

## IDÉES ET PERSPECTIVES

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

par Henri Culot

*Chargé de cours invité à l'UCL*

*Avocat au barreau de Bruxelles*

### INTRODUCTION

#### § 1. Droit international, commerce, économie

Le traité de Westphalie constatait déjà « qu'il importe au public que, la paix étant faite, le commerce refleurisse de toutes parts »<sup>1</sup>. Mais le commerce ne s'épanouit pas sans règles. Ainsi, les liens étroits qu'entretiennent, depuis des siècles, le commerce international et le droit international, ne doivent pas étonner. Les règles juridiques ne servent pas seulement, dans ce domaine, à faciliter l'exercice des activités commerciales (en réduisant les barrières tarifaires et non tarifaires) et à prévenir les effets néfastes d'un commerce non régulé (en disciplinant les commerçants). Sur un plan plus théorique, le droit a, schématiquement, deux fonctions à l'égard de l'économie. D'une part, il aide l'économie à accomplir son rôle de maximisation des richesses, en établissant les conditions minimales de possibilité des échanges de ressources (le droit de propriété, l'échange par les contrats) et en corrigeant certaines imperfections du marché (par exemple les externalités)<sup>2</sup>. D'autre part, le droit est chargé de redistribuer les richesses en fonction de choix politiques basés sur des conceptions de la justice sociale.

L'Organisation mondiale du commerce administre un *corpus* de règles<sup>3</sup> aux champs d'application matériel et spatial étendus, quoiqu'il ne représente qu'une

\* Ce texte est une version remaniée de la présentation faite par l'auteur lors de la défense de sa thèse de doctorat à la Faculté de droit et de criminologie de l'UCL, le 19 juin 2012. Je remercie en particulier les membres du jury, composé des Professeurs Bernard Dubuisson (président), Philippe Coppens (promoteur), Christian Arnsperger et Paul Nihoul (membres du comité d'encadrement), Nicolas Angelet, Laurence Boisson de Chazournes et Pierre d'Argent.

<sup>1</sup> Art. 67 du Traité de Münster du 24 octobre 1648.

<sup>2</sup> Sur le rôle du droit en tant qu'il permet d'augmenter l'efficacité économique de l'échange contractuel, voy. E. BROUSSEAU, « L'économiste, le juriste et le contrat », in *Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du <sup>xx</sup> siècle*, Paris, L.G.D.J., 2001, pp. 153-176.

<sup>3</sup> Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, signé à Marrakech le 15 avril 1994 et décision 94/800/CE du Conseil du 22 décembre 1994 relative à la conclusion au nom de la Communauté européenne, pour ce qui concerne les matières relevant de ses compétences, des

petite partie des règles qui encadrent l'activité commerciale. Il détermine la manière dont les États peuvent ou doivent réglementer le commerce international des marchandises et des services, et protéger les droits intellectuels. Il s'applique à la plupart du commerce mondial, avec une vocation universelle.

## § 2. La sanction

La règle juridique peut-elle exister sans sanction ? H. Kelsen répond par la négative, car il assimile complètement la norme et la sanction, en affirmant que la première n'existe que par et dans la seconde. Cela revient au même, soutient-il, d'ordonner qu'un tel comportement soit adopté, ou de prescrire qu'une sanction soit appliquée à ceux qui ne l'adoptent pas <sup>4</sup>. Sans entrer ici dans les détails de l'analyse, on peut défendre une autre conception de la règle de droit, basée sur une lecture du *Concept de droit* de H.L.A. Hart <sup>5</sup>. Si l'on considère la règle juridique comme l'énoncé institutionnalisé d'un devoir-être internalisé par les sujets qui en sont les destinataires, la sanction ne fait pas partie de l'essence de la règle juridique, laquelle repose plutôt sur une conviction partagée que la règle est une raison acceptable d'agir. Sans doute cette conviction est-elle *révélee* par des marques d'approbation à l'égard de ceux qui se conforment à la règle, et des marques de désapprobation (dont des sanctions) à l'adresse de qui ne la respecte pas. Mais, outre que les marques de désapprobation ne sont pas toujours des sanctions, elles ne sont jamais qu'une manifestation extérieure de ce qui, précisément, est une conviction interne. Ceci étant, la sanction est un complément souvent utile pour améliorer l'efficacité de la règle.

Quoi qu'il en soit, cette analyse de la sanction permet au moins de comprendre que la sanction est une norme, et non, comme on le croit souvent, un fait : elle prescrit ce qui doit arriver lorsqu'une règle est violée, et se distingue du traitement matériel que subit, en fait, celui qui a manqué à ses obligations (par exemple à la suite d'une exécution forcée).

Le droit de l'OMC contient des sanctions au sens qui vient d'être esquissé. L'Annexe 2 de l'Accord sur l'OMC, intitulée « Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends » (Mémoire d'accord), détermine la manière de régler les litiges qui surviennent lorsqu'un État membre reproche à un autre de violer les règles de l'OMC <sup>6</sup>. Le Mémo-

accords des négociations multilatérales du cycle de l'Uruguay (1986-1994), *J.O.C.E.*, 23 décembre 1994, L 336, p. 1.

<sup>4</sup> H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> éd., trad. Ch. Eisenmann, Paris, L.G.D.J., Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 33, 123 ; H. Kelsen, *Théorie générale des normes*, trad. O. Beaud et F. Malkani, Paris, P.U.F., 1996, p. 176.

<sup>5</sup> H.L.A. Hart, *Le concept de droit*, trad. M. van de Kerchove, Bruxelles, F.U.S.L., 1976.

<sup>6</sup> Sur le règlement des différends à l'OMC, en général, voy. parmi d'autres E. CANAL-FORGUES, *Le règlement des différends à l'OMC*, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2008, 209 p. ; D. LUFF, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce — Analyse critique*, Bruxelles, Bruylant, Paris,

randum d'accord prévoit en substance que toute partie peut obtenir que le différend soit tranché par un groupe spécial et, en appel, par l'Organe d'appel, dont les rapports sont adoptés par l'Organe de règlement des différends (ORD). Ce mécanisme juridictionnel<sup>7</sup> est exclusif<sup>8</sup> et obligatoire<sup>9</sup> pour les

L.G.D.J., 2004, pp. 771-981 ; D. PALMETER et P.C. MAVROIDIS, *Dispute Settlement in the World Trade Organization : Practice and Procedure*, 2<sup>nd</sup> ed., Cambridge University Press, 2004, 330 p. ; R. WOLFRUM, P.-T. STOLL et K. KAISER (eds), *WTO — Institutions and Dispute Settlement*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2006, pp. 268-618 ; C. SCHUCHHARDT, « Consultations », in P.F.J. MACRORY, A.E. APPLETON et M.G. PLUMMER (eds), *The World Trade Organization : Legal, Economic and Political Analysis*, t. I, New York, Springer, 2005, pp. 1197-1232 ; W. ZDOUC, « The Panel Process », in P.F.J. MACRORY, A.E. APPLETON et M.G. PLUMMER (eds), *The World Trade Organization : Legal, Economic and Political Analysis*, t. I, New York, Springer, 2005, pp. 1233-1276 ; V. DONALDSON, « The Appellate Body : Institutional and Procedural Aspects », in P.F.J. MACRORY, A.E. APPLETON et M.G. PLUMMER (eds), *The World Trade Organization : Legal, Economic and Political Analysis*, t. I, New York, Springer, 2005, pp. 1277-1339.

<sup>7</sup> Sur le caractère juridictionnel du règlement des différends de l'OMC, voy. H. RUIZ FABRI, « La juridictionnalisation du règlement des litiges économiques entre États », *Rev. arb.*, 2003, pp. 881-947, spéc. pp. 902 et s. Le *Rapport sur le commerce mondial 2007. Soixante ans de coopération commerciale multilatérale : qu'avons-nous appris ?*, Genève, 2007, p. 301 parle de « décisions juridictionnelles ». En faveur du caractère juridictionnel, aussi (entre autres) H. ASCENSIO, « La notion de juridiction internationale en question », in *La juridictionnalisation du droit international*, Paris, Pedone, 2003, pp. 184-185 ; M.-A. FRISON-ROCHE, « Le principe du contradictoire et les droits de la défense devant l'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce », in H. RUIZ FABRI et J.-M. SOREL (dir.), *Le principe du contradictoire devant les juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2004, p. 133 ; Y. IWASAWA, « Third Parties Before International Tribunals : The ICJ and the WTO », in N. ANDO, E. MCWHINNEY et R. WOLFRUM (eds.), *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, Vol. 2, La Haye, Kluwer Law International, 2002, p. 872 ; P. LAMY, « The Place of the WTO and its Law in the International Legal Order », *E.J.I.L.* 17(5), 2006, pp. 975-977 ; H. LESAFFRE, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, L.G.D.J., 2007, spéc. pp. 336-415 ; D. MCRÆ, « What is the Future of WTO Dispute Settlement ? », *J.I.E.L.* 7(1), 2004, p. 8 ; A.D. MITCHELL et D. HEATON, « The Inherent Jurisdiction of WTO Tribunals : The Select Application of Public International Law Required by the Judicial Function », *Michigan Journ. Int. L.* 31(3), 2010, pp. 559-619 ; J. PAUWELYN, *Conflict of Norms in Public International Law — How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge University Press, 2003, p. 46 ; G. SACERDOTI, « Structure et fonction du système de règlement des différends de l'OMC : les enseignements des dix premières années », *R.G.D.I.P.*, 2006, pp. 769-800, spéc. 782 ; T.J. SCHOENBAUM, « WTO Dispute Settlement : Praise and Suggestions for Reform », *I.C.L.Q.* 47(3), 1998, p. 648 ; J.H.H. WEILER, « The Rule of Lawyers and the Ethos of Diplomats — Reflections on the Internal and External Legitimacy of WTO Dispute Settlement », *J.W.T.* 35(2), 2001, p. 201. *Contra* : D. CARREAU et P. JUILLARD, *Droit économique international*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2010, pp. 96 et s. ; C. SANTULLI, « Qu'est-ce qu'une juridiction internationale ? Des organes répressifs internationaux à l'O.R.D. », *A.F.D.I.*, 2000, pp. 58-81.

<sup>8</sup> Art. 23.1 du Mémorandum d'accord ; Groupe spécial, *États-Unis — Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur*, WT/DS152/R, 22 décembre 1999, 7.43. Aucune partie n'a interjeté appel de ce rapport. Les débats de l'ORD précédant son adoption révèlent l'accueil largement favorable qui lui fut réservé ; les États ont tout au plus cherché à apporter quelques nuances aux affirmations du groupe spécial (Procès-verbal de la réunion de l'ORD du 27 janvier 2000, WT/DSB/M/74, 22 février 2000, pp. 10-20) ; Groupe spécial, *Communautés européennes — Mesures affectant le commerce des navires de commerce*, WT/DS301/R, 22 avril 2005, 7.193. Les parties n'ont pas interjeté appel contre cette décision.

<sup>9</sup> Organe d'appel, *États-Unis — Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE — Hormones*, WT/DS320/AB/R, 16 octobre 2008, 340.

États. Il aboutit à des décisions qui les obligent en droit <sup>10</sup>. Si l'Organe de règlement des différends reconnaît l'existence d'une violation et impose en conséquence à l'État défendeur de se mettre en conformité avec ses obligations, et que ce dernier ne s'exécute pas, l'État plaignant peut être autorisé à suspendre certaines de ses obligations à l'égard du défendeur. Cette suspension d'obligations, prévue à l'article 22 du Mémoire d'accord, est généralement considérée comme la sanction du droit de l'OMC.

Depuis la création de l'OMC, des sanctions ont été autorisées dans une dizaine de différends, dont les plus connus sont sans doute les premiers, qui ont opposé les États-Unis et l'Union européenne sur les questions du bœuf aux hormones <sup>11</sup> et de l'importation des bananes <sup>12</sup>. À ces occasions, les États-Unis ont empêché l'importation de divers produits européens, certains typiques (le fromage de Roquefort), d'autres moins (les batteries ou les étuis à lunettes <sup>13</sup>). Par la suite, à l'occasion de différends peut-être moins médiatisés, les États-Unis ont plutôt tenu le rôle du sujet passif des sanctions <sup>14</sup>.

<sup>10</sup> Organe d'appel, *Japon — Taxes sur les boissons alcooliques*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, 4 octobre 1996, pp. 15-16 ; J.H. JACKSON, « The WTO Dispute Settlement Understanding — Misunderstandings on the Nature of Legal Obligation », *Amer. Journ. Int. Law*, 1997, pp. 60-64 ; C. SANTULLI, « Qu'est-ce qu'une juridiction internationale ? Des organes répressifs internationaux à l'O.R.D. », *A.F.D.I.*, 2000, p. 72 ; M. GARCIA-RUBIO, « Unilateral Measures as a Means of Forcible Execution of WTO Recommendations and Decisions », in L. PICCHIO FORLATI et L.-A. SICILIANOS (eds), *Les sanctions économiques en droit international — Economic Sanctions in International Law*, Leiden, Nijhoff, 2004, pp. 449-451 ; R.E. HUDEC, « Broadening the Scope of Remedies in WTO Dispute Settlement », in F. WEISS (ed.), *Improving WTO Dispute Settlement Procedures : Issues & Lessons from the Practice of Other International Courts & Tribunals*, Londres, Cameron May, 2000, p. 377 ; G. SACERDOTI, « Structure et fonction du système de règlement des différends de l'OMC : les enseignements des dix premières années », *R.G.D.I.P.*, 2006, p. 787.

<sup>11</sup> Décision de l'arbitre *Communautés européennes — Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones)* — Plainte initiale des États-Unis — Recours des Communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22 : 6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS26/ARB, 12 juillet 1999.

<sup>12</sup> Décision de l'arbitre *Communautés européennes — Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes* — Recours des Communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22 : 6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS27/ARB, 9 avril 1999.

<sup>13</sup> C.J., 9 septembre 2008, *FIAMM et FIAMM Technologies e.a. c. Conseil e.a.*, C-120/06 et C-121/06, *Rec.*, 2008, p. I-6513.

<sup>14</sup> Notamment Décision de l'arbitre *États-Unis — Traitement fiscal des « sociétés de ventes à l'étranger »* — Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22 : 6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends et de l'article 4.11 de l'Accord SMC, WT/DS108/ARB, 30 août 2002 ; Décision de l'arbitre *États-Unis — Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention* — Plainte initiale des Communautés européennes — Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22 : 6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS217/ARB/EEC, 31 août 2004 ; Décision de l'arbitre *États-Unis — Mesures visant la fourniture transfrontières des services de jeux et paris* — Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22 : 6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS285/ARB, 21 décembre 2007 ; Décision de l'arbitre *États-Unis — Subventions concernant le coton upland* — Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22 : 6 du

### § 3. Objectif et questions posées

Quels sont le rôle et la signification du système de sanctions dans le droit de l'Organisation mondiale du commerce ? Il s'agit de comprendre un mécanisme et son évolution, ce qui permet aussi d'apercevoir des perspectives pour l'avenir et d'améliorer notre compréhension de phénomènes plus larges, comme le développement du droit de l'OMC ou de la réglementation commerciale internationale. On aurait aussi pu relever les failles du système de sanctions (au regard de certains impératifs dont les plus évidents semblent être l'efficacité et la justice) et proposer un mécanisme différent qui n'aurait pas comporté les mêmes faiblesses. Ce n'est pas la voie qui fut suivie, même si l'explication mise en avant, fondée, comme on le verra, sur une perspective institutionnelle, n'est pas dénuée d'une appréciation normative. En particulier, un système conçu sur la base de relations contractuelles interétatiques peine à tenir compte des inégalités entre États et de la situation des personnes privées, ce qui mène à des injustices qui pourraient être réduites si le système se développe dans une perspective institutionnelle. En synthèse, la thèse a l'ambition de répondre à trois questions :

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

#### SECTION 1. — LE SYSTÈME DE SANCTIONS

Le droit de l'OMC accorde une grande importance à sa propre mise en œuvre, ou à son effectivité. Le fonctionnement du système de sanctions est régi par un ensemble de règles qui ont été précisées par la doctrine et la jurisprudence. Ces règles déterminent, premièrement, les conditions d'ouverture du droit de suspendre des obligations. Il s'agit principalement d'obtenir préalablement de l'Organe de règlement des différends une décision constatant la violation du droit de l'OMC et ordonnant à l'État défendeur de se mettre en conformité avec ses obligations. Si cette décision demeure inexécutée et que les États en cause ne sont pas convenus de compensations<sup>15</sup>, l'État plaignant peut être autorisé à pratiquer des sanctions. L'imposition de sanctions nécessite,

Mémoire d'accord sur le règlement des différends et de l'article 4.11 de l'Accord SMC, WT/DS267/ARB/1, 31 août 2009.

<sup>15</sup> L'article 22.1 du Mémoire d'accord définit les compensations comme des mesures temporaires, volontaires (c'est-à-dire acceptées par les parties au différend) et compatibles avec les

en second lieu, de respecter des conditions procédurales : l'État plaignant doit obtenir une autorisation de l'ORD (article 23 du Mémoire d'accord)<sup>16</sup>, ce qui implique, en pratique, de faire trancher par un arbitre le différend qui surgit toujours avec le défendeur quant aux caractéristiques des sanctions. Ces caractéristiques sont, elles aussi, régies par le Mémoire d'accord ; c'est sur ce troisième point qu'on trouve les développements les plus fournis en doctrine<sup>17</sup> et en jurisprudence. Le montant maximal des sanctions, surtout, est contesté devant l'arbitre ; c'est aussi le cas, dans une moindre mesure, de la correcte application par le plaignant des règles déterminant quelles obligations, parmi toutes celles du droit de l'OMC, peuvent être suspendues.

Sans s'attarder ici sur la description technique du mécanisme, cinq grandes caractéristiques du système de sanctions se dégagent de cet examen. Le système de sanctions est, premièrement, le fruit d'un droit *élaboré*, contenant une réglementation précise et détaillée ; sans ôter toute marge de manœuvre aux États, il circonscrit les sanctions en les assignant dans un secteur du commerce international et, surtout, en limitant leur montant. Et si quelques points suscitent encore la controverse, la jurisprudence s'emploie progressivement à préciser les règles et à dissiper les doutes. En deuxième lieu, le système de sanctions est prévu pour être *effectif*. Les règles qui le régissent permettent à tout État membre de l'utiliser, sans devoir obtenir l'autorisation de quelques grandes puissances ou d'un organe dont le mode de fonctionnement causerait des blocages. Une comparaison avec le système de sanctions du GATT ou avec celui de l'ONU est particulièrement éclairante à cet égard. Les sanctions ne sont pas non plus conçues ni pratiquées comme un outil aux effets si désastreux qu'ils retiennent la victime elle-même d'y avoir recours. Troisièmement, les sanctions ont une orientation *prospective*. Il ne s'agit pas de revenir sur le passé en cherchant à réparer un dommage, mais bien de rétablir pour l'avenir une situation de conformité aux règles commerciales<sup>18</sup>, sans compro-

Accords de l'OMC, moyennant lesquelles l'État plaignant renonce à appliquer des sanctions dans l'attente d'une solution définitive au différend.

<sup>16</sup> Groupe spécial, *États-Unis — Mesures à l'importation de certains produits en provenance des Communautés européennes*, WT/DS165/R, 17 juillet 2000, 6.37 et s. ; C. MOCQUART, « Efficacité des sanctions et retraits de concession dans le système de règlement des différends de l'OMC », *R.D.A.I.*, 2003, p. 42 ; D. LUFF, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce — Analyse critique*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2004, pp. 967 et s. ; X. ZHANG, « Implementation of the WTO Agreements : Framework and Reform », *Northwestern Journ. Int. L. & Business* 23(2), 2003, p. 394.

<sup>17</sup> Parmi beaucoup d'autres, M. JORDAN, *Sanktionsmöglichkeiten im WTO-Streitbeilegungsverfahren*, Berlin, Duncker & Humblot, 2005, pp. 109-141 ; Th. SEBASTIAN, « The law of permissible WTO retaliation », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, pp. 99-114 ; S. SHADIKHODJAEV, *Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, pp. 113-151.

<sup>18</sup> Voy. les dernières décisions sur la question : Décision de l'arbitre *États-Unis — Mesures visant la fourniture transfrontières des services de jeux et paris* — Recours des États-Unis à l'ar-

mettre le présent, c'est-à-dire en évitant que les sanctions mettent totalement fin à la coopération entre États en matière commerciale. Les sanctions sont, quatrième, étroitement *contrôlées*. Le recours aux sanctions n'est justifié que sur autorisation expresse de l'Organe de règlement des différends ; cette autorisation requiert elle-même que le « juge de l'OMC »<sup>19</sup> ait constaté une violation des règles. Un arbitre fixe préalablement des limites strictes en termes de montant et, dans une moindre mesure, de secteur d'application. Cinquième et en résumé, les sanctions de l'OMC sont des sanctions *spécifiques*, établies dans le cadre et pour les besoins de ce traité. Il ne s'agit pas d'un renvoi aux règles générales du droit international public<sup>20</sup>, mais d'un mécanisme *sui generis* conçu en fonction de besoins précis et dans la tradition du droit économique international.

bitrage au titre de l'article 22 : 6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS285/ARB, 21 décembre 2007, 2.7, 4.29, 4.84 ; Décision de l'arbitre *États-Unis — Subventions concernant le coton upland* — Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22 : 6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends et de l'article 4.11 de l'Accord SMC, WT/DS267/ARB/1, 31 août 2009, 3.43 ; en doctrine, B.I. BONAFÉ, « L'autorizzazione ad adottare contro-misure nel quadro dell'Organizzazione mondiale del commercio : il requisito delle "circostanze sufficientemente gravi" », in A. LIGUSTRO et G. SACERDOTI (a cura di), *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia. Liber amicorum in onore di Paolo Picone*, Naples, Editoriale scientifica, 2011, not. p. 501 ; S. CHARNOVITZ, « The WTO's Problematic "Last Resort" Against Noncompliance », *Aussenwirtschaft* 57(IV), 2002, p. 426 et les extraits cités ; J.M. FINGER, « A diplomat's economics : reciprocity in the Uruguay Round negotiations », *W.T.R.* 4(1), 2005, p. 32 ; P. GRANÉ, « Remedies under WTO Law », *J.I.E.L.*, 2001, p. 763 ; R.E. HUDEC, « The Adequacy of WTO Dispute Settlement Remedies », in B. HOEKMAN, P. ENGLISH, A. MATTO (eds), *Development, Trade and the WTO : A Handbook*, Washington DC, World Bank, 2002, p. 89 ; M.R. ISLAM, « Recent Trade Sanctions on the US to Induce Compliance with the WTO Ruling in the Foreign Sales Corporations Case : Its Policy Contradiction Revisited », *J.W.T.*, 2004, pp. 474-475 ; J.H. JACKSON, « Comment on chapter 2 », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 66 ; M. MATSUSHITA, T.J. SCHOENBAUM et P.C. MAVROIDIS, *The World Trade Organization — Law, Practice, and Policy*, Oxford University Press, 2003, p. 90 ; P.C. MAVROIDIS, « Remedies in the WTO Legal System : Between a Rock and a Hard Place », *E.J.I.L.*, 2000, p. 800 ; B.P. MCGIVERN, « Seeking Compliance with WTO Rulings : Theory, Practice and Alternatives », *Int. Lawyer* 36(1), 2002, p. 144 ; A.D. MITCHELL, *Legal Principles in WTO Disputes*, Cambridge University Press, 2008, p. 219 ; J. PAUWELYN, « The calculation and design of trade retaliation in context : what is the goal of suspending WTO obligations ? », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, pp. 43-56, 64 ; H. RUIZ FABRI, « Le contentieux de l'exécution dans le règlement des différends de l'OMC », *J.D.I.*, 2000, p. 632 ; P.-T. STOLL, « Article 22 DSU », in R. WOLFRUM, P.-T. STOLL et K. KAISER (eds), *WTO — Institutions and Dispute Settlement*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2006, p. 527. V. toutefois les (nombreuses) références citées par H. SPAMANN, « The Myth of "Rebalancing" Retaliation in WTO Dispute Settlement Practice », *J.I.E.L.* 9(1), 2006, p. 33, n° 3, même si *rebalancing* n'est pas toujours l'antinomie exacte de *compliance*.

<sup>19</sup> Cette appellation est utilisée notamment par H. RUIZ FABRI, « Le juge de l'OMC : ombres et lumières d'une figure judiciaire singulière », *R.G.D.I.P.*, 2006, pp. 39-83.

<sup>20</sup> En ce sens, A.D. MITCHELL, *Legal Principles in WTO Disputes*, Cambridge University Press, 2008, p. 211 ; P.-T. STOLL, « Article 22 DSU », in R. WOLFRUM, P.-T. STOLL et K. KAISER (eds), *WTO — Institutions and Dispute Settlement*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2006, p. 528.

## SECTION 2. — FONDEMENTS TRADITIONNELS DU SYSTÈME DE SANCTIONS ET LEURS INSUFFISANCES

Comment rend-on compte de ce système de sanctions dans la littérature juridique et économique ?

### § 1. Fondement économique

En économie, d'abord, les sanctions sont généralement présentées comme un élément de la construction et du maintien d'un système économique efficient au niveau mondial. Selon la théorie des avantages comparatifs développée au départ des écrits de D. Ricardo <sup>21</sup>, le libre-échange des marchandises et des services rend possible une division du travail qui permet à chacun de se spécialiser dans la production de ce qu'il fait avec le moins de ressources (relativement), et d'acheter ce qui lui manque aux producteurs étrangers qui consacrent aussi leurs ressources à produire dans le secteur où ils jouissent d'avantages comparatifs. Pour maximiser ses richesses, chaque État doit alors (notamment) adopter une politique d'ouverture au commerce international. On pourrait donc croire que le libre-échange, qui est, dans cette théorie, une condition d'un système économique efficient, advient naturellement et ne nécessite ni règles ni sanctions. Mais d'autres théories, regroupées au sein du courant appelé « nouvelle théorie du commerce international » <sup>22</sup>, ont montré que certains États peuvent avoir, dans des circonstances déterminées, un intérêt économique à ériger des obstacles au commerce, pratiquant ainsi une forme de *free riding* (une attitude de passager clandestin) qui reporte sur les autres États l'effet économique de l'inefficience créée par ces obstacles. Par ailleurs, des considérations étrangères à la maximisation des richesses, mais relevant plutôt de leur redistribution, expliquent aussi la présence d'obstacles au commerce. Dans ce contexte, le libre-échange ne s'établit pas naturellement mais seulement grâce à une coopération des États qui s'engagent à le pratiquer, renonçant réciproquement au *free riding* et à l'utilisation des obstacles au commerce international comme outils de redistribution. Les sanctions ont alors pour fonction d'assurer le maintien dans la durée de cette coopération entre les États, en annihilant, pour celui qui rétablirait des obstacles au commerce, le bénéfice qu'il escompte de son attitude non coopérative <sup>23</sup>.

<sup>21</sup> D. RICARDO, *On the Principles of Political Economy and Taxation*, 3<sup>rd</sup> ed., Londres, J. Murray, 1821, spéc. pp. 138 et s.

<sup>22</sup> Voy. M. RAINELLI, *La nouvelle théorie du commerce international*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, La Découverte, 2003.

<sup>23</sup> Voy. par exemple K. BAGWELL et R.W. STAIGER, *The Economics of the World Trading System*, Cambridge (MA), London, MIT Press, 2002, pp. 95 et s.

Par ailleurs, certains économistes, s'inspirant notamment de l'analyse économique du droit, expliquent les sanctions de l'OMC au moyen de la théorie de l'*efficient breach* <sup>24</sup>. Lorsque les circonstances évoluent de manière telle que la violation de ses obligations par un État lui procure un supplément de bien-être supérieur à la diminution de bien-être de ses partenaires commerciaux, il est efficient de le laisser violer ses engagements, tout en lui imposant d'indemniser ses partenaires préjudiciés. Ainsi l'analyse économique du droit justifie-t-elle, par exemple, le mécanisme de la résolution des contrats. Dans cette autre explication économique, les sanctions représentent l'indemnisation du cocontractant. L'obligation de les subir assure aussi qu'aucun État ne décidera de violer ses obligations si, au total, cette violation ne produit pas un supplément de bien-être.

## § 2. Fondement juridique

Les juristes expliquent généralement les sanctions de l'OMC par référence aux mécanismes de sanctions du droit international général <sup>25</sup>. La suspension d'obligations est présentée comme une forme de contre-mesures telles que celles prévues par les Articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État <sup>26</sup>, qui viennent sanctionner le non-respect d'une obligation secondaire de cessation. On peut aussi considérer les sanctions de l'OMC comme une application de l'exception d'inexécution en droit des traités <sup>27</sup> qui permet à l'État victime de la violation d'un traité, voire à toutes les parties à un traité multilatéral, de suspendre l'exécution de leurs obligations à l'égard de l'État fautif. Ceux qui expliquent ainsi les sanctions de l'OMC reconnaissent que la ressemblance n'est pas parfaite avec le mécanisme du droit international général auquel ils cherchent à les rattacher. Mais, comme le droit international général est, en règle, supplétif sur ces questions, il est aisé de présenter les particularités des sanctions de l'OMC comme des dérogations conventionnelles aux règles du droit général. L'attitude courante consiste alors à insister sur le caractère ponctuel de ces dérogations, pour mieux faire ressortir l'apparement entre les sanctions de l'OMC et celles du droit général.

Ces explications peuvent être considérées comme traditionnelles, respectivement chez les économistes et chez les juristes. Elles font partie, à l'évidence,

<sup>24</sup> Voy. par exemple W.F. SCHWARTZ et A.O. SYKES, « The Economic Structure of Renegotiation and Dispute Resolution in the World Trade Organization », *Journ. Legal Studies* 31(1)pt2, 2002, pp. S179-S204.

<sup>25</sup> Par exemple H. LESAFFRE, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, L.G.D.J., 2007, 614 p. ; S. SHADIKHODJAEV, *Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, pp. 7-47.

<sup>26</sup> Annexe à la Résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies du 12 décembre 2001, *Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, A/RES/56/83.

<sup>27</sup> Article 60 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités.

des fondements de l'existence et de la configuration du système de sanctions de l'OMC ; ce système, comme plus généralement le droit économique international, a été élaboré sur la base de la théorie économique du libre-échange et du droit international public moderne. Sans nier leurs spécificités respectives, ces deux socles entretiennent d'ailleurs une proximité basée sur une approche libérale (de l'économie et du droit international) et sur la souveraineté de l'État.

### § 3. Insuffisance de ces fondements

Mais ces deux explications, pour dominantes qu'elles soient, présentent des insuffisances de plus en plus criantes. On peut en relever cinq. Premièrement, chacune d'elle est construite au départ d'une seule discipline, sans suffisamment prendre en compte la manière dont la réalité est façonnée par une *combinaison* de considérations de divers ordres. En particulier, les sanctions de l'OMC ne se comprennent qu'en associant des analyses économiques, juridiques, historiques et politiques, au rang desquelles intervient, par exemple, la réputation des États (ou de leurs dirigeants)<sup>28</sup>. Les modèles utilisés par les économistes donnent une image simplifiée de la réalité, notamment en raison des présupposés et des concepts qu'ils utilisent, lesquels ne reflètent pas parfaitement la complexité des relations économiques internationales. Deuxièmement, ces deux explications centrent leur analyse sur l'État. C'est évident en droit international. Et même si l'État n'a guère de place dans la théorie économique libérale, l'économie internationale demeure focalisée sur le commerce transfrontière, c'est-à-dire celui que pratiquent des commerçants établis dans des États différents. Cet attachement à l'État n'est pas sans raison, mais il fait courir deux risques au moins : celui de négliger le phénomène de la mondialisation qui rend les frontières moins pertinentes et l'action de l'État national moins déterminante, comme on le constate notamment à l'observation des groupes multinationaux ; et celui de ne pas se préoccuper de la manière dont l'État prend des décisions, donc des mécanismes de gouvernance qui, de l'intérieur et de l'extérieur, façonnent sa politique. En particulier, l'action de chaque État peut difficilement être comprise sans examiner l'influence des acteurs privés (et de ceux qui portent leurs intérêts) sur les décisions et le comportement des États. Troisièmement, les explications traditionnelles ont tendance à représenter les changements économiques (et les règles qui, parfois, suscitent ces changements) comme un passage instantané d'un état stable à un autre. En réalité, ces changements sont permanents et leurs conséquences se déploient nécessairement dans une durée, au cours de laquelle les comportements et les

<sup>28</sup> Sur la réputation comme facteur du respect du droit international, voy. A.T. GUZMAN, *How International Law Works*, Oxford University Press, 2008, pp. 71-117.

préférences ne cessent de s'adapter, et les règles d'être modifiées. Ces explications négligent ainsi les effets, pourtant réels, de l'écoulement du temps. Quatrièmement, leur présupposé d'égalité (formelle) des États et des agents économiques nuisent à la prise en compte des problèmes de justice qui affectent le fonctionnement des sanctions du droit de l'OMC. En particulier, les explications traditionnelles n'intègrent pas les disparités entre États face aux possibilités concrètes (donc économiquement praticables) de mettre en œuvre des sanctions efficaces. Ainsi, les sanctions n'ont évidemment pas la même portée lorsqu'elles sont décidées par les États-Unis contre l'Union européenne, ou lorsqu'elles sont envisagées par Antigua et Barbuda contre les États-Unis. Les explications traditionnelles ne tiennent pas compte, non plus, des effets des sanctions sur les personnes privées, laissant aux États impliqués, s'ils le souhaitent, le soin de réparer le dommage de ceux qui seraient affectés, sans toutefois qu'une telle politique de réparation soit praticable, ni pratiquée, dans la réalité <sup>29</sup>. Cinquièmement, les différents aspects qu'on vient d'exposer expliquent pourquoi le modèle de réciprocité <sup>30</sup>, supposé régir les négociations commerciales multilatérales et justifier la règle d'équivalence des sanctions, paraît si éloigné de la réalité juridique et économique <sup>31</sup>. Politiquement, par contre, la réciprocité est un argument fort dans le discours de promotion des règles commerciales multilatérales.

### SECTION 3. — CONCEPTION INSTITUTIONNELLE DES SANCTIONS

Ces insuffisances des explications traditionnelles justifient le projet d'ajouter à la réflexion un angle de vision supplémentaire qui, sans les invalider, les nuance et les complète, dévoile ce que leurs fondements théoriques les empêchent d'explorer et redonne une cohérence à ce qu'elles considèrent comme des anomalies.

Je suis parti d'un cadre d'analyse différent, celui de publicistes français du début du XX<sup>e</sup> siècle, en particulier M. Hauriou, qui ont élaboré une théorie de l'institution permettant de rendre compte du phénomène de l'autorité en

<sup>29</sup> Sur ces problèmes de justice, voy. H. CULOT, « Une injustice des sanctions de l'OMC », in J. CHAISSE et T. BALMELLI (eds), *Essays on the Future of World Trade Organization, volume II : The WTO Judicial System : Contributions and Challenges*, Genève, Éditions Interuniversitaires Suisses (EDIS), 2008, pp. 283-308.

<sup>30</sup> Sur la réciprocité à l'OMC, voy. C. FREUND, « Reciprocity in Free Trade Agreements », *World Bank Working Papers*, 3061, 20 May 2003, 35 p., [www.worldbank.org](http://www.worldbank.org) (2 juillet 2003) ; J. BHAGWATI, *Going alone : The Case for Relaxed Reciprocity in Freeing Trade*, Cambridge (MA), MIT Press, 2002, 592 p. ; R.Z. LAWRENCE, *Crimes & Punishments ? — Retaliation under the WTO*, Washington, Institute for International Economics, 2003, pp. 21-25.

<sup>31</sup> En ce qui concerne spécifiquement les sanctions, H. SPAMANN, « The Myth of "Rebalancing" Retaliation in WTO Dispute Settlement Practice », *J.I.E.L.* 9(1), 2006, pp. 31-79.

dépassant le contrat. Les institutionnalistes parlaient surtout de l'État dans son organisation interne ; ils n'abordaient guère le domaine des relations internationales (et, évidemment, pas du tout l'OMC). L'intérêt de recourir à leurs écrits se trouve notamment dans leur construction de l'idéal-type de l'institution, qui se présente, en résumé, comme un projet soutenu par une structure d'autorité destinée à durer<sup>32</sup>. L'idée développée dans la thèse est que le GATT et l'OMC, partant d'une configuration plutôt contractuelle, ont évolué vers une structure plus institutionnelle. On est ainsi passé progressivement d'un traité conclu entre des États souverains, libres et égaux, prévoyant des engagements réciproques entre ces États, à une structure de pouvoir dotée d'une existence autonome, d'un projet propre et de pouvoirs pour le réaliser. L'OMC apparaît donc comme un de ces éléments d'un « droit de subordination » qui se développe au sein du droit international<sup>33</sup>, dont la fonction traditionnelle se limitait à coordonner les actions des États souverains.

L'analyse est construite en entonnoir, partant de l'objet plus général — l'OMC et son système juridique — pour ensuite examiner plus en détails le système de règlement des différends et enfin en arriver à l'examen des sanctions.

### § 1. Conception institutionnelle du droit économique international

On peut avancer une conception institutionnelle du droit économique international, en observant comment il s'est institutionnalisé pour aboutir à l'Organisation mondiale du commerce telle qu'on la connaît aujourd'hui. Ce phénomène implique le dépassement du simple accord contractuel entre partenaires étatiques considérés comme égaux, pour construire une autorité, durable, dotée d'un intérêt propre, fondée sur une conception d'un état du monde qu'elle est chargée de réaliser. L'institutionnalisation est visible dans le développement du GATT et de l'OMC, même si le projet n'est pas définitivement accompli. Elle se vérifie à la lumière de plusieurs évolutions révélant l'abandon progressif du modèle fondé sur les relations interétatiques, en faveur d'une réglementation objective du commerce international. Parmi ces éléments, on relève notamment l'augmentation du nombre de parties, l'affaiblissement de l'exigence d'unanimité entre elles, la constitution d'une véritable organisation internationale dotée d'organes qui prennent des décisions en son nom, une implication croissante des tiers (notamment des personnes privées) et le développement de

<sup>32</sup> M. HAURIU, « La théorie de l'institution et de la fondation (essai de vitalisme social) », in *La Cité moderne et les Transformations du Droit*, Paris, Bloud & Gay, 1925, p. 10.

<sup>33</sup> P. DAILLIER, M. FORTEAU et A. PELLET, *Droit international public*, 8<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 2009, n<sup>os</sup> 45-46, pp. 102-103.

règles générales s'imposant à tous dans l'intérêt collectif<sup>34</sup>. L'institutionnalisation donne une signification nouvelle au principe de réciprocité. Celle-ci se conçoit désormais de manière souple. Elle ne réside plus dans une équivalence des prestations réciproques, envisagées de manière bilatérale (qu'un contrat ne requiert certes pas, mais qu'il suppose sur le fondement de l'accord des parties), mais dans le bénéfice que tous les membres (et leurs entreprises et leurs citoyens) retirent du respect par chacun des règles qui s'imposent à tous.

Cette institutionnalisation n'est pas étonnante : son existence s'explique (factuellement) et se justifie (normativement) dans la mesure où l'institution est dotée de meilleurs outils pour faire face aux défis de l'économie internationale d'aujourd'hui — pour autant qu'on en fasse un usage adéquat. Une structure institutionnelle, avec un pouvoir qui s'impose aux États, permet de mieux garantir la sécurité qu'attendent les acteurs du commerce international. Elle offre aussi de plus larges possibilités d'inclure ces acteurs, et d'autres personnes privées, dans le fonctionnement de l'Organisation. Sur ces deux plans, l'institutionnalisation du GATT et celle de l'OMC ont permis de réelles avancées. On peut aussi espérer d'une institution plus de souplesse dans l'adaptation des règles à l'évolution des circonstances, notamment grâce au développement de règles de droit dérivé dont l'adoption ne nécessite pas l'accord unanime des membres. De ce point de vue, l'OMC demeure peu développée à ce jour : les compétences des organes habilités à décider au nom de l'Organisation ne sont guère étendues, sauf dans le règlement des différends, et la règle du consensus n'est pas très éloignée de l'exigence d'unanimité.

## § 2. Conception institutionnelle du règlement des différends

De manière plus particulière, l'institutionnalisation est visible dans le système de règlement des différends. On peut définir la juridiction à partir des quatre critères organique, procédural, matériel et de l'autorité de la chose jugée<sup>35</sup>. Ceci a permis de montrer, au regard de son évolution historique et de ses caractéristiques actuelles, que le mécanisme de règlement des différends de l'OMC est de nature juridictionnelle<sup>36</sup>, et qu'il s'apparente davantage à la juridiction judiciaire

<sup>34</sup> La débat sur la « nature » des obligations du droit de l'OMC a été nourri par J. PAUWELYN, « A Typology of Multilateral Treaty Obligations : Are WTO Obligations Bilateral or Collective in Nature ? », *E.J.I.L.* 14(5), 2003, pp. 907-951 et C. CARMODY, « WTO Obligations as Collective », *E.J.I.L.* 17(2), 2006, pp. 419-443.

<sup>35</sup> Pour un résumé des thèses en présence quant à la définition de la juridiction ou de l'acte juridictionnel par les auteurs français du début du XX<sup>e</sup> siècle, M.J. CHIDIAC, « Les critères de l'acte juridictionnel vus par la doctrine », *Rev. rég. dr.*, 1986, pp. 137-142 ; J. HÉRON, *Droit judiciaire privé*, Paris, Montchrestien, 1991, pp. 196-201 ; J. VINCENT et S. GUINCHARD, *Procédure civile*, 24<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1996, pp. 145-152.

<sup>36</sup> La doctrine affirmant le caractère juridictionnel du règlement de l'OMC est citée *supra*, note 7.

qu'à l'arbitrage. La qualification de mécanisme « quasi » juridictionnel, le plus souvent adoptée <sup>37</sup>, paraît donc, tout bien considéré, d'une prudence excessive.

La figure du juge de l'OMC marque les esprits comme constituant l'autorité chargée de régler les conflits commerciaux. Par sa voix, c'est l'OMC qui décide et qui impose ses vues aux États membres. C'est en cela que la juridictionnalisation est la manifestation, dans le règlement des différends, de l'institutionnalisation de l'OMC. Le développement d'une juridiction est simultanément un des principaux facteurs de l'institutionnalisation. Loin de pouvoir s'en tenir à l'application purement technique des règles des Accords, le juge de l'OMC est appelé à arbitrer des conflits de valeurs dont l'importance est à la mesure de l'ampleur de ses pouvoirs. Ceci explique aussi la virulence des critiques que ses décisions suscitent, notamment lorsqu'il faut trancher des différends où sont opposés à la liberté de commerce les besoins du développement, la nécessité de protéger l'environnement ou les risques pour la santé publique. La présence d'un juge contraint les États à justifier leurs actions par leur conformité au droit, plutôt que par l'exercice de leur puissance. En cela, le juge favorise une organisation des relations économiques internationales basée sur les règles plutôt que sur la puissance.

### § 3. Conception institutionnelle des sanctions

Ces développements sur l'institutionnalisation de l'OMC et la juridictionnalisation sont nécessaires si l'on veut défendre une conception institutionnelle des sanctions, qui puisse combler les lacunes des explications traditionnelles. L'institutionnalisation des sanctions se situe naturellement dans le prolongement de ce qui précède. Car il ne suffit pas de juger ; il faut encore que la décision du juge soit respectée.

<sup>37</sup> Voy. par exemple J. BACCHUS, « Table Talk : Around the Table of the Appellate Body of the World Trade Organization », *Vanderbilt Journ. Transnational L.* 35(4), 2002, p. 1025 ; A. BORDES, « Le rôle du mécanisme de règlement des différends de l'OMC, entre souveraineté réglementaire et institutionnalisation : quel avenir ? », in O. BLIN (dir.), *Regards croisés sur le règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce (OMC)*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 27 ; C.-D. EHLERMANN, « Tensions between the dispute settlement process and the diplomatic and treaty-making activities of the WTO », *W.T.R.* 1(3), 2002, p. 301 ; A. LANG et J. SCOTT, « The Hidden World of WTO Governance », *E.J.I.L.* 20(3), 2009, p. 607 ; J. MATON et C. MATON, « Independence Under Fire : Extra-legal Pressures and Coalition Building in WTO Dispute Settlement », *J.I.E.L.* 10(2), 2007, p. 318 ; J. MCCALL SMITH, « WTO dispute settlement : the politics of procedure in Appellate Body rulings », *W.T.R.* 2(1), 2003, p. 66 ; G. SACERDOTI, « The nature of WTO arbitrations on retaliation », in C.P. BOWN et J. PAUWELYN, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 23 (« not [...] as far as full judicialization ») ; R. SHERMAN et J. ELIASSON, « Trade Disputes and Non-state Actors : New Institutional Arrangements and the Privatisation of Commercial Diplomacy », *World Economy* 29(4), 2006, p. 485 ; P. VAN DEN BOSSCHE et G. MARCEAU, « Le système de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce. Analyse d'un système particulier et distinctif », *Revue du Marché Unique Européen*, 1998 (3), p. 34.

En mettant en place un système de sanctions élaboré et effectif dont il règle tous les détails, l'Accord de Marrakech se détache de la conception contractuelle du droit international public et de l'économie internationale. Il établit un système propre au droit de l'OMC, fondé sur une *lex specialis*<sup>38</sup> dont l'application ne nécessite pas de faire référence aux règles du droit international général. Au contraire, toute utilisation de sanctions extérieures au système de l'OMC est expressément interdite. Cette autonomie du système de sanctions, qu'exprime l'article 23 du Mémoire d'accord, est renforcée par l'interprétation des arbitres<sup>39</sup>.

Dans le contexte institutionnel, la suspension d'obligations vise, au moyen des techniques disponibles dans la communauté internationale d'aujourd'hui, au respect par tous des règles communes<sup>40</sup>, tout en construisant un rempart contre le risque du délitement de la coopération qu'on pourrait craindre d'une application incontrôlée de l'exception d'inexécution<sup>41</sup>.

Les sanctions interviennent à un double titre dans la conception institutionnelle de l'OMC. Elles sont un élément qui démontre la réalité de cette évolution, notamment en tant qu'instruments du pouvoir de l'Organisation. Elles prennent, dans un contexte institutionnel, un sens différent de celui qu'on leur donne dans un contexte contractuel.

Premièrement, un système élaboré de sanctions, dans le prolongement d'un mécanisme juridictionnel et obligatoire de règlement des différends, est le signe qu'il existe, au-delà du traité qui prévoit les obligations des États, une autorité qui leur impose sa volonté. Malgré leur application décentralisée, les sanctions de l'OMC sont le moyen par lequel elle exerce ses pouvoirs disciplinaires. L'analyse de la jurisprudence, et notamment la manière dont les arbitres insistent sur le respect des règles de l'OMC dans l'intérêt de tous, plutôt que sur l'équivalence des prestations réciproques des États en litige, révèle qu'ils promeuvent un intérêt institutionnel au-delà de la tâche qui consisterait simplement à trancher les différends entre les parties. Ce faisant, ils adoptent la même attitude que celle des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel.

<sup>38</sup> C.-E. CÔTÉ, *La participation des personnes privées au règlement des différends internationaux économiques : l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 108 et s. ; P. LAMY, « The Place of the WTO and its Law in the International Legal Order », *E.J.I.L.* 17(5), 2006, p. 975 ; S. SHADIKHODJAEV, *Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, pp. 10, 45.

<sup>39</sup> Notamment Groupe spécial, *États-Unis — Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur*, WT/DS152/R, 22 décembre 1999, 7.43 (aucune partie n'a interjeté appel de ce rapport) ; Groupe spécial, *Communautés européennes — Mesures affectant le commerce des navires de commerce*, WT/DS301/R, 22 avril 2005, 7.193 et s. (aucune partie n'a interjeté appel de ce rapport).

<sup>40</sup> V. les références citées *supra*, note 18.

<sup>41</sup> D.J. TOWNSEND, « Stretching the Dispute Settlement Understanding : U.S. — Cotton's Relaxed Interpretation of Cross-Retaliation in the World Trade Organization », *Richmond Journ. of Global L. and Business* 9(2), 2010, p. 141.

En second lieu, cette conception institutionnelle donne aussi aux sanctions de l'OMC un sens différent de celui que leur prête la conception traditionnelle. Lorsqu'on les envisage dans le contexte de l'évolution du GATT et de l'OMC, les sanctions apparaissent comme la marque d'un pouvoir de l'Organisation sur ses membres, dont la raison d'être est d'assurer la survie de l'Organisation nonobstant les défaillances de l'un ou l'autre membre. À cette fin, il faut à la fois punir les violations des règles, mais aussi éviter que la violation et la sanction aboutissent à une disparition de l'Accord, comme c'est souvent le cas en matière de contrats, pour promouvoir au contraire la poursuite de la coopération entre les parties. Il ne s'agit donc pas de restaurer un équilibre bilatéral entre les États en litige en dispensant l'une et l'autre parties du respect de leurs obligations, comme une sorte de résolution partielle. Il faut plutôt contraindre l'État défendeur à la mise en conformité. Les arbitres et la doctrine y ont insisté abondamment. On en trouve aussi la confirmation dans la pratique des États membres qui ont pratiqué des sanctions.

Entre ceux qui analysent les sanctions de l'OMC comme un mécanisme de rééquilibrage des obligations réciproques et ceux qui les considèrent comme une manière de contraindre au respect des règles, la perspective institutionnelle permet de trancher clairement en faveur des seconds, mais elle fournit surtout à cette solution une justification cohérente qui ne se limite pas à l'invocation du texte des Accords et de la jurisprudence. La perspective institutionnelle permet aussi de mieux prendre en compte les intérêts des tiers au différend : il ne s'agit plus seulement d'un litige entre deux États membres, mais bien d'une question de respect des règles communes qui, potentiellement, intéresse tous les membres, voire des tiers (notamment les commerçants). La perspective d'une mise en conformité est d'ailleurs la meilleure manière de réconcilier les sanctions avec les intérêts des acteurs du commerce international, à la recherche d'une sécurité qu'ils ne tirent pas seulement de l'*existence* des règles de l'OMC, mais aussi de leur *respect effectif*. Les sanctions ainsi conçues sont un élément clé de l'institutionnalisation du droit du commerce international, et c'est de là qu'elles reçoivent leur signification.