SOFT LAW ET DROIT DE L'OMC

Henri CULOT *

Résumé *: On peut comprendre la* soft law *en distinguant le caractère obligatoire des règles de leur force contraignante. Des exemples pris du droit économique international montrent qu'on ne peut pas simplement qualifier les règles de « contraignantes » ou « non contraignantes ». La contrainte existe toujours « dans une certaine mesure », dont l'évaluation est une des missions politiques du juge.*

Ainsi, l'analyse de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes relative à l'invocabilité du droit de l'OMC, plus particulièrement à son caractère « inconditionnel », révèle l'existence d'une politique jurisprudentielle modulant la force contraignante des règles juridiques.

D'autre part, les références à des textes de soft law *présentes dans les Accords de l'OMC relatifs aux mesures sanitaires et phytosanitaires (SPS) et aux obstacles techniques au commerce (OTC) sont un exemple de « reprise » de la* soft law *par le droit positif et, dès lors, de modification de la contrainte dont il est assorti. De nouveau, cette contrainte dépend en grande partie de l'appréciation du juge.*

1 Introduction
2 Obligation et contrainte
  2.1 Définitions ?
  2.2 Relations entre obligation et contrainte
3 Le droit de l'OMC serait-il « soft » ?
  3.1 Historique
  3.2 Accords de l'OMC
  3.3 Jurisprudence de la Cour de justice
  3.4 Règlement n° 1515/2001 du 23 juillet 2001

* Assistant à l'Université catholique de Louvain (henri.culot@uclouvain.be). Une première version de cet article a été présentée en mars 2005 lors d'une rencontre entre les facultés de droit de l'Université de Genève et de l'Université catholique de Louvain. Cette recherche a été partiellement financée par le *Human Potential Programme* (5e programme-cadre) de l'Union européenne, dans le cadre du réseau de recherche « Applied Global Justice » (HPRN-CT-2002-00231). L'auteur remercie le Pr Ph. Coppens pour ses conseils et ses commentaires éclairants.

3.5 Arrêt *Biret*
3.6 Enseignements
4 Traitement de certaines normes de *soft law* en droit de l'OMC
4.1 Codex alimentarius et Accord SPS
4.2 Normes internationales et Accord OTC
4.3 La présomption dans la jurisprudence
4.4 « Baser » et « conformer » dans la jurisprudence
4.5 Conséquences sur l'élaboration des normes internationales
4.6 Conséquences sur le caractère contraignant des normes internationales
5 Droit et contrainte
5.1 Force obligatoire du droit et contrainte
5.2 Contrainte et rôle du juge
6 Conclusion
Summary

1 INTRODUCTION

Cet article a pour objectif de contribuer à la compréhension de la notion de *soft law* – et peut-être aussi de *law* tout court – à la lumière de certains aspects du droit de l'Organisation mondiale du commerce (OMC).

Dans un premier temps, on propose de distinguer les concepts d'obligation et de contrainte, et de donner un aperçu des relations mutuelles qu'ils entretiennent (2). De manière explicite ou cachée, parfois confuse ou inappropriée, ces notions sont toujours mobilisées pour décrire la *soft law* et pour la distinguer du droit « obligatoire ».

Ensuite, deux questions principales sont abordées. Il s'agit d'une part d'examiner si le droit de l'OMC lui-même est à qualifier de *soft law*. La question peut paraître incongrue ou même sacrilège d'une certaine manière. Elle est pourtant posée, sous des formes parfois voilées, par plusieurs auteurs. On l'aborde ici par le biais de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, bel exemple des liens étroits qu'entretiennent, dans le discours juridique, l'obligation et la contrainte (3).

On étudie d'autre part deux mécanismes particuliers par lesquels le droit de l'OMC fait référence à des textes de *soft law*. Cette « incorporation » dans le droit classique modifie la force contraignante des règles de *soft law* (4).

Ces développements nous renseignent sur deux caractéristiques du droit (*soft* ou non), qui ramènent à la distinction entre obligation et contrainte. D'une part, il n'existe pas de division nette entre un droit qui contraindrait complètement et d'autres règles qui ne contraindraient pas. Toutes les règles contraignent, dans une certaine mesure. Vu sous l'angle de la contrainte, le concept de *soft law* s'apparente ainsi davantage à un pôle, une limite, qu'à une catégorie. D'autre part, déterminer de la force contraignante des règles est une œuvre largement jurisprudentielle. Il s'agit essentiellement d'une tâche de politique jurisprudentielle, marquée par les perspectives téléologiques de la juridiction qui l'accomplit (5).

2 OBLIGATION ET CONTRAINTE

2.1 Définitions ?

On se gardera d'imposer d'emblée une définition arrêtée de la *soft law*, dans l'espoir que ce texte permette au lecteur de mieux cerner cette notion. Mais, pour commencer à en parler, il faut s'entendre sur une définition servant, au mieux, d'hypothèse de travail[1].

La *soft law* se définit, positivement et négativement, par rapport aux règles de droit classique, celles du droit civil ou du droit pénal, par exemple. Elle s'en rapproche car elle décrit des comportements que son auteur souhaite voir adoptés par ses destinataires, aux fins de coordonner les actions des individus dans la société et de favoriser leur coopération. La *soft law* se distingue du droit classique parce que, dans un sens que ce texte cherche à préciser, elle *n'oblige* ou *ne contraint* pas[2].

L'absence d'obligation n'est pas une question de fait – comme le serait un feu rouge sans policier –, mais une question de droit. Le destinataire de la norme n'est, *en droit*, pas obligé de la respecter. L'inexistence d'une obligation juridique ne signifie pas non plus que la violation de la norme reste sans conséquence désagréable pour son destinataire. En d'autres termes, la différence ne vient pas de l'existence ou de l'absence d'une sanction[3], mais plutôt de l'intention de l'auteur de la norme soit

1. Plusieurs définitions de la *soft law* existent dans la doctrine. Voy. par exemple OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau – Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 119, qui parlent de « droit incitatif moulé dans des recommandations plus que dans des interdits comminatoires » et reconnaissent que « l'absence de sanctions "officielles" ne fait pas obstacle » à l'efficacité des règles.
2. Comp. GAUTIER (P.), *Essai sur la définition des traités entre États – La pratique de la Belgique aux confins du droit des traités*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 315-316, pour qui la *soft law* concerne les normes qui n'obligent pas juridiquement mais que l'on tente, par divers procédés, de « juridiciser ». Voy. aussi l'intéressant article de ABBOTT (K.W.), KEOHANE (R.O.), MORAVCSIK (A)., SLAUGHTER (A.-M.) et SNIDAL (D.), « The Concept of Legalization », *Int. Organization*, 2000, p. 401-419, qui définissent la juridicisation (et donc le caractère plus ou moins « soft » des règles) sur la base de trois critères : le caractère obligatoire, la précision et le degré de délégation dans l'application et la mise en œuvre. *Adde* ABBOTT (K.W.) et SNIDAL (D.), « Hard and Soft Law in International Governance », *Int. Organization*, 2000, p. 421 et s.
3. Voy. à ce sujet les conclusions de l'Avocat général Alber précédant l'arrêt C.J.C.E., 23 mars 2004, *République française c. Commission*, C-233/02, 54 : « force est de constater tout d'abord que la circonstance que les lignes directrices ne prévoient pas de sanctions ni de responsabilité en cas de non-respect, ni de mécanisme de règlement des différends, n'interdit pas – contrairement à l'analyse de la Commission – de les considérer néanmoins comme document obligatoire car ce ne sont pas là des éléments indispensables à l'effet obligatoire d'un arrangement. L'absence de disposition expresse relative aux sanctions est sans incidence, puisque les traités internationaux sont soumis au principe *pacta sunt servanda* […]. Du reste, s'il s'agit d'un accord obligatoire en droit international public, les principes généraux du droit international public relatifs à la responsabilité des sujets de droit international s'appliqueront en l'absence de règle expresse dans les lignes directrices. »

d'obliger sur le terrain du droit (droit classique), soit de contraindre autrement ou de ne pas contraindre (*soft law*)[4].

Pour la clarté de l'exposé, nous proposons d'utiliser le vocable « obligation » et ses dérivés pour désigner les règles prescrivant, *dans le champ du droit*, un comportement déterminé. La « contrainte », dans une acception générale, fait référence aux mécanismes, notamment – mais pas uniquement – juridiques, motivant ou forçant les individus à respecter une règle[5], juridique ou non. La contrainte peut être faible, ou au contraire tellement forte qu'elle ne laisse, *en fait*, aucun choix à son destinataire.

2.2 Relations entre obligation et contrainte

Cette distinction théorique entre obligation et contrainte ne doit pas cacher les liens bidirectionnels existant entre les deux notions dans le « monde réel », celui – selon l'expression désormais célèbre parmi les spécialistes de l'OMC – « où les gens vivent, travaillent et meurent »[6].

D'une part, le système juridique contient de nombreuses règles créant une contrainte, notamment les sanctions. Une des principales fonctions du droit est d'instaurer des mécanismes de contrainte assurant largement le respect des règles[7]. L'intérêt pratique de qualifier une règle d'obligation (juridique) réside principalement dans la possibilité qui s'ouvre alors de la rendre contraignante au moyen du système juridique (tribunaux, exécution forcée, etc.), la contrainte juridique s'ajoutant ou se substituant aux contraintes non juridiques (honneur, intérêt[8], etc.)[9]. Cet

4. Se détachant sur ce point de la théorie d'Austin, Hart a mis en lumière la distinction entre être obligé (« be obliged »), ce que nous appelons ici contrainte, et avoir une obligation (« have an obligation »), qui désigne les obligations juridiques. Voy. HART (H.L.A.), *The Concept of Law*, 2nd ed., Oxford, Clarendon Press, 1994, spéc. p. 82 et s.
5. Voy. HART (H.L.A.), *The Concept of Law*, 2nd ed., Oxford, Clarendon Press, 1994, spéc. p. 83, qui ajoute que les croyances ou les motivations des sujets à propos de l'existence d'une contrainte ne sont ni nécessaires, ni suffisantes, pour démontrer l'existence d'une obligation.
6. Organe d'appel, *CE – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (Hormones)*, 16 janvier 1998, WT/DS48/AB/R, 187. L'Organe d'appel s'est toujours montré défavorable à une interprétation abstraite ou désincarnée du droit de l'OMC. Dans un de ses premiers rapports, il écrivait : « Les règles de l'OMC sont fiables, compréhensibles et applicables. Elles ne sont pas rigides ou inflexibles au point d'interdire tout jugement motivé face aux flux et reflux incessants et toujours changeants de faits réels concernant des affaires réelles dans le monde réel. » (Organe d'appel, *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques*, 4 octobre 1996, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R et WT/DS11/AB/R, p. 35).
7. Comp. CHARNEY (J.L.), « Compliance With International Soft Law », *in* SHELTON (D.) ed., *Commitment and Compliance – The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford, O.U.P., 2000, p. 116.
8. Voy. VIRALLY (M.), « La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique (à l'exception des textes émanant des organisations internationales) – Rapport provisoire », *A.I.D.I.*, 1983, p. 229.
9. Voy. ABBOTT (K.W.) et SNIDAL (D.), « Hard and Soft Law in International Governance », *Int.*

article est focalisé sur la contrainte résultant spécifiquement du système juridique, simplement désignée par le mot « contrainte ».

D'autre part, l'existence d'une contrainte juridique peut parfois constituer un critère du caractère obligatoire de la règle. Si l'auteur d'une règle a voulu que le système juridique s'efforce de la faire respecter, on peut considérer – sous réserve d'éléments contradictoires – qu'il l'a inscrite dans le champ du droit. C'est peut-être parce que l'intensité de la contrainte[10] est variable que certains ont cru déceler « une certaine gradation dans la force obligatoire »[11], ce que d'autres rejettent formellement[12]. Nous n'entendons pas nous prononcer ici sur cette controverse, qui n'est pas d'un intérêt fondamental pour notre propos, dont l'objet réel est d'observer les moyens qui permettent de rendre la règle contraignante[13]. Alors qu'on peut en douter pour l'obligation, nul ne contestera, sans doute, qu'une contrainte, très faible, très forte ou intermédiaire, reste une contrainte.

Ce texte montre comment, dans le monde réel, le droit et ses acteurs modulent la force contraignante de certaines normes, tout en tentant de respecter formellement leur caractère obligatoire (ou non).

Organization, 2000, p. 421-456, spéc. p. 427 et s. ; HILLGENBERG (H.), « A Fresh Look at Soft Law », *E.J.I.L.*, 1999, spéc. p. 506 et s.

10. Cette variabilité de la contrainte provient de l'intensité des sanctions. Elle découle aussi de la distinction entre règles et principes, ces derniers n'obligeant pas de la même manière que les règles, quoiqu'ils soient, comme elles, obligatoires (voy. DWORKIN (R.), *Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth, 1987, spéc. p. 35).

11. Pour une position plutôt en ce sens, voy. FLÜCKIGER (A.), « Régulation, dérégulation, autorégulation : l'émergence des actes étatiques non obligatoires », *Revue de droit suisse*, 2004, p. 159-303, spéc. p. 234 et s.

12. Par exemple WEIL (P.), « Vers une normativité relative en droit international », *R.G.D.I.P.*, 1982, p. 5-47 ; CHARNEY (J.L.), « Compliance With International Soft Law », *in* SHELTON (D.) ed., *Commitment and Compliance – The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford, O.U.P., 2000, p. 115 ; KLABBERS (J.), *The Concept of Treaty in International Law*, La Haye, Kluwer Law International, 1996, p. 157-164. Sur cette controverse, voy. GAUTIER (P.), *Essai sur la définition des traités entre États – La pratique de la Belgique aux confins du droit des traités*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 319 et s. et les références citées. Voy. aussi la position de ABI-SAAB (G.), « Éloge du "droit assourdi" – Quelques réflexions sur le rôle de la *soft law* en droit international contemporain », *in Nouveaux itinéraires en droit – Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 59-68.

13. Sur les liens entre obligation et contrainte en droit international, comp. l'exposé de VIRALLY (M.), « La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique (à l'exception des textes émanant des organisations internationales) – Rapport provisoire », *A.I.D.I.*, 1983, p. 241-253.

3 LE DROIT DE L'OMC SERAIT-IL « SOFT » ?

Dans sa version actuelle, le droit de l'OMC résulte d'un traité international « classique »[14], de ses annexes et de ses amendements, dont la juridicité n'est pas discutable. Pourtant, dans l'ordre international et dans l'ordre communautaire, on a mis en doute la juridicité du traité de l'OMC et des décisions prises par l'Organe de règlement des différends (ORD), pour en atténuer le caractère contraignant.

3.1 Historique

Les origines juridiques de l'OMC remontent à l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT), entré provisoirement en vigueur en 1947, dans l'attente de la création d'un cadre institutionnel, la future Organisation internationale du commerce. Faute d'accord des États, cette dernière ne vit jamais le jour, et le GATT subsista comme un simple accord pendant près de cinquante ans[15].

Quoique transitoire, le GATT contenait sans conteste des règles de droit international qui, comme telles, s'imposaient aux États. Il existait, dès cette époque, une possibilité de contrôle du respect par les États de leurs obligations[16], contrôle susceptible d'aboutir à une autorisation de suspendre des concessions[17]. Ce mécanisme, apparenté à l'exception d'inexécution du droit privé, avait des vertus mi-comminatoires, mi-indemnitaires ; mais il ne pouvait être mis en œuvre qu'avec l'accord consensuel des États contractants, y compris celui dont le comportement était critiqué.

Dans ces conditions, le respect des règles ne pouvait être que « volontaire », ceux qui s'en écartaient ne risquant aucune sanction qu'ils n'auraient acceptée – à tout le moins aucune sanction justifiée en droit dans le cadre du GATT. Cette circonstance, ainsi que le principe de réciprocité[18] à la base de l'Accord général, expliquent en partie les pratiques de négociation en vigueur pendant de nombreuses années. Lorsqu'un État estimait qu'un autre violait ses obligations, ou lorsqu'il se sentait lésé

14. Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, signé à Marrakech le 15 avril 1994 et Décision 94/800/CE du Conseil, du 22 décembre 1994 relative à la conclusion au nom de la Communauté européenne, pour ce qui concerne les matières relevant de ses compétences, des accords des négociations multilatérales du cycle de l'Uruguay (1986-1994), *J.O.C.E.*, 23 décembre 1994, L 336 (ci-après « Accord OMC »).
15. REY (J.-J.) et DUTRY (J.), *Institutions économiques internationales*, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 23 et s. et JACKSON (J.H.), *The World Trading System – Law and Policy of International Economic Relations*, 2nd ed., Cambridge (MA), Londres, MIT Press, 1997, p. 35 et s.
16. Art. XXIII.1, a), du GATT de 1947 ; C.J.C.E., 12 décembre 1972, *International Fruit Company*, 21-24/72, *Rec.*, 1972, p. 1219, 25 ; C.J.C.E., 22 juin 1989, *Fédération de l'industrie de l'huilerie de la CEE (Fediol)*, 70/87, *Rec.*, 1989, p. 1781, 36.
17. Art. XXIII.2 du GATT de 1947.
18. Troisième considérant du GATT de 1947, dont le contenu est également exprimé au troisième considérant de l'Accord OMC.

dans l'application des Accords (même sans faute du cocontractant[19]), il entamait des négociations avec les États impliqués, dans l'espoir de dégager une solution amiable. Dans ce cadre, le respect des règles se réduisait souvent au mieux à un argument de négociation qui n'impressionnait guère la partie adverse. Que la solution finalement convenue soit ou non conforme au traité avait en définitive peu d'importance[20].

La pratique historique du règlement négocié des différends explique peut-être qu'aujourd'hui, certains prétendent que le droit de l'OMC est un « droit négocié », ce qui est indubitable quant à ses sources, mais inexact si l'on veut parler de son caractère obligatoire et contraignant[21].

3.2 Accords de l'OMC

Le traité OMC et ses annexes contiennent plusieurs dispositions relatives à leur propre juridicité[22]. Peut-être pour établir clairement la volonté des États, eu égard à la pratique antérieure et à ce que l'on en avait dit, l'article II.2 de l'Accord OMC précise que « les accords et instruments juridiques connexes repris dans les Annexes 1, 2 et 3 […] sont contraignants pour tous les Membres »[23]. Chaque membre est chargé d'assurer « la conformité de ses lois, réglementations et procédures administratives avec ses obligations telles qu'elles sont énoncées dans les Accords »[24]. L'emploi du mot *obligations* n'est pas anodin. S'il a été accepté par les nombreux États fondateurs de l'OMC, par principe réservés à l'idée de limiter leur souveraineté en se liant en droit, c'est qu'il s'agissait bien d'affirmer que les Accords de l'OMC formulent des obligations juridiques. On pourrait concevoir que des États se refusent à parler d'obligations internationales dans les cas où – pourtant – elles existent. Mais dans la configuration actuelle des relations internationales, on ne peut imaginer que tant d'États aient commis l'erreur inverse.

Les différends sont réglés conformément aux règles de droit. L'article 3.2 du Mémorandum d'accord[25] indique clairement que « les recommandations et décisions

19. Art. XXIII.1, b) et c), du GATT de 1947 ; C.J.C.E., 22 juin 1989, *Fédération de l'industrie de l'huilerie de la CEE (Fediol)*, 70/87, *Rec*., 1989, p. 1781, 36.
20. Certains auteurs ont cependant montré que le système du GATT était davantage basé sur le respect des règles qu'on ne le pense habituellement. Voy. JACKSON (J.H.), *The World Trading System – Law and Policy of International Economic Relations*, 2nd ed., Cambridge (MA), Londres, MIT Press, 1997, p. 112 et s.
21. Pour une vision historique du GATT et de l'OMC en termes de force contraignante des règles, voy. ABBOTT (K.W.) et SNIDAL (D.), « Hard and Soft Law in International Governance », *Int. Organization*, 2000, p. 436 et GOLDSTEIN (J.) et MARTIN (L.L.), « Legalization, Trade Liberalization, and Domestic Politics : A Cautionary Note », *Int. Organization*, 2000, p. 603-632.
22. Une pratique similaire est observable dans la Communauté européenne, qui croit utile de rappeler, à la fin de ses règlements, que « le présent règlement est obligatoire dans tous ses éléments ».
23. Le mot « contraignant » est peut-être mal choisi. Comp. la version anglaise : « The agreements […] are […] binding on all Members. »
24. Art. XVI.4 de l'Accord OMC.
25. Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, qui forme l'Annexe 2 de l'Accord OMC (ci-après « Mémorandum d'accord »).

de l'ORD ne peuvent pas accroître ou diminuer les droits et obligations énoncés dans les accords visés ». Cette phrase exprime dans une forme moderne l'idée ancienne du juge comme (simple) bouche de la loi. L'évolution de la jurisprudence a déjà démontré que, dans le cas de l'OMC également, cette idée relève de la fiction[26]. Mais elle impose au juge de justifier ses décisions sur la base des textes des traités et lui interdit corrélativement de statuer en amiable compositeur. L'ORD se soumet respectueusement à cette exigence, à tout le moins dans son aspect formel[27].

Cette simple lecture des textes indique clairement que le caractère obligatoire des règles de l'OMC n'est pas douteux. La jurisprudence le confirme volontiers. « We recall that, pursuant to the general principle of international law *pacta sunt servanda,* as embodied in Article 26 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (1969), States are not only presumed to perform their treaty obligations in good faith, they are expected and obliged to do so. […] We are mindful that the Vienna Convention is not intended to prevail over special provisions contained in other treaties applicable between the parties. However, we do not read anything in the DSU or in the SCM Agreement which would create a right not to comply with DSB recommendations and rulings. »[28]

Que les États n'exécutent pas correctement toutes leurs obligations et que les institutions internationales ne soient pas toujours en mesure de les y contraindre effectivement n'ôte pas aux règles leur caractère obligatoire[29].

3.3 Jurisprudence de la Cour de justice

Adoptant une position ambiguë au sujet de la juridicité du droit de l'OMC, la Cour de justice s'emploie à atténuer sa force contraignante. La position de la Cour contraste ainsi avec son attitude habituelle, et plus généralement celle des juristes, qui consiste à « renforcer le caractère juridique », donc contraignant, des règles[30].

---

26. Pour un exemple (à propos duquel on pourrait discuter), voy. DAS (B.L.), *The WTO and the Multilateral Trading System – Past, Present and Future*, Penang, Third World Network, Londres, Zed Books, 2003, p. 97 et s.
27. Organe d'appel, *Chili – Taxes sur les boissons alcooliques*, 13 décembre 1999, WT/DS87/AB/R et WT/DS110/AB/R, 79.
28. Décision de l'arbitre *Canada – Crédits à l'exportation et garanties de prêts accordés pour les aéronefs régionaux – Recours du Canada à l'arbitrage au titre de l'article 22 :6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends et de l'article 4.11 de l'Accord SMC*, WT/DS222/ARB, 17 février 2003, 3.104.
29. JACKSON (J.H.), « International Law Status of WTO Dispute Settlement Reports : Obligation to Comply or Option to "Buy Out" ? », *Amer. J. Int. L.*, 2004, p. 117.
30. Voy., au sujet de l'attitude générale du monde juridique, GAUTIER (P.), *Essai sur la définition des traités entre États – La pratique de la Belgique aux confins du droit des traités*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 316.

Cette jurisprudence trouve sa source dans la période antérieure à la naissance de l'OMC et concerne l'invocation des règles du GATT par les personnes privées ou les États membres, à l'appui de recours contre certains actes adoptés par la Communauté européenne[31].

En droit européen « interne », la Cour de justice admet, depuis son arrêt *Van Gend & Loos*[32], que les dispositions du traité CE ne s'adressant pas directement aux particuliers peuvent être invoquées par ces derniers devant les juridictions nationales ou européennes à la condition qu'elles soient claires, précises et inconditionnelles[33]. Cette jurisprudence a été précisée et étendue à d'autres types d'actes, dont les directives[34] et les traités conclus par la Communauté[35]. Les particuliers peuvent invoquer les règles claires, précises et inconditionnelles à diverses fins, notamment pour obtenir l'annulation d'actes communautaires ou éventuellement nationaux, la non-application d'une règle qui leur serait contraire, ou pour mettre en cause la responsabilité d'une institution qui les aurait violées[36]. Pour la Cour, une fonction de l'effet direct est de renforcer la contrainte pesant sur les États membres de respecter le droit communautaire[37] et, en conséquence, d'en augmenter la cohérence.

On aurait pu croire que la Cour de justice appliquerait de la même manière le triple critère – clarté, précision, inconditionnalité – aux règles du GATT, puis de l'OMC. Toutefois, dès son arrêt *International Fruit Company*, la Cour refuse à une entreprise le droit de se prévaloir des dispositions du GATT. La Cour semble ranger le GATT dans la catégorie de la *soft law* ou, à tout le moins, le considérer comme un

---

31. On peut contester que la jurisprudence de la Cour relative au droit de l'OMC concerne l'effet direct, entendu dans un sens restrictif. Il est certain, cependant, qu'elle a trait aux conditions dans lesquelles les particuliers peuvent invoquer un traité international devant une juridiction interne ou communautaire. Vu sous cet angle, le débat est sans conteste apparenté à celui de l'effet direct au sens strict, qui apparaît comme un cas particulier d'invocation du droit international. On s'intéresse ici davantage aux arguments de la Cour pour admettre ou dénier l'invocabilité, plutôt qu'à la conséquence de celle-ci. C'est dans cette mesure que se justifie le rapprochement des décisions citées ci-après.
32. C.J.C.E., 5 février 1963, *Van Gend & Loos*, 26/62, *Rec*., 1963, p. 3.
33. Sur ce critère et ses liens avec la volonté des auteurs de la règle internationale, voy. VERHOEVEN (J.), « La notion d'"applicabilité directe" du droit international », *R.B.D.I*., 1980, p. 261 et s. et VERHOEVEN (J.), « Applicabilité directe des traités et "intention des parties contractantes" », *in Liber amicorum E. Krings*, Bruxelles, Story Scientia, 1991, p. 895 et s.
34. C.J.C.E., 17 décembre 1970, *SACE*, 33/70, *Rec*., 1970, p. 1213.
35. 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.
36. Voy. *infra*, notes 57, 58 et 59.
37. C.J.C.E., 5 février 1963, *Van Gend & Loos*, 26/62, *Rec*., 1963, p. 3 : « que la vigilance des particuliers intéressés à la sauvegarde de leurs droits entraîne un contrôle efficace qui s'ajoute à celui que les articles 169 et 170 confient à la diligence de la Commission et des États membres » (p. 25). Voy. également BRAND (R.A.), « Direct Effect of International Economic Law in the United States and the European Union », *Northwestern Jour. Int. Law & Business*, 1996/1997, p. 573 ; TRACHTMAN (J.P.), « Bananas, Direct Effect and Compliance », *E.J.I.L*., 1999, p. 655 et s. ; ABBOTT (K.W.) et SNIDAL (D.), « Hard and Soft Law in International Governance », *Int. Organization*, 2000, p. 428.

droit qui n'est pas (ne doit pas être) trop contraignant. Ainsi, le GATT serait « caractérisé par une grande souplesse de ses dispositions, notamment de celles qui concernent les possibilités de dérogation, les mesures pouvant être prises en présence de difficultés exceptionnelles et le règlement des différends »[38]. La Cour mentionne plusieurs règles de l'Accord général permettant de déroger aux obligations qu'il établit ou prévoyant des négociations entre États pour aboutir à des solutions mutuellement acceptables. Elle met en exergue les expressions plus diplomatiques qu'impératives : les États « pourront entrer en consultation », ils « examiner[ont] avec compréhension »[39]. La Cour entend ainsi démontrer que les dispositions du GATT ne sont pas inconditionnelles[40].

Dans ses arrêts *Fediol*[41] et *Nakajima*[42], la Cour reconnaîtra la possibilité d'invoquer les règles du GATT qui ont été « incorporées » dans un acte de droit européen dérivé, ou lorsqu'il s'agit de vérifier la conformité au GATT d'un acte par lequel la Communauté entend mettre en œuvre ses obligations découlant de l'Accord général[43].

Les différences d'appréciation par la Cour des critères de l'effet direct, selon qu'il s'agit du droit européen ou du GATT, interpellent les juristes européens. Pourtant, les motifs justifiant l'effet direct des dispositions « douanières » du Traité de Rome ne sont pas tous transposables au GATT[44]. Ainsi, on ne peut pas affirmer sans réserve, par exemple, que les citoyens des États membres du GATT sont « appelés à collaborer » à son fonctionnement, ni qu'ils sont des sujets de l'ordre juridique « gattien »[45]. Par contre, certains attendus de l'arrêt *Van Gend & Loos*

38. C.J.C.E., 12 décembre 1972, *International Fruit Company*, 21-24/72, *Rec*., 1972, p. 1219, 21. Voy. aussi C.J.C.E., 22 juin 1989, *Fédération de l'industrie de l'huilerie de la CEE (Fediol)*, 70/87, *Rec*., 1989, p. 1781, 19 ; C.J.C.E., 5 octobre 1994, *R.F.A. c. Conseil (Bananes I)*, C-280/93, *Rec*., 1994, p. I-4973, 106.
39. C.J.C.E., 12 décembre 1972, *International Fruit Company*, 21-24/72, *Rec*., 1972, p. 1219, 22-23, qui cite les articles XXI.1 et XXII.2 du GATT de 1947.
40. Cette absence du caractère inconditionnel sera clairement affirmée plus tard, dans l'arrêt C.J.C.E., 5 octobre 1994, *R.F.A. c. Conseil (Bananes I)*, C-280/93, *Rec*., 1994, p. I-4973, 110.
41. C.J.C.E., 22 juin 1989, *Fédération de l'industrie de l'huilerie de la CEE (Fediol)*, 70/87, *Rec*., 1989, p. 1781.
42. C.J.C.E., 7 mai 1991, *Nakajima All Precision Co. Ltd*, C-69/89, *Rec*., 1991, p. I-2069, spéc. 31-32. La Cour indique qu'il ne s'agit pas ici d'invoquer l'effet direct, mais de présenter un moyen d'annulation tiré de la violation d'un traité international (28).
43. Sur cette évolution jurisprudentielle, voy., parmi de nombreux autres, EECKHOUT (P.), « The Domestic Legal Status of the WTO Agreement – Interconnecting Legal Systems », *C.M.L.R*., 1997, p. 11-58 ; ZONNEKEYN (G.A.), « The Status of WTO Law in the EC Legal Order – *The Final Curtain ?* », *J.W.T*., 2000, p. 111-125 ; LUFF (D.), « Considérations sur l'effet des règles de l'OMC dans les ordres juridiques belge et communautaire », *Rapports belges au Congrès de l'Académie internationale de Droit comparé à Brisbane*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 685 et s.
44. Une relecture de l'arrêt *Van Gend & Loos* (C.J.C.E., 5 février 1963, *Van Gend & Loos*, 26/62, *Rec*., 1963, p. 3) est particulièrement instructive à cet égard.
45. Groupe spécial, *États-Unis – Articles 301 à 310 de la loi de 1974 sur le commerce extérieur*, 22 décembre 1999, WT/DS152/R, 7.72.

pourraient assez bien s'appliquer au GATT[46] : « eu égard à l'économie du Traité en matière de droits de douane et de taxes d'effet équivalent, il convient de souligner que l'article 9, qui fonde la Communauté sur une union douanière, comporte comme règle essentielle l'interdiction de ces droits et taxes ; que cette disposition figure en tête de la partie du Traité qui définit les "fondements de la Communauté" ; qu'elle se trouve appliquée et explicitée par l'article 12 ; attendu que le texte de l'article 12 énonce une interdiction claire et inconditionnelle qui est une obligation non pas de faire, mais de ne pas faire ; […] que cette prohibition se prête parfaitement, par sa nature même, à produire des effets directs dans les relations juridiques entre les États membres et leurs justiciables »[47].

La jurisprudence adoptée pour le GATT a été essentiellement confirmée à propos des règles de l'OMC. L'institution d'un ORD à la compétence obligatoire, et dont les décisions pouvaient mener à des sanctions économiques imposées à l'État fautif n'a pas suffi à convaincre la Cour de l'inconditionnalité des règles de l'OMC (ou de certaines d'entre elles, à tout le moins).

Dans l'arrêt *Portugal c. Conseil*, la Cour reconnaît les différences entre le GATT et l'OMC, notamment sur le plan du règlement des différends[48]. Toutefois, elle maintient que la négociation entre les parties reste fondamentale[49] et qu'il est possible, moyennant compensation, de ne pas respecter ses obligations, fût-ce « à titre temporaire »[50].

---

46. Moyennant certaines modifications, notamment le remplacement de l'interdiction des droits de douane par l'interdiction du dépassement du taux consolidé.
47. C.J.C.E., 5 février 1963, *Van Gend & Loos*, 26/62, *Rec.*, 1963, p. 3, spéc. p. 24.
48. C.J.C.E., 23 novembre 1999, *Portugal c. Conseil*, C-149/96, *Rec.*, p. I-8395, 36. Au sujet de cet arrêt, voy., parmi beaucoup d'autres, la note critique de GRILLER (S.), « Judicial Enforceability of the WTO Law in the European Union – Annotation to Case 149-96, *Portugal v. Council* », *J.I.E.L.*, 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 », *J.I.E.L.*, 2001, p. 411-440 ; DESMEDT (A.), « European Court of Justice on the Effect of WTO Agreements in the EC Legal Order », *L.I.E.I.*, 2000, p. 93-101. Plutôt en faveur de l'arrêt : EECKHOUT (P.), « Judicial Enforcement of WTO Law in the European Union – Some Further Reflections », *J.I.E.L.*, 2002, p. 91-110.
49. Voy. TANCREDI (A.), « EC Practice in the WTO : How Wide is the "Scope for Manœuvre" ? », *E.I.J.L.*, 2004, p. 943.
50. À vrai dire, il existe toujours une possibilité *matérielle* de violer les règles juridiques. Là n'est sans doute pas l'argument de la Cour, qui vise manifestement une possibilité *juridique*. Le destinataire d'une règle raisonnera comme le fait la Cour si la sanction est pour lui le seul motif de respecter la règle, c'est-à-dire s'il n'a aucune autre raison de s'y conformer (conviction morale, intérêt économique ou politique, civisme, maintien de sa réputation, etc.). Faut-il préciser qu'une telle situation est rare ? Quoi qu'il en soit, même si le destinataire de la règle pouvait penser ainsi, il est plus étonnant que ce type de raisonnement émane de la Cour, dont le rôle est de faire respecter les règles de droit. Le raisonnement serait toutefois acceptable si l'on pouvait considérer, en l'espèce, que les compensations ne sont pas une sanction, mais une sorte d'obligation alternative. Ceci nous paraît difficilement défendable (en tout cas dans le commerce des biens), eu égard à l'économie du Mémorandum d'accord (Art. 3.7), dont les dispositions visent à obtenir des États le respect de leurs obligations au titre de l'Accord OMC, ce que la Cour de justice reconnaît expressément (37). La

Enfin, la Cour relève que certaines « parties contractantes, qui sont, du point de vue commercial, parmi les partenaires les plus importants de la Communauté »[51], ne reconnaissent pas d'effet direct aux règles de l'OMC, ce qui pose un problème de réciprocité[52]. Il faut éviter que les ressortissants de ces partenaires commerciaux puissent exiger directement des institutions communautaires qu'elles respectent parfaitement leurs obligations alors que les Européens ne peuvent pas se plaindre d'une violation des règles de l'OMC par les autres États[53].

---

doctrine majoritaire rejette la thèse de « l'obligation alternative » (voy. par ex. CARMODY (C.), « Remedies and Conformity under the WTO Agreement », *J.I.E.L.*, 2002, p. 319 et JACKSON (J.H.), « The WTO Dispute Settlement Understanding – Misunderstandings on the Nature of Legal Obligation », *Amer. Journ. Int. Law*, 1997, p. 60-64).

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

52. Sur la réciprocité, voy. GRILLER (S.), « Judicial Enforceability of the WTO Law in the European Union – Annotation to Case 149-96, *Portugal v. Council* », *J.I.E.L.*, 2000, p. 455 et s. Voy. aussi C.J.C.E., 26 octobre 1982, *Hauptzollamt Mainz c. C.A. Kupferberg & Cie KG*, 104/81, *Rec.*, 1982, p. 3641, 18 : « Si chacune des parties contractantes est responsable de l'exécution complète des engagements qu'elle a souscrits, il lui appartient, en revanche, de déterminer les moyens de droit propres à atteindre cette fin dans son ordre juridique, à moins que l'accord, interprété à la lumière de son objet et de son but, ne détermine, lui-même, ces moyens. Sous cette dernière réserve, la circonstance que les juridictions de l'une des parties estimeraient que certaines des stipulations de l'accord sont d'applicabilité directe, alors que les juridictions de l'autre partie n'admettraient pas cette applicabilité directe, n'est pas, en elle-même et à elle seule, de nature à constituer une absence de réciprocité dans la mise en œuvre de l'accord. » Sur l'absence d'effet direct du droit de l'OMC aux États-Unis, voy. MATSUSHITA (M.), SCHOENBAUM (T.J.) et MAVROIDIS (P.C.), *The World Trade Organization – Law, Practice, and Policy*, Oxford, O.U.P., 2003, p. 100 et s. Sur la situation au Japon, voy. *ibidem*, p. 107 et s.

53. La Cour de justice considère que la question de l'effet direct relève du droit international (de l'accord des parties) et non du droit interne des parties contractantes (c'est-à-dire de leur décision individuelle). Sans ce préalable, la Cour n'aurait eu aucun titre à se prononcer sur l'effet direct du Traité de Rome. La Cour applique également ce principe à la détermination de l'effet direct des traités conclus par la Communauté : C.J.C.E., 26 octobre 1982, *Hauptzollamt Mainz c. C.A. Kupferberg & Cie KG*, 104/81, *Rec.*, 1982, p. 3641, 17 : « Il est vrai que les effets, dans la Communauté, des dispositions d'un accord conclu par celle-ci avec un pays tiers ne sauraient être déterminés en faisant abstraction de l'origine internationale des dispositions en cause. Conformément aux principes du droit international, les institutions communautaires qui sont compétentes pour négocier et conclure un accord avec un pays tiers sont libres de *convenir avec celui-ci* des effets que les dispositions de l'accord doivent produire dans l'ordre interne des parties contractantes. Ce n'est que si cette question n'a pas été réglée par l'accord qu'il incombe aux juridictions compétentes et en particulier à la Cour, dans le cadre de sa compétence en vertu du Traité, de la trancher au même titre que toute autre *question d'interprétation relative à l'application de l'accord* dans la Communauté. » (Pas d'italiques dans l'original.) La question de l'effet direct d'un traité devrait donc en principe recevoir la même réponse dans tous les États contractants, ce qui n'empêche pas qu'en fait, différents juges (nationaux) y apportent des réponses divergentes. Sur cette question, en doctrine, voy. VERHOEVEN (J.), « La notion d'"applicabilité directe" du droit international », *R.B.D.I.*, 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. Voy. aussi T.C.E., 11 janvier 2002, *Biret International c. Conseil*, T-174/00, *Rec.*, 2002, p. II-17, 60. *Contra* (implicitement) : BRAND (R.A.), « Direct Effect of International Economic Law in the United States and the European Union », *Northwestern Jour. Int. Law & Business*, 1996/1997, p. 560-572.

Donner aux particuliers le pouvoir d'imposer l'exécution des Accords par la voie judiciaire priverait les institutions politiques de la Communauté de la marge de manœuvre dont elles ont besoin dans les négociations avec les partenaires commerciaux[54] et dont ces partenaires commerciaux, quant à eux, disposent effectivement. Voici sans doute l'argument fondamental.

Quels qu'en soient les motifs réels, la Cour de justice maintient que le droit de l'OMC n'est pas inconditionnel. Elle accrédite l'idée que les institutions communautaires peuvent, en droit, librement décider de le respecter ou non[55], même s'il est reconnu de longue date que l'Accord lie la Communauté[56]. Mais les États membres et les particuliers ne peuvent « se prévaloir en justice » du droit de l'OMC pour obtenir l'annulation[57] ou la non-application[58] d'un acte communautaire ; de même, ils ne peuvent mettre en cause la responsabilité extracontractuelle de la Communauté pour violation du droit de l'OMC[59].

3.4 Règlement n° 1515/2001 du 23 juillet 2001

La jurisprudence de la Cour de justice a trouvé une consécration dans le droit dérivé. Le règlement n° 1515/2001[60] permet au Conseil de modifier ou d'abroger une mesure ayant fait l'objet d'une décision de l'ORD ou, plus généralement, d'« adopter toute

54. C.J.C.E., 23 novembre 1999, *Portugal c. Conseil*, C-149/96, *Rec*., 1999, p. I-8395, 46 ; T.C.E., 11 janvier 2002, *Biret International c. Conseil*, T-174/00, *Rec*., 2002, p. II-17, 62.
55. *Contra* : conclusions de l'Avocat général Alber précédant l'arrêt C.J.C.E., 30 septembre 2003, *Biret International*, C-93/02, 81 : « il n'existe de manière durable pas d'autre solution que de mettre en œuvre les recommandations ou décisions de l'ORD. Notamment elles ne peuvent en définitive pas être éludées par des négociations entre les parties. » ; GRILLER (S.), « Judicial Enforceability of the WTO Law in the European Union – Annotation to Case 149-96, *Portugal v. Council* », *J.I.E.L.*, 2000, p. 441-472, spéc. p. 451 et s.
56. C.J.C.E., 12 décembre 1972, *International Fruit Company*, 21-24/72, *Rec*., 1972, p. 1219, 18 ; C.J.C.E., 7 mai 1991, *Nakajima All Precision Co. Ltd*, C-69/89, *Rec*., 1991, p. I-2069, 29 ; C.J.C.E., 5 octobre 1994, *R.F.A. c. Conseil (Bananes I)*, C-280/93, *Rec*., 1994, p. I-4973, 105.
57. C.J.C.E., 23 novembre 1999, *Portugal c. Conseil*, C-149/96, *Rec*., 1999, p. I-8395 ; C.J.C.E., 9 octobre 2001, *Pays-Bas c. Parlement et Conseil*, C-377/98, *Rec*., 2001, p. I-7079.
58. C.J.C.E., ord. du 2 mai 2001, *OGT Fruchthandelsgesellschaft*, C-307/99, *Rec*., 2001, p. I-3159.
59. T.C.E., 20 mars 2001, *Cordis c. Commission*, T-18/99, *Rec*., 2001, p. II-913 ; T.C.E., 20 mars 2001, *Bocchi Food Trade International c. Commission*, T-30/99, *Rec*., 2001, p. II-943 ; T.C.E., 20 mars 2001, *T. Port c. Commission*, T-52/99, *Rec*., 2001, p. II-981 ; T.C.E., 12 juillet 2001, *T. Port c. Conseil*, T-2/99, *Rec*., 2001, p. II-2093 ; T.C.E., 12 juillet 2001, *Banatrading c. Conseil*, T-3/99, *Rec*., 2001, p. II-2123. Voy. ZONNEKEYN (G.), « The Latest on Indirect Effect of WTO Law in the EC Legal Order – The *Nakajima* Case Law Misjudged ? », *J.I.E.L.*, 2001, p. 597-608.
60. Règlement (CE) n° 1515/2001 du Conseil du 23 juillet 2001 relatif aux mesures que la Communauté peut prendre à la suite d'un rapport adopté par l'organe de règlement des différends de l'OMC concernant des mesures antidumping ou antisubventions, *J.O.C.E.*, 26 juillet 2001, L 201, p. 10. Voy. MCNELIS (N.), « What Obligations Are Created by World Trade Organization Dispute Settlement Reports ? », *J.W.T.*, 2003, p. 648 et s.

autre mesure particulière jugée appropriée en l'espèce »[61]. Le Conseil peut également agir en ce sens lorsqu'il estime devoir « tenir compte des interprétations juridiques formulées dans un rapport adopté par l'ORD concernant une mesure non contestée »[62].

Le règlement précise clairement qu'il autorise, sans rien imposer : ce n'est que « lorsqu'elle le juge approprié » que la Communauté rend une mesure antidumping ou antisubventions conforme aux recommandations et décisions de l'ORD[63].

3.5 Arrêt *Biret*

Certaines entreprises intéressées à l'application correcte des règles de l'OMC ne manquent pas d'imagination pour conduire la Cour vers une reconnaissance plus large de l'effet direct des Accords de l'OMC et des décisions qui en découlent. S'appuyant sur une des différences majeures entre le GATT et l'OMC – l'existence d'un mécanisme obligatoire de règlement des différends –, Biret tenta d'invoquer, non l'effet direct d'une disposition des Accords, mais l'existence d'une condamnation de la Communauté par l'ORD, qui serait constitutive d'une faute extracontractuelle appelant une indemnisation[64].

L'argumentation de Biret peut être résumée comme suit. Que le droit de l'OMC ne soit pas inconditionnel, soit. Mais lorsqu'un partenaire commercial de la Communauté a estimé que cette dernière ne respectait pas ses obligations et qu'au terme d'une procédure contradictoire, l'ORD a décidé explicitement[65] qu'une règle était violée, recommandant à la Communauté de modifier sa législation conformément aux constatations du rapport, alors on est en présence d'une obligation inconditionnelle[66]. Certes, la Communauté bénéficie d'un délai raisonnable de mise en conformité, pendant lequel elle ne peut subir de sanctions[67], mais, à tout le moins, ses obligations deviennent inconditionnelles au terme de ce délai[68].

---

61. Art. 1er, 1. du Règlement (CE) n° 1515/2001.
62. Art. 2.1. du Règlement (CE) n° 1515/2001.
63. Considérant 4.
64. C.J.C.E., 30 septembre 2003, *Biret International*, C-93/02 et C.J.C.E., 30 septembre 2003, *Établissements Biret et Cie*, C-94/02.
65. T.C.E., 11 janvier 2002, *Biret International c. Conseil*, T-174/00, *Rec.*, p. II-17, 57.
66. Pour une analyse des dispositions des traités de l'OMC impliquant le caractère obligatoire des décisions de l'ORD, voy. JACKSON (J.H.), « International Law Status of WTO Dispute Settlement Reports : Obligation to Comply or Option to "Buy Out" ? », *Amer. J. Int. L.*, 2004, p. 115 et s. Voy. aussi MAVROIDIS (P.C.), « Remedies in the WTO Legal System : Between a Rock and a Hard Place », *E.J.I.L.*, 2000, p. 781 et s.
67. Art. 21.5 du Mémorandum d'accord.
68. Ce cas peut être rapproché de l'affaire *SACE* (C.J.C.E., 17 décembre 1970, *SACE*, 33/70, *Rec.*, 1970, p. 1213), qui concernait une directive fixant la date de terminaison d'une période transitoire.

En première instance, le Tribunal rejette l'argument, au terme d'un raisonnement classique[69]. Il rappelle d'abord la jurisprudence antérieure, en particulier l'arrêt *Portugal*, et répète les arguments qui ont conduit la Cour à dénier un effet direct aux dispositions du GATT, puis de l'OMC. Quant à la « nouveauté », c'est-à-dire l'existence d'une décision de l'ORD, elle est traitée très rapidement : « Cette décision est nécessairement et directement liée au moyen tiré de la violation de l'accord SPS, et elle ne saurait donc être prise en considération que dans l'hypothèse où l'effet direct de cet accord aurait été consacré par le juge communautaire dans le cadre d'un moyen tiré de l'invalidité des directives en cause. »[70]

On pourrait tenter d'exprimer plus explicitement le raisonnement du Tribunal. Puisque les décisions de l'ORD ne peuvent ni accroître ni diminuer les droits des membres[71], une décision de l'ORD n'est pas plus obligatoire ni plus inconditionnelle que le texte sur lequel elle est basée. La seule différence est qu'elle est dirigée contre un membre individuellement, alors que le texte de l'Accord s'adresse à tous. Comme l'Accord de l'OMC, la décision de l'ORD est caractérisée par sa « souplesse ». Les États parties au différend peuvent entrer en consultation pour déterminer si (et à quelles conditions) le défendeur s'y conformera. Les parties peuvent aussi convenir d'une compensation commerciale en faveur du plaignant, ou encore constater qu'aucun accord entre elles n'est possible et que les sanctions commerciales sont la seule option laissée au plaignant. Dans la logique de la jurisprudence antérieure de la Cour de justice, reprise ici par le Tribunal, il est possible de refuser de respecter une décision de l'ORD, en subissant éventuellement les sanctions, de la même manière qu'il n'est pas vraiment interdit de violer l'Accord lui-même. Cela revient d'ailleurs au même, puisque la force obligatoire de la décision de l'ORD, si elle en a, ne peut provenir que de l'Accord de l'OMC. L'inconditionnalité qui permettrait l'effet direct fait défaut aux décisions de l'ORD, non seulement *comme* elle fait défaut à l'Accord, mais aussi *pour les mêmes motifs* et surtout *parce qu*'elle lui fait défaut.

Comme le Tribunal, la Cour rejette l'action de Biret. Mais elle reproche au Tribunal de n'avoir pas répondu « à l'argument selon lequel les effets juridiques à l'égard de la Communauté européenne de la décision de l'ORD du 13 février 1998

69. T.C.E., 11 janvier 2002, *Biret International c. Conseil*, T-174/00, *Rec.*, p. II-17, spéc. 57 et s. et T.C.E., 11 janvier 2002, *Établissements Biret et Cie c. Conseil*, T-210/00, *Rec.*, p. II-47.

70. T.C.E., 11 janvier 2002, *Biret International c. Conseil*, T-174/00, *Rec.*, p. II-17, 67. À l'appui de ce considérant, le Tribunal cite un passage de l'arrêt C.J.C.E., 14 octobre 1999, *Atlanta AG e.a. c. Commission et Conseil*, C-104/97, *Rec.*, 1999, p. I-6983 (19-20), dans lequel la Cour se prononçait en effet en ce sens, mais à l'occasion de l'examen d'une question de recevabilité. La question litigieuse ne concernait donc pas l'effet direct proprement dit, ce qui permet de douter de la pertinence de la transposition opérée du considérant de l'affaire *Atlanta* à l'affaire *Biret*. Voy. Conclusions de l'Avocat général Alber précédant l'arrêt C.J.C.E., 30 septembre 2003, *Biret International*, C-93/02, 73, qui voit plutôt dans l'arrêt *Atlanta* une ouverture vers la reconnaissance d'un effet aux décisions de l'ORD.

71. Art. 3.2 du Mémorandum d'accord.

étaient de nature à remettre en cause son appréciation quant à l'absence d'effet direct des règles de l'OMC »[72].

Au lieu de s'engager dans un raisonnement sur ce point, dont les conclusions auraient été du plus haut intérêt, la Cour indique qu'avant la fin du délai raisonnable de mise en conformité (le 13 mai 1999), les obligations de la Communauté ne sont pas (suffisamment) inconditionnelles, et constate en fait que le dommage allégué par Biret s'est produit avant la décision de l'ORD et, *a fortiori*, avant la fin du délai raisonnable. Et de conclure : « Dans ces conditions et sans qu'il y ait lieu de s'interroger sur les éventuelles conséquences indemnitaires que pourrait avoir pour des particuliers l'inexécution par la Communauté d'une décision de l'ORD constatant l'incompatibilité d'un acte communautaire avec les règles de l'OMC, il convient de constater que, en l'espèce, en l'absence de dommage allégué après le 13 mai 1999, la responsabilité de la Communauté ne saurait, en tout état de cause, être engagée. »[73]

On n'en apprendra donc pas plus cette fois-ci. La Cour n'examine pas davantage la signification du Règlement n° 1515/2001, dont la portée est – il est vrai – limitée au dumping et aux subventions[74]. Il n'en faut pas plus pour que, sous des titres évocateurs, la doctrine s'interroge sur la signification de la décision de la Cour quant à une possible invocation par les particuliers d'une décision de l'ORD[75].

Dans son avis précédant l'arrêt *Biret*, l'Avocat général Alber défend quant à lui ce point de vue[76]. Il expose d'abord que le mécanisme de règlement des différends de l'OMC met à charge de l'État condamné une réelle obligation de se conformer à la décision. Il réfute les principaux arguments invoqués dans la jurisprudence antérieure pour refuser l'effet direct. La prétendue « marge de manœuvre » n'existe en réalité pas (ou plus) à l'expiration du délai de mise en conformité et, quoi qu'il en soit, l'action de Biret n'a pas pour objet d'obliger la Communauté à prendre telle ou telle décision, mais tend simplement à la réparation d'un dommage causé par l'action illégale de la Communauté. À la supposer existante, la « marge de manœuvre » ne serait donc pas restreinte. Le principe de réciprocité ne serait un argument valable que si les décisions de l'ORD étaient « négociables », *quod non*. Il faut donc donner

72. C.J.C.E., 30 septembre 2003, *Biret International*, C-93/02, 57.
73. C.J.C.E., 30 septembre 2003, *Biret International*, C-93/02, 64.
74. Qui n'étaient pas en cause dans l'affaire *Biret*.
75. WIERS (J.), « One Day, You're Gonna Pay : The European Court of Justice in *Biret* », *L.I.E.I.*, 2004, p. 143-151 ; ZONNEKEYN (G.), « EC Liability for Non-Implementation of WTO Dispute Settlement Decisions – Are the Dice Cast ? », *J.I.E.L.*, 2004, p. 483-490. Voy. également, bien avant *Biret*, ZONNEKEYN (G.), « The Legal Status of WTO Panels Reports in the EC Legal Order. Some Reflections on the Opinion of Advocate General Mischo in the Atlanta Case », *J.I.E.L.*, 1999, p. 713-722. *Contra* : PITSCHAS (C.), « EuGH : Kein Schadensersatz wegen Importverbots für Hormonfleisch », *EuZW*, 2003, p. 761 et s.
76. Conclusions de l'Avocat général Alber précédant l'arrêt C.J.C.E., 30 septembre 2003, *Biret International*, C-93/02, spéc. 70-120. Pour un résumé et un commentaire de cet avis, voy. WIERS (J.), « One Day, You're Gonna Pay : The European Court of Justice in *Biret* », *L.I.E.I.*, 2004, p. 145 et s.

prééminence au principe de légalité. L'Avocat général montre qu'admettre une action en responsabilité pour non-exécution des décisions de l'ORD serait cohérent avec le traitement que la Cour réserve à des situations similaires internes au droit communautaire, notamment la non-transposition de directives par les États membres. L'Avocat général accorde également une importance à la protection du droit fondamental au libre exercice d'une activité économique et démontre que les règles de l'OMC visent, entre autres, la protection des particuliers. Ces éléments lui permettent de conclure au fondement de l'action de Biret, sous réserve de démontrer le lien causal et le dommage.

Ainsi qu'on l'a exposé, la Cour rejette l'action par un raisonnement la dispensant de répondre à ces arguments. La jurisprudence récente du Tribunal semble s'en tenir strictement aux principes des arrêts *Fediol* et *Nakajima*, tels que répétés à propos de l'OMC dans la décision *Portugal c. Conseil*[77].

3.6 Enseignements

On peut tirer plusieurs leçons de la jurisprudence de la Cour. D'une part, elle ne semble pas faire confiance à l'OMC pour sauvegarder les intérêts essentiels de la Communauté. À dire vrai, ce n'est pas là le rôle de l'OMC. Mais c'est oublier que les Accords de Marrakech ont été négociés et conclus par les institutions de la Communauté et par chacun des États membres, qui ont estimé conforme à leur intérêt de signer ces Accords, pour le meilleur et pour le pire. La Cour estime que, dans certains cas, les institutions communautaires peuvent, sans être critiquées par elle, violer durablement les Accords conclus[78]. La Cour nous a habitués à moins d'indulgence envers les États membres qui violent le droit européen[79], et ne permet pas aux juges nationaux d'être plus cléments.

D'autre part, la Cour de justice semble jusqu'à présent considérer implicitement que les règles de l'OMC ne servent pas à protéger les individus, mais simplement à établir un équilibre entre États. Une telle vision est inexacte, dès lors que les règles du commerce international bénéficient au premier chef aux personnes privées (entreprises et consommateurs) et, en second lieu et indirectement, aux États[80]. La

77. T.C.E., 10 février 2004, *Afrikanische Frucht-Compagnie GmbH et Internationale Fruchtimport Gesellschaft Weichert & Co. c. Conseil*, T-64/01 et T-65/01. Cette décision n'apporte pas d'argument nouveau au débat.

78. Contra : conclusions de l'Avocat général Alber précédant l'arrêt C.J.C.E., 30 septembre 2003, *Biret International*, C-93/02, 86 : « Il se peut que le défaut de mise en œuvre d'une recommandation ou d'une décision de l'ORD soit un choix de politique commerciale. En tout état de cause, il ne constitue pas une option juridique. »

79. Voy. les conclusions de l'Avocat général Alber précédant l'arrêt C.J.C.E., 30 septembre 2003, *Biret International*, C-93/02, 104 et s. et EECKHOUT (P.), « Judicial Enforcement of WTO Law in the European Union – Some Further Reflections », *J.I.E.L.*, 2002, p. 98.

80. Voy. sur ce point le raisonnement du Groupe spécial, *États-Unis – Articles 301 à 310 de la loi de 1974 sur le commerce extérieur*, 22 décembre 1999, WT/DS152/R, 7.73 et s. : « Par la force des choses, le système commercial multilatéral est composé non seulement d'États mais aussi, de fait surtout,

consolidation, par exemple, permet à tous les producteurs de connaître le droit de douane maximum qui leur sera applicable et, en tant qu'elle limite cet impôt, favorise souvent le consommateur[81]. Peut-être l'arrêt *Biret* est-il une amorce de revirement à cet égard[82].

Sans nier l'intérêt de ces questions, on n'entend pas se prononcer ici sur l'opportunité d'admettre, ou non, l'effet direct ou l'invocabilité du droit de l'OMC. Il faudrait examiner de nombreux arguments juridiques et politiques qu'il n'est pas possible, ni utile à notre propos, de traiter de manière suffisamment approfondie[83]. On se borne donc à analyser *l'argument* tiré du caractère « souple » du droit de l'OMC, quelles que soient, en définitive, les conséquences que la Cour croit bon d'en déduire.

Il apparaît alors que la Cour fait une utilisation stratégique du concept de *soft law*. Pour des motifs essentiellement politiques[84], elle semble diminuer la force obligatoire du droit de l'OMC et le réduire à un type de *soft law*. Ce faisant, elle parvient à atténuer sa force contraignante[85], pour permettre aux institutions de le violer plus aisément. Pour justifier juridiquement ce point de vue, la Cour est obligée de réduire les règles de l'OMC à un droit « caractérisé par une grande souplesse »[86].

---

d'agents économiques. Ce sont eux qui souffrent le plus du manque de sécurité et de prévisibilité. Le plus souvent et de plus en plus, le commerce est le fait d'agents du secteur privé. C'est en améliorant les conditions dans lesquelles opèrent ces agents du secteur privé que les Membres profitent des disciplines de l'OMC. » (Extraits des points 7.76 et 7.77.) Ce rapport précise cependant clairement que les accords de Marrakech ne créent pas un nouvel ordre juridique dont les particuliers seraient des sujets (7.72).

81. Voy. JACKSON (J.H.), « International Law Status of WTO Dispute Settlement Reports : Obligation to Comply or Option to "Buy Out" ? », *Amer. J. Int. L.*, 2004, p. 119 et s.

82. Sur les liens entre effet direct et règles conférant des droits aux particuliers, voy. WIERS (J.), « One Day, You're Gonna Pay : The European Court of Justice in *Biret* », *LI.E.I.*, 2004, p. 147 et s. Cet auteur défend l'idée que la Cour pourrait faire droit à des actions en dommages et intérêts pour violation des décisions de l'ORD sans pour autant reconnaître généralement un effet direct au droit de l'OMC.

83. Pour une position nuancée à ce sujet, voy. EECKHOUT (P.), « Judicial Enforcement of WTO Law in the European Union – Some Further Reflections », *J.I.E.L.*, 2002, p. 91-110.

84. P.C. MAVROIDIS qualifie l'arrêt *Portugal c. Conseil* de « decision […] of very doubtful legality (but of unambiguous political expediency) on the relations between European Community law and WTO law » (« Remedies in the WTO Legal System : Between a Rock and a Hard Place », *E.J.I.L.*, 2000, p. 783, n. 64). Voy. aussi TRACHTMAN (J.P.), « Bananas, Direct Effect and Compliance », *E.J.I.L.*, 1999, p. 664. Ces motifs politiques sont liés aux conceptions de la Cour de justice quant à la répartition des pouvoirs entre la Communauté et l'OMC, d'une part, et entre les différentes institutions de la Communauté, d'autre part.

85. Voy. le titre évocateur donné par DESMEDT (A.) à son commentaire de l'arrêt *Portugal c. Conseil* : « ECJ Restricts Effect of WTO Agreements in the EC Legal Order » (*J.I.E.L.*, 2000, p. 191-192). Sur le lien entre l'invocabilité du droit du GATT par les particuliers et sa force contraignante, voy. aussi HUDEC (R.E.), « The Adequacy of WTO Dispute Settlement Remedies : A Developing Country Perspective », *in* HOEKMAN (B.), MATTOO (P.) et ENGLISH (A.) eds, *Development, Trade, and the WTO – A Handbook*, Washington DC, World Bank, 2002, p. 85.

86. Voy. GRILLER (S.), « Judicial Enforceability of the WTO Law in the European Union – Annotation to Case 149-96, *Portugal v. Council* », *J.I.E.L.*, 2000, p. 454, qui critique le lien introduit dans le raisonnement de la Cour entre force obligatoire des décisions de l'ORD et leurs effets en droit interne.

Une autre position consisterait à reconnaître que la Communauté et ses États membres se sont engagés juridiquement, dans le respect de leurs procédures constitutionnelles, à respecter les règles de l'OMC et les recommandations de l'ORD, que la violation de ces règles préjudicie des consommateurs et des entreprises, lesquels peuvent légitimement exiger une réparation en nature (mise en conformité des règles européennes) ou par équivalent. Par ce raisonnement, la Cour rappellerait le caractère obligatoire du droit international – sans lequel, faut-il le rappeler, elle n'aurait aucun pouvoir en droit – et renforcerait la contrainte dont il est assorti. Cette position, surtout, ne pourrait résulter que d'une autre vision politique, celle d'un monde où les relations économiques internationales sont soumises au droit plutôt qu'à l'opportunité.

4 TRAITEMENT DE CERTAINES NORMES DE *SOFT LAW* EN DROIT DE L'OMC

Après avoir étudié la force obligatoire et contraignante du droit de l'OMC aux yeux de la Cour de justice, on examine comment l'OMC elle-même utilise les règles de *soft law*. Pour les besoins de l'exposé, on analyse deux exemples : la référence au Codex alimentarius dans le cadre de l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires (dit « Accord SPS ») et le renvoi aux normes internationales par l'Accord OTC. On laisse de côté d'autres exemples, notamment le rôle de l'Organisation mondiale de la santé animale[87] et de la Convention internationale pour la protection des végétaux[88], *brevitatis causa* mais aussi parce que leur étude apporterait peu d'éléments nouveaux pour la question qui nous intéresse.

4.1 Codex alimentarius et Accord SPS

Quoiqu'il soit lui-même discret sur sa valeur juridique[89], le Codex alimentarius fait partie de la *soft law* internationale[90]. Il est le fruit des travaux d'une Commission instituée conjointement par l'Organisation mondiale de la santé (OMS) et l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO), qui font toutes deux partie du système des Nations Unies.

87. En abrégé OIE, qui portait précédemment le nom d'Office international des épizooties, toujours utilisé dans les textes de l'OMC.
88. Voy. la définition des « Normes, directives et recommandations internationales » au point 3 de l'Annexe A de l'Accord SPS.
89. L'article 1er des Statuts de la Commission du Codex alimentarius indique que la Commission est consultée par les directeurs généraux de la FAO et de l'OMS et qu'elle est chargée de leur faire des propositions.
90. IYNEDJIAN (M.), *L'accord de l'Organisation mondiale du commerce sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires – Une analyse juridique*, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 61.

Depuis les années 1960, cette Commission élabore des standards[91] internationaux dans le domaine de la sécurité alimentaire, dans le double but de favoriser la santé publique et de promouvoir des pratiques loyales dans le commerce des aliments[92]. Les normes adoptées par la Commission – qui vont des caractéristiques d'un fromage s'appelant « Gouda » aux additifs, éléments chimiques et résidus de pesticides que peut contenir le jus de légumes, en passant par les règles d'étiquetage, de présentation et d'analyse[93] – forment le Codex alimentarius.

Les standards du Codex ne sont pas obligatoires[94] pour les États membres des Nations Unies, ni même pour ceux qui ont participé aux travaux de la Commission. Les *General Principles of the Codex Alimentarius* définissent notamment les modalités d'acceptation des standards. Ainsi, chaque État peut décider, pour chaque standard, soit de l'accepter pleinement, soit de l'accepter avec des réserves, soit de faire une déclaration de libre distribution, soit de le refuser. Dans chaque cas naissent pour l'État des obligations correspondant à sa position[95] : accepter la distribution des produits conformes aux standards et interdire celle de produits non conformes, décrire les réserves avec précision et s'y tenir, ou préciser en quoi et pourquoi ses règles s'écartent du standard, par exemple. Les règles d'acceptation sont différentes selon l'importance et le degré de généralité du standard en cause.

Si les *General Principles* créent des obligations à charge des États membres de la Commission, il n'est pas douteux que les standards qui forment le Codex n'ont en eux-mêmes aucune force obligatoire, puisque chaque État peut décider, pour chaque standard individuellement, s'il désire ou non s'y soumettre[96].

L'« Accord SPS » est une annexe de l'Accord OMC consacrée aux mesures sanitaires et phytosanitaires, qui a notamment pour objet de préciser l'article XX, (b), du GATT de 1994[97]. Pour libéraliser efficacement le commerce des marchandises,

---

91. Le terme anglais « *standard* » est traduit en français, dans les textes officiels, par le mot « norme ». Dans le présent texte, nous utilisons indifféremment les termes « standard » et « norme (internationale) » pour viser les règles non obligatoires auxquelles renvoient les Accords SPS et OTC.
92. Art. 1er des *General Principles of the Codex Alimentarius* ; STEWART (T.P.) et JOHANSON (D.S.), « The SPS Agreement of the World Trade Organization and International Organizations : The Roles of the Codex Alimentarius Commission, the International Plant Protection Convention, and the International Office of Epizootics », *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 1998, p. 40 et s.
93. Art. 2 des *General Principles*.
94. STEWART (T.P.) et JOHANSON (D.S.), « The SPS Agreement of the World Trade Organization and International Organizations : The Roles of the Codex Alimentarius Commission, the International Plant Protection Convention, and the International Office of Epizootics », *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 1998, p. 28.
95. Art. 4 à 6 des *General Principles*.
96. Bien entendu, une fois le standard accepté selon l'une des modalités prévues, chaque État doit se tenir aux termes de son acceptation. L'article 7 des *General Principles* permet toutefois de retirer une acceptation ou de la modifier, moyennant un préavis « as long… as is practicable ».
97. Sur les liens entre l'article XX, (b), du GATT de 1994 et l'Accord SPS, notamment quant à leurs champs d'application respectifs, voy. IYNEDJIAN (M.), *L'accord de l'Organisation mondiale du commerce sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires – Une analyse juridique*, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 215 et s.

on s'assure qu'il ne sera pas (trop) gêné par des mesures étatiques de protection de la faune, de la flore et de la santé des personnes.

Le nombre des membres de l'OMC, l'inégalité de leur développement et la diversité de leur environnement naturel imposent à l'Organisation une certaine modestie quant à une éventuelle harmonisation des règles. En cela, l'OMC contraste avec la Communauté européenne qui, au nom de la même liberté de circulation, a pu entreprendre une harmonisation profonde de ces mesures.

L'OMC, particulièrement dans le GATT, hésite entre harmonisation et simple interdiction des discriminations[98]. L'Accord SPS reconnaît aux membres le droit de prendre des mesures sanitaires, mais il proscrit les discriminations arbitraires ou injustifiables[99]. Il impose aux États de se baser sur les normes internationales pour adopter leurs mesures sanitaires et phytosanitaires, sans préjudice toutefois de leur droit de poursuivre des objectifs plus ambitieux que ceux de ces normes[100].

Comment, dans ce domaine où la plupart des règles sont indistinctement applicables, reconnaître une discrimination arbitraire ou injustifiable ? C'est ici qu'intervient le Codex alimentarius. Toute mesure *conforme* à ces standards est en effet présumée non discriminatoire : « Les mesures sanitaires et phytosanitaires qui sont conformes aux normes, directives ou recommandations internationales seront réputées être nécessaires à la protection de la vie et de la santé des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux, et présumées être compatibles avec les dispositions pertinentes du présent accord et du GATT de 1994. »[101] L'Accord encourage ensuite les membres à participer activement à l'élaboration de ces normes dans le cadre de la Commission du Codex alimentarius[102].

Chaque État peut aussi se limiter à *baser* les mesures qu'il prend sur les standards internationaux. Il ne bénéficie alors d'aucune présomption. Enfin, chaque État peut choisir d'établir sur son territoire un degré de protection plus élevé que celui résultant des normes internationales, mais il doit pouvoir démontrer que les règlements qu'il adopte sont scientifiquement justifiés et qu'ils sont nécessaires pour atteindre le

98. Accord SPS, notamment considérants 1 et 6.
99. Art. 2.1 et 2.3 de l'Accord SPS.
100. Art. 3.1 et 3.3 de l'Accord SPS. Voy. PAUWELYN (J.), « The WTO Agreement on Sanitary and Phytosanitary (SPS) Measures As Applied in the First Three SPS Disputes », *J.I.E.L.*, 1999, p. 651 et s. et IYNEDJIAN (M.), *L'accord de l'Organisation mondiale du commerce sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires – Une analyse juridique*, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 65 et s.
101. Art. 3.2 de l'Accord SPS. Cet article contient en réalité une double présomption. L'une, irréfragable, concerne la nécessité de la mesure. L'autre, réfragable, a trait à sa « compatibilité » avec l'Accord SPS et le GATT de 1994. Voy. IYNEDJIAN (M.), *L'accord de l'Organisation mondiale du commerce sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires – Une analyse juridique*, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 75 et s. Pour un exemple, en droit européen, d'une norme non obligatoire ayant un effet de présomption, voy. ARBOUR (M.-E.), « Mise en contexte : la sécurité des produits de consommation. Perspectives horizontales et verticales », *in* NIHOUL (P.) et MAHIEU (S.) dir., *La sécurité alimentaire et la réglementation des OGM – Perspectives nationale, européenne et internationale*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 26.
102. Art. 3.4 de l'Accord SPS.

niveau de protection désiré[103]. L'article 5 de l'Accord SPS soumet les règles choisies en dehors des standards à des critères de proportionnalité : elles doivent répondre à un risque évalué scientifiquement, tenir compte d'une analyse coûts-bénéfices pour le commerce international, être exemptes de toute distinction arbitraire ou discriminatoire et être le moins restrictives possible, « compte tenu de la faisabilité technique et économique »[104].

La Commission du Codex a élaboré des Principes et lignes directrices pour l'évaluation des risques microbiologiques[105], qui peuvent s'avérer utiles dans l'appréciation du risque requise par l'article 5.1 de l'Accord SPS[106].

4.2 Normes internationales et Accord OTC

Un procédé similaire[107] existe dans un domaine distinct du droit de l'OMC, quoique connexe[108]. Il s'agit de la matière des obstacles techniques au commerce, c'est-à-dire des règlements techniques[109] et des normes relatifs aux caractéristiques d'un produit, en ce compris leur composition, leur désignation, leur emballage ou étiquetage, etc.[110] L'Accord OTC ne s'applique pas aux mesures sanitaires et phytosanitaires, qui font l'objet de l'Accord SPS[111].

De nombreux organismes internationaux et nationaux élaborent des normes qui, comme telles, ne s'imposent pas aux États. Il en est ainsi par exemple de l'Organisation internationale de normalisation (ISO) ou de la Commission électrotechnique internationale (CEI). Chaque État participe à ces organisations de normalisation, en général par le biais de son organisation de normalisation nationale.

---

103. Art. 3.3 de l'Accord SPS. Sur les trois choix ainsi laissés aux États, voy. Voy. PAUWELYN (J.), « The WTO Agreement on Sanitary and Phytosanitary (SPS) Measures As Applied in the First Three SPS Disputes », *J.I.E.L.*, 1999, p. 655 et s.
104. Voy. PAUWELYN (J.), « The WTO Agreement on Sanitary and Phytosanitary (SPS) Measures As Applied in the First Three SPS Disputes », *J.I.E.L.*, 1999, p. 652 et s.
105. Principles and Guidelines for the Conduct of Microbiological Risk Assessment, CAC/GL-30 (1999).
106. Voy. également les « Lignes directrices pour l'appréciation du risque », contenues dans le *Code sanitaire pour les animaux aquatiques 2004* (Chapitre 1.4.2) élaboré par l'Organisation mondiale de la santé animale et Organe d'appel, *Australie – Mesures visant les importations de saumons*, 20 octobre 1998, WT/DS18/AB/R, 123.
107. Voy. LUFF (D.), *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce – Analyse critique*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 294 et s. ; DEBOYSER (P.) et MAHIEU (S.), « La régulation internationale des OGM : une nouvelle tour de Babel ? », *in* NIHOUL (P.) et MAHIEU (S.) dir., *La sécurité alimentaire et la réglementation des OGM – Perspectives nationale, européenne et internationale*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 278.
108. La proximité entre les deux accords provient de la similarité de leurs objectifs, à savoir éviter que les règles techniques ou de santé publique ne freinent l'augmentation des échanges escomptée de la libéralisation.
109. Sur la notion de « règlement technique », voy. Organe d'appel, *CE – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, 12 mars 2001, WT/DS135/AB/R, spéc. 66 et s.
110. Art. 1 et 2 de l'Annexe 1 à l'Accord OTC.
111. Voy. *supra*, 4.1.

La structure de l'Accord OTC est similaire à celle de l'Accord SPS[112], en ce sens qu'il exige que, « lorsque des normes internationales pertinentes existent […], les Membres [utilisent] ces normes internationales ou leurs éléments pertinents comme base de leurs règlements techniques, sauf lorsque ces normes internationales ou ces éléments seraient inefficaces ou inappropriés pour réaliser les objectifs légitimes recherchés »[113]. Une règle similaire est prévue pour les procédures d'évaluation de la conformité des produits[114].

Les États restent libres de prendre des mesures de défense d'intérêts légitimes et de choisir le degré de protection qu'ils jugent approprié[115], mais ils sont obligés de *baser* leurs règlements sur les normes internationales, lorsqu'elles existent et qu'elles permettent d'atteindre le but visé[116].

Comme dans l'Accord SPS, la présomption n'apparaît que plus loin : si le règlement technique d'un État est *conforme* à une norme internationale, ce règlement est présumé – *iuris tantum* – ne pas constituer « un obstacle non nécessaire au commerce international »[117].

La distinction entre « se baser » et « se conformer », que la jurisprudence a eu l'occasion de préciser[118], détermine l'application de l'obligation ou de la présomption.

---

112. « Ce qui est au cœur de l'article 3 :1 de l'*Accord SPS*, c'est une prescription voulant que les Membres établissent leurs mesures sanitaires ou phytosanitaires sur la base de normes, directives ou recommandations internationales. De même, ce qui est au cœur de l'article 2.4 de l'*Accord OTC*, c'est une prescription voulant que les Membres utilisent des normes internationales comme base de leurs règlements techniques. » (Organe d'appel, *CE – Désignation commerciale des sardines*, 26 septembre 2002, WT/DS231/AB/R, 274.)
113. Art. 2.4 de l'Accord OTC.
114. Art. 5.4 de l'Accord OTC. Voy. aussi les règles « dérivées » des articles 9.2 et 9.3 de l'Accord OTC et la « Liste des guides et recommandations internationaux pertinents concernant les procédures d'évaluation de la conformité » du 28 mars 2003 (G/TBT/W/72/Rev.4).
115. Considérants 6 et 7 de l'Accord OTC, et l'art. 2.2 de l'Accord OTC, qui reprend une liste exemplative d'intérêts légitimes.
116. La formulation de l'obligation est peut-être un peu plus souple dans le cadre de l'Accord SPS que dans celui de l'Accord OTC : comp. les art. 3.1 de l'Accord SPS et 2.4 de l'Accord OTC. L'Organe d'appel retient toutefois la même interprétation des termes « se baser » pour les deux accords (Organe d'appel, *CE – Désignation commerciale des sardines*, 26 septembre 2002, WT/DS231/AB/R, 242).
117. Art. 2.5 de l'Accord OTC. Contrairement à l'article 3.2 de l'Accord SPS, cet article n'en infère pas explicitement une présomption générale de compatibilité avec le GATT. Sur les rapports entre les normes ISO et l'Accord OTC, voy. ROHT-ARRIAZA (N.), « "Soft Law" in a "Hybrid" Organization : The International Organization for Standardization », *in* SHELTON (D.) ed., *Commitment and Compliance – The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford, O.U.P., 2000, p. 271 ; WIRTH (D.A.), « Compliance with Non-Binding Norms of Trade and Finance », *ibidem*, p. 339.
118. Voy. *infra*, 4.4.

4.3 La présomption dans la jurisprudence

Dans sa décision *Hormones*[119], l'Organe d'appel a précisé la portée de la présomption de l'article 3.2 de l'Accord SPS.

Selon l'Organe d'appel, il n'y a pas de rapport « règle générale – exception » entre l'obligation de se baser sur les normes internationales et le droit de chaque État de choisir un niveau de protection plus élevé. En d'autres termes, un État qui choisirait un niveau de protection plus élevé que celui résultant de l'application des normes internationales – ce qui était en l'espèce le cas des Communautés européennes – exerce un « droit important » pour lui. Ce droit est « autonome et *non* une "exception" à une "obligation générale" au titre de l'article 3 :1 »[120]. Il n'existe dès lors aucun renversement de la charge de la preuve. Pour contester efficacement une mesure SPS, le plaignant doit prouver que le défendeur ne respecte ni l'article 3.1, ni l'article 3.2, ni l'article 3.3 de l'Accord SPS. En pratique, il doit apporter une preuve en deux étapes, en montrant que la réglementation du défendeur n'est pas basée sur une norme internationale (art. 3.1)[121] *et* que cette norme internationale serait pourtant « efficace et appropriée » pour réaliser les objectifs légitimes poursuivis par le défendeur[122], ce qui implique que le défendeur ne poursuit pas un objectif de protection plus élevé (art. 3.3).

Pour l'Organe d'appel, la présomption de l'article 3.2 peut inciter les États à se conformer aux normes internationales. Mais s'ils ne s'y conforment pas, la charge de la preuve qu'ils supportent dans le cadre du règlement des différends ne peut être alourdie, ce qui reviendrait à pénaliser les États choisissant une protection plus élevée[123]. En bref, la présomption ne peut jouer que dans le sens favorable à l'auteur de la mesure litigieuse[124].

L'État qui ne se conforme pas aux normes internationales est astreint à des obligations particulières d'information, selon le principe du « *comply or explain* »[125].

---

119. Organe d'appel, *CE – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (Hormones)*, 16 janvier 1998, WT/DS48/AB/R.
120. Organe d'appel, *CE – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (Hormones)*, 16 janvier 1998, WT/DS48/AB/R, 172. PAUWELYN (J.), « The WTO Agreement on Sanitary and Phytosanitary (SPS) Measures As Applied in the First Three SPS Disputes », *J.I.E.L.*, 1999, p. 656.
121. Dans ce cas, elle ne sera *a fortiori* pas conforme à cette norme internationale (voy. Organe d'appel, *CE – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (Hormones)*, 16 janvier 1998, WT/DS48/AB/R, 163).
122. Organe d'appel, *CE – Désignation commerciale des sardines*, 26 septembre 2002, WT/DS231/AB/R, 275 ; LUFF (D.), *Le droit de l' Organisation mondiale du commerce – Analyse critique*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 303.
123. Organe d'appel, *CE – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (Hormones)*, 16 janvier 1998, WT/DS48/AB/R, 102 (voy. aussi le point 171).
124. Organe d'appel, *CE – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (Hormones)*, 16 janvier 1998, WT/DS48/AB/R, 105, qui rejette la « présomption inverse » dégagée par le groupe spécial.
125. Art. 5 de l'Annexe B de l'Accord SPS.

Ces précisions faites, la suite des rapports du groupe spécial et de l'Organe d'appel démontrent par la pratique que la présomption est d'une grande utilité pour l'État défendeur[126]. Le droit de choisir un niveau de protection plus élevé n'est en effet pas « absolu »[127] et doit être fondé sur une « justification scientifique »[128], impliquant elle-même un « examen et une évaluation » des renseignements scientifiques disponibles et des risques pour la santé des personnes et des animaux et pour la préservation des végétaux[129]. Le différend des *Hormones* a montré que les exigences de ces justifications étaient très élevées, sans que le principe de précaution soit d'un réel secours[130].

4.4 « Baser » et « conformer » dans la jurisprudence

Les Accords SPS et OTC indiquent que les États, s'ils acceptent le niveau de protection international, doivent baser leurs règlements sur les normes internationales et qu'ils bénéficient de la présomption de compatibilité[131] s'ils conforment leurs règlements à ces normes.

Dans l'affaire *Hormones*, le groupe spécial avait assimilé les termes « baser » et « conformer »[132] et en avait déduit une véritable obligation pour les États de rendre leurs règlements conformes aux normes internationales. Par le truchement des Accords de l'OMC, le groupe spécial conférait ainsi une valeur obligatoire à ces normes, qui se veulent de simples recommandations.

---

126. Pour un aperçu des trois premières affaires traitées sur la base de l'Accord SPS, voy. STEWART (T.P.) et JOHANSON (D.S.), « The SPS Agreement of the World Trade Organization and International Organizations : The Roles of the Codex Alimentarius Commission, the International Plant Protection Convention, and the International Office of Epizootics », *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 1998, p. 34 et s. Voy. aussi Groupe spécial, *Japon – Mesures visant l'importation de pommes – Recours des États-Unis à l'article 21 :5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, 23 juin 2005*, WT/DS245/RW, 8.34 et s., et la conclusion 8.120-8.121.
127. Organe d'appel, *CE – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (Hormones)*, 16 janvier 1998, WT/DS48/AB/R, 175.
128. Art. 3.3 de l'Accord SPS.
129. Art. 3.3 de l'Accord SPS et la note 2, art. 5.1 de l'Accord SPS et Organe d'appel, *CE – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (Hormones)*, 16 janvier 1998, WT/DS48/AB/R, 173 et s.
130. Organe d'appel, *CE – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (Hormones)*, 16 janvier 1998, WT/DS48/AB/R, 124. Comp. IYNEDJIAN (M.), *L'accord de l'Organisation mondiale du commerce sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires – Une analyse juridique*, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 172 et s.
131. Le mot « compatibles » est utilisé dans l'Accord SPS. La version anglaise emploie le mot « consistent ». Il faut le comprendre en ce sens que la mesure est présumée *ne pas violer* l'Accord SPS ni le GATT de 1994.
132. Groupe spécial, *CE – Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (Hormones)*, 18 août 1997, WT/DS26/R/USA, 8.72 et s.

L'Organe d'appel rejette cette interprétation. Il existe une différence sémantique entre l'expression « sur la base de », qui vise le respect d'un « principe fondamental » ou « un point de départ », et les mots « conforme à », qui exige une correspondance exacte, c'est-à-dire, pratiquement, l'incorporation du standard international dans le droit interne[133]. « Une mesure qui est "conforme à" une norme du Codex et qui l'incorpore est, bien entendu, établie "sur la base de" cette norme. Cependant, *une mesure établie sur la base de la même norme peut ne pas être conforme à cette norme* lorsque, par exemple, seulement quelques éléments et non pas tous les éléments de la norme ont été incorporés à la mesure. »[134]

Selon l'Organe d'appel, si deux termes distincts sont employés, c'est en vue de laisser aux États acceptant le niveau de protection international un choix entre une harmonisation plus ou moins forte.

D'une part, les États ne doivent pas conformer leurs mesures aux normes internationales ; ils ont seulement l'obligation moindre de les *baser* sur ces dernières. L'Accord SPS n'a pas pour objet d'imposer une harmonisation immédiate en conférant « une force et un effet *exécutoires* » aux normes internationales ou en les rendant « contraignantes »[135]. L'Organe d'appel justifie aussi sa décision par le principe interprétatif du droit international prescrivant, dans le doute, de considérer que les États souverains n'ont pas voulu s'engager ou n'ont voulu se soumettre qu'à l'obligation moindre[136].

D'autre part, si l'État choisit librement de *conformer* ses mesures au standard, il bénéficie de la présomption de compatibilité de la mesure à l'Accord SPS et au GATT de 1994. Cette présomption est de nature à inciter l'État à choisir la conformité au standard, c'est-à-dire l'harmonisation la plus poussée, envisagée comme « un *objectif* qui reste à réaliser *à l'avenir* »[137].

La doctrine ainsi esquissée autour de la distinction entre « baser » et « conformer » serait assez claire si l'on comprenait exactement la différence entre les deux termes.

L'Organe d'appel semble exiger une incorporation pure et simple du standard pour que le droit interne lui soit conforme. La doctrine est parfois moins stricte,

---

133. Organe d'appel, *CE – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (Hormones)*, 16 janvier 1998, WT/DS48/AB/R, 162 et s.
134. Organe d'appel, *CE – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (Hormones)*, 16 janvier 1998, WT/DS48/AB/R, 163 (pas d'italiques dans l'original).
135. Organe d'appel, *CE – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (Hormones)*, 16 janvier 1998, WT/DS48/AB/R, 165.
136. Organe d'appel, *CE – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (Hormones)*, 16 janvier 1998, WT/DS48/AB/R, 165 et note 32.
137. Organe d'appel, *CE – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (Hormones)*, 16 janvier 1998, WT/DS48/AB/R, 165 (italiques originales).

puisqu'elle paraît accorder la présomption aux mesures nationales « identiques ou similaires » aux standards[138].

La conformité renvoie en réalité à une notion de *correspondance*[139] entre la norme internationale et le règlement interne. Ceci signifie qu'un règlement est conforme au standard si, dans des circonstances de fait identiques, tout produit déclaré salubre ou insalubre par le standard subirait le même traitement au regard du règlement.

La réciproque n'est pas nécessairement vraie. Dans leur relation aux *produits*, les règlements étatiques comme les standards internationaux formulent généralement des obligations minimales : ils n'interdisent pas les produits dont les caractéristiques sont plus favorables aux consommateurs (niveau sanitaire plus élevé, information plus complète, etc.). Par contre, lorsqu'on évalue les règlements à l'aune des *standards internationaux* – comme le font les Accords SPS et OTC –, les standards se muent en règles maximales : les règlements plus exigeants ne bénéficient pas de la présomption.

Ainsi, un *produit* dépassant les exigences d'un règlement sera généralement admissible au regard du règlement et à l'égard du standard pris isolément. Mais si le *règlement* est plus sévère que le standard, les produits remplissant les conditions du règlement satisferont également à celles du standard, mais certains biens conformes aux exigences du standard ne seront pas admissibles au regard du règlement. Dans ce cas, ce dernier ne sera pas conforme au standard.

Un règlement national moins sévère que le standard n'y serait pas conforme, mais cette situation n'est pas, en tant que telle, susceptible de causer un grief de nature commerciale aux autres membres de l'OMC ou à leurs ressortissants[140]. Il n'empêche que, dans cette hypothèse de non-conformité, le règlement doit satisfaire aux exigences de l'Accord SPS ou OTC, en particulier à l'obligation de traitement non discriminatoire[141].

L'Organe d'appel indique que le terme « baser » implique « une relation très forte et très étroite entre deux choses » mais se refuse à le définir davantage[142]. On sait

---

138. STEWART (T.P.) et JOHANSON (D.S.), « The SPS Agreement of the World Trade Organization and International Organizations : The Roles of the Codex Alimentarius Commission, the International Plant Protection Convention, and the International Office of Epizootics », *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 1998, p. 30.
139. L'Organe d'appel définit la conformité comme la qualité de « ce qui correspond exactement » (Organe d'appel, *CE – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (Hormones)*, 16 janvier 1998, WT/DS48/AB/R, 163).
140. Dans une telle hypothèse, les consommateurs ou les producteurs nationaux insatisfaits demanderaient éventuellement à leur gouvernement d'édicter un règlement plus sévère.
141. IYNEDJIAN (M.), *L'accord de l'Organisation mondiale du commerce sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires – Une analyse juridique*, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 73 et s.
142. Organe d'appel, *CE – Désignation commerciale des sardines*, 26 septembre 2002, WT/DS231/AB/R, 245 et 248.

quand même que la « base » de la règle doit exister au moment où celle-ci est édictée[143]. L'Organe d'appel précise encore que « baser » un règlement sur une norme internationale implique au minimum que le règlement et la norme ne se contredisent pas[144]. Ainsi, contredit le Codex la règle européenne qui ne permet d'appeler « sardine » qu'une seule des vingt-et-une espèces de poissons reprises sous cette appellation par le Codex. Dans ce cas précis, on comprend comment la Communauté aurait pu « se conformer » au Codex. Il lui aurait suffi d'autoriser la commercialisation de toutes les espèces sous la dénomination de « sardine », en prescrivant éventuellement, comme le permet le Codex, que le mot « sardine » soit complété par un qualificatif indiquant l'origine ou la sous-espèce. Mais comment aurait-elle pu se limiter à « baser » son règlement sur le Codex ? Que signifie, ici, utiliser la liste d'espèces du Codex comme « principe fondamental » ou comme « point de départ », ainsi que le recommande le rapport *Hormones* ?

Quoique l'Organe d'appel cite abondamment les dictionnaires pour préciser (en vain) le sens du mot « baser », il paraît plutôt influencé par un soupçon de protectionnisme nourri à l'égard de la Communauté, qui n'accorde le nom de « sardine » qu'à l'espèce pêchée dans les eaux européennes…

Une piste de solution se trouve dans l'idée de *cohérence*. Par hypothèse, le standard et le règlement interne visent le même niveau de protection de la santé. Les objectifs des deux règles sont donc identiques, mais les moyens ne doivent pas nécessairement l'être. Toutefois, les moyens mis en œuvre par le standard et par le règlement doivent être cohérents entre eux, ce qui implique une approche, une méthodologie et des critères identiques ou similaires et, surtout, entretenant le même lien rationnel avec l'objectif visé par la norme. Ainsi, le Codex utilise le critère de l'espèce biologique pour distinguer les sardines des autres poissons, mais non la sous-espèce ni, *a fortiori*, la provenance géographique. Car lorsqu'il définit la sardine, le Codex entend protéger la santé des consommateurs et favoriser les pratiques équitables dans le commerce de la nourriture[145]. Retenir le critère supplémentaire de la sous-espèce, comme le faisait la Communauté européenne, ne permet pas, en soi, de protéger la santé des consommateurs, mais en outre introduit une discrimination indirecte dans le commerce international. Ainsi, il n'existe pas, entre l'objectif (avoué) de la Communauté et sa réglementation, le même lien rationnel que celui qui unit la norme du Codex à son objectif. Pire : le critère retenu par la Communauté engendre un effet opposé à l'un des objectifs du Codex.

---

143. Groupe spécial, *Japon – Mesures visant l'importation de pommes – Recours des États-Unis à l'article 21 :5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, 23 juin 2005*, WT/DS245/RW, 8.148-8.156.

144. Organe d'appel, *CE – Désignation commerciale des sardines*, 26 septembre 2002, WT/DS231/AB/R, 248 et s. L'absence de contradiction ne suffit évidemment pas pour décider que la mesure est basée sur le standard international. *A fortiori*, cette absence de contradiction entre la mesure et le standard ne fait pas présumer la compatibilité de la mesure avec l'Accord SPS et le GATT de 1994.

145. Art. 1er des *General Principles*.

Cette explication permet à la fois de donner un sens au reproche de « contradiction » dans l'affaire *Sardines* et d'expliquer pourquoi cette contradiction est liée à une intention protectionniste. L'ironie de ce différend veut que, pour cette question particulière, se baser sur le Codex équivalait pratiquement à s'y conformer.

Cela n'est cependant pas nécessairement le cas. Imaginons par exemple qu'il soit notoire que la consommation régulière de sardines diminue les risques de cancer, en raison de la présence dans ces poissons d'une molécule particulière. Quoique la molécule ne se trouve pas en même quantité dans toutes les sardines – cela dépend de la sous-espèce, mais aussi du milieu de vie des poissons –, le public identifie les effets bénéfiques avec « les sardines » en général. Confronté à une telle situation, le Codex n'autorise d'appeler « sardine » que les cinq sous-espèces dont les individus contiennent en moyenne la plus grande quantité de la molécule, en considérant que les autres sous-espèces n'en contiennent, en moyenne, qu'une quantité infime, de sorte qu'aucun effet bénéfique ne peut être raisonnablement attendu. Un règlement national basé sur ce standard (sans toutefois y être conforme) serait celui qui n'autorise l'appellation de « sardine » que pour les lots de poissons (quelle que soit la sous-espèce) contenant en moyenne une certaine quantité de la molécule. Le règlement n'est pas identique au standard, notamment parce qu'il autorise l'appellation, sous certaines conditions, pour des poissons des autres sous-espèces que celles sélectionnées par le Codex, et parce qu'il l'interdit pour les poissons des cinq sous-espèces dont la teneur en molécules serait insuffisante. Mais ce règlement est basé sur le Codex en ce sens qu'il en partage l'objectif (s'assurer que la nourriture a généralement les qualités que le public lui prête) et la méthodologie (une approximation de la quantité de molécules présentes dans les poissons).

Une distinction ressemblant à celle que nous venons d'examiner apparaît dans les articles 3.4 et 3.5 du Mémorandum d'accord. Ces articles indiquent que, lorsqu'un différend est résolu par l'ORD, ce dernier doit statuer « conformément aux droits et obligations résultant du […] Mémorandum d'accord et des accords visés » (« *in accordance with* »). Toute solution amiable convenue par les parties doit, quant à elle, être compatible (« *consistent with* ») avec les Accords. Sans développer sa pensée, un auteur trouve entre ces deux expressions la latitude permettant d'élaborer une solution amiable qui ne se résume pas à l'acquiescement pur et simple à la décision de l'ORD[146]. Si l'on voit, ici aussi, que la conformité est une exigence plus forte que la compatibilité, on ne pourrait toutefois transposer cette distinction pour l'examen de celle entre « baser » et « conformer ». Car il est certain que l'exigence de compatibilité de l'article 3.5 implique le respect total des Accords, à tout le moins à l'égard des tiers à l'arrangement amiable[147].

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

147. Pour une discussion quant au caractère bilatéral ou multilatéral des obligations découlant des Accords et, par conséquent, de la possibilité de déroger, entre parties, à ces obligations, voy. PAUWELYN (J.), « A Typology of Multilateral Treaty Obligations : Are WTO Obligations Bilateral or Collective in Nature ? », *E.J.I.L.*, 2003, p. 907-951, spéc. p. 925 et s.

L'Organe d'appel se prononce sur la notion d'incompatibilité dans sa décision *Guatemala – Ciment (I)*, lorsqu'il examine s'il faut appliquer de manière cumulative ou exclusive les règles de procédure du Mémorandum d'accord et celles de l'Accord antidumping. Pour l'Organe d'appel, une application conjointe s'impose lorsque les deux groupes de règles se complètent, alors que l'autre solution vaudrait si ces groupes étaient « incompatibles ». Partant de l'idée que les Accords de Marrakech ont fait du mécanisme de règlement des différends un système intégré, l'Organe d'appel décide que les règles procédurales des accords particuliers complètent celles, générales, du Mémorandum d'accord, et n'y substituent pas un autre mécanisme (ce qu'avait considéré le groupe spécial)[148]. Par ce raisonnement, l'Organe d'appel met en évidence le lien entre compatibilité et cohérence : des règles compatibles les unes avec les autres forment un système juridique cohérent.

L'idée de cohérence est la clé de compréhension de la distinction entre baser et conformer. Des règles conformes les unes aux autres, ou à tout le moins compatibles, forment un système juridique cohérent[149]. Des règles établies sur la base d'autres règles ne forment pas nécessairement un ensemble cohérent (car les règles peuvent prescrire des solutions différentes), mais elles réalisent une cohérence des objectifs.

Ce dernier exemple met en évidence la conclusion de cette discussion. L'appréciation de la conformité et de la compatibilité repose en définitive sur l'objectif du système, ou plutôt sur l'objectif que l'interprète lui assigne. La conformité d'un règlement à un standard serait appréciée différemment dans un système promouvant uniquement la protection des consommateurs (sans égard pour le libre échange). La cohérence qui définit la notion de « baser » dépend elle aussi de la finalité de la norme : c'est en considérant la fin qu'on peut apprécier la cohérence entre la norme internationale et le règlement. Et la décision *Guatemala – Ciment (I)* s'explique par l'objectif d'intégration des procédures de règlement des différends. À n'en pas douter, la décision aurait été différente si le but de l'Accord antidumping avait été de prévoir une procédure exceptionnelle et simplifiée pour traiter les affaires de dumping.

Malgré ces précisions, l'existence d'une conformité ou d'une cohérence entre le standard et la règle nationale reste sujette à une appréciation de la part du juge. Il s'agit en effet de déterminer les objectifs des standards, ce qui implique une interprétation. Il faut aussi apprécier la similitude des liens rationnels unissant le standard et la règle nationale à ces objectifs, ce qui ne peut se réduire à une déduction purement logique.

148. Voy. Organe d'appel, *Guatemala – Enquête antidumping concernant le ciment portland en provenance du* Mexique, 2 novembre 1998, WT/DS60/AB/R, 65 et s., 75.

149. Sur les liens entre conformité, compatibilité et cohérence, voy. COPPENS (P.), « Sur la cohérence des ordres juridiques », *in* WIJFFELS (A.), *Le Code civil entre* ius commune *et droit privé européen*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 3 et s.

4.5 Conséquences sur l'élaboration des normes internationales

Outre ses conséquences sur la force contraignante des normes de *soft law*[150], l'Accord OMC a influencé leur mode d'élaboration.

On constate un regain d'intérêt des États pour les travaux des organismes internationaux de normalisation[151]. Certes, les Accords OTC et SPS invitent les États, avec une certaine insistance, à participer activement à l'élaboration des normes internationales[152]. Pour l'OMC, il s'agit de favoriser l'adhésion la plus large aux standards harmonisés, les États étant d'autant plus enclins à suivre volontairement les règles qu'ils ont eux-mêmes produites. La contrainte renforcée qui accompagne les normes internationales incite les États à influencer leur contenu en participant à leur élaboration. Probablement cette motivation pèse-t-elle plus lourd que les nombreux articles des Accords demandant un investissement des États.

La Commission du Codex est donc devenue un des forums internationaux où sont discutées des questions particulièrement controversées[153]. Certains ont critiqué le mode de décision majoritaire, qui n'avait sans doute pas été conçu, à l'origine, dans l'optique de créer des normes aussi contraignantes qu'elles le sont aujourd'hui[154].

L'Accord OTC contient aussi une annexe fixant certaines règles pour l'élaboration des normes internationales[155]. Cette annexe, ouverte à l'acceptation des

---

150. Voy. *infra*, 4.6.
151. Voy., en ce qui concerne la Communauté européenne, POLI (S.), « The European Community and the Adoption of International Food Standards within the Codex Alimentarius Commission », *European Law Journal*, 2004, p. 613 et s. Les pays en voie de développement n'ont pas toujours les moyens, notamment humains, de participer à l'activité de ces organisations. Mais les regrets qu'ils expriment à ce sujet confirment en réalité l'intérêt accru de cette participation (voy. et comp. DAS (B.L.), *The WTO and the Multilateral Trading System – Past, Present and Future*, Penang, Third World Network, Londres, Zed Books, 2003, p. 95 et s. et MAYEDA (G.), « Developing Disharmony ? – The SPS and TBT Agreement and the Impact of Harmonization on Developing Countries », *J.I.E.L.*, 2004, p. 756 et s.).
152. Voy. les articles 2.6, 5.5 et 9.1 de l'Accord OTC et 3.4 de l'Accord SPS.
153. Voy. DEBOYSER (P.) et MAHIEU (S.), « La régulation internationale des OGM : une nouvelle tour de Babel ? », *in* NIHOUL (P.) et MAHIEU (S.) dir., *La sécurité alimentaire et la réglementation des OGM – Perspectives nationale, européenne et internationale*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 276 et s.
154. STEWART (T.P.) et JOHANSON (D.S.), « The SPS Agreement of the World Trade Organization and International Organizations : The Roles of the Codex Alimentarius Commission, the International Plant Protection Convention, and the International Office of Epizootics », *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 1998, p. 42 ; GEHRING (M.W.) et JESSEN (H.), « Gesundheitspolizeiliche und pflanzenschutzrechtliche Maßnahmen (SPS) », *in* HILF (M.) et OETER (S.) Hrsg, *WTO-Recht – Rechtsordnung des Welthandels*, Baden-Baden, Nomos, 2005, p. 369. Pour une critique tenant à la lenteur de la production des normes, voy. DEBOYSER (P.) et MAHIEU (S.), « La régulation internationale des OGM : une nouvelle tour de Babel ? », *in* NIHOUL (P.) et MAHIEU (S.) dir., *La sécurité alimentaire et la réglementation des OGM – Perspectives nationale, européenne et internationale*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 280.
155. Voy. Annexe 3 de l'Accord OTC intitulée « Code de pratique pour l'élaboration, l'adoption et l'application des normes » et LUFF (D.), *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce – Analyse critique*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 308 et s.

« organisme[s] à activité normative »[156], leur impose d'agir en respectant des règles de fond et de procédure. Ainsi, les standards sont notamment soumis aux critères de non-discrimination[157] et de nécessité[158] (qui impliquent d'utiliser les moyens les moins restrictifs du commerce international). Ils doivent être basés sur les normes internationales[159] et, autant que possible, viser les « propriétés d'emploi du produit » plutôt que les procédés de sa fabrication[160]. Les conditions de procédure visent quant à elles la transparence et la participation aux « activité[s] normative[s] internationale[s] »[161].

4.6 Conséquences sur le caractère contraignant des normes internationales

Quoi qu'en dise l'Organe d'appel[162], les règles de l'OMC ont influencé la force contraignante des standards internationaux tels les normes ISO ou le Codex. La mesure exacte de cette influence est incertaine. Elle se situe entre deux pôles.

D'une part, on pourrait avancer que les Accords SPS et OTC n'ont pas modifié la portée des normes internationales auxquelles ils font référence. Cette vision, essentiellement justifiée par des arguments formels, doit être nuancée à la lumière des décisions commentées plus haut. Le non-respect des normes internationales, et donc la perte du bénéfice de la présomption de compatibilité, gêne sérieusement l'État dont les mesures sont contestées. La justification scientifique des mesures étatiques s'avère alors difficile à établir (ou très facile à mettre en doute), surtout en présence d'une incertitude scientifique réelle, comme dans l'affaire *Hormones*.

D'autre part, certains pourraient prétendre que les Accords SPS et OTC contiennent de telles références aux normes internationales qu'ils les ont rendues juridiquement obligatoires, en leur conférant, par « incorporation », la force obligatoire dont ils sont eux-mêmes revêtus[163]. La technique de l'incorporation est connue dans

156. Art. B du Code de pratique pour l'élaboration, l'adoption et l'application des normes.
157. Art. D du Code de pratique pour l'élaboration, l'adoption et l'application des normes.
158. Art. E du Code de pratique pour l'élaboration, l'adoption et l'application des normes.
159. Art. F du Code de pratique pour l'élaboration, l'adoption et l'application des normes.
160. Art. I du Code de pratique pour l'élaboration, l'adoption et l'application des normes.
161. Art. G du Code de pratique pour l'élaboration, l'adoption et l'application des normes.
162. Organe d'appel, *CE – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (Hormones)*, 16 janvier 1998, WT/DS48/AB/R, 165. Il est vrai que l'Organe d'appel semble considérer le caractère contraignant des règles sur un mode binaire (tout ou rien), ce qui ne cadre pas avec la thèse défendue dans le présent article.
163. Voy. et comp. les expressions utilisées par certains auteurs : « the TBT Agreement "hardens" ISO standards into binding law » (WIRTH (D.A.), « Compliance with Non-Binding Norms of Trade and Finance », *in* SHELTON (D.) ed., *Commitment and Compliance – The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford, O.U.P., 2000, p. 339) ou « The important, though non-binding, harmonizing standards […] have become, in some measure, hard law in the form of the World Trade Organization's Agreement on Technical Barriers to Trade. » (O'CONNELL (M.E.), « The Role of Soft Law in a Global Order », *ibidem*, p. 112).

d'autres domaines. Par exemple, la Banque mondiale inclut parfois des normes non obligatoires dans les contrats de prêt conclus avec les États, conférant ainsi à ces normes un caractère obligatoire (contractuel)[164] ; le Conseil fédéral suisse peut rendre obligatoires les recommandations contenues dans le Manuel des denrées alimentaires[165]. Il serait excessif de décrire ainsi la portée des Accords de l'OMC. Leur objet n'est pas d'obliger juridiquement les États à respecter les standards internationaux[166]. Ces normes internationales elles-mêmes n'ont pas été modifiées, ni rendues obligatoires. Entre le non-respect d'une norme internationale et la violation des obligations résultant des Accords de l'OMC, il n'existe aucun lien de cause à effet *juridiquement nécessaire*.

Située entre ces deux pôles, la réalité s'apparente à une version atténuée du second argument. Les Accords de l'OMC n'ont certes pas rendu les normes internationales obligatoires, mais, tels qu'interprétés par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel, ils sont tellement exigeants qu'une mesure qui ne serait pas conforme aux standards est *de facto* très difficile à justifier au regard des Accords SPS et OTC[167]. En d'autres termes, depuis l'adoption des Accords SPS et OTC, des conséquences juridiques fondamentalement différentes s'attachent pour l'État membre de l'OMC au respect des normes internationales. Leur pouvoir de contrainte a été considérablement renforcé.

Les organes de l'OMC sont conscients des dangers d'une interprétation trop peu respectueuse de la marge de manœuvre des États, dans une matière où les règles de preuve et les présomptions renforcent le penchant institutionnel du juge vers les arguments les plus libre-échangistes.

Lorsque le groupe spécial examine, dans le différend *CE – Sardines*, si les États doivent adapter leurs réglementations existantes quand les normes internationales sont modifiées, il est confronté à l'objection des Communautés européennes selon laquelle décider positivement serait accorder aux institutions productrices des normes un rôle de « législateur mondial ». Entre autres arguments, le groupe spécial répond, dans la ligne de la jurisprudence *Hormones* de l'Organe d'appel[168], que

164. BOISSON DE CHAZOURNES (L.), « Policy Guidance and Compliance : The World Bank Operational Standards », *in* SHELTON (D.) ed., *Commitment and Compliance – The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford, O.U.P., 2000, p. 289.

165. FLÜCKIGER (A.), « Régulation, dérégulation, autorégulation : l'émergence des actes étatiques non obligatoires », *Revue de droit suisse*, 2004, p. 237.

166. Organe d'appel, *CE – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (Hormones)*, 16 janvier 1998, WT/DS48/AB/R, 165.

167. L'exigence d'une justification rapproche la technique utilisée par les Accords SPS et OTC de celle du *comply or explain*. Cette technique repose sur une obligation alternative : soit se conformer à la norme non obligatoire, soit motiver adéquatement toute dérogation. Sur cette technique, voy. not. FLÜCKIGER (A.), « Régulation, dérégulation, autorégulation : l'émergence des actes étatiques non obligatoires », *Revue de droit suisse*, 2004, p. 256.

168. Le groupe spécial revient ainsi sur l'interprétation qu'il avait faite de l'Accord SPS dans sa décision *Hormones*, et qui avait été réformée par l'Organe d'appel.

l'obligation de baser les règlements nationaux sur les normes internationales n'implique pas l'obligation de s'y « conformer »[169]. Le groupe spécial ajoute que les membres ne sont pas obligés d'utiliser une norme internationale qui ne permettrait pas d'atteindre les objectifs légitimes justifiant le règlement[170]. « Ainsi, conclut le groupe spécial, l'application judicieuse des obligations énoncées à l'article 2.4 constitue une assurance contre le risque d'excès redouté par les Communautés européennes. »[171] On espère qu'au-delà de cette rhétorique, le groupe spécial est conscient que l'« application judicieuse » dépend surtout de son appréciation du caractère suffisant des preuves apportées par les parties.

Une partie de la doctrine met en garde contre la tentation pour l'OMC de s'engager dans un modèle « régulatoire », comme l'ont fait les Communautés européennes. Au nom d'une certaine vision de la démocratie, elle exprime sa préférence pour une organisation centrée sur la seule élimination des discriminations, notamment par le biais d'obligations procédurales, tout en laissant la liberté à chaque État de définir ses règles techniques et substantielles, en fonction de ses particularités[172].

5 DROIT ET CONTRAINTE

5.1 Force obligatoire du droit et contrainte

Le concept de *soft law* fait appel à ceux de force obligatoire du droit et de contrainte juridique. La *soft law* diffère du droit classique en ce qu'elle n'oblige pas, au sens traditionnel du terme, ce qui ne signifie pas que le non-respect de ses exigences reste sans conséquence. Les développements ci-dessus montrent l'absence de rupture nette entre les règles assorties de contraintes juridiques et celles qui ne le seraient pas. Au contraire, la contrainte juridique est variable et modulable[173].

---

169. Le groupe spécial ajoute que les États ne doivent pas davantage « respecter » les normes internationales. En l'absence d'explicitation de ce terme, il faut sans doute considérer que le groupe spécial le considère, dans le contexte de cette phrase, comme un synonyme de « se conformer » à la norme.
170. Groupe spécial, *CE – Désignation commerciale des sardines*, 29 mai 2002, WT/DS231/R, 7.78.
171. Groupe spécial, *CE – Désignation commerciale des sardines*, 29 mai 2002, WT/DS231/R, 7.78.
172. Pour une argumentation particulièrement développée de cette position, voy. MCGINNIS (J.O.) et MOVSESIAN (M.L.), « The World Trade Constitution », *Harvard Law Review*, 2000, p. 512-605. Comp. SYKES (A.O.), « The (Limited) Role of Regulatory Harmonization in International Goods and Services Markets », *J.I.E.L.*, 1999, p. 49-70.
173. Voy. et comp. ABBOTT (K.W.) et SNIDAL (D.), « Hard and Soft Law in International Governance », *Int. Organization*, 2000, p. 421-456 ; FLÜCKIGER (A.), « Régulation, dérégulation, autorégulation : l'émergence des actes étatiques non obligatoires », *Revue de droit suisse*, 2004, p. 249. *Contra*, et pour une vision binaire de la force obligatoire des règles, voy. KLABBERS (J.), « The Undesirability of Soft Law », *Nordic Journ. Int. L.*, 1998, p. 381-391.

Par son analyse de l'invocabilité du droit de l'OMC, la Cour de justice atténue la force contraignante de règles indubitablement obligatoires. Sans mettre explicitement en doute l'existence d'obligations à charge de la Communauté, la Cour n'hésite pas à suggérer que leur respect ne s'impose pas d'emblée, qu'il est subordonné à la (bonne) volonté du débiteur, lequel pourrait – librement, mais aussi juridiquement – décider de violer ses obligations et de subir la sanction. Cette position de la Cour est assurément très ambiguë. Ce qui l'est moins, c'est sa volonté d'atténuer la contrainte pesant sur la Communauté de respecter le droit de l'OMC.

D'un autre côté, les règles de l'OMC transforment les standards en les dotant d'un pouvoir de présomption. Ils quittent leur rang de recommandations pour entrer dans le domaine des règles dont le non-respect entraîne une conséquence juridique. Ils ne s'imposent pas, en droit, à leur destinataire, mais les autres règles juridiques sont telles qu'en pratique, le non-respect de la *soft law* équivaut souvent à la violation d'obligations juridiques.

Les juristes développent des concepts permettant de graduer la force contraignante des règles. Une norme du Codex n'est pas obligatoire. Les membres de l'OMC peuvent baser leur réglementation sur cette norme. Ceci implique un certain respect de la règle, mais pas (nécessairement) une parfaite conformité à celle-ci : il ne faut pas s'y conformer, mais on ne peut développer des règles contradictoires. « Baser sur » reste un concept vague, faisant appel à une exigence de cohérence et impliquant la détermination de la finalité normative. Selon les appréciations, il peut impliquer une adhésion plus ou moins fidèle à la norme. Le critère d'« inconditionnalité » de la Cour de justice est aussi suffisamment vague pour permettre à la Cour de moduler ses exigences du respect des normes.

Les règles ne sont pas simplement contraignantes ou *soft*. Elles sont juridiquement contraignantes dans une certaine mesure[174], mesure qui varie selon les règles, les contextes et les interprètes[175].

L'analyse de la *soft law* comme ensemble de règles à la contrainte relativement faible correspond à l'idée qu'on en a habituellement. Elle permet d'étudier la *soft law* au sens formel et au sens matériel au moyen d'un critère commun. Elle autorise à inscrire la *soft law* dans le domaine du juridique en insistant sur la continuité, plutôt que sur la rupture, entre obligations et *soft law*.

---

174. Cette idée est perçue par J. CARBONNIER (*Flexible droit*, 6e éd., Paris, L.G.D.J., 1988, p. 25) : « la différence du droit au non-droit, différence de nature s'il en fut, peut tout de même, assez souvent, être ramenée à une différence de degré : la différence de plus de droit à moins de droit. […] Quand nous parlerons de non-droit, il sera donc loisible d'entendre, non pas le vide absolu de droit, mais une baisse plus ou moins considérable de la pression juridique ».

175. Pour une analyse de l'affaire *Bananes* dans cette perspective, voy. TRACHTMAN (J.P.), « Bananas, Direct Effect and Compliance », *E.J.I.L.*, 1999, p. 655-678, spéc. p. 664 (à propos de la jurisprudence *International Fruit*) : « All legal rules are flexible and conditional : the correct question to ask relates to the degree to which they are flexible and conditional. »

La distinction entre obligation et contrainte ne mène à une réelle compréhension de la *soft law* que si l'on reconnaît en même temps les liens qui les unissent. Les exemples étudiés plus haut montrent que la contrainte n'est pas seulement une affaire de punition plus ou moins désagréable, comme un juge pourrait infliger une petite amende ou une longue peine d'emprisonnement. La contrainte résulte aussi – et peut-être d'abord – de la proximité de la règle avec le monde des obligations. Cherche-t-on à l'en éloigner, comme la Cour de justice, et l'on diminue la contrainte. On obtient l'effet inverse si on l'en rapproche, à la manière, par exemple, des Accords SPS et OTC.

5.2 Contrainte et rôle du juge

En cas de litige, la force contraignante d'une règle est déterminée par le juge. C'est lui qui apprécie le poids des preuves qui lui sont soumises, et donc leur capacité à renforcer ou à affaiblir les présomptions. En interprétant les concepts, il définit le respect dû à chaque norme sur une échelle aux nuances infinies, qui va du respect absolu à l'absence totale de contrainte.

Le principe de bonne foi est fréquemment utilisé, dans les contextes d'interprétation, pour moduler la contrainte associée aux normes. Tantôt, la bonne foi impose de se conformer à des règles ou des usages qui, en tant que tels, ne sont pas obligatoires[176]. À l'inverse, la bonne foi est parfois invoquée pour atténuer la rigueur des règles et, partant, pour affaiblir, à tout le moins dans un cas d'espèce, leur caractère obligatoire et/ou contraignant.

Dans des domaines où la Constitution ou la loi contiennent des règles « programmatiques », dont le caractère contraignant est particulièrement faible, les juges formulent parfois des obligations de *standstill*, qui n'imposent pas l'exécution des obligations programmatiques[177], mais empêchent toute avancée dans un sens opposé à ces obligations[178]. La clause de *standstill* se voit reconnaître une force bien plus importante que l'obligation dont elle dépend, même si elle n'en permet pas la réalisation.

Lorsqu'ils déclarent que telle règle est supplétive, impérative, d'ordre public interne[179], ou encore qu'elle relève de l'ordre public international, les juges (ou, dans ce cas, même le législateur) expriment différents degrés dans le caractère contrai-

176. Voy. OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau – Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 119.
177. Le qualificatif « programmatique » est utilisé par la C.J.C.E. pour refuser l'effet direct de règles trop conditionnelles : voy. C.J.C.E., 30 septembre 1987, *Demirel*, 12/86, *Rec.*, 1987, p. 3719, 23.
178. Comp. cette technique avec l'implication du mot « baser » dégagée par l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Désignation commerciale des sardines* (248), *supra*, 4.4.
179. Sur l'effectivité de ces différentes règles, voy. CARBONNIER (J.), *Flexible droit*, 6e éd., Paris, L.G.D.J., 1988, p. 126 et s.

gnant. Toutes ces règles s'imposent, mais elles s'imposent différemment et la contrainte pesant sur le débiteur varie.

Le juge joue ainsi un rôle important dans la détermination du caractère contraignant des normes, celui-ci n'apparaissant pas nécessairement très clairement *a priori*, et pouvant même varier selon les époques et les contextes. La jurisprudence classique au sujet de l'abus du droit de propriété immobilière montre par exemple une évolution dans l'appréciation du caractère « absolu », c'est-à-dire contraignant (pour les tiers), de ce droit.

Cette activité jurisprudentielle est essentiellement politique, voire constitutionnelle. Elle met en œuvre une conception de la répartition des pouvoirs entre les diverses autorités politiques (locales, nationales, régionales et mondiales), et entre ces autorités et les personnes privées.

Comme le montrent les affaires européennes dérivant des décisions *Bananes* et *Hormones*, plusieurs éléments permettent au juge de se forger une conception. Certains sont proprement institutionnels et concernent l'autorité compétente pour fixer les règles applicables. À cet égard, la collectivité instituant le juge reçoit en général un respect particulier : tirant ses pouvoirs des traités européens et du droit dérivé, la Cour de justice peut difficilement les rabaisser au rang d'une règle secondaire. La crainte de voir le droit de l'OMC régir « trop effectivement » les activités communautaires, eu égard notamment à la situation juridique des États-Unis, explique en grande partie la jurisprudence *Portugal c. Conseil*[180]. La position de la Cour semble en outre dictée par sa conception de la répartition des compétences entre les institutions communautaires : la Cour veut laisser aux organes politiques (législatif et exécutif) le soin de déterminer si, et comment, le droit de l'OMC sera mis en œuvre[181]. De même, lorsqu'un juge interne déclare que telle règle relève de l'ordre public international, il entend priver d'effet, dans sa sphère de compétence, toute règle contraire élaborée par un État étranger ou choisie par une personne privée. Semblant trancher une question substantielle, le juge statue en réalité sur un problème de compétence.

Le juge se base parfois sur des considérations plus substantielles. Il définit alors la force contraignante des règles en vue de faire prévaloir telle ou telle solution de fond. Peut-être – mais ce sont là des conjectures – la jurisprudence européenne eût-elle été différente si la Cour de justice n'avait eu aucune sympathie envers les positions européennes quant aux hormones et à l'importation des bananes. L'Organe d'appel aurait peut-être retenu une interprétation plus souple de l'obligation de « se baser » si la règle européenne de désignation des sardines n'avait pas été protection-

180. Voy. *supra*. Sur l'effet direct comme question de contrainte, mais aussi de répartition des pouvoirs, voy. TRACHTMAN (J.P.), « Bananas, Direct Effect and Compliance », *E.J.I.L.*, 1999, p. 665 ; EECKHOUT (P.), « Judicial Enforcement of WTO Law in the European Union – Some Further Reflections », *J.I.E.L.*, 2002, p. 91-110, spéc. p. 96 et s.

181. EECKHOUT (P.), « Judicial Enforcement of WTO Law in the European Union – Some Further Reflections », *J.I.E.L.*, 2002, p. 91-110, p. 96.

niste. L'exemple de l'utilisation du principe de bonne foi en droit interne est plus classique. Il n'est pas rare de voir un juge y faire appel pour faire prévaloir sa conception de l'équité.

6 CONCLUSION

On définit généralement la *soft law* comme une catégorie de règles en dehors du droit, parce que, contrairement aux règles juridiques, les règles de la *soft law* ne seraient pas obligatoires.

Cette vision appelle davantage de nuances, qui peuvent être découvertes à l'aide d'une analyse des liens entre la *soft law* et une branche particulière du droit international, à savoir le droit de l'Organisation mondiale du commerce.

L'étude de la jurisprudence de la Cour de justice relative à l'effet direct du droit de l'OMC, d'une part, et l'examen du traitement de certaines normes de *soft law* dans les Accords OTC et SPS, d'autre part, montrent qu'il n'existe pas deux catégories de règles radicalement distinctes : il existe plutôt un *continuum* entre des règles dont l'intensité de la force contraignante varie. Pour une même règle, la contrainte peut aussi évoluer dans le temps et bien sûr dans l'espace. Le juge est amené à préciser ce caractère contraignant pour chaque règle qu'il doit appliquer. Il s'acquitte alors d'une fonction essentiellement politique.

SUMMARY
SOFT LAW AND WTO LAW

Soft law can be understood by distinguishing obligation and constraint. Examples in the field of economic law show that rules are not simply « constraining » or not. Rules always imply constraint to a certain point. Determining the degree of constraint associated with a rule is one of the judge's political missions. This idea is explained with two examples related to WTO rules.

First, I analyse the ECJ case-law relating to the direct effect of the WTO agreements. I compare especially the use of the « unconditionality » and « reciprocity » arguments used by the ECJ when it deals with EC law or with WTO law. The ECJ case law can be understood as suggesting that WTO rules are not binding, i.e. a kind of soft law. *I show that the ECJ develops a judicial policy relative to the constraint of the rules, by which it accords more constraint to the EC treaty than to the WTO agreement.*

In a second part, I analyse the constraining force of norms of international soft law to which the SPS and TBT agreements refer (the Codex alimentarius, for instance). If states follow these soft rules, they are presumed to conform to their WTO obligations relative to this subject matter. This presumption has the effect of increasing the constraining power of the Codex alimentarius, much like the ECJ case law decreases the constraint associated with WTO rules. This increased constraint explains why states are more

willing than before to participate in the elaboration of international soft norms. An analysis of the panel and AB's reports in the Sardines and Hormones *cases shows that the constraining power of rules in largely defined by the judge as he interprets and applies the rules.*
I conclude that rules can be classified on a continuum *based on intensity of constraint, whether they are formally binding or not. The role taken by international judiciary bodies is not exceptional : national judges also make decisions on the constraint of rules.*

Mots clés : OMC, *soft law*, Accords SPS et OTC, effet direct

Key words: WTO, soft law, SPS and TBT Agreements, direct effect

Subject Descriptors (*EconLit* Classification System) : F020, K330, K420