22:6 – États-Unis)</i>	Décision de l'arbitre <i>États-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour la continuation du dumping et maintien de la subvention</i> – Plainte initiale du Chili – Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS217/ARB/CHL, 31 août 2004
<i>États-Unis – Loi de 2000 (CE) (article 22:6 – États-Unis)</i>	Décision de l'arbitre <i>États-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention</i> – Plainte initiale des Communautés européennes – Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS217/ARB/EEC, 31 août 2004
<i>États-Unis – Loi de 2000 (Canada) (article 22:6 – États-Unis)</i>	Décision de l'arbitre <i>États-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention</i> – Plainte initiale du Canada – Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS234/ARB/CAN, 31 août 2004
<i>États-Unis – Jeux (article 22:6 – États-Unis)</i>	Décision de l'arbitre <i>États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontières des services de jeux et paris</i> – Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS285/ARB, 21 décembre 2007
<i>États-Unis – Maintien de la suspension</i>	Rapport du Groupe spécial <i>États-Unis – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones</i> , WT/DS320/R, 31 mars 2008
<i>États-Unis – Maintien de la suspension (appel)</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones</i> , WT/DS320/AB/R, 16 octobre 2008
<i>États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis I)</i>	Décision de l'arbitre <i>États-Unis – Subventions concernant le coton upland</i> – Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends et de l'article 4.11 de l'Accord SMC, WT/DS267/ARB/1, 31 août 2009
<i>États-Unis – Coton upland (article 22:6 – États-Unis II)</i>	Décision de l'arbitre <i>États-Unis – Subventions concernant le coton upland</i> – Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends et de l'article 7.10 de l'Accord SMC, WT/DS267/ARB/2, 31 août 2009

<i>CE – Bananes III (article 21:5 – États-Unis) (appel)</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes</i> – Deuxième recours de l'Équateur à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends et <i>Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes</i> – Recours des États-Unis à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, WT/DS27/AB/RW2/ECU et WT/DS27/AB/RW/USA, 26 novembre 2008

Bibliographie

DOCTRINE

ABBOTT, Frederick M., « Cross-retaliation in TRIPS: issues of law and practice », in Chad P. BOWN et Joost PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 536-588

ABBOTT, Kenneth W., « The Trading Nation's Dilemma: The Functions of the Law of International Trade », *Harvard Int. L. Journ.* 26(2), 1985, p. 501-532

ABBOTT, Kenneth W., Robert O. KEOHANE, Andrew MORAVCSIK, Anne-Marie SLAUGHTER et Duncan SNIDAL, « The Concept of Legalization », *Int. Org.* 54(3), 2000, p. 401-419

ABBOTT, Roderick, « WTO Disputes: The Battles in the Trade Wars – A Win-win Game? Or a Lottery? », in Armin VON BOGDANDY, Petros C. MAVROIDIS et Yves MENY (eds), *European Integration and International Co-ordination – Studies in Transnational Economic Law in Honour of Claus-Dieter Ehlermann*, La Haye, Kluwer Law International, 2002, p. 1-12

ABDELGAWAD, Walid, Clotilde JOURDAIN-FORTIER et Isabelle MOINE-DUPUIS, « Chronique commentée du règlement des différends de l'OMC (début juillet 2008 à début juillet 2009) », *R.I.D.E.*, 2009, p. 465-502

ABI-SAAB, Georges M., « De la sanction en droit international – Essai de clarification », in Jerzy MAKARCZYK (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century – Essays in honour of Krzysztof Skubiszewski*, La Haye, Kluwer Law International, 1996, p. 61-77

ALA'I, Padideh, « From the Periphery to the Center? The Evolving WTO Jurisprudence on Transparency and Good Governance », *J.I.E.L.* 11(4), 2008, p. 779-802

ANDERSEN, Scott D. et Justine BLANCHET, « The United States' experience and practice in suspending WTO obligations », in Chad P. BOWN et Joost PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 235-243

ANDRIANARIVONY, Minoarison Johary, « L'organe d'appel de l'O.M.C. : une institution originale investie d'une mission constitutionnelle et normative (ou de la structuration d'un droit international de la concurrence) », *R.B.D.I.*, 2000, p. 276-340

ANGELET, Nicolas, « Le tiers à l'instance dans la procédure de règlement des différends de l'OMC », in Hélène RUIZ FABRI et Jean-Marc SOREL (dir.), *Le tiers à l'instance devant les juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2005, p. 207-238

ANTONIADIS, Antonis, « Unilateral Measures and WTO Dispute Settlement: An EC Perspective », *J.W.T.* 41(3), 2007, p. 605-627

APPLETON, Arthur E., « Preliminary thoughts on WTO retaliation in the services sector », in Chad P. BOWN et Joost PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 589-622

ARANGIO-RUIZ, Gaetano, « Quatrième rapport sur la responsabilité des États », *Annuaire CDI*, 1992, vol. II, partie 1

ARNSPERGER, Christian, *L'économie, c'est nous. Pour un savoir citoyen*, Ramonville Saint-Agne, Erès, 2006, 151 p.

ASCENSIO, Hervé, « La notion de juridiction internationale en question », in *La juridictionnalisation du droit international*, Paris, Pedone, 2003, p. 163-202

- AUSTIN, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge University Press, 1995, 298 p.
- AXELROD, Robert, *Donnant donnant – Théorie du comportement coopératif*, trad. M. Garène, Paris, Odile Jacob, 1992, 234 p.
- BACCHUS, James, « Table Talk: Around the Table of the Appellate Body of the World Trade Organization », *Vanderbilt Journ. Transnational L.* 35(4), 2002, p. 1021-1039
- BAGWELL, Kyle et Robert W. STAIGER, « An Economic Theory of GATT », *Amer. Econ. Rev.* 89(1), 1999, p. 215-248
- BAGWELL, Kyle et Robert W. STAIGER, *The Economics of the World Trading System*, Cambridge (MA), London, MIT Press, 2002, 224 p.
- BAGWELL, Kyle et Robert W. STAIGER, « The WTO: Theory and Practice », *NBER Working Paper No. w15445*, October 2009, <http://www.nber.org/papers/w15445>, 37 p.
- BALDWIN, David A., « Prologomena to Thinking about Economic Sanctions and Free Trade », *Chicago Journ. Int. L.* 4(2), 2003, p. 271-281
- BARCELO III, John J., « Burden of Proof, Prima Facie Case and Presumption in WTO Dispute Settlement », *Cornell Int. L. Journ.* 42, 2009, p. 23-43
- BENVENISTI, Eyal, « The Conception of International Law as a Legal System », *German Yearbook of Int. L.*, 2007, p. 393-405
- BHAGWATI, Jagdish (ed.), *Going alone – The Case for Relaxed Reciprocity in Freeing Trade*, Cambridge (MA), MIT Press, 2002, 592 p. (BDRT DA 53)
- BHALA, Raj, « The Myth about *Stare Decisis* and International Trade Law (Part One of a Trilogy) », *American University Int. L. R.* 14, 1999, p. 845-956
- BHALA, Raj, « The Precedent Setters: *De Facto Stare Decisis* in WTO Adjudication (Part Two of a Trilogy) », *Journ. Transnational L. & Policy* 9, 1999, p. 1-151
- BHALA, Raj, « The Power of the Past: Towards *De Jure Stare Decisis* in WTO Adjudication (Part Three of a Trilogy) », *George Washington Int. L. R.* 33(3/4), 2001, p. 873-978
- BIANCHI, Andrea et Lorenzo GRADONI, « Developing Countries, Countermeasures and WTO Law: Reinterpreting the DSU against the background of International Law », *ICTSD Project on Dispute Settlement, Issue Paper No. 5*, International Centre for Trade and Sustainable Development, 2008, 70 p.
- BINMORE, Ken, *Game Theory*, Oxford University Press, 2007, 184 p.
- BLIN, Olivier, « Les sanctions dans l'Organisation mondiale du commerce », *J.D.I.*, 2008, p. 441-466
- BOILLOT, Christine, « Les tribunaux de commerce et le Code de commerce : heurts et malheurs de la codification... », in Paul LE CANNU (dir.), *D'un code à l'autre : le droit commercial en mouvement*, Paris, L.G.D.J., 2008, p. 139-157
- BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence, *Les contre-mesures dans les relations internationales économiques*, Paris, Pedone, 1992, 246 p.
- BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence, « L'arbitrage à l'OMC », *Rev. arb.*, 2003, p. 949-988
- BONAFÈ, Beatrice I., « L'autorizzazione ad adottare contromisure nel quadro dell'Organizzazione mondiale del commercio: il requisito delle "circostanze sufficientemente gravi" », in Aldo LIGUSTRO et Giorgio SACERDOTI (a cura di), *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia. Liber amicorum in onore di Paolo Picone*, Naples, Editoriale scientifica, 2011, p. 497-512
- BONZON, Yves, « Institutionalizing Public Participation in WTO Decision Making: Some Conceptual Hurdles and Avenues », *J.I.E.L.* 11(4), 2008, p. 751-777
- BORDES, Arnaud, « Le rôle du mécanisme de règlement des différends de l'OMC, entre souveraineté réglementaire et institutionnalisation : quel avenir ? », in Olivier BLIN (dir.), *Regards croisés sur le*

règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 25-32

BOWN, Chad P., *Self-Enforcing Trade. Developing Countries and WTO Dispute Settlement*, Washington, Brookings Institution Press, 2009, 282 p.

BOWN, Chad P., « The WTO Secretariat and the role of economics in panels and arbitrations », in Chad P. BOWN et Joost PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 391-433

BOWN, Chad P. et Joost PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, 677 p.

BOWN, Chad P. et Michele RUTA, « The economics of permissible WTO retaliation », in Chad P. BOWN et Joost PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 149-193

BOY, Laurence, « Évaluation du préjudice commercial au regard des mesures de rétorsion dans le cadre du règlement des différends par l'ORD », in Yves CHAPUT (dir.), *Le droit au défi de l'économie*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2002, p. 81-90

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira, *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, Paris, L.G.D.J., 2003, 396 p.

BREUSS, Fritz, « Comment on chapter 20 – A general equilibrium interpretation of some WTO dispute settlement cases: four EU-US trade conflicts », in Chad P. BOWN et Joost PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 503-511

BREWSTER, Rachel, « Shadow Unilateralism: Enforcing International Trade Law at the WTO », *University Pennsylvania Journ. Int. L.* 30(4), 2009, p. 1133-1146

BREWSTER, Rachel, « The limits of reputation on compliance », *Int. Theory*, 2009, p. 323-333

BRODERICK, J.A., « La notion d'« institution » de Maurice Hauriou dans ses rapports avec le contrat en droit positif français », *Arch. philo. dr.* 13, 1968, p. 143-160

BRONCKERS, Marco et Naboth VAN DEN BROEK, « Financial Compensation in the WTO – Improving the Remedies of WTO Dispute Settlement », *J.I.E.L.* 8(1), 2005, p. 101-126

BROUSSEAU, Eric, « L'économiste, le juriste et le contrat », in *Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXI^e siècle*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 153-176

BURDEAU, Georges, *L'État*, Paris, Seuil, 1970, 182 p.

BURRIS, Scott C., Peter DRAHOS et Clifford SHEARING, « Nodal Governance », *Australian Journal of Legal Philosophy* 30(1), 2005, p. 30-58

CADIET, Loïc, Jacques NORMAND et Soraya AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, Paris, P.U.F., 2010, 993 p.

CANAL-FORGUES, Eric, « Sur l'interprétation dans le droit de l'OMC », *R.G.D.I.P.*, 2001(1), p. 5-24

CANAL-FORGUES, Eric, *Le règlement des différends à l'OMC*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2008, 209 p.

CARMODY, Chi, « Remedies and Conformity under the WTO Agreement », *J.I.E.L.*, 2002, p. 307-329

CARMODY, Chi, « WTO Obligations as Collective », *E.J.I.L.* 17(2), 2006, p. 419-443

CARRASCO, Enrique R. et Alison K. GUERNSEY, « The World Bank's Inspection Panel: Promoting True Accountability Through Arbitration », *Cornell Int. L. Journ.* 41(3), 2008, p. 577-629

CARRÉ DE MALBERG, Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. I, Paris, Sirey, 1920, 837 p.

CARREAU, Dominique et Patrick JUILLARD, *Droit économique international*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 2010, 770 p.

CASS, Deborah Z., *The Constitutionalization of the World Trade Organization: Legitimacy, Democracy, and Community in the International Trading System*, Oxford University Press, 2005, 266 p.

CHAISSÉ, Julien et Debashis CHAKRABORTY, « Implementing WTO Rules Through Negotiations and Sanctions: The Role of Trade Policy Review Mechanism and Dispute Settlement System », *Pennsylvania Journ. Int. Econ. L.* 28(1), 2007, p. 153-185

CHALMERS, George, *A Collection of Treaties between Great Britain and Other Powers*, vol. II, Londres, 1790, 538 p.

CHANG, Pao-Li, « The Evolution and Utilization of the GATT/WTO Dispute Settlement Mechanism », *University of Michigan School of Public Policy Working Paper No. 475*, 2002, 40 p., <http://www.spp.umich.edu/rsie/workingpapers/wp.html> (octobre 2004)

CHARNOVITZ, Steve, « Rethinking WTO Trade Sanctions », *Amer. Journ. Int. L.* 95(4), 2001, p. 792-832

CHARNOVITZ, Steve, « WTO Cosmopolitics », *New York University Journ. Int. L. & Policy* 34, 2002, p. 299-354

CHARNOVITZ, Steve, « Should the Teeth Be Pulled? An Analysis of WTO Sanctions », in D.L.M. KENNEDY et J.D. SOUTHWICK (eds), *The Political Economy of International Trade Law – Essays in Honor of Robert E. Hudec*, Cambridge University Press, 2002, p. 602-635

CHARNOVITZ, Steve, « The WTO's Problematic "Last Resort" Against Noncompliance », *Aussenwirtschaft* 57(IV), 2002, p. 409-439

CHARNOVITZ, Steve, « Judicial Independence in the World Trade Organization », in Laurence BOISSON DE CHAZOURNES, Cesare ROMANO et Ruth MACKENZIE (eds), *International Organizations and International Dispute Settlement: Trends and Prospects*, Transnational Publishers, 2002, p. 219-240

CHARNOVITZ, Steve, « Mapping the Law of WTO Accession », *The George Washington University Law School Public Law and Legal Theory Working Paper No. 237; Legal Studies Research Paper No. 237*, 2006, <http://ssrn.com/abstract=957651>, 83 p.

CHAUMONT, Ch., « Recherche du contenu irréductible du concept de souveraineté internationale de l'État », in *Hommage d'une génération de juristes du Président Basdevant*, Paris, Pedone, 1960, p. 114-151

CHAVANCE, Bernard, *L'économie institutionnelle*, Paris, La Découverte, 2007, 119 p.

CHAYES, Abram et Antonia HANDLER CHAYES, *The New Sovereignty: Compliance With International Regulatory Agreements*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1995, 404 p.

CHIDIAC, M.J., « Les critères de l'acte juridictionnel vus par la doctrine », *Rev. rég. dr.*, 1986, p. 137-142

CHO, Sungjoon, « The Nature of Remedies in International Trade Law », *University Pittsburgh L. R.* 65(4), 2004, p. 763-809

CHO, Sungjoon, « The WTO's Gemeinschaft », *Alabama L. R.* 56(2), 2004, p. 483-542

CLOUGH, Mark, « The WTO Dispute Settlement System – A Practitioner Perspective », *Fordham Int. L. Journ.* 24, 2000, p. 252-274

COASE, Ronald H., « The Problem of Social Cost », *Journ. L. & Econ* 3, 1960, p. 1-44

COLARES, Juscelino F., « A Theory of WTO Adjudication: From Empirical Analysis to Biased Rule Development », *Vanderbilt Journ. Transnational L.* 42(2), 2009, p. 383-439

COLARES, Juscelino F., « The Limits of WTO Adjudication: Is Compliance the Problem? », *J.I.E.L.* 14(2), 2011, p. 403-436

COLLIER, John et Vaughan LOWE, *The Settlement of Disputes in International Law*, Oxford University Press, 1999, 424 p.

COMBACAU, Jean, « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », *Arch. philo. dr.*, 1986, p. 85-105

COMBACAU, Jean, « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'État », *Pouvoirs*, 1993, p. 47-58

COMBACAU, Jean et Serge SUR, *Droit international public*, 8^e éd., Paris, Montchrestien, 2008, 818 p.

CONSEIL CONSULTATIF, *L'avenir de l'OMC – Relever les défis institutionnels du nouveau millénaire*, Genève, OMC, 2004, 102 p.

- COPPENS, Philippe, *Normes et fonction de juger*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 1998, 291 p.
- COPPENS, Philippe, « La sécurité juridique comme expression de la normativité », in Laurence BOY, Jean-Baptiste RACINE et Fabrice SIIRIAINEN (coord.), *Sécurité juridique et droit économique*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 153-187
- CORBISIER, Isabelle, *La société : contrat ou institution ?*, Bruxelles, Larcier, 2011, 733 p.
- CÔTÉ, Charles-Emmanuel, *La participation des personnes privées au règlement des différends internationaux économiques : l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 635 p.
- COTTIER, Thomas et Krista NADAKAVUKAREN SCHEFER, « The Relationship Between World Trade Organization Law, National and Regional Law », *J.I.E.L.*, 1998, p. 83-122
- CULOT, Henri, « Soft law et droit de l'OMC », *R.I.D.E.*, 2005, p. 251-289
- CULOT, Henri, « Une injustice des sanctions de l'OMC », in Julien CHAISSE et Tiziano BALMELLI (eds), *Essays on the Future of World Trade Organization, volume II : The WTO Judicial System : Contributions and Challenges*, Genève, Editions Interuniversitaires Suisses (EDIS), 2008, p. 283-308
- CULOT, Henri, « OMC et accords régionaux : les relations entre les mécanismes de règlement des différends », in Bernard REMICHE et Hélène RUIZ-FABRI (coord.), *Le commerce international entre bi- et multilatéralisme*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 209-257
- D'AMATO, Anthony, « The Coerciveness of International Law », *German Yearbook of Int. L.*, 2009, p. 437-460
- D'ARGENT, Pierre, *Les réparations de guerre en droit international public – La responsabilité des États à l'épreuve de la guerre*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2002, 902 p.
- D'ARGENT, Pierre, « Un héritage civiliste en droit international public ? », in Alain WUJFELS (dir.), *Le Code civil, entre ius commune et droit privé européen*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 205-221
- DAILLIER, Patrick, Mathias FORTEAU et Alain PELLET, *Droit international public*, 8^e éd., Paris, L.G.D.J., 2009, 1709 p.
- DAM, Kenneth W., *The GATT – Law and International Economic Organization*, Chicago, Londres, Chicago University Press, 1970, 480 p.
- DAM, Kenneth W., « Cordell Hull, the Reciprocal Trade Agreements Act, and the WTO », *New York University Journal of Law and Business* 1, 2005, p. 709-730
- DAS, Bhagirath Lal, *The WTO and the Multilateral Trading System – Past, Present and Future*, Penang, Third World Network, Londres, Zed Books, 2003, 249 p.
- DAVEY, William J., « Dispute Settlement in GATT », *Fordham International Law journal* 11(1), 1987, p. 51-109
- DAVEY, William J., « Reforming WTO Dispute Settlement », in Mitsuo MATSUSHITA et Dukgeun AHN, *WTO and East Asia : New Perspectives*, Londres, Cameron May, 2004, p. 91-148
- DAVEY, William J., « Institutional Framework », in Patrick F.J. MACRORY, Arthur E. APPLETON et Michael G. PLUMMER (eds), *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis*, t. I, New York, Springer, 2005, p. 51-87
- DAVEY, William J., « Sanctions in the WTO: problems and solutions », in Chad P. BOWN et Joost PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 360-372
- DAVIDSON, Carl, Steve MATUSZ et Doug NELSON, « Fairness and the Political Economy of Trade », *World Economy*, 2006, p. 989-1004

- DE BIÈVRE, Dirk, « Governance in International Trade: Judicialisation and Positive Integration in the WTO », *Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods*, 2004/7, juillet 2004, 23 p., http://www.coll.mpg.de/pdf_dat/2004_07online.pdf
- DE SOTO, J. « La notion de juridiction », *D.*, 1956, chr. XI, p. 45-50
- DE VISSCHER, Charles, « Quelques réflexions sur la règle de l'unanimité dans l'organisation internationale », in *Mélanges offerts à Ernest Mahaim*, t. III, Paris, Sirey, 1935, p. 106-116
- DE VISSCHER, Charles « L'interprétation judiciaire des traités d'organisation internationale », *Rivista di diritto internazionale*, 1958, p. 177-187
- DE VISSCHER, Charles, « La chose jugée devant la Cour internationale de La Haye », *R.B.D.I.*, 1965, p. 5-14
- DE VISSCHER, Charles, *Théories et réalités en droit international public*, 4^e éd., Paris, Pedone, 1970, 450 p.
- DEARDORFF, Alan V., « How Robust is Comparative Advantage? », *R. of Int. Econ.* 13(5), 2005, p. 1004-1016
- DEKEUWER-DEFOSSÉZ, Françoise, et BLARY-CLEMENT, Edith, *Droit commercial*, 10^e éd., Paris, Montchrestien, 2010, 502 p.
- DELFORGE, Catherine, *La spécificité des contrats à long terme entre firmes*, Thèse, Université catholique de Louvain, 2006, 506 p.
- DELICH, Valentina, « Developing Countries and the WTO Dispute Settlement System », in Bernard HOEKMAN, Aaditya MATTOO et Philip ENGLISH (eds), *Development, Trade, and the WTO – A Handbook*, Washington DC, World Bank, 2002, p. 71-80
- DELOS, J.-T., « La théorie de l'institution. La solution réaliste du problème de la personnalité morale et le droit à fondement objectif », *Arch. philo. dr.* 1, 1931, p. 97-153
- DI GIANNI, Fabrizio et Renato ANTONINI, « DSB Decisions and Direct Effect of WTO Law: Should the EC Courts be More Flexible when the Flexibility of the WTO has Come to an End? », *J.W.T.* 40(4), 2006, p. 777-793
- DIDIER, Paul, « Une définition de l'entreprise », in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle*, Paris, Litec, 2001, p. 849-859
- DILLON, Sara, « Opportunism and the WTO: Corporations, Academics and 'Member States' », in Colin B. PICKER, Isabella D. BUNN et Douglas W. ARNER (eds), *International Economic Law: The State and Future of the Discipline*, Oxford, Hart, 2008, p. 53-72
- DONALDSON, Victoria, « The Appellate Body: Institutional and Procedural Aspects », in P.F.J. MACRORY, A.E. APPLETON et M.G. PLUMMER (eds), *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis*, t. I, New York, Springer, 2005, p. 1277-1339
- DOWNES, George W. et Michael A. JONES, « Reputation, Compliance, and International Law », *Journ. Legal Studies* 31(1)pt2, 2002, p. S95-S114
- DUBUISSON, Bernard et Jean-Marc TRIGAUD, « L'exception d'inexécution en droit belge », in Marcel FONTAINE et Geneviève VINEY (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 57-111
- DUGUIT, Léon, « La fonction juridictionnelle », *R.D.P.*, 1922, p. 165-189
- DUNKLEY, Graham, *Free Trade. Myth, Reality and Alternatives*, Londres, Zed Books, 2004, 254 p.
- DUNNE, Matthew S., « Redefining power orientation: A reassessment of Jackson's paradigm in light of asymmetries of power, negotiation, and compliance in the GATT/WTO dispute settlement system », *L. and Policy in Int. Business* 34(1), 2002, p. 277-342
- DUNOFF, Jeffrey L., « The Many Dimensions of Softwood Lumber », *Alberta L. Rev* 45(2), 2007, p. 319-356
- DUPUY, Pierre-Marie, « Un débat doctrinal à l'ère de la globalisation : sur la fragmentation du droit international », *Eur. Journ. Legal Studies* 1, 2007
- DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth, 1978, 371 p.

EECKHOUT, Piet, « The Domestic Legal Status of the WTO Agreement – Interconnecting Legal Systems », *C.M.L.R.*, 1997, p. 11-58

EHLERMANN, Claus-Dieter, « Tensions between the dispute settlement process and the diplomatic and treaty-making activities of the WTO », *W.T.R.* 1(3), 2002, p. 301-308

EHLERMANN, Claus-Dieter, « Experiences from the WTO Appellate Body », *Texas Int. L. Journ.* 38, 2003, p. 469-488

EHLERMANN, Claus-Dieter et Lothar EHRING, « Decision-Making in the World Trade Organization – Is the Consensus Practice of the World Trade Organization Adequate for Making, Revising and Implementing Rules on International Trade? », *J.I.E.L.* 8(1), 2005, p. 51-75

EHRING, Lothar, « Public Access to Dispute Settlement Hearings in the World Trade Organization », *J.I.E.L.* 11(4), 2008, p. 1021-1034

EHRING, Lothar, « The European Community's experience and practice in suspending WTO obligations », in Chad P. BOWN et Joost PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 244-266

ELIAS, Norbert, *La dynamique de l'Occident*, trad. P. Kamnitzer, Paris, Calmann-Lévy, 1975, 328 p.

ELSIG, Manfred, « The World Trade Organization's Legitimacy Crisis: What Does the Beast Look Like? », *J.W.T.* 41(1), 2007, p. 75-98

ENDERS, Alice, « Reciprocity in GATT 1947: From 1942 to the Kennedy Round », in Jagdish BHAGWATI (ed.), *Going alone – The Case for Relaxed Reciprocity in Freeing Trade*, Cambridge (MA), MIT Press, 2002, p. 85-110

ETHIER, Wilfred J., « Political Externalities, Nondiscrimination, and a Multilateral World », *R. Int. Econ.* 12(3), 2004, p. 303-320

ETHIER, Wilfred J., « The theory of trade policy and trade agreements: A critique », *Eur. Journ. Pol. Econ.* 23, 2007, p. 605-623

EVENETT, Simon J., « Sticking to the rules: quantifying the market access that is potentially protected by WTO-sanctioned trade retaliation », in Chad P. BOWN et Joost PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 198-231

FAUCHALD, Ole Kristian, « Flexibility and Predictability under the World Trade Organization's Non-discrimination Clauses », *J.W.T.* 37(3), 2003, p. 443-482

FEICHTNER, Isabel, « The Waiver Power of the WTO: Opening the WTO for Political Debate on the Reconciliation of Competing Interests », *E.J.I.L.* 20(3), 2009, p. 615-645

FETTWEIS, Albert, *Manuel de procédure civile*, 2^e éd., Faculté de droit de Liège, 1987, 769 p.

FINGER, J. Michael, « A diplomat's economics: reciprocity in the Uruguay Round negotiations », *W.T.R.* 4(1), 2005, p. 27-40

FINGER, J. Michael et L. Alan WINTERS, « Reciprocity in the WTO », in Bernard HOEKMAN, Aaditya MATTOO et Philip ENGLISH (eds), *Development, Trade, and the WTO – A Handbook*, Washington DC, World Bank, 2002, p. 50-60

FINGER, J. Michael, Ulrich REINCKE et Adriana CASTRO, « Market Access Bargaining in the Uruguay Round: How Tightly Does Reciprocity Constrain? », in J. BHAGWATI (ed.), *Going Alone: The Case for Relaxed Reciprocity in Freeing Trade*, Cambridge, MA, MIT Press, 2002, p. 111-135

FINNEMORE, Martha, « Norms, culture, and world politics: insights from sociology's institutionalism », *Int. Org.* 50(2), 1996, p. 325-347

FOOTER, Mary E., *An Institutional and Normative Analysis of the World Trade Organization*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2006, 373 p.

- FORD, Rosemary A., « The Beef Hormone Dispute and Carousel Sanctions: A Roundabout Way of Forcing Compliance with World Trade Organization Decisions », *Brooklyn Journ. Int. L.* 27(2), 2002, p. 543-573
- FRANÇOIS, Alain, *Het vennootschapsbelang in het Belgische vennootschapsrecht: inhoud en grondslagen*, Anvers, Intersentia, 1999, 795 p.
- FREEMAN, Richard B., « Trade Wars: The Exaggerated Impact of Trade in Economic Debate », *World Econ.* 27(1), 2004, p. 1-23
- FREUND, Caroline, « Reciprocity in Free Trade Agreements », *World Bank Working Papers*, 3061, 20 May 2003, 35 p., www.worldbank.org (2 juill. 2003)
- FRIEDENTHAL, Jack H., Mary K. KANE et Arthur R. MILLER, *Civil Procedure*, St Paul, West Publishing, 1985, 876 p.
- FRIEDMAN, Lawrence M., « Judging the Judges: Some Remarks on the Way Judges Think and the Way Judges Act », in John N. DROBAK, *Norms and the Law*, Cambridge University Press, 2006, p. 139-160
- FRISON-ROCHE, Marie-Anne, « Le système des sanctions », *Les Notes bleues de Bercy*, n° 186, 1^{er}-15 juillet 2000, http://www.minefi.gouv.fr/notes_bleues/nbb/nbb186/sanct.htm (octobre 2004)
- FRISON-ROCHE, Marie-Anne, « Le principe du contradictoire et les droits de la défense devant l'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce », in H. RUIZ FABRI et J.-M. SOREL (dir.), *Le principe du contradictoire devant les juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2004, p. 125-148
- FUDALI, Cezary, « A Critical Analysis of the WTO Dispute Settlement Mechanism: Its Contemporary Functionality and Prospects », *Netherlands Int. L. R.*, 2002, p. 39-80
- GANGER, Leah, « Explaining the Broad-Based Support for WTO Adjudication », *Berkeley Journ. Int. L.* 24(2), 2006, p. 521-533
- GANSHOF, François Louis, *Histoire des relations internationales – Tome premier : le Moyen-Âge*, 4^e éd., Paris, Hachette, 1968, 331 p.
- GARCIA, Frank, « Trade and Inequality: Economic Justice and the Developing World », *Michigan Journ. Int. L.* 21, 2000, p. 975-1049
- GARCIA, Thierry et Anne-Claire CHAUMONT, « Le processus d'accession à l'Organisation mondiale du commerce (OMC) : logique relationnelle contre logique institutionnelle ? », *R.G.D.I.P.*, 2007, p. 659-674
- GARCIA MOLYNEUX, Candido, « The Trade Barriers Regulation: The European Union as a Player in the Globalisation Game », *Eur. L. Journ.* 5(4), 1999, p. 375-418
- GARCIA-RUBIO, Mariano, « Unilateral Measures as a Means of Forcible Execution of WTO Recommendations and Decisions », in Laura Picchio FORLATI et Linos-Alexandre SICILIANOS (eds), *Les sanctions économiques en droit international – Economic Sanctions in International Law*, Leiden, Boston, Nijhoff, 2004, p. 445-475
- GAZZINI, Tarcisio, « The Legal Nature of WTO Obligations and the Consequences of their Violation », *E.J.I.L.* 17(4), 2006, p. 723-742
- GÉNÉREUX, Jacques, *Les vraies lois de l'économie*, Paris, Seuil, 2005, 355 p.
- GIBBARD, Allan et Hal R. VARIAN, « Economic Models », *Journal of Philosophy* 75(11), 1978, p. 664-677
- GOLDSMITH, Jack L. et Eric A. POSNER, « A Theory of Customary International Law », *University of Chicago L. R.* 66, 1999, p. 1113-1177
- GOLDSTEIN, Judith et Lisa L. MARTIN, « Legalization, Trade Liberalization, and Domestic Politics: A Cautionary Note », *Int. Org.* 54(3), 2000, p. 603-632
- GOLDSTEIN, Judith L. et Richard H. STEINBERG, « Negotiate or Litigate? Effects of WTO Judicial Delegation on U.S. Trade Politics », *L. and Contemporary Problems* 71, 2008, p. 257-282
- GRANDO, Michelle T., *Evidence, Proof, and Fact-Finding in WTO Dispute Settlement*, Oxford University Press, 2009, 410 p.

- GRANÉ, Patricio, « Remedies under WTO Law », *J.I.E.L.*, 2001, p. 755-772
- GRÉGOIRE, Michèle, « Géométrie de l'instance », note sous Cass., 24 mars 2006, *R.C.J.B.*, 2008, p. 10-72
- GROSSE RUSE-KHAN, Henning, « A Pirate of the Caribbean? The Attractions of Suspending TRIPS Obligations », *J.I.E.L.* 11(2), 2008, p. 313-364
- GROSSMAN, Gene M. et Petros C. MAVROIDIS, « United States – Section 110(5) of the US Copyright Act, Recourse to Arbitration under Article 25 of the DSU: would've or should've? Impaired benefits due to copyright infringement », *W.T.R.* 2(2), 2003, p. 233-249
- GROSSMAN, Gene M. et Alan O. SYKES, « 'Optimal' Retaliation in the WTO – a commentary on the *Upland Cotton* Arbitration », *W.T.R.* 10(1), 2011, p. 133-164
- GURVITCH, Georges, « Les idées-maîtresses de Maurice Hauriou », *Arch. philo. dr.* 1, 1931, p. 155-194
- GUZMAN, Andrew T., « International Tribunals: A Rational Choice Analysis », *University of Pennsylvania L. R.* 157, 2008, p. 171-235
- GUZMAN, Andrew T., *How International Law Works*, Oxford University Press, 2008, 260 p.
- GUZMAN, Andrew T. et Timothy L. MEYER, « International Common Law: The Soft Law of International Tribunals », *Chicago Journ. Int. L.* 9(2), 2009, p. 515-535
- HAHN, Hugo J., « Le contrôle de l'exécution des obligations des États dans les organisations internationales économiques », in *Aspects du droit international économique – Élaboration, contrôle, sanction*, Paris, Pedone, 1972, p. 35-66
- HART, Herbert L.A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961, 262 p.
- HART, Herbert L.A., *Le concept de droit*, trad. M. van de Kerchove, Bruxelles, F.U.S.L., 1976, 314 p.
- HAURIOU, Maurice, « La théorie de l'institution et de la fondation (essai de vitalisme social) », in *La Cité moderne et les Transformations du Droit*, Paris, Bloud & Gay, 1925, p. 2-45
- HÉBRAUD, Pierre et Pierre RAYNAUD, « Jurisprudence française en matière de procédure civile », *R.T.D.civ.*, 1948, p. 497-510
- HÉRON, Jacques, *Droit judiciaire privé*, Paris, Montchrestien, 1991, 761 p.
- HILAIRE, Jean, « Une histoire du concept d'entreprise », *Arch. philo. dr.*, 1997, p. 341-353
- HILF, Meinhard, « Power, Rules and Principles – Which Orientation for WTO/GATT Law? », *J.I.E.L.*, 2001, p. 111-130
- HILF, Meinhard et Stefan OETER (Hrsg), *WTO-Recht – Rechtsordnung des Welthandels*, Baden-Baden, Nomos, 2005, 738 p.
- HILF, Meinhard, « Das Streitbeilegungssystem der WTO », in Meinhard HILF et Stefan OETER (Hrsg), *WTO-Recht – Rechtsordnung des Welthandels*, Baden-Baden, Nomos, 2005, p. 505-539
- HIPPLER BELLO, Judith, « The WTO Dispute Settlement Understanding: Less is More », *Amer. Journ. Int. L.* 90(3), 1996, p. 416-418
- HOBBS, Thomas, *De Cive ou les fondements de la politique*, trad. S. Sorbière, Paris, Sirey, 1981, 393 p.
- HOEKMAN, Bernard M. et Petros C. MAVROIDIS, « WTO Dispute Settlement, Transparency and Surveillance », *World Economy*, 2000, p. 527-542
- HOEKMAN, Bernard M. et Michel M. KOSTECKI, *The Political Economy of the World Trading System – The WTO and Beyond*, 2nd ed., Oxford University Press, 2001, 547 p.
- HORLICK, Gary N., « Problems with the compliance structure of the WTO dispute resolution process », in D.L.M. KENNEDY et J.D. SOUTHWICK (eds), *The Political Economy of International Trade Law – Essays in Honor of Robert E. Hudec*, Cambridge University Press, 2002, p. 636-645

HORMANS, Guy, « Le dialogue judiciaire », in Jean-Pierre BUYLE, Werner DERIJCKE, Jacques EMBRECHTS et Ivan VEROUGSTRAETE, *Bicentenaire du Code de commerce*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 283-326

HOWSE, Robert, « The legitimacy of the World Trade Organization », in Jean-Marc COICAUD et Veijo HEISKANEN (eds), *The legitimacy of international organizations*, New York, United Nations University Press, 2001, p. 355-407

HOWSE, Robert et Damien J. NEVEN, « United States – Tax treatment for ‘Foreign Sales Corporations’ Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU and Article 4.11 of the SCM Agreement (WT/DS108/ARB) – A Comment », *W.T.R.* 4(1), 2005, p. 101-124

HUDEC, Robert E., *The GATT Legal System and World Trade Diplomacy*, New York, Praeger, 1975, 399 p.

HUDEC, Robert E., « ‘Transcending the Ostensible’: Some Reflections on the Nature of Litigation Between Governments », *Minnesota L. R.* 72, 1987, p. 211-226

HUDEC, Robert E., « Reforming GATT Adjudication Procedures: The Lessons of the DISC Case », *Minnesota L. R.* 72, 1988, p. 1443-1509

HUDEC, Robert E., « Dispute Settlement », in Jeffrey J. SCHOTT (ed.), *Completing the Uruguay Round: A Results-Oriented Approach to the GATT Trade Negotiations*, Washington, Institute for International Economics, 1990, p. 180-204

HUDEC, Robert E., *Enforcing International Trade Law: The Evolution of the Modern GATT Legal System*, Salem, Butterworth, 1993, 630 p.

HUDEC, Robert E., « The New WTO Dispute Settlement Procedure: An Overview of the First Three Years », *Minnesota Journ. of Global Trade* 8(1), 1999, p. 1-53

HUDEC, Robert E., « Broadening the Scope of Remedies in WTO Dispute Settlement », in Friedl WEISS (ed.), *Improving WTO Dispute Settlement Procedures: Issues & Lessons from the Practice of Other International Courts & Tribunals*, Londres, Cameron May, 2000, p. 369-400

HUDEC, Robert E., « The Adequacy of WTO Dispute Settlement Remedies: A Developing Country Perspective », in Bernard HOEKMAN, Aaditya MATTOO et Philip ENGLISH (eds), *Development, Trade, and the WTO – A Handbook*, Washington DC, World Bank, 2002, p. 81-91

ISLAM, M. Rafiqul, « Recent Trade Sanctions on the US to Induce Compliance with the WTO Ruling in the Foreign Sales Corporations Case: Its Policy Contradiction Revisited », *J.W.T.*, 2004, p. 471-489

IWASAWA, Yuji, « WTO Dispute Settlement as Judicial Supervision », *J.I.E.L.* 5(2), 2002, p. 287-305

IWASAWA, Yuji, « Third Parties Before International Tribunals: The ICJ and the WTO », in Nisuke ANDO, Edward McWHINNEY et Rüdiger WOLFRUM (eds.), *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, Vol. 2, La Haye, Kluwer Law International, 2002, p. 871-891

JACKSON, John H., *Restructuring the GATT System*, New York, Council on Foreign Relations Press, 1990, 121 p.

JACKSON, John H., « Reflections on Restructuring the GATT », in Jeffrey J. SCHOTT (ed.), *Completing the Uruguay Round: A Results-Oriented Approach to the GATT Trade Negotiations*, Washington, Institute for International Economics, 1990, p. 205-224

JACKSON, John H., « The Legal Meaning of a GATT Dispute Settlement Report: Some Reflections », in Niels BLOKKER et Sam MULLER (eds), *Towards More Effective Supervision by International Organizations – Essays in Honour of Henry G. Schermers*, Vol. I, Dordrecht, Nijhoff, 1994, p. 149-164

JACKSON, John H., *The World Trading System – Law and Policy of International Economic Relations*, 2nd ed., Cambridge (MA), Londres, MIT Press, 1997, 441 p.

JACKSON, John H., « The WTO Dispute Settlement Understanding – Misunderstandings on the Nature of Legal Obligation », *Amer. Journ. Int. L.*, 1997, p. 60-64

JACKSON, John H., *The Jurisprudence of GATT and the WTO – Insights on treaty law and economic relations*, Cambridge, CUP, 2000, 497 p.

JACKSON, John H., « International Law Status of WTO Dispute Settlement Reports: Obligation to Comply or Option to 'Buy Out'? », *Amer. Journ. Int. L.* 98(1), 2004, p. 109-125

JACKSON, John H., « The case of the World Trade Organization », *Int. Affairs* 84(3), 2008, p. 437-454

JACKSON, John H., « Comment on chapter 2 », in Chad P. BOWN et Joost PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 66-69

JEAMMAUD, Antoine, « Conflit, différend, litige », *Droits*, n° 34, 2002, p. 15-20

JÈZE, Gaston, « L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux », *R.D.P.*, 1909, p. 667-695

JONES, Ronald W., « Key international trade theorems and large shocks », *Int. R. Econ. and Finance* 17, 2008, p. 103-112

JORDAN, Malte, *Sanktionsmöglichkeiten im WTO-Streitbeilegungsverfahren*, Berlin, Duncker & Humblot, 2005, 477 p.

JOSLING, Tim, « Bananas and the WTO: Testing the New Dispute Settlement Process », in Timothy E. JOSLING et Timothy G. TAYLOR (eds), *Banana Wars – The Anatomy of a Trade Dispute*, Oxon, CABI, 2003, p. 169-194

JOUANJEAN, Hervé, « La négociation et l'entrée en vigueur du Traité de Marrakech », in *La réorganisation mondiale des échanges*, Paris, Pedone, 1996, p. 37-45

JÜRGENSEN, Thomas, « Das WTO-Schiedsverfahren zur Festlegung von Sanktionen nach Art. 22 DSU », *R.I.W.*, 2000, p. 577-583

JÜRGENSEN, Thomas, « Crime and Punishment: Retaliation under the World Trade Organization Dispute Settlement System », *J.W.T.* 39(2), 2005, p. 327-339

KAVASS, Igor I., « WTO Accession: Procedure, Requirements and Costs », *J.W.T.* 41(3), 2007, p. 453-474

KEARNS, Jason E. et Steve CHARNOVITZ, « Adjudicating Compliance in the WTO: A Review of DSU Article 21.5 », *J.I.E.L.*, 2002, p. 331-352

KECK, Alexander, « WTO Dispute Settlement: What Role for Economic Analysis? A Commentary on Fritz Breuss », *Journ. Industry, Competition & Trade* 4(4), 2004, p. 365-371

KELSEN, Hans, *Théorie générale des normes*, trad. O. Beaud et F. Malkani, Paris, P.U.F., 1996, 604 p.

KELSEN, Hans, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., trad. Ch. Eisenmann, Paris, L.G.D.J., Bruxelles, Bruylant, 1999, 367 p.

KEOHANE, Robert O., « Reciprocity in international relations », *Int. Org.* 40(1), 1986, p. 1-27

KEOHANE, Robert O., Andrew MORAVCSIK et Anne Marie SLAUGHTER, « Legalized Dispute Resolution: Interstate and Transnational », *Int. Org.* 54(3), 2000, p. 457-488

KEOHANE, Robert O. et Joseph S. NYE Jr., « The Club Model of Multilateral Cooperation and Problems of Democratic Legitimacy », in Roger B. PORTER, Pierre SAUVÉ, Arvind SUBRAMANIAN et Americo BEVIGLIA ZAMPETTI (eds), *Efficiency, Equity, and Legitimacy – The Multilateral Trading System at the Millenium*, Washington, Brookings Institution Press & Center for Business and Government, 2001, p. 264-294

KERR, William A. et Jill E. HOBBS, « Consumers, Cows and Carousels: Why the Dispute over Beef Hormones is Far More Important than its Commercial Value », in Nicholas PERDIKIS et Robert READ (eds), *The WTO and the Regulation of International Trade – Recent Trade Disputes between the European Union and the United States*, Cheltenham, Edward Elgar, 2005, p. 191-214

KHABAYAN, Vasken, « Canada's experience and practice in suspending WTO obligations », in Chad P. BOWN et Joost PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 277-280

KIEFFER, Bob, *L'Organisation mondiale du commerce et l'évolution du droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2008, 371 p.

KIRAT, Thierry, *Économie du droit*, Paris, La Découverte, 1999, 122 p.

KRANZ, Jerzy, « Réflexions sur la souveraineté », in Jerzy MAKARCZYK (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century – Essays in honour of Krzysztof Skubiszewski*, La Haye, Kluwer Law International, 1996, p. 183-214

KRINGS, Ernest, « L'office du juge dans la direction du procès », *J.T.*, 1983, p. 513-521

KRUGMAN, Paul R., « What Do Undergrads Need To Know About Trade », *Amer. Econ. R.* 83(2), 1993, p. 23-26

KRUGMAN, Paul, « What Should Trade Negotiators Negotiate About? », *Journ. of Economic Litterature* 35, 1997, p. 113-120

KRUGMAN, Paul R. et Maurice OBSTFELD, *International Economics – Theory and Policy*, Int'l ed., 6th ed., Boston, Addison Wesley, 2003, 754 p.

KUIJPER, Pieter Jan et Marko BRONCKERS, « WTO Law in the European Court of Justice », *C.M.L.R.* 42, 2005, p. 1313-1355

KUYPER, Pieter Jan, « The Law of GATT as a Special Field of International Law: Ignorance, further refinement or self-contained system of international law », *Netherlands Yearbook Int. L.* XXV, 1994, p. 227-257

KYDD, Andrew, « Reputation and cooperation: Guzman on international law », *Int. Theory* 1(2), 2009, p. 295-305

LAGRANGE, Evelyne, « La cohérence de la chose jugée (l'affaire du *Génocide* devant la CIJ) », *A.F.D.I.*, 2007, p. 1-42

LALY-CHEVALIER, Caroline, *La violation du traité*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 657 p.

LAMY, Pascal, « The Place of the WTO and its Law in the International Legal Order », *E.J.I.L.* 17(5), 2006, p. 969-984

LANG, Andrew et Joanne SCOTT, « The Hidden World of WTO Governance », *E.J.I.L.* 20(3), 2009, p. 575-614

LAWRENCE, Robert Z., *Crimes & Punishments? – Retaliation under the WTO*, Washington, Institute for International Economics, 2003, 108 p.

LE GOFF, Jacques, *Marchands et banquiers du Moyen Âge*, 9^e éd., Paris, P.U.F., 2006, 128 p.

LEBEN, Charles, *Les sanctions privatives de droits ou de qualité dans les organisations internationales spécialisées*, Bruxelles, Bruylant, 1979, 402 p.

LECLERCQ, Jean-François, « La lutte contre la piraterie moderne entravant la circulation maritime et le droit fondamental des Nations Unies », *R.D.I.D.C.*, 2011, p. 7-52

LEE, Y.S., « Bilateralism under the World Trade Organization », *Northwestern Journ. Int. L. and Business* 26(2), 2006, p. 357-372

LENNARD, Michael, « Navigating by the Stars: Interpreting the WTO Agreements », *J.I.E.L.*, 2002, p. 17-89

LESAFFRE, Hubert, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, L.G.D.J., 2007, 614 p.

LEWIS, Meredith Kolsky, « The Lack of Dissent in WTO Dispute Settlement », *J.I.E.L.* 9(4), 2006, p. 895-931

LI, Ji, « From 'See You in Court!' to 'See You in Geneva!': an Empirical Study of the Role of Social Norms in International Trade Dispute Resolution », *Yale Journ. Int. L.* 32(2), 2007, p. 485-515

LIM, C.L., « The Amicus Brief Issue at the WTO », *Chinese Journ. Int. L.* 4(1), 2005, p. 85-120

LINDERT, Peter H. et Thomas A. PUGEL, *Économie internationale*, 10^e éd., Paris, Economica, 1997, 956 p.

LINDROOS, Anja et Michael MEHLING, « Dispelling the Chimera of “Self-contained Regimes” International Law and the WTO », *E.J.I.L.* 16(5), 2005, p. 857-877

LIVET, Pierre, « Obligation et théorie des jeux », *Arch. philo. dr.*, 2000, p. 163-178

LOCKHART, Nicolas, « Comment on chapter 4 », in Chad P. BOWN et Joost PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 128-134

LOWENFELD, Andreas F., *International Economic Law*, Oxford University Press, 2002, 776 p.

LUFF, David, « 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. 671-770

LUFF, David, *Le droit de l’Organisation mondiale du commerce – Analyse critique*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2004, 1277 p.

LUSZTIG, Michael et Patrick JAMES, « How Does Free Trade Become Institutionalized? An Expected Utility Model of the Chrétien Era », *World Economy* 29(4), 2006, p. 491-505

MACNEIL, Ian R., « Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law », *Northwestern University L.R.* 72, 1978, p. 854-905

MADDALON, Philippe, « Les rapports des groupes spéciaux et de l’Organe d’appel de l’OMC (2009) », *A.F.D.I.*, 2009, p. 665-681

MAKI, Peter C., « Interpreting GATT Using the Vienna Convention on the Law of Treaties: A Method to Increase the Legitimacy of the Dispute Settlement System », *Minnesota Journ. Global Trade* 9, 2000, p. 343-360

MALACRIDA, Reto, « WTO retaliatory measures: the case for multilateral regulation of the domestic decision-making process », in Chad P. BOWN et Joost PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 373-390

MALACRIDA, Reto, « Comment on chapter 19 – Some reflections on the use of economic analysis in WTO dispute settlement proceedings », in Chad P. BOWN et Joost PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 434-445

MALHERBE, Jacques, Yves DE CORDT, Philippe LAMBRECHT et Philippe MALHERBE, *Droit des sociétés*, 4^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2011, 1530 p.

MARCEAU, Gabrielle, « Pratique et pratiques dans le droit de l’Organisation mondiale du commerce (OMC) », in *Colloque de Genève – La pratique et le droit international*, Paris, Pedone, 2004, p. 159-208

MARCHETTI, Barbara, « The WTO Dispute Settlement System: Administration, Court, or Tertium Genus? », *Suffolk Transnational L. R.* 32(3), 2009, p. 567-598

MARTI, Urs, « Souveränität und Globalisierung », in Georg KOHLER et Urs MARTI (eds), *Konturen der neuen Welt(un)ordnung – Beiträge zu einer Theorie der normativen Prinzipien internationaler Politik*, Berlin, Walter de Gruyter, 2003, p. 165-188

MARTIN, Alberto et Wouter VERGOTE, « On the role of retaliation in trade agreements », *Journ. Int. Econ.* 76, 2008, p. 61-77

MATON, John et Carolyn MATON, « Independence Under Fire: Extra-legal Pressures and Coalition Building in WTO Dispute Settlement », *J.I.E.L.* 10(2), 2007, p. 317-334

MATSUSHITA, Mitsuo, Thomas J. SCHOENBAUM et Petros C. MAVROIDIS, *The World Trade Organization – Law, Practice, and Policy*, Oxford University Press, 2003, 666 p.

MATSUSHITA, Mitsuo et Aya IINO, « The Blocking Legislation as a Countermeasure to the US Anti-Dumping Act of 1916: A Comparative Analysis of the EC and Japanese Damage Recovery Legislation », *J.W.T.* 40(4), 2006, p. 753-776

- MAVROIDIS, Petros C., « Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place », *E.J.I.L.*, 2000, p. 763-813
- MAVROIDIS, Petros C., « Proposals for Reform of Article 22 of the DSU: Reconsidering the “Sequencing” Issue and Suspension of concessions », in Federico ORTINO et Ernst-Ulrich PETERSMANN (eds), *The WTO Dispute Settlement System 1995-2003*, La Haye, Kluwer Law International, 2004, p. 61-73
- MAVROIDIS, Petros C. et Werner ZDOUC, « Legal Means to Protect Private Parties’ Interests in the WTO. The Case of the EC New Trade Barriers Regulation », *J.I.E.L.* 1(3), 1998, p. 407-432
- MCALL SMITH, James, « WTO dispute settlement: the politics of procedure in Appellate Body rulings », *W.T.R.* 2(1), 2003, p. 65-100
- MCDONALD, Patrick J., « Peace through Trade or Free Trade? », *Journ. of Conflict Resolution* 48 (4), 2004, p. 547-572
- MCGINNIS, John O., « The Political Economy of Global Multilateralism », *Chicago Journ. Int. L.* 1(2), 2000, p. 381-399
- MCGINNIS, John O. et Mark L. MOVSESIAN, « The World Trade Constitution », *Harvard L. R.*, 2000, p. 512-605
- MCGIVERN, Brendan P., « Seeking Compliance with WTO Rulings: Theory, Practice and Alternatives », *Int. Lawyer* 36(1), 2002, p. 141-157
- MCRAE, Donald, « What is the Future of WTO Dispute Settlement? », *J.I.E.L.* 7(1), 2004, p. 3-21
- MENDEL, Mark E., « Retaliation in the WTO: the experience of Antigua and Barbuda in *US – Gambling* », in Chad P. BOWN et Joost PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 310-316
- MERCURIO, Bryan, « The WTO and its Institutional Impediments », *Melbourne Journ. Int. L.* 8, 2007, p. 198-232
- MILL, John Stuart, « Of the Laws of Interchange Between Nations; and the Distribution of the Gains of Commerce among the Countries of the Commercial World », in John Stuart MILL, *Essays on some Unsettled Questions of Political Economy*, Londres, J. Parker, 1844, p. 1-46
- MILLARD, Eric, « Hauriou et la théorie de l’institution », *Droit et société* 30-31, 1995, p. 381-412
- MITCHELL, Andrew D., « A legal principle of special and differential treatment for WTO disputes », *W.T.R.* 5(3), 2006, p. 445-469
- MITCHELL, Andrew D., « The Legal Basis for Using Principles in WTO Disputes », *J.I.E.L.* 10(4), 2007, p. 795-835
- MITCHELL, Andrew D., *Legal Principles in WTO Disputes*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, 308 p.
- MITCHELL, Andrew D. et David HEATON, « The Inherent Jurisdiction of WTO Tribunals: The Select Application of Public International Law Required by the Judicial Function », *Michigan Journ. Int. L.* 31(3), 2010, p. 559-619
- MOCQUART, Carine, « Efficacité des sanctions et retraits de concession dans le système de règlement des différends de l’OMC », *R.D.A.I.*, 2003, p. 39-59
- MORAND, Charles-Albert, « La sanction », *Archives de philosophie du droit* 35, 2000, p. 293-312
- MORGAN, Mary S., « Models, stories and the economic world », *Journal of Economic Methodology* 8(3), 2001, p. 361-384
- MORGAN, T. Clifton et Navin A. BAPAT, « Imposing Sanctions: States, Firms, and Economic Coercion », *International Studies Review* 5(4), 2003, p. 65-79
- MORGENTHAU, Hans, « Théorie des sanctions internationales », *Revue de droit international et de législation comparée*, 1935, p. 474-503 et 809-836
- MORIN, Gaston, « Vers la révision de la technique juridique. Le concept d’institution », *Arch. philo. dr.* 1, 1931, p. 73-85

MOTULSKI, Henri, *Droit processuel*, Paris, Montchrestien, 1973, 284 p.

MOTULSKY, Henri, « Pour une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée en matière civile », in *Écrits – Études et notes de procédure civile*, Paris, Dalloz, 1973, p. 201-234

NARDELLI, Stefania, « Anti-dumping et globalisation: redéfinir l'“intérêt communautaire” ? », *R.D.I.D.C.*, 2009, p. 253-278

NARLIKAR, Amrita, « Fairness in International Trade Negotiations: Developing Countries in the GATT and WTO », *World Economy*, 2006, p. 1005-1029

NGAMBI, Joseph, *La preuve dans le règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce*, Bruxelles, Bruylant, 2010, 597 p.

NICOLAS, Véronique, *Essai d'une nouvelle analyse du contrat d'assurance*, Paris, L.G.D.J., 1996, 391 p.

NIHOUL, Pierre, « L'indépendance et l'impartialité du juge », *Ann. dr.*, 2011, p. 201-264

NORMAND, Jacques, *Le juge et le litige*, Paris, L.G.D.J., 1965, 526 p.

NOTTAGE, Hunter, « Evaluating the criticism that WTO retaliation rules undermine the utility of WTO dispute settlement for developing countries », in Chad P. BOWN et Joost PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 319-338

NOUVEL, Yves, « L'unité du système commercial multilatéral », *Annuaire français de droit international*, 2000, p. 654-670

O'CONNOR, Bernard, « Remedies in the World Trade Organization Dispute Settlement System – *The Bananas and Hormones Cases* », *J.W.T.* 38(2), 2004, p. 245-266

O'CONNOR, Bernard et Margareta DJORDJEVIC, « Practical Aspects of Monetary Compensation – *The US – Copyright Case* », *J.I.E.L.* 8(1), 2005, p. 127-142

OST, François, « Temps et contrat. Critique du pacte faustien », *Ann. dr.*, 1999, p. 17-44

OST, François et Michel VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, FUSL, 2002, 596 p.

PALMETER, David, « The WTO as a Legal System », *Fordham Int. L. Journ.* 24, 2000-2001, p. 444-480

PALMETER, David et Petros C. MAVROIDIS, « The WTO Legal System: Sources of Law », *Amer. Journ. Int. L.* 92(3), 1998, p. 398-413

PALMETER, David et Petros C. MAVROIDIS, *Dispute Settlement in the World Trade Organization: Practice and Procedure*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2004, 330 p.

PALMETER, David et Stanimir A. ALEXANDROV, « 'Inducing compliance' in WTO dispute settlement », in D.L.M. KENNEDY et J.D. SOUTHWICK (eds), *The Political Economy of International Trade Law – Essays in Honor of Robert E. Hudec*, Cambridge University Press, 2002, p. 646-666

PANIZZON, Marion, *Good Faith in the Jurisprudence of the WTO – The Protection of Legitimate Expectations, Good Faith Interpretation and Fair Dispute Settlement*, Oxford, Hart, 2006, 396 p.

PAPA, Maria Irene, « L'*actio popularis* nel sistema di risoluzione delle controversie dell'Organizzazione mondiale del commercio », in Aldo LIGUSTRO et Giorgio SACERDOTI (a cura di), *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia. Liber amicorum in onore di Paolo Picone*, Naples, Editoriale scientifica, 2011, p. 575-593

PARISI, Francesco et Nita GHEI, « The Role of Reciprocity in International Law », *Cornell Int. L. Journ.* 36, 2003, p. 93-123

PATTERSON, Dennis et Ari AFILALO, *The New Global Trading Order – The Evolving State and the Future of Trade*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, 270 p.

PAUWELYN, Joost, « Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules are Rules – Toward a More Collective Approach », *Amer. Journ. Int. Law* 94(2), 2000, p. 335-347

PAUWELYN, Joost, « The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go? », *Amer. Journ. Int. Law* 95, 2001, p. 535-578

PAUWELYN, Joost, *Conflict of Norms in Public International Law – How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge University Press, 2003, 522 p.

PAUWELYN, Joost, « A Typology of Multilateral Treaty Obligations: Are WTO Obligations Bilateral or Collective in Nature? », *E.J.I.L.* 14(5), 2003, p. 907-951

PAUWELYN, Joost, « The Application of Non-WTO Rules of International Law in WTO Dispute Settlement », in Patrick F.J. MACRORY, Arthur E. APPLETON et Michael G. PLUMMER (eds), *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis*, t. I, New York, Springer, 2005, p. 1405-1425

PAUWELYN, Joost, « The calculation and design of trade retaliation in context: what is the goal of suspending WTO obligations? », in Chad P. BOWN et Joost PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 34-65

PAUWELYN, Joost, « The Dog that Barked But Didn't Bite: 15 Years of Intellectual Property Disputes at the WTO », *Journ. Int. Dispute Settlement* 1(2), 2010, p. 389-429

PETERSMANN, Ernst-Ulrich, « From 'member-driven governance' to constitutionally limited 'multi-level trade governance' in the WTO », in Giorgio SACERDOTI, Alan YANOVICH et Jan BOHANE (eds), *The WTO at Ten – The Contribution of the Dispute Settlement System*, Cambridge University Press, 2006, p. 86-110

PICCHIO FORLATI, Laura et Linos-Alexandre SICILIANOS (eds), *Les sanctions économiques en droit international – Economic Sanctions in International Law*, Leiden, Boston, Nijhoff, 2004, 868 p.

PIRENNE, Henri, *Histoire économique et sociale du Moyen Âge*, Paris, P.U.F., 1969, 238 p.

POLACHEK, Solomon W. et Carlos SEIGLIE, « Trade, Peace and Democracy: An Analysis of Dyadic Dispute », *IZA Discussion Paper No. 2170*, June 2006, <http://ssrn.com/abstract=915360>

POLANYI, Karl, *La grande transformation – Aux origines politiques et économiques de notre temps*, trad. Catherine Malamoud, Paris, Gallimard, 1983, 419 p.

POLETTI, Arlo, « Drowning Protection in the Multilateral Bath: WTO Judicialisation and European Agriculture in the Doha Round », *British Journ. Pol. Int. Relations* 12, 2010, p. 615-633

POSNER, Eric A. et John C. YOO, « Judicial Independence in International Tribunals », *California L. R.* 93(1), 2005, p. 1-74

PUTH, Sebastian, « Sanktionen im Welthandelsrecht: Die Neuausrichtung des Sanktionsmechanismus der WTO am europäischen Modell? », *Europarecht* 36(5), 2001, p. 706-723

READ, Robert, « The Political Economy of Trade Protection: The Determinants and Welfare Impact of the 2002 US Emergency Steel Safeguard Measures », *World Economy* 28(8), 2005, p. 1119-1137

REICH, Arie, « From Diplomacy to Law: The Juridicization of International Trade Relations », *Northwestern Journ. Int. L. & Business* 17(2/3), 1996/1997, p. 775-849

RENARD, Georges, *La Théorie de l'Institution – Essai d'ontologie juridique*, Vol. I : Partie juridique, Paris, Sirey, 1930, 639 p.

RENARD, Georges, « Les bases philosophiques du droit international et la doctrine du "Bien commun" », *Arch. philo. dr.* 1, 1931, p. 465-480

RENOUF, Yves, « From Bananas to Byrd: damage calculation coming of age? », in Chad P. BOWN et Joost PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 135-146

RHODES, Sylvia A., « The Article 21.5/22 Problem: Clarification Through Bilateral Agreements », *J.I.E.L.*, 2000, p. 553-558

RICARDO, David, *On the principles of political economy and taxation*, 3rd ed., Londres, J. Murray, 1821, 538 p.

RIGAUX, François, « La scission du fait et du droit et la distinction entre le droit interne et le droit étranger », note sous Cass., 24 novembre 1978 et sous Cass., 9 octobre 1980, *R.C.J.B.*, 1982, p. 38-57

RIVIER, Marie-Claire, « Conflit/Litige », in Loïc CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, P.U.F., 2004, p. 196-200

ROBERTS, Russell, « Why We Trade », *Foreign Policy*, November 2007, http://www.foreignpolicy.com/story/cms.php?story_id=4044 (26 novembre 2007)

ROESSLER, Frieder, « Evolution du système de règlement des différends du GATT/OMC », in *La réorganisation mondiale des échanges*, Paris, Pedone, 1996, p. 309-317

ROMANO, Cesare P.R., « The Shift from the Consensual to the Compulsory Paradigm in International Adjudication: Elements for a Theory of Consent », *New York University Journ. of Int. L. and Policy* 39, 2007, p. 791-872

ROSAS, Allan, « Implementation and Enforcement of WTO Dispute Settlement Findings: An EU Perspective », *J.I.E.L.*, 2001, p. 131-144

ROSENDORFF, B. Peter et Helen V. MILNER, « The Optimal Design of International Trade Institutions: Uncertainty and Escape », *Int. Org.*, 2001, p. 829-857

ROY, Udayan, « International Trade and the Value of Time », *R. Int. Economics* 13(4), 2005, p. 757-769

RUBINS, Noah et Adrien CANIVET, « Les modifications récentes du règlement CIRDI », in Charles LEBEN (dir.), *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux – aspects récents*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, p. 175-187

RUIZ FABRI, Hélène, « Le contentieux de l'exécution dans le règlement des différends de l'OMC », *J.D.I.*, 2000, p. 605-645

RUIZ FABRI, Hélène, « La contribution de l'Organisation mondiale du commerce à la gestion de l'espace juridique mondial », in Eric LOQUIN et Catherine KESSEDJIAN, *La mondialisation du droit*, Paris, Litec, 2000, p. 347-380

RUIZ FABRI, Hélène, « Le règlement des différends au sein de l'OMC : naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit », in Charles LEBEN, Eric LOQUIN et Mahmoud SALEM, *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle – Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Dijon, Litec, 2000, p. 303-334

RUIZ FABRI, Hélène, « La juridictionnalisation du règlement des litiges économiques entre États », *Rev. arb.*, 2003, p. 881-947

RUIZ FABRI, Hélène, « Le juge de l'OMC : ombres et lumières d'une figure judiciaire singulière », *R.G.D.I.P.*, 2006, p. 39-83

RUIZ FABRI, Hélène, « Le règlement des différends de l'OMC : une forme d'arbitrage ? », *Arch. philo. dr.*, 2009, p. 97-119

RUIZ FABRI, Hélène et Pierre MONNIER, « Organisation mondiale du commerce. Chronique du règlement des différends 2008-2009 », *J.D.I.*, 2009, p. 923-998

SACERDOTI, Georges, « Structure et fonction du système de règlement des différends de l'OMC : les enseignements des dix premières années », *R.G.D.I.P.*, 2006, p. 769-800

SACERDOTI, Giorgio, « The nature of WTO arbitrations on retaliation », in Chad P. BOWN et Joost PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 23-33

SALLES, Luiz Eduardo, « Procedures for the design and implementation of trade retaliation in Brazil », in Chad P. BOWN et Joost PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 297-309

- SALMON, Jean (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 1198 p.
- SANTULLI, Carlo, « Qu'est-ce qu'une juridiction internationale ? Des organes répressifs internationaux à l'O.R.D. », *Annuaire français de droit international*, 2000, p. 58-81
- SCHNEIDER, Andrea Kupfer, « Not Quite a World Without Trials: Why International Dispute Resolution is Increasingly Judicialized », *Journ. Dispute Resolution*, 2006, p. 119-129
- SCHROPP, Simon, « The equivalence standard under Article 22.4 of the DSU: a 'tariffic' misunderstanding? », in Chad P. BOWN et Joost PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 446-502
- SCHUCHHARDT, Christiane, « Consultations », in P.F.J. MACRORY, A.E. APPLETON et M.G. PLUMMER (eds), *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis*, t. I, New York, Springer, 2005, p. 1197-1232
- SCHWARTZ, Warren F. et Alan O. SYKES, « The Economic Structure of Renegotiation and Dispute Resolution in the World Trade Organization », *Journ. Legal Studies* 31(1)pt2, 2002, p. S179-S204
- SEBASTIAN, Thomas, « World Trade Organization Remedies and the Assessment of Proportionality: Equivalence and Appropriateness », *Harvard Int. L. Journ.* 48(2), 2007, p. 337-382
- SEBASTIAN, Thomas, « The law of permissible WTO retaliation », in Chad P. BOWN et Joost PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 89-127
- SEK, Lenore, « Trade Retaliation: The "Carousel" Approach », *CSR Report for Congress*, 5 mars 2002
- SHADIKHODJAEV, Sherzod, *Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, 292 p.
- SHAFFER, Gregory, « Power, governance, and the WTO: a comparative institutional approach », in Michael BARNETT et Raymond DUVALL (eds.), *Power in Global Governance*, Cambridge University Press, 2005, p. 130-160
- SHAFFER, Gregory, « A Structural Theory of WTO Dispute Settlement: Why Institutional Choice Lies at the Center of the GMO Case », *NYU Journ. Int. L. & Pol.* 41(1), 2008, p. 1-101
- SHAFFER, Gregory et Daniel GANIN, « Extrapolating purpose from practice: rebalancing or inducing compliance », in Chad P. BOWN et Joost PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 73-85
- SHALLUE, James J., « An Analysis of Foreign Sales Corporations and the European Communities' Four-Billion Dollar retaliation », *Denver Journ. Int. L. & Policy*, 2002, p. 179-223
- SHAW, Malcolm N., *International Law*, 6th ed., Cambridge University Press, 2008, 1542 p.
- SHERMAN, Richard et Johan ELIASSON, « Trade Disputes and Non-state Actors: New Institutional Arrangements and the Privatisation of Commercial Diplomacy », *World Economy* 29(4), 2006, p. 473-489
- SHOYER, Andrew W., Eric M. SOLOVY et Alexander W. KOFF, « Implementation and Enforcement of Dispute Settlement Decisions », in Patrick F.J. MACRORY, Arthur E. APPLETON et Michael G. PLUMMER (eds), *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis*, t. I, New York, Springer, 2005, p. 1341-1369
- SIBONY, Anne-Lise, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, Paris, L.G.D.J., 2008, 883 p.
- SIMMA, Bruno, « Self-contained Regimes », *N.Y.I.L.*, 1985, p. 111-136
- SIMMA, Bruno et Dirk PULKOWSKI, « Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law », *E.J.I.L.* 17(3), 2006, p. 483-529
- SIMMA, Bruno et Christian J. TAMS, « Article 60. Termination or suspension of the operation of a treaty as a consequence of its breach », in Olivier CORTEN et Pierre KLEIN (eds), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties. A Commentary*, vol. II, Oxford University Press, 2011, p. 1351-1381
- SIMONART, Valérie, *La personnalité morale en droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1995, 670 p.

- SLATER, Gabriel L., « The Suspension of Intellectual Property Obligations Under TRIPS: A Proposal for Retaliating Against Technology-Exporting Countries in the World Trade Organization », *Georgetown L. Journ.* 97, 2009, p. 1365-1408
- SPADANO, Lucas Eduardo, « Cross-agreement retaliation in the WTO dispute settlement system: an important enforcement mechanism for developing countries? », *W.T.R.* 7(3), 2008, p. 511-545
- SPAMANN, Holger, « The Myth of “Rebalancing” Retaliation in WTO Dispute Settlement Practice », *J.I.E.L.* 9(1), 2006, p. 31-79
- SPITZ, Jean-Fabien, *Bodin et la souveraineté*, Paris, P.U.F., 1998, 126 p.
- SRINIVASAN, T.N., « The Dispute Settlement Mechanism of the WTO: A Brief History and an Evaluation from Economic, Contractarian and Legal Perspectives », *World Economy* 30(7), 2007, p. 1033-1068
- STEGER, Debra P., « Afterword: The “Trade and ...” Conundrum – A Commentary », *American Journ. Int. L.* 96(1), 2002, p. 135-145
- STEINBERG, Richard H., « The Hidden World of WTO Governance: A Reply to Andrew Lang and Joanne Scott », *E.J.I.L.* 20 (4), 2009, p. 1063-1071
- STEINMANN, Arthur, « Article 23 DSU », in Rüdiger WOLFRUM, Peter-Tobias STOLL et Karen KAISER (eds), *WTO – Institutions and Dispute Settlement*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2006, p. 557-562
- STENGERS, Marie-Laure, « La compensation après faillite et l’exception d’inexécution opposées par le débiteur d’une créance cédée », note sous Cass., 13 septembre 1973, *R.C.J.B.*, 1974, p. 356-367
- STERN, Brigitte, « L’intervention des tiers dans le contentieux de l’OMC », *R.G.D.I.P.*, 2003, p. 257-303
- STIJNS, Sophie, Dirk VAN GERVEN et Patrick WÉRY, « Chronique de jurisprudence – Les obligations : les sources (1985-1995) », *J.T.*, 1996, p. 689-752
- STOLER, Andrew L., « The WTO dispute settlement process: did the negotiators get what they wanted? », *W.T.R.* 3(1), 2004, p. 99-118
- STOLL, Peter-Tobias, « Article 22 DSU », in Rüdiger WOLFRUM, Peter-Tobias STOLL et Karen KAISER (eds), *WTO – Institutions and Dispute Settlement*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2006, p. 523-556
- SUBRAMANIAN, Arvind et Jayashree WATAL, « Can TRIPS Serve as an Enforcement Device for Developing Countries in the WTO? », *J.I.E.L.* 3(3), 2000, p. 403-416
- SUGDEN, Robert, « Credible Worlds: The Status of Theoretical Models in Economics », *Journal of Economic Methodology* 7(1), 2000, p. 1-31
- SUPIOT, Alain, « Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? », *Droit social*, 2003, p. 59-71
- SWAN, Allan C., « “Fairness” and “Reciprocity” in International Trade: Section 301 and the Rule of Law », *Arizona Journ. Int. and Comp. L.* 16(1), 1999, p. 37-75
- SYKES, Alan O., « The Remedy for Breach of Obligations under the WTO Dispute Settlement Understanding: Damages or Specific Performance? », in Marco BRONCKERS et Reinhard QUICK (eds), *New Directions in International Economic Law – Essays in Honour of John H. Jackson*, La Haye, Kluwer, 2000, p. 347-357
- SYKES, Alan O., « The Economics of Public International Law », July 2004, <http://ssrn.com/abstract=564383>
- TANCREDI, Antonello, « EC Practice in the WTO: How Wide is the ‘Scope for Manoeuvre’? », *Europ. Journ. Int. L.* 15(5), 2004, p. 933-961
- THOMPSON, Alexander, « The rational enforcement of international law: solving the sanctioners’ dilemma », *Int. Theory* 1(2), 2009, p. 307-321
- TOURÉ, Omorou Z., « La mise en œuvre des sanctions au sein de l’Organisation mondiale du commerce », *R.D.I.D.C.*, 2009, p. 209-252

TOWNSEND, David J., « Stretching the Dispute Settlement Understanding: U.S.–Cotton’s Relaxed Interpretation of Cross-Retaliation in the World Trade Organization », *Richmond Journ. of Global L. and Business* 9(2), 2010, p. 135-165

TOWNSEND, David J. et Steve CHARNOVITZ, « Preventing Opportunistic Uncompliance by WTO Members », *J.I.E.L.* 14(2), 2011, p. 437-468

TRACHTMAN, Joel P., « The Theory of the Firm and the Theory of the International Economic Organization: Toward Comparative Institutional Analysis », *Northwestern Journ. Int. L. & Business* 17(2/3), 1996/1997, p. 470-555

TRACHTMAN, Joel P., « Bananas, Direct Effect and Compliance », *E.J.I.L.*, 1999, p. 655-678

TRACHTMAN, Joel P., « The Constitutions of the WTO », *E.J.I.L.* 17(3), 2006, p. 623-646

TRIBE, Keith, « Reading trade in the *wealth of nations* », *History Eur. Ideas* 32, 2006, p. 58-79

TROPER, Michel, *Le droit et la nécessité*, Paris, P.U.F., 2011, 294 p.

UNTERHALTER, David, « Allocating the Burden of Proof in WTO Dispute Settlement Proceedings », *Cornell Int. L. Journ.* 42, 2009, p. 209-221

VADCAR, Corinne, « La réciprocité dans le système commercial international », *J.D.I.*, 2002, p. 773-791

VALLES, Cherise M. et Brendan P. MCGIVERN, « The Right to Retaliate under the WTO Agreement – The “Sequencing” Problem », *J.W.T.* 34(2), 2000, p. 63-84

VAN COMPERNOLLE, Jacques, « Considérations sur la nature et l’étendue de l’autorité de la chose jugée en matière civile », note sous Cass., 10 septembre 1981, *R.C.J.B.*, 1984, p. 241-272

VAN COMPERNOLLE, Jacques, « L’office du juge et le fondement du litige », note sous Cass., 24 novembre 1978 et sous Cass., 9 octobre 1980, *R.C.J.B.*, 1982, p. 14-38

VAN DAMME, Isabelle, « Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body », *E.J.I.L.* 21(3), 2010, p. 605-648

VAN DEN BOSSCHE, Peter et Gabrielle MARCEAU, « Le système de règlement des différends de l’Organisation mondiale du commerce. Analyse d’un système particulier et distinctif », *Revue du Marché Unique Européen*, 1998 (3), p. 29-68

VAN DROOGHENBROECK, Jean-François, « Casser, juger et toujours dire le droit », *Ann. dr.*, 2003, p. 443-467

VAN DROOGHENBROECK, Jean-François, *Cassation et juridiction. Iura novit curia*, Bruxelles Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2004, 919 p.

VAN OMMESLAGHE, Pierre, « Examen de jurisprudence (1974-1982) – Les obligations », *R.C.J.B.*, 1986, p. 33-259

VAN OMMESLAGHE, Pierre, *Droit des obligations*, t. 1, Bruxelles, Bruylant, 2010, 936 p.

VAN PARIJS, Philippe, *Qu’est-ce qu’une société juste ?*, Paris, Seuil, 1990, 311 p.

VANDEBURIE, Aurélien, « Coupures d’eau, de gaz et d’électricité : ça suffit ! L’article 23 de la Constitution à la rescousse des besoins énergétiques fondamentaux », *R.G.D.C.*, 2008, p. 274-282

VERHOEVEN, Joe, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000, 856 p.

VERHOEVEN, Joe, « Souveraineté et mondialisation : libres propos », in Eric LOQUIN et Catherine KESSEDJIAN, *La mondialisation du droit*, Paris, Litec, 2000, p. 43-57

VERHOEVEN, Joe, *Droit de la Communauté européenne*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2001, 510 p.

VILLIGER, Mark E., « The 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties – 40 Years After », *R.C.A.D.I.*, t. 344, 2009, p. 9-192

VINCENT, Jean et Serge GUINCHARD, *Procédure civile*, 24^e éd., Paris, Dalloz, 1996, 1046 p.

VIZIOZ, Henry, *Études de procédure*, Bordeaux, Bière, 1956, 667 p.

VRANES, Erich, « Principles and Emerging Problems of WTO Cross Retaliation – Some Comments on a new Enforcement Precedent », *EuZW*, 2001 (1), p. 10-15

VRANES, Erich, « Cross Retaliation under GATS and TRIPS – An Optimal Enforcement Device for Developing Countries? », in Fritz BREUSS, Stefan GRILLER et Erich VRANES (eds), *The Banana Dispute – An Economic and Legal Analysis*, Vienne, Springer, 2003, p. 113-130

WEILER, Joseph H.H., « The Rule of Lawyers and the Ethos of Diplomats – Reflections on the Internal and External Legitimacy of WTO Dispute Settlement », *J.W.T.* 35(2), 2001, p. 191-207

WEISS, Friedl, « Good Governance in the Procedural Practice of the WTO », in Aldo LIGUSTRO et Giorgio SACERDOTI (a cura di), *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia. Liber amicorum in onore di Paolo Picone*, Naples, Editoriale scientifica, 2011, p. 479-493

WÉRY, Patrick, *Droit des obligations*, vol. 1, Bruxelles, Larcier, 2010, 930 p.

WINTERS, L. Alan, « Comment on chapter 6 », in Chad P. BOWN et Joost PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 277-280

WOLFRUM, Rüdiger, Peter-Tobias STOLL et Karen KAISER (eds), *WTO – Institutions and Dispute Settlement*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2006, 671 p.

WONNACOTT, Paul et Ronald WONNACOTT, « What's the Point of Reciprocal Trade Negotiations? Exports, Imports, and Gains from Trade », *World Economy* 28(1), 2005, p. 1-20

WYLLEMAN, Annelies, « Het gezag van gewijsde: uitdrukking van het rechterlijk gezag », *T.P.R.*, 1988, p. 33-88

YENKONG, Ngangjoh H., « World Trade Organization Dispute Settlement Retaliatory Regime at the Tenth Anniversary of the Organization: Reshaping the "Last Resort" Against Non-compliance », *J.W.T.* 40(2), 2006, p. 365-384

YOKOMIZO, Dai, « Japanese Blocking Statute Against the U.S. Anti-Dumping Act of 1916 », *Japanese Annual of International Law* 49, 2006, p. 36-54

YUICHI KONO, Daniel, « Market Structure, Electoral Institutions, and Trade Policy », *Int. Studies Quarterly* 53, 2009, p. 885-906

ZDOUC, Werner, « The Panel Process », in P.F.J. MACRORY, A.E. APPLETON et M.G. PLUMMER (eds), *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis*, t. I, New York, Springer, 2005, p. 1233-1276

ZDOUC, Werner, « Cross-retaliation and suspension under the GATS and TRIPS agreements », in Chad P. BOWN et Joost PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 515-535

ZHANG, Xin, « Implementation of the WTO Agreements: Framework and Reform », *Northwestern Journ. Int. L. & Business* 23(2), 2003, p. 383-431

ZIADÉ, Roland, « Mesures conservatoires (tribunal arbitral et tribunal étatique) », in Charles LEBEN (dir.), *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux – aspects récents*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, p. 189-220

ZISSIMOS, Ben, « The GATT and gradualism », *Journ. Int. Econ.* 71, 2007, p. 410-433

ZONNEKEYN, Geert A., « The Status of WTO Law in the EC Legal Order – *The Final Curtain?* », *J.W.T.* 34(3), 2000, p. 111-125

United States Import Restrictions on Dairy Products – Draft Resolution, L/59, 6 novembre 1952

Working Party 8 on Netherlands Action Under article XXIII: 2 – Report to the CONTRACTING PARTIES, L/61, 7 novembre 1952

Report of the Panel on Uruguayan recourse to article XXIII, L/1923, 15 novembre 1962

Décisions des arbitres de l'OMC statuant sur la base de l'article 22.6 MRD

Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes – Recours des Communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, 9 avril 1999, WT/DS27/ARB (99-1434)

Communautés européennes – Mesures concernant les viandes et produits carnés – Plainte initiale des États-Unis – Recours des Communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, 12 juillet 1999, WT/DS26/ARB (99-2855)

Communautés européennes – Mesures concernant les viandes et produits carnés – Plainte initiale du Canada – Recours des Communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, 12 juillet 1999, WT/DS48/ARB (99-2860)

Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes – Recours des Communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, 24 mars 2000, WT/DS27/ARB/ECU (00-1207) et *corr.* (00-1301)

Brésil – Programme de financement des exportations pour les aéronefs – Recours du Brésil à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends et de l'article 4.11 de l'Accord SMC, 28 août 2000, WT/DS46/ARB (00-3387)

États-Unis – Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur – Recours à l'arbitrage au titre de l'article 25 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, 9 novembre 2001, WT/DS160/ARB25/1 (01-5417)

États-Unis – Traitement fiscal des « sociétés de vente à l'étranger » – Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends et de l'article 4.11 de l'Accord SMC, 30 août 2002, WT/DS108/ARB (02-4605)

Canada – Crédits à l'exportation et garanties de prêts accordés pour les aéronefs régionaux – Recours du Canada à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends et de l'article 4.11 de l'Accord SMC, 17 février 2003, WT/DS222/ARB (03-0931)

États-Unis – Loi antidumping de 1916 – Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS136/ARB, 24 février 2004 (04-0743)

États-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour la continuation du dumping et maintien de la subvention (Plainte initiale du Brésil) – Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS217/ARB/BRA, 31 août 2004 (04-3554)

États-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention (Plainte initiale du Canada) – Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS234/ARB/CAN, 31 août 2004 (04-3516)

²²²¹ Les documents du GATT et de l'OMC sont cités avec la cote qui leur est attribuée par le Secrétariat. La date indiquée est celle qui figure juste en dessous de cette cote ; elle ne correspond pas toujours à la date de rédaction de l'acte.

États-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour la continuation du dumping et maintien de la subvention (Plainte initiale du Chili) – Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, WT/DS217/ARB/CHL, 31 août 2004 (04-3520)

États-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour la continuation du dumping et maintien de la subvention (Plainte initiale de la Corée) – Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, WT/DS217/ARB/KOR, 31 août 2004 (04-3547)

États-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour la continuation du dumping et maintien de la subvention (Plainte initiale des Communautés européennes) – Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, WT/DS217/ARB/EEC, 31 août 2004 (04-3519)

États-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour la continuation du dumping et maintien de la subvention (Plainte initiale de l'Inde) – Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, WT/DS217/ARB/IND, 31 août 2004 (04-3549)

États-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour la continuation du dumping et maintien de la subvention (Plainte initiale du Japon) – Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, WT/DS217/ARB/JPN, 31 août 2004 (04-3558)

États-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour la continuation du dumping et maintien de la subvention (Plainte initiale du Mexique) – Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, WT/DS234/ARB/MEX, 31 août 2004 (04-3551)

États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontières des services de jeux et paris – Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, WT/DS285/ARB, 21 décembre 2007 (07-5704)

États-Unis – Subventions concernant le coton upland – Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends et de l'article 4.11 de l'Accord SMC, WT/DS267/ARB/1, 31 août 2009 (09-4009)

États-Unis – Subventions concernant le coton upland – Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends et de l'article 7.10 de l'Accord SMC, WT/DS267/ARB/2, 31 août 2009 (09-4015)

Rapports des groupes spéciaux, de l'Organe d'appel et des arbitres de l'OMC (à l'exception des arbitres statuant sur la base de l'article 22.6 MRD)

États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules – Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS2/AB/R, 29 avril 1996 (96-1597)

Japon – Taxes sur les boissons alcooliques – Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, 4 octobre 1996 (96-3951)

États-Unis – Restrictions à l'importation de vêtements de dessous de coton et de fibres synthétiques ou artificielles en provenance du Costa Rica – Rapport du groupe spécial, WT/DS24/R, 8 novembre 1996 (96-4540)

États-Unis – Restrictions à l'importation de vêtements de dessous de coton et de fibres synthétiques ou artificielles – Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS24/AB/R, 10 février 1997 (97-0454)

Brésil – Mesures visant la noix de coco desséchée – Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS22/AB/R, 21 février 1997 (97-0695)

États-Unis – Mesure affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés en provenance d'Inde – Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS33/AB/R, 25 avril 1997 (97-1773)

Communautés européennes – Régime applicable à la vente, à l'importation et à la distribution des bananes – Rapport du groupe spécial, WT/DS27/R/USA, 22 mai 1997 (97-2070)

Inde – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture – Rapport du groupe spécial, WT/DS50/R, 5 septembre 1997 (97-3496)

Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes – Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS27/AB/R, 9 septembre 1997 (97-3593)

Inde – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture – Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS50/AB/R, 19 décembre 1997 (97-5539)

Communautés européennes – Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones) – Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS26/AB/R et WT/DS48/AB/R, 16 janvier 1998 (98-0099)

États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes – Rapport du groupe spécial, WT/DS58/R, 15 mai 1998 (98-1710)

Guatemala – Enquête antidumping concernant le ciment portland en provenance du Mexique – Rapport du groupe spécial, WT/DS60/R, 19 juin 1998 (98-2418)

Indonésie – Certaines mesures affectant l'industrie automobile – Rapport du groupe spécial, WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R et WT/DS64/R, 2 juillet 1998 (98-2505)

Communautés européennes – Mesures affectant l'importation de certains produits provenant de volailles – Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS69/AB/R, 13 juillet 1998 (98-2688)

Inde – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture – Rapport du groupe spécial, WT/DS79/R, 24 août 1998 (98-3091)

États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes – Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS58/AB/R, 12 octobre 1998 (98-3899)

Australie – Mesures visant l'importation de saumons – Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS18/AB/R, 20 octobre 1998 (98-4035)

Guatemala – Enquête antidumping concernant le ciment portland en provenance du Mexique – Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS60/AB/R, 2 novembre 1998 (98-4190)

États-Unis – Droit antidumping sur les semi-conducteurs pour mémoires RAM dynamiques (DRAM) de un mégabit ou plus, originaires de Corée – Rapport du groupe spécial, WT/DS99/R, 29 janvier 1999 (99-0256)

Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes, Recours des Communautés européennes à l'article 21:5 – Rapport du groupe spécial, WT/DS27/RW/EEC, 12 avril 1999 (99-1433)

Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes, Recours de l'Équateur à l'article 21:5 – Rapport du groupe spécial, WT/DS27/RW/ECU, 12 avril 1999 (99-1443)

Inde – Restrictions quantitatives à l'importation de produits agricoles, textiles et industriels – Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS90/AB/R, 23 août 1999 (99-3500)

Turquie – Restrictions à l'importation de produits textiles et de vêtements – Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS34/AB/R, 22 octobre 1999 (99-4546)

Chili – Taxes sur les boissons alcooliques – Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS87/AB/R et WT/DS110/AB/R, 13 décembre 1999 (99-5414)

États-Unis – Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur – Rapport du Groupe spécial, WT/DS 152/R, 22 décembre 1999 (99-5454)

États-unis – Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud originaires du Royaume-Uni – Rapport du groupe spécial, WT/DS138/R, 23 décembre 1999 (99-5455)

Australie – Subventions accordées aux producteurs et exportateurs de cuir pour automobiles – Recours des États-Unis à l'article 21:5 du mémorandum d'accord sur le règlement des différends, WT/DS126/RW, 21 janvier 2000 (00-0227)

Australie – Mesures visant les importations de saumons, Recours du Canada à l'article 21:5 – Rapport du groupe spécial, WT/DS18/RW, 18 février 2000 (00-0542)

États-Unis – Loi antidumping de 1916 – Rapport du groupe spécial, WT/DS136/R, 31 mars 2000 (00-1257)

Corée – Mesures affectant les marchés publics – Rapport du groupe spécial, WT/DS163/R, 1^{er} mai 2000 (00-1679)

Canada – Mesures visant l'exportation des aéronefs civils, Recours du Brésil à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends – Rapport du groupe spécial, WT/DS70/RW, 9 mai 2000 (00-1750)

États-Unis – Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud originaires du Royaume-Uni – Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS138/AB/R, 10 mai 2000 (00-1896)

États-Unis – Loi antidumping de 1916 (plainte du Japon) – Rapport du groupe spécial, WT/DS162/R, 29 mai 2000 (00-2118)

États-Unis – Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur – Rapport du groupe spécial, WT/DS160/R, 15 juin 2000 (00-2284)

États-Unis – Mesures à l'importation de certains produits en provenance des Communautés européennes – Rapport du Groupe spécial, WT/DS165/R, 17 juillet 2000 (00-2868)

Canada – Mesures visant l'exportation des aéronefs civils, recours du Brésil à l'article 21:5 du mémorandum d'accord sur le règlement des différends – Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS70/AB/RW, 21 juillet 2000 (00-2989)

Brésil – Programme de financement des exportations pour les aéronefs, recours du Canada à l'article 21:5 du mémorandum d'accord sur le règlement des différends – Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS46/AB/RW, 21 juillet 2000 (00-2990)

États-Unis – Loi antidumping de 1916 – Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS136/AB/R et WT/DS162/AB/R, 28 août 2000 (00-3369)

Guatemala – Mesures antidumping définitives concernant le ciment portland gris en provenance du Mexique – Rapport du groupe spécial, WT/DS156/R, 24 octobre 2000 (00-4282)

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 (00-5330)

États-Unis – Mesures antidumping appliquées à certains produits en acier laminés à chaud en provenance du Japon – Rapport du groupe spécial, WT/DS184/R, 28 février 2001 (01-0629)

Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant – Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS135/AB/R, 12 mars 2001 (01-1157)

Brésil – Programme de financement des exportations pour les aéronefs, Deuxième recours du Canada à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends – Rapport du groupe spécial, WT/DS46/RW2, 26 juillet 2001 (01-3570)

États-Unis – Mesure de sauvegarde transitoire appliquée aux fils de coton peignés en provenance du Pakistan – Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS192/AB/R, 8 octobre 2001 (01-4858)

États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes, Recours de la Malaisie à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends – Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS58/AB/RW, 22 octobre 2001 (01-5166)

Canada – Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers, Recours des États-Unis et de la Nouvelle-Zélande à l'article 21:5 du Mémoire d'accord – Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS103/AB/RW et WT/DS113/AB/RW, 3 décembre 2001 (01-6107)

Inde – Mesures concernant le secteur automobile – Rapport du groupe spécial, WT/DS146/R, WT/DS175/R, 21 décembre 2001 (01-6327)

États-Unis – Mesures de sauvegarde définitives à l'importation de tubes et tuyaux de qualité carbone soudés, de section circulaire, en provenance de Corée – Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS202/AB/R, 15 février 2002 (02-0717)

États-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention – Rapport du groupe spécial, WT/DS217/R et WT/DS234/R, 16 septembre 2002 (02-4742)

Chili – Système de fourchettes de prix et mesures de sauvegarde appliqués à certains produits agricoles – Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS207/AB/R, 23 septembre 2002 (02-5066)

États-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention – Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS217/AB/R et WT/DS234/AB/R, 16 janvier 2003 (03-0209)

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 – Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS141/AB/RW, 8 avril 2003 (03-1917)

Argentine – Droits antidumping définitifs visant la viande de volaille en provenance du Brésil – Rapport du groupe spécial, WT/DS241/R, 22 avril 2003 (03-1961)

États-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention, Arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends – Décision de l'arbitre, WT/DS217/14 et WT/DS234/22, 13 juin 2003 (03-3072)

Communautés européennes – Conditions d'octroi de préférences tarifaires aux pays en développement – Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS246/AB/R, 7 avril 2004 (04-1556)

États-Unis – Subventions concernant le coton upland – Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS267/AB/R, 3 mars 2005 (05-0884)

Communautés européennes – Protection des marques et des indications géographiques pour les produits agricoles et les denrées alimentaires, Plainte de l'Australie – Rapport du groupe spécial, WT/DS290/R, 15 mars 2005 (05-0936)

Communautés européennes – Protection des marques et des indications géographiques pour les produits agricoles et les denrées alimentaires, Plainte des États-Unis – Rapport du groupe spécial, WT/DS174/R, 15 mars 2005 (05-0955)

États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris – Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS285/AB/R, 7 avril 2005 (05-1426)

Communautés européennes – Mesures affectant le commerce des navires de commerce – Rapport du groupe spécial, WT/DS301/R, 22 avril 2005 (05-1627)

États-Unis – Mesures antidumping visant les produits tubulaires pour champs pétrolifères en provenance du Mexique – Rapport du groupe spécial, WT/DS282/R, 20 juin 2005 (05-2464)

États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les semi-conducteurs pour mémoires RAM dynamiques (DRAM) en provenance de Corée – Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS296/AB/R, 27 juin 2005 (05-2728)

États-Unis – Traitement fiscal des « sociétés de ventes à l'étranger », Deuxième recours des Communautés européennes à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, – Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS108/AB/RW2, 13 février 2006 (06-0580)

Mexique – Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool et les autres boissons – Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS308/AB/R, 6 mars 2006 (06-0914)

États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris, Recours d'Antigua-et-Barbuda à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends – Rapport du groupe spécial, WT/DS285/RW, 30 mars 2007 (07-1209)

États-Unis – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones – Rapport du Groupe spécial, WT/DS320/R, 31 mars 2008 (08-0898)

Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes – Deuxième recours de l'Équateur à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends – Rapport du groupe spécial, WT/DS27/RW2/ECU, 7 avril 2008 (08-1447)

États-Unis – Maintien de la suspension d’obligations dans le différend CE – Hormones – Rapport de l’Organe d’appel, WT/DS320/AB/R, 16 octobre 2008 (08-4928)

Canada – Maintien de la suspension d’obligations dans le différend CE – Hormones – Rapport de l’Organe d’appel, WT/DS321/AB/R, 16 octobre 2008 (08-4927)

Communautés européennes – Régime applicable à l’importation, à la vente et à la distribution des bananes – Deuxième recours de l’Équateur à l’article 21:5 du Mémorandum d’accord sur le règlement des différends et Communautés européennes – Régime applicable à l’importation, à la vente et à la distribution des bananes – Recours des États-Unis à l’article 21:5 du Mémorandum d’accord sur le règlement des différends – Rapport de l’Organe d’appel, WT/DS27/AB/RW2/ECU et WT/DS27/AB/RW/USA, 26 novembre 2008 (08-5797)

États-Unis – Lois, réglementations et méthode de calcul des marges de dumping (“réduction à zéro”), Recours des Communautés européennes à l’article 21:5 du Mémorandum d’accord sur le règlement des différends – Rapport de l’Organe d’appel, WT/DS294/AB/RW, 14 mai 2009 (09-2362)

CE et certains États membres – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs – Rapport du groupe spécial, WT/DS316/R, 30 juin 2010 (10-3375)

États-Unis – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs (deuxième plainte) – Rapport du groupe spécial, WT/DS353/R, 31 mars 2011 (11-1443)

Chine – Mesures relatives à l’exportation de diverses matières premières – Rapport du Groupe spécial, WT/DS394/R, WT/DS395/R et WT/DS398/R, 5 juillet 2011 (11-3179)

Union européenne – Mesures antidumping visant certaines chaussures en provenance de Chine – Rapport du groupe spécial, WT/DS405/R, 28 octobre 2011 (11-5344)

Chine – Mesures relatives à l’exportation de diverses matières premières – Rapport de l’Organe d’appel, WT/DS394/AB/R, WT/DS395/AB/R et WT/DS398/AB/R, 30 janvier 2012 (12-0544)

Jurisprudence de la C.P.J.I. et de la C.I.J.

C.P.J.I., *Affaire du vapeur « Wimbledon »*, arrêt du 17 août 1923, série A, n° 1, p. 15

C.P.J.I., *Affaire des concessions Mavrommatis en Palestine*, arrêt du 30 août 1924, série A, n° 2, p. 6

C.P.J.I., *Affaire du « Lotus »*, arrêt du 7 septembre 1927, série A, n° 10, p. 4

C.P.J.I., *Interprétation des arrêts n° 7 et 8 (usine de Chorzów)*, arrêt du 16 décembre 1927, série A, n° 13, p. 4

C.P.J.I., 13 septembre 1928, *Affaire relative à l’usine de Chorzów (demande en indemnité) (fond)*, série A, n° 17, p. 4

C.P.I.J., *Interprétation de l’accord gréco-turc du 1^{er} décembre 1926 (protocole final, article IV)*, avis consultatif du 28 août 1928, série B, n° 16, p. 4

C.I.J., *Interprétation des traités de paix*, avis consultatif du 30 mars 1950, C.I.J. Recueil, 1950, p. 65

C.I.J., *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, avis consultatif du 28 mai 1951, C.I.J. Recueil, 1951, p. 15

C.I.J., *Affaire Nottebohm (exception préliminaire)*, arrêt du 18 novembre 1953, C.I.J. Recueil, 1953, p. 111

C.I.J., *Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité*, avis consultatif du 13 juillet 1954, C.I.J. Recueil, 1954, p. 47

C.I.J., *Affaire du Cameroun septentrional (Cameroun c. Royaume-Uni), Exceptions préliminaires*, arrêt du 2 décembre 1963, C.I.J. Recueil, 1963, p. 15

C.I.J., *Affaires du plateau continental de la Mer du Nord*, arrêt du 20 février 1969, C.I.J. Recueil, 1969, p. 3

C.I.J., *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt du 5 février 1970, C.I.J. Recueil, 1970, p. 3

C.I.J., *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, avis consultatif du 21 juin 1971, C.I.J. Recueil, 1971, p. 16

C.I.J., *Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt du 20 décembre 1974, C.I.J. Recueil, 1974, p. 253

C.I.J., *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, arrêt du 24 mai 1980, C.I.J. Recueil, 1980, p. 3

C.I.J., *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie)*, arrêt du 25 septembre 1997, C.I.J. Recueil, 1997, p. 7

C.I.J., *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 juin 2001, C.I.J. Recueil, 2001, p. 466

C.I.J., *Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique)*, exceptions préliminaires, arrêt du 15 décembre 2004, C.I.J. Recueil, 2004, p. 279

C.I.J., *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt du 26 février 2007, C.I.J. Recueil, 2007, p. 43

C.I.J., *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo) (Exceptions préliminaires)*, arrêt du 24 mai 2007

Jurisprudence de la C.J.U.E.

C.J.C.E., 5 février 1963, *Van Gend & Loos*, 26/62, Rec., 1963, p. 3

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

C.J.C.E., 13 novembre 1964, *Commission c. Luxembourg et Belgique*, 90/63 et 91/63, Rec., 1964, p. 1232

C.J.C.E., 12 décembre 1972, *International Fruit Company*, 21-24/72, Rec., 1972, p. 1219

C.J.C.E., 26 février 1976, *Commission c. Italie*, 52/75, Rec., 1976, p. 277

C.J.C.E., 26 octobre 1982, *Hauptzollamt Mainz c. C.A. Kupferberg & Cie KG*, 104/81, Rec., 1982, p. 3641

C.J.C.E., 22 juin 1989, *Fédération de l'industrie de l'huilerie de la CEE (Fediol)*, 70/87, Rec., 1989, p. 1781

C.J.C.E., 11 janvier 1990, *Blanguernon*, C-38/89, Rec., 1990, p. 83

C.J.C.E., 7 mai 1991, *Nakajima All Precision Co. Ltd*, C-69/89, Rec., 1991, p. I-2069

C.J.C.E., 5 octobre 1994, *R.F.A. c. Conseil (Bananes I)*, C-280/93, Rec., 1994, p. I-4973

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

C.J.C.E., 17 septembre 1997, *Dorsch Consult Ingenieuresellschaft mbH*, C-54/96, Rec., 1997, p. I-4961

C.J.C.E., 12 décembre 1998, *Victoria Film*, C-134/97, Rec., 1998, p. I-7023

C.J.C.E., 23 novembre 1999, *Portugal c. Conseil*, C-149/96, Rec., 1999, p. I-8395

C.J.C.E., 30 septembre 2003, *Biret International c. Conseil*, C-93/02, Rec., 2003, p. I-10497

C.J.C.E., 30 septembre 2003, *Etablissements Biret et Cie c. Conseil*, C-94/02, Rec., 2003, p. I-10565

C.J.C.E., 1^{er} mars 2005, *Van Parys*, C-377/02, Rec., 2005, p. I-1465

C.J.C.E., 9 septembre 2008, *FIAMM et FIAMM Technologies e.a. c. Conseil e.a.*, C-120/06 et C-121/06, Rec., 2008, p. I-6513

C.J.U.E., 10 novembre 2011, *X c. Inspecteur van de Belastingdienst/Y*, C-319/10 et C-320/10

Jurisprudence du T.P.I.C.E.

T.P.I.C.E., 20 mars 2001, *Cordis c. Commission*, T-18/99, Rec., 2001, p. II-913

T.P.I.C.E., 20 mars 2001, *Bocchi Food Trade International c. Commission*, T-30/99, Rec., 2001, p. II-943

T.P.I.C.E., 20 mars 2001, *T. Port c. Commission*, T-52/99, *Rec.*, 2001, p. II-981
T.P.I.C.E., 12 juillet 2001, *T. Port c. Conseil*, T-2/99, *Rec.*, 2001, p. II-2093
T.P.I.C.E., 12 juillet 2001, *Banatrading c. Conseil*, T-3/99, *Rec.*, 2001, p. II-2123
T.P.I.C.E., 11 janvier 2002, *Biret International c. Conseil*, T-174/00, *Rec.*, 2002, p. II-17
T.P.I.C.E., 14 décembre 2004, *Fédération des industries condimentaires de France (FICF) e.a. c. Commission*, T-317/02, *Rec.*, 2004, p. II-4325
T.P.I.C.E., 14 décembre 2005, *Fedon & Figli e.a. c. Conseil et Commission*, T-135/01, *Rec.*, 2005, p. II-29
T.P.I.C.E., 11 juillet 2007, *Fédération des industries condimentaires de France (FICF) e.a. c. Commission*, T-90/03, *Rec.*, 2007, p. II-76

Jurisprudence interne

Cass., 8 septembre 1995, *Pas.*, 1995, I, 785
Cass., 15 juin 2000, *Pas.*, 2000, I, 1094
Cass., 21 novembre 2003, *Pas.*, 2003, I, 1864.
Cass., 13 mai 2004, *Pas.*, 2004, I, 816
Cass., 4 décembre 2008, *J.T.*, 2009, p. 303, note J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK et Fr. BALOT
Liège, 22 octobre 2010, *D.A.O.R.*, 2011, p. 501

Documents du GATT

Second session of the Preparatory Committee of the United Nations Conference on trade and employment – Verbatim report – Sixth meeting of Commission A, held on Monday, 2 June, 1947 at 2.30 p.m. in the Palais des nations, Geneva, E/PC/T/A/PV6, 2 juin 1947

Summary Record of the Sixteenth Meeting of 8 November 1952, SR7/16, 11 novembre 1952

Compte rendu de la dix-septième séance, 10 novembre 1952, SR7/17, 18 novembre 1952

Report of review working party IV on organizational and functional questions (as approved by the CONTRACTING PARTIES on 28 February, 5 and 7 March 1955), L/327/Rev.1, 4 avril 1955

Procédures d'application de l'article XXIII, Décision du 5 avril 1966, L/2644, IBDD 14S, p. 19-21

Traitement différencié et plus favorable, réciprocité et participation plus complète des pays en voie de développement, décision du 28 novembre 1979, L/4903, 3 décembre 1979

Understanding Regarding Notification, Consultation, Dispute Settlement and Surveillance, 28 novembre 1979, L/4907, 3 décembre 1979

Ministerial Declaration, 29 novembre 1982, L/5424, 29 novembre 1982

Dispute Settlement Procedures, Fortieth Session of the CONTRACTING PARTIES, Action taken on 30 November 1984, L/5752, 20 décembre 1984

Improvements to the GATT dispute settlement rules and procedures, Decision of 12 April 1989, L/6489, 13 avril 1989

Documents de l'OMC

Accession de l'Équateur – Décision du 16 août 1995, WT/ACC/ECU/5, 22 août 1995

Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 27 septembre 1995, WT/DSB/M/7, 27 octobre 1995

Procédures de prise de décisions au titre des articles IX et XII de l'Accord sur l'OMC, Déclaration du Président, approuvée par le Conseil général le 15 novembre 1995, WT/L/93, 24 novembre 1995

Lignes directrices pour les arrangements concernant les relations avec les organisations non gouvernementales, Décision adoptée par le Conseil général le 18 juillet 1996, WT/L/162, 23 juillet 1996

Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 25 septembre 1997, WT/DSB/M/37, 4 novembre 1997

Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes – Arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, WT/DS27/15, 7 janvier 1998

Communautés européennes – Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones), Arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, WT/DS26/15 et WT/DS48/13, 29 mai 1998

Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 25 novembre 1998, WT/DSB/M/51, 22 janvier 1999

Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 15 décembre 1998, WT/DSB/M/51/Add.1, 26 février 1999

²²²² Les documents du GATT et de l'OMC sont cités avec la cote qui leur est attribuée par le Secrétariat. La date indiquée est celle qui figure juste en dessous de cette cote ; elle ne correspond pas toujours à la date de rédaction de l'acte.

Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes, Recours des États-Unis à l'article 22:2 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, WT/DS27/43, 14 janvier 1999

Procès-verbal de la réunion de l'ORD des 25, 28, 29 janvier et 1^{er} février 1999, WT/DSB/M/54, 20 avril 1999

Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 19 avril 1999, WT/DSB/M/59, 3 juin 1999

Communautés européennes – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones), Recours des États-Unis à l'article 22:2 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, WT/DS26/19, 18 mai 1999

Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 26 mai 1999, WT/DSB/M/62, 2 juillet 1999

Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 3 juin 1999, WT/DSB/M/63, 6 juillet 1999

Australie – Mesures visant les importations de saumons, Recours du Canada à l'article 22:2 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, WT/DS18/12, 15 juillet 1999

Communautés européennes – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones), Recours des États-Unis à l'article 22:7 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, WT/DS26/21, 15 juillet 1999

Australie – Mesures visant les importations de saumons, Recours du Canada à l'article 22:2 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, WT/DS18/12, 15 juillet 1999

Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 26 juillet 1999, WT/DSB/M/65, 15 septembre 1999

Procès-verbal de la réunion de l'ORD des 27 et 28 juillet 1999, WT/DSB/M/66, 23 septembre 1999

Australie – Subventions accordées aux producteurs et exportateurs de cuir pour automobiles, Recours par les États-Unis à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, WT/DS126/8, 4 octobre 1999

Procès-verbal de la réunion de l'ORD des 27 octobre et 3 novembre 1999, WT/DSB/M/70, 15 décembre 1999

Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes, Recours de l'Équateur à l'article 22:2 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, WT/DS27/52, 9 novembre 1999

Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 19 novembre 1999, WT/DSB/M/71, 11 janvier 2000

Canada – Mesures visant l'exportation des aéronefs civils, Recours du Brésil à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, WT/DS70/9, 23 novembre 1999

Brésil – Programme de financement des exportations pour les aéronefs – Recours du Canada à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, WT/DS46/13, 26 novembre 1999

États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes, Mémorandum d'accord entre la Malaisie et les États-Unis au sujet d'éventuelles procédures au titre des articles 21 et 22 du Mémorandum d'accord, WT/DS58/16, 12 janvier 2000

Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 27 janvier 2000, WT/DSB/M/74, 22 février 2000

Brésil – Programme de financement des exportations pour les aéronefs, Recours du Canada à l'article 4.10 de l'Accord SMC et à l'article 22:2 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, WT/DS46/16, 11 mai 2000

Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 7 avril 2000, WT/DSB/M/78, 12 mai 2000

Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes – Recours de l'Équateur à l'article 22:7 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, WT/DS27/54, 8 mai 2000

Brésil – Programme de financement des exportations pour les aéronefs, Recours du Canada à l'article 4.10 de l'Accord SMC et à l'article 22:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS46/16, 11 mai 2000

Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 18 mai 2000, WT/DSB/M/80, 26 juin 2000

Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 22 mai 2000, WT/DSB/M/81, 26 juin 2000

États-Unis – Article 306 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur et modifications y relatives – Demande de consultations présentée par les Communautés européennes, WT/DS200/1, 13 juin 2000

Canada – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques – Arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, WT/DS114/13, 18 août 2000

Canada – Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers, Mémoire d'accord entre le Canada et les États-Unis concernant des procédures au titre des articles 21 et 22 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS103/14, 5 janvier 2001

Canada – Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers, Mémoire d'accord entre le Canada et la Nouvelle-Zélande concernant des procédures au titre des articles 21 et 22 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS113/14, 5 janvier 2001

Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 28 novembre 2000, WT/DSB/M/93, 15 janvier 2001

Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 12 décembre 2000, WT/DSB/M/94, 15 février 2001

Canada – Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers, Recours des États-Unis à l'article 22:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS103/17, 19 février 2001

Canada – Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers, Recours de la Nouvelle-Zélande à l'article 22:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS113/17, 19 février 2001

Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 10 janvier 2001, WT/DSB/M/96, 22 février 2001

Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 1^{er} mars 2001, WT/DSB/M/100, 11 avril 2001

Communautés Européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes, Notification de la solution convenue d'un commun accord, WT/DS27/58, 2 juillet 2001

Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 24 juillet 2001, WT/DSB/M/107, 11 septembre 2001

Déclaration sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique, 14 novembre 2001, WT/MIN(01)/DEC/2

Communautés européennes – L'accord de partenariat ACP-CE, Décision du 14 novembre 2001, WT/L/436, 7 décembre 2001

Canada – Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers, Deuxième recours des États-Unis à l'article 21:5 du Mémoire d'accord, Demande d'établissement d'un groupe spécial, WT/DS103/23, 6 décembre 2001

Canada – Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers, Deuxième recours de la Nouvelle-Zélande à l'article 21:5 du Mémoire d'accord, Demande d'établissement d'un groupe spécial, WT/DS113/23, 6 décembre 2001

Mémoire d'accord additionnel entre le Canada et les États-Unis concernant des procédures au titre des articles 21 et 22 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS103/24, 2 janvier 2002

Mémoire d'accord additionnel entre le Canada et la Nouvelle-Zélande concernant des procédures au titre des articles 21 et 22 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS113/24, 2 janvier 2002

États-Unis – Loi antidumping de 1916, Recours des Communautés européennes à l'article 22:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS136/15, 11 janvier 2002

États-Unis – Article 110 5) de la loi sur le droit d’auteur, Recours des Communautés européennes à l’article 22:2 du Mémorandum d’accord sur le règlement des différends, WT/DS160/19, 11 janvier 2002

Procès-verbal de la réunion de l’ORD du 18 janvier 2002, WT/DSB/M/117, 15 février 2002

États-Unis – Loi antidumping de 1916, Recours des Communautés européennes à l’article 22:6 du Mémorandum d’accord sur le règlement des différends – Constitution de l’arbitre – Note du Secrétariat, WT/DS136/17, 19 février 2002

Argentine – Mesures visant l’exportation de peaux de bovins et l’importation de cuirs finis, Accord entre les Communautés européennes et l’Argentine concernant les procédures au titre des articles 21 et 22 du Mémorandum d’accord sur le règlement des différends, WT/DS/155/12, 26 février 2002

Contribution des Communautés européennes et de leurs États membres à l’amélioration du Mémorandum d’accord de l’OMC sur le règlement des différends, TN/DS/W/1, 13 mars 2002

Proposition concernant le réexamen de l’article 22:7 du Mémorandum d’accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, Communication présentée par les Philippines et la Thaïlande, TN/DS/W/3, 21 mars 2002

Procès-verbal de la réunion de l’ORD du 8 mars 2002, WT/DSB/M/121, 3 avril 2002

États-Unis – Loi antidumping de 1916, Recours des États-Unis à l’article 22:6 du Mémorandum d’accord sur le règlement des différends, Communication de l’arbitre, WT/DS162/21, 4 mai 2002

India’s questions to the European Communities and its member states on their proposal relating to improvements of the DSU, TN/DS/W/5, 7 mai 2002

Procédures de distribution et de mise en distribution générale des documents de l’OMC, Décision du 14 mai 2002, WT/L/452, 16 mai 2002

Canada – Crédits à l’exportation et garanties de prêts accordés pour les aéronefs régionaux, Recours du Brésil à l’article 4.10 de l’accord sur les subventions et les mesures compensatoires et à l’article 22:2 du Mémorandum d’accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, WT/DS222/7, 24 mai 2002

Réponse des Communautés européennes aux questions de l’Inde, TN/DS/W/7, 30 mai 2002

Négociations sur les améliorations et les clarifications à apporter au Mémorandum d’accord sur le règlement des différends, TN/DS/W/8, 8 juillet 2002

Procès-verbal de la réunion de l’ORD du 24 juin 2002, WT/DSB/M/128, 20 août 2002

Négociations concernant le Mémorandum d’accord sur le règlement des différends, Proposition du Groupe africain, TN/DS/W/15, 25 septembre 2002

Procédures de désignation des directeurs généraux adoptées par le Conseil général le 10 décembre 2002, WT/L/509

Procès-verbal de la réunion de l’ORD du 17 janvier 2003, WT/DSB/M/141, 14 février 2003

Procès-verbal de la réunion de l’ORD du 18 mars 2003, WT/DSB/M/145, 7 mai 2003

Approches des négociations tarifaires fondées sur une formule, TN/MA/S/3/Rev.2, 11 avril 2003

Session extraordinaire de l’Organe de règlement des différends, Rapport du Président, M. l’Ambassadeur Péter Balás, au Comité des négociations commerciales, TN/DS/9, 6 juin 2003

Procès-verbal de la réunion de l’ORD du 7 mai 2003, WT/DSB/M/149, 8 juillet 2003

Dérogation concernant le système de certification du processus de Kimberley pour les diamants bruts – Décision du 15 mai 2003, WT/L/518

États-Unis – Article 110 5), Loi sur le droit d’auteur – Notification d’un arrangement temporaire mutuellement satisfaisant, WT/DS160/23, 26 juin 2003

Mise en œuvre du paragraphe 6 de la déclaration de Doha sur l’accord sur les ADPIC et la santé publique – Décision du 30 août 2003, WT/L/540, 2 septembre 2003, et *Corrigendum*, WT/L/540/Corr.1

États-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention, Recours du Canada à l'article 22:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS234/25, 16 janvier 2004

Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 26 janvier 2004, WT/DSB/M/164, 12 mars 2004

Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 19 mars 2004, WT/DSB/M/166, 22 avril 2004

Japon – Mesures visant l'importation de pommes, Procédures confirmées entre le Japon et les États-Unis au titre des articles 21 et 22 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS245/10, 2 juillet 2004

Japon – Mesures visant l'importation de pommes, Recours des États-Unis à l'article 22:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS245/12, 20 juillet 2004

Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 30 juillet 2004, WT/DSB/M/174, 1er septembre 2004

Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 27 septembre 2004, WT/DSB/M/176, 19 octobre 2004

Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 18 octobre 2004, WT/DSB/M/177, 2 novembre 2004

États-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention, Recours du Canada à l'article 22:7 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS234/31, 11 novembre 2004

Procès-verbal de la réunion de l'ORD des 24 et 26 novembre 2004, WT/DSB/M/178, 17 janvier 2005

États-Unis – Détermination finale en matière de droits compensateurs concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada, Recours du Canada à l'article 22:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS257/16, 4 janvier 2005

États-Unis – Traitement fiscal des « sociétés de ventes à l'étranger », Deuxième recours des Communautés européennes à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends – Demande d'établissement d'un groupe spécial, WT/DS108/29, 14 janvier 2005

États-Unis – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones – Demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par les Communautés européennes, WT/DS320/6, 14 janvier 2005

États-Unis – Détermination finale en matière de droits compensateurs concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada, Mémoire d'accord entre le Canada et les États-Unis concernant des procédures au titre des articles 21 et 22 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS257/18, 18 janvier 2005

Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 14 janvier 2005, WT/DSB/M/181, 2 février 2005

Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 25 janvier 2005, WT/DSB/M/182, 17 février 2005

Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 17 février 2005, WT/DSB/M/183, 7 mars 2005

États-Unis – Enquête de la commission du commerce international dans l'affaire concernant les bois d'œuvre résineux en provenance du Canada, Recours du Canada à l'article 22:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS277/9, 15 février 2005

Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 25 février 2005, WT/DSB/M/184, 14 mars 2005

États-Unis – Détermination finale de l'existence d'un dumping concernant les bois d'œuvre résineux en provenance du Canada, Recours du Canada à l'article 22:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS264/17, 20 mai 2005

Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 1^{er} juin 2005, WT/DSB/M/190, 20 juin 2005

Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 20 juin 2005, WT/DSB/M/192, 15 juillet 2005

Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 15 juillet 2005, WT/DSB/M/193, 28 juillet 2005

États-Unis – Maintien de la suspension d’obligations dans le différend CE – Hormones et Canada – Maintien de la suspension d’obligations dans le différend CE – Hormones, Communication du Président des Groupes spéciaux, WT/DS320/8 et WT/DS321/8, 2 août 2005

Amendement de l’Accord sur les ADPIC – Décision du 6 décembre 2005, WT/L/641

Nouvelle contribution des États-Unis à l’amélioration du Mémoire d’accord de l’OMC sur le règlement des différends en ce qui concerne la transparence – Texte juridique révisé, Communication des États-Unis, TN/DS/W/86, 21 avril 2006

Procès-verbal de la réunion de l’ORD du 21 avril 2006, WT/DSB/M/210, 30 mai 2006

Procès-verbal de la réunion de l’ORD du 1^{er} septembre 2006, WT/DSB/M/219, 6 octobre 2006

Système de certification du processus de Kimberley pour les diamants bruts – Décision du 15 décembre 2006, WT/L/676

Procès-verbal de la réunion de l’ORD du 19 décembre 2006, WT/DSB/M/224, 9 février 2007

États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris, Recours d’Antigua et Barbuda à l’article 22:2 du Mémoire d’accord sur le règlement des différends, WT/DS285/22, 22 juin 2007

Procès-verbal de la réunion de l’ORD du 24 juillet 2007, WT/DSB/M/236, 24 septembre 2007

Amendement de l’Accord sur les ADPIC – Prorogation du délai d’acceptation par les Membres du protocole portant amendement de l’Accord sur les ADPIC – Décision du 18 décembre 2007, WT/L/711

Négociations au titre de l’article XXI de l’Accord général sur le commerce des services (AGCS), Addendum, S/SECRET/10/Add.1, 21 décembre 2007

Négociations au titre de l’article XXI de l’Accord général sur le commerce des services (AGCS), Addendum, S/SECRET/10/Add.2, 21 décembre 2007

Négociations au titre de l’article XXI de l’Accord général sur le commerce des services (AGCS), Addendum, S/SECRET/10/Add.3, 21 décembre 2007

Rapport sur le commerce mondial 2007. Soixante ans de coopération commerciale multilatérale : qu’avons-nous appris, Genève, 2007, 418 p.

Rapport sur le commerce mondial 2008. Le commerce à l’heure de la mondialisation, Genève, 2008, 194 p.

Dix malentendus fréquents au sujet de l’OMC, Genève, OMC, 2008, 11 p., http://www.wto.org/french/res_f/doload_f/10mis_f.pdf

10 avantages du système commercial de l’OMC, Genève, 2008, 15 p., http://www.wto.org/french/res_f/doload_f/10b_f.pdf

États-Unis – Subventions concernant le coton upland – Recours du Brésil à l’article 4.10 de l’Accord SMC et à l’article 22:7 du Mémoire d’accord sur le règlement des différends ; WT/DS267/41, 9 novembre 2009

Procès-verbal de la réunion de l’ORD du 19 novembre 2009, WT/DSB/M/276, 29 janvier 2010

Note verbale du Conseil de l’Union européenne et de la Commission des Communautés européennes, WT/L/779, 30 novembre 2009

Plaintes en situation de non-violation ou motivées par une autre situation dans le domaine des ADPIC – Décision du 2 décembre 2009, WT/L/783, 11 décembre 2009

Accord de Genève sur le commerce des bananes, Communication présentée par le Brésil, la Colombie, le Costa Rica, l’Équateur, le Guatemala, le Honduras, le Mexique, le Nicaragua, le Panama, le Pérou, la République bolivarienne, du Venezuela et l’Union européenne, WT/L/784, 15 décembre 2009

Amendement de l’Accord sur les ADPIC – Deuxième prorogation du délai d’acceptation par les Membres du protocole portant amendement de l’Accord sur les ADPIC – Décision du 17 décembre 2009, WT/L/785

États-Unis – Lois, réglementations et méthode de calcul des marges de dumping ("réduction zéro"), Recours de l'Union européenne à l'article 22:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS294/35, 2 février 2010

Procédures de travail pour l'examen en appel, WT/AB/WP/6, 16 août 2010

États-Unis – Subventions concernant le coton upland, Communication conjointe présentée par le Brésil et les États-Unis, WT/DS267/45, 31 août 2010

Rapport sur le commerce mondial 2011. L'OMC et les accords commerciaux préférentiels : de la coexistence à la cohérence, Genève, 2011, 251 p.

Statistiques du commerce international 2011, Genève, 2011, 268 p.

Session extraordinaire de l'Organe de règlement des différends, Rapport du Président, M. l'Ambassadeur Ronald Saborío Soto, au Comité des négociations commerciales, TN/DS/25, 21 avril 2011

Amendement de l'Accord sur les ADPIC – Troisième prorogation du délai d'acceptation par les Membres du protocole portant amendement de l'Accord sur les ADPIC – Décision du 30 novembre 2011, WT/L/829

Plaintes en situation de non-violation ou motivées par une autre situation dans le domaine des ADPIC – Décision du 17 décembre 2011, WT/L/842, 19 décembre 2011

États-Unis – Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur – Rapport de situation des États-Unis, WT/DS160/24/Add.87, 13 mars 2012

Législation européenne

Décision (CE) n° 94/800/CE du Conseil du 22 décembre 1994 relative à la conclusion au nom de la Communauté européenne, pour ce qui concerne les matières relevant de ses compétences, des accords des négociations multilatérales du cycle de l'Uruguay (1986-1994), *J.O.C.E.*, L 336, 23 décembre 1994, p. 1-2

Règlement (CE) n° 3286/94 du Conseil, du 22 décembre 1994, arrêtant des procédures communautaires en matière de politique commerciale commune en vue d'assurer l'exercice par la Communauté des droits qui lui sont conférés par les règles du commerce international, en particulier celles instituées sous l'égide de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), *J.O.C.E.*, L 349, 31 décembre 1994, p. 71-78

Avis d'ouverture d'une procédure d'examen concernant un obstacle au commerce, au sens du règlement (CE) n° 3286/94 du Conseil consistant en des pratiques commerciales maintenues par les États-Unis d'Amérique dans le cadre de l'importation de moutarde préparée, *J.O.C.E.*, C 215, 1^{er} août 2001, p. 2-3

Décision 2002/604/CE de la Commission, du 9 juillet 2002, clôturant la procédure d'examen concernant des obstacle [sic] au commerce, au sens du règlement (CE) n° 3286/94 du Conseil, consistant en des pratiques commerciales maintenues par les États-Unis d'Amérique dans le cadre de l'importation de moutarde préparée, *J.O.C.E.*, L 195, 24 juillet 2002, p. 72-73

Note relative à la procédure de règlement des différends de l'OMC concernant le traitement fiscal appliqué par les États-Unis aux sociétés de vente à l'étranger – Commentaires demandés sur la liste des produits pouvant faire l'objet de contre-mesures, 2002/C 217/02, *J.O.C.E.*, C 217, 13 septembre 2002, p. 2-15

Règlement (CE) n° 2193/2003 du Conseil du 8 décembre 2003 instituant des droits de douane supplémentaires sur les importations de certains produits originaires des États-Unis d'Amérique, *J.O.U.E.*, L 328, 17 décembre 2003, p. 3-12

Règlement (CE) n° 2238/2003 du Conseil du 15 décembre 2003 portant protection contre les effets de l'application de la loi américaine antidumping de 1916, ainsi que des actions fondées sur elle ou en découlant, *J.O.U.E.*, L 333, 20 décembre 2003, p. 1-2

Règlement (CE) n° 171/2005 du Conseil du 31 janvier 2005 portant modification et suspension de l'application du règlement (CE) n° 2193/2003 instituant des droits de douane supplémentaires sur les importations de certains produits originaires des États-Unis d'Amérique, *J.O.U.E.*, L 028, 1^{er} février 2005, p. 31-40

Règlement (CE) n° 673/2005 du Conseil du 25 avril 2005 instituant des droits de douane supplémentaires sur les importations de certains produits originaires des États-Unis d'Amérique, *J.O.U.E.*, L 110, 30 avril 2005, p. 1-5

Décision du Conseil de l'Union européenne du 25 avril 2005 relative à l'admission de la République de Bulgarie et de la Roumanie à l'Union européenne, *J.O.U.E.*, 21 juin 2005, L 157, p. 9

Traité de Luxembourg du 25 avril 2005 entre le Royaume de Belgique, la République tchèque, le Royaume de Danemark, la République fédérale d'Allemagne, la République d'Estonie, la République hellénique, le Royaume d'Espagne, la République française, l'Irlande, la République italienne, la République de Chypre, la République de Lettonie, la République de Lituanie, le Grand-Duché de Luxembourg, la République de Hongrie, la République de Malte, le Royaume des Pays-Bas, la République d'Autriche, la République de Pologne, la République portugaise, la République de Slovaquie, la République de Finlande, le Royaume de Suède, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (États membres de l'Union européenne) et la République de Bulgarie et la Roumanie, relatif à l'adhésion de la République de Bulgarie et de la Roumanie à l'Union européenne, *J.O.U.E.*, 21 juin 2005, L 157, p. 11-27

Règlement (CE) n° 632/2006 de la Commission du 24 avril 2006 remplaçant les annexes I et II du règlement (CE) n° 673/2005 instituant des droits de douane supplémentaires sur les importations de certains produits originaires des États-Unis d'Amérique, *J.O.U.E.*, L 111, 25 avril 2006, p. 5-8

Règlement (CE) n° 728/2006 du Conseil du 15 mai 2006 portant suspension et abrogation sous certaines conditions du règlement (CE) n° 2193/2003 instituant des droits de douane supplémentaires sur les importations de certains produits originaires des États-Unis d'Amérique, *J.O.U.E.*, L 127, 15 mai 2006, p. 1-2

Avis 2006/C 126/07, *J.O.U.E.*, C 126, 30 mai 2006, p. 7

Règlement (CE) n° 409/2007 de la Commission du 16 avril 2007 remplaçant les annexes I et II du règlement (CE) n° 673/2005 du Conseil instituant des droits de douane supplémentaires sur les importations de certains produits originaires des États-Unis d'Amérique, *J.O.U.E.*, L 100, 17 avril 2007, p. 16-19

Règlement (CE) n° 1024/2007 de la Commission du 3 septembre 2007 modifiant le règlement (CE) n° 409/2007 remplaçant les annexes I et II du règlement (CE) n° 673/2005 du Conseil instituant des droits de douane supplémentaires sur les importations de certains produits originaires des États-Unis d'Amérique, *J.O.U.E.*, L 231, 4 septembre 2007, p. 3

Règlement (CE) n° 125/2008 du Conseil du 12 février 2008 modifiant le règlement (CE) n° 3286/94 arrêtant des procédures communautaires en matière de politique commerciale commune en vue d'assurer l'exercice par la Communauté des droits qui lui sont conférés par les règles du commerce international, en particulier celles instituées sous l'égide de l'Organisation mondiale du commerce, *J.O.C.E.*, L 040, 14 février 2008, p. 1-2

Règlement (CE) n° 283/2008 de la Commission du 27 mars 2008 remplaçant l'annexe I du règlement (CE) n° 673/2005 du Conseil instituant des droits de douane supplémentaires sur les importations de certains produits originaires des États-Unis d'Amérique, *J.O.U.E.*, L 86, 28 mars 2008, p. 19-20 et rectificatif, *J.O.U.E.*, L 98, 10 avril 2008, p. 28

Règlement (CE) n° 317/2009 de la Commission du 17 avril 2009 remplaçant l'annexe I du règlement (CE) n° 673/2005 du Conseil instituant des droits de douane supplémentaires sur les importations de certains produits originaires des États-Unis d'Amérique, *J.O.U.E.*, L 100, 18 avril 2009, p. 6-7

Règlement (UE) n° 305/2010 de la Commission du 14 avril 2010 remplaçant les annexes I et II du règlement (CE) n° 673/2005 du Conseil instituant des droits de douane supplémentaires sur les importations de certains produits originaires des États-Unis d'Amérique, *J.O.U.E.*, L 94, 15 avril 2010, p. 15-18

Décision du Conseil du 10 mai 2010 relative à la signature et à l'application provisoire de l'accord de Genève sur le commerce des bananes entre l'Union européenne et le Brésil, la Colombie, le Costa Rica, l'Équateur, le Guatemala, le Honduras, le Mexique, le Nicaragua, le Panama, le Pérou et le Venezuela et d'un accord sur le commerce des bananes entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique, *J.O.U.E.*, L 141, 9 juin 2010, p. 1-2

Accord sur le commerce des bananes entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique, *J.O.U.E.*, L 141, 9 juin 2010, p. 6-7

Règlement d'exécution (UE) n° 311/2011 de la Commission du 31 mars 2011 remplaçant l'annexe I du règlement (CE) n° 673/2005 du Conseil instituant des droits de douane supplémentaires sur les importations de certains produits originaires des États-Unis d'Amérique, *J.O.U.E.*, L 86, 1^{er} avril 2011, p. 51-52

Autres

Loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité, *M.B.*, 11 mai 1999, p. 16264

Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session (23 avril-1^{er} juin et 2 juillet-10 août 2001), A/56/10, *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol. II(2)

Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite – Commentaire général, Annexe à la Résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies du 12 décembre 2001, A/RES/56/83

Loi du 2 août 2002 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, *M.B.*, 7 août 2002, p. 34281

Code de l'eau, *M.B.*, 12 avril 2005, p. 15246, *erratum*, *M.B.*, 21 juin 2005, p. 28356

Fragmentation du droit international : Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, Rapport du groupe d'étude de la Commission du droit international, 58^e session, 2006, A/CN.4/L.682

Ordonnance du 22 janvier 2009 portant organisation de la politique du stationnement et création de l'Agence du stationnement de la Région de Bruxelles-Capitale, *M.B.*, 30 janvier 2009, p. 7287

Décret coordonné de la Communauté française du 26 mars 2009 sur les services de médias audiovisuels, *M.B.*, 24 juillet 2009, p. 50609

Memorandum of Understanding Between the Government of the United States of America and the Government of the Federative Republic of Brazil Regarding a Fund for Technical Assistance and Capacity Building with Respect to the Cotton Dispute in the World Trade Organization, 20 avril 2010, <http://www.state.gov/documents/organization/143669.pdf> (3 avril 2012).

Table des matières

Sommaire	7
Introduction	1
Section 1 Introduction	1
1. Commerce international, droit international et Organisation mondiale du commerce	1
2. Droit économique international, droit de l'OMC, droit de l'Union européenne	2
3. Le droit international et les sanctions	3
Section 2 L'économie, le droit et le rôle de l'OMC	4
4. Les objectifs sociaux du droit et de l'économie	4
5. L'économie et le droit dans leur fonction de maximisation des richesses	5
6. La redistribution comme autre fonction du système juridique	7
7. Le rôle de l'autorité publique et celui du secteur privé	8
8. La position des règles de l'OMC	8
9. Les règles de l'OMC, la redistribution et les questions de justice	11
Section 3 Nature et fonction de la sanction en droit	13
§ 1. La sanction comme condition d'existence de la règle juridique	13
10. Portée de ce paragraphe	13
11. Position de Kelsen : le droit comme ordre de contrainte	14
12. <i>Quid</i> d'une « norme » sans sanction ?	16
13. L'efficacité comme condition du maintien de validité de la norme	17
14. Raisons de mettre en doute la position de Kelsen	18
15. Éléments à retenir de la position de Kelsen	20
16. Une autre conception de la norme : l'aspect interne des règles	21
17. Domaine des règles de droit	22
18. Règles primaires et règles secondaires	23
19. Une sanction est-elle nécessaire à l'existence de la norme ?	24
§ 2. La sanction comme réponse à la violation de la règle juridique	25
20. Introduction	25
21. Pourquoi respecter les règles juridiques ?	25
22. Nature de la sanction : une règle secondaire	27
23. Le fonctionnement de la règle secondaire de sanction	28
24. Exemples et applications	30
25. Sanction et efficacité de la règle	33
26. Sanction et efficience économique	34
27. Sanction et exécution par voie de contrainte	36

§ 3.	Les sanctions en droit international	38
28.	Les sanctions du droit international	38
29.	Position de Hart quant à l'incidence des sanctions sur la qualification des règles du droit international comme des règles juridiques	39
30.	Les sanctions du droit international comme règles secondaires	41
31.	Les voies d'exécution en droit international	42
Section 4	Conception traditionnelle des sanctions dans le droit de l'OMC	44
32.	Les sanctions dans le contentieux de l'OMC – délimitation du sujet	44
33.	Le mécanisme de sanctions du droit de l'OMC	45
34.	Le modèle : contre-mesures et suspension des traités	46
35.	L'objectif des sanctions : rétablissement d'un équilibre ou mise en conformité	47
36.	Problèmes de la conception traditionnelle de la sanction de l'OMC	48
Section 5	Projet de thèse	50
37.	Une conception institutionnelle de l'OMC	50
38.	Une conception institutionnelle des sanctions	52
39.	Perspectives	54
Section 6	Structure de la thèse	54
40.	Plan	54
Partie I – Analyse juridique des sanctions de l'OMC		57
41.	Introduction	57
Chapitre I	Conditions d'ouverture du droit de suspendre des obligations	57
Section 1	Décision de l'ORD	57
42.	Accords visés	57
43.	Résumé de la procédure au fond	58
44.	Décision de l'ORD et écoulement du délai de mise en conformité	61
45.	Recommandations et suggestions	63
Section 2	Inexécution de la décision de l'ORD	66
46.	Inexécution de la décision de l'ORD	66
47.	Contestation portant sur l'(in)exécution	67
48.	L'inexécution de la décision de l'ORD comme fait générateur des sanctions	68
Section 3	Absence d'accord sur une compensation	70
49.	Négociations en vue d'une compensation	70
§ 1.	Caractère temporaire et prospectif	71
50.	La compensation comme solution temporaire	71
51.	Les compensations ne valent que pour l'avenir	72
§ 2.	Compatibilité avec les Accords	73
52.	Une compensation ne peut pas être octroyée en violation des Accords	73

§ 3.	Caractère volontaire	75
53.	Un arrangement entre les parties...	75
54.	... sans effet transactionnel	76
55.	Incidence de la possibilité de convenir de compensations sur la question de l'invocabilité des décisions de l'ORD devant la C.J.U.E.	77
56.	Conclusion du chapitre I : la suspension d'obligations comme ultime remède	79
Chapitre II	Procédure	79
57.	Introduction	79
Section 1	Autorisation de l'ORD	80
58.	Introduction	80
§ 1.	Principe	80
59.	Obligation d'obtenir une autorisation préalable de l'ORD	80
§ 2.	Conditions de régularité de la demande	81
60.	Qualité du demandeur	81
61.	Autorité compétente	82
62.	Indications contenues dans la demande	82
63.	Liste de produits visés à fournir avant l'arbitrage	84
64.	Liste de produits visés à fournir après l'arbitrage	85
§ 3.	Délais	87
65.	Délai pour le dépôt de la demande de suspension	87
66.	Application du consensus inversé même après le délai de trente jours	88
67.	Délai applicable à la procédure arbitrale	90
68.	Délai pour une seconde demande d'autorisation	91
§ 4.	Incidence de l'existence d'une contestation relative à la conformité	91
1.	Le problème de la chronologie	91
69.	Introduction	91
70.	Procédure de contestation de la mise en conformité	91
71.	Contestation du montant des sanctions	92
72.	Lien entre ces deux procédures	92
2.	Jurisprudence	93
73.	Le premier cas : l'affaire <i>Bananes III</i>	93
74.	Décision du groupe spécial <i>États-Unis – Certains produits en provenance des CE</i>	95
3.	Appréciation et solutions	96
75.	Opinion générale : la constatation de la non-conformité précède la sanction	96
76.	Insuffisances de la solution jurisprudentielle	97
77.	Solutions pragmatiques	98
78.	Interprétation des Accords conforme à la solution pragmatique	101

Section 2	Arbitrage	102
	79. Introduction	102
§ 1.	Nécessité d'une sentence préalable à la suspension d'obligations	102
	80. En cas de contestation, l'arbitre doit statuer avant la décision de l'ORD	102
§ 2.	Choix de l'arbitre	102
	81. Désignation de l'arbitre	102
§ 3.	Pouvoirs de l'arbitre	103
	82. Pouvoir de juridiction de l'arbitre	103
	83. Marge de manœuvre et liberté d'appréciation en ce qui concerne le montant	104
	84. Pouvoirs de l'arbitre en ce qui concerne le choix du type de sanctions	105
	85. Suggestions de l'arbitre	107
§ 4.	Parties à l'arbitrage	108
	86. Parties au principal	108
	87. Tierces parties	109
§ 5.	Procédure arbitrale	109
	88. Demande d'arbitrage	109
	89. Comparaison avec la saisine du groupe spécial	110
	90. Effets de la décision de l'arbitre	112
§ 6.	Charge de la preuve	113
	91. Règles de preuve générales	113
	92. Règles de preuve en matière de subventions	115
Section 3	Décision de droit interne	116
	93. Les sanctions nécessitent une décision interne du plaignant	116
Section 4	Surveillance par l'ORD	117
	94. L'ORD exerce une surveillance continue sur le différend	117
	95. Conclusion du chapitre II	117
Chapitre III	Caractéristiques des sanctions	118
	96. Introduction	118
Section 1	Choix des obligations suspendues	119
	97. Introduction	119
§ 1.	Principe	119
	98. Choix du plaignant	119
	99. Concessions ou obligations ?	119
§ 2.	Limites et interdictions	120
	100. Plan	120
1.	Limitations générales et procédurales	120
	101. Éléments à prendre en considération	120

102.	Procédure	122
2.	L'autorisation des sanctions croisées	122
103.	Principe de la cascade	122
104.	Des sanctions simples ne sont pas « possibles » ou « efficaces »	124
105.	Signification du terme « possible »	125
106.	Signification du terme « efficace »	128
107.	Circonstances suffisamment graves	129
108.	Spécificité de la suspension d'obligations de l'AGCS	132
109.	Spécificités de la suspension d'obligations de l'Accord ADPIC	134
110.	Invocation du droit interne	139
111.	Violations dans plusieurs secteurs	140
112.	Cumul des sanctions simples et des sanctions croisées	141
113.	Sanctions croisées dans le système de l'OMC	142
114.	Dérogation dans les Accords particuliers	143
3.	Protection institutionnelle	144
115.	Interdiction de compenser des sanctions et des violations, ou des sanctions entre elles	144
116.	Suspension d'obligations institutionnelles	144
4.	Sanctions carrousel	147
117.	Notion de sanctions carrousel	147
118.	Arguments pour et contre les sanctions carrousel et propositions <i>de lege ferenda</i>	147
§ 3.	Pratique des États	150
119.	Demande d'autorisation : formule classique	150
120.	Demandes d'autorisation originales	151
121.	Les sanctions dans la pratique de l'Union européenne	153
122.	La loi brésilienne destinée à mettre en œuvre une (éventuelle) suspension des ADPIC	156
Section 2	Niveau de la suspension	157
123.	Introduction	157
§ 1.	Principe d'équivalence	158
124.	Équivalence des sanctions à la réduction des avantages	158
§ 2.	Calcul de la réduction ou de l'annulation des avantages	160
1.	Principe	160
125.	Principe : l'effet sur le volume du commerce	160
126.	Dérogations	161
2.	Présomption d'une réduction des avantages	163

127.	La présomption de réduction des avantages et son effet au stade des sanctions	163
128.	Approche pratique	165
3.	Calcul de la réduction des avantages	166
129.	Détermination du contrefactuel – situation hypothétique de conformité	166
130.	Détermination du contrefactuel – valeur des échanges commerciaux	171
131.	Principes dégagés par la jurisprudence	172
132.	Date prise en compte pour le calcul	173
133.	Causalité	175
§ 3.	Calcul de l'incidence commerciale de la suspension d'obligations	177
134.	Principe : l'effet sur le volume du commerce	177
135.	Attitude des arbitres	177
136.	Sanctions sous forme d'un droit de douane	179
137.	Sanctions autres qu'une augmentation des droits de douane	181
§ 4.	Dommage indirect et dommage sur d'autres membres	182
138.	Effets de la violation sur le commerce entre le plaignant et les tiers	182
139.	Effet de refroidissement	183
140.	Effets de la violation sur le commerce entre le défendeur et les tiers	184
§ 5.	Modification du niveau de la suspension	185
141.	Adaptation et variabilité du montant des sanctions	185
142.	Critiques de la variabilité	186
§ 6.	Particularités des sanctions en matière de subventions	188
1.	« Contre-mesures »	188
143.	Contre-mesures comme suspension d'obligations dans le cadre de l'Accord SMC	188
2.	Contre-mesures « appropriées »	188
144.	Texte des Accords	188
145.	Un critère spécifique aux subventions prohibées	189
146.	Un critère plus souple que celui de l'équivalence	192
147.	Un critère plus sévère que celui de l'équivalence	194
148.	Présence de plusieurs plaignants	196
3.	Contre-mesures « proportionnelles »	198
149.	Proportionnalité des sanctions en matière de subventions non prohibées	198
150.	Subventions accordées par des pays en voie de développement	201
4.	Jurisprudence arbitrale	201
151.	Jurisprudence en matière de subventions	201
152.	Les différends relatifs aux aéronefs régionaux	202
153.	Le différend du <i>Coton upland</i>	204

154.	Utilisation d'un modèle	205
5.	Critiques de la jurisprudence	206
155.	Opinions favorables à une stricte équivalence	206
156.	Large pouvoir d'appréciation des arbitres	207
157.	Discrimination entre les subventions et les autres règles	209
§ 7.	Particularités des sanctions lorsqu'est en cause un membre en voie de développement	210
158.	Dispositions favorables aux pays en voie de développement lorsqu'ils demandent des sanctions	210
159.	Disposition favorable aux membres moins avancés qui sont défendeurs	210
Section 3	Durée de la suspension	211
§ 1.	Début de la suspension	211
160.	Les sanctions ne peuvent pas être mises en œuvre avant l'autorisation de l'ORD	211
§ 2.	Fin de la suspension	212
161.	L'article 22.8 MRD et l'affaire du <i>Maintien de la suspension</i>	212
162.	Les sanctions doivent cesser dès la mise en conformité	215
163.	Contestation quant à la réalisation des conditions résolutoires	216
164.	Conclusion du chapitre III	220
165.	Conclusion de la partie I	221
Partie II – Fondements traditionnels du système de sanctions de l'OMC et leurs insuffisances		223
166.	Introduction	223
Chapitre I	Fondements traditionnels des sanctions	224
167.	Introduction	224
Section 1	Les sanctions et le droit international	224
§ 1.	Le système du droit international et l'insertion de l'OMC en son sein	224
168.	Introduction	224
1.	Le système du droit international	225
169.	Le principe de la souveraineté de l'État	225
170.	La souveraineté n'implique pas une liberté illimitée	227
171.	Les règles de base du droit international	229
172.	Le droit international est englobant	230
173.	Le statut des personnes privées en droit international	231
2.	La fonction des traités de commerce	232
174.	Les coûts et les risques liés au commerce international et leur réduction comme fonction des traités de commerce	232
175.	La justice comme autre justification des traités de commerce	236

176.	La paix internationale comme troisième justification des traités de commerce ? _____	236
3.	La place de l'OMC dans le droit international _____	239
i.	Le droit de l'OMC fait partie du droit international _____	239
177.	Juridicité des Accords de l'OMC _____	239
178.	Conséquences de l'insertion dans le droit international _____	241
ii.	Le droit de l'OMC est un sous-système du droit international _____	243
179.	Introduction _____	243
180.	<i>Self-contained regime</i> _____	243
181.	Sous-systèmes du droit international _____	245
182.	Imbrication des sous-systèmes au sein du droit international _____	247
183.	Application : l'OMC est un tel sous-système _____	248
184.	Conclusion du § 1 _____	250
§ 2.	Fondement des sanctions de l'OMC en droit international _____	251
185.	Introduction _____	251
1.	Les sanctions de l'OMC et les principes du droit international _____	251
186.	Caractère interétatique des sanctions _____	251
187.	Une mise en œuvre possible sans contrainte directe _____	251
188.	L'égalité formelle dans la souveraineté _____	252
189.	Commerce international et contrats commerciaux _____	253
190.	Un droit d'ordre privé _____	254
191.	Des obligations bilatérales _____	254
192.	La réciprocité et l'exception d'inexécution comme sanction _____	256
2.	Les sanctions de l'OMC et les sanctions du droit international _____	256
193.	L'insertion des sanctions dans le droit international général _____	256
194.	L'interdiction du recours à la force _____	257
195.	Règles du droit de la responsabilité et du droit des traités _____	258
i.	Sanctions de l'OMC et droit de la responsabilité internationale _____	260
196.	Introduction _____	260
197.	Le fait générateur de la responsabilité _____	261
198.	Les conséquences de la responsabilité _____	263
199.	La mise en œuvre de la responsabilité _____	265
200.	Qualification de rétorsions ou de contre-mesures _____	266
ii.	Sanctions de l'OMC et droit des traités _____	268
201.	Introduction _____	268
202.	Sanction contractuelle de la violation du traité _____	268
203.	Comparaison avec le droit de l'OMC _____	269
204.	Conclusion de la section 1 _____	271

Section 2	Les sanctions et le libre-échange	271
205.	Introduction	271
§ 1.	La théorie économique du libre-échange	272
206.	La source des échanges internationaux : les avantages comparatifs	272
207.	Origine des avantages comparatifs dans la théorie classique	274
208.	Nouvelle théorie du commerce international	275
209.	L'optimalité du libre-échange dans la théorie classique	277
210.	Tempéraments à l'optimalité du libre-échange	278
§ 2.	La réalisation du libre-échange par l'OMC	281
211.	Libre-échange et traités internationaux	281
212.	Principales règles de l'OMC imposant la libéralisation du commerce	282
213.	Exceptions : certaines règles de l'OMC n'imposent pas directement le libre-échange	283
214.	Justifications économiques des traités de libéralisation du commerce selon K. Bagwell et R. Staiger	284
§ 3.	Le fondement des sanctions dans la théorie du libre-échange	286
215.	Rapports ambigus entre sanctions et libre-échange	286
1.	Sanctions comme garantes de la coopération dans une analyse de théorie des jeux	287
216.	Jeux répétés et <i>tit-for-tat</i>	287
217.	L'application du droit de l'OMC est un jeu non coopératif et répété	288
218.	Les sanctions favorisent le maintien de la coopération entre les États	290
2.	Sanctions comme mécanisme d'adaptation (<i>efficient breach</i> , <i>rebalancing</i>)	291
219.	<i>Efficient breach</i> dans l'analyse économique du droit	291
220.	Les sanctions de l'OMC comme <i>efficient breach</i>	292
221.	Conclusion du chapitre I	295
Chapitre II	Problèmes et insuffisances des fondements traditionnels des sanctions	295
222.	Introduction	295
Section 1	Les théories économique et juridique et leur rapport à la réalité	296
223.	Introduction. Simplifier la réalité pour mieux la comprendre	296
§ 1.	La séparation des disciplines donne une vision tronquée de la réalité	298
224.	L'articulation du juridique, du politique et de l'économique	298
225.	L'importance relative du commerce dans la mondialisation	300
226.	La réputation des États	300
227.	La conception politique de la souveraineté	304
228.	Les avantages comparatifs sont plus créés que naturels	306
§ 2.	L'analyse économique repose sur des présupposés	308
229.	Introduction	308
230.	L'inexistence du plein emploi	308

231.	Les doutes sur l'optimalité du libre-échange _____	309
232.	Les marchandises et les autres domaines visés par le droit de l'OMC ____	311
233.	Conséquence : si le libre-échange n'est pas toujours optimal, que penser du droit de l'OMC et des sanctions ? _____	312
§ 3.	Les concepts comme simplification de la réalité : les exemples des préférences et du libre-échange _____	313
1.	Les préférences _____	313
234.	Les préférences dans le modèle classique _____	313
235.	Le problème des titulaires des préférences et son incidence sur celles-ci _	314
236.	Les préférences étrangères à la richesse et l'engagement _____	316
237.	La difficulté d'agréger des préférences individuelles et les problèmes de répartition _____	319
238.	Chacun est porteur de plusieurs types d'intérêts simultanément _____	320
2.	Le libre-échange et les sanctions _____	321
239.	Les rapports complexes entre l'OMC et le libre-échange _____	321
240.	Application : la contestation de la théorie économique dominante par W. Ethier _____	322
241.	Contrefactuel pour déterminer le montant des sanctions _____	324
242.	Limites et configuration des sanctions au regard du modèle <i>tit-for-tat</i> ____	325
243.	Principe d'équivalence _____	326
244.	Conclusion de la section 1 _____	328
Section 2	L'analyse centrée sur l'État _____	329
245.	Personnalité juridique des États et individualisme méthodologique ____	329
246.	Conséquences de cette incohérence _____	330
§ 1.	L'incidence de la gouvernance et des modes de décision _____	331
247.	Introduction _____	331
248.	L'incidence des mécanismes de gouvernance et de leurs imperfections ____	332
249.	Lobbys et groupes de pression _____	333
250.	L'OMC et les groupes de pression _____	335
251.	Une reconnaissance du rôle des acteurs privés. Le règlement sur les obstacles au commerce _____	337
252.	Le rôle de l'Organisation _____	339
§ 2.	Difficulté du rattachement des personnes, des biens et des entreprises à seul État ____	340
253.	Introduction _____	340
254.	Rattachement des personnes physiques _____	340
255.	Rattachement étatique des entreprises : l'exemple des sociétés transnationales _____	342
256.	Rattachement étatique des biens du commerce international _____	345

	257. « État » et « international » en droit et en économie	346
	258. Conclusion de la section 2	350
Section 3	Mauvaise prise en compte de l'écoulement du temps	351
	259. Introduction	351
§ 1.	Épaisseur du temps	351
	260. Épaisseur du temps vs instantanéité du changement en droit économique international	351
	261. Épaisseur du temps pour le règlement des différends et dans les sanctions	352
	262. Le temps permet de réconcilier partiellement sanctions et libre-échange	354
	263. Continuité du temps	355
§ 2.	L'évolution du droit économique international	357
	264. La situation actuelle résulte d'un passé	357
	265. Où va-t-on ? L'utilité d'une vision de l'avenir	358
	266. Conclusion de la section 3	358
Section 4	Mauvaise prise en compte des aspects de justice dans le fonctionnement des sanctions	359
	267. Introduction	359
§ 1.	Les sanctions pour les petits et pour les grands pays	360
	268. L'égalité formelle des États face à la diversité de leurs situations économiques	360
	269. Inégalités dans la procédure de règlement des différends	360
	270. Effets des sanctions sur les grands et les petits pays	361
	271. Analyse bilatérale et par produits des effets des sanctions	366
§ 2.	Effets des sanctions sur les personnes privées	368
	272. Position du problème	368
	273. Les bénéficiaires de la violation et les victimes des sanctions	369
	274. L'illusion des mécanismes internes de redistribution	372
	275. L'impossibilité d'une redistribution indirecte	375
	276. Conclusion de la section 4	377
Section 5	La réciprocité	378
	277. Introduction	378
	278. Modèle de la réciprocité	378
	279. Réciprocité comme principe juridique ?	379
	280. Réciprocité comme justification économique ?	381
	281. Réciprocité comme discours politique	384
	282. Réciprocité, États et opérateurs économiques privés	386
	283. Réciprocité et écoulement du temps	386
	284. Conclusion du chapitre II	387

285.	Conclusion de la partie II	388
Partie III – Perspective institutionnelle des sanctions de l'OMC		389
286.	Introduction	389
Chapitre I	Institutionnalisation du droit du commerce international	390
287.	Introduction	390
Section 1	Le phénomène de l'institutionnalisation	391
§ 1.	Méthode utilisée pour définir l'institution, et ses conséquences	391
288.	Méthode du faisceau d'indices	391
289.	Description de l'institution et du contrat	392
290.	L'opposition entre contrat et institution doit être relativisée	392
291.	Une définition de l'institution, pas une étude du contrat en droit civil	394
292.	Description d'une évolution et de son résultat	395
§ 2.	Notion d'institution	397
293.	Les institutionnalistes et leur description de l'institution	397
294.	Caractères de l'institution	401
295.	Institutionnalisation dans le domaine international	403
296.	Institutionnalisation et constitutionnalisation	405
§ 3.	Institutionnalisation des relations économiques internationales, spécialement du GATT et de l'OMC	406
297.	Introduction	406
298.	Idée d'œuvre	406
299.	Durée	408
300.	Nombre des parties et multilatéralisme	409
301.	Personnalité et organes	409
302.	Décisions de l'Organisation	411
303.	Unanimité et consensus	415
304.	Autres affaiblissements de l'unanimité	417
305.	Objectivité (droit réel)	418
306.	Implication des tiers dans le fonctionnement général de l'Organisation	421
307.	Implication des tiers dans le règlement des différends	422
308.	Implication des tiers et la question de l'effet direct du droit de l'OMC	426
§ 4.	L'analyse institutionnelle et le débat sur le caractère bilatéral ou collectif des obligations du droit de l'OMC	429
309.	Présentation du débat sur la « nature » des obligations de l'OMC	429
310.	Lien entre ce débat et la question de l'institutionnalisation	431
311.	Les règles de l'OMC sont au service d'un intérêt collectif	432
312.	Le débat dans une perspective diachronique : les nouvelles obligations sont plutôt des obligations collectives	435

313.	Le « bilatéralisme » du règlement des différends ne s'oppose pas à l'idée d'obligations collectives	438
314.	Plus généralement, le mécanisme de règlement des différends est fortement institutionnalisé	441
§ 5.	Institutionnalisation et réciprocité	444
315.	Aperçu	444
316.	Nation la plus favorisée	445
317.	Multilatéralisme	446
318.	Techniques de réduction des taux consolidés	447
319.	Inclusion des « règles »	448
320.	Liens entre réciprocité diffuse et institutionnalisation	449
321.	Conclusion de la section 1	450
Section 2	Fonctions de l'institution	451
322.	Introduction	451
§ 1.	Garantie de sécurité	452
323.	La sécurité est une condition du commerce	452
324.	Les États comme garants de la sécurité du commerce, mais aussi comme source d'un risque	453
325.	Fonction de l'institution pour garantir la sécurité du commerce international	454
326.	Le rôle de l'OMC pour garantir la sécurité du commerce	455
§ 2.	Mécanisme d'adaptation	457
327.	Adaptabilité des règles comme condition du commerce	457
328.	Fonction de l'institution en termes d'adaptabilité	457
329.	Rôle de l'OMC pour adapter les règles dans la durée	458
§ 3.	Possibilité d'ouverture aux acteurs privés	459
330.	Les acteurs privés participent à l'élaboration du droit économique	459
331.	L'incidence du droit de l'OMC sur les acteurs privés	460
332.	Les acteurs privés s'intéressent à l'OMC et celle-ci s'ouvre à leur participation	461
333.	Conclusion du chapitre I	464
Chapitre II	Institutionnalisation du règlement des différends de l'OMC	465
334.	Introduction	465
335.	Plan du chapitre II	467
Section 1	Différends et juridictions	467
336.	Introduction. Position et intérêt de la question	467
§ 1.	Qu'est-ce qu'un différend et qu'est-ce que le régler ?	469
1.	Notion de différend	469

337.	Conflits et litiges en général	469
338.	Différend en droit international	472
339.	Différend en droit de l'OMC	473
2.	Régler le différend	474
340.	Règlement des différends en droit de l'OMC	474
341.	Diversité des techniques de règlement des différends	476
342.	Juge et arbitre	477
343.	« Processus juridictionnel obligatoire »	479
344.	Cohérence et unicité du processus obligatoire	481
§ 2.	Critères de la diplomatie et de la juridiction	482
1.	Règlement diplomatique des différends	482
345.	Règles générales de la diplomatie	482
346.	Adjuvants	483
2.	Règlement juridictionnel des différends	484
347.	Les critères proposés pour identifier la juridiction	484
348.	Critère organique	487
349.	Critère matériel	489
350.	Critère procédural	490
351.	Autorité de la chose jugée	490
352.	Autorité de la chose jugée des décisions internationales	492
353.	Conclusion de la section 1	494
Section 2	La nature du règlement des différends de l'OMC	495
354.	Introduction	495
§ 1.	Évolution historique	495
355.	Juridictionnalisation. Introduction	495
1.	Règlement des différends sous le GATT	496
356.	Introduction	496
i.	Demande de consultations	497
357.	Un mode primitif de règlement des différends	497
358.	Intervention d'un tiers	497
ii.	Examen par un groupe spécial	498
359.	Évolution dans la composition du groupe spécial	498
360.	Mission du groupe spécial et procédure	500
361.	Limite résultant de la règle du consensus applicable à la prise de décision par les PARTIES CONTRACTANTES	501
iii.	Décision des PARTIES CONTRACTANTES	502
362.	Rapport du groupe spécial et son adoption	502
iv.	Mise en œuvre	505

363.	Exécution et contrainte	505
364.	Conditions	505
v.	Synthèse provisoire	508
365.	Image contrastée du règlement des différends	508
2.	Principales nouveautés de l'Accord de Marrakech	509
366.	Introduction	509
367.	Le consensus inversé automatise la procédure	511
368.	Les rapports des groupes spéciaux sont susceptibles d'appel	512
369.	La procédure est soumise à des délais stricts	513
§ 2.	Le règlement des différends de l'OMC est-il juridictionnel ?	514
370.	Introduction	514
371.	La matière	515
372.	La procédure	519
373.	Les organes et le rôle de l'ORD	522
374.	Autorité de la chose jugée dans le Mémoire d'accord	527
375.	Autorité de la chose jugée dans la jurisprudence	528
376.	Contexte historique	532
377.	Contexte juridico-politique	534
378.	Place de la diplomatie	534
§ 3.	Judiciaire ou arbitrage ?	537
379.	Distinction théorique entre le règlement judiciaire des différends et l'arbitrage	537
380.	Choix du juge et saisine	538
381.	Indices tirés de l'organisation de la procédure	540
382.	Caractère obligatoire <i>per se</i> des décisions	541
383.	Caractère institutionnel des quatre procédures du « processus juridictionnel obligatoire »	541
384.	Conclusion de la section 2	543
Section 3	Prolongements de l'institutionnalisation du règlement des différends	544
385.	Introduction	544
§ 1.	La juridictionnalisation du règlement des différends favorise la juridicisation des relations commerciales internationales	544
386.	Lien entre l'évolution du règlement des différends et la juridicisation	544
387.	Critères de la juridicisation	545
388.	Situation du GATT	547
389.	Modifications apportées par l'Accord de Marrakech	548
390.	Facteurs	551
391.	Subsistance d'éléments de puissance	552

§ 2.	L'institutionnalisation du règlement des différends est un élément de l'institutionnalisation du droit du commerce international	553
392.	Introduction	553
393.	Un organe qui exprime la voix de l'Organisation	553
394.	Un pouvoir dont les décisions s'imposent aux États	554
395.	Un vecteur du projet institutionnel	555
396.	Conclusion du chapitre II	557
Chapitre III	Institutionnalisation des sanctions de l'OMC	558
397.	Introduction	558
Section 1	Le phénomène de l'institutionnalisation des sanctions	559
§ 1.	Sanctions de l'OMC comme régime distinct du droit international général	559
398.	Introduction	559
399.	Sanctions de l'OMC comme <i>lex specialis</i>	559
400.	Dispositions relatives à l'interaction des règles de sanction	561
401.	Historique	562
402.	Jurisprudence	564
403.	Réfutation des objections	567
404.	Inspiration du système de sanctions	572
405.	Inutilité pratique du droit international général dans l'application des sanctions	573
§ 2.	Caractère institutionnel du régime de sanctions	575
406.	Fonctions de l'exception d'inexécution en droit privé	575
407.	Suspension d'obligations dans le GATT de 1947	578
408.	Signification de la suspension d'obligations dans un contexte institutionnalisé	579
409.	Juridictionnalisation, juridicisation et sanctions	581
410.	Objectif de respect des règles (<i>compliance</i>)	582
411.	La pratique des États qui sanctionnent confirme qu'ils recherchent la mise en conformité	585
412.	Détermination des obligations suspendues	587
413.	Autres éléments institutionnels	587
414.	Principaux éléments contractuels	588
415.	Conclusion de la section 1	590
Section 2	Rôle des sanctions dans la perspective institutionnelle	590
416.	Introduction	590
417.	Survie de l'institution	590
418.	Affirmation du pouvoir de l'institution	594
419.	Multilatéralisme, légitimité et sanctions	597

420.	Propositions de sanctions plus institutionnelles _____	598
421.	Adaptation des obligations _____	600
422.	Conclusion du chapitre III _____	601
423.	Conclusion de la partie III _____	602
Conclusion	_____	605
424.	Introduction _____	605
425.	Les sanctions en droit _____	605
426.	Comment fonctionnent les sanctions de l'OMC ? _____	606
427.	Comment explique-t-on ce système de sanctions dans la littérature juridique et économique ? _____	608
428.	Quelles sont les lacunes de ces explications traditionnelles ? _____	609
429.	Comment une conception institutionnelle de l'OMC complète-t-elle l'explication traditionnelle des sanctions ? _____	611
430.	Suite. La conception institutionnelle des sanctions _____	613
431.	Autres conséquences de la conception institutionnelle de l'OMC _____	613
432.	L'institutionnalisation dans des perspectives plus larges _____	615
Affaires citées par leur titre abrégé	_____	617
Bibliographie	_____	621
Table des matières	_____	659

