Document generated on 08/08/2025 10:58 a.m.

Revue québécoise de droit international
Quebec Journal of International Law
Revista quebequense de derecho internacional

L'EFFICACITÉ DU MÉCANISME DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS DE L'OMC : VERS UNE MEILLEURE PRÉVISIBILITÉ DU SYSTÈME COMMERCIAL MULTILATÉRAL

Julien Burda

Volume 18, Number 2, 2005

URI: https://id.erudit.org/iderudit/1069172ar
DOI: https://doi.org/10.7202/1069172ar

See table of contents

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)
2561-6994 (digital)

Explore this journal

Cite this article

Burda, J. (2005). L'EFFICACITÉ DU MÉCANISME DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS DE L'OMC : VERS UNE MEILLEURE PRÉVISIBILITÉ DU SYSTÈME COMMERCIAL MULTILATÉRAL. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, *18*(2), 1–37. https://doi.org/10.7202/1069172ar

Article abstract

The dispute settlement mechanism of the World Trade Organization appears as the central pillar of the multilateral trading system and main efficient tool for the implementation of the international trade law. The first part of the article aims at pointing out the main characteristics of this dispute settlement mechanism. As a global one, it has to be used by the Members in order to solve all the disputes rising among them when they apply the different WTO agreements. As an integrated mechanism, it has been established within the Organization as the only one to be used instead of taking unilateral action. That means abiding by the agreed procedures and respecting judgements. Therefore, the rule of law sounds as the ground basis of the mechanism, ensuring its efficiency and legitimacy. The second part deals with the main procedure provided by the dispute settlement understanding (DSU), which does resemble a judicial one. The different stages (consultations, panel and appeal) aim at guarantying a fair and equitable procedure based on the rule of law, in a quasi-judicial form. If condemned, the Member's measure has to be brought into conformity with WTO Law. Thus, the main originality of the mechanism relies on the possibility of taking authorized counter-measures in order to pressure the Member that fails to comply with the DSB's recommendation. The rule of law, the strict delays, and the higher automaticity in the adoption of the reports by the so-called "reversed consensus" tend to reinforce the security and the predictability of the multilateral trading system.

Tous droits réservés © Société québécoise de droit international, 2005

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

https://www.erudit.org/en/

L'EFFICACITÉ DU MÉCANISME DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS DE L'OMC : VERS UNE MEILLEURE PRÉVISIBILITÉ DU SYSTÈME COMMERCIAL MULTILATÉRAL

Par Julien Burda[*]

Le mécanisme de règlement des différends de l'OMC apparaît aujourd'hui comme le pilier du système commercial multilatéral et l'outil le plus efficace pour assurer l'effectivité des règles relatives à la libéralisation des échanges. La première partie de l'article est focalisée sur les principales caractéristiques du mécanisme de règlement des différends. En tant que mécanisme « global », il s'applique à tous les accords de l'OMC et embrasse tous les litiges relatifs à l'application des normes appartenant au système. En tant que mécanisme intégré, il est le seul moyen de règlement des différends autorisé entre les parties, qui ont dès lors l'obligation de ne pas agir unilatéralement. La seconde partie examine, quant à elle, les caractéristiques de la principale procédure de règlement des différends (consultations, groupe spécial et Organe d'appel), procédure proche d'un règlement judiciaire. Un membre, dont la mesure est jugée incompatible avec les règles du commerce international, a l'obligation de la mettre en conformité avec le droit de l'OMC. L'originalité principale du système repose alors sur la possibilité de prendre des contre-mesures, moyen de pression pour contraindre le membre récalcitrant à modifier sa législation. La place centrale accordée à la règle de droit dans la procédure, les délais plus stricts et la plus grande automaticité qui ont été instaurés, en particulier par l'adoption quasi automatique des rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel par le biais du « consensus inversé », renforcent sans conteste la sécurité et la prévisibilité du système commercial international.

The dispute settlement mechanism of the World Trade Organization appears as the central pillar of the multilateral trading system and main efficient tool for the implementation of the international trade law. The first part of the article aims at pointing out the main characteristics of this dispute settlement mechanism. As a global one, it has to be used by the Members in order to solve all the disputes rising among them when they apply the different WTO agreements. As an integrated mechanism, it has been established within the Organization as the only one to be used instead of taking unilateral action. That means abiding by the agreed procedures and respecting judgements. Therefore, the rule of law sounds as the ground basis of the mechanism, ensuring its efficiency and legitimacy. The second part deals with the main procedure provided by the dispute settlement understanding (DSU), which does resemble a judicial one. The different stages (consultations, panel and appeal) aim at guarantying a fair and equitable procedure based on the rule of law, in a quasi-judicial form. If condemned, the Member's measure has to be brought into conformity with WTO Law. Thus, the main originality of the mechanism relies on the possibility of taking authorized counter-measures in order to pressure the Member that fails to comply with the DSB's recommendation. The rule of law, the strict delays, and the higher automaticity in the adoption of the reports by the so-called “reversed consensus” tend to reinforce the security and the predictability of the multilateral trading system.

[*] Julien Burda, doctorant à l'Université Panthéon-Assas Paris II (Paris, France) et à l'Institut universitaire de hautes études internationales (IUHÉI, Genève, Suisse); assistant d'enseignement et de recherches à l'IUHÉI de Genève, <burda2@hei.unige.ch>.

Introduction

L'Organisation mondiale du commerce (OMC) est sans nul doute un vaste « monde » dans lequel il est aisé de se perdre. Souvent complexe, ce « monde » n'en est pas moins déconcertant pour toute personne non habituée aux enjeux commerciaux : les thèmes ici abordés peuvent dérouter – ou même rebuter –, portant tout aussi bien sur des crevettes, des saumons, des bananes ou, de manière beaucoup moins exotique, sur de l'acier laminé à chaud. Toutefois, bien qu'étrange et complexe, ce « monde » n'en reste pas moins l'une des plus grandes réussites internationales de ces dernières années.

Créée à l'issue du cycle de négociations de l'Uruguay, l'OMC est une organisation internationale dont l'objectif principal est de faire disparaître toutes les barrières au commerce international. Souvent décriée en tant que symbole d'une mondialisation non maîtrisée, l'OMC est accusée de tous les maux : club pour riches, antidémocratique et obscure, pratiquant un libre-échange à n'importe quel prix, tels sont les principaux malentendus qui minent la réputation de l'OMC[1]. Il ne faut pourtant pas se tromper de cible : les effets positifs du GATT[2], depuis 1947, et du système GATT/OMC, depuis 1995, ne sont pas fictifs. La libéralisation des échanges participe au développement économique de tous les États, réduit le coût de la vie, stimule la croissance et, sans doute, contribue au maintien de la paix[3]. Cette libéralisation se veut donc, sur divers plans, efficace.

Fondé sur les deux solides piliers que sont la clause de la nation la plus favorisée et la clause du traitement national, l'édifice OMC se veut le gardien du nouveau système commercial multilatéral. L'objectif est de faire disparaître progressivement, par des concessions négociées lors de *rounds*, tous les obstacles tarifaires ou non tarifaires au commerce des marchandises, mais aussi, depuis 1995, au commerce des services et des droits de propriété intellectuelle. Et les résultats sont manifestes : les droits de douane sur les marchandises sont aujourd'hui de 6,3 %, au lieu de 80 % en 1947. Mais l'efficacité, maître mot de cette nouvelle organisation internationale, supposait que les États respectent effectivement leurs engagements. L'objectif principal était en effet de remédier aux insuffisances de l'ancien système, révélées depuis 1947. Dans cet ancien cadre, les États s'efforçaient de régler leurs différends commerciaux non pas par des décisions juridiquement contraignantes, mais par des recommandations politiques de nature à rétablir l'équilibre des concessions et avantages entre les parties en litige. Les conséquences de ce système furent particulièrement dommageables pour le commerce international. Les grandes puissances occidentales, États-Unis et Communautés européennes en tête, pouvaient asseoir encore plus leur hégémonie, les relations économiques internationales se trouvant davantage fondées sur la puissance que sur le droit. Un nouveau cadre aux

---

1 Voir Organisation mondiale du commerce, « Dix malentendus fréquents au sujet de l'OMC », en ligne : OMC <http://www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/10mis_f/10m00_f.htm>.

2 *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, 30 octobre 1947, 55 R.T.N.U. 187 (entrée en vigueur : 1er janvier 1948) [*GATT de 1947*].

3 Voir Organisation mondiale du commerce, « Dix avantages du système commercial de l'OMC », en ligne : OMC <http://www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/10ben_f/10b00_f.htm>.

relations économiques internationales devait ainsi voir le jour : orchestré par l'OMC, le mécanisme de règlement des différends devait devenir l'instrument efficace de la « symphonie du Nouveau Monde » commercial multilatéral.

Visant à garantir les droits et obligations des membres de l'OMC, ce nouveau mécanisme a corrigé les défauts majeurs qui altéraient le bon fonctionnement du système de l'ancien GATT, à savoir la fragmentation excessive des règles résultant de la coexistence de diverses procédures de règlement des différends, les retards dans la procédure provoqués par la partie mise en cause et enfin le non-respect des recommandations et décisions des groupes spéciaux, conduisant à une sorte de « talion commercial »[4]. Toutefois, élaborer un mécanisme juridiquement parfait, mais techniquement ou politiquement inapplicable, ne présentait aucun intérêt, et c'est pour cette raison qu'un périlleux équilibre entre les volontés étatiques et le renforcement de la juridicité devait être trouvé. Le nouveau mécanisme est ainsi le résultat de ce numéro de funambule, oscillant adroitement entre le politique et le juridique. C'est donc ce nouveau système particulièrement original qu'il convient de présenter dans ses caractéristiques principales et différentes phases.

I. Présentation du mécanisme de règlement des différends

A. Un mécanisme global et intégré

Le mécanisme de règlement des différends mis en place par les *Accords de Marrakech*[5] est souvent qualifié d'« intégré ». Interne à l'organisation, il embrasse tous les litiges relatifs à l'application des normes appartenant au système. La différence avec le précédent mécanisme de règlement des différends est flagrante : celui-ci était « caractérisé par une fragmentation en ce qui concernait à la fois les règles de droit applicables et les instances et procédures de règlement des différends »[6]. Aujourd'hui, le mécanisme est défini dans un mémorandum directement annexé – « intégré » – à l'*Accord sur l'OMC :* il s'agit du *Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*[7]. Il en fait intégralement partie et, comme le souligne le professeur Yves Nouvel, il en résulte que « tous les

---

4 La procédure de conciliation sous l'empire de l'ancien GATT avait progressivement conduit à un blocage : si, dans un premier temps, ce mécanisme avait été jugé original, il avait, dès les années 1980, subi les conséquences de certaines faiblesses congénitales. Faute de consensus, nombre de rapports des groupes spéciaux n'avaient pu être adoptés, la partie « perdante » ne manquant pas de s'y opposer. Cependant, même lorsque les rapports étaient adoptés, les recommandations qu'ils contenaient étaient rarement suivies d'effet. Au final, c'est donc toute la crédibilité du mécanisme qui était victime de ces faiblesses : tous ces blocages empêchaient de régler des différends dont le nombre ne cessait d'augmenter, incitant les États à se faire justice eux-mêmes, par le biais de mesures unilatérales.

5 *Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1867 R.T.N.U. 3 (entrée en vigueur : 1er janvier 1995) [*Accord instituant l'OMC*].

6 Ce procès de l'ancien mécanisme est réalisé par le Groupe spécial dans l'affaire *Brésil – Mesures visant la noix de coco desséchée* (*Plainte des Philippines*) (1996), OMC Doc. WT/DS/22/R au para. 242 (Rapport du Groupe spécial) [*Noix de coco desséchée*].

7 *Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, Annexe 2 de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 14 avril 1994, 1869 R.T.N.U. 426 [*Mémorandum d'accord*].

litiges issus du système sont canalisés vers un mécanisme de règlement unique devant lequel, par surcroît, ils font l'objet d'un traitement uniforme »[8].

Si le mécanisme est intégré, il n'en reste pas moins global : il « s'applique à tous les accords visés, ce qui permet d'examiner au cours d'une seule et même procédure toutes les dispositions de l'*Accord instituant l'OMC* à prendre en considération pour un différend donné »[9]. Sa mise en œuvre permet donc de vérifier si les membres ont bel et bien respecté les différents engagements cumulatifs auxquels ils ont souscrit[10].

Toutefois, certains accords intégrés dans le système subissent un traitement spécifique; tel est le cas, dans un premier temps, des accords commerciaux plurilatéraux[11]. Si les règles du *Mémorandum d'accord* s'appliquent dans leur intégralité aux accords commerciaux multilatéraux[12], elles ne s'appliquent pas *ipso jure* aux accords commerciaux plurilatéraux. Leur application est en effet subordonnée à un commun accord des parties requis pour chaque accord plurilatéral. Et, pour les deux accords plurilatéraux qui subsistent aujourd'hui, une telle décision n'a jamais été adoptée. De même, certains des accords annexés à l'*Accord sur l'OMC* prévoient des règles spéciales quant au règlement des différends, ce qui aurait pu conduire inévitablement à des conflits entre les règles et les procédures spéciales

---

8 Yves Nouvel, « L'unité du système commercial multilatéral » (2000) 46 A.F.D.I. 654 à la p. 663.

9 *Guatemala – Enquête antidumping concernant le ciment Portland* (*Plainte du Mexique*) (1998), OMC Doc. WT/DS60/AB/R au para. 66 (Rapport de l'Organe d'appel) [*Ciment*].

10 Les Membres ont en effet l'obligation de se conformer simultanément et cumulativement à toutes ces obligations issues des différents accords. C'est ce que l'Organe d'appel a eu l'occasion de rappeler dans un certain nombre d'affaires, par exemple dans l'affaire *Corée – Mesures de sauvegarde définitive appliquée aux importations de certains produits laitiers*, où il a précisé qu'« il est maintenant bien établi que l'*Accord sur l'OMC* constitue un 'engagement unique' et, par conséquent, toutes les obligations contractées dans le cadre de l'OMC sont en général cumulatives et les membres doivent se conformer simultanément à la totalité d'entre elles ». Voir *Corée – Mesures de sauvegarde définitive appliquées aux importations de certains produits laitiers* (*Plainte des Communautés européennes*) (1999), OMC Doc. WT/DS98/AB/R au para. 74 (Rapport de l'Organe d'appel) [*Produits laitiers*]. Dans la même veine, l'Organe d'appel a également conclu à l'application cumulative des obligations issues du *GATT* et du *GATS* sans qu'il ne soit possible de se retrancher derrière les dispositions de ce dernier accord pour se soustraire aux obligations du *GATT de 1994*. Voir à cet effet l'affaire *Canada – Certaines mesures concernant les périodiques* (*Plainte des États-Unis*) (1997), OMC Doc. WT/DS31/AB/R aux pp. 19-20 (Rapport de l'Organe d'appel).

11 Dans le cadre de l'OMC, les membres n'acceptent qu'un seul et unique accord, soit l'*Accord instituant l'OMC*, auquel est annexé tout un ensemble d'accords. Les accords plurilatéraux, aujourd'hui au nombre de deux (l'*Accord sur le commerce des aéronefs civils* et l'*Accord sur les marchés publics*), ne ressortent pas de cet engagement unique (*single undertaking*) et supposent donc un engagement particulier. Voir *Accord sur le commerce des aéronefs civils*, 12 avril 1979, R.T. Can. 1980 n° 39; *Accord sur les marchés publics*, 12 avril 1979, R.T. Can. 1981 n° 39.

12 À savoir les accords des annexes 1A (*Accord sur les marchandises*), 1B (*Accord sur le commerce des services*) et 1C (*Accord sur les droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*). Voir *Accords multilatéraux sur le commerce des marchandises, Annexe 1A de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1867 R.T.N.U. 410; *Accord général sur le commerce des services, Annexe 1B de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1869 R.T.N.U. 219; *Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, Annexe 1C de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1869 R.T.N.U. 332 [*Accord sur les droits de propriété intellectuelle*].

insérées dans ces différents accords. Le *Mémorandum d'accord* fournit donc quelques directives[13]. La première règle est de caractère impératif et une application classique du principe *specialia generabilus derogant :* « Dans la mesure où il y a une différence entre les règles et procédures du *Mémorandum d'accord* et les règles et procédures spéciales ou additionnelles indiquées à l'Appendice 2, ces dernières prévaudront »[14]. La seconde vise quant à elle les différends qui impliquent des règles et procédures relevant de plus d'un accord visé.

S'il y a conflit entre les règles et procédures spéciales ou additionnelles de ces accords soumis à examen, et dans les cas où les parties au différend ne peuvent s'entendre sur des règles et procédures dans un délai de vingt jours à compter de l'établissement du groupe spécial, le président de l'Organe de règlement des différends, en consultation avec les parties au différend, déterminera les règles et procédures à suivre dans les 10 jours suivant une demande de l'un ou l'autre membre[15].

Les conflits doivent donc pouvoir être résolus par ces deux règles. Mais que dire alors du caractère global? Pour l'Organe d'appel, admettre que ces dispositions remplacent les dispositions générales segmenterait la procédure selon les disciplines et reviendrait « à refuser le caractère intégré du système de règlement des différends de l'OMC »[16]. C'est pourquoi l'Organe d'appel retient que les procédures spéciales et générales se complètent, allant même jusqu'à considérer, comme dans l'affaire *États-Unis – Article 110 5) de la loi des États-Unis sur les droits d'auteur*, que tous « les accords visés par l'*Accord sur l'OMC* forment un seul système juridique intégré »[17]. Le mécanisme est donc global et intégré; il est également interétatique.

---

13 *Mémorandum d'accord*, *supra* note 7 à l'art. 1 (2).

14 Ces différents accords sont précisés à l'*Appendice 2* du *Mémorandum d'accord*. Il s'agit, pour l'essentiel, de l'*Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires*, l'*Accord sur les textiles et les vêtements*, l'*Accord sur les obstacles techniques au commerce*, l'*Accord sur les mesures antidumping*, l'*Accord sur les subventions et les mesures compensatoires*, l'*Accord sur les évaluations en douane*. Voir l'*Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires*, *Annexe 1A de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 14 avril 1994, 1867 R.T.N.U. 508; *Accord sur les textiles et les vêtements, Annexe 1A de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1867 R.T.N.U. 3; *Accord relatif aux obstacles techniques au commerce*, 12 avril 1979, R.T. Can. 1980 n° 41 (entrée en vigueur : 1er janvier 1980); *Accord sur la mise en œuvre de l'article VI (mesures antidumping), Annexe 1A de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 14 avril 1994, 1867 R.T.N.U. 335; *Accord sur les subventions et les mesures compensatoires, Annexe 1A de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 14 avril 1994, 1867 R.T.N.U. 515; *Accord sur la mise en œuvre de l'article VII (évaluation en douane), Annexe 1A de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 14 avril 1994, 1867 R.T.N.U. 418.

15 *Mémorandum d'accord*, *supra* note 7 à l'art. 1 (2).

16 Affaire *Ciment*, *supra* note 9 au para. 67.

17 Voir l'affaire *États-Unis – Article 110 5) de la loi des États-Unis sur le droit d'auteur* (*Plainte des Communautés européennes*) (2000), OMC Doc. WT/DS160/R au para. 6.185 (Rapport du Groupe spécial) [*Droit d'auteur*].

B. Un mécanisme interétatique

Le caractère interétatique du mécanisme de règlement des différends ne peut surprendre dans la mesure où les *Accords de Marrakech* ont été conclus entre États. Les règles relatives au règlement des différends s'adressent donc uniquement aux États en tant que membres de l'OMC, ce que confirme l'article 3 (2) du *Mémorandum d'accord* qui précise que les objectifs de ce mécanisme consistent en la préservation des « droits et obligations de ses membres ». Le caractère interétatique du système se retrouve reflété aussi bien dans la qualité que dans l'intérêt pour agir/intervenir.

1. UN MÉCANISME DE RÈGLEMENT RÉSERVÉ AUX MEMBRES

Les opérateurs privés n'ont pas accès au mécanisme de règlement des différends, quand bien même ils seraient les premiers à subir les effets du non-respect des règles de l'OMC. Plusieurs remarques sont néanmoins à formuler. Premièrement, ce caractère interétatique de la procédure s'impose comme une nécessité. Négociés entre États, les accords de l'OMC les lient directement sans être dotés d'un quelconque effet direct sur les territoires nationaux. Déjà, le *GATT de 1947* ne possédait pas les qualités requises pour se voir reconnaître un tel effet, comme l'avaient précisé certaines juridictions internes[18]. Pourtant, l'effet direct d'une norme de droit international, en entrant dans le patrimoine des particuliers, en assure une pleine et entière effectivité et il avait été possible d'espérer un changement à l'issue du cycle de l'Uruguay. Toutefois, dès le processus de ratification des nouveaux accords[19], les Communautés européennes comme les États-Unis ont fait preuve d'une relative prudence. Dans sa décision du 22 décembre 1994[20], le Conseil des Communautés européennes a, par exemple, repris la jurisprudence constante de la Cour de Justice des Communautés élaborée dans le cadre du *GATT de 1947*, « considérant que, par sa nature, l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, y compris ses annexes, n'est pas susceptible d'être invoqué directement devant les juridictions communautaires et des États membres »[21]. Mais, par la suite, c'est l'OMC elle-même qui a dénié à ses accords un quelconque effet direct. Dans l'affaire *États-Unis – Articles 301 à 310 de la loi de 1974 sur le commerce extérieur*, le groupe spécial a en effet conclu que

---

[18] Voir, par exemple, les affaires portées devant la Cour de justice des Communautés européennes : *International Fruit Company c. Produkts hap voor groeten en fruit*, C-21-24/72, [1972] E.C.R. I-1219; *Kupferberg c. Bureau des Douanes à Mayence*, C-104/81, [1982] E.C.R. I-3641; *Allemagne c. Conseil*, C-280/93, [1994] E.C.R. I-4973. Dans ces différentes affaires, la CJCE n'a reconnu que le caractère intergouvernemental du GATT, lui déniant ainsi tout effet direct.

[19] Pour un résumé des positions américaines et européennes lors de l'entrée en vigueur des *Accords de Marrakech*, voir Flory Thiébault, « L'entrée en vigueur des accords du cycle d'Uruguay » (1994) 40 A.F.D.I. 708.

[20] Voir la décision du Conseil des Communautés européennes : CE, *Décision 94/800 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)*, [1994] J.O. L. 336/1.

[21] *Ibid*. à la p. 2. Nous relèverons avec intérêt que cette décision va directement à l'encontre de certains accords de l'OMC, en particulier l'*Accord sur les droits de propriété intellectuelle*, *supra* note 12, qui ont vocation à produire un effet direct dans l'ordre juridique des membres de l'OMC.

> ni le *GATT* ni l'*Accord sur l'OMC* n'ont été interprétés jusqu'à présent par les organes du GATT/de l'OMC comme un ordre juridique déployant des effets directs. Suivant cette façon de voir, le GATT/l'OMC n'ont pas créé un nouvel ordre juridique dont les sujets seraient à la fois les parties contractantes ou les membres et leurs ressortissants.[22]

L'OMC reste toutefois prudente quant aux décisions qui pourraient être rendues par les tribunaux nationaux sur cette question[23].

Si cette solution ne surprend pas, elle peut néanmoins décevoir, car elle ne va pas dans le sens de l'évolution générale du droit international économique qui tend à donner un rôle toujours plus important aux opérateurs privés. De même, les relations économiques internationales ne sont pas, pour l'essentiel, le fait des États. Ils ne sont pas les premiers acteurs du commerce international et le non-respect d'une obligation d'un accord ne cause pas directement de préjudice à un État membre, mais à ses opérateurs économiques. Il appartient dès lors aux entreprises nationales lésées par la législation d'un autre État de faire pression pour qu'une action soit intentée. Un tel système en devient donc pervers et ressuscite une « loi du plus fort » en favorisant les groupes de pression les plus puissants, seuls capables d'initier cette protection. Virgil Pace l'a particulièrement bien démontré :

> [L]es grandes multinationales sont tentées de se servir de l'OMC, via les États, pour faire valoir leurs intérêts privés. Il y a là un danger qui ne doit pas être sous-estimé. Les États, sous la pression des lobbies, peuvent être amenés à utiliser le mécanisme de règlement des différends de l'OMC pour s'attaquer à des législations étrangères qui ne servent pas les intérêts des grands groupes privés.[24]

Et les exemples jurisprudentiels ne manquent pas. Dans l'affaire *Hormones*[25], par exemple, il ne fait aucun doute que les États-Unis ont contesté la législation sanitaire européenne plus contraignante sous la pression de grands groupes alimentaires comme Monsanto et Cargill, alors même que certaines associations de consommateurs américaines soutenaient les mesures européennes. Le système en ressortirait davantage légitimé si « la libéralisation régulée des échanges

---

22 Voir l'affaire *États-Unis – Articles 301 à 310 de la loi de 1974 sur le commerce extérieur* (*Plainte des Communautés européennes*) (1999), OMC Doc. WT/DS152/R au para. 7.72 (Rapport du Groupe spécial) [*Section 301*].

23 *Ibid*. à la note de bas de page 661, où le Groupe spécial mentionne que « le fait que les organes de l'OMC n'aient jusqu'à présent interprété aucune obligation comme déployant des effets directs n'empêche pas nécessairement que des obligations, incorporées dans le système juridique d'un membre donné, puissent conférer des droits aux particuliers du fait de l'application de principes constitutionnels internes ».

24 Virgile Pace, « Cinq ans après sa mise en place : la nécessaire réforme du mécanisme de règlement des différends de l'OMC » (2000) 104 R.G.D.I.P. 615 à la p. 651.

25 Voir l'affaire *Communautés européennes – Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés* (*Plainte des États-Unis*) (1998), OMC Doc. WT/DS26/AB/R et WT/DS48/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel) [*Hormones*].

commerciaux internationaux, par le biais de l'OMC, [devait] avant tout servir les États et leurs populations. Elle n'a pas pour vocation première de faire le jeu des intérêts privés »[26].

2. L'INTÉRÊT POUR AGIR/INTERVENIR

Les membres qui souhaitent agir ou intervenir doivent respectivement présenter un intérêt « potentiel » ou « substantiel ».

a) L'intérêt « potentiel » des parties

Un membre qui souhaite ouvrir des consultations avec un autre membre doit faire valoir un « intérêt ». Il ne s'agit que de l'application du célèbre brocard « pas d'intérêt, pas d'action ». Toutefois, son application se fait ici dans des conditions particulières, dans la mesure où un simple intérêt « potentiel », et non juridique, suffit. Cette solution trouve son premier fondement dans la logique même du règlement des différends qui est à cheval entre le juridique et le politique, deux sphères distinctes que le caractère « potentiel » serait encore une fois apte à concilier. Le second fondement réside dans l'article XXIII (1) du *GATT* qui établit que tout membre considérant qu'un de ses avantages est annulé ou compromis par un autre membre *pourra* engager des consultations. La simple éventualité de cette annulation ou compromission doit lui permettre d'agir. Dans l'affaire *Bananes*, le groupe spécial a parfaitement explicité ce caractère potentiel :

> [L']intérêt potentiel d'un membre dans le commerce de marchandises ou de services ou son intérêt dans une détermination des droits et obligations au titre de l'*Accord sur l'OMC* suffit, l'un ou l'autre, pour établir un droit de mener une procédure de règlement des différends dans le cadre de l'OMC.[27]

L'Organe d'appel a par la suite abouti à la conclusion que les membres de l'OMC ont une large marge d'appréciation en matière de plaintes. Le risque, dont l'Organe d'appel avait parfaitement conscience, était l'ouverture d'une indésirable boîte de Pandore. Une telle potentialité de l'intérêt risquait en effet de conduire les membres sur la pente de l'*actio popularis*[28]. C'est pour cette raison que l'Organe d'appel a rapidement relativisé sa solution indiquant premièrement que certains facteurs relevés en l'espèce ne seraient pas nécessairement déterminants dans une autre affaire et, deuxièmement, que l'éventuelle *actio popularis* ne correspondait pas à la logique fondamentale du système qui est plus dialectique :

---

[26] Voir Pace, *supra* note 24 à la p. 652.

[27] Voir l'affaire *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes* (*Plainte de l'Équateur*) (1997), OMC. Doc. WT/DS27/R/ECU au para. 7.50 (Rapport du Groupe spécial).

[28] La doctrine s'est également fait l'écho de ce risque; voir par ex. : Hélène Ruiz Fabri, « L'appel dans le règlement des différends de l'OMC : trois ans après, quinze rapports plus tard » (1999) 103 R.G.D.I.P. 47.

> Nous pensons qu'un membre a un large pouvoir d'appréciation pour décider s'il y a lieu de déposer un recours contre un autre membre en vertu du *Mémorandum d'accord*. Le libellé de l'article XXIII:1 du *GATT de 1994* et de l'article 3:7 du *Mémorandum d'accord* donne à penser, en outre, qu'un membre devrait faire preuve d'une grande discipline pour décider si une action serait 'utile'.[29]

On compte donc sur une attitude « raisonnable » ou « responsable » des membres, fondée sur la présomption selon laquelle un membre qui n'a pas d'intérêt n'agira pas. Mais le système ressort fragilisé par la potentialité de l'intérêt, incitant à s'en remettre au *self-restraint* des membres. Il en va au contraire autrement en ce qui concerne les tierces parties qui doivent faire valoir un intérêt « substantiel ».

b) L'intérêt « substantiel » des tierces parties

Les autres membres de l'OMC, qui ne sont pas directement parties au différend, ont la possibilité d'intervenir en tant que tierces parties. Les conditions de cette intervention sont précisées dans le cadre des consultations à l'article 4 (11)[30], devant les groupes spéciaux à l'article 10 et devant l'Organe d'appel à l'article 17 (4) du *Mémorandum d'accord*. Les intérêts des autres membres peuvent ainsi être pris en compte dans la procédure de règlement des différends. Une seule condition, assez simple, est exigée pour une telle intervention. Le membre qui souhaite intervenir doit faire état d'un intérêt « substantiel », juridique ou non. Mais, nouveau danger, il incombe au tiers intervenant de décider lui-même si son intérêt est ou non substantiel. Il devient alors assez aisé d'intervenir dans la procédure. Dans l'affaire *Brésil – Programme de financement des exportations pour les aéronefs*[31], les Communautés européennes et les États-Unis avaient ainsi décidé de « réserver leur droit de participer en qualité de tierces parties aux travaux du groupe spécial », les premières faisant valoir « leur intérêt systémique dans l'interprétation correcte de l'*Accord sur les subventions et les mesures compensatoires* », les seconds étant simplement « heureux d'avoir la possibilité d'exposer leurs vues »[32].

---

[29] Voir l'affaire *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes* (*Plainte de l'Équateur*) (1997), OMC. Doc. WT/DS27/AB/R au para. 135 (Rapport de l'Organe d'appel) [*Bananes – Organe d'appel*].

[30] Au stade des consultations, les tiers doivent cependant faire valoir un intérêt commercial substantiel et voir cet intérêt être reconnu par « le membre auquel la demande de consultations est adressée ». Le consentement du défendeur est donc requis à ce stade.

[31] *Brésil – Programme de financement des exportations pour les aéronefs* (*Plainte du Canada*) (1999), OMC Doc. WT/DS46/R (Rapport du Groupe spécial) [*Aéronefs – Groupe spécial*]; *Brésil – Programme de financement des exportations pour les aéronefs* (*Plainte du Canada*) (1999), OMC Doc. WT/DS46/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel) [*Aéronefs – Organe d'appel*]; *Recours du Brésil à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends et de l'article 4.11 de l'accord SMC* (*Plainte du Canada*) (2000), OMC Doc. WT/DS46/ARB (Décision des arbitres).

[32] Voir les communications des tierces parties dans l'affaire *Aéronefs – Groupe spécial*, *Ibid.*, OMC Doc. WT/DS46/RW/2.

La situation est donc bien différente de celle qui peut exister dans le cadre, par exemple, de la Cour internationale de justice, où l'article 62 du Statut précise que « lorsqu'un État estime que, dans un différend, un intérêt d'ordre juridique est pour lui en cause, il peut adresser à la Cour une requête, à fin d'intervention ». Pas besoin, dans le cadre de l'OMC, d'un tel intérêt juridique; d'ailleurs, ni l'Organe de règlement des différends (ORD), ni un groupe spécial, ni l'Organe d'appel n'ont la possibilité de refuser une intervention. La différence s'explique par les objectifs du mécanisme de règlement des différends de l'OMC qui ne visent pas prioritairement à rétablir un droit, mais à restaurer l'équilibre des avantages mutuellement négociés. Il est alors logique de considérer que les tiers, dont les intérêts commerciaux sont également en jeu, aient la possibilité d'intervenir de manière simple. Les risques d'abus n'en sont pour autant pas amoindris.

C. Un mécanisme visant à résoudre des différends commerciaux

Comment définir un différend commercial? La tâche s'annonçait *a priori* aisée, chacun ayant en mémoire l'article 3 (2) du *Mémorandum d'accord* :

> Le système de règlement des différends de l'OMC est un élément essentiel pour assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral. Les membres reconnaissent qu'il a pour objet de préserver les droits et les obligations résultant pour les membres des accords visés et de clarifier les dispositions existantes de ces accords conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public.

Pourtant, de plus près, la définition ne semble pas immédiate : aucun article du *Mémorandum d'accord* ne donne une définition du « différend commercial ». Pour Peter Gallager, « *a WTO dispute is a difference between two or more Member governments of the WTO where one Member claims that the actions or regulations or policies of another are damaging its interests* »[33]. Cette définition se fonde sur l'article XXIII de l'*Accord général de 1947* qui énonce de manière large les principes originels présidant à la résolution des différends[34]. Relativement à la protection des concessions et des avantages, cet article dispose en effet que

> [d]ans le cas où une partie contractante considérerait qu'un avantage résultant pour elle directement ou indirectement du présent Accord se trouve annulé ou compromis, ou que la réalisation de l'un des objectifs de l'Accord est entravée du fait :
>
> a) qu'une autre partie contractante ne remplit pas les obligations qu'elle a contractées aux termes du présent Accord;

---

[33] Peter Gallagher, *Guide to Dispute Settlement*, La Haye, Kluwer Law International, 2002 à la p. 4.

[34] Cet article XXIII s'impose toujours aux membres de l'OMC en vertu de l'article 3 (1) du *Mémorandum d'accord*, *supra* note 7, qui précise que « les membres affirment leur adhésion aux principes du règlement des différends appliqués jusqu'ici conformément aux articles XXII et XXIII du *GATT de 1947* et aux règles et procédures telles qu'elles sont précisées et modifiées dans le présent *Mémorandum d'accord* ».

> b) ou qu'une autre partie contractante applique une mesure, contraire ou non aux dispositions du présent Accord; [...]
>
> ladite partie contractante pourra, en vue d'arriver à un règlement satisfaisant de la question, faire des représentations ou des propositions écrites à l'autre ou aux autres parties contractantes qui, à son avis, seraient en cause.

Un différend commercial naît donc de la considération d'un membre selon laquelle un de ses avantages – et non pas un de ses droits – garantis par les accords est annulé ou réduit par un autre membre. Un membre peut ainsi déposer une plainte non seulement en cas de violation du droit de l'OMC, mais également, et de manière plus originale, en réaction à des mesures gouvernementales parfaitement licites. En outre, il n'est pas nécessaire que la plainte concerne une mesure prise par une autre partie contractante; une simple « situation » qui ne peut être imputée à une mesure gouvernementale particulière peut constituer un motif d'action[35]. Les auteurs du *GATT* n'auraient pu proposer une disposition relative au règlement des différends de plus vaste portée, car la procédure vise *in fine* tous les conflits commerciaux quelle qu'en soit l'origine.

Dans la majorité des cas, un membre qui estimera que ses avantages commerciaux sont lésés invoquera l'existence d'une violation des accords. Et, à l'appui de ses allégations, il devrait en principe prouver, selon la lettre de l'article XXIII (1)(a), deux éléments : l'existence effective de la violation et l'annulation ou la réduction d'un de ses avantages. Cependant, une présomption de préjudice a été établie par plusieurs groupes spéciaux dans le cadre de l'ancien GATT[36] avant d'être finalement codifiée par l'article 3 (8) du *Mémorandum d'accord* dans le cadre du nouveau GATT[37]. L'existence d'une violation d'un accord présume *ipso jure* l'annulation ou la compromission des droits d'un autre membre et l'État plaignant n'a alors pas à prouver l'existence du préjudice qu'il subit. L'invocation d'une violation représente en général 90 % des cas présentés à l'ORD.

De son côté, l'article XXIII (1)(b) vise un tout autre cas : il prévoit de manière originale l'introduction de plaintes en situation de non-violation[38]. Une

---

[35] Toutefois, ce dernier cas ne s'est encore jamais produit, tant sous l'empire de l'ancien que du nouveau GATT.

[36] Voir par ex. *Recours de l'Uruguay à l'article XXIII* (1962), GATT Doc. L/1923, Supp. n° 11 I.B.D.D. (1963) 98 au para. 15 [*Recours de l'Uruguay à l'article XXIII*]; *Groupe spécial des restrictions quantitatives à l'importation de certains produits en provenance de Hong Kong* (1983), GATT Doc. L/5511, Supp. n° 30 I.B.D.D. (1984) 135 au para. 34 (où il a été établi que l'inexécution par la Communauté européenne de ses obligations qui lui incombaient au titre de l'article XI du *GATT* « fait présumer que des avantages résultant pour Hong Kong de l'*Accord général* avaient été annulés ou compromis »); *États-Unis – Taxes sur le pétrole et certains produits d'importation* (*Plainte du Canada*) (1987), GATT. Doc. L/6175, Supp. n° 34 I.B.D.D. (1988) 154 au para. 5.1.5.

[37] L'article 3 (8) du *Mémorandum d'accord*, *supra* note 7, précise en effet que « dans les cas où il y a infraction aux obligations souscrites au titre d'un accord visé, la mesure en cause est présumée annuler ou compromettre un avantage ».

[38] Sur les plaintes en situation de non-violation, voir Locknie Hsu, « Non-Violation Complaints – World Trade Organization Issues and Recent Free Trade Agreements » (2005) 39:2 J. World Trade 205.

mesure pourtant compatible avec le droit de l'OMC peut néanmoins conduire à une réduction ou annulation des avantages d'un autre membre et ainsi fonder l'action de ce dernier. *A priori*, un tel article devrait recouvrir une multitude de situations aussi bien en matière tarifaire que non tarifaire. La pratique du GATT montre cependant que cet article a été essentiellement mis en œuvre pour des questions tarifaires[39] et qu'il est resté très rare d'application. Comme le Groupe spécial l'a relevé dans l'affaire *Japon – Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs*[40], il n'y a eu jusqu'à ce jour, tant dans le cadre de l'ancien GATT que du nouveau, que huit affaires[41] fondées sur cet article XXIII (1)(b) : « cela donne à penser que tant les parties contractantes du GATT que les membres de l'OMC ont abordé ce recours avec prudence et l'ont même traité comme un instrument exceptionnel du règlement des différends »[42]. Le caractère exceptionnel repose peut-être sur la preuve difficile qu'il convient d'apporter pour démontrer l'existence d'une annulation ou d'une compromission des avantages en dehors de toute violation. C'est en ayant cette difficulté à l'esprit que les groupes spéciaux ont eu recours à la notion « d'attentes légitimes » ou « raisonnables » (*legitime or reasonable expectations*), apparues pour la première fois dans l'affaire *Japon – Pellicules photographiques*. Bien consacrée par la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes[43], la notion d'« attentes légitimes » découle directement du principe de bonne foi. Une interprétation de bonne foi des différents accords de l'OMC exigerait la protection des « attentes légitimes » qu'ils suscitent. Pour autant, les « attentes

---

39 Le rapport du Groupe spécial dans l'affaire *Traitement tarifaire accordé par la CEE à l'importation de produits du secteur des agrumes en provenance de certains pays de la région méditerranéenne à l'initiative des États-Unis* (1983) GATT Doc. L/5776 (non adopté) [*Citrons*] est le seul qui ne fonde pas sa constatation de non-violation sur l'article II relatif aux concessions tarifaires. Ce rapport n'a toutefois pas été adopté.

40 *Japon – Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs* (1998), OMC. Doc. WT/DS44/R (Rapport du Groupe spécial) [*Pellicules photographiques*].

41 GATT, *Rapport du groupe de travail sur les subventions australiennes aux importations de sulfate d'ammonium*, GATT Doc. CP.4/39, Supp. n° 2 I.B.D.D. (1954) 204; *Régime des importations de sardines par l'Allemagne* (1952), GATT. Doc. G/26, supp. n° 1 I.B.D.D. (1953) 56; *Rapport du Comité contentieux sur les droits appliqués par l'Allemagne à l'importation d'amidon et de fécule de pommes de terre du 7 février 1955*, GATT Doc. W.9/178, Supp. n° 3 I.B.D.D. (1956) 86; *Recours de l'Uruguay à l'article XXIII*, *supra* note 40; *Citrons*, *supra* note 41; *Inde – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture* (*Plainte des États-Unis*) (1997), OMC Doc. WT/DS50/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel) [*Brevets pharmaceutiques*]; *Pellicules photographiques*, *supra* note 40; *Communautés européennes – Classement tarifaire de certains matériels informatiques* (*Plainte des États-Unis*) (1998), OMC Doc. WT/DS68/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel) [*Classement tarifaire*].

42 Voir l'affaire *Pellicules photographiques*, *supra* note 40 au para. 10.36.

43 Voir par ex. *Delacre SA c. Commission*, C-350/88, [1990] E.C.R. I-395. Dans cette affaire, le principe de « confiance légitime » a été reconnu comme faisant partie des principes fondamentaux de la Communauté. Dans un autre arrêt, le Tribunal de Première Instance (TPI) a même estimé que le principe de bonne foi était le corollaire en droit international public du principe de confiance légitime consacré par la jurisprudence de la CJCE. Voir à cet effet l'affaire *Opel Austria c. Conseil*, T-115/94, [1997] E.C.R. II-39.

légitimes » ont été expressément circonscrites par l'Organe d'appel[44] aux cas de non-violation[45].

À la lumière de ces éléments, peut-on rapprocher la définition des différends commerciaux internationaux de celle, plus générale, des différends internationaux? Nous l'avons vu, les parties contractantes

> ne voulaient manifestement pas qu'une plainte déposée repose uniquement sur des considérations juridiques [...]; le fait que le titre de l'article XXIII ne soit pas 'Règlement des différends' mais 'Protection des concessions et avantages' montre que les procédures prévues par cette disposition étaient principalement destinées à protéger l'équilibre des intérêts négocié entre les parties contractantes et non leurs droits sur le plan juridique.[46]

La définition d'un différend commercial international, bien que prenant en compte une dimension non juridique, s'inscrit dans la droite ligne du droit international général[47]. Dans tous les cas, c'est l'opposition entre membres – l'un invoquant l'existence d'une annulation ou d'une diminution de ses avantages, l'autre la réfutant – qui engendrera le différend de nature commerciale. Finalement, le différend commercial naît de l'opposition des intérêts commerciaux ou des thèses juridiques entre deux ou plusieurs membres de l'OMC. Pour autant, c'est toute la logique du règlement des conflits commerciaux qui est différente; elle ne vise pas à revenir nécessairement à l'application du droit, mais à la préservation de l'équilibre négocié des droits et avantages. C'est dans cette perspective que le(s) mécanisme(s) de règlement a (ont) été institué(s).

II. Le(s) mécanisme(s) de règlement des différends de l'OMC

Le règlement des différends au sein de l'OMC allie, de manière adroite, souplesse et rigidité. Si la rigidité se retrouve dans les délais stricts qui ont été institués, la souplesse réside quant à elle dans la possibilité de choisir le mode de règlement du différend commercial : les négociations, les bons offices, la médiation et la conciliation sont autant de mécanismes classiques du droit international admis pour régler les différends au sein de l'OMC. Mais au-delà de ces premiers moyens, les

---

44 Voir l'affaire *Brevets pharmaceutiques*, *supra* note 41 et l'affaire *Classement tarifaire*, *supra* note 41.

45 Dans le cas d'une violation, la notion d'« attentes légitimes » ne trouve pas d'application : la contestation porte sur une disposition d'un traité et il convient alors de se référer uniquement aux termes du traité, c'est-à-dire de faire ressortir les intentions communes des parties et non pas leurs attentes légitimes.

46 Voir Frieder Rossler, « Évolutions du système de règlement des différends du GATT/de l'OMC » dans Société française pour le droit international, *Colloque de Nice : la réorganisation mondiale des échanges (problèmes juridiques)*, Paris, A. Pedone, 1996, 307 à la p. 309.

47 Tel que défini par la Cour permanente de justice internationale dans l'affaire *Concessions Mavrommatis en Palestine (Grèce c. Grande-Bretagne)* (1924), C.P.J.I. (sér. A) n° 2 à la p. 8, « un différend est un désaccord sur un point de droit ou de fait; une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes ».

accords de l'OMC ont également consacré une autre procédure devenue quasiment de principe, proche d'un règlement juridictionnel, ou à tout le moins « juridicisée ».

A. La voie non juridictionnelle : l'intégration des mécanismes classiques du droit international

Le règlement des différends commence obligatoirement par une demande de consultations qui donne une existence matérielle et officielle au différend. Par la suite, et en cas d'échec, les parties peuvent recourir à un ensemble de moyens non juridictionnels, identiques à ceux énoncés à l'article 33 de la *Charte des Nations unies*[48].

1. L'OBLIGATION DE DEMANDER DES CONSULTATIONS

Le règlement d'un différend au sein de l'OMC doit nécessairement commencer par une négociation : le membre qui estime que des avantages ou des concessions ont été réduits ou annulés doit demander des consultations à l'autre membre. Dans le cas où le membre visé accepte la tenue de ces consultations dans les trente jours qui suivent la demande, les parties ont alors soixante jours pour discuter et tenter de trouver une solution amiable et mutuellement acceptable. Au contraire, si le membre visé refuse les consultations demandées, la partie plaignante a alors la possibilité de demander directement l'établissement d'un groupe spécial par l'ORD.

Le *Mémorandum d'accord* envisage finalement deux situations : celle au cours de laquelle la coopération est effective et celle où elle ne l'est pas. Dans le premier cas, il faut préciser que les consultations jouent un rôle très important dans la résolution du différend, qu'elles aboutissent ou non. En effet,

> un des objectifs des consultations […] est de 'préciser les faits' et on peut s'attendre à ce que les renseignements obtenus au cours des consultations puissent permettre au plaignant de préciser la portée de la question au sujet de laquelle il demande l'établissement d'un groupe spécial.[49]

De plus, les consultations permettent aux parties de s'échanger des renseignements, d'évaluer les points forts et les points faibles de leurs thèses respectives et de réduire la portée des divergences qui les séparent. Les consultations donnent également aux parties la possibilité de définir et de circonscrire la portée du différend entre elles : « manifestement, les consultations comportent de nombreux

---

[48] *Charte des Nations unies*, 26 juin 1945, R.T. Can. 1945 n° 7 (entrée en vigueur : 24 octobre 1945) [*Charte*]. L'article 33 de la *Charte* précise en effet que « les parties à tout différend dont la prolongation est susceptible de menacer le maintien de la paix et de la sécurité internationales doivent en rechercher la solution, avant tout, par voie de négociation, d'enquête, de médiation, de conciliation, d'arbitrage, de règlement judiciaire, de recours aux organismes ou accords régionaux, ou par d'autres moyens pacifiques de leur choix ».

[49] Voir l'affaire *Aéronefs – Organe d'appel*, *supra* note 31 au para. 132.

avantages pour les parties plaignantes et les parties défenderesses, de même que pour les tierces parties et le système de règlement des différends dans son ensemble »[50].

Dans le second cas, lorsque l'État défendeur conteste l'existence même du différend et refuse la tenue de consultations, son comportement précipite la procédure par l'établissement plus rapide d'un groupe spécial[51]. Il est donc possible de conclure à l'existence d'une obligation positive de négocier ou, à tous le moins, de coopérer. Les membres doivent tenter de régler leur différend en priorité par la voie de consultations et le refus de coopérer est « sanctionné » par la possibilité de demander l'établissement d'un groupe spécial.

En cas d'échec des consultations, la partie plaignante a deux solutions. Elle peut soit poursuivre dans la voie du règlement non juridictionnel par le biais de bons offices, de médiation ou de conciliation, soit au contraire demander à l'ORD l'établissement d'un groupe spécial.

2. BONS OFFICES, MÉDIATION ET CONCILIATION

L'article 5 du *Mémorandum d'accord* offre la possibilité, si les deux parties l'acceptent, de recourir « aux bons offices, à la conciliation et à la médiation. Ces procédures sont ouvertes volontairement si les parties au différend en conviennent ainsi ». Remarquons tout de suite que ce triptyque désigné par l'article 5 reprend l'article 33 de la *Charte des Nations unies*[52]. Les parties à un différend ont la possibilité d'en choisir le mode de règlement, en particulier par des voies non juridictionnelles. La reprise de ce principe du libre choix des moyens ne doit pas surprendre; il ne s'agit finalement que de la mise en œuvre, dans le cadre des relations commerciales internationales, d'un principe général de droit international bien établi. Mais la consécration de ce principe revêt, précisément dans cette matière, une force particulière puisqu'il institue une panoplie essentielle de remèdes à la grande diversité des différends commerciaux qui proscrit l'unicité du mode de règlement des différends.

Le *Mémorandum d'accord* précise que les bons offices, la conciliation et la médiation pourront être demandés à tout moment par l'une des parties à un différend;

---

[50] Voir l'affaire *Mexique – Enquête antidumping concernant le sirop de maïs à haute teneur en fructose (shtf) en provenance des États-Unis, Recours des États-Unis à l'article 21:5 du* Mémorandum d'accord sur le règlement des différends (*Plainte des États-Unis*) (2001), OMC Doc. WT/DS132/AB/RW au para. 54 (Rapport de l'Organe d'appel).

[51] *Ibid*. aux para. 58-59 : « de manière générale, les consultations sont une condition préalable à une procédure du Groupe spécial. Néanmoins, ce postulat général comporte certaines restrictions […]. Lorsque la partie défenderesse ne répond pas à une demande de consultations ou refuse d'engager des consultations, la partie plaignante peut se passer de consultations et demander l'établissement d'un Groupe spécial. En pareil cas, la partie défenderesse, par son comportement, renonce aux avantages qu'elle pourrait éventuellement tirer de ces consultations ».

[52] *Charte*, *supra* note 48. L'article 33 (1) précise, rappelons-le, que « les parties à tout différend dont la prolongation est susceptible de menacer le maintien de la paix et de la sécurité internationales doivent en rechercher la solution, avant tout, par voie de négociation, d'enquête, de médiation, de conciliation, d'arbitrage, de règlement judiciaire, de recours aux organismes ou accords régionaux ou par d'autres moyens pacifiques de leur choix ».

il pourra y être mis fin également à tout moment. Et même lorsqu'il y aura été mis fin prématurément, la partie plaignante aura toujours la possibilité de demander l'établissement d'un groupe spécial; elle conserve donc son « droit » initial. De même, ces procédures pourront continuer pendant que la procédure devant un groupe spécial se déroulera. Enfin, l'article 5 (6) du *Mémorandum d'accord* précise que le directeur général de l'OMC « pourra, dans le cadre de ses fonctions, offrir ses bons offices, sa conciliation ou sa médiation en vue d'aider les membres à régler leur différend ».

Bons offices, conciliation et médiation sont considérés à la fois comme une voie autonome de règlement des conflits commerciaux, mais également comme un succédané du règlement des différends par les groupes spéciaux. Pour autant, la procédure devant les groupes spéciaux s'est imposée depuis 1995 comme la procédure de principe, comme en témoignent les nombreuses affaires réglées par ce moyen[53]. Il faut voir que cette procédure présente l'avantage d'être rapide, car enserrée dans des délais stricts et garantie par les grands principes du droit processuel. C'est donc sur cette procédure, devenue « quasiment » de principe par la pratique des membres, qu'il convient de s'arrêter plus longuement.

B. La voie « juridicisée »

La procédure de principe de règlement des différends se déroule en deux temps. Si dans un premier temps, un groupe spécial est chargé de l'examen de l'affaire, un organe d'appel, nouveauté créée par les accords de l'OMC, peut par la suite connaître, en appel, du différend. Le mécanisme de règlement des différends de l'OMC se caractérise ainsi par une certaine originalité dont l'efficacité est le maître-mot.

1. LA PROCÉDURE DEVANT LES GROUPES SPÉCIAUX

L'établissement d'un groupe spécial, sa composition et l'examen de l'affaire qu'il opère appellent les développements suivants.

a) Établissement des groupes spéciaux

Lorsque la partie plaignante demande l'établissement d'un groupe spécial à l'ORD, celui-ci ne peut rejeter sa demande que par un consensus négatif. Il s'agit ici d'une règle nouvellement insérée dans le cadre de l'OMC. Sous l'empire de l'ancien GATT, la partie contractante à l'encontre de laquelle une plainte était portée pouvait s'opposer à l'établissement d'un groupe spécial. L'instauration d'un tel consensus « à

[53] On relèvera avec intérêt que l'article 25 du *Mémorandum d'accord*, *supra* note 7, donne la possibilité aux parties à un différend de le régler par voie d'arbitrage, voie qui est peu utilisée par les membres de l'OMC.

front renversé »[54] facilite considérablement la désignation d'un groupe spécial, la rendant quasi systématique. Le rejet supposerait en effet que le membre plaignant manifeste également contre l'établissement du groupe spécial qu'il souhaite précisément voir mis en place.

La demande d'établissement du groupe spécial vaut, au sens du droit de l'OMC, l'introduction de la requête[55]. Cette demande doit être présentée par écrit, préciser si des consultations ont eu lieu, indiquer les mesures spécifiques en cause et contenir un bref exposé du fondement juridique de la plainte. Comme cela a été mentionné dans l'affaire des *Brevets pharmaceutiques*, dans tous les cas, les parties à un différend doivent, « dès le début, tout dire en ce qui concerne aussi bien les allégations en question que les faits en rapport avec ces allégations. Les allégations doivent être clairement formulées. Les faits doivent être volontairement divulgués »[56]. La demande doit donc être précise, en particulier pour deux raisons. L'Organe d'appel a en effet estimé dans l'affaire *Bananes* que « premièrement, elle constitue souvent la base du mandat du groupe spécial défini conformément à l'article 7 du *Mémorandum d'accord*; et, deuxièmement, elle informe la partie défenderesse et les tierces parties du fondement juridique de la plainte »[57]. Toutefois, le degré de précision de la demande reste à être apprécié au cas par cas :

> nous considérons qu'il faut voir au cas par cas si la simple énumération des articles prétendument violés satisfait au critère de l'article 6.2. [...] [N]ous n'approuvons pas la position [...] selon laquelle la simple énumération des articles d'un accord prétendument violé satisfait, absolument dans tous les cas, aux prescriptions de l'article 6:2 du *Mémorandum d'accord.*[58]

Au final, les exigences imposées par l'article 6 (2) sont de celles qui conduisent à l'existence d'une procédure régulière (*due process*) permettant à la partie plaignante de faire état des arguments à l'appui de ses allégations, au défendeur de préparer au mieux sa défense, mais aussi au groupe spécial de « dire le droit ».

Une fois établi, le groupe spécial est mandaté par les parties. Le mandat (*terms of reference*) repose sur un modèle type, présenté à l'article 7 du *Mémorandum d'accord*, qui s'applique automatiquement[59]. Le mandat type s'énonce ainsi :

> examiner, à la lumière des dispositions pertinentes de (nom de l'(des) accord(s) visé(s) cité(s) par les parties au différend), la question portée devant l'ORD par (nom de la partie) dans le document [...]; faire des

---

[54] *Mémorandum d'accord*, *supra* note 7 à l'art. 6 (1) : « Établissement de groupes spéciaux : si la partie plaignante le demande, un groupe spécial sera établi au plus tard à la réunion de l'ORD qui suivra celle à laquelle la demande aura été inscrite pour la première fois à l'ordre du jour de l'ORD, à moins qu'à ladite réunion l'ORD ne décide par consensus de ne pas établir de groupe spécial ».

[55] *Ibid*. à l'art. 6 (2).

[56] Voir l'affaire *Brevets pharmaceutiques*, *supra* note 41 au para. 94.

[57] Voir l'affaire *Bananes – Organe d'appel*, *supra* note 29 au para. 142.

[58] Voir l'affaire *Produits laitiers*, *supra* note 10 aux para. 127-128.

[59] Sauf si le président de l'ORD le définit différemment en consultation avec les parties (art. 7 (3)), ou si les parties en conviennent autrement dans un délai de vingt jours à compter de l'établissement du groupe spécial (art. 7 (1)).

> constatations propres à aider l'ORD à formuler des recommandations ou à statuer sur la question, ainsi qu'il est prévu dans ledit (lesdits) accord(s).

L'Organe d'appel a précisé, dans l'affaire *Noix de coco desséchée*, que le mandat d'un groupe spécial était fondamental pour deux raisons.

Premièrement, il vise un objectif important qui est de garantir une procédure régulière : il donne aux parties et aux tierces parties des renseignements suffisants concernant les allégations en cause dans le différend pour leur permettre de répondre aux arguments du plaignant. Deuxièmement, il établit le domaine de compétence du groupe spécial en définissant les allégations précises en cause dans le différend[60].

Le groupe spécial est bien entendu lié par les termes de son mandat et uniquement par eux. Dans l'affaire *Brevets pharmaceutiques*, où le groupe spécial avait été établi pour examiner une plainte des États-Unis contre l'Inde, les États-Unis avaient demandé que les dispositions indiennes soient analysées au regard de certains articles de l'*Accord sur les droits de propriété intellectuelle touchant au commerce*[61] non visés dans le mandat. Si le groupe spécial avait tout de même fait droit à cette demande, l'Organe d'appel a pris la position opposée, estimant que

> le domaine de compétence d'un groupe spécial est établi par le mandat de celui-ci, qui est régi par l'article 7 du *Mémorandum d'accord*. Un groupe spécial ne peut examiner que les allégations qu'il est habilité à examiner en vertu de son mandat. Un groupe spécial ne peut pas assumer une compétence qu'il n'a pas.[62]

Le mandat lie donc le groupe spécial qui ne peut aller au-delà ou en deçà de ce qui lui est demandé; il ne peut « examiner les allégations juridiques qui débordent le cadre de son mandat »[63]. Mais une fois le mandat établi, reste à déterminer la composition du groupe spécial.

b) Composition du groupe spécial

Tout groupe spécial est établi *ad hoc*. Composé de personnes très qualifiées, en général au nombre de trois[64], dans le domaine de la politique commerciale, du droit

---

60 Voir l'affaire *Brésil – Mesures visant la noix de coco desséchée* (*Plainte des Philippines*) (1997), OMC Doc. WT/DS22/AB/R au para. 23 (Rapport de l'Organe d'appel).

61 *Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle*, *supra* note 12.

62 Voir l'affaire *Brevets pharmaceutiques*, *supra* note 41 au para. 92.

63 Voir l'affaire *Hormones*, *supra* note 25 au para. 156. Voir également l'affaire *Chili – Système de fourchettes de prix et mesures de sauvegarde appliquées à certains produits agricoles* (*Plainte de l'Argentine*) (2002), OMC Doc. WT/DS207/AB/R au para. 173 (Rapport de l'Organe d'appel) : « [é]tant donné qu'il a formulé une constatation sur une disposition dont il n'était pas saisi, le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question dont il était saisi, comme l'exige l'article 11. Le Groupe spécial a au contraire formulé une constatation sur une question dont il n'était pas saisi. Ce faisant, il a agi *ultra petita* et d'une manière incompatible avec l'article 11 du *Mémorandum d'accord* ».

64 Sauf si les parties au différend ne conviennent, dans un délai de dix jours à compter de l'établissement du groupe spécial, que celui-ci sera composé de cinq personnes.

ou de l'économie[65], un groupe spécial n'est institué que pour une affaire spécifique. Juristes, hommes politiques, ou encore professeurs d'université peuvent ainsi être choisis pour leurs compétences et connaissances du système commercial multilatéral. Mais aucun ressortissant des membres dont le gouvernement est partie à un différend, ou tierce partie, ne siégera au groupe spécial appelé à en connaître, à moins que les parties au différend n'en conviennent autrement[66].

C'est la division du service juridique du Secrétariat de l'OMC qui propose les membres du groupe spécial à partir notamment d'une liste indicative de personnes qualifiées et les parties au différend ne peuvent pas s'opposer à ces désignations sauf pour des « raisons contraignantes »[67]. Il est vrai cependant qu'en pratique, elles le font toujours sans justification. Aussi, en cas d'opposition sur cette désignation et si aucun accord n'intervient dans les vingt jours qui suivent la date d'établissement du groupe, le directeur général, à la demande de l'une ou l'autre des parties et en consultation avec le président de l'ORD, déterminera lui-même la composition du groupe spécial.

Les membres du groupe spécial sont indépendants et ils ne siègent qu'à titre personnel et non en qualité de représentants d'un gouvernement ou d'une organisation. Ils ne peuvent recevoir des instructions de la part d'un membre; les parties à un différend ne doivent pas chercher à les influencer en tant qu'individus en ce qui concerne les questions dont le groupe spécial est saisi. Cette indépendance se retrouve également dans leurs frais qui sont mis à la charge du budget de l'OMC. On relèvera que des règles éthiques (*ethic standards*) ont été élaborées à l'attention des groupes spéciaux, de l'Organe d'appel, des experts et des membres du Secrétariat qui y travaillent. Une fois établi et mandaté, le groupe spécial peut alors commencer son travail.

c) Examen de l'affaire par le groupe spécial

Dans l'affaire *Fils de coton*, l'Organe d'appel a précisé que « l'article 11 du *Mémorandum d'accord* énonce […] le critère d'examen que les groupes spéciaux doivent appliquer dans les différends relevant des accords »[68]; ce critère applicable « n'est ni l'examen *de novo* proprement dit, ni la 'déférence totale', mais 'l'évaluation objective des faits' »[69]. En effet, l'article 11 dispose

> [qu']un groupe spécial devrait procéder à une évaluation objective de la question dont il est saisi, y compris une évaluation objective des faits de la cause, de l'applicabilité des dispositions des accords visés pertinents et de la conformité des faits avec ces dispositions, et formuler d'autres

---

65 *Mémorandum d'accord*, *supra* note 7 à l'art. 8 (1).

66 Dans le cas où une union douanière ou un marché commun est partie à un différend, cette disposition s'applique aux ressortissants de tous les pays membres de l'union douanière ou du marché commun.

67 *Mémorandum d'accord*, *supra* note 7 à l'art. 8 (6).

68 Voir l'affaire *États-Unis – Mesure de sauvegarde transitoire appliquée aux fils de coton peignés en provenance du Pakistan* (*Plainte du Pakistan*) (2001), OMC Doc. WT/DS192/AB/R au para. 68 (Rapport de l'Organe d'appel).

69 Voir l'affaire *Hormones*, *supra* note 25 au para. 117.

> constatations propres à aider l'ORD à faire des recommandations ou à statuer ainsi qu'il est prévu dans les accords visés.

C'est cette évaluation objective qui doit permettre au groupe spécial de rédiger un rapport adressé par la suite à l'ORD.

Le mode de fonctionnement des groupes spéciaux emprunte aux deux grands systèmes de droit. Dans un premier temps, reprenant les principes de *common law*, le groupe spécial reçoit et évalue les arguments présentés au regard des accords pertinents. Mais, dans un second temps, il jouit du pouvoir de mener des investigations dans la plus pure tradition des pays de droit civil. À ce titre, le groupe spécial a la possibilité, au regard de l'article 13 du *Mémorandum d'accord*, de demander des renseignements ou des avis techniques « à toute personne ou à tout organisme qu'il jugera approprié ». Dans l'affaire *Argentine – Mesures affectant les importations de chaussures, textiles, vêtements et autres articles*, il a été établi que l'article 13 du *Mémorandum d'accord* donnait aux groupes spéciaux « un pouvoir discrétionnaire »[70] leur permettant de demander des renseignements à toute source qu'ils jugent appropriée[71]. Il ressort donc de cet article que ce pouvoir peut être exercé pour demander des renseignements non seulement « à toute personne ou à tout organisme », mais aussi à tout membre[72], y compris *a fortiori* à un membre qui est partie à un différend. Ce pouvoir englobe donc plus que le simple choix de la source des renseignements et de leur évaluation que le groupe spécial peut demander. Ce pouvoir comprend la possibilité de décider de demander ou non tel ou tel renseignement, d'accepter ou de rejeter tout renseignement qu'il aurait demandé et reçu, ou d'en disposer d'une autre façon appropriée :

> un groupe spécial a en particulier la possibilité et le pouvoir de déterminer si des renseignements et des avis sont nécessaires dans une affaire donnée,

---

70 Voir l'affaire *Argentine – Mesures affectant les importations de chaussures, textiles, vêtements et autres articles* (*Plainte des États-Unis*) (1998), OMC Doc. WT/DS56/AB/R au para. 84 (Rapport de l'Organe d'appel).

71 Ceci a par ailleurs été confirmé dans l'affaire *Hormones*, *supra* note 25, ou encore dans l'affaire *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes* (*Plaintes de l'Inde et al.*) (1998), OMC Doc. WT/DS58/AB/R au para. 29 (Rapport de l'Organe d'appel) [*Crevettes*].

72 Les communications peuvent également être transmises par des États qui ne sont pas membres de l'OMC, mais l'Organe d'appel n'a pas l'obligation juridique d'accepter ou d'examiner des mémoires d'*amicus curiae* présentés spontanément par des particuliers ou des organisations qui ne sont pas membres de l'OMC. L'Organe d'appel a l'obligation juridique de n'accepter et de n'examiner que les communications émanant de membres de l'OMC qui sont parties ou tierces parties à un différend donné ». Voir à cet effet l'affaire *États-Unis – Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud originaires du Royaume-Uni* (*Plainte des Communautés européennes*) (2000), OMC Doc. WT/DS138/AB/R au para. 41 (Rapport de l'Organe d'appel) [*Plomb et bismuth II*]. Voir également l'affaire *Communautés européennes – Désignation commerciale des sardines* (*Plainte du Pérou*) (2002), OMC Doc. WT/DS231/AB/R au para. 162 (Rapport de l'Organe d'appel) [*Sardines*] : « nous n'avons pas établi de distinction entre, d'une part, les communications émanant de membres de l'OMC qui ne sont pas participants ou participants tiers à un appel donné et, d'autre part, les communications émanant de non-membres de l'OMC ».

> d'évaluer l'admissibilité et la pertinence des renseignements ou avis reçus et de décider quelle importance il convient d'accorder à ces renseignements ou avis ou de conclure qu'aucune importance ne devrait être accordée à ce qui a été reçu.[73]

Il pèse une obligation de coopération sur tous les membres qui « devraient répondre dans les moindres délais et de manière complète à toute demande de renseignements présentée par un groupe spécial qui jugerait ces renseignements nécessaires et appropriés »[74]. Dans l'affaire *Canada – Mesures visant l'exportation des aéronefs civils*, l'Organe d'appel a même considéré que renier l'existence d'une telle obligation reviendrait « à déclarer que ce membre est juridiquement libre d'empêcher un groupe spécial de s'acquitter du mandat et des responsabilités qui lui sont confiés en vertu du *Mémorandum d'accord* » et que « le droit juridique incontesté de ce groupe spécial de demander des renseignements [...] serait vidé de son sens »[75].

Le groupe spécial se réunit à huis clos, seul, sans les parties. Les parties au différend, et les parties intéressées, ne peuvent assister aux réunions que lorsque le groupe spécial les y invite. Avant la première réunion de fond du groupe spécial avec les parties, ces dernières doivent remettre leurs exposés écrits dans lesquels elles présentent les faits de la cause et leurs arguments respectifs. Les réfutations formelles sont par ailleurs présentées lors d'une deuxième réunion de fond du groupe spécial; avant cette réunion, les parties doivent les présenter par écrit. La partie mise en cause a alors le droit de prendre la parole avant la partie plaignante lors de la réunion qui se déroule à huis clos[76]. Le principe du contradictoire apparaît ainsi comme la pierre angulaire de la procédure devant le groupe spécial. Dans un souci de « totale transparence »[77] et de crédibilité de la procédure, chaque partie doit mettre à la disposition de l'autre ses exposés et observations.

Un autre fait marquant de la procédure devant les groupes spéciaux réside dans sa durée. Des délais stricts encadrent la procédure. Toujours dans ce souci d'efficacité et de crédibilité, le point 12 des *Procédures de travail* de l'*Appendice 3* propose même un « calendrier pour le groupe spécial ». Ainsi, la partie plaignante doit-elle faire parvenir ses premiers exposés écrits dans les trois à six semaines qui suivent l'établissement du groupe spécial; la partie en cause a alors deux à trois semaines pour faire parvenir les siens. Au final, et

---

73 Voir l'affaire *Crevettes*, *supra* note 71 au para. 104.

74 *Mémorandum d'accord*, *supra* note 7 à l'article 13 (1).

75 Voir l'affaire *Canada – Mesures visant l'exportation des aéronefs civils* (*Plainte du Brésil*) (1999), OMC Doc. WT/DS70/AB/R au para. 189 (Rapport de l'Organe d'appel).

76 Notons cependant que dans l'affaire *Hormones – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend Communautés européennes — Hormones* (DS320 et DS321), actuellement pendante, les Groupes spéciaux ont accepté d'ouvrir, à la demande des parties au différend, les 12, 13 et 15 septembre 2005, leurs délibérations aux membres de l'OMC et au public.

77 *Mémorandum d'accord*, *supra* note 7, app. III au point 10.

> afin de rendre la procédure plus efficace, le délai dans lequel le groupe spécial procédera à son examen, depuis la date à laquelle sa composition et son mandat auront été arrêtés jusqu'à celle à laquelle le rapport final sera remis aux parties au différend, ne dépassera pas, en règle générale, six mois.[78]

La résolution des différends dans ce délai de principe de six mois est sans nul doute un des éléments qui confèrent sa crédibilité au système.

La procédure devant les groupes spéciaux emprunte donc beaucoup au règlement judiciaire. Par les principes fondamentaux sur lesquels elle repose, les droits qu'elle garantit, la procédure devant les groupes spéciaux semble déjà conférer au mécanisme de règlement des différends de l'OMC un caractère juridictionnel. La mission des groupes spéciaux s'apparente *a priori* à celle d'un juge, à savoir établir le fait et dire le droit. Toutefois, la plus grande prudence doit être de mise, car à la différence d'un juge qui prononce un jugement ou un arrêt investi de la force obligatoire et de l'autorité de chose jugée, le rapport du groupe spécial ne rassemble que ses constatations; il n'est qu'une simple recommandation adressée à l'ORD. Et, à partir de ce rapport, trois possibilités sont envisageables. La première est rare, voire quasi impossible, et consiste en le rejet du rapport par l'ORD, ce qui ne peut avoir lieu que par consensus négatif[79]. Ce cas ne s'est jamais produit jusqu'à présent. La deuxième possibilité est celle de l'adoption du rapport par l'ORD dans les soixante jours suivant la date de sa distribution aux membres. Ceux-ci doivent alors se conformer à cette recommandation. Enfin, une troisième possibilité consiste en un appel, nouveauté instituée par la refonte du système de 1995.

2. LA PROCÉDURE EN APPEL

La procédure d'appel est sans nul doute l'innovation la plus visible et peut-être la plus originale du mécanisme de règlement des différends de l'OMC institué par les *Accords de Marrakech*. Les parties à un différend soumis à un groupe spécial, et seulement elles, peuvent interjeter appel devant l'Organe d'appel dans les soixante jours suivant la date de distribution du rapport aux membres de l'OMC. La dénomination donnée à cet organe peut surprendre, dans la mesure où l'appel tend à faire réformer ou annuler par la juridiction du second degré un jugement rendu par une juridiction du premier degré. L'article 17 (13) du *Mémorandum d'accord* s'inscrit dans cette perspective en précisant que « l'Organe d'appel pourra confirmer, modifier ou infirmer les constatations et les conclusions juridiques du groupe spécial ». Les pouvoirs dévolus à l'Organe d'appel comme aux cours d'appel dans les systèmes juridiques nationaux ne semblent donc pas éloignés. Toutefois, la comparaison atteint rapidement sa limite, car dans la pratique juridictionnelle des systèmes continentaux, l'effet dévolutif de l'appel est de remettre en cause la question de la chose jugée par la

---

78 *Mémorandum d'accord*, *supra* note 7 à l'art. 12 (8).
79 *Ibid*. à l'art. 16 (4).

juridiction du premier degré afin qu'il soit de nouveau statué aussi bien en fait qu'en droit. Rien de tel dans le cadre de l'OMC : l'article 17 (6) circonscrit l'appel « aux questions de droit couvertes par le rapport du groupe spécial et aux interprétations du droit données par celui-ci ». L'Organe d'appel est donc érigé en un « juge » du droit censurant la violation des règles de droit commise par le groupe spécial. Sa fonction est ainsi plus proche d'une cour de cassation telle qu'elle peut exister dans certains systèmes juridiques nationaux, par exemple le système français.

a) Présentation de l'Organe d'appel

C'est à l'ORD qu'est revenue la tâche initiale de mettre en place l'Organe d'appel. Composé de sept personnes, dont trois sont appelées à siéger en « section » pour chaque affaire, l'Organe d'appel est, à la différence des groupes spéciaux, un organe permanent[80]. Le mandat de ses membres est de quatre ans, renouvelable une fois. Sa composition devrait être dans l'ensemble représentative de l'OMC et comprendre des personnes sans attaches avec leur administration nationale, d'autorité reconnue et ayant fait preuve de leur connaissance du droit[81], du commerce international et des questions relevant des accords issus de l'*Acte final de Marrakech*. L'indépendance et la compétence notoire constituent par conséquent les deux caractéristiques principales exigées des membres de l'Organe d'appel.

La compétence de l'Organe d'appel est limitée uniquement aux questions de droit couvertes par le rapport du groupe spécial et aux interprétations données par celui-ci soulevées par les parties au litige. Sont ainsi énoncées deux caractéristiques de l'appel : les constatations de fait se rattachant au fond du différend ou les thèses des parties à ce sujet contenues dans le rapport du groupe spécial initial ne peuvent en principe être soumises à l'examen de l'Organe d'appel[82]. Ensuite, l'Organe d'appel, comme les groupes spéciaux, peut soulever toute question ou tout argument juridique non soulevé par les parties. Il ne peut en revanche discuter ou répondre à une question qui ne ressort pas de son mandat. En effet, dans l'affaire *Foreign Sales Corporations*, l'Organe d'appel a précisé que

> l'examen des questions de fond soulevées par cet argument particulier [présenté par les États-Unis sur la nature de la mesure FSC] dépasserait le cadre de [son] mandat au titre de l'article 17:6 du *Mémorandum d'accord*, puisque cet argument ne concerne ni une 'question de droit couverte par le rapport du groupe spécial' ni des 'interprétations du droit données par celui-ci'. Il n'a tout simplement pas été demandé au groupe spécial d'examiner les questions soulevées par le nouvel argument des États-Unis. En outre, le nouvel argument qui est maintenant avancé devant nous

---

80 *Ibid*. à l'art. 17 (1).

81 À la différence des exigences qui président à la composition des groupes spéciaux, la très bonne connaissance du droit est érigée en condition *sine qua non* de l'exercice de « juge » d'appel.

82 Voir par ex. l'affaire *Produits laitiers*, *supra* note 11 au para. 92 : « [e]n l'absence de constatations de fait établies par le Groupe spécial ou de faits non contestés dans le dossier du Groupe spécial, […] nous ne sommes pas en mesure, dans le cadre de notre mandat tel qu'il est énoncé à l'article 17 du *Mémorandum d'accord*, de mener à bien l'analyse ».

> obligerait à examiner des questions de droit très différentes de celles dont était saisi le groupe spécial et pourrait bien exiger des éléments de preuve concernant de nouveaux faits.[83]

De plus, lorsque l'Organe d'appel infirme la constatation d'un groupe spécial sur un point de droit, il dispose du pouvoir

> d'examiner un point et statuer sur un point qui n'a pas été expressément abordé par le groupe spécial afin de compléter l'analyse juridique et de régler le différend entre les parties […] pour autant qu'il est possible de le faire en s'appuyant sur les constatations de fait du groupe spécial et/ou les faits non contestés figurant au dossier du groupe spécial.[84]

L'Organe d'appel dispose également d'une entière liberté dans l'appréciation du droit, puisqu'il peut « confirmer, modifier ou infirmer les constatations et les conclusions juridiques » du groupe spécial[85]. Une telle position est susceptible de poser problème dans le cadre des recours sans violation, lorsque des mesures pourtant licites causent néanmoins un préjudice. Devant une telle plainte sans violation, les recommandations et conclusions des groupes spéciaux ne concerneront pas des droits et obligations juridiques, mais reposeront sur des considérations d'équité ou d'opportunité qui peuvent difficilement constituer matière à un appel exclusivement juridique.

Les décisions de l'Organe d'appel sont généralement prises par consensus[86]. Toutefois, dans les cas où il ne sera pas possible d'arriver à une décision par consensus, la décision sur la question à l'examen sera prise à la majorité des voix. Dans tous les cas, les membres de l'Organe d'appel, comme ceux des groupes spéciaux, ont la possibilité d'émettre des opinions « particulières » ou « séparées » – le terme « dissidentes » n'est volontairement pas employé – à la condition que celles-ci restent anonymes comme le précise l'article 17 (11) du *Mémorandum d'accord* : « les avis exprimés dans le rapport de l'Organe d'appel par les personnes faisant partie de cet organe seront anonymes ». Ceci s'est d'ores et déjà produit dans deux affaires[87].

Une fois rédigées, les conclusions de l'Organe d'appel doivent être adoptées par l'ORD et acceptées sans condition par les parties au différend. Le rejet du rapport de l'Organe d'appel n'est possible, comme pour le rapport du groupe spécial, que par

---

83 Voir l'affaire *États-Unis – Foreign Sales Corporations* (*Plainte des Communautés européennes*) (2000), OMC. Doc. WT/DS108/AB/R au para. 103 (Rapport de l'Organe d'appel).

84 Voir l'affaire *Australie – Mesures visant les importations de saumons* (*Plainte du Canada*) (1998), OMC Doc. WT/DS18/AB/R aux para. 117-118 (Rapport de l'Organe d'appel).

85 *Mémorandum d'accord*, *supra* note 7 à l'art. 17 (13).

86 OMC, *Procédures de travail pour l'examen en appel*, OMC Doc. WT/AB/WP/5 (2005) à l'art. 3 (2) [*Procédures de travail pour l'examen en appel*].

87 Voir « l'opinion réservée » dans l'affaire *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant* (*Plainte du Canada*) (2001), OMC Doc. WT/DS135/AB/R aux para. 149-154 (Rapport de l'Organe d'appel) et « l'opinion séparée » dans l'affaire *États-Unis – Subventions concernant le coton Upland* (*Plainte du Brésil*) (2005), OMC Doc. WT/DS267/AB/R aux para. 631-641 (Rapport de l'Organe d'appel) [*Coton Upland*].

consensus négatif dans les trente jours qui suivent sa distribution aux membres. Les rapports sont ici encore adoptés de manière quasi automatique.

b) Fonctionnement de l'Organe d'appel

Le fonctionnement de l'Organe d'appel suit des procédures de travail qu'il fixe lui-même, conformément aux dispositions de l'article 17 (9) du *Mémorandum d'accord* : « l'Organe d'appel, en consultation avec le président de l'ORD et le directeur général, élaborera des procédures de travail qui seront communiquées aux membres pour leur information ». Ces règles ont été adoptées pour la première fois le 15 février 1996 et modifiées par la suite à plusieurs reprises[88]. À la lumière de ces textes et des articles 17 (10) et 17 (11), nous constatons que leurs caractéristiques sont similaires à celles applicables devant les groupes spéciaux. La procédure est également encadrée par des délais stricts; elle respecte le principe du contradictoire et reste confidentielle. La procédure ne doit ainsi pas dépasser soixante jours, à moins de circonstances exceptionnelles, lesquelles permettent de prolonger la procédure de trente jours. Dans les dix jours qui suivent le dépôt de la déclaration d'appel, l'appelant doit déposer une communication écrite auprès du Secrétariat ainsi qu'à l'autre partie et aux tierces parties. Cette communication contient un exposé précis des motifs de l'appel et des dispositions des accords visés ainsi que la nature exacte de la décision demandée. L'intimé dispose alors d'un délai de vingt-cinq jours pour répondre, sa réponse devant contenir un exposé précis des motifs d'opposition aux allégations de l'appelant. Toute autre partie au différend peut se joindre, dans les quinze jours qui suivent la déclaration d'appel, à l'appel initial ou former un appel sur la base d'autres erreurs alléguées dans les questions de droit couvertes par le rapport du groupe spécial et dans les interprétations données par celui-ci. Immédiatement après l'introduction de l'appel, chaque section établira un plan de travail devant contenir les dates précises pour le dépôt des documents, un calendrier pour l'examen, une date pour l'audience. Les délais stricts sont ici encore un gage de la crédibilité et de l'efficacité de la procédure et ne peuvent être aménagés qu'en cas de circonstances exceptionnelles[89].

Comme les groupes spéciaux, l'Organe d'appel ne prononce pas un arrêt, il ne fait que présenter un rapport à l'ORD; celui-ci contient ses constatations et recommandations qui doivent, en cas d'adoption, être mises en œuvre.

---

[88] Les dernières procédures de travail ont été adoptées le 4 janvier 2005 (doc. WT/AB/WP/5) et remplacent celles du 1er mai 2003. *Procédures de travail pour l'examen en appel*, *supra* note 86.

[89] *Ibid.* aux art. 13 et 16 (2). Lors de l'affaire *Plomb et bismuth II*, *supra* note 72 au para. 8, la mort d'un des membres de l'Organe d'appel, M. Christopher Beeby, a obligé l'Organe d'appel à désigner un nouveau membre, M. Julio Lacarte-Muró. Ces circonstances extraordinaires ont conduit l'Organe d'appel à tenir une nouvelle audience et à proroger les délais pour assurer l'équité et le bon déroulement de la procédure.

3. MISE EN ŒUVRE DES RECOMMANDATIONS DE L'ORD

L'efficacité, et donc la crédibilité du droit de l'OMC, est directement liée à la manière dont ses règles seront appliquées par ses membres. Aussi, lorsqu'un membre entame une procédure de règlement des différends et que cette procédure aboutit à une recommandation de l'ORD, il paraît légitime que l'État plaignant s'attende au retrait des mesures qui réduisent ses avantages[90]. Comme le relève Carine Mocquart, « les rapports adoptés par l'ORD ne constituent que la manifestation des droits et obligations que le membre s'est engagé à respecter »[91]. Il appartient donc au membre « condamné » d'adopter une position conforme aux obligations auxquelles il a souscrit dans un délai raisonnable[92], car

> en l'absence d'une solution mutuellement convenue, l'objectif premier [du mécanisme de règlement des différends] est habituellement le retrait immédiat de la mesure jugée incompatible avec l'un des accords visés. Ce n'est que s'il est irréalisable pour lui de le faire que le membre concerné a droit à un délai raisonnable pour la mise en œuvre.[93]

Toutefois, un membre peut choisir délibérément de ne pas mettre en œuvre les recommandations adressées par l'ORD. Dans cette hypothèse, l'article 22 du *Mémorandum d'accord* donne la possibilité de compenser cette absence de mise en œuvre par le recours à des mesures correctives dans le souci de revenir à l'équilibre des concessions négociées. De telles mesures ne sont donc que la contrepartie commerciale et non financière[94] de l'avantage qui a été annulé ou compromis et n'ont pas de caractère punitif. Ce mécanisme autorise donc le recours aux contre-mesures, c'est-à-dire qu'il reconnaît un droit de « légitime défense commerciale » dans le but de rétablir l'équilibre rompu par le membre condamné et récalcitrant. Mais le recours

---

90 *Mémorandum d'accord*, *supra* note 7 à l'art. 3 (7).

91 Voir Carine Mocquart, « Efficacité des sanctions et retraits de concession dans le système de règlement des différends de l'OMC » (2003) 1 R.D.A.I. 39 à la p. 39.

92 Voir le *Mémorandum d'accord*, *supra* note 7 à l'art 21 : « [à] la réunion de l'ORD qui se tiendra dans les trente jours suivant la date d'adoption du rapport du groupe spécial ou de l'Organe d'appel, le membre concerné informera l'ORD de ses intentions au sujet de la mise en œuvre des recommandations. S'il est irréalisable pour un membre de se conformer immédiatement à ces recommandations, ce membre dispose d'un délai raisonnable pour le faire, qui sera soit le délai proposé par le membre concerné (à la condition que ce délai soit approuvé par l'ORD), un délai mutuellement convenu par les parties au différend ou, dernière possibilité, un délai déterminé par arbitrage contraignant dans les 90 jours suivant la date d'adoption des recommandations et décisions ».

93 Voir l'affaire *Australie – Mesures visant les importations de saumons, arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du* Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (*Plainte du Canada*) (1999), OMC Doc. WT/DS18/9 au para. 30 (décision de l'arbitre Said El-Naggar).

94 La pertinence des compensations commerciales et non financières fait aujourd'hui l'objet de débat en doctrine. Voir par exemple, sur ce point, la contribution récente de Marco Bronckers et Naboth van den Broek, « Financial Compensation in the WTO : Improving the Remedies of WTO Dispute Settlement » (2005) 8 J Int'l .Econ. L. 101. On pourra également se référer à l'intéressant cas de l'affaire *Droit d'auteur*, *supra* note 17, dans laquelle les États-Unis et la Communauté européenne ont négocié une compensation financière versée à un organisme privé gérant les droits d'auteur en Europe, lequel est chargé par la suite de reverser les sommes aux auteurs lésés par la législation américaine. Sur ce point, voir Bernard O'Connor et Margareta Djordjevic, « Practical Aspects of Monetary Compensation : The *US – Copyright* Case » (2005) 8 J. Int'l .Econ. L. 127.

aux mesures de rétorsion commerciale ou à la suspension des concessions ne se fait pas dans l'anarchie et repose au contraire sur une autorisation qui doit être expressément donnée par l'ORD.

a) Conditions de mise en œuvre de compensations

L'article 22 du *Mémorandum d'accord* prévoit deux hypothèses pour remédier au défaut de mise en œuvre des recommandations : l'octroi d'une compensation volontaire et mutuellement acceptable et acceptée au profit du membre plaignant ou, à défaut, l'autorisation de suspendre des concessions ou d'autres obligations à l'égard du membre incriminé.

i. La compensation

Si le membre condamné à retirer ses mesures incriminées ne se conforme pas dans le « délai raisonnable » à la décision de l'ORD, il doit alors se prêter à des négociations avec le membre lésé afin de trouver une compensation mutuellement acceptable et compatible avec les accords visés. La compensation est alors volontaire, fondée sur un accord entre les parties. Elle doit également n'être que temporaire dans l'attente du retrait définitif de la mesure incriminée, car une telle compensation ne saurait remplacer l'obligation de mettre en œuvre les recommandations de l'ORD[95].

La pratique montre que le recours à cette compensation volontaire reste rare, dans la mesure où les délais sont très courts (les parties ont en effet vingt jours pour achever leurs négociations). Les seules conditions sont que la compensation soit conforme aux accords visés et accordée sur la base du principe de la nation la plus favorisée. Ces conditions posent quelques difficultés dans la mesure où le *Mémorandum d'accord* ne fixe aucune règle relative à la valeur, la nature et l'objet de la compensation. Ce ne sera qu'en lançant la procédure d'arbitrage de l'article 22 (6) que les parties pourront connaître le niveau de l'annulation ou de la réduction de l'avantage, principal élément qui devrait leur permettre de négocier.

ii. La suspension des concessions

Le mécanisme de règlement des différends de l'OMC est un système exclusif qui interdit à un membre de se faire justice lui-même sans avoir été expressément autorisé par l'ORD. Le recours à des mesures de légitime défense commerciale doit donc respecter le cadre établi par le *Mémorandum d'accord*.

Dans l'hypothèse où les négociations pour parvenir à une compensation mutuellement acceptable auraient échoué, l'article 22 (2) prévoit que la partie lésée peut demander à l'ORD l'autorisation de suspendre à l'égard du membre incriminé des concessions ou d'autres obligations. Cette demande doit être motivée et doit spécifier

95 *Mémorandum d'accord*, *supra* note 7 à l'art. 22 (1).

les concessions et obligations qui seront suspendues. Mais, à la différence des dispositions relatives aux compensations commerciales, le *Mémorandum d'accord* prévoit que le niveau de ces mesures doit être équivalent à celui de l'annulation ou de la réduction des avantages de la partie lésée[96], et l'ORD a le pouvoir d'apprécier ce niveau. En revanche, la partie lésée détient quant à elle le pouvoir de déterminer la nature des contre-mesures.

Dans l'hypothèse où le membre concerné contesterait le niveau de suspension proposée ou invoquerait le non-respect des principes et procédures d'autorisation, il sera recouru à l'arbitrage, les concessions et autres obligations ne pouvant alors être suspendues pendant cette procédure. L'arbitrage impose de revenir au groupe spécial initial ou au directeur général de l'OMC en cas d'impossibilité pour le groupe spécial originel de se réunir de nouveau pour apprécier le niveau des mesures proposées. Ce n'est que le niveau des mesures qui est examiné et non les mesures elles-mêmes[97].

b) L'autorisation de l'ORD

L'article 22 (6) prévoit que l'ORD autorisera la suspension des concessions ou d'autres obligations dans un délai de trente jours à compter de l'expiration du délai raisonnable pour l'exécution, à moins qu'il ne décide par consensus de rejeter la demande. Cette procédure d'autorisation, si elle reste dans les faits assez formelle, n'en est pas moins doublée d'un fort aspect symbolique. Elle vise en effet à empêcher toute tentative d'unilatéralisme de la part des membres de l'OMC. Souvenons-nous par exemple des réactions qu'avait provoquées le fameux article 301 du *Trade Act* américain de 1974, renforcé en 1988[98], mais finalement condamné par l'ORD en 2000 parce qu'

---

96 *Ibid*. à l'art. 22 (4).

97 *Ibid*. à l'art. 22 (7).

98 *Trade Act of 1974*, 19 U.S.C. § 301, en ligne : United States Department of Justice <http://www.usdoj.gov/>. L'article 301 du *Trade Act* de 1974 donnait au pouvoir exécutif américain la possibilité de prendre des contre-mesures dans l'intérêt et la défense des droits des États-Unis. Surtout, le *Trade Act* de 1974 donnait la possibilité aux particuliers de déposer une plainte devant un organe national (le représentant américain pour le Commerce – *United States Trade Representative*, USTR) et déclencher une procédure demandant au pouvoir exécutif de prendre des contre-mesures contre un État étranger. Amendé plusieurs fois et étendu aux secteurs des investissements et des services en 1984, cet article 301 donnait ainsi un pouvoir redoutable aux agents économiques américains. Selon Elisabeth Zoller, l'*Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988* est une sorte de « *Bill of Rights* économique ». *Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988*, Pub. L. No. 100-418, en ligne : United States Department of Justice <http://www.usdoj.gov/>. En 1988, l'*Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988* est « une véritable déclaration unilatérale des droits de la première puissance mondiale, droits qui, réduits à l'essentiel, sont celui de mener le monde » (« *while the United States is not in a position to dictate economic policy to the rest of the world, the United States is in a position to lead the world and it is in the national interest for the United States to do so* », cité dans la section 1001 (a)(6), 102 Stat. 1120). « Guerre commerciale et droit international : réflexions sur les contre-mesures de la loi américaine de 1988 sur le commerce et la concurrence » (1989) 35 A.F.D.I. 65 à la p. 65. Cette loi de 1988 renforçait encore plus le *Trade Act* de 1974 par les articles *Super – 301* et *Special – 301* consacrant toujours plus le principe des contre-mesures à l'encontre de gouvernements étrangers coupables de violations d'accords commerciaux ou de pratiques injustes, déraisonnables ou discriminatoires.

> aucune violation des règles de l'OMC ne [pouvait] justifier la prise de mesures de rétorsion unilatérales par un autre membre; c'est là l'objet des prohibitions énoncées à l'article 23 (1) du *Mémorandum d'accord*. [...] L'article 23 (1) du *Mémorandum d'accord* prévoit que lorsqu'un membre de l'OMC souhaite prendre une mesure corrective en réponse à ce qu'il considère comme une violation des règles de l'OMC, il est obligé d'avoir recours et de se conformer aux règles et procédures du *Mémorandum d'accord* [...]. Le mécanisme de règlement des différends de l'OMC est le seul moyen dont les membres disposent pour obtenir réparation.[99]

Le recours aux contre-mesures reste donc formellement réglementé et matériellement limité. L'article 22 (3) du *Mémorandum d'accord* énonce par exemple le principe selon lequel la partie plaignante doit chercher à suspendre les concessions dans le même secteur que celui pour lequel a été constatée une violation ou une autre annulation ou réduction d'avantages. Elle ne pourra que dans certaines conditions recourir au mécanisme de rétorsions croisées[100].

Le règlement des différends de l'OMC est donc assez original, imposant aux membres de respecter leurs engagements, tout en instituant un mécanisme de « secours » de rétorsions unilatérales autorisées.

c) Appréciation critique du mécanisme de rétorsions

Le droit international public se veut prudent avec les contre-mesures : la possibilité de se faire « justice soi-même » est en effet l'apanage d'un système juridique décentralisé, entre ordre et chaos, où n'existe aucune autorité supérieure susceptible de mettre en œuvre des sanctions. C'est précisément ce qui souhaitait être évité lors de la refonte du GATT. Les négociateurs voulaient mettre fin aux sanctions unilatérales de type « *Section 301* ». L'objectif était alors clair : mettre en place une organisation internationale dotée d'un mécanisme centralisé de sanctions afin d'en asseoir l'efficacité et la crédibilité. Tout recours à des mesures unilatérales devait donc être prohibé. Pourtant, ces intentions sont restées lettre morte, les États retombant, lors des négociations, dans leurs travers d'entité souveraine. C'est ainsi la solution médiane de « mesures unilatérales autorisées » qui a été consacrée. Celle-ci peut décevoir eu égard aux objectifs initiaux; pouvons-nous en effet parler de système efficace s'il autorise *in fine* le membre lésé à mettre en place des mesures unilatérales, sorte de coup d'épée dans l'eau pour revenir, impuissant, au mécanisme précédent?

La question est délicate. Pour le juriste, le mécanisme sonne faux, apparaît inefficace, voire même choquant ou contradictoire, négation même du droit puisque c'est le droit de l'OMC lui-même qui autorise et légitime son non-respect par le recours aux contre-mesures. Pour autant, ce n'est pas en terme d'efficacité juridique

---

[99] Voir l'affaire *Section 301, supra* note 22 aux para. 6.135 et 6.23.

[100] Ce mécanisme consiste à suspendre des concessions dans un secteur autre que celui dans lequel a été constatée la violation par le membre incriminé.

mais économique qu'il convient de raisonner. En effet, les objectifs du mécanisme s'inscrivent dans leur ensemble dans une logique plus économique que juridique. L'OMC n'est finalement que l'*agora* moderne, nouvelle place publique où les « États-marchands » se rencontrent, négocient et échangent des concessions. Dès lors, lorsqu'un membre ne respecte pas ses engagements, c'est au droit de se mettre premièrement en œuvre en tentant de trancher le différend, de trouver une solution d'abord mutuellement acceptable, éventuellement recommandée par l'ORD. Mais à défaut de mise en œuvre de la solution, c'est la logique économique qui prend le relais : de manière exceptionnelle, il est alors possible de rétablir l'équilibre des concessions et avantages réduits ou annulés par une action unilatérale autorisée. Ce recours aux mesures unilatérales autorisées, loin d'être choquant, constitue finalement une garantie supplémentaire pour restaurer cet équilibre rompu et c'est uniquement dans ce sens qu'elles doivent être légitimées. Elles doivent en effet n'être accordées qu'à titre d'invitations concrètes à modifier le plus rapidement possible la pratique incriminée. Il s'agit donc de « contre-mesures d'appui », sorte de moyen de pression, qui doivent, de fait, rester exceptionnelles et temporaires. Aussi ne pouvons-nous que condamner la pratique, déformation de l'esprit originel, qui s'est progressivement instaurée entre les membres qui préfèrent aujourd'hui se complaire dans leurs violations et accepter certaines concessions, prix du non-respect du droit[101].

La procédure instituée par l'OMC est donc originale, en ce qu'elle prévoit non seulement les moyens de résoudre les différends, mais également d'appliquer les recommandations. L'ORD apparaît alors comme l'organe central de cette procédure. Clef du système, sa nature reste cependant ambiguë.

C. Nature de l'ORD : organe juridictionnel, quasi juridictionnel ou administratif?

La nature de l'ORD est aujourd'hui encore une question récurrente qui hante toujours les commentateurs du droit de l'OMC. Nombreux sont ceux qui ont tenté de clarifier cette nature équivoque[102]. Le professeur Carlo Santulli relève ainsi cyniquement qu'aujourd'hui, la majorité de la doctrine « converge pour renoncer » : l'ORD et les groupes spéciaux sont des « quasi-juridictions en juridictionnalisation progressive; ils produisent une quasi-jurisprudence dont la juridicité est croissante »[103]. Le caractère politique de l'ORD – l'Organe est en effet politique puisqu'il s'agit du Conseil général qui siège sous un autre nom – est souvent avancé par les personnes souhaitant lui dénier le statut de juridiction. Ce caractère politique

---

101 Pour de plus amples explications, voir la partie « Bilan et perspectives », ci-dessous.

102 Sur cette question, voir en particulier Hélène Ruiz Fabri, « Le règlement des différends au sein de l'OMC : naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit » dans *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XX^e siècle : à propos de 50 ans de recherches au CREDIMI – Mélanges offerts à Philippe Kahn*, Paris, Litec, 2000, 303. Voir également, du même auteur, « Le mécanisme général de règlement des différends de l'OMC » dans Jean-Marc Thouvenin, dir., *Droit international et communautaire des subventions : le cas de l'aéronautique civile*, Paris, Presses universitaires de France, 2001, 103. Voir aussi Carlo Santulli, « Qu'est-ce qu'une juridiction internationale?? Des organes répressifs internationaux à l'ORD » (2000) 46 A.F.D.I. 58.

103 Santulli, *Ibid*. à la p. 70.

n'est pourtant pas un obstacle : un organe politique peut tout à fait rendre des décisions juridictionnelles[104]. Ce n'est donc pas sur ce terrain qu'il faut rechercher la nature de l'ORD.

Définir la juridiction internationale n'est pas chose aisée. La doctrine elle-même reste assez prudente[105]. Une juridiction internationale pourrait toutefois se définir comme « une institution investie du pouvoir de juger, c'est-à-dire de trancher des litiges entre États par une décision obligatoire, qu'il s'agisse d'un organe arbitral ou judiciaire ou de tout autre organisme disposant de pouvoirs juridictionnels »[106]. Une juridiction internationale serait donc un organe qui mettrait fin à un différend par une décision obligatoire rendue en application du droit.

Que dire alors, au regard de cette définition, de l'ORD? S'agit-il réellement d'une juridiction internationale? Une première analyse conduirait contre toute attente à considérer que l'ORD est une véritable juridiction internationale. En effet, il n'est pas insensé de dire que les organes chargés du règlement des différends appliquent le droit, quand bien même ils devraient prendre en considération les intérêts et avantages non juridiques des États. D'ailleurs, ces intérêts et avantages relèvent aujourd'hui du droit, étant explicitement insérés dans les accords. De même, la recommandation rendue par l'ORD est obligatoire, s'imposant aux États membres. Ne pourrions-nous pas voir ici le signe d'une autorité de « chose jugée »? L'ORD mettrait alors fin à un différend par application du droit et rendrait une décision revêtue de l'autorité de chose jugée. Pourtant, cette analyse ne peut convenir tant il est clair que l'ORD n'est pas une juridiction. En effet, ce qui manque au triptyque « différend/application du droit/caractère obligatoire » pour pouvoir le qualifier de juridiction est sans nul doute la fonction juridictionnelle. Cette fonction juridictionnelle est celle qui lie les différents éléments de la juridiction et lui donne véritablement ce caractère. Or, l'ORD a un double rôle qui est non seulement d'administrer le mécanisme de règlement des différends[107], mais également de superviser la légalité et l'opportunité des solutions qui sont dégagées par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel. Cette première observation justifie que l'on dénie la qualification d'organe juridictionnel à l'ORD. De même, l'ORD est appelé à adopter un rapport présenté par un groupe spécial ou par l'Organe d'appel. Pouvons-nous imaginer une décision judiciaire digne de ce nom qui aurait besoin d'être validée par un organe politique, ou à tout le moins non désavouée, pour avoir force obligatoire? Au final, l'ORD a une dénomination trompeuse : il facilite le règlement des différends plutôt qu'il ne les règle lui-même. Il

---

104 La Cour internationale de justice n'a pas statué dans un sens différent lorsqu'elle a jugé un appel dirigé contre une décision du Conseil de l'OACI (organe politique) rendue dans l'exercice des fonctions de ce dernier. Voir l'arrêt de la CIJ : *Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI* (*Inde c. Pakistan*), Ordonnance du 18 août 1972, [1972] C.I.J. rec. 46.

105 Par exemple, Charles Rousseau, dans son *Traité de droit international public*, t. 5, Paris, Sirey, 1983 à la p. 396, faisait preuve d'une grande prudence en précisant que « l'existence d'une juridiction internationale est, semble-t-il, subordonnée à deux conditions : 1) l'existence d'une contestation ou d'un différend entre les parties; 2) le caractère obligatoire et décisif de la décision rendue par l'organe appelé à vider la contestation ou trancher le différend ».

106 Jean Salmon, dir., *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, *s.v.* « juridiction internationale ».

107 *Mémorandum d'accord*, *supra* note 7 à l'art. 2 (1).

s'agit donc d'un organe administratif, et non juridictionnel, d'assistance à l'exécution des obligations des membres[108].

Pour autant, la question de la nature présente-t-elle réellement tout l'intérêt que nous souhaiterions lui donner? À l'image de Shakespeare et de sa Juliette qui s'interrogeaient sur le parfum qu'aurait une rose si elle avait un autre nom[109], il serait tentant de dire que la véritable nature de l'ORD importe peu : l'ORD n'en fonctionnerait pas mieux, pas moins bien. En effet, qu'il soit un organe juridictionnel, administratif ou encore quasi juridictionnel ou quasi administratif, l'essentiel n'est pas là, mais réside dans l'obligation qui pèse sur les membres : « chaque membre assurera la conformité de ses lois, réglementations et procédures administratives avec ses obligations »[110] contractées dans le cadre de l'OMC. L'important au final n'est donc pas tant la nature exacte de l'ORD, mais plutôt l'efficacité du mécanisme qui a été institué par les *Accords de Marrakech*.

Bilan et perspectives

Dix ans après sa mise en œuvre, un bilan du mécanisme de règlement des différends de l'OMC peut être tiré et un premier constat s'impose avec force : ce mécanisme a recueilli la confiance des membres. Les quelques trois cents affaires qui ont été soumises à l'ORD depuis sa création en 1995 en témoignent aisément. Le règlement des différends dans le cadre de l'OMC apporte aujourd'hui la preuve de son efficacité et de son impartialité. Les délais plus stricts, la plus grande automaticité instaurée, en particulier par l'adoption quasi automatique des rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel – consensus inversé – renforcent sans conteste la sécurité et la prévisibilité du système commercial international. Et c'est un contrôle plus systématique et régulier sur les États membres qui a été ainsi établi, alliant à la fois souplesse et rigidité : souplesse dans le choix du mode de règlement, rigidité dans les règles applicables. La procédure devant les groupes spéciaux s'efforce d'assurer la primauté de la règle de droit, de manière impartiale et équilibrée, quelles que soient les parties à l'instance, puissances commerciales ou non. D'ailleurs, les actions intentées par les pays en développement, qui auraient été perçues auparavant comme un acte téméraire et sans doute vain, représentent aujourd'hui, autre gage de crédibilité, près de 30 % des recours. L'ORD ne serait donc pas ce cheval de Troie à la solde des grandes puissances, États-Unis et Communautés européennes en tête. Au contraire, ces dernières sont régulièrement mises en cause et amenées à modifier leur comportement. Que dire par exemple des affaires *Bananes* ou *FSC* qui ont vu, malgré une résistance pugnace, les Communautés européennes et les États-Unis être respectivement condamnés? Ou encore des affaires *Coton Upland*[111] et *Sucre*[112] qui

---

108 Voir sur ce point Santulli, *supra* note 102 à la p. 82.

109 « Qu'y a-t-il dans un nom? Ce que l'on appelle une rose / Avec tout autre nom serait aussi suave / Et Roméo, dit autrement que Roméo / Conserverait cette perfection qui m'est chère / Malgré la perte de ces syllabes », William Shakespeare, *Roméo et Juliette, Acte II, Scène II*, trad. par Yves Bonnefoy, Paris, Gallimard, 1968 à la p. 70.

110 *Accord instituant l'OMC*, *supra* note 5 à l'art. 16 (4).

111 Affaire *Coton Upland*, *supra* note 87.

ont vu leurs mécanismes de subventions agricoles être condamnés? Ou de manière encore plus symbolique, l'affaire *Gambling* qui a permis à l'un des plus petits États de la planète, l'île d'Antigua, de s'opposer avec succès à une législation américaine en matière de jeux et de paris en ligne[113]?

La sécurité et la prévisibilité du mécanisme de règlement des différends se retrouvent également dans la jurisprudence qui a été progressivement élaborée et à laquelle il est fait référence de manière constante au fil des affaires. Loin de consacrer le principe du *binding precedent*, les affaires précédemment réglées servent de guide aux groupes spéciaux et à l'Organe d'appel, permettant ainsi de forger une jurisprudence cohérente. Cette cohérence d'ensemble ne s'arrête cependant pas à la porte de l'OMC, mais dépasse le cadre apparemment clos de l'Organisation pour s'inscrire au contraire dans celui plus large du droit international public général. En effet, dès la première affaire dont il a eu à connaître, l'Organe d'appel a clairement précisé que le droit de l'OMC ne devait pas être analysé en « isolation clinique » du droit international public[114]. L'interprétation des différents accords de l'OMC se fait par référence systématique aux règles coutumières d'interprétation du droit international public[115], telles que codifiées dans la *Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969*[116]. De manière plus générale, l'application de ces règles dans le cadre de l'OMC « se situe aux confins des relations entre le droit international

---

112 Affaire *Communautés européennes – Subventions à l'exportation de sucre* (*Plaintes de l'Australie, du Brésil et de la Thaïlande*) (2004), OMC Doc. WT/DS265,266,283/R (Rapport du Groupe spécial); *Communautés européennes – Subventions à l'exportation de sucre* (*Plaintes de l'Australie, du Brésil et de la Thaïlande*) (2005), OMC Doc. WT/DS265, 266, 283/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).

113 Voir l'affaire *États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontière de services de jeux et paris* (*Plainte de l'Antigua-et-Barbuda*) (2004), OMC Doc. WT/DS285/R (Rapport du Groupe spécial); *États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontière de services de jeux et paris* (*Plainte de l'Antigua-et-Barbuda*) (2005), OMC Doc. WT/DS285/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).

114 Voir l'affaire *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules* (*Plainte du Venezuela*) (1996), OMC Doc. WT/DS2/AB/R à la p.17 (Rapport de l'Organe d'appel).

115 *Mémorandum d'accord*, *supra* note 7 à l'art. 3.2.

116 *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 R.T.N.U. 331 (entrée en vigueur : 27 janvier 1980).

économique et le droit international public »[117], relations au cœur de controverses[118] et ayant donné lieu à de nombreuses contributions en doctrine[119].

Pourtant, ce mécanisme, aussi efficace qu'il peut être, mériterait encore certaines améliorations. Il a ainsi été proposé de renforcer le caractère juridictionnel de la procédure par une professionnalisation des groupes spéciaux. Les nationaux des parties à un différend ne peuvent en effet pas siéger dans le groupe spécial créé pour la circonstance, sauf si les parties en conviennent autrement. De fait, les experts des grandes puissances commerciales se retrouvent presque systématiquement évincés de la majorité des groupes spéciaux. Les États-Unis, le Canada, le Japon, l'Inde sont ainsi fortement pénalisés. L'Union européenne, qui s'exprime d'une seule voix au nom des quinze membres, l'est encore plus. Surtout, une telle professionnalisation permettrait aux membres des groupes spéciaux de travailler davantage dans la continuité et la sérénité, maîtrisant parfaitement les dernières évolutions jurisprudentielles. À l'heure actuelle, les panélistes interviennent épisodiquement, en plus de leur activité professionnelle principale, et ne semblent alors ni disposer de tout le temps nécessaire à l'exercice de leur fonction, ni posséder une parfaite connaissance du droit et de la pratique de l'OMC; les décisions d'appel infirmant les conclusions des groupes spéciaux le démontrent d'ailleurs. Tout ceci serait de nature à rétroagir sur la qualité des travaux des groupes spéciaux. Dans la même veine, une autre proposition a visé directement l'Organe d'appel, dont le fonctionnement pourrait également faire l'objet d'améliorations. Premièrement, il serait souhaitable d'augmenter le nombre de ses membres eu égard à la multiplication des affaires et appels interjetés. Deuxièmement, et dans un souci de cohérence, il serait souhaitable de l'habiliter à se prononcer non plus en section de trois membres, mais en assemblée plénière quand la complexité et les enjeux d'une affaire le justifieraient, afin de renforcer l'autorité de ses décisions. Enfin, l'Organe d'appel s'est parfois abstenu de conclure, soit par souci d'économie

---

[117] Voir Isabelle Seroin, « L'application des règles d'interprétation de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* dans le cadre de l'ALE, l'ALENA, du GATT et de l'OMC » (2000) 34 R.J.T. 233 à la p. 233.

[118] Le débat tourne autour du caractère autosuffisant du système de l'OMC et la possibilité pour l'Organe d'appel d'appliquer du droit qui n'appartient pas à l'OMC. Certains auteurs estiment ainsi que l'article 3.2, en ne mentionnant que les règles coutumières du droit international public, exclut *de facto* l'application de toute autre règle coutumière. En ce sens, voir par exemple Donald M. McRae, « The Contribution of International Trade Law to the Development of International Law » (1996) 260 Rec. des Cours 103; Joel P. Trachtman, « The Domain of WTO Dispute Resolution » (1999) 40 Harv. .Int'l L.J. 333. D'autres au contraire estiment que le droit de l'OMC ne constitue pas un système autosuffisant et que d'autres règles coutumières peuvent être appliquées par l'Organe d'appel. En ce sens, voir Mariano García-Rubio, *On the Application of Customary Rules of State Responsability by the WTO Dispute Settlement Organs – A General International Law Perspective,* Genève, IUHEI, 2001; Mariano García-Rubio, « Unilateral Measures as a Means of Enforcement of WTO Recommendations and Decisions » dans Laura Picchio Forlati et Linos-Alexander Sicilianos, dir., *Economic Sanctions in International Law*, La Haye, Hague Academy of International Law, 2004, 445.

[119] Voir entre autres Jiaxiang Hu, « The Role of Public International Law in the Development of WTO Law » (2004) 7 J. Int'l Econ. L. 143; Pauwelyn Joost, « The Role of Public International Law in the WTO : How Far Can We Go? » (2001) 95 A.J.I.L. 535; Lorand Bartels, « Applicable Law in WTO Dispute Settlement Proceedings » (2001) 35 J. World Trade 499; Gabrielle Marceau, « A Call for Coherence in International Law – Praises for the Prohibition Against 'Clinical Isolation' in WTO Dispute Settlement » (1999) 33 J. World Trade 87; Trachtman, *Ibid.;* David Palmeter et Petros C. Mavroidis, « The WTO Legal System : Sources of Law » (1998) 92 A.J.I.L. 398.

jurisprudentielle[120], soit en raison du caractère insuffisant des constatations de fait figurant dans les rapports des groupes spéciaux, ou encore parce que l'examen de la question était lié à l'appréciation des faits et n'entrait donc pas dans le champ de l'appel[121]. Aucune disposition du *Mémorandum d'accord* ne permet à l'Organe d'appel de renvoyer l'affaire au groupe spécial originel pour que celui-ci éclaircisse certains points de faits ou statue sur des questions de droit non encore abordées. Dans certaines affaires, l'Organe d'appel en est arrivé à contourner la lettre des textes pour surmonter lui-même cette lacune[122].

Parallèlement aux améliorations qui pourraient être apportées, certains dysfonctionnements se sont fait jour au fil des premières années. Cheval de bataille des ONG, la transparence et le contrôle démocratique de l'Organisation font défaut. Alors que les règles de l'OMC ont un impact croissant sur les populations et les entreprises des États membres, de plus en plus de voix s'élèvent pour dénoncer le caractère peu transparent du mécanisme de règlement des différends. Les consultations ont lieu à huis clos, les délibérations des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel sont confidentielles, les avis des membres de l'Organe d'appel sont anonymes. Certes, certaines améliorations ont déjà été apportées, en particulier dans l'accès en ligne aux documents de l'Organisation[123]. Pour autant, l'OMC reste encore trop secrète, suscitant au mieux scepticisme, au pire défiance.

Surtout, le plus grand dysfonctionnement réside dans le recours aux compensations, qui a la fâcheuse tendance, nous l'avons esquissé, de créer des droits acquis au maintien de mesures incompatibles avec les différents accords de l'OMC. Si le recours à des mesures de rétorsions autorisées trouve, d'un point de vue théorique, une justification économique, il n'en reste pas moins que la pratique qui s'est instituée est critiquable. Le droit de recourir à de telles contre-mesures a été mal interprété par les membres, incités qu'ils sont à ne pas mettre en œuvre les recommandations et décisions de l'ORD. Ce qui ne devait être que « temporaire » et « mesure d'appui » devient aujourd'hui déformation inquiétante, « droits acquis »[124]. La position des

---

120 Voir par ex. l'affaire *Sardines*, *supra* note 72 au para. 11.

121 Voir la partie II. B. 2. a., ci-dessus, pour l'analyse de cette question.

122 Par exemple, dans l'affaire *Communautés européennes – Mesures affectant l'importation de certains produits provenant de volailles* (*Plainte du Brésil*) (1998), OMC Doc. WT/DS69/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel), l'Organe d'appel a procédé à l'examen d'une allégation relative à l'article 5.5 de l'accord sur l'agriculture qui avait été présentée au Groupe spécial, mais ce dernier n'avait cependant pas statué, par souci d'économie jurisprudentielle.

123 One World Trust, organisation caritative du Royaume-Uni, a lancé le *Global Accountability Project* en 1999 dans le but de mieux comprendre ce que signifie la capacité à rendre des comptes au plan international et de mieux voir comment l'améliorer. Réunissant un groupe d'experts issus d'ONG, d'universités et d'institutions internationales, le premier *Global Accountancy Report* a bien noté l'OMC en lui attribuant le troisième rang pour l'accès à l'information en ligne, le huitième rang pour le contrôle exercé par les membres et le quatrième rang d'un point de vue général sur les 18 organisations intergouvernementales, sociétés transnationales et ONG internationales considérées. Voir à ce sujet One World Trust, « L'OMC bien notée pour sa capacité à rendre compte de son action et pour sa transparence » (11 février 2003), en ligne : OMC <www.wto.org/french/news_f/news03_f/global_account_report_11feb03_f.htm>.

124 La question du retrait des contre-mesures imposées par un membre avec l'autorisation de l'ORD reste par exemple problématique. Pour l'heure, il n'existe aucune règle régissant cette question; « sans doute n'y a-t-on pas pensé à l'origine tant il a dû sembler évident qu'une fois la mesure mise en conformité,

quinze membres de l'Union européenne dans l'affaire *Hormones* est ainsi très révélatrice[125] : condamnés par l'ORD, les quinze ont rapidement fait savoir qu'ils n'autoriseraient toutefois pas les importations de bœuf américain et canadien aux hormones, quitte à offrir des compensations non temporaires. Cette position peut être juste au égard du principe de précaution, mais sans nul doute contraire à l'esprit originel de l'*Accord*. Le membre condamné en arrive alors à un savant mais pervers calcul. Pour autant, et pour rompre avec l'image communément admise, il ne suffit pas d'accorder une compensation ou de subir des mesures de rétorsion pour que la violation soit effacée. Il y a en effet une obligation fondamentale qui impose au membre incriminé de prendre toutes les mesures nécessaires pour être en conformité avec le droit de l'OMC[126]. Les mesures de rétorsion ou compensations financières doivent donc avoir pour objectif final le retour à l'équilibre négocié. Dans cette perspective, l'utilisation de compensations financières temporaires pourrait également s'avérer efficace. D'ailleurs, dans son rapport sur l'*Avenir de l'OMC : relever les défis institutionnels du nouveau millénaire*, le Conseil consultatif présidé par Peter Sutherland a encouragé des expériences visant à octroyer « une compensation monétaire par la partie tenue de se conformer au rapport concernant le règlement d'un différend, au lieu de mesures compensatoires en matière d'accès au marché de la partie au différend lésée et ayant obtenu gain de cause ». Il faudrait néanmoins faire « bien attention à ce que la compensation monétaire ne soit qu'une solution de repli temporaire en attendant le plein respect des obligations »[127].

Enfin, outre ces dysfonctionnements, d'autres réformes plus importantes sont à envisager. Victime de son succès, l'Organe d'appel voit sans cesse augmenter le nombre des affaires qui lui sont déférées, les membres usant presque systématiquement du droit de faire appel. Révélatrice de la place croissante du droit dans les échanges commerciaux internationaux, l'augmentation des appels n'en est pas moins préoccupante : l'OMC devra faire face, très rapidement, à ces nouveaux problèmes d'ordre quantitatif. D'ores et déjà, certaines solutions sont envisageables, comme l'adaptation des procédures en fonction du degré de complexité de l'affaire, l'instauration de procédures spécifiques permettant de statuer plus rapidement au fond dans certaines affaires présentant un caractère d'urgence, la réduction des échanges écrits à l'essentiel, l'octroi d'une plus grande place aux débats oraux.

Une autre réforme de fond à envisager concerne l'accès des personnes privées à la procédure. Exclues de ce mécanisme interétatique, elles ne peuvent faire valoir leurs droits que par le biais de la protection diplomatique. Question sensible, impliquant des choix plus politiques que juridiques, elle remet directement en cause la

---

les sanctions seraient naturellement levées ». (Hélène Ruiz Fabri et Pierre Monnier, « Organisation mondiale du Commerce – Chronique du règlement des différends 2003 » (2004) 131:3 J.D.I. 997 à la p. 998).

125 Voir l'affaire *Hormones*, *supra* note 25.

126 Sur cette question, voir John H. Jackson, « Editorial Comment : International Law Status of WTO Dispute Settlement Reports. Obligation to Comply or Option to "Buy Out" » (2004) 98 A.J.I.L. 109.

127 Voir le rapport de l'OMC, « L'avenir de l'OMC : relever les défis institutionnels du nouveau millénaire », (17 janvier 2005), en ligne : OMC <http://www.wto.org/french/thewto_f/10anniv_f/10anniv_f.htm#futur>.

conception même du système. Certes, la position des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel a changé concernant l'*amicus curiae*[128]. Mais concernant l'action directe des personnes privées, certains sont d'avis de lever ce voile et d'admettre officiellement ce qui existe officieusement. Ne pouvons-nous pas envisager une procédure à deux étages qui verrait les personnes privées intenter une action au niveau interne, devant les juridictions nationales, avant de pouvoir élever le litige au plan international devant l'OMC, une fois les voies de recours internes épuisées? Une telle solution paraît cependant encore lointaine, car elle supposerait que le droit de l'OMC se voit reconnaître primauté et effet direct en droit interne.

La réforme du mécanisme est cependant d'actualité. Conformément à une décision ministérielle de 1994[129], les règles régissant le règlement des différends devaient être réexaminées au 1er janvier 1999 et l'ORD a effectivement commencé ce réexamen en 1997. L'échéance avait été reportée au 31 juillet 1999 sans qu'il n'ait été possible de parvenir à un accord. Lors de la Conférence ministérielle de Doha de novembre 2001, les gouvernements membres avaient convenu de négocier pour améliorer et clarifier le *Mémorandum d'accord*. Les négociations engagées devaient être conclues en mai 2003, mais devant le retard pris par les discussions, le Conseil général a choisi de prolonger le délai. Aussi, pour l'heure, et malgré les propositions qui sont régulièrement formulées, aucune réforme du mécanisme de règlement des différends n'a pu être menée à bien; cela

> illustre la difficulté de ce genre de réforme, d'une part en raison de la paralysie de la décision politique au sein de l'OMC, d'autre part parce que le mécanisme, tout en suscitant des critiques, a trouvé un équilibre dont on se demande s'il est en définitive opportun de le modifier et s'il ne vaut pas mieux le laisser s'ajuster de 'l'intérieur'.[130]

Pourtant, ces réformes sont aujourd'hui nécessaires, et c'est d'elles que dépendront la viabilité et l'efficacité du règlement des différends de l'OMC. Mais dans tous les cas, le juridique ne devra pas prendre le pas sur le politique et l'économique. Car l'originalité et la force de l'OMC, de son mécanisme de règlement des différends, est précisément d'avoir su concilier, savant mais délicat mélange, le juridique, l'économique et le politique : le succès et la pérennité de l'OMC dépendront de sa capacité à préserver ce périlleux équilibre entre la rectitude juridique du *pacta sunt servanda* et la nécessité d'accommoder des intérêts commerciaux nationaux opposés.

---

[128] Voir l'affaire *Crevettes*, *supra* note 71. Sur cette question, voir également Brigitte Stern, « L'intervention des tiers dans le contentieux de l'OMC » (2003) 107 R.G.D.I.P. 257.

[129] Voir *Décision sur l'application et le réexamen du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, en ligne : OMC <http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/legal_f.htm>.

[130] Ruiz Fabri et Monnier, *supra* note 124 à la p. 1001.