

Alberto Alemanno
Tiziano Balmelli
Pritam Banerjee
Maxime Baudouin
Yves Bonzon
Christopher Bruner
Julien Chaisse
Debashis Chakraborty
Henri Culot
Panagiotis Delimatsis
Aadebukola Eleso
Lukasz Gruszczynski
Mathieu Guennec

Samira Guennif
Philippe Gugler
Marc Iynedjian
Rafael Leal-Arcas
Pauline Lièvre
Yenkong Ngangjoh Hodu
Marion Panizzon
Ravindra Pratap
KD Raju
Els Reynaers Kini
Dipankar Sengupta
Ioana Tudor
Andreas R. Ziegler

Essays on the Future of the WTO - II
Chaisse / Balmelli

Essays on the Future of the World Trade Organization

Volume II

The WTO Judicial System:
Contributions and Challenges

Edited by

Julien Chaisse
Tiziano Balmelli

Edis

ISBN 2-940341-09-5

Edis

To order this publication

To order this publication please contact **directly** the publisher, Editions Edis, by indicating your contact details via e-mail to the following address: **orders@editions-edis.ch**

If ordered directly from the publisher, the price of the present publication is the following :

Volume 1 only:

CHF 85.- / EUR 53.- / USD 76.- (+ post expenses)

Volume 2 only:

CHF 69.- / EUR 42.- / USD 62.- (+ post expenses)

Volume 1 and 2 together:

CHF 144.- / EUR 89.- / USD 129.- (+ post expenses)

If you prefer to contact a bookshop, **please note** that the latter may request a commission fee.

Please visit our website to access the complete list of our publications:

www.editions-edis.ch

Essays on the Future of the World Trade Organization

Volume II

The WTO Judicial System:
Contributions and Challenges

Edited by

JULIEN CHAISSE
TIZIANO BALMELLI

Editions interuniversitaires suisses – Edis

2008

Couverture de Letissia Perrin (Lausanne)
letissia@hotmail.com

© Editions interuniversitaires suisses – Edis
Série Argent, n° 6
Genève / Lugano / Bruxelles 2008
www.editions-edis.ch

ISBN 2-940341-09-5

Table of Contents

Editors' and Authors' Profiles.....	XIII
Abstracts	XIX

Volume I **Policies and Legal Issues**

TIZIANO BALMELLI / JULIEN CHAISSE	
<i>Editors' Introduction:</i>	
<i>The Future of the World Trade Organization and the Changing Structure of the International Legal System</i>	<i>1</i>
DEBASHIS CHAKRABORTY / PRITAM BANERJEE / DIPANKAR SENGUPTA	
<i>Can IBSAC emerge as a Major Bargaining Coalition at WTO Negotiations?</i>	<i>27</i>
MAXIME BAUDOUIN	
<i>Les négociations agricoles à l'OMC: quel cadre multilatéral pour les agricultures mondiales?.....</i>	<i>55</i>
RAFAEL LEAL-ARCAS	
<i>A Look at Services Trade: Implications of the Doha Talks Suspension and Resumption</i>	<i>101</i>
PHILIPPE GUGLER / JULIEN CHAISSE	
<i>Foreign Investment Issues and WTO Law – Dealing with Fragmentation while waiting for a Multilateral Framework.....</i>	<i>137</i>
IOANA TUDOR	
<i>Droit de l'OMC et droit de l'investissement: regards croisés</i>	<i>173</i>
ANDREAS R. ZIEGLER / YVES BONZON	
<i>How to reform WTO decision-making?.....</i>	<i>211</i>

SAMIRA GUENNIF	
<i>Protection du brevet et promotion de la santé publique.....</i>	235
MATHIEU GUENNEC	
<i>Les télécommunications dans le cadre de l'OMC: bilan et perspectives</i>	269
DEBASHIS CHAKRABORTY / KD RAJU / JULIEN CHAISSE	
<i>Anti-Dumping Measures in the Context of Global Competition: Amending a Core Agreement of the WTO</i>	305
ELS REYNAERS KINI	
<i>The Status of the Precautionary Principle in Public International Law.....</i>	335
CHRISTOPHER M. BRUNER	
<i>UNESCO, the WTO, and Trade in Cultural Products.....</i>	381

Volume II

The WTO Judicial System: Contributions and Challenges

MARION PANIZZON	
<i>Good Faith, Fairness and Due Process in WTO Dispute Settlement Practice: Overcoming the Positivism of International Trade Law.....</i>	1
YENKONG NGANGJOH HODU	
<i>The Universe of State Responsibility in the WTO Dispute Settlement System.....</i>	55
LUKASZ GRUSZCZYNSKI	
<i>SPS Measures Adopted in Case of Insufficiency of Scientific Evidence</i>	91
PANAGIOTIS DELIMATIS / PAULINE LIEVRE	
<i>La convergence des critères d'examen dans le cadre du GATT et de l'AGCS: Les notions de restrictions et de limitations quantitatives, et l'utilisation des moyens de défense affirmatifs.....</i>	141
RAVINDRA PRATAP	
<i>Reforming the DSU: An Indian View</i>	189

MARC IYNEDJIAN	
<i>Repeal of the WTO Appeal Process?.....</i>	<i>213</i>
ALBERTO ALEMANNO	
<i>Private Parties and WTO Dispute Settlement System</i>	<i>245</i>
HENRI CULOT	
<i>Une injustice des sanctions de l'OMC.....</i>	<i>283</i>
ADEBUKOLA A. ELESO	
<i>WTO Dispute Settlement Remedies: Monetary Compensation as an Alternative for Developing Countries</i>	<i>309</i>

Editors' and Authors' Profiles

Editors' Profiles

Tiziano BALMELLI holds a PhD in Law (Université de Fribourg) and a Master of Arts in European Political and Administrative Studies (College of Europe, Bruges). He worked in the academic field from 1996 to 2001. In 2002, he entered the Diplomatic Service of the Swiss Federal Department of Foreign Affairs. As a diplomat, he has been posted in India from 2002 to 2003 and has then served from 2004 to 2007 in the Directorate of International Law, as Deputy Head of the Service for the Development of International Law and personal collaborator of the Deputy Legal Advisor of the Ministry. Besides the diplomatic career, he is currently lecturing on international law at the University of Fribourg. Contact: tiziano.balmelli@unifr.ch.

Julien CHAISSE holds a PhD in Law (Université d'Aix-Marseille III). He is Alternate Leader of NCCR-IP11 and a Research Fellow of the World Trade Institute since 2007. He coordinates the multilateral rules on investment project of the National Center on Competence in Research Trade Regulation (NCCR). He was Visiting Professor at the International Law Institute of Wuhan University in China, where he taught WTO law and European Union law (Winter Semester 2007/2008). Before joining the World Trade Institute, he taught Public International Law at the Institut d'Etudes Politiques of Aix-en-Provence (2004/2006). His previous experience includes two years in India, where he worked for the French Ministry of Foreign Affairs, as Scientific Secretary at the Centre de Sciences Humaines of New Delhi (2003/2004). His research interests include foreign trade and foreign direct investments, international business law, investment law, WTO law and the central question of its enforcement by its Members (Online Berkeley Press Selected Works available at http://works.bepress.com/julien_chaisse). Contact: World Trade Institute, Berne, Switzerland, julien.chaisse@wti.org.

Authors' Profiles

Alberto ALEMANN is a Legal Secretary at the European Court of Justice in Luxembourg. He is a member of the New York bar and sits in the Executive Committee of the Society for Risk Analysis Europe. He teaches and publishes in the areas of EC and International Trade Law. He read law at the University of Torino, Italy and holds LL.M. degrees from the College of Europe and Harvard Law School. He has been awarded a PhD from Bocconi University in 2005.

Pritam BANERJEE is currently a doctoral student at the School of Public Policy, George Mason University. He has a M.A. in Economics from Centre for International Trade and Development (CITD), Jawaharlal Nehru University (JNU), New Delhi. He has worked as a Consultant for the World Bank and was formerly employed with the Confederation of Indian Industry (CII) as their Trade Policy Analyst. His research interests include trade in services, trade facilitation and transaction costs, and human resources arbitrage. Contact: prit.banerjee@gmail.com.

Maxime BAUDOUIN est avocat au bureau de Bruxelles du cabinet Gide Loyrette Nouel. Il est spécialisé en droit communautaire et en droit du commerce international (OMC), en particulier sur les questions liées à l'agriculture et à l'alimentation.

Yves BONZON is a doctoral candidate at the University of Lausanne (Switzerland) and currently a Visiting Researcher at the Georgetown University Law Center in Washington DC. His research focuses on the regulation of non-state actors' participation in WTO decision-making procedures.

Christopher M. BRUNER is an Assistant Professor at Texas Tech University School of Law, and has previously been a Visiting Assistant Professor at Boston University School of Law. He has written in a number of areas – including international trade and investment, corporate law, securities regulation, European Union law, and the global economy – and his articles have appeared in both law and policy journals.

Debashis CHAKRABORTY is currently Assistant Professor of Economics at the Indian Institute of Foreign Trade, New Delhi. Debashis has been educated at University of Calcutta and Centre for International Trade and Development, Jawaharlal Nehru University (JNU), New Delhi. His areas of interest include international trade policy, WTO and Indian economic development, and he has presented his research at various academic and policy fo-

runs in India and abroad. Debashis has published his research in several national and international refereed journals. Contact: debchakra@gmail.com.

Henri CULOT est assistant à l'Université catholique de Louvain, où il enseigne le droit commercial. Il y poursuit également des recherches en droit économique international. Il exerce par ailleurs la profession d'avocat au barreau de Bruxelles.

Panagiotis DELIMATIS est Senior Research Fellow auprès du World Trade Institute de Berne. Il est titulaire d'un doctorat en droit de l'Université de Neuchâtel et d'un Master en droit européen de l'Institut de droit européen de Saarbrücken. Auteur du livre "International Trade in Services and Domestic Regulations – Necessity, Transparency, and Regulatory Diversity" publié par Oxford University Press, il a travaillé auprès de l'Organe d'Appel de l'OMC et de la CNUCED. Il a aussi exercé la profession d'avocat en Grèce.

Adebukola A. ELESO completed her first degree in law in Nigeria after which she obtained an LL.M. in International Trade & Investments from the University of Pretoria on a World Bank Scholarship. She has since worked in the Legal Vice Presidency of the World Bank, and currently practices corporate and finance law in the law firm of Templars in Lagos.

Lukasz GRUSZCZYNSKI is a graduate from Jagiellonian University in Krakow (Mag. Jur. with merit). He completed LL.M. program in International Business Law at the Central European University in Budapest. He worked as a junior associate at the Banking and Insurance Department of international law firm Lovells (Warsaw). Currently, he is enrolled at the Law Department of the European University Institute in Florence as a PhD Candidate. His research concerns the problem of national risk regulation in the context of WTO Law (working title: "Regulating Risks to Human Health. WTO Law Perspective"). During his PhD studies he worked as an intern at the Legal Affairs Division of the WTO and spent one semester at the Law School of the University of Michigan. The author may be contacted at Lukasz.Gruszczyński@eui.eu.

Mathieu GUENNEC est titulaire d'un doctorat en droit de l'Université de Rennes et d'un Mastère de l'Ecole Nationale Supérieure des Télécommunications de Bretagne. Il a apporté son expertise juridique pendant trois ans à France Telecom en matière de régulation des télécommunications. Désormais avocat au barreau de Paris, il exerce au sein du cabinet Allen & Overy, où il est spécialisé en droit de la concurrence et en droit des télécommunications.

Samira GUENNIF est maître de conférences à l'Université Paris 13 et chercheur au Centre d'Economie de l'Université Paris Nord (CEPN, UMR-CNRS 7115). Ses travaux portent sur l'impact des accords internationaux de propriété intellectuelle (AADPIC et accords de libre échange états-unis notamment) sur la santé publique au Sud, en particulier en ce qui concerne l'accès des patients aux médicaments.

Phillipe GUGLER is a Professor of Economic and Social Policy at the University of Fribourg. He teaches courses on microeconomics, competitiveness and competition policy. Since August 2006, Professor Gugler has held the post of Dean of the Faculty of Economics and Social Sciences of the University of Fribourg. Professor Gugler is an affiliate faculty member of the Harvard Business School, a guest Professor at the University of Torino and a Member of the Board of Directors of the World Trade Institute, Berne. In December 2005, Professor Gugler was elected President of the EIBA which is the leading European Association dealing with MNEs. Contact: Chair of Economics and Social Policy, Department of Economics, University of Fribourg, Switzerland, e-mail: philippe.gugler@unifr.ch.

Marc IYNEDJIAN is a lawyer at Python & Peter in Geneva. He is the author of a doctoral thesis on the SPS Agreement and of several other publications on WTO law. In 2000, he worked as an intern for the Legal Affairs Division of the WTO. Marc Iynedjian holds an LL.M. from Columbia University and has practised law in New York.

Rafael LEAL-ARCAS is Lecturer in International Economic Law and Deputy Director of Graduate Studies at Queen Mary, University of London. He is the author of more than 30 publications. Previously he was a Visiting Researcher at Harvard Law School, an Emile Noel Fellow at New York University School of Law, a Fellow at Australian National University, and a Visiting Scholar at the University of Wisconsin-Madison Law School. He completed his graduate legal education at Stanford Law School, Columbia Law School, the London School of Economics and Political Science, and the European University Institute.

Pauline LIEVRE est Conseillère juridique auprès du Tribunal arbitral du sport (TAS) à Lausanne, et doctorante à l'Université de Neuchâtel. Son sujet de thèse porte sur le pouvoir juridictionnel de l'OMC. Elle est titulaire d'un LL.M. en droit européen du Collège d'Europe (Bruges) et du brevet d'avocat.

Yenkong NGANGJOH HODU (LL.Lic. / Dr. iur., LL.D) is a Programme Coordinator on Global Trade and Regional Integration at the Nordic Africa Institute, Uppsala, Sweden. The views expressed in this article are the per-

sonal views of the author and not those of the Nordic Africa Institute. He can be contacted by e-mail at yenkong.ngangjohhodu@nai.uu.se.

Marion PANIZZON (PhD) is a Senior Research Fellow at the World Trade Institute and an adjunct lecturer in WTO law at the University of Bern. She coordinates the four-year services project of the National Center on Competence in Research Trade Regulation and is an associated researcher of the Institut du Développement Durable et des Relations Internationales (Iddri) in Paris. Her book, 'Good Faith in the Jurisprudence of the WTO', was published in October 2006 by Hart Publishing, Oxford.

Ravindra PRATAP is specialized in WTO Law and Litigation (various publications in this field) and presently teaches at Indraprastha University Law School, Delhi. Previously, he studied law at the University of Allahabad, where he also obtained an M.A. He then took an M.Phil at the Jawaharlal Nehru University, New Delhi, and prior to obtaining a PhD there, gained a Pallas LL.M. from the Universities of Barcelona, Bologna, Essex, Konstanz, LUISS Guido Carli, Jean Moulin Lyon 3 and Nijmegen and passed the Turin-based International Trade Law Postgraduate Course. He can be reached at ravindrpratap@hotmail.com.

KD RAJU was graduated from Mahatma Gandhi University, Kerala, in Science with specialization in Botany in 1990. After graduating from law school in 1997, Raju joined in Ernakulam Bar. He completed his post graduation in Mercantile Law from the same University, where his thesis was dealing with The Fiduciary Duties of Company Directors under the Indian Companies Act, 1956, and he secured second rank in the University. He has done MPhil from Jawaharlal Nehru University, New Delhi, on International Trade Law. He worked on Anti-dumping issues for his doctoral studies in Jawaharlal Nehru University, New Delhi. He is presently Faculty member at Rajiv Gandhi School of Intellectual Property Law, Indian Institute of Technology, Kharagpur, India. His areas of interest and expertise include the WTO, especially Intellectual Property Laws, Anti-dumping Laws, WTO Services Agreement, Corporate, Environmental, Economic and Trade Laws. He has published extensively on these subjects. Contact: rajukd@gmail.com.

Elis REYNAERS KINI is a lawyer at the law firm M.V. Kini & Co, India. She completed her law degrees at the University of Brussels, Belgium, the University of Delhi, India, and obtained her LL.M. degree from the University of Georgia, USA. Previously, she was a researcher at The Energy and Resources Institute, New Delhi, where she also taught environmental law. In Belgium, she was an environmental lawyer at Allen & Overy.

Dipankar SENGUPTA is currently Reader at the Department of Economics, University of Jammu. Prior to this, he has worked as Fellow (Economics) at the *Centre de Sciences Humaines*, New Delhi. Dipankar has earlier taught economics at the School of International Studies, Jawaharlal Nehru University, New Delhi. He was educated at the University of Calcutta and at the Centre for International Trade and Development, Jawaharlal Nehru University, and his area of interest includes International Political Economy, Industrial Organisation Theory and Indian Economic Development. He has published extensively on these subjects. Contact: dsg68@hotmail.com.

Ioana TUDOR, titulaire d'un doctorat en droit international de l'Institut Universitaire Européen de Florence, est notamment l'auteur d'un ouvrage consacré à la clause du traitement juste et équitable en droit des investissements, à paraître en mars 2008 chez Oxford University Press. Elle est avocate au barreau de Madrid et dispose d'un Master en droit européen du Collège d'Europe ainsi que d'une maîtrise de l'Université Paris Assas. Elle exerce actuellement au sein du cabinet Gide Loyrette Nouel à Varsovie.

Andreas R. ZIEGLER is a professor of international law at the University of Lausanne and currently Vice Dean of the Faculty of Law and Criminal Sciences. He is also the Director of the Master of Advanced Studies Programme in International and European Economic and Business Law at the same university as well as of the Academy of International Economic Law.

Abstracts

Volume I **Policies and Legal Issues**

Can IBSAC emerge as a Major Bargaining Coalition at WTO Negotiations?

Debashis Chakraborty / Pritam Banerjee / Dipankar Sengupta

India, Brazil, South Africa, China (IBSAC) possess the potential to become the drivers of global economic growth in the coming period and can play a significant role at the multilateral negotiations for protecting developing country interests. IBSAC has earlier come closer to each other at the multilateral trade forum under the negotiating umbrella of developing country forum G-20 and have negotiated jointly on several occasions. Analyzing the current profile of the IBSAC countries, the paper argues that the future negotiating agenda of the four countries would be a function of their economic structure. Over the last decade, China has rapidly enhanced its global market share apart from substantially reforming its tariff schedule, while other IBSAC countries lag behind on that front. Moreover, competing trade interest may hurt IBSAC solidarity. The analysis indicates that IBSA is more likely to continue as a bargaining coalition at WTO, with South Africa remaining at periphery and China joining hands only when its interests coincide with others. In addition, given the trade structure of the countries, IBSAC's agenda at WTO is more likely to remain modest in coming future.

Les négociations agricoles à l'OMC: quel cadre multilatéral pour les agricultures mondiales?

Maxime Baudouin

Le défi des négociations agricoles est de concilier le processus de libéralisation progressive et les politiques agricoles des Membres, et de mettre en place des disciplines qui permettent un accroissement des échanges mon-

diaux de produits agricoles sans remettre en cause la capacité des Membres à développer une agriculture qui réponde aux besoins et attentes de leurs populations. Mais, les positions des Membres dans le cadre des négociations agricoles dépendent également des négociations sur les produits non agricoles. Par conséquent, la conclusion d'un accord dans le domaine agricole suppose un accord dans le domaine des produits industriels, et vice-versa. Dans ces conditions, les négociations agricoles et le Cycle de Doha ont-ils une chance d'aboutir? Sans prétendre apporter une réponse à cette question, ce chapitre a pour objet de présenter l'état des négociations dans chaque pilier de l'AsA et d'analyser les principales propositions au regard des objectifs de l'AsA, à savoir établir un système de commerce équitable des produits agricoles, par l'établissement de disciplines concernant l'accès au marché et les soutiens en tenant compte de considérations non commerciales et de la situation des PED.

A Look at Services Trade: Implications of the Doha Talks Suspension and Resumption

Rafael Leal-Arcas

This chapter addresses the current World Trade Organization (WTO) negotiations on trade in services in the framework of the Doha Development Agenda. An analysis of the Sixth WTO Ministerial Conference in Hong Kong is provided. Following the suspension of the WTO multilateral trade negotiations in July 2006 – and its subsequent resumption in February 2007 – by WTO Director-General Pascal Lamy, the world trading system must now find ways and means to integrate developing countries. Failing that could be perceived as a danger to the world order. This chapter analyzes the legal and policy implications of the current Doha Round for the two main developed WTO Members, i.e., the United States and the European Community, and the most relevant developing countries of the WTO. Thoughts on alternative ways to move forward in the multilateral trading system are presented in the conclusions.

Foreign Investment Issues and WTO Law – Dealing with Fragmentation while waiting for a Multilateral Framework

Philippe Gugler / Julien Chaisse

This chapter explores the provisions affecting investment in the existing WTO obligations. Worldwide economic integration is not being achieved via expansion of international trade and foreign direct investment acting as separate channels, but rather as two interrelated phenomena that act together and reinforce one another. The previous failures to establish a multilateral framework for investment combined with the increasing volume of investment and the corollary need for regulation lead back to the existing regulation of investment within WTO. The WTO handles two major agreements that address investment directly: the General Agreement on Trade in Services (GATS) and the Agreement on Trade-Related Investment Measures (TRIMs). The Agreement on Trade-Related Aspects of Property Rights (TRIPS) provides protection for intangible assets that form the basis of the activities of multinational corporations. WTO investment provisions are however limited in scope and lack coherence. Based on the findings, the policy lessons for future prospects are drawn notably on the GATS form a multilateral agreement on investment could adopt.

Droit de l'OMC et droit de l'investissement: regards croisés

Ioana Tudor

Le droit de l'OMC et le droit des investissements sont deux droits relativement récents, qui évoluent rapidement et sont caractérisés par une haute spécialisation et technicité. Leur structure est proche car ils reposent tous les deux sur deux piliers principaux, à savoir une base conventionnelle très dense et en progrès permanent et une jurisprudence très riche. Ils forment tous deux une partie intégrante du droit international général. De plus, les domaines du commerce et des investissements étant souvent complémentaires au niveau économique, cette contribution analyse les similitudes substantielles à ces deux droits. Sur de nombreux points, notamment sur les principes utilisés et leurs méthodes d'interprétation, les deux droits convergent et pourraient davantage s'inspirer l'un de l'autre. Une coopération plus étroite entre les deux serait non seulement enrichissante mais serait aussi utile pour éviter les possibles conflits de compétence qui pourraient surgir à l'avenir.

How to reform WTO decision-making? An Analysis of the Current Functioning of the Organization from the Perspectives of Efficiency and Legitimacy

Andreas R. Ziegler / Yves Bonzon

In a context of stalled negotiations and strong public protest against the World Trade Organization (WTO), numerous reform proposals have been put forward in recent years to improve the procedures of the WTO. By analyzing the functioning of WTO decision-making, this chapter lays out a framework against which it assesses some of these reform proposals.

After explaining that these proposals are meant to enhance either the efficiency or the legitimacy of decision-making, we consider separately what we identify as the three components of decision-making: the object, the organ and the procedural mode. We first enumerate WTO powers and define the legitimacy requirements that result from the nature of these powers, pursuant to the idea of a varying legitimacy requirement. Then we take a close look at the WTO procedural modes and the composition of its organs, and assess to what extent the features of these two components fulfill the legitimacy requirements discussed earlier. We then examine some reform proposals and their potential impact on the efficiency and the legitimacy of WTO decision-making, arguing that a balance must be struck between the two imperatives since they can sometimes collide. We conclude that the scope for reforming the WTO organs and procedural modes is limited and that combining the three components of decision-making in a manner that would fulfill legitimacy requirements may imply making some corrections on the object of decision-making; which would mean limiting WTO powers.

Protection du brevet et promotion de la santé publique: Surenchères autour des standards minimums de l'AADPIC au Sud

Samira Guennif

Au moment où l'entrée en vigueur de l'Accord sur les Droits de Propriété Intellectuelle touchant au Commerce dans les pays en développement pose débat en matière d'accès aux médicaments essentiels, depuis quelques années on assiste à la multiplication des accords de libre échange entre PED et Etats-Unis. Si l'AADPIC institue en pratique des standards minimums concernant la protection des brevets dans le monde, les ALE passés entre les PED et les Etats-Unis visent sans surprise la mise en place de standards plus élevés, d'où l'appellation d'« AADPIC plus ». Ce chapitre se propose de montrer comment, surenchérisant sur les dispositions de l'AADPIC, les

ALE favorisent une protection effective et forte de la propriété intellectuelle et négligent la promotion de la santé publique au Sud. Précisément, les dispositions des ALE entendent assurer une promotion considérable des positions dominantes des multinationales en obstruant la concurrence exercée par les génériqueurs, l'effet ultime étant de menacer l'accès des populations à des médicaments plus abordables.

Les télécommunications dans le cadre de l'OMC: bilan et perspectives

Mathieu Guennec

Dans les années 1980 et 1990, Etats-Unis et Union européenne en tête, les grandes puissances commerciales ont libéralisé leur secteur des télécommunications. Lors du Cycle d'Uruguay, les pays de l'OCDE ont fait la promotion de ce modèle d'organisation des marchés. A l'issue de ces négociations en 1995, de nombreux Membres de la nouvelle OMC ont adopté des engagements sur la libéralisation des services de télécommunications à valeur ajoutée. Immédiatement après le Cycle d'Uruguay, ont débuté des négociations sur la libéralisation des services de télécommunications de base, achevées en 1997. Depuis l'échec de Seattle en 1999, les accessions successives de nouveaux Membres ont étendu la portée de ces accords, en particulier celle de la Chine. Surtout, la décision de l'ORD en 2004, dans le cadre du différend entre les Etats-Unis et le Mexique, a consolidé le corpus normatif des télécommunications au sein de l'OMC. Dans le cadre du Cycle de Doha, il est fort peu probable que les négociations débouchent sur une refonte des règles applicables aux télécommunications. Malgré les tentatives de l'Union européenne d'exporter son nouveau modèle réglementaire adopté en 2002 afin d'adapter les règles du secteur aux mutations technologiques, il semble que les Membres de l'OMC ayant les plus grands intérêts offensifs dans le secteur des télécommunications souhaitent conclure un accord *a minima*, sur la base des règles adoptées en 1997.

Anti-Dumping Measures in the Context of Global Competition: Amending a Core Agreement of the WTO

Debashis Chakraborty / KD Raju / Julien Chaisse

The purpose of the WTO Agreement on Anti-Dumping (ADA) is to ensure that the provision is used only as a contingency measure based upon merit, and not as a veiled protectionist mechanism. However, since the establishment of the WTO in 1995, the number of anti-dumping investigations initi-

ated has increased substantially. Given the growing misuse of anti-dumping investigations, there is an urgent need to look into the modification of the procedure, and the current analysis attempts to identify the broad areas of violation of the ADA in world trade and subsequently discusses the potential provisions for future reform.

The Status of the Precautionary Principle in Public International Law

Els Reynaers Kini

The precautionary principle is an important environmental policy tool according to which scientific uncertainty does not justify regulatory inaction. It is well entrenched in international environmental law, and increasingly finds domestic applications. However, its status as a rule of customary international law (CIL) is still disputed. This is relevant since rules of CIL are binding on States independently of whether they are party to a treaty. No international adjudicating body has so far held that it has acquired a CIL status. To be recognized as a rule of CIL, two elements must be present, a uniform State practice, and the belief that such a practice is undertaken to conform to a legal obligation. It is argued in this paper that despite there being increasing instances of States adopting the principle domestically, there is no indication yet that States in their international relations comply with the precautionary principle out of sense of legal obligation.

UNESCO, the WTO, and Trade in Cultural Products

Christopher M. Bruner

On 20 October 2005, the General Conference of the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO) adopted a treaty legitimating legal measures to protect domestic producers of “cultural” products. The Convention represents a major victory for Canada and France – its principal proponents – and a major blow to Hollywood and the United States, audiovisual products being among America’s most lucrative exports. This chapter examines the UNESCO Convention’s legal and diplomatic significance. Following a brief look at the treatment of cultural products under the WTO system, the chapter discusses UNESCO’s history, the Convention’s negotiation, and its legal and diplomatic status, concluding that it will have little (if any) legal effect on existing WTO obligations, but a significant diplomatic impact on future negotiations toward greater audiovisual liberalization – a key trade policy goal of the United States.

Volume II**The WTO Judicial System: Contributions and Challenges**

Good Faith, Fairness and Due Process in WTO Dispute Settlement Practice: Overcoming the Positivism of International Trade Law

Marion Panizzon

The WTO Appellate Body has drawn from public international principles to intensify the normative impact of good faith duties vaguely described in Articles 3.10 and 4.3 of the Dispute Settlement Understanding. The fact is noteworthy in comparison to the repeated rejection of the good faith principle in WTO substantive law of GATT, GATS and TRIPS. This chapter identifies the concretizations in WTO case law of such “procedural” good faith duties and finds that the importation of this general principle of law has both filled in the gaps of dispute settlement rules, while maintaining the flexibility required of a Member-driven dispute settlement procedure. It will trace their evolving functions from a balancing tool to a new institutional use of triangular checks and balances controlling the exercise of authority by the Appellate Body with the Panel, as well as the use of policy space by the parties in dispute. In a second time, this chapter will decode the function of good faith compliance, a first-time judicial assertion of good faith’s enforceability in WTO practice. By measuring good faith compliance according to the judicially designed standard of fairness, promptness and effectiveness, the WTO judiciary has introduced nothing less than a constitutional component of procedural fairness by which to review conduct in dispute settlement procedures, specifically the use of litigation strategies. In relating procedural good faith jurisprudence to the level of fairness, the WTO judiciary relegates to the past power-oriented, diplomacy-based structures of WTO dispute settlement.

The Universe of State Responsibility in the WTO Dispute Settlement System

Yenkong Ngangjoh Hodu

The questions “to what extent can the rules of international law be multilaterally enforced? And, what are the relevant ingredients that might lead to the conclusion that a particular act committed by individuals or entities in the territory of a WTO Member amounts to that of the Member in question?” do not have anything approaching an agreed theoretical answer. Yet a large cadre of scholars and practitioners in this area share the identification of a set of practices and empirical arguments that constitute the nucleus of the debate on the relevance of the law of State responsibility in the WTO Treaty system. The UN International law Commission Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, which has been used in some respects by the WTO judicial organs, although not clinching the issue, provides some insights into this debate. Taking inspiration from the law of State responsibility and examining it in the context of some WTO case law. Part I of this paper explores when and how activities of private individuals/entities can be attributed to those of the WTO Member for the purpose of State responsibility. In the same vein, using the 2001 ILC’s Articles, Part II revisits the question of *actio popularis* in the compliance regime of the WTO dispute settlement system.

SPS Measures Adopted in Case of Insufficiency of Scientific Evidence: Where Do We Stand after EC – Biotech Products Case?

Lukasz Gruszczynski

This chapter analyzes the disciplines established by Article 5.7 of the Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures. The analysis is based both on the text of the SPS Agreement as well as on the existing case law with special consideration given to the panel’s ruling in EC – Biotech Products. The chapter criticizes the approach of the case law to the issue of applicability of Article 5.7 as it confuses the applicability with the consistency. The chapter argues that it is more appropriate to view the SPS Agreement as providing for three mutually exclusive paths of compliance (i.e. Articles 3.1, 3.3 and 5.7). On the substantive level, the chapter points out the deficiencies of panel’s approach to insufficiency of scientific evidence (insufficiency as the absolute term). This chapter claims, consistently with the case law under Article 2.2, that the task of a panel under Article 5.7 should be limited to the assessment of plausibility of scientific

opinions on sufficiency of scientific evidence rather than deciding which scientific view is better. The chapter also recognizes several issues that still need to be resolved under Article 5.7 (the extent of the exclusion under Article 2.2, meaning of pertinent information, applicable standard of Article 5.7, second sentence). In this context, possible interpretations are discussed.

La convergence des critères d'examen dans le cadre du GATT et de l'AGCS: Les notions de restrictions et de limitations quantitatives, et l'utilisation des moyens de défense affirmatifs

Panagiotis Delimatsis / Pauline Lièvre

En véritable équilibriste, le juge de l'OMC veille à garantir l'efficacité du droit de l'OMC, tout en respectant la souveraineté et les sensibilités nationales. Bien que décrits dans des termes plutôt vagues, les pouvoirs qui lui sont conférés lui fournissent les moyens d'accomplir cette délicate mission. Le but de ce chapitre est d'évaluer l'utilisation de ces moyens par le juge de l'OMC. Il devient ainsi possible de mesurer son degré d'interférence dans le droit des Membres, tout spécialement dans le champ réglementaire couvert par les accords GATT et AGCS. Dans la mesure où le degré d'interférence dans la sphère nationale est en tout premier lieu déterminé par la portée donnée aux obligations imposées aux Membres, ce chapitre examine de façon comparative l'interprétation de la notion de restriction quantitative dans ces deux accords (Article XI GATT et XVI AGCS). Après avoir mis en évidence un certain degré de symétrie en ce qui concerne l'interprétation de ces obligations de fond par les organes juridictionnels de l'OMC, ce chapitre examine le critère d'examen dans le cas où un moyen de défense affirmatif a été invoqué pour justifier une dérogation d'une obligation de fond du GATT et de l'AGCS. En parallèle, il examine la manière dont le jeu procédural arrive à influencer le degré d'interférence du droit de l'OMC dans le pouvoir national de réglementer. C'est notamment sur cette problématique que la recherche d'équilibre entre la libéralisation du commerce mondial et d'autres intérêts reconnus comme légitimes apparaît avec la plus grande acuité dans le cadre de l'application des articles XX GATT et XIV AGCS.

Reforming the DSU: An Indian View

Ravindra Pratap

In the light of India's experience at the WTO dispute settlement system, the chapter discusses India's proposals to improve and clarify WTO Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes (DSU). While India's proposals correctly focus on the special and differential treatment, its proposals on systemic issues have so far not been able to optimize the opportunity. India must be true to its experience with the DSU and mindful of the dynamics of WTO decision making, generally, while negotiating improvements and clarifications of the DSU.

Repeal of the WTO Appeal Process?

Marc Lynedjian

Contrary to most other international procedural treaties, the World Trade Organization's Dispute Settlement Understanding (DSU) institutes a two-tier system. Trade disputes between WTO Members are adjudicated by panels, the decisions of which may be reviewed by the WTO appellate body. This chapter considers whether the WTO's two-tier dispute settlement system is really desirable and whether the move to a single-tier mechanism would not be preferable.

Private parties and WTO Dispute Settlement System

Alberto Alemanno

This chapter examines the (non) role that private business operators play in the implementation of WTO Dispute Settlement Reports. More precisely, by analysing the legal status of these decisions in national and regional law, it looks at what individuals are entitled to obtain when a WTO Member ignores the results of a Dispute Settlement Body's ruling. As private business operators bear most of the economic costs of non-compliance, there is an increasing pressure for a more direct involvement of these parties in the Dispute Settlement System mechanisms. The challenge is therefore to find a way to accommodate their interests within the current settlement system, without reducing the discretion WTO Members enjoy in the implementation of the reports. By building upon the EC case law, it is argued that allowing individuals to seek compensation of damages deriving from non-compliance by the losing Member might be a valuable solution to strike a more fair bal-

ance between the interests of the WTO actors: its Members and their private business operators.

Une injustice des sanctions de l'OMC

Henri Culot

Ce chapitre examine un problème particulier que pose, sur le plan de la justice, l'application des sanctions dans le droit de l'OMC.

Lorsque les Etats violent les règles de l'OMC, c'est généralement en imposant des mesures protectionnistes qui empêchent les biens étrangers d'être vendus sur leur territoire. Une fois la violation reconnue par l'ORD, l'Etat préjudicié peut prendre des contre-mesures sous la forme d'une augmentation des droits de douane sur les biens originaires de l'autre Etat. Les marchandises concernées par la mesure protectionniste ne sont pas les mêmes que celles visées par la sanction.

Combinées avec l'absence d'effet direct, ces règles induisent des résultats injustes. Les mesures protectionnistes sont seulement imputées aux Etats, mais elles favorisent certains producteurs (généralement appuyés par un lobby efficace) au détriment des producteurs étrangers de biens similaires. De même, les sanctions sont uniquement dirigées contre les Etats, mais en fait elles portent préjudice aux producteurs de certains (autres) biens choisis par l'Etat qui sanctionne. D'autres catégories d'agents économiques sont également affectées. Sans effet direct, aucun d'entre eux ne peut obtenir un dédommagement. L'absence de coordination entre la violation du droit et la sanction rend ce système injuste.

Ce problème de justice est une conséquence de l'utilisation du concept juridique de la personnalité morale, et se pose dans d'autres hypothèses où le droit considère qu'un groupe d'individus ne forme qu'une seule personne.

WTO Dispute Settlement Remedies: Monetary Compensation as an Alternative for Developing Countries

Adebukola A. Eleso

When the WTO came into existence formally as an institution in 1995, it was a culmination of the process to institutionalize the General Agreement on Trade and Tariffs (GATT) which had been in operation since 1947. As an institution with Membership of 151 countries to date, it was imperative on the WTO to provide a forum for Members to settle disputes arising among themselves.

The Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes (DSU) of the WTO is probably one of the biggest achievements of the Uruguay Round of negotiations. It aims to provide security and predictability to the multilateral trading system. However, it is a fact that the smaller developing countries have not availed themselves of the procedure.

This chapter argues that the inadequacy and unsuitability of the existing remedies for these countries is responsible, and suggests monetary compensation as an alternative dispute settlement remedy.

Une injustice des sanctions de l'OMC

Henri Culot

1. Introduction
2. Les sanctions du droit de l'OMC
3. L'effet direct du droit de l'OMC: l'exemple européen
4. Qui subit (vraiment) la sanction?
5. (Pourquoi) ceci est-il injuste?
6. Tentative de généralisation
7. Conclusion

1. Introduction

Dans le contexte de la mondialisation, les relations économiques internationales posent moult questions économiques, juridiques et éthiques, qui sont ultimement liées entre elles. L'ambition de ce chapitre n'est pas de proposer une théorie générale qui traiterait de ces divers aspects. On souhaite plutôt s'attacher à un problème particulier, celui de la justice du système de sanctions institué dans le droit de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), sans approfondir les détails de la technique juridique ni des théories économiques.

On n'examine ici qu'un des multiples problèmes de justice du système de l'OMC. Les sanctions étant par nature l'accessoire de règles substantielles, examiner la justice de celles-là présuppose, *arguendo*, d'accepter celles-ci telles qu'elles sont. Dans cette approche limitée, on n'aborde pas la question de la justice des règles substantielles, en particulier la première d'entre elles, à savoir la justification éthique du libre échange. En d'autres mots, il ne s'agit pas de proposer la configuration la plus juste des relations économiques internationales, mais d'envisager, sous l'angle de la justice, un aspect parmi d'autres –

celui des sanctions – d'un ordre juridique existant, tout imparfait qu'il soit par ailleurs.

La section 2 décrit brièvement le système de sanctions de l'OMC. Lorsque l'Organe de règlement des différends (ORD) a reconnu qu'un Etat membre viole ses obligations, généralement parce qu'il a établi une mesure protectionniste, et que cet Etat ne fait pas cesser la violation, l'Etat lésé peut être autorisé à imposer des contre-mesures qui prennent souvent la forme de droits de douane supplémentaires prélevés sur les biens originaires de l'Etat fautif.

La section 3 s'attache à la question de l'effet direct des règles de l'OMC, qui n'est pas reconnu dans la Communauté européenne, ni dans la plupart des autres pays. En conséquence, les personnes privées et les entreprises ne peuvent invoquer le droit de l'OMC devant les juridictions nationales (ou européennes) en vue d'obtenir son application, l'annulation d'une mesure nationale qui y serait contraire ou des dommages et intérêts à charge de l'Etat¹.

Les sanctions ne frappent pas (nécessairement) celui qui viole la règle (section 4). Formellement, les mesures protectionnistes ne sont imputées qu'à l'Etat dont elles émanent. En réalité, elles favorisent certains producteurs, appuyés généralement par un lobby efficace, au détriment notamment des producteurs étrangers de produits similaires, alors que les sanctions visent des producteurs de certains (autres) biens choisis par l'Etat demandeur. En l'absence d'effet direct, ces producteurs ne peuvent obtenir une compensation.

La section 5 explique en quoi ce mécanisme est injuste. La section 6 tente de généraliser le propos, et montre que ce problème est une conséquence de la personnalité morale; il existe dans d'autres hypothèses où un groupe de personnes est considéré par le droit comme n'en formant qu'une seule.

¹ Le terme d'« effet direct » reçoit plusieurs acceptions dans la littérature juridique. Adoptant une définition large, on vise ici la capacité qu'ont certaines règles internationales d'être invoquées par des particuliers devant une juridiction de n'importe quel type, à l'occasion d'actions de toutes sortes.

2. Les sanctions du droit de l'OMC

L'objectif de l'OMC est de favoriser le commerce international en réduisant les droits de douane et les autres obstacles au commerce. Inspirée par l'idéal de libre échange, elle s'oppose au protectionnisme, avec l'objectif déclaré d'augmenter le bien-être et l'emploi et de promouvoir le développement durable². Les 151 Etats parties à l'Accord de Marrakech se sont engagés à réduire et à consolider la plupart de leurs droits de douane, à supprimer de nombreux obstacles non tarifaires au commerce et à s'abstenir de discriminer les agents économiques établis dans les autres Etats membres.

L'Accord OMC institue un mécanisme obligatoire de règlement des différends, qui tranche les litiges entre Etats au sujet de l'application des accords. L'affaire est soumise à un groupe spécial, puis éventuellement à l'Organe d'appel, dont le rapport est, par la technique du consensus inversé, automatiquement adopté par l'ORD. Cette adoption le rend obligatoire pour les parties au différend. Tout Etat « coupable » d'avoir violé les règles de l'OMC doit adapter ses pratiques ou ses lois et réglementations internes, afin de se conformer, endéans un « délai raisonnable », à la décision de l'ORD³. Si nécessaire, la durée de ce délai est déterminée par un arbitre⁴. Fréquemment, les Etats se conforment à la décision de l'ORD, ou négocient en vue de convenir, avant la fin du délai, d'une solution amiable au différend.

La question des sanctions surgit lorsque la décision de l'ORD n'a pas été mise en œuvre à la fin du délai. L'Etat demandeur peut alors être autorisé à suspendre l'exécution de ses obligations découlant des accords de l'OMC. Cet Etat est donc juridiquement autorisé à violer ses propres engagements envers l'Etat défendeur, par exemple en prélevant des droits de douane additionnels dépassant le taux consolidé. La sanction est limitée, en ce sens que le montant des échanges visés

² Préambule de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce (Accord OMC).

³ Sur la notion d'obligation de conformité, voy. Chaisse, J., *Ensuring the Conformity of Domestic Law With World Trade Organization Law – India as a Case Study*, CSH Occasional Paper No. 13, 2005, p. 11-31.

⁴ Art. 21 MRD.

par la sanction ne peut dépasser celui des échanges qu'empêche la violation des règles. Généralement décrite comme un incitant pour l'Etat à se conformer à ses obligations⁵, la sanction, dès lors qu'elle est limitée à un montant équivalent à l'effet commercial de la violation, ne remplit qu'imparfaitement ce rôle. Elle a également un effet compensatoire, tout aussi imparfait puisque, notamment, le dommage subi avant la fin du délai raisonnable n'est, en règle, pas réparé.

En principe, la sanction doit viser des importations qui font partie du même secteur⁶ que les exportations affectées par la violation. Si ceci est impossible ou inefficace, des obligations peuvent être suspendues au sein du même accord (GATT, AGCS ou ADPIC). En dernier ressort, l'Etat préjudicié peut suspendre des obligations découlant d'un autre accord⁷. Ces deux dernières possibilités sont appelées « rétorsions croisées », parce que le respect d'un accord est obtenu par des pressions exercées dans le champ d'application d'un autre secteur ou accord, quoique tous les accords de l'OMC forment en réalité un seul traité en vertu du principe de l'engagement unique⁸.

Ce mécanisme en cascade, destiné à faire en sorte que la sanction vise des produits aussi proches que possible des objets de la violation des règles qui la justifie, n'empêche pas qu'en pratique, les sanctions affectent toujours d'autres branches de l'économie. Les marchandises étant regroupées au sein du même secteur, toute violation du GATT

⁵ Carmody, C., Remedies and Conformity under the WTO Agreement, *Journal of International Economic Law*, 2002, p. 307-329; Charnovitz, S., Rethinking WTO Trade Sanctions, Volume 95, n° 4, *American Journal of International Law*, 2001, p. 792-832; Grané, P., Remedies under WTO Law, *Journal of International Economic Law*, 2001, p. 755-772. *Contra*: Palmetier, D., Alexandrov, S., 'Inducing compliance' in WTO dispute settlement, in: Kennedy, D., Southwick, J., (eds), *The Political Economy of International Trade Law – Essays in Honor of Robert E. Hudec*, Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 646-666.

⁶ En bref, les marchandises, chaque grande catégorie de services et chaque type de droit intellectuel forment un secteur.

⁷ Art. 22.3 MRD. Voy. aussi Sec. 301 de la loi américaine de 1974 sur le commerce extérieur (Trade Act).

⁸ Art. II.2 et XVI.5 Accord OMC. Nouvel, Y., L'unité du système commercial multilatéral, *Annuaire français de droit international*, 2000, p. 657-659.

peut être sanctionnée par des mesures visant tout type de marchandise. Le principe de l'avantage comparatif – un fondement majeur du commerce international – implique qu'un pays n'importe généralement pas les produits qu'il exporte⁹. Comme les violations concernent les exportations et que les sanctions sont dirigées contre les importations, elles ne correspondent en général pas. On pourrait aussi mentionner les effets des sanctions sur les producteurs d'intrants ou sur les services fournis aux entreprises.

Souvent, la violation des règles commerciales prend des formes plus subtiles. Au lieu de fixer simplement leurs droits de douane au-delà du droit consolidé, les Etats prétendent appliquer une disposition d'exception du droit de l'OMC les autorisant à prendre des mesures protectionnistes (antidumping, sauvegardes, mesures compensatoires), ou disséminent dans leur législation des règles protectionnistes relativement mineures (mesures techniques ou sanitaires) qui sont formellement applicables aux producteurs nationaux et étrangers, mais qui favorisent en fait les premiers. Parfois, l'ORD déclare ces mesures contraires aux Accords, généralement sur la base de dispositions techniques, mais qui se réduisent finalement à l'interdiction de discriminer les étrangers par rapport aux producteurs nationaux.

Les mesures protectionnistes interdites sont typiquement édictées pour viser des secteurs sensibles de l'économie nationale, ceux qui sont pourvoyeurs d'emplois, dotés d'un statut symbolique ou menacés par la concurrence internationale, ceux qui ont un impact important sur l'économie nationale (surtout dans les pays en voie de développement) ou qui forment un groupe de pression puissant capable d'influencer les dirigeants politiques, etc. Dans les pays occidentaux, l'acier et les produits agricoles sont des exemples classiques.

⁹ L'économie internationale connaît aussi, toutefois, le commerce intra-branché. Voy. Rainelli, M., *La nouvelle théorie du commerce international*, 3^e éd., Paris: La Découverte, 2003, p. 45-60.

3. L'effet direct du droit de l'OMC: l'exemple européen

En règle, les personnes privées (personnes physiques et sociétés commerciales) ne sont pas des sujets du droit international. Elles ne peuvent être parties à un traité international¹⁰. Seuls les Etats et les organisations qu'ils ont formées peuvent conclure des traités, qui les lient envers les autres Etats et qu'ils doivent ensuite, si nécessaire, transposer dans leur ordre juridique interne. Les personnes privées ne tirent des droits et obligations que des règles internes édictées en exécution du traité.

Certaines dispositions de droit international, toutefois, sont directement applicables aux particuliers, qui peuvent alors les invoquer devant les juridictions nationales. L'effet direct est particulièrement développé dans la Communauté européenne: dès les premières années de la construction européenne, la Cour de justice a jugé que certaines dispositions du Traité de Rome pouvaient être directement invoquées par les particuliers¹¹. Cette jurisprudence fut ensuite étendue à d'autres types de normes, notamment à certaines directives¹² – qui sont cependant censées être transposées en droit interne – et aux traités conclus par la Communauté¹³.

La Cour de justice a tenté d'objectiver les critères de reconnaissance de l'effet direct. Certains estiment que ceux-ci restent ultimement liés à la volonté de l'auteur de la règle internationale¹⁴. La jurisprudence admet maintenant de manière constante que l'effet direct en droit européen s'attache aux règles qui sont suffisamment claires, précises et

¹⁰ Jackson, J., *The World Trading System – Law and Policy of International Economic Relations*, 2nd ed., Cambridge (MA), Londres: MIT Press, 1997, p. 127.

¹¹ C.J.C.E., 5 février 1963, *Van Gend & Loos*, 26/62, Rec., 1963, p. 3.

¹² C.J.C.E., 17 décembre 1970, *SACE*, 33/70, Rec., 1970, p. 1213.

¹³ C.J.C.E., 30 septembre 1987, *Demirel*, 12/86, Rec., 1987, p. 3719, 14; C.J.C.E., 16 juin 1998, *Racke*, C-162/96, Rec., p. I-3655, 31; C.J.C.E., 14 décembre 2000, *Dior e.a.*, C-300/98 et C-392/98, Rec., 2000, p. I-11307, 42.

¹⁴ Par exemple Verhoeven, J., *La notion d'« applicabilité directe » du droit international*, *Revue belge de droit international*, 1980, p. 253 et s.; Verhoeven, J., *Applicabilité directe des traités et 'intention des parties contractantes'*, in: *Liber amicorum E. Krings*, Bruxelles: Story Scientia, 1991, p. 899 et s.

inconditionnelles, c'est-à-dire qui ne laissent aucune marge de manœuvre aux Etats pour leur mise en œuvre.

L'effet direct, joint à la règle de la primauté du droit international sur l'ordre juridique interne, permet aux particuliers de bénéficier des effets du traité même s'il n'est pas parfaitement respecté par l'Etat. Il s'agit en quelque sorte d'une forme privée d'exécution forcée des obligations internationales des Etats¹⁵, ordonnée par les juridictions internes à la demande d'un particulier. Par exemple, le commerçant obligé au paiement d'une taxe en vertu d'une loi contraire au Traité de Rome peut s'adresser à une juridiction nationale et bénéficier du régime prévu par le traité, plutôt que d'être soumis à la règle interne. Le mécanisme des questions préjudicielles a contribué à convaincre les juridictions nationales d'appliquer le droit européen plutôt que le droit national.

Les accords de l'OMC forment un traité qui, comme la plupart, a été conclu par des Etats (et en l'espèce, par la Communauté européenne) et qui ne lie formellement que ces Etats et la Communauté. Les parties doivent le respecter, le cas échéant en édictant la législation interne appropriée, laquelle sera applicable aux agents économiques.

Même si ceci pourrait être nuancé¹⁶, il est généralement reconnu en Europe et aux Etats-Unis¹⁷ que le droit de l'OMC n'a pas d'effet direct¹⁸. La Cour de justice justifie cette position en indiquant que le

¹⁵ C.J.C.E., 5 février 1963, *Van Gend & Loos*, 26/62, Rec., 1963, p. 3.

¹⁶ Voy. en particulier les arrêts suivants: 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; C.J.C.E., 30 septembre 2003, *Biret International*, C-93/02, Rec., 2003, p. 10497 et C.J.C.E., 30 septembre 2003, *Etablissements Biret et Cie*, C-94/02, Rec., 2003, p. 10565.

¹⁷ Pour une discussion de cette question en droit américain, voy. Jackson, J., *The Jurisprudence of GATT & the WTO*, Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 297 et s. et Matsushita, M., Schoenbaum, T., Mavroidis, P., *The World Trade Organization – Law, Practice, and Policy*, Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 97 et s.

¹⁸ C.J.C.E., 23 novembre 1999, *Portugal c. Conseil*, C-149/96, Rec., 1999, p. I-8395, 36. Certains auteurs critiquent cette jurisprudence (par exemple Griller,

droit de l'OMC n'est pas suffisamment inconditionnel, parce qu'il « réserve [...] une place importante à la négociation entre les parties »¹⁹ et, surtout, parce que ceux « qui sont, du point de vue commercial, parmi les partenaires les plus importants de la Communauté »²⁰ ne reconnaissent pas l'effet direct, ce qui poserait un problème de réciprocité si la Communauté adoptait la position inverse²¹. En effet, si le droit de l'OMC avait un effet direct dans la Communauté européenne seulement, les entreprises étrangères (américaines?) pourraient concrètement exiger que la Communauté le respecte alors que cette possibilité ne serait pas accessible aux entreprises européennes en pays étranger, de sorte que l'Etat étranger pourrait violer les règles du commerce international sans devoir craindre une action de particuliers.

En conséquence, les individus et les sociétés ne peuvent invoquer les règles de l'OMC devant les juridictions nationales ni devant la CJCE pour obtenir l'annulation ou la non-application d'une mesure nationale incompatible, ou des dommages et intérêts pour violation par l'Etat de ses obligations. Si les règles nationales contraires sont néanmoins appliquées aux personnes privées, celles-ci n'ont d'autre possibilité que de convaincre un Etat de mettre en œuvre la voie de recours juridictionnelle de droit international. Comme on l'a dit, la décision de

S., Judicial Enforceability of the WTO Law in the European Union – Annotation to Case 149-96, *Portugal v. Council*, Journal of International Economic Law, 2000, p. 441-472; van den Broek, N., Legal Persuasion, Political Realism and Legitimacy: The European Court's Recent Treatment of the Effect of WTO Agreements in the EC Legal Order, Journal of International Economic Law, 2001, p. 411-440). D'autres sont plus indulgents (par exemple Eeckhout, P., Judicial Enforcement of WTO Law in the European Union – Some Further Reflections, Journal of International Economic Law, 2002, p. 91-110).

¹⁹ C.J.C.E., 23 novembre 1999, *Portugal c. Conseil*, C-149/96, Rec., 1999, p. I-8395, 36.

²⁰ C.J.C.E., 23 novembre 1999, *Portugal c. Conseil*, C-149/96, Rec., 1999, p. I-8395, 43.

²¹ Sur la question de la réciprocité dans ce contexte, voy. Griller, S., Judicial Enforceability of the WTO Law in the European Union – Annotation to Case 149-96, *Portugal v. Council*, Journal of International Economic Law, 2000, p. 455 et s.

l'ORD à ce sujet n'a pas d'effet rétroactif: la règle nationale peut subsister jusqu'à la fin du délai raisonnable avant que l'Etat ne puisse être soumis à des sanctions. La procédure à l'OMC peut, en tout, durer plus de deux ans.

Si, en revanche, les règles de l'OMC avaient un effet direct, les personnes privées pourraient les invoquer dans des litiges portés devant leurs juridictions nationales et/ou à la Cour de justice, en arguant que la Communauté n'a pas respecté ses obligations. Si cette violation a causé un dommage au demandeur, il pourrait être indemnisé en vertu des règles de la responsabilité extracontractuelle.

4. Qui subit (vraiment) la sanction?

La combinaison des règles de l'OMC au sujet des sanctions et de la jurisprudence sur l'effet direct mène à des résultats surprenants pour les particuliers engagés dans un litige à propos des règles commerciales.

Formellement, l'OMC ne s'inquiète que du comportement des Etats et n'autorise des sanctions qu'envers les Etats qui n'ont pas respecté les décisions de l'ORD. L'arbitre détermine le volume du commerce empêché par la violation et l'ORD autorise des sanctions pour un montant équivalent. Si un Etat a indûment empêché les exportations d'un autre, cet autre Etat pourra bloquer le même montant d'importations en provenance du premier. Hormis le problème particulier de la non-rétroactivité, ceci peut paraître, à première vue, constituer une solution équitable.

Cependant, il est coûteux d'imposer des sanctions²², spécialement pour des Etats de petite taille (économique). En empêchant les biens étrangers d'être vendus sur son territoire, le petit pays et ses habitants se privent de ces biens et sont contraints de les acheter, souvent plus cher, à un autre producteur. En outre, les sanctions émanant d'un petit Etat n'impressionnent guère un grand Etat. Les importations du premier ne forment qu'une part insignifiante des exportations du second. L'effet comminatoire est donc faible, voire nul.

Par contre, les grandes économies sont en position de force pour imposer des sanctions aux petits Etats. En effet, les économies des petits pays sont généralement fondées sur la production et l'exportation d'un nombre réduit de produits, pour lesquels les grands disposent de plusieurs sources d'approvisionnement, au prix mondial²³.

Ceci explique qu'en pratique, seuls les grands puissent appliquer effectivement les sanctions de l'OMC. Dans l'affaire *Bananes III*, lorsque l'Équateur et les Etats-Unis furent tous deux autorisés à appliquer des sanctions contre la Communauté européenne, seuls les Etats-Unis sont passés à l'action. L'Équateur, pour sa part, même autorisé à pratiquer des sanctions croisées, a craint les conséquences

²² Charnovitz, S., *Rethinking WTO Trade Sanctions*, Volume 95, n° 4, *American Journal of International Law*, 2001, p. 814 et s.; Mavroidis, P., *Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place*, *European Journal of International Law*, 2000, p. 807. Voy. aussi Morgan, T., Bapat, N., *Imposing Sanctions: States, Firms, and Economic Coercion*, Volume 5, n° 4, *International Studies Review*, 2003, p. 66, qui indiquent que les coûts sont supportés principalement par les particuliers et par les entreprises, non par l'Etat.

²³ Sur la dépendance envers les importations/exportations, et son effet sur les sanctions, voy. Charnovitz, S., *Rethinking WTO Trade Sanctions*, Volume 95, n° 4, *American Journal of International Law*, 2001, p. 816 et s.; Mavroidis, P., *Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place*, *European Journal of International Law*, 2000, p. 807 et s. Plus généralement, sur les difficultés propres aux petites économies dans le système commercial international et les problèmes de justice y relatifs, Garcia, F., *Trade and Inequality: Economic Justice and the Developing World*, Volume 21, *Michigan Journal of International Law*, 2000, p. 975-1049, spéc. p. 987 et s.

économiques (pour lui) de ses propres sanctions, et a préféré y renoncer pour privilégier la recherche d'une solution négociée avec la Communauté.

Même les grands Etats 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*, la CE a fixé un droit de douane additionnel relativement bas qui permet de maintenir dans une limite acceptable l'effet négatif de la sanction sur les marchés européens²⁴.

L'inaccessibilité des sanctions pour les faibles alors que les riches peuvent sanctionner plus librement est un important élément d'injustice dans l'OMC²⁵. Sans doute résulte-t-il davantage de l'inégalité économique sous-jacente que du système de l'OMC en tant que tel, même si l'on pourrait espérer des organisations internationales qu'elles assurent le respect des règles nonobstant les inégalités économiques. On laisse cependant ce problème de côté dans ce chapitre, pour concentrer le propos sur une autre injustice, plus directement liée à la configuration de l'OMC et des droits nationaux.

Qui sont les bénéficiaires réels de la violation et les vraies victimes des sanctions? Comme un groupe spécial l'a noté en une occasion²⁶, les Etats, même s'ils apparaissent juridiquement en première ligne,

²⁴ 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 Etats-Unis d'Amérique, L 328, Journal officiel de l'Union européenne, 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 Etats-Unis d'Amérique, L 110, Journal officiel de l'Union européenne, 30 avril 2005, p. 1-5.

²⁵ Palmeter, D., Alexandrov, S., 'Inducing compliance' in WTO dispute settlement, in: Kennedy, D., Southwick, J., (eds), *The Political Economy of International Trade Law – Essays in Honor of Robert E. Hudec*, Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 661 et s.; Fudali, C., *A Critical Analysis of the WTO Dispute Settlement Mechanism: Its Contemporary Functionality and Prospects*, *Netherlands International Law Review*, 2002, p. 73 et s.

²⁶ Rapport du groupe spécial, Etats-Unis – Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur, WT/DS152/R, 22 décembre 1999, 7.73 et s.

sont économiquement en retrait. Le commerce international est d'abord l'affaire des entreprises, qui sont soumises aux droits de douane. Ces droits éventuels influencent les prix des biens et des services et le bien-être des consommateurs. Les Etats, eux, commercent peu. Ils prélèvent l'impôt et, généralement, bénéficient du commerce international par le biais des profits qu'engrangent leurs contribuables.

Lorsqu'ils violent le droit de l'OMC, les Etats entendent généralement protéger un secteur particulier de l'économie. Les raisons en sont variées. Parfois, ce secteur est bien organisé, appuyé par des lobbys, ou simplement proche de la classe dirigeante du pays. Une violation peut aussi être justifiée au regard d'un intérêt plus général, si un secteur est vital pour l'économie nationale ou s'il est une source indispensable d'emplois pour de nombreux travailleurs qui, en l'absence de violation, risqueraient le chômage sans pouvoir trouver un emploi dans un autre secteur. Le protectionnisme peut donc découler de nobles intentions, liées par exemple à la stabilité du pays. Les obligations de l'OMC peuvent aussi être violées, comme dans l'affaire *Hormones*²⁷ ou dans le cas des *OGM*²⁸, avec peu d'esprit protectionniste si l'on considère les pressions de l'opinion publique désirant interdire des produits potentiellement dangereux, indépendamment des effets 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.

Ces bénéficiaires réels de la violation doivent être rapprochés des victimes réelles des sanctions.

²⁷ Communautés européennes – Mesures concernant la viande et les produits carnés (hormones), WT/DS26 et WT/DS48.

²⁸ Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques, WT/DS291, WT/DS292 et WT/DS293.

Nonobstant quelques contraintes, l'Etat qui sanctionne peut choisir les produits sur lesquels il impose les sanctions. Comme un pays n'importe généralement pas les biens qu'il exporte, les sanctions sont rarement dirigées contre les concurrents étrangers des producteurs nationaux préjudiciés. Les Etats se préoccupent davantage de l'efficacité de leurs sanctions, dans l'objectif d'obtenir une mise en conformité rapide. Ils peuvent dès lors choisir de viser des produits qui représentent une proportion importante des exportations de l'Etat fautif à destination de leur territoire, afin de maximiser l'effet d'incitation, ou diriger la sanction contre des produits qui peuvent facilement être importés d'un pays tiers, pour éviter de souffrir eux-mêmes des sanctions qu'ils imposent.

Outre ces considérations économiques, les Etats utilisent également les effets politiques des sanctions pour accélérer la mise en conformité. Par exemple, comme pour leurs violations du droit, 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 la Communauté européenne à sanctionner les agrumes de Floride aux alentours des élections américaines²⁹. Des Etats 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 affectés³⁰.

Pour renforcer l'effet des sanctions, certains Etats ont souhaité modifier fréquemment les produits visés (sanctions « carrousel »). L'effi-

²⁹ 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 Etats-Unis d'Amérique, L 328, Journal officiel de l'Union européenne, 17 décembre 2003, p. 3-12. A propos de ces considérations stratégiques dans l'application des sanctions, déjà avant l'OMC, voy. Boisson de Chazournes, L., *Les contre-mesures dans les relations internationales économiques*, Paris: Pedone, 1992, p. 128 et s.

³⁰ Goldstein, J., Martin, L., *Legalization, Trade Liberalization, and Domestic Politics: A Cautionary Note*, International Organization, 2000, p. 616 et s.

capacité de ces sanctions tournantes repose sur leur effet déstabilisant pour l'économie de l'Etat 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 affectés³¹.

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 la nationalité³².

Les sanctions affectent aussi les consommateurs³³. Dans l'Etat 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'Etat qui sanctionne³⁴. Au pire, les consommateurs supportent l'augmentation

³¹ Voy. Sec. 306 de la loi américaine de 1974 sur le commerce extérieur (Trade Act), 19USC2416, et Demande de consultations des Communautés européennes, Etats-Unis – Article 306 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur et modifications y relatives, WT/DS200/1, 13 juin 2000, affirmant que les sanctions « carrousel » constituent une violation du droit de l'OMC.

³² O'Connor, B., Remedies in the World Trade Organization Dispute Settlement System – *The Bananas and Hormones Cases*, Journal of World Trade, 2004, p. 260; Charnovitz, S., Rethinking WTO Trade Sanctions, Volume 95, n° 4, American Journal of International Law, 2001, p. 810 et s.; Frison-Roche, M.-A., Le système des sanctions, n° 186, Les Notes bleues de Bercy, 1^{er}-15 juillet 2000 (www.minefi.gouv.fr); Dam, K., The GATT – Law and International Economic Organization, Chicago, Londres: Chicago University Press, 1970, p. 357 (à propos du GATT de 1947).

³³ Morgan, T., Bapat, N., Imposing Sanctions: States, Firms, and Economic Coercion, Volume 5, n° 4, International Studies Review, 2003, p. 65.

³⁴ On pourrait penser que l'Etat qui sanctionne, spécialement s'il est un « price-maker », fixerait le droit de douane au taux optimal, de manière à bénéficier des effets sur les termes de l'échange. Il est cependant peu probable que les droits *ad valorem* de 100 % utilisés parfois 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 importateur (voy. Lindert, P., Pugel, T., Économie internationale, 10^e éd., Paris: Economica, 1997, p. 175 et s. et Krugman, P., Obstfeld, M., International Economics – Theory and Policy, Int'l ed., 6th ed., Boston: Addison Wesley, 2003, p. 223-224).

du prix sur un bien alors que l'avantage résultant de la diminution du prix de l'autre leur est ravi par le producteur ou par quelque intermédiaire. Dans le meilleur des cas, décrit par la théorie économique traditionnelle, les effets des modifications des prix sur le bien-être ne se compensent pas complètement, parce qu'un droit de douane plus élevé crée une inefficience qui réduit le bien-être du consommateur.

L'effet des sanctions est le plus problématique dans le cas d'une suspension d'obligations contenues dans l'accord ADPIC, par laquelle certains droits de propriété intellectuelle sont suspendus ou supprimés. Les particuliers et les entreprises perdent alors le bénéfice d'un droit subjectif qui leur appartenait auparavant. Ceci s'apparente, ni plus ni moins, à une expropriation, qui ne fait l'objet d'aucune indemnité, et qui ne cesse que lorsque leur Etat d'origine se conforme à la décision de l'ORD.

La situation est pire encore lorsqu'on sait que, le plus souvent, peu d'acteurs tirent un bénéfice important de la violation alors que toute 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.

Cette discordance entre les bénéficiaires réels de la violation et les vraies victimes des sanctions pourrait être compensée, en interne, par l'Etat. Ceci nécessiterait de taxer les bénéficiaires de la violation et de distribuer le produit de la taxe aux victimes des sanctions. Ce serait l'Etat qui sanctionne qui devrait mettre en place un tel système redistributif. Ceci est toutefois impossible pour des raisons principalement économiques et politiques³⁵.

³⁵ Des objections juridiques pourraient aussi être soulevées. Elles tiennent d'une part à la réglementation des subventions (ou aides d'État) et d'autre part à une application qu'on peut faire du principe de bonne foi dans l'exécution des accords de l'OMC, à la lumière notamment de la jurisprudence *Etats-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd)* (WT/DS217 et WT/DS234), qui portait sur des règles américaines qui ne sont pas sans similitudes avec le mécanisme imaginé ici.

D'abord, 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. A vrai dire, cela n'aurait aucun sens de les protéger en violant les règles de l'OMC, puis de retirer cet avantage en leur imposant un nouvel impôt. 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.

Comme on l'a dit, une augmentation des droits de douane génère une inefficacité économique telle que le produit de la taxe ne suffirait pas à indemniser complètement les victimes de la violation. Et l'on suppose encore que l'Etat tirerait un profit de la violation du droit de l'OMC, ce qui n'est pas toujours le cas, notamment lorsque la mesure illégale prend la forme d'un obstacle non tarifaire.

Indépendamment d'un mécanisme redistributif organisé par l'Etat, on pourrait imaginer que les victimes (de la violation ou de la contre-mesure) agissent en dommages et intérêts contre l'Etat qui a violé les règles de l'OMC. Les conditions générales de l'action sont réunies: cet Etat 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 est trop faible pour justifier les coûts d'une action en justice. Mais des entreprises ont tenté de tenir la Communauté européenne responsable de la violation du droit de l'OMC. Ces actions ont été rejetées, parce qu'en l'absence d'effet direct, les particuliers ne sont pas autorisés à invoquer les règles de l'OMC ni les décisions de l'ORD³⁶. C'est en cela que le défaut d'effet direct est lié aux conséquences des violations du droit de l'OMC et aux sanctions.

³⁶ Par exemple, C.J.C.E., 30 septembre 2003, *Biret International*, C-93/02, Rec., 2003, p. 10497; T.P.I., 20 mars 2001, *Cordis c. Commission*, T-18/99, Rec., 2001, p. II-913; T.P.I., 20 mars 2001, *Bocchi Food Trade International c. Commission*, T-30/99, Rec., 2001, p. II-943; T.P.I., 20 mars 2001, *T. Port c. Commission*, T-52/99, Rec., 2001, p. II-981; T.P.I., 12 juillet 2001, *T. Port*

Il apparaît dès lors 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 population.

5. (Pourquoi) ceci est-il injuste?

L'imperfection de ce système de sanctions est un fait acquis. Mais cela le rend-il nécessairement injuste?

La libéralisation induite par les accords de l'OMC modifie la distribution des richesses à l'intérieur des Etats membres (certains y gagnent, d'autres perdent³⁷) et, reconnaît-on, génère un surplus. Les sanctions représentent le mouvement inverse: elles ôtent le surplus et modifient à nouveau la distribution des ressources. D'un point de vue strictement redistributif, partant, les sanctions en tant que telles ne sont ni plus, ni moins justes, que la libéralisation³⁸.

Le problème de justice de l'OMC découle en partie de la distribution, entre différents acteurs, du surplus généré par l'accord. Si un Etat décide de violer les règles et de subir des sanctions, il entend conférer un bénéfice à certains de ses citoyens. En résulte une suspension partielle de la coopération, annulant une partie du surplus qui revenait précédemment à certains. Dans l'ensemble, l'opération aboutit à modifier la répartition des richesses entre les différentes parties. Ceci

c. *Conseil*, T-2/99, Rec., 2001, p. II-2093; T.P.I., 12 juillet 2001, *Banatrading*
c. *Conseil*, T-3/99, Rec., 2001, p. II-2123.

³⁷ « To a large extent, a decision by a WTO adjudicating body calling for an end to an illegal trade practice is a decision to redistribute wealth within a particular society » (Mavroidis, P., *Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place*, *European Journal of International Law*, 2000, p. 807).

³⁸ Il peut paraître étonnant qu'on applique aux sanctions la justice distributive, alors qu'on s'attendrait plutôt à des principes de justice correctrice (Aristote, *Éthique à Nicomaque*, liv. V, chap. IV, § 1-6). Toutefois, on ne présuppose pas ici que le commerce international est fondé sur des principes justes, de sorte qu'on ne peut partir du principe que le rétablissement de la conformité restaurera aussi la justice.

n'implique pas que les sanctions soient injustes: ceux qui croient que l'intervention de l'Etat dans l'économie peut être justifiée n'y voient rien d'intrinsèquement problématique, même si ceci mène à un équilibre inférieur.

Ceci montre qu'en théorie, les sanctions commerciales ne sont pas intrinsèquement injustes. Toutefois, en pratique, les sanctions de l'OMC ont toutes les chances de l'être.

Quand un Etat intervient pour modifier la distribution des richesses ou pour décider du partage d'un surplus coopératif, les effets du système mis en place sont délibérés. Les dirigeants politiques décident consciemment comment la richesse doit être distribuée ou partagée, c'est-à-dire qui devrait gagner ou, le cas échéant, perdre. Ce faisant, ils peuvent tenir compte des différents intérêts en jeu et définir l'équilibre qui leur paraît approprié. Selon les critères qu'ils adoptent et la théorie de la justice à laquelle on adhère, l'intervention étatique peut être justifiée sur le plan de la justice.

Ce n'est pas ce qui se passe lorsque les règles de l'OMC sont violées et que des contre-mesures sont imposées.

D'abord, dans la plupart des cas, les violations du droit de l'OMC ne sont pas fondées sur un idéal de justice, mais sur un intérêt particulier. La puissance des lobbys sur les décideurs se fait fortement sentir dans le domaine du commerce international, où l'intérêt d'une partie est généralement plus concentré que les autres, ce qui renforce l'incitant à faire pression. Les producteurs nationaux sont peu nombreux et connaissent bien le marché concerné. Ils ont gros à gagner d'une mesure protectionniste. La foule des consommateurs est éparse, et les coûts de coordination sont énormes. Les producteurs étrangers, sauf exception, n'ont guère d'influence sur le gouvernement d'un Etat qui n'est pas le leur. Le fait qu'une décision soit influencée par un lobby ne la rend pas nécessairement injuste, mais il sème néanmoins le doute sur la justice du résultat. Il est au moins possible, même probable, qu'un groupe d'intérêt puissant puisse convaincre un décideur politique de violer le droit de l'OMC dans un cas où, globalement, la justice n'y trouve pas son compte. De même est-il probable que ceux

qui sont capables d'influencer ainsi les gouvernements soient précisément les gagnants de la mondialisation du système économique.

Si l'on admettait, pour les besoins de l'argumentation, que les règles de l'OMC sont parfois violées pour d'authentiques raisons de justice, encore le système ne pourrait-il être juste que si les représailles tiennent aussi compte de la dimension éthique. Mais les violations du droit de l'OMC et les contre-mesures ne forment pas un système organisé. Les violations sont décidées par les dirigeants d'un Etat. Les sanctions sont imposées par un autre. Même lorsque les mesures protectionnistes partent d'une intention légitime de redistribution, les sanctions restent, en revanche, motivées par l'efficacité, la dissuasion et le souci d'aboutir rapidement à la mise en conformité, ce qui n'a aucune chance de coïncider avec une quelconque théorie de la justice. En outre, alors que violations et sanctions sont décidées par des gouvernements différents, elles ont l'une et l'autre des effets sur les particuliers et sur les entreprises des deux Etats, et même d'Etats tiers. Si la combinaison des effets, pour chacun, de la violation et des sanctions est juste, ce ne peut être qu'un effet bien improbable du hasard. Ce qui empêche les violations et les sanctions d'être justes, c'est l'absence de coordination entre elles.

Deux méthodes pourraient être utilisées pour réconcilier les décisions au sujet des violations et des sanctions.

Si un Etat ne réalise pas immédiatement la conformité avec une décision de l'ORD, il peut éviter les sanctions en convenant d'une compensation avec l'Etat demandeur³⁹. On avance souvent que la compensation est préférable aux sanctions car elle implique un élargissement (plutôt qu'un rétrécissement) de l'accès au marché. Mais elle permet aussi d'éviter le problème de justice décrit plus haut. Quand une compensation est accordée, les Etats décident conjointement qui subira le coût de la violation qui se prolonge. La mise en conformité ou la dissuasion ne sont plus des arguments pertinents. L'accord des Etats n'est pas nécessairement juste, mais il a au moins une chance de l'être, parce que les Etats peuvent tenir compte de tous les intérêts divergents et atteindre l'équilibre requis par la justice.

³⁹ Art. 22.1 et 22.2 MRD.

L'autre méthode consisterait à concentrer tous les impacts de la violation dans un seul Etat. Au lieu du système actuel de contre-mesures, un Etat violant les règles de l'OMC serait obligé d'en réparer les conséquences dommageables à l'étranger⁴⁰. Ceci pourrait être organisé en permettant un effet direct partiel des règles de l'OMC. Les coûts et les bénéfices de la violation seraient supportés par les citoyens d'un seul et même Etat. A supposer que cet Etat soit capable de mettre en place un système juste de distribution des ressources, il pourrait décider, en interne, de la distribution des bénéfices et de la répartition des coûts. Une autorité unique et cohérente pourrait statuer en tenant compte de tous les intérêts en jeu, y compris ceux des nationaux affectés par la mesure. Il est probable que, dans ces conditions, l'Etat choisirait simplement de ne pas violer le droit de l'OMC. Mais ce qui est décisif, c'est l'allocation cohérente des bénéfices et des charges qu'impliquent violations et sanctions, la cohérence étant en l'espèce le premier pas sur la voie de la justice.

Les deux méthodes impliquent la reconnaissance que l'Accord de Marrakech n'est pas seulement un accord entre Etats. Ses implications sur la distribution interne des richesses sont telles qu'il doit en être tenu compte lorsqu'on agit dans le domaine du commerce international, au-delà d'une simple recherche de l'efficacité économique au niveau international.

6. Tentative de généralisation

Le problème de justice décrit dans ce chapitre n'est pas spécifique à l'OMC. Il résulte en réalité d'une discordance entre le système juridique et les modes de pensée libéraux des sphères économique et éthique qui appliquent l'individualisme méthodologique.

⁴⁰ Dans l'état actuel des relations internationales, l'exécution forcée contre les Etats pose d'importantes difficultés. Cependant, le principe de l'Etat de droit applicable dans la plupart des Etats démocratiques implique que les Etats s'acquittent en général des dommages et intérêts auxquels ils sont condamnés par leurs propres juridictions.

Pour des raisons pratiques et techniques, mais largement déconnectées de la justice sociale, le droit traite certains groupes humains comme une seule entité juridique. L'attribution de la personnalité juridique aux sociétés commerciales, aux Etats et aux organisations internationales constituent des exemples communs. Les juristes libéraux considèrent ceci comme une fiction, qu'ils acceptent pour son utilité pratique, mais non parce qu'elle serait justifiée dans son fondement. D'autres considèrent la personne morale comme une réalité et mettent en lumière l'existence d'une communauté sous-jacente par laquelle les personnes morales (comme les êtres humains) existent indépendamment de leur reconnaissance par le droit. Pour les positivistes, les personnes morales sont constituées par une simple technique juridique, sans égard pour un éventuel substrat qui ne ressortirait pas au domaine du droit.

Une telle technique permet à une branche du droit de considérer la personne morale comme la seule personne pertinente pour réguler les relations entre les sujets de droit, et de se désintéresser de la manière dont les relations sont organisées, entre les membres, à l'intérieur de la personne morale. Par exemple, le droit des contrats commerciaux régit la manière dont les sociétés peuvent commercer entre elles, sans considérer les effets de ces contrats sur les actionnaires. De manière plus claire encore, le droit international s'applique aux relations entre Etats et, du moins dans sa forme la plus traditionnelle, il ne se préoccupe pas, en règle, du traitement réservé aux personnes privées à l'intérieur des Etats. Ainsi, simplement par une opération du système juridique, une distinction est formée entre un « dedans » et un « dehors », avec deux systèmes de règles supposés indépendants qui s'appliquent simultanément, un pour les droits et obligations de la personne morale, l'autre pour les relations entre les membres à l'intérieur de cette personne.

Dans ce contexte, il est tentant d'appliquer le même mode de raisonnement aux questions éthiques, d'autant que, de même que chaque domaine est régi par des règles juridiques distinctes, il peut également être soumis à des principes éthiques différents. Intuitivement, on peut accepter que les principes de justice applicables entre les citoyens d'un Etat ne soient pas nécessairement identiques à ceux qui

s'appliquent entre les Etats dans le domaine des relations internationales⁴¹. Ce qui est inexact, par contre, c'est d'en déduire que les différents domaines sont indépendants les uns des autres, de sorte qu'on pourrait résoudre les problèmes de l'un sans se préoccuper des effets sur l'autre. C'est ce lien que ce chapitre met en évidence à l'aide d'un exemple concret, en montrant les problèmes de justice que sa méconnaissance soulève. On ne peut pas plus accepter, sans s'interroger davantage, que les philosophes, eux aussi, considèrent les personnes morales comme des individus pour les besoins d'une argumentation qui dépasse le strict cadre juridique, dès lors que leur création ne repose pas sur des considérations pertinentes dans le domaine éthique⁴². Ceci serait contraire au principe d'individualisme, fondement des théories libérales, qui implique que toutes les questions de justice

⁴¹ On pourrait aussi imaginer que les mêmes principes s'appliquent, mais il n'est pas nécessaire d'entrer dans cette discussion pour les besoins de notre argumentation.

⁴² Voy. Michoud, L., *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 3^e éd., Paris: L.G.D.J., 1932, p. 70, 97; Dabin, J., *Le droit subjectif*, Paris: Dalloz, 1952, p. 109. La difficulté est parfois évacuée même dans les arguments philosophiques. Quand il présente l'argument libertarien en faveur du libre échange, Frank Garcia (*Building a Just Trade Order for a New Millennium*, Volume 33, n° 3/4, *George Washington International Law Review*, 2001, p. 1015) utilise un concept tel que le « free exercise of economic rights by private parties » ou « people's entitlements to their bodies and the fruits of their labor » (p. 1047). Pour démontrer ensuite que le libre échange peut aussi être défendu à partir d'un point de vue rawlsien, cet auteur avance que le libre échange réaliserait le principe d'égale liberté (des *individus*) (p. 1047 et s.) alors que le traitement spécial et différencié (des *Etats*) est essentiel pour la mise en œuvre du principe de différence: « *The principle of special and differential treatment accomplishes this [the difference principle] by putting the wealthy markets of well-endowed states in the service of the economic development of the less fortunate states* » (p. 1053). Outre qu'il considère l'Etat comme intrinsèquement justifié moralement, l'auteur modifie son point de vue en cours de raisonnement, en passant, sans trop s'en expliquer, de l'individu à l'Etat comme entité pertinente pour son analyse. Voy. toutefois l'explication plus complète du même auteur, *Trade and Justice: Linking the Trade Linkage Debates*, Volume 19, n° 2, *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, 1998, p. 405, note 61.

doivent ultimement être évaluées à l'aune des conséquences pour les individus.

Ceci étant dit, les groupes d'individus reconnus par le droit (par exemple, les Etats) ont aussi leur utilité pour réaliser la justice à l'intérieur de l'institution, fût-ce en excluant dans le même moment ceux qui n'en font pas partie et en leur déniaient par là le bénéfice de l'application des principes internes de justice. Il en va ainsi parce que les personnes morales constituent l'organisation juridique et politique d'un *demos* au sein duquel des principes de justice peuvent être débattus⁴³. Cet argument implique la reconnaissance que les entités juridiques sont justifiées notamment parce qu'elles contribuent à réaliser la justice entre individus. Mais en confirmant ainsi que les relations entre les personnes morales ne peuvent être évaluées indépendamment de leurs effets sur les individus, il suppose aussi la nécessité d'organiser justement les relations en dehors de cette entité ou entre les entités⁴⁴.

En revanche, les personnes morales posent des questions de gouvernance⁴⁵. Pour des raisons pratiques, à nouveau, le pouvoir sur la personne morale est confié à des individus qui sont censés l'exercer dans l'intérêt de la collectivité des membres. Le danger réside dans l'abus potentiel de ce pouvoir, c'est-à-dire dans son utilisation au profit d'un autre intérêt. Plutôt que servir la justice, les institutions peuvent aussi générer l'injustice.

⁴³ Lorsqu'on parle de personnes morales au sens large, le terme « *demos* » doit être compris dans une acception tout aussi large. Bien entendu, l'argument ne signifie pas que le *demos* serait de même nature dans un État, une société commerciale, ou une organisation internationale, ni que les mêmes principes de justice s'appliquent. Il soutient simplement que les personnes morales constituent un forum où les principes de distribution des richesses peuvent être discutés et acceptés.

⁴⁴ Ceci correspond à ce que S. Caney appelle une version « instrumentale » du cosmopolitisme (Caney, S., *Justice Beyond Borders – A Global Political Theory*, Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 159 et s.).

⁴⁵ Sur le lien entre le système étatique et le « déficit démocratique » de la société internationale, voy. Beviglia Zampetti, A., *Democratic legitimacy in the World Trade Organization: The justice dimension*, Volume 37, n° 1, *Journal of World Trade*, 2003, p. 109 et s.

Ainsi, aussi longtemps qu'on croit à la justice (ou aux relations économiques) entre les individus, il n'est pas cohérent de concevoir les personnes morales comme des boîtes noires, en feignant d'ignorer ce qui se passe à l'intérieur⁴⁶. A moins de soutenir que la justice ou l'économie concernent ultimement ces personnes morales, en reniant donc le principe d'individualisme, on ne peut élaborer une théorie de la justice ou de l'économie internationale sans envisager aussi les relations intra-étatiques.

Même si la distinction entre « dedans » et « dehors » associée avec la notion de personnalité juridique est un fondement de leur discipline, les juristes du monde libéral se sentent obligés d'adoucir les effets de leur propre théorie, en vue de protéger les individus au sein des personnes morales. Ceci revient à « sauter » au-dessus de la barrière que forme la personnalité morale. De telles règles existent pour les sociétés, où les intérêts des actionnaires sont, jusqu'à un certain point, protégés même dans le cas de contrats passés entre la société et les tiers⁴⁷. Le droit international humanitaire, ou les droits de l'homme, sont d'autres domaines dans lesquels l'écran de la personne morale (l'Etat) est parfois oublié en vue de protéger les individus. Par exemple, lorsque la Convention de Vienne sur le droit des traités autorise les Etats à suspendre le traité en réponse à sa violation par un autre Etat, elle ajoute que ceci n'est pas possible pour les traités qui protègent les droits de l'homme ou qui ont un caractère humanitaire⁴⁸. On remarquera qu'il ne s'agit pas de règles internes à l'entité juridique, mais qu'elles lui sont extérieures. C'est le droit pénal, et non le droit des sociétés, qui protège alors les actionnaires; c'est le droit international, et non le droit interne, qui sauvegarde les droits de l'homme.

Cette discordance peut en principe être résolue de deux manières. Du côté philosophique, on peut tenter de penser la justice en termes de

⁴⁶ Bien entendu, des considérations méthodologiques peuvent justifier qu'on ne traite pas toutes les questions en même temps. Un questionnement sur l'« intérieur » reste cependant indispensable.

⁴⁷ Voy. par exemple l'article 492*bis* Code pénal belge (abus de biens sociaux).

⁴⁸ Art. 60.5 de la Convention de Vienne. Voy. aussi Charnovitz, S., *The WTO's Problematic 'Last Resort' Against Noncompliance*, *Aussenwirtschaft*, 2002, p. 419-420.

groupes plutôt que d'individus. Si l'on pouvait considérer seulement les Etats, et non leurs citoyens, un des principaux problèmes de justice posé par les sanctions de l'OMC serait résolu⁴⁹. Ceci pourrait être proposé par certaines formes radicales de communautarisme, mais il est douteux que cela mène vraiment à une solution juste, sauf peut-être à définir en outre des principes internes de justice, auquel cas réapparaît le problème qu'on croyait avoir éliminé. Des versions non individualistes de l'économie pourraient aussi exister, mais elles remettraient sans doute en cause la totalité du projet de l'OMC. La question spécifique traitée ici semble ne pouvoir être réfléchie que dans un contexte d'individualisme.

L'autre manière de résoudre la difficulté serait de trouver une manière de tenir compte des intérêts des individus dans un système juridique formellement non individualiste, sans perdre les avantages techniques qu'apporte la personnalité juridique des Etats. C'est ce qu'ont fait certains juristes, mais pas dans le domaine des sanctions de l'OMC. Une forme d'effet direct, particulièrement développé en droit européen (communautaire et droits de l'homme), pourrait à cet égard être envisagée comme une solution.

7. Conclusion

Parmi les nombreuses questions de justice que pose le système économique international, celle de l'adéquation des sanctions prévues par le droit de l'OMC peut paraître mineure. Mais si l'on s'interroge sur les effets concrets des suspensions de concessions et d'autres obligations sur les acteurs économiques, l'importance systémique du problème apparaît plus clairement. Il s'agit en effet de concilier, dans un monde globalisé, une approche économique foncièrement libérale, donc individualiste, avec un système juridique basé sur l'Etat comme personne morale faisant écran à la représentation juridique

⁴⁹ Il faudrait alors éviter l'écueil, mis en évidence par S. Caney, consistant à appliquer à un groupe seulement des principes de justice dont les fondements impliquent logiquement leur application universelle (Caney, S., *Justice Beyond Borders – A Global Political Theory*, Oxford: Oxford University Press, 2005, spéc. p. 104 et s.).

des intérêts individuels sur la scène mondiale. Vue sous l'angle d'une philosophie de la justice individualiste, cette tension est la source d'une injustice qui provient de l'absence de coordination entre les décisions des Etats. Loin d'être une particularité de l'OMC, il s'agit là d'une application d'un problème plus général lié au concept juridique de personne morale.

Ceci ne doit cependant pas faire oublier les autres problèmes, notamment éthiques, que soulèvent les sanctions de l'OMC. Elles ne paraissent notamment pas fonctionner efficacement en faveur des plus faibles. Au-delà, ce sont les fondements mêmes de l'organisation actuelle des échanges mondiaux qui peuvent évidemment être évalués à l'aune de principes éthiques.