

ÉTUDES DE DROIT INTERNATIONAL

**Le contentieux
de la mise en conformité
dans le
règlement des différends
de l'O.M.C.**

Andrea Hamann

BRILL | NIJHOFF

Le contentieux de la mise en conformité dans le règlement des différends
de l'O.M.C.

Adjudicating Compliance in the WTO Dispute Settlement System

Études de Droit International

Éditeur général

Pierre Michel Eisemann

VOLUME 7

Les écrits des internationalistes de langue française ont, de tout temps, occupé une place particulièrement importante au sein de la doctrine de droit international. Cette collection entend témoigner de la permanence de cet apport en présentant aussi bien les meilleures thèses de doctorat de jeunes auteurs que des études dues à des universitaires confirmés.

The titles published in this series are listed at *brill.com/eddi*

**Le contentieux
de la mise en conformité
dans le règlement des différends
de l'O.M.C.**

**Adjudicating Compliance
in the
WTO Dispute Settlement System**

par

Andrea Hamann



BRILL
NIJHOFF

LEIDEN | BOSTON

Le présent ouvrage est issu d'une thèse de doctorat soutenue à l'Ecole de droit de la Sorbonne (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne) le 8 décembre 2012, devant un jury composé de Mmes et MM. les professeurs Hervé Ascensio (Ecole de droit de la Sorbonne), Mathias Forteau (Université Paris Ouest, Nanterre-La Défense, membre de la Commission du droit international), Robert Howse (New York University Law School), Gabrielle Marceau (Conseiller juridique à la Division des affaires juridiques de l'O.M.C., et Université de Genève et Institut des Hautes Etudes Internationales et du Développement), Petros Mavroidis (Institut universitaire européen) et Hélène Ruiz Fabri (Ecole de droit de la Sorbonne).

Elle a été récompensée par le Prix Suzanne Bastid de la Société française pour le droit international, et le Prix Georges Scelle de la Chancellerie des Universités de Paris.

Ouvrage publié avec le soutien du Conseil scientifique de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

Library of Congress Cataloging-in-Publication Data

Hamann, Andrea, 1982– author.

Le contentieux de la mise en conformité dans le règlement des différends de l'O.M.C. = Adjudicating compliance in the WTO dispute settlement system / par Andrea Hamann.

pages cm. — (Etudes de droit international ; volume 7)

Doctoral l'Ecole de droit de la Sorbonne (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne) 2013.

Includes bibliographical references and index.

ISBN 978-90-04-26310-9 (hardback : alk. paper) — ISBN 978-90-04-26311-6 (e-book) 1. World Trade Organization. 2. Foreign trade regulation. 3. Arbitration (International law) I. Title.

K4610.5.H36 2014

382'.92—dc23

2014009864

This publication has been typeset in the multilingual 'Brill' typeface. With over 5,100 characters covering Latin, IPA, Greek, and Cyrillic, this typeface is especially suitable for use in the humanities. For more information, please see brill.com/brill-typeface.

ISBN 978 90 04 26310 9 (hardback)

ISBN 978 90 04 26311 6 (e-book)

Copyright 2014 by Koninklijke Brill NV, Leiden, The Netherlands.

Koninklijke Brill NV incorporates the imprints Brill, Brill Nijhoff, Global Oriental and Hotei Publishing.

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, translated, stored in a retrieval system, or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise, without prior written permission from the publisher.

Authorization to photocopy items for internal or personal use is granted by Koninklijke Brill NV provided that the appropriate fees are paid directly to The Copyright Clearance Center, 222 Rosewood Drive, Suite 910, Danvers, MA 01923, USA. Fees are subject to change.

This book is printed on acid-free paper.

Specialiter
Singulariter



Tant que vous vivrez, tant que je vivrai, je me dirai toujours, dans quelque situation que je me trouve, il y a un Colombier dans le monde.

BENJAMIN CONSTANT, *Lettre à Isabelle de Charrière, Bâle, 21 Février 1788*



Sommaire

Liste des abréviations, sigles et acronymes	ix
Avertissement	xv
Préface	xvi

Introduction générale	1

PREMIÈRE PARTIE

La juridictionnalisation de la phase de mise en œuvre	75

TITRE I

L'intervention des organes de jugement dans le suivi de la mise en œuvre	77

I La compétence des juges de la procédure initiale en matière de contrôle de la mise en conformité	79
II Le règlement par arbitrage des questions connexes à la mise en œuvre	156

TITRE II

Le contentieux de la mise en conformité, révélateur de la nature du système de l'O.M.C.	225

I La nature des obligations substantielles	229
II La nature des procédures contentieuses	290

DEUXIÈME PARTIE

L'encadrement coercitif de la mise en conformité	401

TITRE I

Pression sur l'exécution : suivi et contrôle de la mise en conformité	405

I Pression temporelle : le délai raisonnable	407
II Pression matérielle : le contrôle au fond de la mise en conformité	476

TITRE II

Sanction de l'inexécution : suspension de concessions 575**I Accès à la suspension de concessions : la subjectivation du litige** 583**II Mise en œuvre de la suspension de concessions :
l'objectivation d'un rapport de forces bilatéral** 650**Conclusion générale** 725**Guide des affaires** 729**Sources** 737**Bibliographie** 767**Table des matières** 827

Liste des abréviations, sigles et acronymes

I Revues, périodiques et journaux

<i>A.B.A. Journal</i>	<i>American Bar Association Journal</i>
<i>A.F.D.I.</i>	<i>Annuaire français de droit international</i>
<i>A.J.I.L.</i>	<i>American Journal of International Law</i>
<i>Am. Econ. Rev.</i>	<i>American Economic Review</i>
<i>Am. U.I.L. Rev.</i>	<i>American University International Law Review</i>
<i>Arch. Phil. Droit</i>	<i>Archives de philosophie du droit</i>
<i>A.S.I.L. Proc.</i>	<i>Proceedings of the American Society of International Law</i>
<i>Asian J. WTO & Int. H. L. P.</i>	<i>Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy</i>
<i>A.V.R.</i>	<i>Archiv des Völkerrechts</i>
<i>A.W.</i>	<i>Aussenwirtschaft</i>
<i>Berk. J.I.L.</i>	<i>Berkeley Journal of International Law</i>
<i>Brook. J.I.L.</i>	<i>Brooklyn Journal of International Law</i>
<i>B.U.I.L.J.</i>	<i>Boston University International Law Journal</i>
<i>B.Y.B.I.L.</i>	<i>British Yearbook of International Law</i>
<i>Cal. L. Rev.</i>	<i>California Law Review</i>
<i>Can. Yb.I.L.</i>	<i>Canadian Yearbook of International Law</i>
<i>Chicago J.I.L.</i>	<i>Chicago Journal of International Law</i>
<i>Chin. J.I.L.</i>	<i>Chinese Journal of International Law</i>
<i>C.M.L. Rev.</i>	<i>Common Market Law Review</i>
<i>Colum. J.T.L.</i>	<i>Columbia Journal of Transnational Law</i>
<i>Colum. L. Rev.</i>	<i>Columbia Law Review</i>
<i>Cornell I.L.J.</i>	<i>Cornell International Law Journal</i>
<i>Case W. Res. J.I.L.</i>	<i>Case Western Reserve Journal of International Law</i>
<i>Dispute Resolut. J.</i>	<i>Dispute Resolution Journal</i>
<i>E.J.I.L.</i>	<i>European Journal of International Law</i>
<i>E.J.I.R.</i>	<i>European Journal of International Relations</i>
<i>E.J.P.E.</i>	<i>European Journal of Political Economy</i>
<i>E.P.I.L.</i>	<i>Encyclopedia of Public International Law</i>
<i>Eu.G.R.Z.</i>	<i>Europäische Grundrechte-Zeitschrift</i>
<i>Eu.R.</i>	<i>Europarecht</i>
<i>Eu.Z.W.</i>	<i>Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht</i>
<i>Eur. L. Rev.</i>	<i>European Law Review</i>
<i>Finn. Yb.I.L.</i>	<i>Finnish Yearbook of International Law</i>
<i>Fla. St. U. J.T.L.P.</i>	<i>Florida State University Journal of Transnational Law & Policy</i>

<i>Fordh. I.L.J.</i>	<i>Fordham International Law Journal</i>
<i>Fordh. L. Rev.</i>	<i>Fordham Law Review</i>
<i>Ga. J.I.C.L.</i>	<i>Georgia Journal of International and Comparative Law</i>
<i>Geo. Wash. Int. L. Rev.</i>	<i>George Washington International Law Review</i>
<i>G.Yb.I.L.</i>	<i>German Yearbook of International Law</i>
<i>G.R.U.R. I.T.</i>	<i>Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil</i>
<i>Harv. I.L.J.</i>	<i>Harvard International Law Journal</i>
<i>Harv. L. Rev.</i>	<i>Harvard Law Review</i>
<i>Hast. I.C.L. Rev.</i>	<i>Hastings International and Comparative Law Review</i>
<i>Hof. L. Rev.</i>	<i>Hofstra Law Review</i>
<i>Hous. L. Rev.</i>	<i>Houston Law Review</i>
<i>I.C.L.Q.</i>	<i>International Comparative Law Quarterly</i>
<i>I.L.F. / F.D.I.</i>	<i>International Law Forum / Forum du droit international</i>
<i>Int. Law.</i>	<i>International Lawyer</i>
<i>Int. Aff.</i>	<i>International Affairs</i>
<i>Int. J. Con. L.</i>	<i>International Journal of Constitutional Law</i>
<i>Int. Sec.</i>	<i>International Security</i>
<i>I.L.M.</i>	<i>International Legal Material</i>
<i>I.O.</i>	<i>International Organization</i>
<i>I.T.L.R.</i>	<i>International Trade Law and Regulation</i>
<i>J.C.R.</i>	<i>Journal of Conflict Resolution</i>
<i>J.D.I.</i>	<i>Journal de droit international</i>
<i>J. Int. Econ.</i>	<i>Journal of International Economics</i>
<i>J.I.E.L.</i>	<i>Journal of International Economic Law</i>
<i>J.I.L.P.</i>	<i>Journal of International Law and Practice</i>
<i>J. Legal Stud.</i>	<i>Journal of Legal Studies</i>
<i>J.W.I.P.</i>	<i>Journal of World Intellectual Property</i>
<i>J.W.I.T.</i>	<i>Journal of World Investment & Trade</i>
<i>J.W.T.</i>	<i>Journal of World Trade</i>
<i>J.W.T.L.</i>	<i>Journal of World Trade Law</i>
<i>Law & Prac. Int. Cts & Tribunals</i>	<i>The Law and Practice of International Courts and Tribunals</i>
<i>Leiden J.I.L.</i>	<i>Leiden Journal of International Law</i>
<i>L.I.E.I.</i>	<i>Legal Issues of Economic Integration</i>
<i>L.P.I.B.</i>	<i>Law and Policy in International Business</i>

<i>Max Planck E.P.I.L.</i>	<i>Max Planck Encyclopedia of Public International Law</i>
<i>Max Planck U.N.Yb.</i>	<i>Max Planck Yearbook of United Nations Law</i>
<i>Mich. J.I.L.</i>	<i>Michigan Journal of International Law</i>
<i>Minn. J.G.T.</i>	<i>Minnesota Journal of Global Trade</i>
<i>N.I.L. Rev.</i>	<i>Netherlands International Law Review</i>
<i>N.Yb.I.L.</i>	<i>Netherlands Yearbook of International Law</i>
<i>Northw. J.I.L.B.</i>	<i>Northwestern Journal of International Law and Business</i>
<i>N.Y.U.J.I.L.P.</i>	<i>New York University Journal of International Law and Politics</i>
<i>O.Z.ö.R.V. / A.J.P.I.L. [Z.ö.R.]</i>	<i>Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht / Austrian Journal of Public International Law [aujourd'hui Zeitschrift für öffentliches Recht]</i>
<i>Pol. Yb.I.L.</i>	<i>Polish Yearbook of International Law</i>
<i>R.B.D.I.</i>	<i>Revue belge de droit international</i>
<i>R.C.A.D.I.</i>	<i>Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye</i>
<i>R.G.D.I.P.</i>	<i>Revue générale de droit international public</i>
<i>R.E.D.P.</i>	<i>Revue européenne de droit public</i>
<i>Rev. arb.</i>	<i>Revue de l'arbitrage</i>
<i>Rev. Econ. & Stat.</i>	<i>Review of Economics and Statistics</i>
<i>Rev. Econ. Stud.</i>	<i>Review of Economic Studies</i>
<i>Rich. J.G.L.B.</i>	<i>Richmond Journal of Global Law and Business</i>
<i>R.I.D.C.</i>	<i>Revue internationale de droit comparé</i>
<i>R.I.W.</i>	<i>Recht der internationalen Wirtschaft</i>
<i>R.M.U.</i>	<i>Revue du Marché Unique</i>
<i>R.T.D.H.</i>	<i>Revue trimestrielle des droits de l'homme</i>
<i>Rutgers L. Rev.</i>	<i>Rutgers Law Review</i>
<i>S.A.Yb.I.L.</i>	<i>South African Yearbook of International Law</i>
<i>Schweiz. Z.I.E.R. (R.S.D.I.E.)</i>	<i>Schweizerische Zeitschrift für internationale und europäisches Recht (Revue suisse de droit international et européen)</i>
<i>Stanford J.I.L.</i>	<i>Stanford Journal of International Law</i>
<i>Tenn. L. Rev.</i>	<i>Tennessee Law Review</i>
<i>Touro L. Rev.</i>	<i>Touro Law Review</i>
<i>Tul. J.I.C.L.</i>	<i>Tulane Journal of International and Comparative Law</i>
<i>U. Chi. L. Rev.</i>	<i>University of Chicago Law Review</i>
<i>U. Ill. L. Rev.</i>	<i>University of Illinois Law Review</i>
<i>U. Penns. J.I.E.L.</i>	<i>University of Pennsylvania Journal of International Economic Law</i>

<i>Vand. J. Trans. L.</i>	<i>Vanderbilt Journal of Transnational Law</i>
<i>Va. J.I.L.</i>	<i>Virginia Journal of International Law</i>
<i>Va. L. Rev.</i>	<i>Virginia Law Review</i>
<i>W. Comp.</i>	<i>World Competition : Law and Economics Review</i>
<i>W. Econ.</i>	<i>The World Economy</i>
<i>W.T. Rev.</i>	<i>World Trade Review</i>
<i>Yale J.I.L.</i>	<i>Yale Journal of International Law</i>
<i>Yale L.J.</i>	<i>Yale Law Journal</i>
<i>Yb.I.E.L.</i>	<i>Yearbook of International Environmental Law</i>
<i>Z.a.ö.R.V.</i>	<i>Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht</i>
<i>Z.Eu.S.</i>	<i>Zeitschrift für europarechtliche Studien</i>

II Journaux officiels, recueils de traités et de jurisprudence

<i>Annuaire C.D.I.</i>	<i>Annuaire de la Commission du droit international</i>
<i>Annuaire C.E.D.H.</i>	<i>Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme</i> (<i>Yearbook of the European Convention on Human Rights</i>)
<i>Annuaire I.D.I.</i>	<i>Annuaire de l'Institut de Droit international</i>
<i>B.G.Bl.</i>	<i>Bundesgesetzblatt</i>
<i>C.I.J. Recueil</i>	<i>Recueil des arrêts de la Cour internationale de Justice</i>
<i>I.B.D.D.</i>	<i>Instruments de base et documents divers du GATT</i>
<i>Recueil C.J.C.E.</i>	<i>Recueil de la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance</i>
<i>R.T.N.U.</i>	<i>Recueil des traités des Nations Unies</i>
<i>Série A</i>	<i>Recueil des arrêts de la C.P.J.I.</i>
<i>Série A/B</i>	<i>Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances de la C.P.J.I.</i>
<i>Série B</i>	<i>Recueil des avis consultatifs de la C.P.J.I.</i>
<i>Série C</i>	<i>Actes et documents relatifs aux arrêts et aux avis consultatifs de la Cour (jusqu'en 1930) / Plaidoiries, exposés oraux et documents (à partir de 1931)</i>

III Institutions et textes juridiques

Accord sur les ADPIC	Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce
Accord OTC	Accord sur les obstacles techniques au commerce
Accord SMC	Accord sur les subventions et les mesures compensatoires
Accord SPS	Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires
A.G.N.U.	Assemblée générale des Nations Unies

ALENA	Accord de libre échange nord-américain
C.D.I.	Commission du droit international
CE	Communautés européennes [appellation de la Communauté européenne à l'O.M.C. jusqu'au 1 ^{er} décembre 2009]
C.E.	Communauté européenne
C.E.D.H.	Convention européenne des droits de l'homme
Cr.E.D.H.	Cour européenne des droits de l'homme
Cr.I.D.H.	Cour interaméricaine des droits de l'homme
C.I.J.	Cour internationale de Justice
CIRDI	Centre international de règlement des différends relatifs aux investissements
C.J.C.E.	Cour de justice des Communautés européennes
C.J.U.E.	Cour de justice de l'Union européenne
C.P.J.I.	Cour permanente de Justice internationale
C.P.I.	Cour pénale internationale
DSU	<i>Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes</i>
EcoSoc	Conseil économique et social des Nations Unies
GATS	<i>General Agreement on Tariffs in Services</i> – Accord général sur le commerce des services
GATT	<i>General Agreement on Tariffs and Trade</i> – Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce
I.D.I.	Institut de Droit international
Mémorandum	Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends
MERCOSUR	Marché commun du sud
O.A.C.I.	Organisation de l'aviation civile internationale
O.I.T.	Organisation internationale du travail
O.M.C.	Organisation mondiale du commerce
O.M.D.	Organisation mondiale des douanes
O.N.G.	Organisation non gouvernementale
O.N.U.	Organisation des Nations Unies
O.R.D.	Organe de règlement des différends
T.F.U.E.	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
T.I.D.M.	Tribunal international du droit de la mer
U.E.	Union européenne
UNESCO	Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture
U.S.D.O.C.	<i>United States Department of Commerce</i>
U.S.T.R.	<i>United States Trade Representative</i>
WTO	<i>World Trade Organization</i>

IV Autres

aff.	affaire
al.	alinéa
art.	article(s)
c.	contre
coll.	collection
dact.	dactylographié(e)
dir.	sous la direction
ed.	<i>editor</i>
éd.	édition
eds	<i>editors</i>
<i>ibid.</i>	<i>ibidem</i>
L.	Loi
L.G.D.J.	Librairie générale de droit et de jurisprudence
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatum</i>
p.	page(s)
par.	paragraphe
pt	point
Publications des F.U.S.L.	Publications universitaires des Facultés universitaires Saint-Louis
P.U.F.	Presses universitaires de France
rééd.	réédition
S.L.C.	Société de législation comparée
v.	voir
<i>v.</i>	<i>versus</i>
vol.	volume

Avertissement

- Tous les documents officiels de l'O.M.C. et du GATT de 1947 (jurisprudence, instruments juridiques, notes, comptes rendus de réunions et propositions soumises par les délégations nationales) sont publiés sur le site internet de l'O.M.C. : www.wto.org.
- Les décisions citées des autres juridictions internationales sont publiées sur leur site internet. Lorsque, dans les notes ou les sources, les références au *Recueil* respectif n'ont pas été indiquées, la décision a été consultée à partir du site :

C.I.J. (et C.P.J.I.) : www.icj-cij.org

C.J.C.E. / C.J.U.E. : curia.europa.eu

Cr.E.D.H. : www.echr.coe.int

Cr.I.D.H. : www.corteidh.or.cr

CIRDI : icsid.worldbank.org

- Les annuaires de la C.D.I. sont publiés sur le site internet de la Commission : www.un.org/law/ilc.
- Tous les documents officiels de l'O.N.U. sont publiés sur le site internet de l'O.N.U. : www.un.org.
En particulier, les résolutions adoptées par l'A.G.N.U. sont accessibles sur le site de l'Assemblée générale : www.un.org/fr/ga.
- Les résolutions de l'I.D.I. sont publiées sur le site internet de l'Institut : www.idi-iil.org
- Les noms des affaires soumises aux organes de jugement de l'O.M.C. étant techniques et souvent longs, les différends et décisions seront cités dans le corps du texte sous le nom abrégé officiel qu'ils portent à l'O.M.C. (v. le Guide des affaires) ; dans les références indiquées en notes infrapaginales, ils seront cités une première fois sous leur nom complet, puis sous leur nom abrégé, suivi de l'indication de l'article du Mémoire correspondant à la procédure en cause. Par exemple :

Nom complet : Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Subventions concernant le coton upland – Recours du Brésil à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS267/RW, 18 décembre 2007.

Nom abrégé : Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Coton upland* (21:5)

- La jurisprudence est à jour à la date de dépôt de la thèse.

Préface

Et si l'originalité du droit de l'Organisation mondiale du commerce (O.M.C.) aidait à le penser comme droit international et, par là-même, à penser le droit international ? L'ouvrage d'Andrea Hamann en convainc, lorsque, donnant à comprendre comment fonctionne l'exécution des décisions issues du mécanisme de règlement des différends de l'OMC, il éclaire par là-même la nature de l'exécution en droit international.

Préfacer un tel ouvrage est un honneur redoutable. Il est issu d'une thèse que je trouve exceptionnelle, une de ces thèses dont l'aboutissement change le regard sur un sujet, voire un champ de réflexion. J'ai beaucoup appris en accompagnant son auteure, je suis fière qu'il m'ait été donné de le faire et de rendre hommage au résultat. L'ambition de cette préface est de donner envie de le lire, en présentant, brièvement mais sans la trahir, la pensée de son auteure.

Pourquoi lire cet ouvrage ? Parce qu'il est bien écrit – la langue française est belle sous la plume d'Andrea Hamann – mais surtout parce qu'il y a à y prendre et y apprendre, un apport doctrinal authentique, un savoir magnifiquement communiqué.

L'étude est, à son départ, centrée sur une part du mécanisme de règlement des différends dont l'originalité est indéniable, la phase dite de mise en conformité, qui porte sur l'exécution, à travers celle des décisions des organes de jugement, des engagements contractés par les membres de l'OMC. Les créateurs du mécanisme de règlement des différends ont institué un ensemble de procédures spécifiquement dédiées au contrôle de la mise en œuvre des décisions des organes de jugement de l'OMC, ajoutant aux mécanismes de surveillance institutionnelle et bilatérale, trois procédures juridictionnelles complémentaires, l'une relative à la fixation du délai d'exécution, la deuxième au contrôle au fond de la mesure d'exécution, et la troisième à la fixation du montant d'une suspension de concessions en réponse à une inexécution obstinée. Le système ainsi conçu bat doublement en brèche le droit international classique, d'une part, en centralisant la surveillance de l'exécution, d'autre part, en confiant en grande partie cet encadrement à des organes de nature juridictionnelle et pas seulement politique, comme c'est traditionnellement le cas pour les autres juridictions internationales. Une telle intégration d'une partie de la fonction « exécutive » à la fonction juridictionnelle, est inédite dans son principe mais surtout dans ses modalités. « Un phénomène aussi diversifié, complet et sophistiqué de juridictionnalisation de l'exécution n'existe au sein d'aucune autre juridiction internationale et il confirme que la force exécutoire des décisions rendues par une juridiction internationale peut, dans certaines circonstances, être matérialisée dans l'ordre juridique international » (p. 223).

A cette particularité s'en ajoute une deuxième, très remarquable, qui s'avère lorsqu'on réfléchit sur ce que ce véritable contentieux de l'exécution révèle sur le système de l'OMC. Alors, sans doute, certaines des procédures de ce contentieux reposent-elles

sur une conception intersubjective des mécanismes de mise en œuvre, que l'on aperçoit notamment dans une restriction de l'intérêt à agir et dans la nécessité d'apporter la preuve d'un préjudice. Il n'empêche qu'il vient garantir le respect, dû à tous les membres de l'OMC, d'obligations dont la nature est donc multilatérale et qu'il a, de ce fait, comme fonction d'assurer le respect de la légalité objective. Audace et puissance de la démonstration sur ces points. L'affirmation du caractère multilatéral des obligations va contre nombre d'analyses du droit de l'OMC. Il est si facile d'hésiter et de se replier sur une qualification bilatérale, d'autant qu'on ne s'attend guère à ce que cette catégorie d'obligations, assez rare en droit international, s'incarne autant dans un régime conventionnel qu'on a eu l'habitude de penser comme un presque infra-droit tant il a revendiqué la flexibilité de ses règles. Il est en outre loin d'être sûr que les négociateurs aient voulu consacrer des obligations multilatérales, ni même en aient eu conscience. Ils cherchaient une forme d'efficacité. Mais, après tout, à chacun son travail, et à la doctrine de qualifier. Cette doctrine, ici, démontre son hypothèse, dévoile une cohérence qui n'a pas nécessairement été pensée entre le caractère multilatéral des obligations et la mise du mécanisme de règlement des différends au service du rétablissement de la légalité. L'on pourrait être saisi de doute, se demander s'il ne s'agit pas d'une analyse abstraite. Ce serait ignorer à quel point le propos non seulement est ancré dans une connaissance particulièrement fine et maîtrisée des règles et de la jurisprudence mais aussi fait l'aveu du caractère impur du régime dont les obligations sont assorties et de l'hybridité du dispositif, au stade de la mise en conformité. Il reste qu'il permet de penser la possibilité d'une exécution qui soit « partie intégrante de la justice internationale » (p. 399).

Cet encadrement de la mise en conformité comporte sa part de coercition, qui s'échelonne de la pression jusqu'à la sanction. La coercition est d'abord endogène, lorsqu'elle prend la forme d'une pression exercée par les organes de jugement et donc « (prenant) corps à l'intérieur du mécanisme juridictionnel » (p. 402), au travers de deux procédures destinées à déterminer le délai de mise en œuvre (pression temporelle) et la compatibilité de la mesure de mise en œuvre qui doit réaliser une conformité intégrale pour conjurer les risques de sanctions (pression matérielle). Si cela ne suffit pas à réduire une résistance obstinée, le système permet de passer de la pression à la sanction. C'est bien de sanction qu'il s'agit, et même de sanction institutionnelle. Car, si le mécanisme semble à première vue emprunter sa logique à la justice privée, puisque le plaignant initial acquiert alors la possibilité de créer une contrainte matérielle à l'exécution en suspendant des concessions commerciales à l'égard du défendeur rétif, ce qui semble caractériser une coercition exogène, ce plaignant initial doit respecter les prescriptions du Mémoire sur le règlement des différends, sous le contrôle des différents organes de l'OMC, si bien que la coercition est alors endogène. Mélange à nouveau, tout comme, suivant la trace de l'auteure, on a parlé plus haut d'hybridité. Et, à nouveau, s'avère la puissance du propos, à travers la mise en

valeur d'une fonction inédite, accomplie d'une façon inédite, mais qui est caractérisée à partir d'une comparaison avec d'autres régimes internationaux autorisant des réactions à l'illicite. On comprend la valse-hésitation des qualifications juridiques utilisées – sanctions, rétorsions, représailles, contre-mesures. On comprend surtout, c'est superbement démontré, que, si le mécanisme des suspensions de concessions semble bilatéraliser un contentieux originellement multilatéral, l'institutionnalisation et la possible juridictionnalisation du contrôle de leur licéité au regard de certaines conditions de forme et de procédure aboutit à « (élever) le dispositif de coercition au niveau multilatéral, où les intérêts subjectifs sont évincés au profit de l'objectif systémique du rétablissement de la légalité » (p. 581). Ainsi, ce qui ressemble formellement à des contre-mesures est juridiquement une sanction institutionnelle, certes mise en œuvre par les Membres mais sur habilitation de l'Organisation et commandée par elle.

On l'a sans doute compris, de telles conclusions ne sont possibles que parce que l'étude n'isole pas le droit de l'OMC du reste du droit international. Andrea Hamann n'a pas enfermé son analyse dans l'originalité de son objet, en la transformant en explication, mais l'a au contraire cernée. Le contentieux étudié se construit sur des concepts et techniques non pas spéciaux, que le système aurait créés, mais communs à l'ensemble du droit international public et que le système adapte et aménage, si bien que c'est en partant du droit international général que l'on peut le mieux faire apparaître l'originalité et la spécificité du mécanisme étudié. Par un retour logique, ce refus de traiter la question sous le seul angle de la spécialité permet de la situer dans des débats aussi fondamentaux que la nature des obligations résultant du droit de l'OMC en tant que système conventionnel multilatéral, l'exécution des décisions de justice, le fonctionnement de la responsabilité internationale, la qualification d'un mécanisme comme sanction (pour ne citer que les plus importants). Par là même, la thèse nourrit ces débats en explicitant la contribution du droit de l'OMC au droit international.

Qu'on ne s'y trompe cependant pas. La démonstration de la sophistication de la phase de mise en conformité à l'OMC n'est pas celle de son efficacité pratique. Elle ne garantit pas totalement l'exécution. On ne peut même pas éliminer l'hypothèse qu'elle puisse la ralentir, puisque presque chaque étape procédurale peut être autant de temps gagné – ou perdu. L'argument est redoutable lorsque confronté au contenu prospectif de l'obligation de mise en conformité, mais sans devoir faire oublier que l'exécution ne suscite de contentieux que dans un nombre minime de cas, moins de 15 pour cent. Sans être indifférentes à l'étude – elles y sont bien prises en compte –, ces données n'en sont pas le cœur. Elles ont déjà suscité tant de littérature qu'il n'était pas utile d'y revenir en tant que telles. Saisir la phase de mise en conformité comme objet juridique, en revanche, s'est avéré une entreprise juridiquement fertile, dont le présent ouvrage permet de partager les fruits.

Ce qu'il ne permet cependant pas de partager, et qui restera mon privilège, c'est la richesse humaine dans laquelle il a éclos, un voyage dont le parcours compte autant que le point d'arrivée. Cette richesse va bénéficier maintenant, au gré du temps, à des étudiants, à certains de leurs professeurs, ceux qui rencontreront Andrea Hamann. J'en suis heureuse pour eux et, souhaitant à l'ouvrage et à son auteure un beau destin, pose un point lumineux au terme de cette préface.

Hélène Ruiz Fabri

Professeure à l'Ecole de droit de la Sorbonne
(Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne)

Introduction générale

Le 1^{er} septembre 2012, peut-être simple opération de communication mais en tout cas coup de théâtre, une action civile contre l'Organisation mondiale du commerce (O.M.C.) a été portée devant une juridiction du Colorado, visant à faire déclarer l'absence d'effets dans l'ordre interne des rapports adoptés par l'Organe de règlement des différends (O.R.D.) de l'O.M.C. Le rapport plus spécifiquement visé est celui rendu le 29 juin 2012 par l'Organe d'appel dans l'affaire *Etats-Unis – EPO*¹, dans lequel il confirmait que la loi américaine relative aux prescriptions d'étiquetage indiquant le pays d'origine n'était pas compatible avec les obligations des Etats-Unis au titre de l'O.M.C.². En adoptant le rapport, l'O.R.D. demandait aux Etats-Unis « de rendre leurs mesures [...] conformes à leurs obligations au titre de ces Accords »³. Le 1^{er} septembre 2012, la fondation *Made in the USA*, à laquelle s'est joint entre autres une association d'éleveurs de bœufs, a introduit une action en justice devant le *District Court* du Colorado contre l'O.M.C., le représentant au commerce (U.S.T.R.), le *Secretary of Agriculture*, et les Etats-Unis d'Amérique⁴. Les demandeurs visent à obtenir du tribunal un jugement déclaratoire (assorti d'une injonction), établissant que le droit de l'O.M.C. en général et les rapports adoptés par l'O.R.D. en particulier n'ont aucune autorité dans l'ordre juridique interne. Ils inversent exactement les conclusions de l'Organe d'appel relatives à l'incompatibilité de la loi américaine, en considérant que c'est bien plus la décision de l'Organe d'appel qui est incompatible avec le droit américain. Selon eux, en effet, « [t]he ruling by the WTO Appellate Body that declares COOL is a violation of the TBT Agreement [...] and that attempts to intimidate the United States into modifying COOL to conform to the WTO's interpretation of

1 « EPO » désigne l'étiquetage indiquant le pays d'origine. L'affaire est plus généralement connue sous sa désignation en anglais, « COOL » : « *country of origin labelling* ».

2 En particulier les obligations en vertu du GATT de 1994 et de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce, v. les constatations formulées dans le rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Certaines prescriptions en matière d'étiquetage indiquant le pays d'origine (EPO)*, WT/DS384/AB/R, WT/DS386/AB/R, 29 juin 2012, par. 496.

3 Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – EPO*, *op. cit.*, par. 497.

4 L'action a été enregistrée le 1^{er} septembre 2012 et les informations à son sujet sont consultables sur le site justia.com. Les demandeurs sont *Made in the USA Foundation, Inc.*, *Ranchers-Cattlemen Action Legal Fund*, *United Stockgrowers Association* et *Melonhead, LLC* ; les défendeurs sont l'O.M.C., les Etats-Unis d'Amérique, *Tom Vilsack (Secretary of Agriculture)* and *Ron Kirk (U.S.T.R.)*. La requête soumise au *District Court* du Colorado est accessible à partir du site *wordtradelaw.com*.

the TBT Agreement is inconsistent with the U.S. COOL law »⁵. Par conséquent, et puisque le droit américain prime selon eux sur le droit de l'O.M.C., « *plaintiffs seek a declaration that the World Trade Organization has no authority to override U.S. law and that its decision concerning the Country of Origin Labeling Act is void in the United States and throughout the world* »⁶. Cette demande signifie clairement que les demandeurs n'estiment pas contraignante la recommandation de mise en conformité adressée aux Etats-Unis du fait de l'incompatibilité de leur législation avec le droit de l'O.M.C. Si on peine à considérer cette action avec le sérieux auquel elle prétend, et d'autant plus ses chances de succès, on lui doit cependant d'attirer l'attention sur la question au cœur de la présente recherche : la mise en œuvre des rapports adoptés par l'O.R.D.

L'obligation de mise en conformité en action :

le différend Etats-Unis – Cigarettes aux clous de girofle

La tension que génère l'obligation de mettre en œuvre un rapport adopté à l'O.M.C. se précise au regard d'une autre affaire récemment décidée. Le 24 mai 2012, les Etats-Unis ont fait connaître leurs intentions relatives à l'exécution des recommandations et décisions de l'O.R.D. dans l'affaire *Etats-Unis – Cigarettes aux clous de girofle* les opposant à l'Indonésie : s'ils entendent mettre en conformité leur législation avec les recommandations qui leur sont adressées, ils ont précisé qu'ils le feraient d'une manière qui protège la santé publique et respecte leurs obligations dans le cadre de l'O.M.C.⁷. On mesure mieux le sens et la portée de cette déclaration au regard du contexte de l'affaire. L'Indonésie, premier producteur mondial de cigarettes aux clous de girofle, avait mis en cause une disposition de la législation américaine⁸ interdisant la production et la vente, aux Etats-Unis, de cigarettes aromatisées en général et de cigarettes aux clous de girofle en particulier, avec l'exception notable des cigarettes aromatisées au menthol. Le juge de l'O.M.C. avait confirmé l'allégation principale de l'Indonésie, considérant que la mesure américaine était une discrimination au regard des obligations des Etats-Unis au titre des accords de l'O.M.C., en ce sens qu'elle était incompatible avec l'obligation de traitement national qui incombe aux Etats-Unis en vertu de l'Accord sur les obstacles techniques

5 Par. 28 de la requête.

6 Par. 33 de la requête.

7 V. le communiqué « Statement by the United States at the May 24, 2012, DSB Meeting », publié sur le site de la mission américaine à Genève (<http://geneva.usmission.gov/>).

8 L'article 907 a) 1) A) de la Loi fédérale sur les produits alimentaires, les médicaments et les cosmétiques, inséré dans cette loi en application de l'article 101 b) de la Loi sur le contrôle du tabac et la prévention du tabagisme familial.

au commerce⁹. Par conséquent, l'Organe d'appel avait recommandé que l'O.R.D. demande aux Etats-Unis « de rendre leur mesure [...] conforme à leurs obligations »¹⁰.

La déclaration américaine relative aux intentions de mise en œuvre signifie alors deux choses. La première est la volonté des Etats-Unis de satisfaire à la recommandation de l'O.R.D. visant à ce qu'ils rendent conforme leur législation avec les engagements pris dans le cadre de l'O.M.C. La seconde, qui prend appui sur la précision que la mise en conformité interviendra d'une manière qui protégera la santé publique, est que – l'avenir le confirmera peut-être – les Etats-Unis n'ont aucunement l'intention de lever l'interdiction de la production et de la vente de cigarettes aux clous de girofle sur le territoire américain. Si d'un côté est affichée la volonté de satisfaire à l'obligation internationale et de l'autre celle de protéger des intérêts légitimes dans l'ordre interne, on se demande alors en quoi peut consister l'exécution de la décision juridictionnelle¹¹. Cette seule déclaration, par ses implications, situe le thème

9 V. les rapports du groupe spécial et de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Mesures affectant la production et la vente de cigarettes aux clous de girofle*, respectivement WT/DS406/R, 2 septembre 2011, et WT/DS406/AB/R, 4 avril 2012.

10 Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, *op. cit.*, par. 299.

11 Cette déclaration révèle la tension entre l'obligation, dans l'ordre international, d'exécuter un acte juridictionnel et le désir de mettre en œuvre, dans l'ordre interne, des politiques protectrices, par exemple de la santé publique. Elle appelle un parallèle avec une autre affaire, d'une nature très différente et largement plus médiatisée que celle de l'O.M.C., dans laquelle les Etats-Unis avaient fait une déclaration d'intention d'exécution similaire, en ce qu'elle avait mis en évidence la même forme de tension entre ordre juridique international et ordre juridique interne. Dans l'affaire *Avena* en effet, qui a donné lieu à des difficultés notoires d'exécution, le Mémoire du président Bush se lisait ainsi : « En vertu de l'autorité que me confèrent, en ma qualité de président, la Constitution et la législation des Etats-Unis, j'ai décidé que ces derniers s'acquitteraient des obligations internationales imposées par la décision de la Cour internationale de Justice dans [l'affaire *Avena*], en faisant en sorte que, dans les affaires introduites par les cinquante et un ressortissants visés dans cette décision, les juridictions des Etats donnent effet à [celle-ci] conformément aux principes généraux de courtoisie internationale (« *general principles of comity* ») » (cité in C.I.J., *Demande en interprétation de l'arrêt du 31 mars 2004 en l'affaire Avena et autres ressortissants mexicains* (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique) (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique), mesures conservatoires, ordonnance du 16 juillet 2008, C.I.J. *Recueil* 2008, p. 312 par. 3). La tension résultait ici de la difficulté de concilier l'obligation internationale (désamorcée par le Président au moyen de la référence à la courtoisie internationale) avec l'indépendance des juridictions américaines. Pour l'illustrer, il suffit de rappeler la position du Gouverneur du Texas, Rick Perry, qui avait fait savoir par son porte-parole que « *the governor respects the world court's right to have*

de notre étude, le contentieux de la mise en conformité dans le règlement des différends de l'O.M.C., en plein cœur de la question de l'exécution des obligations qui résultent des actes juridictionnels de l'ordre international¹². Celle-ci, on le voit, s'inscrit à son tour dans un thème qui trace autour de la première question un cercle concentrique plus vaste : l'exécution des obligations internationales.

La difficulté que représente l'exécution des obligations internationales a suscité beaucoup d'attention, parfois même d'inquiétude, notamment parmi les universitaires¹³. La Cour internationale de Justice l'avait déjà exprimée dans l'affaire du *Sud-Ouest africain*, lorsqu'elle avait observé que « [d]ans le domaine international, l'existence d'obligations dont l'exécution ne peut faire en dernier ressort l'objet d'une procédure juridique a toujours constitué la règle plutôt que l'exception »¹⁴. Cette réalité tient pour large partie à la réti-

an opinion, but the fact remains they have no standing and no jurisdiction in the state of Texas » (cité par exemple in P. R. Hughes, « Texas Might not Bow to Death Row Ruling / World Court Call on U.S. to Review Mexicans' Cases », *Houston Chronicle*, 1^{er} avril 2004, p. 1). Pour un commentaire de l'exécution dans cette affaire, v. A. PEYRO LLOPIS, « Après Avena : l'exécution par les Etats-Unis de l'arrêt de la Cour internationale de Justice », *A.F.D.I.*, 2005, p. 140-161. Au sujet de l'(in)exécution par les Etats-Unis des ordonnances de la Cour mais aussi plus largement de leurs engagements internationaux, v. K. OELLERS-FRAHM, « Pacta sunt servanda – Gilt das auch für die USA ? Überlegungen anlässlich der Mißachtung der einstweiligen Anordnungen des IGH im Breard- und LaGrand-Fall durch die Vereinigten Staaten », *Eu.G.R.Z.*, 1999, n° 15-16, p. 437-449.

- 12 L'exécution des décisions juridictionnelles internationales a fait l'objet de nombreuses études, monographies, articles, ouvrages et thèses de doctorat. Parmi les plus récentes : E. LAMBERT, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme – Contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 624 p. ; E. LAMBERT ABDELGAWAD, *L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, 55 p. ; A. AZAR, *L'exécution des décisions de la Cour internationale de Justice*, Bruxelles, Bruylant, 2003, 330 p. ; C. SCHULTE, *Compliance with Decisions of the International Court of Justice*, New York, Oxford University Press, 2004, 485 p. ; A. BEN MANSOUR, *La mise en œuvre des arrêts et des sentences des juridictions internationales*, Bruxelles, Larcier, 2011, 622 p.
- 13 Selon l'expression du professeur Young par exemple, l'exécution (forcée) des obligations internationales serait le « talon d'Achille » du droit international, v. O. R. Young, *Governance in World Affairs*, Ithaca, Cornell University Press, 1999, 225 p., en particulier le chapitre 4, p. 79-107 ; v. aussi G. SACERDOTI, « The nature of WTO arbitrations on retaliation », in Ch. P. BOWN et J. PAUWELYN (eds), *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p.
- 14 C.I.J., *Affaires du Sud-Ouest africain* ((Ethiopie c. Afrique du Sud ; Libéria c. Afrique du Sud), deuxième phase, arrêt du 18 juillet 1966, *C.I.J. Recueil* 1966, p. 46 par. 86. Le terme « juridique » employé par la Cour doit s'entendre comme « juridictionnelle ». Ce

cence d'Etats souverains à se soumettre à la compétence d'une juridiction internationale, et à plus forte raison lorsque celle-ci est conçue comme une juridiction obligatoire. L'exemple le plus largement médiatisé de ce début de siècle est la ferme résistance qu'opposent les Etats-Unis à la juridiction de la Cour pénale internationale : alors que le Président Clinton avait signé le Statut de Rome en 2000, le Président Bush a « retiré » cette signature, selon la formule communément employée¹⁵, pendant que les Etats-Unis menaient par ailleurs une campagne hostile à la C.P.I. et encourageaient la conclusion d'accords bilatéraux d'immunité. De la même manière, la Cour internationale de Justice n'a aucune compétence *eo ipso*, l'article 36 de son Statut rendant sa compétence tributaire du consentement des Etats, exprimé dans un compromis, un engagement conventionnel, ou par une déclaration unilatérale (facultative) de juridiction obligatoire. Même dans l'hypothèse où l'exécution d'obligations internationales peut faire l'objet d'une procédure juridictionnelle – et la récente tendance à la juridictionnalisation la crédite fortement –, la difficulté ne fait alors, souvent, que ressurgir à un stade ultérieur, mais sensiblement sous la même forme : comment assurer la bonne exécution de l'obligation que

thème est particulièrement développé par R. JENNINGS, « The Judicial Enforcement of International Obligations », in *Die Durchsetzung völkerrechtlicher Verpflichtungen/The Enforcement of International Obligations, Kolloquium anlässlich des 600 jährigen Bestehens der Universität Heidelberg/Colloquium in Commemoration of the 600th Anniversary of the University of Heidelberg, Z.a.ö.V.R.*, 1987, vol. 47 (numéro spécial), p. 3-16, spéc. la démonstration au sujet des limites de la fonction juridictionnelle s'agissant des questions liées à l'exécution, p. 5-8.

- 15 Aucune procédure de « retrait » ou d' « annulation » de signature n'est prévue par la Convention de Vienne sur le droit des traités, ces termes sont donc impropres. La signature d'un traité ne valant d'ailleurs qu'authentification de celui-ci, l'obligation d'exécuter les engagements du traité ne peut naître que par la ratification. En revanche, en vertu de l'article 18 de la Convention de Vienne, la signature fait naître l'obligation pour l'Etat signataire de « s'abstenir d'actes qui priveraient un traité de son objet et de son but », et ce « tant qu'il n'a pas manifesté son intention de ne pas devenir partie au traité ». Et c'est bien ce dont il s'agissait ici, puisque le gouvernement américain a notifié au Secrétaire général des Nations Unies « qu'ils n'ont pas l'intention de devenir partie au Traité » et qu'ils n'avaient de ce fait « aucune obligation légale découlant de leur signature apposée le 31 décembre 2000 » (notification du 6 mai 2002, consultable sur le site de la Collection des traités des Nations Unies, <http://treaties.un.org>). Par cette notification, les Etats-Unis avaient bien indiqué leur désengagement de l'article 18 de la Convention de Vienne et selon ses conditions. Pour un examen critique de l'attitude américaine face à la C.P.I., v. F. COULÉE, « Sur un Etat tiers bien peu discret : les Etats-Unis confrontés au statut de la Cour pénale internationale », *A.F.D.I.*, 2003, p. 32-70.

fait naître à la charge d'un Etat une décision prononcée en sa défaveur par une juridiction internationale ?

Cette question a fait l'objet de nombreuses analyses, menées selon différentes approches qu'il convient de préciser afin d'en distinguer la perspective dans laquelle sera menée la présente recherche (§ 1). Bien qu'elle puisse être appréhendée isolément, l'exécution des obligations qui résultent des actes juridictionnels en droit international et les approches adoptées pour étudier la question se comprennent mieux en prenant de la distance, c'est-à-dire à partir du cercle concentrique plus vaste mentionné ci-dessus, celui de l'exécution des obligations internationales (§ 2). De nombreuses théories ont été développées à son sujet, proposant de répondre aux questions qu'il pose d'une perspective juridique, politique ou sociologique, et souvent une combinaison entre elles¹⁶. Les éclairages qu'elles apportent, mais aussi les faiblesses qu'elles révèlent, serviront de toile de fond pour notre analyse, resserrée autour du seul

16 La double interrogation si les Etats exécutent leurs obligations internationales, et, si oui, pourquoi, ne doit cependant pas être confondue avec la question de la source de l'obligation normative. S'agissant du droit interne, on peut observer cette confusion chez Hart, par exemple lorsqu'il affirmait que « *in this fact of general obedience lies a crucial distinction between laws and the original simple case of the gunman's order* » (in H. L. A. HART, *The Concept of Law*, 2^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 24). Brierly mettait en ce sens déjà en garde, lorsqu'on cherche à « diagnostiquer » la « maladie » dont est atteint le droit international, contre « *the danger of mistaking symptoms for causes* », la maladie étant la faiblesse du droit international, ses symptômes l'inadéquation ou l'ineffectivité des dispositifs de sanction d'une violation, mais les causes résidant bien plus dans les obligations elles-mêmes. V. en particulier J. L. BRIERLY, « The Shortcomings of International Law », in H. LAUTERPACHT et C. H. M. WALDOCK (eds), *The Basis of Obligation in International Law and Other Papers by the Late James Leslie Brierly*, Oxford, Clarendon Press, 1958, p. 68-80, (citation p. 68) ; J. L. BRIERLY, « Le fondement du caractère obligatoire du droit international », *R.C.A.D.I.*, 1928-III, vol. 23, p. 467-551 ; O. SCHACHTER, « Towards a Theory of International Obligation », *Va. J.I.L.*, 1968, vol. 8, n° 2, p. 300-322. Sur la distinction et l'indépendance entre les deux niveaux de question, v. également T. M. FRANCK, « Legitimacy in the International System », *A.J.I.L.*, 1988, vol. 82, n° 4, spéc. p. 705. Plus récemment, v. E. M. PENALVER, « The Persistent Problem of Obligation in International Law », *Stanford J.I.L.*, 2000, vol. 36, n° 2, p. 271-302, qui fournit une critique étoffée de l'école dite de New Haven et de sa tendance à brocarder les réflexions sur la source de l'obligation internationale (le plus représentatif de ce courant était sans doute McDougal, qui, dans un article célèbre écrit en collaboration, n'hésita pas à qualifier la réflexion qui animait les travaux de Brierly de « *quixotic search* » et localisa la source de l'obligation internationale dans le droit naturel, v. M. S. MCDUGAL, H. D. LASSWELL et W. M. REISMAN, « Theories about International Law: Prologue to a Configurative Jurisprudence », *Va. J.I.L.*, 1968, vol. 8, n° 2, p. 188).

sujet de la mise en œuvre des rapports adoptés par l'O.R.D. Son étude suppose cependant quelques précisions terminologiques préalables : le vocabulaire employé à l'O.M.C. annonce déjà pour partie l'approche adoptée face à la question spécifique qui nous occupe ; par ailleurs, il est porteur de spécificités par rapport au droit international général et exige dès lors d'être clarifié (§ 3). Que ces spécificités ne sont cependant pas seulement d'ordre terminologique, c'est ce que fera apparaître la juxtaposition d'une présentation succincte, d'une part, des mécanismes de suivi de l'exécution mis en place dans le cadre des principales juridictions internationales (§ 4), et, d'autre part, de la configuration singulière de la phase d'exécution dans le règlement des différends de l'O.M.C. (§ 5).

§ 1 L'exécution de l'obligation résultant de l'acte juridictionnel en droit international : typologie et perspectives

Exécution spontanée et exécution forcée

Le concept d'exécution est porteur d'une ambivalence intrinsèque, dans la mesure où il désigne la matérialisation d'un droit substantiel, le passage de l'abstrait au concret, indépendamment de la localisation de l'impulsion qui y mène. Au sens propre, comme nous l'entendons également ici, deux types d'exécution sont ainsi identifiés : l'exécution spontanée¹⁷, et ce qui est habituellement appelé l'exécution forcée¹⁸. Cette ambivalence rend le terme à la

17 Nous préférons cet adjectif à celui de « volontaire » car, du moins dans l'ordre juridique international, tout comportement de conformité d'un Etat à une obligation internationale, même s'il est amené par l'influence de facteurs extérieurs, est en dernier ressort un acte de volonté. L'exécution *spontanée* nous semble mieux refléter l'idée qu'un Etat adopte un comportement de conformité de bonne foi et de bonne volonté.

18 Cette distinction est notamment opérée in C. SANTULLI, *Droit du contentieux international*, Paris, Montchrestien, 2005, p. 482-489 n° 833-844. On précise toutefois que l'expression « exécution forcée » est fréquemment employée (en droit international) dans un sens générique, recouvrant à la fois l'exécution forcée proprement dite (par exemple le recours aux contre-mesures interétatiques pour amener un Etat à respecter ses engagements) et ce qui relève davantage de l'exécution d'office (par exemple le gel des avoirs du débiteur qui n'exécute pas, c'est-à-dire un procédé de substitution du créancier au débiteur pour exécuter lui-même l'obligation que le second n'exécute pas). Nous l'emploierons également dans son sens générique, sauf lorsqu'une distinction explicite doit être opérée avec l'exécution d'office. Nous reviendrons sur la distinction exécution forcée/d'office (*infra*, Deuxième partie, Titre II) mais signalons déjà à ce stade qu'elle a été soulignée aussi explicitement, au moyen de l'élément distinctif de la substitution qui

fois commode et gênant pour l'emploi dans le langage juridique¹⁹ : commode, parce qu'il est neutre ; gênant, car la tendance fréquente est d'associer la notion à l'idée de contrainte, et parler d'exécution renvoie alors à l'exécution forcée²⁰. La définition large qu'autorise sa neutralité se reflète en revanche dans la conception binaire de ce qui, dans l'ordre international, peut être appelé la fonction exécutive, celle-ci étant entendue comme consistant à « procurer matériellement l'exécution du droit »²¹ : elle peut n'impliquer aucune inter-

caractérise l'exécution d'office in J. COMBACAU, *Le pouvoir de sanction de l'O.N.U. – Etude théorique de la coercition non militaire*, Paris, Pedone, 1974, p. 21-22.

- 19 V. à ce sujet A. EL OUALI, *Effets de la sentence internationale – Contribution à l'étude de l'exécution des normes internationales*, Paris, L.G.D.J., 1984, p. 195 ; A. DRZEMCZEWSKI et P. TAVERNIER, « L'exécution des "décisions" des instances internationales de contrôle dans le domaine des droits de l'homme », in S.F.D.I., *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Colloque de Strasbourg, Paris, Pedone, 1997, p. 198-199.
- 20 A l'inverse, et bien qu'en anglais l'emploi du terme « *execution* » soit rare, on le lit dans l'ouvrage de M. ROSENNE, *The International Court of Justice – An Essay in Political and Legal Theory*, Leiden, A. W. Sijthoff, 1957. L'auteur l'y emploie dans un sens inversé à l'association dont il fait l'objet dans le langage juridique français, l'exécution étant pour lui l'acte volontaire de conformité réalisé par le débiteur de l'acte juridictionnel ; il lui oppose la notion de « *enforcement* », l'acte involontaire de conformité résultant d'une forme plus ou moins accentuée de coercition (p. 73). Et en effet, selon le sens juridique courant du terme « *enforcement* », la notion évoque bien la variante non spontanée de l'exécution, qu'elle soit d'office ou forcée : « *to enforce* » se traduit ainsi par « appliquer », « faire respecter », « faire exécuter », « forcer », « contraindre » ou « obliger », v. H. S. DAHL, *Dahl's Law Dictionary / Dictionnaire juridique Dahl*, 2^e éd., New York, William S. Hein & Company, Paris, Dalloz, 2001, p. 467. En ce sens, « *[e]nforcement refers to the act of compelling conformity with a particular norm or regime ; it carries with it the notion of outside intervention of one form or another* », K. MICKELSON, « Carrots, Sticks, or Stepping-Stones : Differing Perspectives on Compliance with International Law », in T. J. SCHOENBAUM, J. NAKAGAWA et L. C. REIF (eds), *Trilateral Perspectives on International Legal Issues – From Theory into Practice*, Ardsley, New York, Transnational Publishers, 1998, p. 36. Pour le professeur Reisman en revanche, la notion d'*enforcement* couvre les deux formes qu'elle peut prendre : elle est une « *transformation, by community means, of authoritative pronouncement into controlling reality* », in W. M. REISMAN, « The Enforcement of International Judgments », *A.J.I.L.*, 1969, vol. 63, n° 1, p. 2. M. Reisman décline ensuite l'*enforcement* en une forme directe et une forme indirecte, la première impliquant un acte pour réaliser la transformation en question, tandis que la seconde désigne la mise en œuvre de sanctions contre celui qui refuse de se conformer au droit. La nuance réside dans le vocabulaire, mais on retrouve bien là la distinction entre exécution spontanée et exécution forcée.
- 21 L'expression « fonction exécutive », dans le sens particulier qu'elle porte en droit international, a été forgée par G. SCELLE, « Théorie et pratique de la fonction exécutive en droit international », *R.C.A.D.I.*, 1936-I, vol. 55, citation p. 103.

vention, lorsque le sujet réalise spontanément ses engagements juridiques, ou au contraire exiger une intervention extérieure qui amène le sujet, contre son gré, à l'exécution de ses obligations²².

Modèle interne d'exécution forcée

La dialectique ainsi identifiée, quelle que soit la formulation qui l'exprime, se vérifie sans difficulté dans les ordres juridiques internes, où l'exécution des obligations résultant des règles de droit est susceptible d'un contrôle juridictionnel, et où l'exécution de l'obligation qui résulte ensuite de l'acte juridictionnel est suivie par le juge qui peut, si nécessaire, ordonner le recours à la puissance publique pour faire exécuter son jugement et condamner un débiteur récalcitrant à des dommages-intérêts. Pour ne donner que deux exemples, du seul droit français, l'article 501 du Code de procédure civile dispose que « [l]e jugement est exécutoire, sous les conditions qui suivent, à partir du moment où il passe en force de chose jugée à moins que le débiteur ne bénéficie d'un délai de grâce ou le créancier de l'exécution provisoire »²³. De la même manière, l'article L11 du Code de la justice administrative énonce que « [l]es jugements sont exécutoires »²⁴. Dans les ordres juridiques internes, un jugement devient ainsi en principe exécutoire dès lors qu'il est revêtu de la

22 Cette dialectique a été résumée par le professeur Abi-Saab dans une formulation selon laquelle l'*application* d'une règle de droit serait *endogène*, c'est-à-dire effectuée de l'intérieur par le destinataire de la règle, tandis que l'*exécution forcée* serait *exogène*, c'est-à-dire assurée de l'extérieur par des organes sociaux. V. G. ABI-SAAB, « Cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.*, 1987-VII, vol. 207, p. 278. La formule a toutefois la faiblesse linguistique d'assimiler l'*application* du droit à ce qui nous semble plutôt relever de sa *mise en œuvre*, l'application du droit désignant davantage le processus par lequel le juge apprécie la licéité d'un comportement ou d'une norme au regard du droit positif, *applique* donc le droit positif pertinent à la résolution de la question dont il est saisi.

23 A titre de comparaison, la *Zivilprozessordnung* allemande de 1877 (dans sa dernière modification par l'article 2 de la loi du 21 juillet 2012, *B.G.Bl. I*, p. 1577) consacre un Livre 8 à l'exécution forcée (« *Zwangsvollstreckung* ») et dispose dans son par. 704 que « [d]ie *Zwangsvollstreckung* findet statt aus *Endurteilen*, die *rechtskräftig* oder *für vorläufig vollstreckbar erklärt* sind » (« sont susceptibles d'exécution forcée les jugements définitifs passés en force de chose jugée ou provisoirement déclarés exécutoires »).

24 Version consolidée au 20 juin 2012. A titre de comparaison, le par. 168 de la *Verwaltungsgerichtsordnung* allemande (dans sa dernière modification par l'article 4 de la loi du 21 juillet 2012, *op. cit.*) dispose que sont exécutoires les décisions juridictionnelles passées en force de chose jugée ou provisoirement exécutoires (« *Vollstreckt wird [...] aus rechtskräftigen und aus vorläufig vollstreckbaren gerichtlichen Entscheidungen* »). Le par. 167 renvoie, pour l'exécution forcée, au Livre 8 de la *Zivilprozessordnung*, *op. cit.*

formule exécutoire, qui mandate les autorités publiques pour l'exécuter²⁵, et qu'il est passé en force de chose jugée, c'est-à-dire qu'il n'est plus susceptible de voies de recours suspensives. Si l'exécution n'intervient pas spontanément de la part du débiteur de l'obligation, elle peut alors devenir coercitive, au moyen du recours à la puissance publique²⁶.

Inadéquation de l'ordre juridique international

à l'exécution forcée des obligations résultant d'actes juridictionnels

Transposer une telle conception de l'exécution (forcée) au droit international est impossible du fait de la structure fondamentalement décentralisée de l'ordre juridique international²⁷. Le constat est devenu banal aujourd'hui : un véritable mécanisme d'exécution forcée au sens où l'entendent les droits internes y est conceptuellement impensable, puisqu'il repose sur l'idée d'une

-
- 25 En droit civil, la formule exécutoire pour, entre autres, les arrêts, les jugements et les mandats de justice est la suivante : « [...] la République française mande et ordonne à tous huissiers de justice, sur ce requis, de mettre ledit arrêt (ou ledit jugement, etc.) à exécution, aux procureurs généraux et aux procureurs de la République près les tribunaux de grande instance d'y tenir la main, à tous commandants et officiers de la force publique de prêter main-forte lorsqu'ils en seront légalement requis » (art. 1^{er} du décret n° 47-1047 du 12 juin 1947 relatif à la formule exécutoire, dans sa version consolidée au 13 juin 1947). Pour les décisions du Conseil d'Etat, des cours administratives d'appel et des tribunaux administratifs, la formule exécutoire est différente : « la République mande et ordonne au (indiquer soit le ou les ministres, soit le ou les préfets soit le ou les autres représentants de l'Etat désignés par la décision) en ce qui le (les) concerne ou à tous huissiers de justice à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente décision » (art. R751-1 du Code de justice administrative).
- 26 En droit civil français, l'exécution forcée est régie par le nouveau Code des procédures civiles d'exécution, dont la partie législative est constituée par l'ordonnance n° 2011-1895 du 19 décembre 2011.
- 27 Ce constat est devenu banal aujourd'hui, mais v. par exemple sur ce point E. HAMBRO, *L'exécution des sentences internationales*, Liège, Impr. H. Vaillant-Carmanne, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1936, p. 47 ; L. CONDORELLI, « L'autorité de la décision des juridictions internationales permanentes », in S.F.D.I., *La juridiction internationale permanente*, Colloque de Lyon, Paris, Pedone, 1987, p. 290 note 18. Sur la nécessité, dès lors, de recourir à d'autres techniques d'exécution que celles du droit interne, v. R. A. GREEN, « Antilegalistic Approaches to Resolving Disputes Between Governments : A Comparison of the International Tax and Trade Regimes », *Yale J.I.L.*, 1998, vol. 23, n° 1, p. 79-139, spéc. p. 104. V. cependant R. E. SCOTT et P. B. STEPHAN, *The Limits of Leviathan*, New York, Cambridge University Press, 2006, 255 p., qui avancent une vision contractuelle du droit international, au moyen de laquelle ils soutiennent que l'exécution (forcée) en droit international emprunte de plus en plus au modèle de droit interne.

autorité supra-étatique habilitée à imposer, par la contrainte, à des entités souveraines l'exécution de leurs obligations internationales²⁸. Or, le droit international résiste, sauf exception, à la verticalité des rapports, en d'autres termes aux relations de subordination. Dans la majorité des cas, les techniques d'exécution du droit international reposent ainsi sur des rapports horizontaux, d'Etat à Etat. Si certains d'entre eux ont pu être appréhendés par le droit, comme c'est le cas des procédures qualifiées de « *self-help* » telles que les contre-mesures interétatiques, la conséquence plus répandue de l'horizontalité des rapports est que la plupart des litiges dans l'ordre juridique international sont résolus par la voie politico-diplomatique, y compris lorsqu'il existe une juridiction internationale compétente pour en connaître.

Cependant, les propos sur les déficiences du droit international sont bien moins alarmants que ne laisse au premier abord penser leur abondance. En effet, malgré les insuffisances et la prétendue « primitivité » du droit international, le bilan de l'exécution des obligations internationales est largement positif et, dans le cas particulier de l'exécution des obligations résultant d'actes juridictionnels internationaux, meilleur encore. Il faut ainsi garder à l'esprit que, bien que les cas de violation sont ceux qui, inévitablement, attirent l'attention, ils sont le témoignage d'une pathologie et non de la situation normale²⁹.

28 Brierly exprimait fort bien l'assimilation inopportune des techniques du droit interne au droit international, v. en particulier J. BRIERLY, « Sanctions », in H. LAUTERPACHT et C. H. M. WALDOCK (eds), *The Basis of Obligation in International Law and Other Papers by the Late James Leslie Brierly*, op. cit., p. 201 ; et son cours special professé à La Haye, « Le fondement du caractère obligatoire du droit international », *R.C.A.D.I.*, 1928-III, vol. 23, p. 463-552, spéc. p. 532-535. Si la controverse est aujourd'hui dépassée, on se souvient cependant aussi que les négateurs du droit international motivaient leur sentence par l'absence de mécanisme centralisé de sanction et d'exécution forcée, argument fermement rejeté notamment par Hart : « *To argue that international law is not binding because of its lack of organized sanctions is tacitly to accept the analysis of obligation contained in the theory that law is essentially a matter of orders backed by threats. [...] Once we free ourselves from the predictive analysis and its parent conception of law as essentially an order backed by threats, there seems no good reason for limiting the normative idea of obligation to rules supported by organized sanctions* », in H. L. A. HART, *The Concept of Law*, op. cit., p. 217-218.

29 A l'opposé du terme « pathologie » que nous venons d'employer, v. cependant l'argument du professeur Cogan, selon lequel l'inexécution serait, dans certains cas, une composante nécessaire dans un ordre juridique moins « capable » tel que le droit international. Ces cas d'inexécution correspondent aux agissements des Etats qui comblent les vides « opérationnels » du système international, et relèvent dès lors selon l'auteur de la catégorie qu'il appelle « *operational noncompliance* » ; v. J. K. COGAN, « Noncompliance and the International Rule of Law », *Yale J.I.L.*, 2006, vol. 31, n° 1, p. 189-210, spéc.

Le célèbre aphorisme de Henkin reste aussi valide aujourd'hui qu'il l'était en 1979 : « *it is probably the case that almost all nations observe almost all principles of international law almost all of the time* »³⁰. Cela tient pour une large partie au haut coefficient d'exécution spontanée par les Etats. En outre, l'ordre juridique international a connu ces deux dernières décennies un important mouvement de juridictionnalisation³¹. Il est lié à un autre, celui d'une prolifération de la

p. 190-191. A l'opposé, à l'O.M.C. en particulier est dénoncée l'inexécution « stratégique », qui consiste d'abord à exécuter puis à revenir sur la mise en conformité (en ce sens une *dé-mise* en conformité), ou à différer le plus longtemps possible l'exécution. V. à ce sujet D.J. TOWNSEND et S. CHARNOVITZ, « Preventing Opportunistic Uncompliance by WTO Members », *J.I.E.L.*, 2011, vol. 14, n° 2, p. 437-468.

30 L. Henkin, *How Nations Behave*, New York, Columbia University Press, 1979, p. 47. La formule est également employée dans son cours général professé à La Haye, « International Law : Politics, Values, and Functions : General Course on Public International Law », *R.C.A.D.I.*, 1989-IV, vol. 216, p. 69. Pour une appréciation de l'exécution des arrêts de la C.I.J., v. par exemple C. PAULSON, « Compliance with Final Judgments of the International Court of Justice Since 1987 », *A.J.I.L.*, 2004, vol. 98, n° 3, p. 434-461, qui dresse un bilan de l'exécution par les Etats entre 1987 et 2003 et identifie ainsi cinq cas d'exécution partielle et sept cas d'exécution totale.

31 Entendu tant au sens quantitatif (augmentation du nombre des mécanismes juridictionnels) que qualitatifs (renforcement des caractéristiques juridictionnelles chez les organes en place ou nouvellement créés). Sur la prise de vitesse du développement et renforcement des mécanismes internationaux de règlement des différends, v. par exemple L. Condorelli, « Des lendemains qui chantent pour la justice internationale ? », in *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement – Mélanges Michel Virally*, Paris, Pedone, 1991, p. 205-214 ; Y. Shany, « No Longer a Weak Department of Power ? Reflections on the Emergence of a New International Judiciary », *E.J.I.L.*, 2009, vol. 20, n° 1, p. 73-91 ; *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2003, 348 p. ; J. E. ALVAREZ, « The New Dispute Settlers : (Half) Truths and Consequences », in P. BERMAN (ed.), *The Globalization of International Law*, Aldershot, Ashgate, 2005, p. 411-414. Il est remarquable, bien qu'entretemps presque anecdotique, que la fièvre de la juridictionnalisation a tout particulièrement saisi le droit international économique, auquel on attribuait il y quarante ans une spécificité telle, notamment en termes de pragmatisme, mais aussi de flexibilité (ou, moins flatteusement, d'imprécision et d'instabilité), que ce que le professeur Weil qualifiait d'« allergie au juge » pouvait y paraître une fatalité irréversible (v. P. WEIL, « Le droit international économique, mythe ou réalité ? », in S.F.D.I., *Aspects du droit international économique*, Colloque d'Orléans, Paris, Pedone, 1972, p. 3-34, spéc. p. 10, reproduit sous le titre « Le droit international économique », in P. WEIL, *Ecrits de droit international*, Paris, P.U.F., 2000, p. 74 ; sur la réticence plus large dans l'ordre international envers le mode judiciaire, v. M. VIRALLY, « Le champ opératoire du règlement judiciaire international », in M. VIRALLY, *Le droit international en devenir – Essais écrits au fil des ans*, Paris, P.U.F., 1990, p. 381-404, dont les observations restent pour large partie valables aujourd'hui). La

régulation. En effet, dans tous les domaines du droit international sont nés des accords multilatéraux, dont la plupart abritent des mécanismes (internes à l'accord) de contrôle de la mise en œuvre et de l'exécution du traité³². Cette

conviction selon laquelle le mode judiciaire ne serait pas une manière ni opportune ni adéquate de régler les différends économiques semblait alors largement répandue (v. par exemple en ce sens C.-A. COLLIARD, « Le règlement des différends dans les organisations intergouvernementales de caractère non politique », in *Hommage d'une génération de juristes au président Basdevant*, Paris, Pedone, 1960, p. 152-182, qui soulignait la méfiance que suscitait alors plus largement le règlement juridictionnel). Les procédures judiciaires étaient prétendument trop rigides et formalistes, et donc foncièrement inadaptées à la matière économique qui nécessite souplesse, flexibilité et capacité d'évolution rapide. Or, aujourd'hui, tant le droit international des investissements que le droit international du commerce sont hautement juridictionnalisés : l'arbitrage en matière d'investissement n'a jamais autant foisonné, et le règlement des différends de l'O.M.C. est assurément le mécanisme interétatique le plus juridictionnalisé qui existe en droit international économique. Sur la spécificité de la matière économique en général et son inadéquation au règlement juridictionnel en particulier, v., outre P. WEIL, *op. cit.*, R. KOVAR, *Le règlement des différends économiques interétatiques dans les organisations internationales*, Paris, Cours à l'Institut des Hautes Etudes Internationales, 1969-1970, spéc. p. 27. A l'inverse, sur la juridictionnalisation récente du droit international économique, v. notamment H. RUIZ FABRI, « La juridictionnalisation du règlement des litiges économiques entre Etats », *Rev. arb.*, 2003, n° 3, p. 881-947, spéc. p. 884-885.

- 32 La doctrine anglophone qualifie ces mécanismes de « *international control* » ou de « *international supervision* ». Pour une esquisse de ces mécanismes et de l'approche théorique que les sous-tend, v. J. NAKAGAWA, « Securing Compliance in Tradition and Contemporary International Law: A Theoretical Analysis », in T. J. SCHOENBAUM, J. NAKAGAWA et L. C. REIF (eds), *Trilateral Perspectives on International Legal Issues – From Theory into Practice*, *op. cit.*, p. 52-56 ; G. J. H. Van Hoof, K. De Vey Mestdagh, « Mechanisms of International Supervision », in P. VAN DIJK (P.) (ed.), *Supervisory Mechanisms in International Economic Organizations in the Perspective of a Restructuring of the International Economic Order*, Deventer, Kluwer, La Haye, T.M.C. Asser Instituut, 1984, p. 3-45 ; W. E. BUTLER (ed.), *Control Over Compliance With International Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, 209 p. (qui traite la question du suivi de l'exécution des obligations internationales en particulier à la lumière des thèmes de l'armement, de la sécurité écologique, de la protection de l'environnement et des droits de l'homme), spéc. la contribution de M. I. LAZAREV, « On a Theoretical Concept of Control over the Fulfillment of International Obligations of States », p. 17-22. Pour ne citer ici que les exemples du droit international des droits de l'homme et du droit international de l'environnement, on pense en particulier au mécanisme de « contrôle doux » mis en place dans le cadre du Conseil de l'Europe, sous la forme d'un suivi en tant que modalité non coercitive et juridictionnelle du contrôle de l'exécution par les Etats de leurs obligations internationales (v. notamment l'étude de M. AILINCAI, *Le suivi du respect des droits de l'homme au sein du Conseil de l'Europe – Contribution à la théorie du contrôle*

circonstance à elle seule nous semble réfuter l'opinion largement répandue selon laquelle le droit international ne disposerait pas de mécanismes d'exécution et de sanction (les deux étant entendus ici au sens large)³³. Ce qui est incontestable, en revanche, et les développements suivants le mettront en lumière, est que ces mécanismes ne sont pas centralisés ; ils apparaissent

international, Paris, Pedone, 2012, 680 p., qui considère ce type de suivi comme une alternative opérationnelle aux modes plus coercitifs, et comme un renforcement efficace de ceux-ci) ; de même, de nombreux accords multilatéraux en matière d'environnement mettent en place des mécanismes d'accompagnement et de gestion du suivi : ainsi par exemple du Protocole de Montréal, du Protocole d'Oslo à la Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance, du Protocole à la Convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion des déchets, de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, du Protocole de Kyoto. La mise en place de procédures classiques de règlement des différends n'y est cependant pas envisagée, au motif que le traitement multilatéral de la question de l'exécution par voie de coopération serait à privilégier. A ce sujet, v. par exemple N. GOETEYN et F. MAES, « Compliance Mechanisms in Multilateral Environmental Agreements : An Effective Way to Improve Compliance ? », *Chin. J.I.L.*, 2011, vol. 10, n° 4, p. 791-826 ; R. R. CHURCHILL et G. ULFSTEIN, « Autonomous Institutional Arrangements in Multilateral Environmental Agreements : A Little-Noticed Phenomenon in International Law », *A.J.I.L.*, 2000, vol. 94, n° 4, p. 623-659 ; D. G. VICTOR, K. RAUSTIALA et E. B. SKOLNIKOFF (eds), *The Implementation of International Environmental Commitments – Theory and Practice*, Cambridge (MA), MIT Press, 1998, 737 p. ; J. WETTESTAD, *Designing Effective Environmental Regimes : The Key Conditions*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 1999, 265 p. Mais v. aussi la réflexion au sujet de l'articulation entre le droit de la responsabilité et le droit international de l'environnement in J. BRUNNÉE, « Of Sense and Sensibility : Reflections on International Liability Regimes as Tools for Environmental Protection », *I.C.L.Q.*, 2004, vol. 53, n° 2, p. 351-367. Signalons que, parallèlement, s'est développée une réflexion sur le phénomène de conformité dans l'ordre international aux normes non contraignantes, souvent qualifiées de « *soft law* ». V., déjà dans les années 1970, R.-J. DUPUY, « Droit déclaratoire et droit programmatoire : de la coutume sauvage à la “soft law” », in S.F.D.I., *L'élaboration du droit international public*, Colloque de Toulouse, Paris, Pedone, 1974, p. 132-148 ; plus récemment, et en particulier sur le phénomène de conformité, v. D. SHELTON (ed.), *Commitment and Compliance – The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford, Oxford University Press, 2000, 500 p. ; A. KISS, D. SHELTON et K. ISHIBASHI (eds), *Economic Globalization and Compliance with International Environmental Agreements*, La Haye, Kluwer Law International, 2003, 306 p.

33 En ce sens, Brierly revendiquait déjà que « *there do exist sanctions behind the law. The real difference [...] between municipal and international law is not that the one is sanctioned and the other is not, but that in the one the sanctions are organized in a systematic procedure and that in the other they are left indeterminate* », in J. BRIERLY, « Sanctions », *op. cit.*, p. 202. Plus récemment, v. également M. KOSKENNIEMI, *From Apology to Utopia : The Structure of International Legal Argument*, New York, Cambridge University Press, 2005, spéc. p. 144.

désorganisés, sans structure et cohérence entre eux. Il reste que, y compris dans le cadre d'un tel mécanisme de surveillance de l'exécution, dans les relations internationales le droit cède souvent le pas aux rapports de force politiques. Par conséquent, il est devenu habituel de constater que les décisions rendues par les juridictions sont revêtues d'une autorité de la chose jugée altérée : revêtues de force obligatoire, elles seraient cependant dépourvues de force exécutoire³⁴, sauf disposition conventionnelle particulière convenue entre les parties³⁵. Sur cette toile de fond, deux tendances se sont dégagées. La première consiste à traiter l'exécution à l'écart de la fonction juridictionnelle, comme relevant d'une phase appelée post-juridictionnelle. La seconde envisage l'exécution des décisions des juridictions internationales comme partie de la question plus large de l'exécution des obligations internationales.

*L'exécution échapperait à l'emprise du droit :
la phase post-juridictionnelle*

L'approche majoritaire a consisté, depuis longtemps, à ne pas traiter la formation de l'acte juridictionnel et l'exécution de l'obligation qui en résulte

34 Force obligatoire et force exécutoire sont destinées à assurer l'efficacité de l'acte juridictionnel, mais selon le professeur Brant, elles agiraient à cette fin depuis des niveaux différents : la force obligatoire serait une qualité intrinsèque de la décision juridictionnelle, tandis que la force exécutoire relèverait d'un ordre qui lui serait surajouté. V. L. N. C. BRANT, *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, Paris, L.G.D.J., 2003, p. 1. De la même manière, selon le professeur Combacau, « [à] défaut de mécanismes centralisés de réalisation forcée ou d'office du droit international, les actes juridictionnels n'ont pas de force exécutoire : les normes individuelles qui en résultent n'ont ni plus ni moins de force légale que les règles antérieures qu'elles concrétisent, et leur exécution passe par les mêmes techniques », v. J. COMBACAU, in J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, 10^e éd., Paris, Montchrestien, 2012, p. 607. Dans le même sens, le professeur Santulli écrit que « [l]es décisions juridictionnelles internationales définitives sont exécutoires dans l'ordre international : les procédures internationales générales sont applicables à l'exécution des obligations résultant des décisions juridictionnelles », in C. SANTULLI, *Droit du contentieux international*, op. cit., p. 485 n° 839. Comme le mettra en évidence notre recherche, cette affirmation se vérifie parfaitement dans le droit de l'O.M.C.

35 A titre d'exemples, l'article 40 de la Convention de Mannheim du 17 octobre 1868 pour la navigation du Rhin dispose que « [l]es décisions des tribunaux pour la navigation sont exécutoires dans tous les autres Etats [...] ». Par ailleurs, dans l'affaire de *l'Impôt sur les bénéfices de guerre*, les parties étaient convenues que « la sentence revêtira sa pleine force exécutoire de par la seule signature de l'arbitre, au bas d'un exemplaire envoyé à chacun des gouvernements, sans qu'elle ait besoin d'être homologuée par le tribunal » (*Impôt sur les bénéfices de guerre* (France c. Espagne), sentence arbitrale du 15 juin 1922, R.S.A., vol. I, p. 301).

de manière unitaire mais de les dissocier. La première appartient alors à la sphère juridique, tandis que la seconde est considérée comme un problème relevant du domaine politico-diplomatique et réfractaire à l'emprise du droit, *a fortiori* international. En effet, selon le principe *functus officio*, la fonction juridictionnelle de l'organe de jugement cesse habituellement, en droit international, au moment où il a rendu sa décision définitive. Le plus souvent, les parties entrent alors en négociations directes s'agissant des modalités de l'exécution. Dans les différends frontaliers en particulier, la conclusion d'accords bilatéraux au sujet de l'exécution est fréquente³⁶. Par ailleurs, on ne conteste pas que l'exécution des obligations résultant d'actes juridictionnels internationaux est, en dernier ressort, toujours fonction de la bonne volonté de l'Etat « perdant » ou « condamné »³⁷. Ces constats suffisaient à justifier que l'exécution soit placée hors du cadre d'une analyse juridique, qui appréhenderait le problème au moins partiellement par le droit. Par conséquent, l'exécution des décisions rendues par les juridictions internationales est traditionnellement qualifiée comme relevant de la phase post-juridictionnelle (en anglais, « *post-adjudicative* »), qui se caractérise par sa nature essentiellement politique. Le juge Rosenne écrivait ainsi, au sujet de la Cour internationale de

36 A titre d'exemple récent, on peut citer l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* : dans son arrêt du 10 octobre 2002, la Cour internationale de Justice avait décidé que la souveraineté sur la péninsule de Bakassi, qui représentait l'enjeu principal du différend, est camerounaise (v. C.I.J., *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* (Cameroun c. Nigéria ; Guinée-Equatoriale (intervenant), arrêt du 10 octobre 2002, C.I.J. Recueil 2002, p. 303-458). Le 12 juin 2006, le Cameroun et le Nigéria ont conclu un accord concernant les modalités de retrait et de transfert d'autorité dans la presqu'île de Bakassi, signé par leurs chefs d'Etat respectifs, le Secrétaire général des Nations Unies et les représentants de l'Allemagne, des Etats-Unis, de la France et du Royaume-Uni en qualité de témoins ; le 14 août 2008, la péninsule a été rétrocédée au Cameroun par le Nigéria. Pour une présentation des suites de l'arrêt, en particulier la création de la Commission mixte, v. M. M. MOHAMED SALAH, « La Commission mixte Cameroun/Nigeria, un mécanisme original de règlement des différends interétatiques », *A.F.D.I.*, 2005, p. 162-184. Pour un exemple plus lointain du rôle favorable que peut jouer un accord entre les parties pour l'exécution d'une décision de la Cour, v. l'*Affaire de la sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906* (C.I.J., *Affaire de la sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906* (Honduras c. Nicaragua), arrêt du 18 novembre 1960, C.I.J. Recueil 1960, p. 192-218).

37 V. en ce sens Cavaré, selon qui l'exécution d'une sentence arbitrale est « confiée à la bonne foi de l'Etat », in L. CAVARÉ, *Le droit international public positif*, tome II, 3^e éd., Paris, Pedone, 1969, p. 316. M. Brant fait le même constat et en conclut que la nature de l'exécution en droit international ne peut dans ces conditions qu'être incertaine, in L. N. C. BRANT, *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, op. cit., p. 3.

Justice, que « *judgment enforcement is not in itself part of the judicial process, but rightly belongs to the political side of government* »³⁸.

*Absence d'autonomie des questions liées à l'exécution
des obligations résultant des actes juridictionnels*

D'autres auteurs écartent la question de l'exécution de l'obligation qui découle d'un acte juridictionnel en droit international, considérant qu'elle est absorbée dans celle, plus vaste, de l'exécution des obligations internationales au sens large³⁹. La norme contenue dans la décision juridictionnelle ne se distingue pas, en effet, de celle dont la violation a appelé la décision, et son traitement n'échappe donc pas aux règles générales applicables en matière d'exécution des obligations internationales. Il reste que l'exécution de l'obligation qui résulte d'un acte juridictionnel en droit international est porteuse et révélatrice de certaines spécificités qui, il est vrai, à ce stade de mise en œuvre du droit international, sont largement de nature politique ou économique⁴⁰. L'hypothèse formulée ici, soutenue par la démonstration donnée par le mécanisme de règlement des différends de l'O.M.C., est que ces spécificités souvent

-
- 38 Sh. ROSENNE, *The Law and Practice of the International Court*, Leiden, A. W. Sijthoff, 1965, p. 117 ; et dans le même sens in « L'exécution et la mise en vigueur des décisions de la Cour internationale de Justice », *R.G.D.I.P.*, 1953, p. 538-583. V. aussi E. P. DEUTSCH, « Problems of Enforcement – Decrees of International Tribunals », *A.B.A. Journal*, 1964, vol. 5, spéc. p. 1135 ; M. O. HUDSON, *International Tribunals – Past and Future*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace et Brookings Foundation, 1944, spéc. p. 128 ; P. MAGID, « The Post-Adjudicative Phase », in C. PECK et R. S. LEE (eds), *Increasing the Effectiveness of the International Court of Justice – Proceedings of the ICJ/UNITAR Colloquium to Celebrate the 50th Anniversary of the Court*, La Haye, Boston, Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1997, spéc. p. 325-347 ; M. NOORTMANN, *Enforcing International Law – From Self-help to Self-contained Regimes*, Aldershot, Ashgate, 2005, spéc. p. 121 (qui parle du « *post-adjudicative process of compliance and implementation* »).
- 39 M. Combacau tient ainsi que « la question [de l'exécution des actes juridictionnels définitifs] ne présente aucune autonomie par rapport à celles que soulève l'exécution des normes internationales obligatoires en général », v. J. COMBACAU, in J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 606. Dans le même sens, mais affirmant bien la force exécutoire des décisions juridictionnelles internationales, v. C. SANTULLI, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, p. 485-486 n° 839-840.
- 40 Sans compter les implications davantage systémiques et « idéologiques ». Le professeur Noortmann observe par exemple que, bien que l'inexécution des décisions juridictionnelles ne soit pas intrinsèquement différente de l'inexécution de n'importe quelle autre obligation internationale, elle est d'un caractère particulier qui est susceptible d'ébranler les fondements même de l'ordre juridique, in M. NOORTMANN, *Enforcing International Law – From Self-help to Self-contained Regimes*, *op. cit.*, p. 122-123.

extra-juridiques doivent néanmoins être appréhendées et que, tout autant que l'exécution des obligations internationales en général, elles peuvent l'être par le droit.

*Confier à la juridiction la phase « post-juridictionnelle » :
l'exemple unique de l'O.M.C.*

Dans ce contexte, l'unicité du règlement des différends de l'O.M.C. ne tient pas à ce que le mécanisme juridictionnel dont est issue la décision est assorti d'un dispositif de garantie de son exécution, quand bien même ce seul fait est remarquable, mais bien plus à ce que le mécanisme juridictionnel dont est issue la décision *est* lui-même, pour large partie, le mécanisme de garantie de son exécution. Cette configuration n'a pas d'équivalent parmi les juridictions internationales interétatiques, et son unicité justifiait à elle seule une étude plus approfondie.

Pourtant, la mise en œuvre des recommandations de l'O.R.D. n'a pas encore beaucoup attiré l'attention des juristes. On doit la première approche globale et novatrice du sujet à la professeure Ruiz Fabri, qui a identifié, dès les premières années de fonctionnement du règlement des différends de l'O.M.C., ce qu'elle a appelé un véritable « contentieux de l'exécution », selon une perspective inédite qui envisage les différentes procédures contentieuses comme une unité spécifique, à la fois propre à la phase de l'exécution et pourtant rattachée au contentieux initial⁴¹. La phase de mise en œuvre à l'O.M.C. n'a fait sinon que l'objet d'études dissociées, l'attention étant alors essentiellement portée sur ce qui est le plus visible et médiatisé, c'est-à-dire les suspensions de concessions et leur efficacité. On peut attribuer à deux faits cet intérêt modéré pour l'exécution (en général) à l'O.M.C. D'abord, considéré globalement, le bilan de mise en conformité est excellent⁴². La plupart des auteurs et acteurs du système s'accordent sur ce point, mais le constat est trop peu exprimé car, naturellement, l'attention se concentre davantage sur les lacunes et défaillances. Ensuite, l'élasticité du système et la place éminente des négociations à l'O.M.C.

41 V. son étude publiée au *Clunet* en 2000 : H. RUIZ FABRI, « Le contentieux de l'exécution dans le règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce », *J.D.I.*, 2000, n° 3, p. 605-645. Quelques années plus tard, on voit une idée similaire apparaître dans la doctrine anglophone, introduite par le professeur Jackson, qui parle de « *post-judgment procedures* » mais sans centrer l'analyse sur elles, in J. H. JACKSON, *Sovereignty, the WTO and Changing Fundamentals of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, spéc. p. 159.

42 V. par exemple le bilan dressé par l'ancien chef de la Division des affaires juridiques de l'O.M.C., B. WILSON, « Compliance by WTO Members with Adverse WTO Dispute Settlement Rulings », *J.I.E.L.*, 2007, vol. 10, n° 2, spéc. p. 399-402.

véhiculent l'impression que la mise en conformité avec les recommandations relève de la diplomatie et non du droit. Si nous ne nions pas le rôle considérable des négociations, y compris au sein du règlement des différends de l'O.M.C., le contentieux de l'O.M.C. n'en est pas moins le seul mécanisme juridictionnel interétatique qui soit parvenu à mettre en place une phase d'exécution des obligations qui résultent des actes juridictionnels, appréhendée aussi complètement par le droit et les techniques juridiques, et institutionnalisée de fait sous la forme d'un « contentieux de l'exécution ».

Il n'est pas besoin de revenir ici sur la transformation qualitative qu'a subie l'Organisation en général et le mécanisme de règlement des différends en particulier lors de la refonte du GATT de 1947 et de la naissance de l'O.M.C.⁴³.

43 Sur le renforcement du règlement des différends sous l'O.M.C., v. notamment R. E. HUDEC, « The New WTO Dispute Settlement Procedure : An Overview of the First Three Years », *Minn. J.G.T.*, 1999, vol. 8, n° 1, p. 1-53 ; M. S. DUNNE, « Redefining Power Orientation : A Reassessment of Jackson's Paradigm in Light of Asymmetries of Power, Negotiation and Compliance in the GATT/WTO Dispute Settlement System », *L.P.I.B.*, 2002, vol. 34, n° 1, p. 277-342 ; J. H. JACKSON, « Designing and Implementing Effective Dispute Settlement Procedures : WTO Dispute Settlement, Appraisal and Prospects », in A. O. KRUEGER (ed.), *The WTO as an International Organization*, Chicago, Chicago University Press, 1998, p. 161-180 ; J. PAUWELYN, « The Transformation of World Trade », *Mich. L. Rev.*, 2005-2006, vol. 104, n° 1, p. 1-65 ; E.-U. PETERSMANN, « The Dispute Settlement System of the World Trade Organization and the Evolution of the GATT Dispute Settlement System Since 1948 », *C.M.L. Rev.*, 1994, vol. 31, n° 6, p. 1157-1244 ; *id.*, *The GATT/WTO Dispute Settlement System – International Law, International Organizations and Dispute Settlement*, Londres, Kluwer Law International, 1997, 344 p. (comparer notamment le chapitre 2 consacré au règlement des différends sous le GATT, p. 66-91, au chapitre 5 esquisant le nouveau mécanisme sous l'O.M.C., p. 177-198) ; *id.* (ed.), *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, London, Kluwer Law International, 1997, 704 p. ; M. HILF, « Power, Rules and Principles – Which Orientation for WTO/GATT Law ? », *J.I.E.L.*, 2001, vol. 4, n° 1, p. 111-130 ; H. RUIZ FABRI, « L'appel dans le règlement des différends de l'O.M.C. : trois ans après, quinze rapports plus tard », *R.G.D.I.P.*, 1999, n° 1, p. 47-128 ; E. CANAL-FORGUES, « Le système de règlement des différends de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) », *R.G.D.I.P.*, 1994, n° 3, p. 689-707 ; A. F. LOWENFELD, « Remedies Along with Rights : Institutional Reform in the New GATT », *A.J.I.L.*, 1994, vol. 88, n° 3, p. 477-488 ; T. J. DILLON, « The World Trade Organization : A New Legal Order for World Trade ? », *Michigan J.I.L.*, 1995, vol. 16, p. 349-402 ; M. K. YOUNG, « Dispute Resolution in the Uruguay Round : Lawyers Triumph over Diplomats », *Int. Law.*, 1995, vol. 29, n° 2, p. 389-409 ; M. L. BUSCH et E. REINHARDT, « The Evolution of the GATT/WTO Dispute Settlement », in J. M. CURTIS et D. CIURIK (eds), *Trade Policy Research*, Ottawa, Department of Foreign Affairs and International Trade, 2003, p. 143-183. Pour une analyse de la juridicisation du système de l'ancien GATT, v. l'étude de M. Jackson in J. H. JACKSON, « The Crumbling Institutions of the Liberal Trade System », *J.W.T.L.*, 1978, vol. 12, n° 2,

Il suffit de rappeler que l'entrée en vigueur de l'O.M.C. marquait la rupture avec ce qui était appelé l'approche « *power-oriented* » du GATT de 1947, selon laquelle les relations commerciales et la résolution des différends commerciaux étaient, dans l'essence, le produit des rapports de force entre les acteurs du système. La tendance notable a été vers une plus forte juridicisation (« *rule-oriented approach* »), tant dans le droit matériel que dans les mécanismes garants de la bonne exécution des traités⁴⁴. Le perfectionnement le plus visible apparaît dans son mécanisme de règlement des différends, considéré comme la pierre angulaire du système de l'O.M.C., ou, selon les termes de l'ancien Directeur général de l'O.M.C. M. Moore, « *the backbone of the multilateral trading system* »⁴⁵. L'accession à l'Organisation opère en effet selon le principe de l'engagement unique, en vertu duquel un candidat à l'accession doit accepter d'être soumis comme un tout à l'ensemble des accords multilatéraux, sans pouvoir faire un « tri sélectif » parmi les engagements afin de ne prendre que ceux qui lui sont favorables et laisser de côté ceux auxquels il préférerait

p. 93-106. Pour une étude du règlement des différends sous le GATT de 1947, v. l'analyse du professeur Canal-Forgues, qui conclut à la nature de conciliation quasi judiciaire du mécanisme, in E. CANAL-FORGUES, *L'institution de la conciliation dans le cadre du GATT – Contribution à l'étude de la structuration d'un mécanisme de règlement des différends*, Bruxelles, Bruylant, 1993, 687 p.

44 Parmi eux, on peut signaler le Mécanisme d'examen des politiques commerciales, qui « a pour objet de contribuer à ce que tous les Membres respectent davantage les règles, disciplines et engagements définis dans les Accords commerciaux multilatéraux et, le cas échéant, dans les Accords commerciaux plurilatéraux, et donc à faciliter le fonctionnement du système commercial multilatéral, en permettant une transparence accrue et une meilleure compréhension des politiques et pratiques commerciales des Membres » (Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, Annexe 3, Mécanisme d'examen des politiques commerciales, A. (« Objectifs »), i)). La plupart des accords de l'O.M.C. imposent par ailleurs aux Membres des obligations de transparence et de notification.

45 V. le communiqué de presse de M. Moore, alors Directeur général de l'O.M.C., « WTO's Unique System of Settling Disputes Nears 200 Cases in 2000 », Press/180, 5 juin 2000 (publié sur le site de l'O.M.C.). De nombreux auteurs ont exprimé une opinion semblable, dont notamment l'un des plus réputés spécialistes du GATT et de l'O.M.C., M. Jackson : v. par exemple in J. H. JACKSON, *The World Trading System – Law and Policy of International Economic Relations*, 2^e éd., Cambridge (MA), MIT Press, 1997, qui voit dans le nouveau mécanisme « *the core "linchpin" of the whole trading system* » (p. 124).

se soustraire⁴⁶. Le Mémoire d'accord sur le règlement des différends⁴⁷ étant l'un de ces accords multilatéraux, les Membres de l'O.M.C. sont liés par lui et tenus d'accepter la compétence des organes de jugement institués par l'Organisation et habilités par elle à régler les litiges entre ses Membres. En termes de compétence, c'est donc un mécanisme de juridiction obligatoire. En termes d'accès à la juridiction, il opère selon un système contraignant de saisine unilatérale : un Membre ne peut se soustraire à une procédure engagée contre lui par un autre Membre. En outre, non seulement les décisions rendues par le juge sont obligatoires, mais en plus, et c'est le point qui nous intéresse, elles sont exécutoires : le mécanisme est en effet équipé à la fois d'un dispositif de surveillance politique de la mise en œuvre, et, plus notablement, d'un ensemble de procédures juridictionnelles permettant d'encadrer tous les aspects potentiellement délicats de l'exécution.

Sans être à contre-courant des approches classiques de l'exécution en droit international, la perspective adoptée dans le cadre de cette étude est néanmoins verticalement décalée par rapport à elles : l'angle d'analyse de l'encadrement de la mise en œuvre des recommandations de l'O.R.D. est ici institutionnel. Or, l'exécution des décisions juridictionnelles n'est classiquement étudiée que de deux perspectives opposées, mais toutes deux subjectives : la majorité des études l'analysent sous l'angle de l'exécution forcée, en s'interrogeant sur les moyens dont dispose l'Etat créancier de l'obligation d'exécution afin d'amener l'Etat débiteur à s'y conformer⁴⁸. En inversant la perspective, la question peut être analysée du point de vue du débiteur de l'obligation d'exécuter celle qui résulte de l'acte juridictionnel⁴⁹. Nous n'impliquons pas ici que ces deux perspectives subjectives seraient fausses ou faussées. Nous entendons cependant que, lorsque le (sous-)système juridique est suffisamment parachevé, il peut exister une troisième perspective, moins chargée subjectivement même

46 Nous reviendrons plus précisément sur le principe de l'engagement unique dans le cadre des développements consacrés à la nature des engagements pris à l'O.M.C., Première partie, Titre II, Chapitre I, § 2, C., 1.

47 Annexe 2 de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce.

48 Ce biais s'observe dès les premiers travaux consacrés au thème de l'exécution : v. les thèses de doctorat respectives d'E. HAMBRO, *L'exécution des sentences internationales*, op. cit., 148 p. ; E. TUNCEL, *L'exécution des décisions de la Cour internationale de Justice selon la Charte des Nations Unies*, Neuchâtel, Imprimerie H. Messeiller, 1960, 136 p. ; E. K. NANTWI, *The Enforcement of International Judicial Decisions and Arbitral Awards in Public International Law*, Leiden, A. W. Sijhoff, 1967, 209 p.

49 Cette approche est adoptée in A. BEN MANSOUR, *La mise en œuvre des arrêts et des sentences des juridictions internationales*, op. cit. Il s'agit à notre connaissance de la seule étude globale qui s'inscrit dans cette perspective.

si non moins intéressée que les deux précédentes : celle de l'organisation ou de l'institution qui matérialise l'ensemble normatif qu'il s'agit de faire respecter, y compris les normes posées par des actes juridictionnels. A la question de savoir par quels moyens l'institution elle-même peut assurer l'efficacité de son droit, l'O.M.C. a apporté un échafaudage de réponses juridiques d'un raffinement inédit parmi les juridictions interétatiques. Il consiste dans la mise en place d'un organe politique chargé d'une surveillance continue de l'exécution, et renforcé par plusieurs procédures juridictionnelles destinées à traiter les différents désaccords pouvant survenir au stade de l'exécution et à son sujet. La singularité de cette configuration se mesure mieux sur une toile de fond composée des différentes théories tentant de répondre à la question plus large de l'exécution des obligations internationales.

**§ 2 « *Why Do Nations Obey International Law ?* »⁵⁰ :
regard sur les théories de la conformité**

La doctrine anglophone en particulier s'est intéressée à la question formulée dans le présent titre dans les termes du professeur Koh, et a proposé des réponses d'une grande diversité, regroupées sous l'appellation « *compliance theories* » et pour une large partie ancrées davantage dans la sociologie que dans la science juridique⁵¹. S'intéresser à elles n'est pas indispensable pour appréhender le thème de notre étude d'un point de vue purement technique. Cependant, notre recherche n'est pas de seule technique, mais vise plus largement à faire apparaître la spécificité et la singularité du contentieux de la mise en conformité de l'O.M.C., et il est alors plus révélateur de la construire à partir d'un arrière-plan constitué des éléments de réflexion qu'apportent les théories de la conformité. En particulier, les éclairages rétrospectifs que

50 Ce titre est emprunté à celui d'une célèbre publication du professeur Koh : H. KOH, « *Why Do Nations Obey International Law ?* », *Yale L.J.*, 1996-1997, vol. 106, n° 8, p. 2599-2659 ; l'auteur, cette fois non plus en qualité d'universitaire, s'est pourtant sensiblement détaché du point de vue légaliste adopté dans la publication précitée avec ses opinions bien connues pour les réactions légitimement vives qu'elles ont suscitées parmi les juristes, exprimées en sa qualité de haut fonctionnaire du gouvernement américain.

51 V. également les *compliance theories* parallèles, orientées sur la conformité aux normes non contraignantes, et qui reflètent, sous une forme adaptée, de nombreux éléments développés dans les théories de la conformité classiques. Pour une esquisse de ces approches, v. P. M. HAAS, « *Choosing to Comply : Theorizing International Relations and Comparative Politics* », in D. SHELTON (ed.), *Commitment and Compliance : The Role of Non-binding Norms in the International Legal System*, op. cit., p. 43-64.

donne le contentieux spécifique que nous étudions sur l'ensemble du système de l'O.M.C. s'apprécieront mieux au regard des éléments que font apparaître ces théories, et notamment s'agissant des obligations substantielles dont la nature est révélée par le contentieux de l'exécution. Il ne s'agit pas ici de faire ni une présentation exhaustive ni un commentaire critique approfondi de ces théories, mais davantage d'en exposer les propositions, afin de faire apparaître la diversité des perspectives et des arguments. Nous indiquerons bien quelques éléments de critique, mais il ne s'agit pas non plus d'identifier l'une d'elles comme étant tenue pour plus valable qu'une autre, et *a fortiori* comme celle qui serait mise en œuvre dans le mécanisme de l'O.M.C.⁵². Si on peut naturellement formuler des hypothèses théoriques à partir de l'étude du règlement des différends, il reste que, comme l'a observé le professeur Mavroidis, « *[a]ttempting a comprehensive study on compliance by defaulting parties in the WTO is a quixotic exercise because of the lack of veritable information pertaining to the reasons for compliance. It is difficult to reconcile whether the WTO system itself induces compliance or if compliance occurred for reasons unrelated to the [dispute settlement mechanism]* »⁵³. Un aperçu de ces théories permettra cependant de déceler, au fil des développements de la présente recherche, certains éléments de symétrie et de dissymétrie, et surtout de complémentarité, que révèle le contentieux de la mise en conformité, et plus largement le règlement des différends de l'O.M.C.

En tentant de les systématiser, on peut identifier trois ensembles de raisons permettant d'expliquer la propension des Etats à exécuter leurs obligations internationales. Premièrement, la crainte d'une exécution forcée ou d'une sanction ; deuxièmement, l'intérêt particulier d'un Etat à un comportement particulier ou une situation particulière ; troisièmement, la perception (subjective) que la norme en cause est légitime. Ces trois hypothèses principales se retrouvent, sous ces formes mêmes ou des variantes d'elles, dans la plupart des théories qui ont été formulées pour expliquer le phénomène d'exécution par les Etats de leurs obligations internationales. La confrontation la plus vive oppose

52 Sans s'interroger plus spécifiquement sur la pertinence des différentes théories que nous mentionnerons ici, un auteur a par exemple suggéré, de manière générale, que le phénomène de conformité aux recommandations de l'O.R.D. serait tributaire des « *three Rs' of reputation (desire not to be seen as a scofflaw), retaliation (authorized by the DSB), and possible role reversal (i.e., the ability to demand implementation as a victorious complainant in future cases)* », v. J. MAGNUS, « Compliance with WTO dispute settlement decisions : is there a crisis ? », in R. YERXA et B. WILSON (eds), *Key Issues in WTO Dispute Settlement – The first ten years*, New York, Cambridge University Press, 2005, p. 244-245.

53 P. C. MAVROIDIS, « On Compliance in the WTO – Enforcement Amongst Unequal Disputants », Briefing Paper n° 12, *CUTS International*, 2012, n° 4, p. 2.

les partisans de l'idée que l'exécution, et donc la conformité au droit, ne serait produite que sous l'impulsion d'une forme de contrainte, et les défenseurs d'une approche plus sociologique, fondée sur la coopération et une gestion concertée de la conformité. Plusieurs formes de classification de ces théories ont été suggérées, dont aucune ne nous semble pleinement convaincante, dans la mesure où elles reflètent davantage la philosophie des auteurs de ces théories que le fond même des théories en cause⁵⁴. En revanche, en adoptant comme angle d'examen la perspective subjective de l'Etat soumis à une obligation internationale, il nous semble qu'on peut aborder les différentes théories de la conformité selon une dialectique relativement élémentaire : la manière la plus catégoriquement binaire de systématiser les différentes théories est celle consistant à s'interroger sur l'orientation de la motivation de l'Etat à se conformer au droit international, positive ou négative. Partant de là, on peut subdiviser les théories de la conformité en deux courants, tous deux situés au confluent entre l'étude du droit international et des relations internationales : celles fondées sur l'hypothèse que la conformité serait un phénomène spontané, auquel les Etats participeraient de bonne volonté et de manière désintéressée (A.) ; et celles, bien plus convaincantes selon nous, construites à partir du postulat que les motivations des Etats à exécuter leurs engagements internationaux sont essentiellement intéressées (B.).

A *La conformité comme phénomène spontané et désintéressé*

Les auteurs qui localisent l'impulsion de l'exécution des engagements internationaux dans une ou des motivation(s) « noble(s) » ont tous en commun de construire leurs théories à partir de l'hypothèse que la seule existence de normes juridiques servirait de ressort principal pour guider et influencer le comportement des Etats. Le respect par les Etats de leurs obligations internationales serait, en règle générale, le produit d'un sens moral et éthique du devoir, sous-tendu par une certaine perception du droit naturel et de la justice. Ces théories mettent alors l'accent sur la coopération, la coordination et l'assistance entre les Etats.

54 M. Burgstaller par exemple établit la typologie suivante : théories réalistes, théories institutionnalistes, et théories normatives, in M. BURGSTALLER, *Theories of Compliance with International Law*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, p. 95-102. Pour deux d'entre eux, les adjectifs nous paraissent certes expressifs, mais improprement employés ; en particulier, on ne perçoit pas à leur seul nom ce que désignent les théories « normatives » (ou normativistes ?), qu'on est intuitivement tenté d'associer à une approche kelsénienne, laquelle approche n'a cependant rien à voir avec ce que l'auteur associe à ce qu'il appelle « normatif / normativiste ».

Théorie de la légitimité (« legitimacy theory »)

Fortement influencé par les travaux de Rawls et de Dworkin, Franck postulait que l'exécution par les Etats de leurs obligations internationales est le résultat de ce qu'il appelait le « *compliance pull* »⁵⁵. L'hypothèse est développée à partir de l'argument (auquel Franck n'adhérait pas) selon lequel les normes internationales seraient impuissantes en l'absence de mécanisme capable d'assurer leur exécution forcée, ce qui l'amène à s'interroger sur le pouvoir non coercitif qu'elles exercent, et qu'elles *doivent* selon lui exercer. La force d'attraction que possèderaient selon lui les normes découlerait de leur légitimité, que l'auteur considèrerait comme étant une dynamique plus puissante qu'un mécanisme d'exécution forcée, en ce sens qu'elle repose sur un choix volontaire des Etats, formé à partir d'un mouvement de conviction et d'adhésion, et non pas sur la coercition⁵⁶. Quelques années plus tard, Franck ajoutait à l'édifice de sa théorie

55 Pour une présentation succincte des postulats servant d'appui à son étude, v. T. M. FRANCK, *The Power of Legitimacy Among Nations*, New York, Oxford University Press, 1990, p. 3.

56 L'auteur expliquait ainsi que « [*l]*aw obligates at least in part because of its location within an infrastructure of government, constitution, courts, and police. The rules of the international system obligate primarily because they are like the house rules of a club. [...] it is the desire to be a member of the club, to benefit by the status of membership, that is the ultimate motivator of conformist behavior: that and the clarity with which the rules were made and are applied, their venerable pedigree and conceptual appliance. In short, it is the legitimacy of the rules which conduces to their being respected », in T. M. FRANCK, *The Power of Legitimacy Among Nations*, *op. cit.*, p. 38. Cependant, la légitimité est un concept qui se mesure en degrés ; il en découle que la conformité l'est également, fonction du degré de légitimité de la norme. Franck identifiait quatre facteurs révélateurs de légitimité : (1) la précision d'une norme (*determinacy*), qui permet en particulier de distinguer les « *idiot rules* » (normes ne prévoyant aucune exception à la prescription ou interdiction qu'elles contiennent) et les « *sophist rules* » (normes plus complexes, sujettes aux exceptions, et donc par nature plus malléables) ; (2) la validation symbolique de la norme (qui renvoie à sa dimension culturelle et anthropologique) ; (3) la cohérence (interne et externe) de la norme ; (4) l'adhésion, que Franck entendait comme le lien vertical entre une norme primaire et une hiérarchie de normes secondaires. Ces quatre indicateurs seraient déterminants dans le processus d'édiction de la norme, qui serait à son tour déterminant pour savoir si la norme ainsi produite sera apte à exercer une force d'attraction vers la conformité. On remarque cependant que Franck n'incluait pas dans son « baromètre » de la légitimité le concept de justice, au motif que celle-ci ne saurait être associée qu'aux personnes physiques (v. *ibid.*, p. 208). L'argument nous paraît discutable, et en toute hypothèse faut-il avoir conscience de ce qu'il repose sur une conception subjective de la justice. L'auteur la maintenait néanmoins au motif qu'une norme injuste peut être légitime.

de la légitimité le concept de « *fairness* »⁵⁷. Par certains aspects convaincante et au minimum séduisante⁵⁸, la théorie de Franck a cependant le défaut de ne pas expliquer pourquoi les critères qu'il avance seraient déterminants pour les Etats, ni même pourquoi légitimité et *fairness* seraient des dénominateurs communs pour eux. De même, elle porte en creux une forme de circularité : si selon Franck la légitimité d'une norme détermine le « *compliance pull* » qu'elle exercera, inversement la capacité d'une norme à assurer son propre respect peut permettre de mesurer sa légitimité.

Théorie managériale (« managerial theory »)

Dans la continuité des postulats de Franck, les professeurs Abram et Antonia Chayes admettaient que les normes juridiques ont certaines caractéristiques intrinsèques qui incitent les Etats à les respecter, mais adoptaient davantage une vision institutionnaliste, selon laquelle le phénomène de conformité serait le produit de l'interaction entre les Etats au sein d'institutions et organisations. Leur théorie est construite à partir de la conviction que les Etats auraient une tendance naturelle à respecter leurs engagements internationaux. Selon eux, les violations du droit international seraient par conséquent largement non intentionnelles et conjoncturelles⁵⁹. Ils en déduisaient l'inadéquation inhérente d'un mécanisme d'exécution forcée à l'ordre juridique international, du fait de son impuissance face à ce qui serait, dans la majorité des cas, une véritable impossibilité d'exécuter pour l'Etat concerné⁶⁰. Partant de ces constats, ils proposaient une approche fondée sur ce qu'ils appelaient le « *compliance*

57 T. M. FRANCK, *Fairness in International Law and Institutions*, Oxford, Clarendon Press, 1997, 536 p.

58 Construisant sur la théorie de Franck, M. Broude enracine le phénomène de conformité entièrement dans la légitimité des normes, de laquelle découle la légitimité des institutions et des branches de pouvoir, v. T. BROUDE, *International Governance in the WTO: Judicial Boundaries and Political Capitulation*, Londres, Cameron May, 2004, spéc. p. 66-73.

59 Les raisons avancées sont notamment l'ambiguïté et l'imprécision des termes d'un traité, l'impossibilité matérielle pour une partie à un traité de respecter ses engagements, les enjeux sociaux, économiques et politiques sous-tendant un traité.

60 Ainsi, ils vouaient catégoriquement à l'échec un ordre juridique international fondé sur la seule contrainte, v. A. CHAYES et A. H. CHAYES, *The New Sovereignty: Compliance with International Regulatory Agreements*, Cambridge, Harvard University Press, 1998, spéc. p. 32-33. Les auteurs dénonçaient fermement l'analogie inadéquate avec le modèle de droit interne, et expliquaient l'inefficacité des sanctions en droit international par des raisons de coût, de légitimité, et de dépendance de facteurs tels que la puissance économique des Etats concernés ; dès lors, les sanctions (v. *ibid.*, spéc. p. 108).

management », au moyen d'une plus grande transparence, la mise en place de systèmes de règlement des différends et de surveillance de la mise en conformité, et le renforcement du *capacity building* et de l'assistance technique. En d'autres termes, il s'agirait essentiellement de réduire les obstacles à une bonne exécution des obligations internationales, et de convaincre les Etats de modifier leurs comportements en les encadrant davantage. Cette hypothèse ne peut se réaliser spontanément et aura une plus forte chance de prospérer dans un cadre institutionnel sophistiqué. Sans surprise, les partisans de la théorie de la coercition (v. *infra*) ont opposé à la théorie managériale de cinglantes critiques, faisant valoir que les régimes les plus sophistiqués ont mis en place les systèmes d'exécution les plus coercitifs, et que c'est précisément au sein des régimes où existe une forme de coercition que le bilan de conformité est le meilleur. Plus généralement, et bien qu'il soit indéniable que le modèle de managérialisme proposé par Mme et M. Chayes participe de manière essentielle à la bonne exécution de leurs engagements internationaux par les Etats, il reste qu'il ne semble pleinement efficace que pour autant que les Etats concernés partagent les mêmes valeurs et intérêts. Ces intérêts peuvent cependant être définis très largement, comme le montre l'agrégation de 157 Membres au sein d'une organisation telle que l'O.M.C., qui illustre d'ailleurs une mise en œuvre très efficace (mais pas exclusive) du modèle managérial.

Théorie institutionnaliste

Fondée sur la *regime theory* anglo-américaine, la théorie institutionnaliste met en valeur le rôle bénéfique des institutions internationales dans le renforcement de la coopération entre les Etats. Toutefois, des régimes spéciaux n'apparaîtraient que s'il est, à long terme, dans l'intérêt des Etats de coopérer. En d'autres termes, les comportements de conformité au droit international des Etats seraient donc largement stratégiques. Au sein de cette théorie s'est développé un courant de tendance rationaliste plus prononcée, tandis que d'autres auteurs se sont rapprochés du constructivisme. Le professeur Keohane par exemple, représentant du courant rationaliste instrumentaliste, affirme que la coopération permettrait aux Etats de mettre en place des institutions internationales, au sein desquelles seront produites des normes juridiques, qui à leur tour influenceraient le comportement des Etats. La conformité au droit international s'expliquerait alors par le fait que les normes feraient partie d'un régime juridique auquel les Etats ont adhéré, et qu'ils ont même largement contribué à façonner⁶¹. Les constructivistes tels que les professeurs Brunnée

61 R. O. KEOHANE, *After Hegemony : Cooperation and Discord in the World Political Economy*, Princeton, Princeton University Press, 1984, spéc. p. 244-245.

et Toope s'intéressent davantage à l'émergence de valeurs communes, qui contribueraient à forger l'identité des Etats. La coopération des Etats au sein de structures institutionnelles est alors essentielle, dans la mesure où ces institutions permettent de faire émerger des valeurs communes, qui à leur tour imprégneront et contribueront à construire l'identité des acteurs⁶². Dès lors, « *compliance is less a matter of rational calculation or imposed constraints than of internalized identities and norms of appropriate behavior* »⁶³.

Théorie du processus juridique transnational (« transnational legal process theory »)

Le courant du « *transnational legal process* » est dérivé de l'école du « *legal process* » qui s'est imposé comme un cadre d'analyse du droit interne aux Etats-Unis au cours des années 1950, prônant une approche sociologique dans l'interprétation et l'application du droit. En ce sens, M. Koh place au centre de son analyse le rôle des acteurs publics et privés, ainsi que leur interaction tant dans l'ordre juridique interne qu'international. De même que la théorie libérale qui sera présentée ci-dessous, elle repose sur la désagrégation de l'Etat entendu au sens du modèle westphalien et sur une redistribution des rôles, en faveur des acteurs non étatiques tels que les O.N.G. ou les entreprises. L'interaction entre ces acteurs transnationaux révélerait alors des modèles comportementaux et ferait émerger des normes internationales qui, au bout du processus, seraient intégrées dans les institutions de l'ordre juridique interne. Ce processus est donc caractérisé par ce que M. Koh appelle l'internationalisation : les Etats internaliseraient les normes issues de la coopération internationale ; cette intégration dans leurs propres systèmes de droit et de valeurs créerait naturellement chez eux une tendance à la conformité⁶⁴. En d'autres termes, l'exécution par les Etats de leurs obligations internationales serait imputable à la seule incorporation des normes dans l'ordre juridique interne. Cette théorie laisse cependant dubitatif s'agissant du processus d'internationalisation sur lequel elle repose : selon quels critères et quels moyens cette interna-

62 J. BRUNNÉE et S. J. TOOPE, « International Law and Constructivism : Elements of an Interactional Theory of International Law », *Colum. J.T.L.*, 2000, vol. 39, n° 1, spéc. p. 30-31 et 67. V. également, des mêmes auteurs, « Persuasion and Enforcement : Explaining Compliance with International Law », *Finn. Yb.I.L.*, 2002, vol. 13, p. 273-295, spéc. p. 277-278 et 287-291.

63 V. K. RAUSTIALA et A.-M. SLAUGHTER, « International Law, International Relations and Compliance », in B. A. SIMMONS, W. CARLSNAES et T. RISSE (eds), *Handbook of International Relations*, Londres, SAGE Publications, 2002, p. 540.

64 V. H. KOH, « Bringing International Law Home », *Hous. L. Rev.*, 1998, vol. 35, n° 3, p. 644. V. également, du même auteur, « Why Do Nations Obey International Law ? », *op. cit.*

lisation intervient-elle ? De la même manière, la théorie de M. Koh ne semble opérer raisonnablement que dans l'hypothèse où un Etat a un intérêt direct à la coopération ; en ce sens, elle se rapprocherait du courant rationaliste, ce dont elle se défend cependant.

B *La conformité comme phénomène calculé et intéressé*

A l'opposé de ces théories se situent celles construites sur la prémisse d'une approche fondamentalement intéressée et utilitariste des Etats : ceux-ci seraient des acteurs rationnels, qui agiraient essentiellement en fonction du résultat anticipé d'une analyse coût-bénéfice. De cette hypothèse initiale est inféré que la dissuasion, la persuasion et, si besoin, la coercition sont les éléments-clés pour assurer la conformité des Etats au droit international.

Théorie réaliste

La théorie réaliste décrit un ordre international dans lequel le droit n'a qu'une faible incidence, voire aucune, sur le comportement des Etats. La structure anarchique du système international, dont les principaux acteurs sont les Etats, créerait une situation d'instabilité, ou même de conflit, à un degré tel que les Etats seraient constamment confrontés à l'éventualité de la guerre. Dans ces conditions, l'unique boussole opératoire pour le système international serait le pouvoir. De cette prémisse, la théorie réaliste tire alors le postulat d'une analyse coût-bénéfice pour expliquer le phénomène de conformité au droit international. Cette hypothèse renvoie à la célèbre « *cynic's formula* » de Henkin, selon laquelle, « *since there is no body to enforce the law, nations will comply with international law only if it is in their interest to do so ; they will disregard law or obligation if the advantage of violation outweigh the advantages of observance* »⁶⁵. Prenant appui sur cette formule, le professeur Neuhold postule qu'un Etat tente toujours d'apprécier le « prix » d'une possible violation de ses engagements internationaux. Dans cette évaluation, il tiendrait compte avant tout de la lourdeur des sanctions auxquelles il s'expose, de la probabilité qu'elles lui soient effectivement infligées, et de la probabilité que l'infraction qu'il envisage attirera réellement l'attention de la communauté internationale⁶⁶. L'auteur parvient à la conclusion qu'au terme de cette

65 L. HENKIN, *How Nations Behave*, op. cit., p. 49.

66 H. NEUHOLD, « The Foreign Policy Cost-Benefit Analysis Revisited », *G.Yb.I.L.*, 1999, vol. 42, p. 88. L'auteur n'accorde cependant pas un poids considérable à la crainte de la sanction, dans la mesure où il juge la plupart des mesures répressives comme largement inefficaces. En revanche, il envisage également comme déterminantes les considérations liées à la réputation d'un Etat, à la dimension communautariste du droit international

analyse coût-bénéfice, et quand bien même le prix d'une violation serait lourd, les avantages excéderaient souvent les coûts estimés ; l'Etat privilégierait alors dans la plupart des cas ses intérêts propres et immédiats, au prix d'une violation de ses engagements internationaux⁶⁷. Si nous tenons cette théorie pour plausible dans de nombreux cas, elle a néanmoins l'inconvénient d'évoluer largement sur le terrain de la spéculation : malaisée à être invalidée, elle l'est tout autant à être entièrement validée. Par ailleurs, elle n'est pas pareillement pertinente dans tous les domaines du droit international : dès lors que sont en cause des intérêts que les Etats identifient comme touchant à des valeurs communes, il semblerait qu'ils soient davantage disposés à faire céder leurs intérêts individuels devant le respect de leurs engagements.

*Théorie de la coercition (« enforcement theory »)*⁶⁸

La théorie de la coercition, ou « *political economy theory* », est une variante de la précédente, largement répandue. Ses partisans avancent la coercition

(dans la mesure où le droit d'invoquer une violation du droit international est, dans certains régimes, étendu au-delà du cercle des Etats directement lésés), au coût interne de sa violation. Sans y voir une véritable source d'impulsion, l'auteur tient compte également de l'élément psychologique, entendu comme la réticence naturelle des Etats à violer sciemment leurs obligations internationales.

67 On retrouve cette même idée, poussée à son extrême, dans la pensée réaliste de Morgenthau, selon qui le droit international ne peut guère jouer d'autre rôle que celui d'épiphénomène dans l'ordonnement de la vie internationale (v. par exemple H. J. MORGENTHAU, *Politics Among Nations – The Struggle for Power and Peace*, New York, McGraw-Hill, 1993, 419 p.). Dans le même sens, v. l'opinion avancée in J. L. GOLDSMITH et E. A. POSNER, *The Limits of International Law*, New York, Oxford University Press, 2005, 262 p., selon qui le droit international ne serait, certes, pas insignifiant, mais en revanche quasiment impuissant, et qu'en particulier il n'exercerait aucune force d'attraction sur les Etats vers un comportement de conformité contraire à leurs intérêts. Mais v. cependant la critique de la théorie réaliste par B. KINGSBURY, « The Concept of Compliance as a Function of Competing Conceptions of International Law », *Mich. J.L.L.*, 1998, vol. 19, n° 2, spéc. p. 351 : « [r]ealist positions undergird apologetic explanations of conformity of behavior with international legal rules based on the alleged correspondence between the rules and the interest of States. This correspondence itself is explained by the proposition that States make the law and thus are likely only to make rules they can live with ».

68 Bien que son nom puisse y inviter, la théorie de la coercition ne peut d'aucune manière être rapprochée de celle dite des « contraintes juridiques » développée en France notamment par le professeur Troper. La théorie des contraintes juridiques est construite sur le postulat initial que, les acteurs juridiques étant libres dans la production et l'interprétation des normes et énoncés juridiques, ils peuvent agir de manière aussi fantaisiste et irrationnelle qu'ils l'entendent. Pour autant, ils ne le font pas. La théorie avancée vise alors à expliquer

comme principal outil de conformité au droit international, qui serait le corollaire du renforcement des instruments juridiques internationaux, lesquels devraient être assortis de techniques de plus en plus persuasives (dans le sens de la conformité), ou inversement dissuasives (dans le sens de la violation). En d'autres termes, le respect du droit international serait essentiellement fonction de la puissance des stratégies de dissuasion de sa violation. Les plus efficaces d'entre elles seraient, selon le professeur Downs, les mécanismes d'exécution forcée et la menace de la sanction⁶⁹. L'intensité que devrait idéalement avoir la sanction afin de dissuader effectivement un Etat de violer ses engagements internationaux devrait cependant être variable, en fonction du bénéfice que représenterait pour l'Etat l'infraction envisagée⁷⁰. En d'autres termes, le facteur déterminant ne serait pas l'application effective d'une sanction mais sa menace, menace qui suppose cependant que les dispositifs de sanction existent bien⁷¹. C'est cette perception précisément qui apparaissait

ce phénomène, et l'hypothèse proposée est la suivante : ce comportement n'est le résultat ni d'obligations juridiques, ni d'un phénomène d'autolimitation, mais tient à des *contraintes internes* au système juridique. En particulier, un acteur juridique doit tenir compte des moyens d'action dont le système investit ses autres acteurs. Par ailleurs, tout acte ou décision est soumis à un exercice de justification. La question est alors d'acceptabilité, au regard des contraintes internes pesant sur le système. En ce sens, la notion de légitimité n'est alors pas loin, et on pourrait être tenté de tracer un parallèle avec la théorie de la légitimité développée par Franck. Dans le même temps, on sent aussi très fortement dans la théorie des contraintes juridiques la présence du postulat sous-jacent qu'un acteur n'agira jamais qu'en fonction de son intérêt, et la théorie tend alors plus nettement vers les théories rationalistes de la *compliance*. Sur la théorie des contraintes juridiques, v. M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS et Ch. GRZEGORCZYK (dir.) *Théorie des contraintes juridiques*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2005, 203 p., en particulier les contributions de V. CHAMPEIL-DESPLATS et M. TROPER, « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », p. 11-23 ; et Ch. GRZEGORCZYK, « Obligations, normes et contraintes juridiques – Essai de reconstruction conceptuelle », p. 25-42.

69 V. G. W. DOWNS, « Enforcement and the Evolution of Cooperation », *Michigan J.L.L.*, 1998, vol. 19, n° 2, spéc. p. 321. Dans le même sens, v. par exemple W. M. REISMAN, « The Enforcement of International Judgments », *op. cit.*, p. 1 ; R. FISHER, *Improving Compliance with International Law*, Charlottesville, University Press of Virginia, 1981, p. 14-15.

70 Les sanctions pourraient ainsi consister en des mécanismes aussi variés que des contre-mesures, des amendes, des sanctions politiques, ou encore des tactiques de « *shame and blame* ».

71 G. W. DOWNS, « Enforcement and the Evolution of Cooperation », *op. cit.*, spéc. p. 326. L'auteur fait valoir en ce sens que certains des instruments internationaux les plus achevés substantiellement ont mis en place des mécanismes d'exécution, et que leur seule existence joue un rôle déterminant sur l'esprit dans lequel se déroulent les négociations (v. *ibid.*, spéc. p. 335).

déjà dans le constat pragmatique qu'avait fait le groupe spécial dans l'affaire *Etats-Unis – Article 301, Loi sur le commerce extérieur* : « pour obtenir ce que l'on veut, le seul fait de brandir un gros bâton est souvent un moyen aussi efficace que de s'en servir réellement »⁷². Une illustration notable de l'efficacité de la menace d'une suspension de concessions à l'O.M.C. est l'affaire *Etats-Unis – Sauvegardes concernant l'acier* : à peine deux mois après que les Etats-Unis avaient adopté les mesures de sauvegarde contestées⁷³, les Communautés européennes⁷⁴ avaient notifié à l'O.M.C. une liste de mesures qu'elles proje-

72 Plus précisément, le groupe spécial avait expliqué que « [l]es Membres sur qui plane la menace de mesures unilatérales, en particulier lorsque celle-ci émane d'un Membre puissant sur le plan économique, peuvent en effet être forcés de céder aux exigences imposées par le Membre qui emploie la menace, avant même que les procédures prévues dans le Mémorandum d'accord n'aient été engagées », rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Articles 301 à 310 de la loi de 1974 sur le commerce extérieur*, WT/DS152/R, 22 décembre 1999. Mais v. aussi l'argument du professeur Vranes, qui fait valoir, à juste titre selon nous, que la menace existante doit être *crédible* (et considère que celle des suspensions de concessions, y compris entre grandes puissances économiques, ne l'est pas, pour des raisons de difficultés de mise en œuvre, comme on a pu les apercevoir dans un cas tel que *Etats-Unis – FSC*), in E. VRANES, « Policy Lessons from Transatlantic Trade Disputes », in S. GRILLER et B. WEIDEL (eds), *External Economic Relations and Foreign Policy in the European Union*, Vienne, Springer, 2002, spéc. p. 224-226. Bien qu'elle ne se revendique pas une théorie de la conformité, une autre approche, développée par le professeur Nye, prend ainsi appui non pas sur la persuasion ou la dissuasion par la menace, mais au contraire sur une forme de persuasion douce. Dans l'essence, cette approche, appelée du « *soft power* », vise à « *get what you want through attraction rather than coercion or payments* » (J. S. NYE, *Soft Power – The Means of Success in World Politics*, New York, PublicAffairs, 2004, p. x), et a largement guidé la conduite de la politique étrangère des Etats-Unis à partir de la fin des années 1980. V. également du même auteur, appliquant le modèle du *soft power* à la gouvernance par les Etats-Unis, *Bound to Lead – The Changing Nature of American Power*, New York, Basic Books, 1990, 336 p. ; *The Paradox of American Power – Why the World's Only Superpower Can't Go it Alone*, New York, Oxford University Press, 2002, 222 p. (en général sur le modèle du *soft power*, v. pp. xiv et 8-13).

73 Par une proclamation présidentielle du 5 mars 2002. L'affaire en cause est *Etats-Unis – Mesures de sauvegarde définitives à l'importation de certains produits en acier*. La plainte initiale a été introduite en 2002 par les Communautés européennes, mais y ont ensuite été jointes les plaintes du Japon, de la Corée, de la Chine, de la Norvège, de la Suisse, de la Nouvelle-Zélande et du Brésil. V. les constatations et conclusions de l'Organe d'appel dans son rapport, *Etats-Unis – Sauvegardes concernant l'acier*, WT/DS248/AB/R, WT/DS249/AB/R, WT/DS251/AB/R, WT/DS252/AB/R, WT/DS253/AB/R, WT/DS254/AB/R, WT/DS258/AB/R, WT/DS259/AB/R, 10 novembre 2003, par. 513-514.

74 Jusqu'au 1^{er} décembre 2009, le nom officiel employé à l'O.M.C. était « Communautés européennes » ; ce nom figure sur tous les documents officiels de l'Organisation produits

taient de prendre en vertu de l'article 8 de l'Accord sur les sauvegardes⁷⁵. Dès la circulation du rapport de l'Organe d'appel condamnant les mesures de sauvegarde américaines, en novembre 2003, les Communautés européennes ont « réactivé » cette liste et ainsi fait connaître une série de produits américains qu'ils cibleraient si les Etats-Unis n'exécutaient pas leur obligation de mise en conformité. L'année suivante se tenait aux Etats-Unis la prochaine élection présidentielle, et les Communautés ont très utilement exploité ce calendrier électoral puisqu'elles ciblaient en particulier les produits Tropicana exportés de Floride, lieu de la débâcle entre les candidats Bush et Gore en 2000. A peine quelques semaines plus tard, le 4 décembre 2003, une proclamation du Président des Etats-Unis annonçait la fin des mesures de sauvegarde, officiellement pour des raisons sans le moindre rapport avec leur condamnation à l'O.M.C.⁷⁶.

jusqu'à cette date et il sera également employé ici pour tous les différends antérieurs à elle. Depuis le 1^{er} décembre 2009, date d'entrée en vigueur du traité de Lisbonne et des modifications qu'il opère des traités constitutifs, en particulier la consécration de la personnalité juridique de l'Union, ce nom a été remplacé par « Union européenne ». Les abréviations officielles antérieures et postérieures à cette date sont « CE » et « UE ». L'Union européenne ainsi que chacun de ses 27 Etats Membres sont membres à part entière de l'Organisation, soit en tout 28 Membres. Pour la très vaste majorité des questions, les Etats Membres de l'Union sont représentés à l'O.M.C. par l'Union au moyen de la Commission européenne, organe exécutif de l'Union, qui coordonne la position commune depuis Bruxelles. Cependant, une question ne concerne parfois qu'un Etat Membre spécifique et il est alors individuellement désigné (par exemple s'agissant des notifications relatives aux législations nationales des Etats Membres en matière de propriété intellectuelle).

75 L'article 8 de l'Accord sur les sauvegardes est intitulé « Niveau de concessions et d'autres obligations » en français, mais son titre anglais, « *Rebalancing mechanism* », parle pour lui-même : en substance, c'est de suspensions de concessions en réponse à une mesure de sauvegarde qu'il s'agit, si les parties concernées ne parviennent pas à un accord permettant de compenser les effets défavorables de la mesure en cause.

76 A titre presque anecdotique, signalons un article publié le lendemain dans le quotidien *The New York Times*, qui commentait la décision du président Bush dans les termes suivants : « *For the organization that conservatives, and some liberals, once denounced as an "unelected bureaucracy" that should never be given power over American jobs, this case was the rough equivalent of Marbury v. Madison, the 1803 decision that established the Supreme Court as the final arbiter of the constitution, able to force Congress and the executive branch to comply with its rulings* », D. E. SANGER, « A Blink From the Bush Administration », *The New York Times*, 5 décembre 2003, p. A.28. Sur l'affaire précitée et l'efficacité de la menace de suspension de concessions, v. notamment Ch. P. BOWN, « U.S.-China Trade Conflicts and the Future of the WTO », *The Fletcher Forum of World Affairs*, 2009, vol. 33, n° 1, spéc. p. 37.

Théorie de la réputation

Un autre courant rationaliste considère que l'incitation principale des Etats à se conformer au droit international relèverait de considérations strictement égoïstes liées à leur réputation au sein de la communauté internationale (y compris, donc, la crainte de sanction : par peur non pas de la sanction elle-même, mais de l'atteinte qu'elle porterait à leur réputation). Le professeur Guzman prend ainsi appui sur le « *prisoner's dilemma* », célèbre pour démontrer la raison pour laquelle un ensemble de décisions, pourtant rationnelles à l'échelle individuelle, peut ne pas aboutir à un résultat rationnel à l'échelle globale⁷⁷. Il en déduit qu'un haut coefficient de conformité au droit international n'implique pas nécessairement que l'existence d'une norme internationale obligatoire aurait influencé le comportement positif des Etats, au contraire : « *[i]n the absence of other enforcement mechanisms, [...] a state's commitment is only as strong as its reputation* »⁷⁸. De cette hypothèse, il infère le pronostic que si la perte de sa bonne réputation par un Etat et les coûts directs engendrés par la violation sont moins importants que les bénéfices qu'il obtiendrait inversement, alors il n'hésitera pas à commettre une infraction au droit international⁷⁹. Cette théorie ne semble cependant se vérifier qu'à l'intérieur d'un même domaine : si la violation concerne le droit international financier, c'est la réputation de l'Etat dans ce domaine qui sera affectée ; l'extension à d'autres sphères du droit international est improbable, ce qui réduit considérablement la portée pratique de cette théorie⁸⁰.

77 Nous aurons à revenir sur le dilemme du prisonnier et exposerons alors son hypothèse.

78 A. T. GUZMAN, « A Compliance-Based Theory of International Law », *Cal. L. Rev.*, 2002, vol. 90, p. 1849.

79 *Ibid.*, p. 1844-1846. La théorie de la réputation est plus amplement développée in A. T. GUZMAN, *How International Law Works : A Rational Choice Theory*, New York, Oxford University Press, 2008, 260 p., en particulier le chapitre 3 (spéc. p. 71-109) ; « The Cost of Credibility : Explaining Resistance to Inter-State Dispute Resolution Mechanisms », *J. Legal Stud.*, 2002, vol. 31, n° 2, p. 303-326 ; et « The Design of International Agreements », *E.J.I.L.*, 2005, vol. 16, n° 4, p. 579-612 (où l'auteur affirme que les mécanismes destinés à accroître la crédibilité et l'efficacité d'un instrument conventionnel donné (« *design elements* »), y compris en ce qu'ils rendent les violations plus coûteuses pour les Etats, font habituellement défaut). Plus récemment, le professeur Mushkat a ajouté à la théorie de la réputation de laquelle, sans en nier la pertinence, il démontre les indéterminations, tenant en particulier à ce qu'elle a été entièrement forgée sur la base d'un modèle occidental de ce que serait une « bonne » réputation. V. R. MUSHKAT, « State Reputation and Compliance with International Law : Looking through a Chinese Lens », *Chin. J.I.L.*, 2011, vol. 10, n° 4, p. 703-737.

80 Dans la droite ligne de l'affaire *LaGrand*, l'affaire *Avena* a jeté de sérieux doutes sur la validité de la théorie de la réputation, tant les déclarations américaines semblaient

Théorie libérale

Les deux pionniers de la théorie libérale de la conformité, les professeurs Moravcsik et Slaughter, empruntent leur raisonnement à une théorie libérale des relations internationales, qu'ils appliquent et adaptent au droit international. L'hypothèse sous-tendant leur raisonnement est que le comportement des Etats reflètera toujours leurs préférences : « *what states do is determined by what states want* »⁸¹. Cette proposition doit cependant tenir compte de ce que les Etats ne sont ni les seuls ni même les principaux acteurs de l'ordre juridique international, mais que les acteurs privés jouent désormais les rôles clés⁸². Sur ces prémisses, ces auteurs relient le comportement des Etats au type de leur régime interne et au rapport entre l'Etat et la société ; en ce sens, les affinités entre eux jouent un rôle moteur dans leurs agissements. Les Etats qu'ils qualifient de « libéraux »⁸³ seraient ainsi beaucoup moins susceptibles d'entrer en conflit avec d'autres Etats également libéraux qu'avec des Etats non

réfractaires à la pression de l'opinion publique internationale (pour rappel, le Gouverneur du Texas avait notamment déclaré que la Cour n'avait aucune compétence au Texas, v. *supra*).

- 81 A.-M. SLAUGHTER BURLEY, « International Law and International Relations Theory : A Dual Agenda », *A.J.I.L.*, 1993, vol. 87, n° 2, p. 228.
- 82 V. A.-M. SLAUGHTER, « International Law in a World of Liberal States », *E.J.I.L.*, 1995, vol. 6, n° 1, p. 508. Pour un développement approfondi de ce sujet, v. A.-M. SLAUGHTER, *A New World Order*, Princeton, Oxford, Princeton University Press, 2005, 341 p. L'auteur y expose le modèle d'un ordre mondial « *based on government networks, working alongside and even in place of more traditional international institutions* » (p. 10), qui suppose de « pousser le paradigme », selon l'expression de Mme Slaughter, en construisant sur la conscience que l'Etat, certes, ne disparaît pas, mais qu'il est désormais « désagréé » au regard de ses compétences (v. spéc. p. 12-15). L'auteur en conclut à une « souveraineté désagréée », dans laquelle « *sovereignty-as-autonomy* » est effacée par une souveraineté qui serait synonyme de statut, d'appartenance et de participation (v. spéc. p. 266-271). La même idée sous-tend la proposition selon laquelle le modèle pyramidal du droit serait aujourd'hui concurrencé par un modèle de « droit en réseau » (v. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des F.U.S.L., 2002, p. 14), et c'est elle qui donne l'impulsion à une réflexion sur le rôle joué en particulier par les réseaux transnationaux dans les processus de prise de décision et d'élaboration de normes, et qui débouche alors sur la question de la légitimité de ces acteurs (sur ce thème v. par exemple A. HAMANN et H. RUIZ FABRI, « Transnational Networks and Constitutionalism », *Int. J. Con. L.*, 2008, vol. 6, n° 3-4, p. 481-508 / « Réseaux transnationaux et constitutionnalisme », in H. RUIZ FABRI et M. ROSENFELD (dir.), *Repenser le constitutionnalisme à l'âge de la mondialisation et de la privatisation*, Paris, S.L.C., 2011, p. 173-204).
- 83 Selon cette théorie, un Etat est libéral lorsque son régime est démocratique, qu'il y existe une économie de marché fondée sur le droit de propriété, et que les droits civils

libéraux, non pas parce qu'ils seraient plus pacifiques par nature, mais parce que les facteurs qui font d'eux des Etats libéraux réduiraient la probabilité d'un conflit entre eux⁸⁴. Selon ce modèle libéral, assurer l'exécution des obligations internationales des Etats au moyen d'un mécanisme de règlement des différends neutre, renforcé par des techniques coercitives, serait l'outil optimal au service du respect du droit international, d'autant plus que les Etats libéraux seraient plus enclins à soumettre leurs différends au contrôle d'un organe juridictionnel⁸⁵.

L'inconvénient que partagent toutes ces théories est de n'être que partielles. Toutes se concentrent sur la seule conformité, mais aucune d'elles ne s'intéresse aux hypothèses de non-conformité qui subsistent pour chacune d'elles, et encore moins les explique. Par ailleurs, chacune permet, avec plus ou moins de force de conviction, d'expliquer la conformité dans le domaine ou selon l'angle choisi par son auteur, mais la plupart perdent de leur pertinence dès

et politiques y sont constitutionnellement garantis, v. par exemple A.-M. SLAUGHTER, « International Law in a World of Liberal States », *op. cit.*, p. 509.

84 V. en particulier A.-M. SLAUGHTER, « International Law in a World of Liberal States », *op. cit.*, spéc. p. 532. Dans sa réponse aux propositions de la théorie libérale (et en particulier celle de l'auteur précitée), le professeur Alvarez s'est fermement opposé à la thèse avancée, en démontrant à l'exemple des Etats-Unis que les Etats répondant aux critères du libéralisme énoncés par ces auteurs n'ont d'aucune manière une plus forte propension à respecter leurs engagements internationaux ; poussant le raisonnement et la provocation à son paroxysme, il a même suggéré que les Etats-Unis, sorte de modèle pour les auteurs critiqués, en application des critères qu'ils énoncent, devraient être disqualifiés du statut d'« Etat libéral », v. J. E. ALVAREZ, « Do Liberal States Behave Better ? A Critique of Slaughter's Liberal Theory », *E.J.I.L.*, 2001, vol. 12, n° 2, spéc. p. 194-199. Les Nations Unies et l'O.M.C. témoignent en effet régulièrement de ce que ce sont les Etats dits « libéraux » qui résistent le plus fréquemment et aisément à leurs obligations internationales (v. *ibid.*, p. 210). L'analyse de MM. Busch et Reinhardt amène à la même conclusion, s'agissant plus spécifiquement de la résistance aux recommandations et décisions des organes de jugement de l'O.M.C., in M. L. BUSCH et E. REINHARDT, « Bargaining in the Shadow of the Law – Early Settlement in GATT/WTO Disputes », *Fordh. I.L.J.*, 2000, vol. 24, n° 1-2, p. 158-172. Mme Slaughter nuancait d'ailleurs plus tard ses propos et reconnaissait que ce sont précisément les Etats dont les systèmes juridiques internes sont les plus élaborés qui sont le plus susceptibles de résister aux techniques et mécanismes d'exécution, v. par exemple K. RAUSTIALA et A.-M. SLAUGHTER, « International Law, International Relations and Compliance », *op. cit.*, p. 548, et A.-M. SLAUGHTER, « A Liberal Theory of International Law », *A.S.I.L. Proc.*, 2000, vol. 94, p. 249.

85 A.-M. SLAUGHTER, « International Law in a World of Liberal States », *op. cit.*, p. 532-534. V. aussi *id.*, « International Law and International Relations Theory : A Dual Agenda », *op. cit.*, p. 236.

qu'on tente de les transposer hors de leur habitat naturel. Les théories réalistes par exemple semblent pertinentes dans l'hypothèse où les Etats sont les acteurs principaux, comme c'est le cas en matière de commerce et de limitations de l'armement, mais deviennent branlantes dans des domaines où les acteurs privés jouent un rôle prépondérant, comme en droit international financier ; la théorie de la réputation paraît valide essentiellement dans des domaines comme le droit financier ou le droit économique, où la conclusion d'accords est tributaire de la confiance mutuelle entre les Etats ; l'approche managérialiste semble utile dans des hypothèses appelant la coordination entre Etats, mais moins dans celles appelant la collaboration, où un mécanisme de contrainte sera plus efficace qu'un appareil de « *compliance management* ». Cependant, ce défaut peut ne pas en être un dès lors qu'on admet que la conformité au droit international est un phénomène à géométrie variable⁸⁶. Ces différentes théories ne doivent alors pas être tenues pour exclusives les unes des autres, et il nous semble que c'est au contraire leur complémentarité qui offre l'approche la plus complète des difficultés d'exécution des obligations internationales, complémentarité qui suppose cependant une certaine adaptabilité⁸⁷.

86 En ce sens, le professeur Kingsbury faisait déjà valoir que la signification de la notion de « *compliance* » est toujours fonction de la théorie qui prétend l'expliquer, si bien que la notion ne jouit d'aucune autonomie et généralité mais possède au contraire un sens variable selon la théorie énoncée. L'auteur conteste par conséquent la tendance de l'ensemble de ces théories à entendre la « *compliance* » comme désignant le comportement conforme aux prescriptions légales, v. B. KINGSBURY, « The Concept of Compliance as a Function of Competing Conceptions of International Law », *op. cit.*, p. 345-372. Dans le même sens, v. K. MICKELSON, « Carrots, Sticks, or Stepping-Stones : Differing Perspectives on Compliance with International Law », *op. cit.*, spéc. p. 36-38, qui fait valoir la fluidité de la notion et dès lors l'importance de l'entendre au regard d'un contexte clairement identifié.

87 A l'appui de cette hypothèse, on peut citer de nouveau les événements autour de l'exécution par les Etats-Unis de la décision de la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Avena*, qui ont récemment démenti toutes les *compliance theories* avancées. Elles ont démontré au contraire que l'explication du comportement américain reposait sur un jeu d'équilibre entre de multiples facteurs allant de la sauvegarde des valeurs (c'est-à-dire de l'identité américaine) à l'influence des gouvernements étrangers, en passant par le rôle des groupes de pression. Pour une analyse approfondie de l'exécution dans cette affaire, v. D. PULKOWSKI, « Testing Compliance Theories : Towards US Obedience of International Law in the *Avena* Case », *Leiden J.I.L.*, 2006, vol. 19, n° 2, p. 511-554. La complémentarité entre les différentes approches, qui renforcerait le modèle normatif d'assistance et de surveillance d'un mécanisme coercitif construit sur le modèle rationnel, a été qualifié par Mme Slaughter et M. Raustiala de « [a]ssistance and deterrence – carrots and sticks »,

§ 3 Autour de la conformité : précisions et délimitations terminologiques

Notion de conformité (compliance)

La notion centrale autour de laquelle s'articule notre recherche est celle de conformité. C'est vers elle que tend, dans le contentieux de l'O.M.C., l'obligation qui naît pour un défendeur du fait de l'infraction initiale, annoncée à l'article 19 du Mémoire : « [d]ans les cas où un groupe spécial ou l'Organe d'appel conclura qu'une mesure est incompatible avec un accord visé, il recommandera que le Membre concerné la rende conforme audit accord ». Par comparaison, la version originale anglaise se lit ainsi : « [w]here a panel or the Appellate Body concludes that a measure is inconsistent with a covered agreement, it shall recommend that the Member concerned bring the measure into conformity with [the] agreement ». On distingue donc deux emplois de la notion dans le vocabulaire de l'O.M.C., en substance identiques mais relevant d'ordres différents : la conformité comme *état*, et la conformité comme *action*. Celle-ci est reflétée par l'expression « mise en conformité », qui évoque bien un processus, une action (qu'on serait tenté d'appeler de « conformation », si le terme était admis) ; celle-là est le résultat, l'état qui doit être atteint. Le sens dans lequel le Mémoire emploie les notions de conformité et *compliance* est cohérent avec la définition générale de ces notions en droit international⁸⁸, où elle désigne le respect par un sujet de droit des obligations découlant pour lui de ses engagements internationaux⁸⁹. M. Raustiala s'aligne sur cette acception générale et la définit comme « *a state of conformity or identity between an actor's behavior and a specified rule* »⁹⁰. On aperçoit cependant la difficulté de

in A.-M. SLAUGHTER et K. RAUSTIALA, « International Law, International Relations and Compliance », *op. cit.*, p. 552.

88 Nous employons ici le terme anglais car la notion a fait l'objet de réflexions structurées parmi la doctrine anglophone, sur les résultats desquelles nous reviendrons. On observe à l'inverse que la notion équivalente en français, conformité, n'a pas attiré la même attention ; ainsi par exemple, aucune entrée distincte ne lui est consacrée dans le *Dictionnaire de droit international public* (J. SALMON (dir.), *op. cit.*).

89 V. par exemple W. GOODE, *Dictionary of Trade Policy Terms*, 4^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 75.

90 K. RAUSTIALA, « Compliance and Effectiveness in International Regulatory Cooperation », *Case W. Res. J.I.L.*, 2000, vol. 32, n° 3, p. 391. V. également K. RAUSTIALA et A.-M. SLAUGHTER, « International Law, International Relations and Compliance », *op. cit.*, p. 539 ; R. FISHER, *Improving Compliance with International Law*, *op. cit.*, p. 20 ; R. B. MITCHELL, *Intentional Oil Pollution at Sea : Environmental Policy and Treaty Compliance*, Cambridge (MA), MIT Press, 1994, p. 30 ; J. NAKAGAWA, « Securing

traduction de la notion de *compliance*, au regard par exemple de l'article 21:3 du Mémorandum : la version anglaise exige des Membres la « *prompt compliance* », alors que la version française du Mémorandum leur demande de « donner suite dans les moindres délais »⁹¹. La version française n'impose pas moins une obligation que la version anglaise, mais il reste que « se conformer à » ou « obéir à » aurait été plus impératif, et dès lors plus proche de la version anglaise⁹².

*Conformité et compatibilité*⁹³

La juxtaposition à l'article 19 précité des notions d'(in)compatibilité et de conformité appelle une précision, puisque compatibilité et conformité ne s'y

Compliance in Tradition and Contemporary International Law : A Theoretical Analysis », *op. cit.*, p. 50.

- 91 Plus largement, il est intéressant d'observer que les termes *compliance* et conformité ne sont pas toujours employés en parfaite correspondance l'un avec l'autre. Ainsi, la version anglaise du Mémorandum fait apparaître le substantif ou le verbe aux articles 21:1, 21:3, 21:5 et 22:2, tandis que, dans la version française, ils apparaissent aux articles 19:1, 21:3, 21:5, 23:1 et 25:3. A l'article 22:2 par exemple, le verbe « *to comply to* » est traduit en français par la notion de « respect » : « [s]i le Membre concerné ne met pas la mesure jugée incompatible avec un accord visé en conformité avec ledit accord ou ne respecte pas autrement les recommandations et décisions dans le délai raisonnable déterminé [...] ».
- 92 A titre de comparaison, et bien que l'allemand ne soit pas une langue officielle de l'O.M.C., la notion de *compliance* ne se traduit que très approximativement dans cette langue. Les juristes emploient en effet alternativement deux termes, y compris s'agissant des recommandations de l'O.R.D. : d'une part, « *Umsetzung* », qui est une notion à mi-chemin entre les expressions françaises de « mise en œuvre » et de « mise en conformité », et dont le sens exact l'apparenterait plutôt à la « transposition » (« *Umsetzung* » est d'ailleurs le terme juridique employé pour désigner la transposition d'une directive européenne dans l'ordre juridique allemand : v. par exemple la version allemande de l'article 153 paragraphe 3 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne) ; et d'autre part « *Durchsetzung* », le substantif du verbe « *durchsetzen* » (« imposer »), qui évoque davantage la notion d'exécution forcée et son équivalent anglais, *enforcement*. Il n'existe pas de terme allemand qui se situerait entre les deux pour désigner la *compliance*.
- 93 Précisons que le couple conformité / compatibilité ne s'oppose pas ici de la même manière que dans d'autres systèmes juridiques. Eisenmann notamment a fondé une théorie entière sur la distinction entre, d'une part, les rapports de compatibilité ou d'incompatibilité, et, d'autre part, les rapports de conformité ou de non-conformité, théorie qui commande son approche du principe de légalité. Ainsi, selon lui, « quand on parle de légalité des actes administratifs, on peut penser l'un ou l'autre de deux rapports extrêmement différents, auxquelles correspondent deux notions du principe de légalité que l'on pourrait dire l'une minimum, l'autre maximum. Selon la notion minimum, la légalité est un rapport de non-contrariété, de non-incompatibilité, ou, positivement, de

confondent donc pas. Toutes deux renvoient à un *état*, mais peuvent également signifier le résultat d'un fait ou d'un acte, c'est-à-dire le *rapport* à un objectif visé. En leur qualité de rapport, la compatibilité est une unité plus relâchée, ou diluée, que la conformité. En effet, les développements précédents ont mis en évidence que la conformité est la qualité de ce qui est, juridiquement, l'exacte application d'une norme de référence⁹⁴ ; la compatibilité, en revanche, renvoie à un degré de correspondance entre un comportement et une norme, elle est une mesure du rapport entre celle-ci et celui-là. La différence n'est donc pas située dans le degré d'exigence (la conformité serait plus exigeante, la compatibilité plus relâchée), ni dans la « polarisation » du rapport entre la norme et le comportement (le rapport de compatibilité serait négatif, le rapport de conformité positif). Et assurément, on ne voit pas comment un comportement incompatible avec une obligation internationale pourrait néanmoins y être conforme, ni inversement comment un comportement non conforme à une obligation pourrait être compatible avec elle. La différence est bien plus que les deux ne relèvent pas du même *type* de rapport. Ainsi, la différence entre conformité et compatibilité est celle entre identité et correspondance : l'identité signifie que le comportement est ce que la norme prescrit qu'il soit, la correspondance que le comportement se situe dans le champ de ce que la norme tolère⁹⁵. Cette distinction est sans incidence pratique, au sens où elle ne signifie nullement un degré plus ou moins élevé d'obligatorité de la norme selon que serait exigée la conformité ou seulement la compatibilité⁹⁶ ; en particulier, lors de l'application du droit par le juge international, la distinction s'efface entièrement. A titre d'exemple, dans l'avis consultatif de la Cour

compatibilité. Selon la notion maximum, la légalité est un rapport de conformité », in Ch. EISENMANN, « Le droit administratif et le principe de légalité », *E.D.C.E.*, 1957, p. 30.

94 G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 9^e éd., Paris, P.U.F., 2011, v^o « Conforme » et « Conformité ».

95 V. cependant A. CHAYES et A. HANDLER CHAYES, « On Compliance », *I.O.*, 1993, vol. 47, n^o 2, p. 175-204, qui envisagent un « *acceptable level of compliance* » qui, dans sa variabilité, se rapproche alors davantage de l'idée de compatibilité (v. spéc. p. 197-201). De la même manière, le *Dictionnaire de droit international public* indique que la compatibilité s'applique « habituellement à des normes, faculté pour celles-ci de coexister dans le même ordre juridique » (J. SALMON (dir.), *op. cit.*, p. 207).

96 Les *Articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite* (2001) de la Commission du droit international notamment n'opèrent pas cette distinction sémantique et c'est de conformité qu'il y est systématiquement question ; par exemple, l'article 12 dispose qu'« [i]l y a violation d'une obligation internationale par un Etat lorsqu'un fait dudit Etat n'est pas conforme à ce qui est requis de lui en vertu de cette obligation, quelle que soit l'origine ou la nature de celle-ci ».

internationale de Justice portant sur la *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, c'est de « conformité » qu'il était question, mais la Cour n'en a pas retenu un sens fort qui signifiait autre chose, en substance, qu'un examen de compatibilité de l'acte unilatéral – pour autant, il ne s'agissait pas moins de déterminer purement et simplement s'il était constitutif ou non d'une violation du droit international (ce qui apparaît ne serait-ce qu'au regard du terme employé dans la version anglaise, originale, de l'avis : « *accordance with international law* », et non pas « *conformity with . . .* » : indépendamment du terme, la portée du contrôle est la même)⁹⁷. En pratique, compatibilité et conformité n'impliquent donc pas un degré d'exigence différent envers le fait ou l'acte en cause ; plutôt, le contrôle de conformité par le juge a une portée large qui, s'agissant de l'examen effectué au fond, ne se distingue pas d'un contrôle de compatibilité. Assurément, si le Mémoire distingue les deux notions, ce n'est donc pas pour donner à la violation éventuellement constatée une qualité susceptible de nuances (« plus » ou « moins » de violation, selon ce que tolérerait le critère de contrôle retenu) ; la raison de la différenciation tient davantage à ce qu'il les emploie dans des perspectives différentes. Ainsi, la « compatibilité » dans le contexte du Mémoire doit se comprendre essentiellement comme exprimant le souci de ménager les souverainetés et de souligner en particulier la liberté des Membres de forger leurs systèmes juridiques internes à leur convenance : la plupart des dispositions des accords de l'O.M.C. sont en effet d'une relative souplesse et les Membres conservent ainsi une importante marge de manœuvre dans la configuration de leurs réglementations internes ; il en résulte qu'une procédure de règlement des différends visera à établir si une mesure étatique mise en cause par un autre Membre est *compatible* ou non avec les accords visés. La formule type dans les conclusions des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel, en cas de constatation d'infraction, est en ce sens que « [le Membre X] a agi de façon incompatible avec l'article [Y] de l'Accord [Z] » ; mais la question à laquelle répond ainsi l'organe de jugement est purement et simplement celle

97 Qu'il s'agit en toute hypothèse de déterminer s'il y a ou non violation apparaît d'ailleurs dans la manière dont la Cour formula la question à laquelle elle devait répondre : la question de la « conform[ité] au droit international » posée par l'Assemblée générale exigeait, selon la Cour, qu'elle détermine « si le droit international applicable interdisait ou non la déclaration d'indépendance » (à titre de comparaison, on l'a indiqué, la question de l'Assemblée générale, en anglais, portait sur la « *accordance* » avec le droit international, et selon la Cour « *[t]he answer to that question turns on whether or not the applicable international law prohibited the declaration of independence* »), in C.I.J., *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, avis consultatif du 22 juillet 2010, C.I.J. Recueil 2010, p. 425 par. 56.

de savoir s'il y a, ou non, violation du droit applicable : l'« incompatibilité » (ou en anglais « *inconsistency* ») est ainsi en substance l'équivalent parfait de ce que le droit international général qualifie de « violation », ou de « non-conformité ». Quant à la notion de conformité, elle ne surgit que dans le contexte particulier de la mise en œuvre des recommandations, et seulement dans les affaires en situation de violation. En effet, on remarque un glissement de vocabulaire entre la formulation de la constatation d'infraction et celle de l'obligation qui en résulte pour le défendeur initial : cette dernière n'est pas de rendre compatible avec le droit de l'O.M.C. sa mesure incompatible, en reflet à la constatation d'incompatibilité, mais de mettre sa mesure incompatible *en conformité* avec le droit de l'O.M.C. Là où la Cour, dans l'avis précité, semblait employer la notion de conformité en ce qu'elle désigne un *état*⁹⁸, le Mémoire et les organes de jugement l'emploient dans le sens dynamique de conformité comme *action* ; ce dynamisme est particulièrement apparent dans l'expression « *mise en conformité* » (ou, selon notre néologisme, « *conformation* »), c'est-à-dire en anglais « *compliance* », qui exprime bien l'idée que ce dont il s'agit est d'*exécuter* une obligation. Ce glissement sémantique est parfaitement reflété dans l'article 19:1 du Mémoire, qui emploie les deux notions, nous semble-t-il, dans le sens identifié⁹⁹. En substance toutefois, cette obligation de mise en conformité signifie la même chose qu'une absence d'incompatibilité : ce qui est exigé est un retour au droit, un comportement non constitutif d'une violation.

Conformité et mise en œuvre

De même, le Mémoire emploie fréquemment l'expression de mise en œuvre (« *implementation* »)¹⁰⁰. Au premier abord, elle n'est pas comparable avec celle de conformité et ne saurait dès lors se confondre avec elle : celle-ci renvoie à un état là où celle-là désigne un processus. La mise en œuvre évoque

98 Pour preuve de ce qu'un état est visé ici, si on pourrait sans difficulté remplacer « *accordance with* » par « *conformity with* », « *consistency with* » ou même « *compatibility with* », on ne peut en aucun cas remplacer le terme par « *compliance* » : quand bien même la nuance paraît théorique, on y voit bien apparaître les deux champs, celui de l'*état* et de l'*action*, qui ne se confondent pas.

99 A titre de comparaison, la notion de (in)compatibilité est présente dans les articles 3:7, 19:1, 22:2 et 22:8 du Mémoire.

100 La notion de mise en œuvre apparaît ainsi aux articles 2:1, 3:11 note 2, 19:1, 21:3 (le titre même de l'article emploie l'expression), 21:6, 22:1, 22:8, 23:2 et 26:2. A titre de comparaison par rapport à l'impression d'indétermination des notions de *compliance* et de conformité, on observe une correspondance parfaite entre les versions linguistiques du Mémoire s'agissant des notions de mise en œuvre et d'« *implementation* ».

en effet la concrétisation du contenu matériel d'une norme, la réalisation de l'état de conformité¹⁰¹. En ce sens, « [c]ompliance looks beyond such [implementation] measures to whether states actually abide by their procedural and substantive international obligations, regardless of what the "black letter" of their domestic laws formally indicate »¹⁰². Or, cet état de conformité peut être celui résultant d'un processus de mise en œuvre préalable – mais pas nécessairement, car la mise en œuvre n'est une condition ni suffisante ni indispensable pour la conformité : elle est insuffisante, dans la mesure où la mise en œuvre peut n'être que partielle et dès lors ne pas réaliser une parfaite conformité ; elle est « dispensable » car la conformité peut intervenir sans mise en œuvre préalable¹⁰³. Le contentieux de l'O.M.C. fournit un exemple de la dissociabilité entre mise en œuvre et conformité : dans le différend relatif aux organismes génétiquement modifiés, l'affaire *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*, la conformité s'est produite sans mise en œuvre formelle. En effet, le moratoire européen mis en cause par les Etats-Unis, le Canada et l'Argentine avait cessé d'être appliqué au cours de la procédure devant le groupe spécial. En d'autres termes, l'une des mesures mise en cause par les plaignants avait cessé d'exister sans que le défendeur ait positivement pris une mesure de mise en œuvre tendant à la conformité¹⁰⁴.

101 De la même manière, en anglais, « *implementation* » a été défini comme signifiant « *the process of putting international commitments into practice* », v. H. S. DAHL, *Dahl's Law Dictionary / Dictionnaire juridique Dahl*, op. cit., p. 509. Dans un autre sens, Mme Ben Mansour emploie l'expression dans le contexte de la réalisation de l'obligation que porte pour le défendeur un acte juridictionnel. L'auteur attribue en effet à l'expression « mise en œuvre » la qualité de la neutralité, par opposition à celle d'« exécution » qu'elle estime connotée de l'idée d'exécution forcée. V. A. BEN MANSOUR, *La mise en œuvre des arrêts et des sentences des juridictions internationales*, op. cit., p. 21.

102 J. E. ALVAREZ, « Why Nations Behave », *Mich. J.L.L.*, 1997-1998, vol. 19, n° 2, p. 305. Dans le même sens, K. MICKELSON, « Carrots, Sticks, or Stepping-Stones : Differing Perspectives on Compliance with International Law », op. cit., p. 36.

103 V. cependant, pour une approche qui réduit la mise en œuvre au processus de concrétisation de la conformité, J. NAKAGAWA, « Securing Compliance in Tradition and Contemporary International Law : A Theoretical Analysis », op. cit., p. 50.

104 Sans compter que les Communautés européennes ont fermement nié l'existence d'un tel moratoire tout au long de l'instance. Le groupe spécial a cependant bien constaté l'existence d'un moratoire *de facto* général sur l'approbation de produits biotechnologiques entre juin 1999 et août 2003, v. le rapport du groupe spécial, *Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques*, WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R, 29 septembre 2009. S'agissant de l'expiration de la mesure contestée et de son articulation avec l'obligation de mise en conformité qui incombe à un Membre si sa mesure est constatée incompatible avec le droit de

Conformité et effectivité

D'emblée, la question de ce qui motive les Etats à se conformer au droit international pointe vers le rapport entre conformité et effectivité. Sans trancher ni même ouvrir ici le débat sur la question de savoir si l'effectivité est investie en droit international d'une autorité normative autonome¹⁰⁵, les multiples définitions, issues d'autant d'approches différentes, convergent cependant en ce que l'effectivité renvoie à un degré d'adéquation entre le fait et la norme. Généralement parlant, elle peut s'analyser comme le degré auquel une norme produit ou contribue à produire un changement de comportement favorable

l'O.M.C., v. spéc. par. 7.1296-7.1319. Le groupe spécial a notamment observé que « dans les circonstances spécifiques de la présente affaire, nous pourrions éviter de formuler des recommandations qui s'appliqueraient à des mesures qui n'existent plus en limitant la portée de toute recommandation que nous formulerions en relation avec le moratoire général » (par. 7.1317). La même situation – expiration de la mesure en cause en cours de procédure – s'est produite dans plusieurs affaires relatives à une mesure de sauvegarde : une telle mesure n'étant mise en place que pour une durée déterminée, son échéance peut intervenir avant que le groupe spécial ait tranché le différend, et en toute hypothèse avant que le Membre qui en était l'auteur soit tenu de prendre activement une mesure de mise en conformité.

- 105 Notoirement, Kelsen défendait l'hypothèse de l'effectivité comme un véritable principe juridique qui s'analysait selon lui comme une restriction du principe de légitimité ; en outre, tout en se défendant d'assimiler *Sein* (validité) et *Sollen* (effectivité), il considérait que « *the principle that a legal order, as a whole, must be by and large effective in order to be valid is itself a norm* » : v. H. Kelsen, *Principles of International Law*, 2nd^e éd., R. W. TUCKER (ed.), New York, Holt, Rinehart and Winston, 1952, p. 561. Dans la doctrine internationaliste francophone, l'idée d'un principe d'effectivité a été défendue par le professeur Touscoz, selon qui l'effectivité serait une règle de droit positif et participerait de la juridicité du droit international, v. J. TOUSCOZ, *Le principe d'effectivité dans l'ordre international*, Paris, L.G.D.J., 1964, 259 p. V. également R. W. TUCKER, « The Principle of Effectiveness in International Law », in G. A. LIPSKY (ed.), *Law and Politics in the World Community – Essays on Hans Kelsen's Pure Theory and Related Problems in International Law*, Berkeley, University of California Press, 1953, p. 31-48 ; H. KRUEGER, « Das Prinzip der Effektivität, oder: Über die besondere Wirklichkeitsnähe des Völkerrechts », in D. S. CONSTANTOPOULOS et al. (eds) *Grundprobleme des internationalen Rechts (Festschrift für Jean Spiropoulos)*, Bonn, Schimmelbusch, 1957, p. 265-284 (qui analyse comme deux déclinaisons d'un même principe d'effectivité, d'une part, l'effectivité en droit international et, d'autre part, l'effectivité du droit international). De Visscher à l'inverse se montrait plus méfiant à investir l'effectivité des attributs d'un principe du droit international. Son analyse adoptait une approche nouvelle, à la fois fonctionnelle et orientée à partir de la nature de la relation qu'entretient l'effectivité avec le droit, v. Ch. DE VISSCHER, « Observations sur l'effectivité en droit international public », *R.G.D.I.P.*, 1952, p. 601-609 ; *Les effectivités du droit international public*, Paris, Pedone, 1967, 175 p.

à la réalisation de l'objectif de la norme¹⁰⁶. Le rapport entre conformité et effectivité peut ne pas être immédiatement perceptible : une norme peut en effet être effective sans pour autant que le degré de conformité soit remarquablement élevé ; inversement, un coefficient élevé de conformité au droit peut ne pas provoquer un changement de comportement dans le sens de l'objectif de la norme ou du (sous-)système juridique en cause¹⁰⁷. Intuitivement, cependant, on associe l'idée d'effectivité d'une norme ou d'un (sous-)système juridique à celle de garanties de la conformité aux prescriptions juridiques, et si la distinction entre conformité et effectivité est ici soulevée, c'est pour préciser l'orientation de la présente recherche, d'autant que le terme d'effectivité n'apparaît nulle part dans le Mémorandum : elle ne se veut pas une analyse de l'effectivité du droit de l'O.M.C., même si ses développements donneront nécessairement des indications à ce sujet, mais une recherche de la seule manière dont le mécanisme assure la conformité à ce droit.

On constate donc que, souvent, les termes employés dans le Mémorandum ne sont pas ceux du droit international général, mais on retrouve ceux-ci par équivalence ; dans d'autres cas, les termes sont les mêmes, mais revêtent un sens différent, comme par exemple les notions de réparation et de compensation sur lesquelles nous reviendrons. Ces ressemblances et différences dans les choix linguistiques reflètent bien la conception du système commercial multilatéral comme étant constitué d'un premier niveau de droits et obligations,

106 R. O. KEOHANE, P. M. HAAS et M. A. LEVY, « The Effectiveness of International Environmental Institutions », in P. M. HAAS, R. O. KEOHANE et M. A. LEVY (eds), *Institutions for the Earth: Sources of Effective International Environmental Protection*, Cambridge (MA), MIT Press, 1993, p. 7. De la même manière, M. Alvarez considère que « [q]ueries directed at effectiveness go beyond those looking at implementation or compliance to determine whether an international norm, whatever its source in domestic or international law, achieves its policy objective », in J. E. ALVAREZ, « Why Nations Behave », *op. cit.*, p. 305. Plus spécifiquement, M. Young identifie six dimensions différentes de l'effectivité, in O. R. YOUNG, *International Governance: Protecting the Environment in a Stateless Society*, Ithaca, Cornell University Press, 1994, p. 140-160, spéc. p. 143. V. aussi *id.*, « The Effectiveness of International Institutions: Hard Cases and Critical Variables », in J. N. ROSENAU et E.-O. CZEMPIEL (eds), *Governance Without Government: Order and Change in World Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, p. 160-192.

107 Sur la disjonction entre conformité et effectivité, v. notamment M. BURGSTALLER, *Theories of Compliance with International Law*, *op. cit.*, p. 4-5 ; O. R. YOUNG, « The Effectiveness of International Institutions: Hard Cases and Critical Variables », *op. cit.* ; A. CHAYES et A. HANDLER CHAYES, « On Compliance », *op. cit.*, p. 176 ; K. MICKELSON, « Carrots, Sticks, or Stepping-Stones: Differing Perspectives on Compliance with International Law », *op. cit.*, p. 36 ; K. RAUSTIALA et A.-M. SLAGHTER, « International Law, International Relations and Compliance », *op. cit.*, p. 539.

matérialisé par un second niveau constitué de l'équilibre multilatéral des concessions individuelles négociées : l'idée de conformité aux engagements pris à l'O.M.C. est impliquée dans celle d'exécution de ces mêmes engagements, et inversement l'exécution par les Membres de leurs engagements pris à l'O.M.C. implique des agissements en conformité avec le droit dont ces engagements sont partie. Cependant, d'une part, parler de « mise en œuvre » et de « mise en conformité » au lieu d'« exécution », nous semble mieux s'inscrire dans la logique d'une organisation voulue comme étant dirigée par ses Membres (ce que la doctrine anglophone a exprimé par la formule « *member-driven organization* »), où les Membres sont maîtres des décisions prises en son sein. En ce sens, un Membre ayant pris une mesure en violation de ses engagements n'est donc pas le destinataire d'une injonction de revenir à la bonne exécution de ses obligations, mais se voit adresser une recommandation de mettre sa mesure en conformité avec les engagements pris, et dont il a pour partie lui-même négocié les objets et termes ; la distinction de l'injonction est importante : une recommandation de l'O.R.D. est bien porteuse d'une *obligation*, mais cela n'en fait pas une *injonction*. D'autre part, les choix linguistiques opérés sont également en accord avec l'approche non contentieuse qu'affiche le Mémorandum. L'article 3:10 dispose en effet que le recours au règlement des différends ne doit être ni conçu ni considéré comme un acte contentieux. Ce n'est pas dire que les désaccords ne sont pas des différends au sens classique. Simplement, ici aussi est exprimé que ce sont les Membres qui décident et qui agissent en conséquence de leur décision collective, et qu'ils ne sont pas seulement *amenés* à prendre une décision et à agir d'une certaine manière. Pour l'essentiel, les choix terminologiques reflètent donc un choix d'approche car, comme cette recherche le mettra en évidence, c'est bien l'Organisation qui amène les Membres à une conduite de conformité, et au minimum elle les-y guide, pour large partie au moyen de l'architecture complexe de la phase de mise en œuvre des recommandations. Cette recherche aura donc fréquemment recours au vocabulaire consacré dans le Mémorandum, le règlement des différends et plus largement à l'O.M.C., mais, lorsqu'une telle substitution paraîtra opportune et lorsque l'équivalence est établie, le terme correspondant en droit international général y sera substitué. Par exemple, l'expression « mise en œuvre » sera employée dans le sens que lui donne le Mémorandum et, de même, « mise en conformité » designera le processus spécifique de « conformation » aux recommandations de l'O.R.D., tandis que l'« exécution » désignera plus largement l'exécution par un Membre d'une obligation qui lui incombe, primaire ou née de l'établissement de sa responsabilité. De la même manière, le vocabulaire du droit international général sera employé lorsqu'il s'agira de mettre en évidence les ressemblances et parallèles entre l'objet spé-

cifique étudié et le droit international général. En effet, si le règlement des différends de l'O.M.C. est porteur de spécificités par rapport à toutes les autres juridictions internationales, il construit sur les bases de mécanismes et techniques connus du droit international général. Il n'est pas, en dépit de son vocabulaire également spécifique, une affaire des seuls spécialistes, et ce n'est pas en spécialiste exclusif qu'on entend les étudier ici.

§ 4 Le suivi de l'exécution au sein des juridictions internationales : la traditionnelle dualité politico-juridictionnelle et ses aménagements

L'exécution des obligations qui résultent de l'acte juridictionnel relevant en principe de ce qui a été appelé la phase post-juridictionnelle, sa surveillance est habituellement confiée à un organe politique (A.). D'autres mécanismes témoignent d'une interaction plus innovante entre l'organe politique et l'organe juridictionnel, le premier restant cependant celui qui contrôle le processus de surveillance et donne l'impulsion d'une intervention dans l'exécution des arrêts (B.). Ce que ces juridictions ont en commun, et ce n'est pas une particularité, est qu'au-delà du pouvoir de déclarer une violation, avec les différentes obligations naissant d'un tel établissement de responsabilité, elles n'ont pas le pouvoir de prescrire les moyens et modalités d'exécution.

A *Habilitation d'un organe politique*

L'exemple classique de la nature politique de l'organe chargé de surveiller l'exécution des décisions juridictionnelles est le mécanisme prévu s'agissant des arrêts rendus par la Cour internationale de Justice, qui en charge principalement le Conseil de sécurité, et de manière complémentaire l'Assemblée générale, mais écarte entièrement la Cour. Dans la très grande majorité des cas, l'exécution des arrêts ne soulève pas de difficulté puisque la saisine de la Cour est consensuelle. Ses arrêts sont définitifs et sans recours (article 60 du Statut), et ils sont obligatoires pour les parties au litige (article 59). Le bilan d'exécution spontanée est très positif puisqu'il n'existe que trois cas dans lesquels l'exécution a soulevé de réelles difficultés et n'est intervenue qu'avec un délai excessif : les affaires du *Détroit de Corfou*, des *Pêcheries islandaises*, et des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*¹⁰⁸.

108 A titre d'exemple, dans l'*Affaire du Détroit de Corfou*, la décision au fond a été rendue par la Cour en 1949 (C.I.J., *Affaire du Détroit de Corfou (fond)*, arrêt du 9 avril 1949, C.I.J. *Recueil* 1949, p. 4-38), mais l'affaire n'a été réglée définitivement qu'en 1992, lorsque l'Albanie a

Pouvoir du Conseil de sécurité en vertu de l'article 94 paragraphe 2

Si la Cour « ne peut ni doit envisager l'éventualité que l'arrêt resterait inexécuté »¹⁰⁹, il reste qu'elle n'est pas compétente pour veiller elle-même à l'exécution de ses arrêts¹¹⁰. Cependant, le Pacte de la Société des Nations comportait déjà une disposition relative à la surveillance de l'exécution : l'article 13 paragraphe 4 disposait que « [l]es Membres de la Société s'engagent à exécuter de bonne foi les sentences rendues et à ne pas recourir à la guerre contre tout Membre de la Société qui s'y conformera. Faute d'exécution de la sentence, le Conseil propose les mesures qui doivent en assurer l'effet ». L'article 94 de la Charte des Nations Unies prévoit quant à lui que « 1. Chaque Membre des Nations Unies s'engage à se conformer à la décision de la Cour internationale de Justice dans tout litige auquel il est partie. 2. Si une partie à un litige ne satisfait pas aux obligations qui lui incombent en vertu d'un arrêt rendu par la Cour, l'autre partie peut recourir au Conseil de sécurité et celui-ci, s'il le juge nécessaire, peut faire des recommandations ou décider des mesures à prendre pour faire exécuter l'arrêt »¹¹¹. Le pouvoir de veiller à l'exécution des arrêts rendus par la Cour est donc détenu par le Conseil de sécurité.

accepté de livrer 1574 kilos d'or et deux millions de dollars américains au Royaume-Uni en règlement intégral et final de sa plainte.

- 109 C.P.J.I., *Usine de Chorzów (demande en indemnité) (fond)*, arrêt du 13 septembre 1928, *Série A*, n° 17, p. 63. De la même manière, dans l'affaire des *Essais nucléaires*, la C.I.J. avait considéré, s'agissant de l'engagement pris par les Etats au regard de l'article 94 de la Charte, qu'« il n'entre pas dans sa fonction d'envisager que cet Etat ne le respecte pas », v. C.I.J., *Essais nucléaires* (Australie c. France) (Nouvelle-Zélande c. France), arrêt du 20 décembre 1974, *C.I.J. Recueil* 1974, p. 272 par. 60 et p. 477 par. 63.
- 110 A l'exception de l'article 61 paragraphe 3 du Statut qui permet à la Cour de subordonner l'ouverture d'une procédure en révision à l'exécution de son arrêt, et de l'hypothèse où les parties décident par accord entre eux de renvoyer vers elle le contrôle de l'exécution. V. T. Broude, *International Governance in the WTO: Judicial Boundaries and Political Capitulation*, *op. cit.*, p. 242, qui en conclut que le dispositif de suivi de l'exécution pour les arrêts de la Cour n'est qu'« *optionally judicial* ».
- 111 Bien qu'elles tendent au même objectif, l'exécution des décisions rendues, ces deux dispositions portent des différences importantes. On se contentera ici de renvoyer à l'opinion dissidente commune des juges Spender et Fitzmaurice à l'arrêt rendu par la Cour dans les *Affaires du Sud-Ouest africain* (Ethiopie c. Afrique du Sud ; Libéria c. Afrique du Sud), exceptions préliminaires, arrêt du 21 décembre 1962, *C.I.J. Recueil* 1962, p. 465-563 : « De quelque manière que l'on compare cet article et l'article 13, paragraphe 4, du Pacte, il est évident qu'il y a entre eux des différences substantielles.[...] A] notre avis, non seulement les conséquences qui peuvent découler de l'article 94, paragraphe 2, de la Charte sont différentes de celles qui auraient pu résulter de l'article 13, paragraphe 4, du Pacte, mais elles pourraient être plus lourdes. De plus, le Conseil était lié par la

Son rôle effectif dans l'exécution des arrêts doit cependant être considérablement nuancé – et dans la pratique réduit à néant. D'abord, le Conseil de sécurité n'intervient pas d'office dans l'exécution des arrêts de la Cour, mais doit être saisi de la question. Ensuite, l'article 94 paragraphe 2 confère au Conseil un vaste pouvoir discrétionnaire, lui permettant d'intervenir seulement s'il « le juge nécessaire ». Le Conseil n'a donc aucune obligation juridique de faire respecter un arrêt rendu par la Cour. Par ailleurs, il est un organe politique et on sait les difficultés de prise de décision qu'il rencontre, au-delà du problème particulier de l'exécution des arrêts de la Cour, lorsque la décision en cause heurte les intérêts de l'un de ses membres permanents ou même, puisque comme dans toute structure politique le jeu des alliances opère particulièrement fort, les intérêts d'un allié de l'un des membres permanents¹¹².

règle de l'unanimité. En outre, c'était au Conseil et à lui seul qu'appartenait, aux termes du Pacte, l'initiative des mesures éventuelles qu'il proposait, alors que l'effet de l'article 94, paragraphe 2, de la Charte est de conférer aux arrêts de la présente Cour l'appui de la possibilité de sanctions ou de mesures d'exécution sur l'instance de l'Etat en faveur duquel le jugement a été prononcé » (p. 511).

- 112 Sans aller jusqu'à l'emploi du pouvoir de veto, la mécanique du Conseil de sécurité est aisément paralysable dès lors que sont en cause des questions controversées ou au minimum malaisées. Ainsi par exemple lors du premier recours à l'article 94 paragraphe 2 dans le contexte de l'*Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Co.* (C.I.J., *Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Co.* (Royaume-Uni c. Iran), mesures conservatoires, ordonnance du 5 juillet 1951, C.I.J. *Recueil* 1951, p. 89-95). Plusieurs propositions successives de résolution avaient été formulées, mais aucune n'avait permis d'apaiser la controverse : le Conseil de sécurité avait-il compétence pour intervenir au titre de l'article 94 paragraphe 2 exclusivement lorsqu'il s'agissait de l'exécution d'un arrêt définitif de la Cour, ou aussi lorsqu'était en cause une ordonnance en mesures conservatoires ? Le Conseil de sécurité avait finalement décidé d'ajourner la discussion en attendant que la Cour se prononce sur sa compétence à ce sujet. La Cour n'avait en effet pas encore eu l'occasion de se prononcer sur la question du caractère obligatoire de ses ordonnances ; en revanche, la Cour permanente de Justice internationale avait considéré, dans son ordonnance dans l'*Affaire des zones franches*, qu'« à la différence des arrêts visés par l'article 58 du Statut, [...] les ordonnances rendues par la Cour [...] ne décident pas avec force "obligatoire" (article 59 du Statut) et avec effet "définitif" (article 60 du Statut) le différend que les Parties ont porté devant la Cour » (C.P.J.I., *Affaire des zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*, ordonnance du 19 août 1929, *Série A*, n° 22, p. 13). En sens contraire, le juge Ajibola avait formulé une opinion dissidente dans l'affaire relative à l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, dans laquelle il faisait valoir qu'une ordonnance devrait être obligatoire comme l'est un arrêt, « faute de quoi, *ab initio*, l'on pourrait valablement et raisonnablement s'interroger sur l'opportunité de rendre une ordonnance » (C.I.J., *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie (Serbie et Monténégro)), mesures

Le pouvoir de veto dont disposent les membres permanents est donc un puissant et même, selon la conjoncture, un insurmontable obstacle à une application effective de l'article 94 paragraphe 2¹¹³. Enfin, le rapport de la question avec le Chapitre VII est déterminant : l'exécution des arrêts de la Cour n'est propre à déclencher l'action de l'article 94 que si l'inexécution est de nature à porter atteinte au maintien de la paix.

On perçoit ici sensiblement la justesse et la pertinence du principe *nemo judex in causa sua*, au regard des difficultés pratiques que soulève la possibilité qu'un Etat membre des Nations Unies soit à la fois partie, juge et bras exécutant dans sa propre cause¹¹⁴. Une démonstration notable de cette difficulté, avec la possibilité de paralyser la voie de l'article 94 paragraphe 2 de la Charte, a été donnée dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*. Le Nicaragua, devant le refus obstiné des Etats-Unis d'exécuter

conservatoires, ordonnance du 13 septembre 1993, opinion dissidente, *C.I.J. Recueil 1993*, p. 406). On sait que la décision de la Cour dans l'affaire *LaGrand* (C.I.J., *LaGrand* (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt du 27 juin 2001, *C.I.J. Recueil 2001*, p. 466-517) a consacré la portée obligatoire des mesures conservatoires indiquées par la Cour, et il nous semble naturellement devoir en découler que la question de l'applicabilité de l'article 94 paragraphe 2 aux ordonnances soit incidemment réglée. V. cependant la nuance apportée in A. PILLEPICH, « Article 94 », in J.-P. COT et A. PELLET (dir.), *La Charte des Nations Unies – Commentaire article par article*, 3^e éd., Paris, Economica, 2005, p. 1987-1998, spéc. p. 1994-1995 n° 15-16, qui conclut que « le suivi des ordonnances en indication de mesures conservatoires relève [...] de la Cour alors que le suivi des arrêts dépend du Conseil de sécurité ».

113 Pour une appréciation critique de la portée et de l'efficacité de l'article 94 paragraphe 2 de la Charte des Nations Unies, v. M. KAMTO, « La volonté de l'Etat en droit international », *R.C.A.D.I.*, 2004-IV, vol. 310, p. 423-424. Dans le même sens, H. MOSLER, in B. SIMMA (ed.), *The Charter of the United Nations – A Commentary*, vol. II, 2^e éd., New York, Oxford University Press, 2002, p. 1178 par. 13, qui observait par ailleurs que les événements dans l'affaire *Nicaragua* (v. ci-dessous) ont fortement porté atteinte à l'importance de l'article 94 paragraphe 2. V. également G. GUILLAUME, « L'Organisation des Nations Unies et ses juges », *Pouvoirs*, 2004, n° 109, spéc. p. 94-95 ; A. P. LLAMZON, « Jurisdiction and Compliance in Recent Decisions of the International Court of Justice », *E.J.I.L.*, 2007, vol. 18, n° 5, spéc. p. 821-822.

114 Pour une discussion de cette difficulté, v. B. A. AJIBOLA, « Compliance with Judgments of the International Court of Justice », in M. K. BULTERMAN et M. KUIJER (eds), *Compliance with Judgments of International Courts*, La Haye, Boston, Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, spéc. p. 28, qui suggère d'investir la Cour du pouvoir de décider, dans son arrêt, des modalités d'exécution de celui-ci, tout en indiquant le paradoxe – qui ne nous paraît pas en être un – qu'à vouloir empêcher les Etats d'être juges dans leur propre cause, une telle configuration rendrait cette fois la *Cour* juge dans sa propre cause.

l'arrêt rendu au fond en 1986¹¹⁵, avait eu recours au Conseil de sécurité en vertu de l'article 94 paragraphe 2. Alors que les Etats-Unis n'avaient plus comparu dans cette affaire depuis l'arrêt sur la compétence de la Cour et la recevabilité de la requête¹¹⁶, leur pouvoir de veto en qualité de membre permanent du Conseil de sécurité et le jeu de l'article 27 paragraphe 3 leur avaient toutefois permis de bloquer l'action effective du Conseil : alors que onze membres s'étaient prononcés en faveur de l'adoption de la résolution proposée par le Nicaragua, l'opposition par les Etats-Unis de leur vote négatif avait ôté au Conseil toute possibilité d'intervention en vue de l'exécution de l'arrêt. L'article 94 paragraphe 2 est ainsi resté parfaitement inappliqué à ce jour¹¹⁷.

Pouvoir complémentaire de l'Assemblée générale

L'Assemblée générale peut également jouer un rôle dans l'exécution des arrêts de la Cour, les articles 10, 11 et 12 de la Charte lui conférant un pouvoir complémentaire¹¹⁸. Dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, c'est ainsi vers elle que s'était tourné le Nicaragua et l'Assemblée avait, en 1986, 1987 et 1989, adopté des résolutions appelant à l'exécution immédiate de l'arrêt¹¹⁹. Certes, l'adoption d'une résolution par

115 C.I.J., *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), fond, arrêt du 27 juin 1986, C.I.J. Recueil 1986, p. 14-150.

116 C.I.J., *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), compétence et recevabilité, arrêt du 26 novembre 1984, C.I.J. Recueil 1984, p. 392-443.

117 V. le *Répertoire de la pratique suivie par les organes des Nations Unies*, Article 94 de la Charte des Nations Unies, années 1945-1954 et les suppléments n° 1 à 10 suivants (publié sur le site de l'O.N.U.), qui témoignent de la paralysie du Conseil de sécurité liée à l'article 94 paragraphe 2.

118 L'article 10 de la Charte notamment dispose que « [l']Assemblée générale peut discuter toutes questions ou affaires rentrant dans le cadre de la présente Charte ou se rapportant aux pouvoirs et fonctions de l'un quelconque des organes prévus dans la présente Charte, et, sous réserve des dispositions de l'Article 12, formuler sur ces questions ou affaires des recommandations aux Membres de l'Organisation des Nations Unies, au Conseil de sécurité, ou aux Membres de l'Organisation et au Conseil de sécurité ». Dans le sens d'un plus fort rôle pour l'Assemblée générale dans l'exécution des arrêts de la Cour, v. par exemple O. SCHACHTER, « The Enforcement of International Judicial and Arbitral Decisions », *A.J.I.L.*, 1960, vol. 60, n° 1, p. 24 ; Sh. ROSENNE, *The Law and Practice of the International Court*, op. cit., p. 155-156.

119 La résolution A/RES/41/31, adoptée par l'Assemblée générale à sa 41^e session (53^e séance plénière) le 3 novembre 1986, demandait ainsi « instamment que soit pleinement et immédiatement appliqué, conformément aux dispositions de la Charte des Nations Unies, l'arrêt que la Cour internationale de Justice a rendu le 27 juin 1986 dans l'affaire

l'Assemblée générale obéit à des modalités de prise de décision différentes de celles qui prévalent au Conseil de sécurité¹²⁰. L'efficacité de l'action de l'Assemblée générale se heurte néanmoins à deux obstacles. Le premier est d'ordre juridique et tient au caractère non obligatoire des résolutions formulées¹²¹ ; ce trait était particulièrement bien illustré dans le cas de la résolution de l'Assemblée générale relative au gouvernement futur de la Palestine¹²², que le Conseil de sécurité avait finalement refusé de mettre en œuvre¹²³. Le second obstacle est d'ordre institutionnel et structurel : l'Assemblée générale, en tant qu'organe plénier des Nations Unies et par conséquent au seul regard de la lourdeur de sa mécanique, ne paraît en effet pas prédestinée à traiter promptement et efficacement la question de l'exécution d'un arrêt de la Cour.

Potentiel de renforcement

Bien qu'existant, le dispositif d'exécution des arrêts de la Cour est inapte à garantir effectivement l'exécution. On note toutefois avec intérêt que le professeur Reisman avait formulé, en 1969 déjà, plusieurs propositions pour accroître l'implication de la Cour dans l'exécution des arrêts qu'elle rend et dépolitiser cette phase post-juridictionnelle. Il faisait notamment valoir qu'un encadrement temporel strict pour l'exécution est fondamental, et suggérerait par conséquent que la Cour impose des délais fixes d'exécution aux Etats¹²⁴. Plus intéressant encore pour le thème qui nous occupe, M. Reisman proposait par ailleurs d'introduire une nouvelle phase juridictionnelle, consacrée exclusivement à la question de l'exécution effective des jugements. Saisie par le demandeur initial, la Cour pourrait ainsi rendre une déclaration

des "Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci" » (pt 1). Cette demande fut réitérée un an plus tard dans la résolution A/RES/42/18 du 12 novembre 1987 (42^e session, 68^e séance plénière), puis en 1989 dans la résolution A/RES/44/43 du 7 décembre 1989 (44^e session, 77^e séance plénière).

120 Selon le principe « un membre, une voix », et sans possibilité de blocage par un pouvoir de veto (v. l'article 18 de la Charte).

121 La question de la valeur juridique des recommandations, en rapport avec celles adoptées par l'O.R.D., sera examinée *infra*, Première partie, Titre I, Chapitre I, Section I, § 1, A, 1.

122 Assemblée générale des Nations Unies, « Gouvernement futur de la Palestine », résolution 181 (II) adoptée sur le rapport de la commission *ad hoc* chargée de la question palestinienne, 29 novembre 1947.

123 Pour une analyse des événements et interactions juridiques et politiques dans cette affaire, v. E. K. NANTWI, *The Enforcement of International Judicial Decisions and Arbitral Awards in Public International Law*, *op. cit.*, p. 155-157.

124 W. M. REISMAN, « The Enforcement of International Judgments », *op. cit.*, p. 24.

d'inexécution¹²⁵. Notre étude explorera davantage ces aspects, mais, dès à présent, on est surpris devant ce qui ressemble presque à un glissement, en observant que ces propositions, formulées il y quarante ans, n'ont jamais pu être mises en œuvre s'agissant de la Cour internationale, mais qu'elles ont pris corps à l'O.M.C.

B *Habilitation d'un organe politique au soutien de l'organe juridictionnel*

Les deux cours européennes, Cour de justice de l'Union européenne et Cour européenne des droits de l'homme, illustrent deux variantes d'un modèle de surveillance de l'exécution qui fait interagir l'organe politique et l'organe juridictionnel. Leurs arrêts sont obligatoires¹²⁶ et leur exécution n'est pas laissée entre les seules mains de l'Etat condamné. En effet, bien que la Cour de justice ait établi depuis 1960 qu'elle « ne peut [...] de sa propre autorité, annuler ou abroger des lois nationales d'un Etat membre ou des actes administratifs de ses autorités »¹²⁷, elle joue néanmoins un rôle fort dans leur exécution, sous l'impulsion de la Commission. S'agissant de la Cour européenne, l'exécution de ses arrêts appelle une attention particulière spécialement depuis que l'arrêt *Hornsby c. Grèce* a érigé le principe de l'exécution des décisions de justice en composante à part entière du droit à un procès équitable¹²⁸. Longtemps reléguée à la seule sphère politique, l'exécution des arrêts est devenue un processus encadré à plusieurs niveaux¹²⁹, sur la base d'une interaction entre le

125 « [D]eclaration of non-compliance », in W. M. REISMAN, *Nullity and Revision – The Review and Enforcement of International Judgments and Awards*, Londres, Yale University Press, 1971, p. 671-672 ; et « The Enforcement of International Judgments », *op. cit.*, p. 24.

126 Ceux de la Cour de justice ont « force obligatoire à compter du jour de [leur] prononcé » en vertu de l'article 65 du Règlement de procédure de la Cour de justice du 19 juin 1991 ; ceux de la Cour européenne des droits de l'homme sont définitifs et les Hautes Parties contractantes ont l'obligation de s'y conformer en vertu des articles 44 et 46 paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

127 C.J.C.E., *Humblet*, aff. 6/60, arrêt du 16 décembre 1960, *Recueil C.J.C.E.* 1960, p. 1145. Ce principe vaut également pour le recours en manquement, v. l'article 260 paragraphe 1 T.F.U.E.

128 Cr.E.D.H., *Hornsby c. Grèce*, req. n° 18357/91, arrêt du 19 mars 1997 : « [l']exécution d'un jugement ou arrêt, de quelque juridiction que ce soit, doit [...] être considérée comme faisant partie intégrante du "procès" au sens de l'article 6 (art. 6) » (par. 40).

129 Nous nous intéressons ici aux seules techniques mises en place au plan multilatéral ; les techniques d'exécution dans les ordres juridiques internes, hors du champ de notre étude, ne seront pas abordées ici. On signalera cependant le cas notable, et à notre connaissance unique, de Malte, qui double le mécanisme international de contrôle de l'exécution mis en place par la Convention européenne d'un véritable mécanisme d'exécution forcée au plan

Comité des Ministres et la Cour, et de techniques proches ou se rapprochant progressivement de celles de la Cour de justice de l'Union européenne. Dans les deux cas, l'organe politique détient le monopole à la fois du suivi de l'exécution et de l'impulsion à donner pour une intervention juridictionnelle (1.). La Cour européenne des droits de l'homme, cependant, a récemment élargi son pouvoir de suggestion en intervenant, en quelque sorte par anticipation, dans l'exécution de ses arrêts (2.).

1 Interaction politico-juridictionnelle
sous l'impulsion de l'organe politique
Recours en manquement (C.J.U.E.)

Le recours en manquement classique, prévu par les articles 258 et 259 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, permet à un Etat membre de l'Union ou à la Commission de saisir la Cour de justice si l'un d'eux estime qu'un autre Etat membre a manqué à une obligation qui lui incombe en vertu du droit communautaire. Mais la possibilité d'un tel recours a également été étendue à l'hypothèse de l'inexécution d'un arrêt de la Cour de justice, puisque la violation du droit communautaire dérivé, dont font partie les arrêts de la Cour de justice, est constitutive d'un manquement au même titre qu'une violation du droit originaire ; on parle alors d'un recours en manquement sur manquement. L'article 260 paragraphe 2 dispose en ce sens que « [s]i la Commission estime que l'Etat membre concerné n'a pas pris les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt de la Cour, elle peut saisir la Cour, après avoir mis cet Etat en mesure de présenter ses observations. Elle indique le montant de la somme forfaitaire ou de l'astreinte à payer par l'Etat membre concerné qu'elle estime adapté aux circonstances. Si la Cour reconnaît que l'Etat membre concerné ne s'est pas conformé à son arrêt, elle peut lui infliger le paiement d'une somme forfaitaire ou d'une astreinte »¹³⁰.

interne. En effet, en vertu de la Loi XIV de 1987 sur la Convention européenne (Chapitre 319 des Lois de Malte), la Cour constitutionnelle maltaise est chargée de l'exécution des arrêts de la Cour européenne sur le territoire maltais : l'article 6 paragraphe 1 de la loi dispose que « [t]out arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme auquel s'applique une déclaration faite par le gouvernement de Malte conformément à l'article 46 de la Convention peut être exécuté par la Cour constitutionnelle de Malte, de la même manière que les arrêts exécutoires rendus par ladite cour, à la suite d'une requête déposée devant la Cour constitutionnelle et signifiée à l'*Attorney General* demandant que soit ordonnée l'exécution de cet arrêt ».

130 Cette déclinaison du recours en manquement a été formellement introduite dans les textes après que la Cour, par son arrêt du 13 juillet 1972 dans l'affaire *Commission c. Italie*, avait admis la recevabilité d'un recours en manquement fondé sur l'inexécution d'un de

Le suivi de l'exécution des arrêts de la Cour de justice est donc en première ligne placée sous la responsabilité d'un organe politique, en l'occurrence la Commission. Dès que la Cour de justice a rendu son arrêt, la Commission demande à l'Etat auteur de la violation d'indiquer les mesures qu'il entend adopter afin de se conformer à l'arrêt. Si elle estime la réponse insatisfaisante, ou si l'Etat concerné ne répond pas à sa demande, elle peut engager une procédure en manquement sur manquement, après avoir mis en demeure l'Etat défaillant. Cette mise en demeure est assortie d'un communiqué de presse dans lequel sont présentés les manquements spécifiques de l'Etat et les mesures internes qu'il reste tenu de prendre afin d'exécuter l'arrêt, et cette transparence relève naturellement d'une technique de pression. La Commission formule ensuite un avis motivé, et on observe que le seul déclenchement de la procédure, en d'autres termes la menace d'une saisine de la Cour de justice, a un important effet dissuasif : dans la plupart des affaires, par la pression combinée de la mise en demeure, de l'affichage public et de l'avis motivé de la Commission, les Etats adoptent les dernières mesures d'exécution de l'arrêt avant la saisine de la Cour. Si toutefois la Cour est saisie par la Commission, la procédure au titre de l'article 260 T.F.U.E. est calquée sur celle du recours en manquement classique de l'article 258 ; la différence entre les deux types de recours en manquement est que le second peut conduire au prononcé de sanctions pécuniaires pour inexécution d'un arrêt antérieur rendu pour manquement au droit de l'Union¹³¹. Cette procédure s'est révélée être une véritable

ses arrêts (v. aff. 48/71, « Exécution de l'arrêt 7-68 », *Recueil de la jurisprudence de la Cour* 1972, p. 529-536). Cette solution jurisprudentielle avait ensuite été consacrée à l'article 171 paragraphe 2 du Traité de Maastricht. Dans son arrêt du 12 juillet 2005 (*Commission c. France*, aff. 304/02, *Recueil de jurisprudence de la Cour* 2005, I, p. 6318-6356), la Cour s'était alignée sur l'opinion de l'avocat général qui considérait que la procédure prévue par l'article 228 TCE (anciennement article 171 paragraphe 2 Traité de Maastricht) doit être considérée comme une « procédure judiciaire spéciale d'exécution des arrêts » (par. 92).

- 131 V. les condamnations de la Grèce par la Cour de justice au paiement d'une astreinte par jour de retard dans l'adoption des mesures d'exécution de la décision de manquement initiale (C.J.C.E., *Commission c. Grèce*, aff. C-387/97, arrêt du 4 juillet 2000, *Recueil de la jurisprudence de la Cour* 2000, I, p. 5092-5121) ; ou la condamnation de l'Espagne au paiement d'une astreinte annuelle (C.J.C.E., *Commission c. Espagne*, aff. C-278/01, arrêt du 25 novembre 2003, *Recueil de la jurisprudence de la Cour* 2000, I, p. 14167-14188). Le recours en manquement sur manquement est devenu plus mordant encore depuis l'arrêt du 12 juillet 2005 dans l'affaire *Commission c. République française* (aff. 304/02, *op. cit.*), lorsque la Cour de justice a décidé pour la première fois que la sanction du manquement à l'obligation d'exécuter l'arrêt pouvait prendre la forme d'un cumul de la condamnation au paiement d'une somme forfaitaire et d'une astreinte. Le manquement de la France dans cette affaire avait été constaté depuis 1991, et la condamnation par la Cour de justice est

arme de la Commission, qui a la charge de l'ensemble de la phase précontentieuse et n'hésite pas à menacer du recours à la Cour. Bien que la fonction de la Commission dans l'exécution des arrêts de la Cour de justice ne soit jamais que de nature politique, il reste que le rôle qu'elle joue dans l'activation de la procédure juridictionnelle lui donne un pouvoir considérable et que la manière dont elle l'exerce est, de fait, coercitive.

Surveillance politique exercée par le Comité des Ministres (Cr.E.D.H.)

Comme pour ceux de la Cour internationale de Justice, le contrôle de l'exécution des arrêts de la Cour européenne a été confié à un organe politique, le Comité des Ministres, vers lequel tous les arrêts définitifs sont renvoyés¹³². Bien que ni la Convention ni aucun autre texte ne lui confère une compétence juridique en matière d'exécution, l'Assemblée parlementaire assiste cependant considérablement le Comité dans cette tâche, dans la mesure où elle est l'interlocuteur direct et privilégié des parlements nationaux.

L'exécution des arrêts de la Cour européenne fait souvent l'objet d'importants retards, mais le mécanisme de contrôle de l'exécution par le Comité des Ministres fonctionne efficacement. La surveillance par le Comité est organisée par les Règles du Comité des Ministres pour la surveillance de l'exécution des arrêts¹³³. Elle est continue jusqu'à la résolution définitive du litige : la question est inscrite à l'ordre du jour dès la communication de l'arrêt définitif au Comité du Ministres, et le reste jusqu'à l'adoption par le Comité d'une résolution indiquant qu'il a rempli ses fonctions en vertu de l'article 46 paragraphe 2, lorsqu'il considère que l'Etat condamné a pris toutes les mesures nécessaires pour se conformer à l'arrêt de la Cour. Elle est examinée dans le cadre de réunions spéciales « Droits de l'homme » du Comité. Les objets spécifiques de sa mission de surveillance reflètent la triade classique des obligations découlant pour un Etat auteur d'une violation de l'engagement de sa responsabilité : le Comité s'assure que la satisfaction équitable ordonnée par la Cour a été payée ; que l'Etat condamné a adopté les mesures individuelles faisant cesser

la plus sévère à ce jour : la France s'est vue condamnée à payer sur le compte « Ressources propres » de la Communauté européenne une astreinte d'un montant de 57 761 250 euros pour chaque période de six mois à compter du prononcé de l'arrêt initial, ainsi qu'une amende forfaitaire de 20 000 000 euros.

132 L'article 46 paragraphe 2 dispose que « [l']arrêt définitif de la Cour est transmis au Comité des Ministres qui en surveille l'exécution ».

133 Règles du Comité des Ministres pour la surveillance de l'exécution des arrêts et des termes des règlements amiables, adoptées par le Comité des Ministres le 10 mai 2006 lors de la 964^e réunion des Délégués des Ministres.

la violation (obligation de cessation) ; que la partie lésée est placée, dans la mesure du possible, dans la situation dans laquelle elle se trouvait avant la violation (obligation de réparation) ; et que l'Etat condamné a adopté des mesures générales afin de prévenir de nouvelles violations similaires (garantie de non-répétition)¹³⁴.

Le mécanisme de surveillance repose sur la transparence et le dialogue bilatéral entre l'Etat condamné et le Comité : après la transmission au Comité d'un arrêt constatant une violation de la Convention, l'Etat doit informer le Comité de ses intentions relatives à l'exécution de l'arrêt, et en particulier des mesures déjà prises ou qu'il envisage de prendre. Loin d'être limitée à une fonction d'enregistrement des informations relatives à l'exécution des arrêts, la mission du Comité peut le conduire à une approche proactive. Il peut ainsi adopter des résolutions intérimaires faisant état de l'avancement de l'exécution ou, au contraire, de sa préoccupation devant un retard ou défaut d'exécution, voire formuler des suggestions¹³⁵. Par le Protocole n° 14 du 13 mai 2004 amendant le système de contrôle de la Convention ont également été introduits dans la Convention deux recours plus incisifs, qui permettent de traiter un potentiel blocage de l'exercice de la mission de surveillance du Comité ou le refus d'exécution de la part de l'Etat condamné. D'une part, en vertu de l'article 46 paragraphe 3 de la Convention tel que modifié par l'article 16 du Protocole n° 14, entré en vigueur le 1^{er} juin 2010, lorsque le Comité rencontre une difficulté dans l'exercice de sa fonction de surveillance qu'il estime liée à

134 La mission de surveillance du Comité des Ministres est précisée dans la Règle n° 6 (2) des Règles du Comité des Ministres pour la surveillance de l'exécution des arrêts.

135 Règle n° 16 des Règles du Comité des Ministres pour la surveillance de l'exécution des arrêts. Mme Lambert Abdelgawad qualifie ces résolutions intérimaires d'« arme[s] “légère[s]” » et identifie parmi elles trois catégories : celles visant à acter que l'Etat condamné n'a adopté aucune mesure d'exécution et à l'inviter à le faire, qui remplissent la fonction d'un « constat public et officiel de non-exécution » ; celles dans lesquelles le Comité souligne les progrès dans l'exécution et encourage l'Etat condamné à poursuivre ses efforts, qui permettent au Comité de s'exprimer sur une option d'exécution envisagée ; et celles, « à l'usage exceptionnel, vis[ant] à menacer l'Etat, en raison du laps de temps écoulé et de l'urgence de la situation, en fixant un délai impératif pour le paiement de la satisfaction ». V. E. LAMBERT ABDELGAWAD, « L'exécution des décisions des juridictions européennes (Cour de justice des Communautés européennes et Cour européenne des droits de l'homme) », *A.F.D.I.*, 2006, p. 686. Pour une discussion critique de l'exercice par le Comité de sa fonction, avant l'introduction de la possibilité d'adopter des résolutions intérimaires, v. E. RYSSDAL, « The Enforcement System set up under the European Convention of Human Rights », in M. K. BULTERMAN et M. KUIJER (eds), *Compliance with Judgments of International Courts*, *op. cit.*, p. 63-65.

un problème d'interprétation de l'arrêt en question, il peut saisir la Cour d'une demande d'interprétation. Cette procédure est une innovation pragmatique destinée à accélérer l'exécution des arrêts, en offrant au Comité un recours en cas de difficulté d'interprétation d'un arrêt au lieu de devoir attendre que la Cour clarifie le point sensible dans le cadre d'une affaire ultérieure. Cependant, la crainte était manifestement grande que ce nouveau recours ne « brouille [...] les responsabilités respectives de la Cour et du Comité des Ministres telles que définies par la Convention et [n']entraîne [...] la Cour hors de son domaine de compétence »¹³⁶, en d'autres termes que la Cour ne glisse sur le terrain de la prescription des modalités d'exécution. Le rapport explicatif du Protocole n° 14 souligne ainsi explicitement que « [l]e but du nouveau paragraphe 3 est de permettre à la Cour de donner une interprétation d'un arrêt et non de se prononcer sur les mesures prises par une Haute Partie contractante pour se conformer à l'arrêt »¹³⁷. D'autre part, le Comité peut également, à titre exceptionnel et depuis l'entrée en vigueur en 2010 du Protocole n° 14, saisir la Cour d'un recours en manquement, lorsque l'Etat condamné persiste dans son refus d'exécution en dépit d'une mise en demeure par le Comité. La mise en place de ce recours répond à la difficulté à laquelle la Cour a longtemps été confrontée, de n'être pas compétente pour examiner une plainte sur le fondement juridique autonome de l'ancien article 53 (obligation de se conformer aux arrêts de la Cour)¹³⁸. La décision de la Cour fait autorité pour le Comité : si elle constate que l'Etat condamné a manqué à l'obligation d'exécution qui lui incombe en vertu de l'article 46 paragraphe 1, la question est renvoyée au

136 Rapport du groupe d'évaluation au Comité des Ministres sur la Cour européenne des droits de l'homme, document EG Court (2001) 1, 27 septembre 2001, p. 36.

137 Rapport explicatif du Protocole n° 14 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, amendant le système de contrôle de la Convention, par. 97.

138 V. par exemple *Olsson c. Suède* (n° 2), req. n° 13441/87, arrêt du 27 novembre 1992, *Série A*, n° 250, où était en cause l'exécution de la première décision dans cette affaire, *Olsson v. Suède* (n° 1) (req. n° 10465/83, arrêt du 24 mars 1988, *Série A*, n° 130). Bien que la Cour y considéra que « les faits et circonstances sous-jacents au grief invoqué par les intéressés sur le terrain de l'article 53 [...] soulèvent un problème nouveau, non tranché par l'arrêt *Olsson I* [...], et coïncident pour l'essentiel avec ceux qu'elle vient d'examiner sous l'angle de l'article 8 [...] sans constater de violation » (par. 94), il reste qu'elle n'avait alors pas explicitement exclu sa compétence pour connaître de plaintes alléguant une violation de l'ancien article 53, et donc un défaut par l'Etat condamné d'exécuter l'arrêt principal. Pour une appréciation critique de la surveillance de l'exécution avant l'introduction du recours en manquement, v. H. TIGROUDJA, « Les difficultés d'exécution de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 7 juin 2001 rendu dans l'affaire *Kress c. la France* », *R.T.D.H.*, 2004, n° 58, p. 354-364.

Comité qui doit alors décider des mesures à prendre. Si en revanche la Cour ne constate aucun manquement à l'article 46 paragraphe 1, le Comité des Ministres, après renvoi de l'affaire, doit clore son examen : si la Cour a jugé que l'exécution est satisfaisante, le Comité doit s'en satisfaire également.

2 Intervention autonome et anticipée de l'organe juridictionnel dans l'exécution

Pouvoir de suggestion

En cas de violation de la Convention, la Cour peut accorder à la partie lésée une satisfaction équitable, selon l'article 41, mais elle n'a pas le pouvoir d'ordonner l'annulation des décisions des juridictions nationales de l'Etat membre condamné, d'abroger sa législation nationale ou de lui prescrire des mesures à adopter dans son ordre juridique interne¹³⁹. Pendant longtemps, la position de la Cour était en effet un refus de principe d'indiquer dans sa décision les modalités d'exécution, dans la mesure où elle considérait que ce choix appartient à l'Etat condamné¹⁴⁰. Au cours de la dernière décennie, la Cour a cependant

139 V., à titre de comparaison, la prescription en cette matière par la Cour interaméricaine des droits de l'homme, qui dispose en vertu de l'article 63 paragraphe 1 de la Convention américaine des droits de l'homme du pouvoir d'ordonner « la réparation des conséquences de la mesure ou de la situation à laquelle a donné lieu la violation de ces droits et le paiement d'une juste indemnité à la partie lésée ». S'il n'est évidemment pas inhabituel qu'une juridiction internationale indique à l'Etat auteur d'une violation l'obligation de réparation qui lui incombe en vertu de l'engagement de sa responsabilité, ce qui distingue le système interaméricain est que la question de la réparation y fait l'objet d'un contentieux spécifique, la Cour s'étant reconnue compétente pour assurer l'exécution des arrêts qu'elle rend au fond. L'article 17 paragraphe 2 du Règlement de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, adopté par la Cour en 2009 lors de sa 145^e session ordinaire, dispose à ce sujet que « [t]outes les questions portant soit sur les réparations et les dépenses, soit sur la surveillance d'exécution des arrêts de la Cour sont de la compétence des juges qui composent la Cour à ce stade du procès », et la procédure de surveillance de l'exécution est précisée à l'article 69. Pour une analyse de ce contentieux de la réparation, v. K. BONNEAU, « La jurisprudence innovante de la Cour interaméricaine des droits de l'homme en matière de droit à réparation des victimes de violations des droits de l'homme », in L. HENNEBEL et H. TIGROUDJA (dir.), *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme – En l'honneur du 40^e anniversaire de la Convention américaine des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2009, p. 347-381.

140 Dans l'arrêt *Marckx c. Belgique*, la Cour européenne a ainsi posé le principe suivant : « déclaratoire pour l'essentiel, [la décision de la Cour] laisse à l'Etat le choix des moyens à utiliser dans son ordre juridique interne pour s'acquitter de l'obligation qui découle pour lui de l'article 53 [nouvel article 46 paragraphe 1] » (req. n° 6833/74, arrêt du 13 juin

elle-même contribué à accroître l'effectivité de ses arrêts¹⁴¹. En effet, tout en veillant à ne pas remettre en cause la nature déclaratoire d'une situation juridique des arrêts qu'elle rend, elle s'est arrogé un rôle plus actif, parfois même plus intrusif, en matière d'exécution. Sans prescrire à l'Etat condamné le moyen par lequel il devra réaliser l'exécution, elle use de plus en plus fréquemment de ce que Mme Lambert Abdelgawad appelle son « pouvoir d'orientation »¹⁴² et que, par parallélisme avec le pouvoir que confère l'article 19:1 du Mémorandum aux groupes spéciaux de l'O.M.C., nous appellerons ici pouvoir de suggestion¹⁴³. Elle indique ainsi volontiers aux Etats les moyens d'exécution de ses arrêts, et il apparaît dans sa jurisprudence qu'elle le fait tout particulièrement lorsque le(s) moyen(s) qu'elle signale lui semble(nt) être le(s) seul(s) juridiquement raisonnable(s) et permettant à l'Etat condamné de se conformer pleinement à sa décision¹⁴⁴. On aperçoit même une tendance à s'ar-

1979, *Série A*, n° 31, par. 58). V. aussi Cr.E.D.H., *Saïdi c. France*, req. n° 14647/89, arrêt du 20 septembre 1993 ; *Belilos c. Suisse*, req. n° 6833/74, arrêt du 29 avril 1998, par. 78.

- 141 Pour une étude de l'évolution de l'exécution des arrêts de la Cour européenne, v. E. LAMBERT ABDELGAWAD, « L'exécution des décisions des juridictions européennes (Cour de justice des Communautés européennes et Cour européenne des droits de l'homme) », *op. cit.* L'auteur parle à ce sujet d'une « dépolitisation » et d'une « juridicisation » parallèles de l'exécution (p. 679).
- 142 V. E. LAMBERT ABDELGAWAD, « L'exécution des décisions des juridictions européennes (Cour de justice des Communautés européennes et Cour européenne des droits de l'homme) », *op. cit.*, p. 696-705. V. également *id.*, « La Cour européenne au secours du Comité des ministres pour une meilleure exécution des arrêts "pilotes" : en marge de l'arrêt Broniowski », *R.T.D.H.*, 2005, n° 61, p. 203-224.
- 143 Suggestion et orientation nous paraissent avoir la même fonction ici, c'est-à-dire indiquer au perdant de la procédure des moyens d'exécuter l'acte juridictionnel. La différence entre le pouvoir de suggestion des groupes spéciaux à l'O.M.C. et le « pouvoir d'orientation » de la Cour européenne nous semble être que le premier est un véritable *pouvoir*, entendu au sens de la capacité dévolue à une autorité afin d'exercer la compétence dont elle est légalement investie.
- 144 En matière de détention contraire à l'article 6 paragraphe 1 la Convention, elle a ainsi indiqué qu'« elle estime qu'en principe le redressement le plus approprié serait de faire rejurer le requérant en temps utile par un tribunal indépendant et impartial », v. Cr.E.D.H., *Gençel c. Turquie*, req. n° 53431/99, arrêt du 24 mars 2004, par. 27. Plus fréquemment qu'une telle prescription, elle proposera à l'Etat auteur de la violation une alternative. Dans l'affaire *Hentrich c. France*, elle a ainsi indiqué à la France que l'exécution de son arrêt constatant une violation du droit de propriété pouvait consister soit en la rétrocession du terrain, soit en une indemnisation du préjudice matériel (req. n° 13616/88, arrêt du 3 juillet 1995, par. 71). Dans le même sens, v. aussi Cr.E.D.H., *Papamichalopoulos et autres c. Grèce (article 50)*, où la Cour se réfère explicitement à la jurisprudence de la C.I.J. dans l'affaire *Usine de Chorzów* (*in req.* n° 14556/89, arrêt du 31 octobre 1995, par. 36-38).

roger un pouvoir d'injonction implicite, bien que les formulations employées par la Cour restent prudentes et relèvent, du moins formellement, toujours de l'invitation¹⁴⁵. Son approche est cependant devenue plus offensive à cet égard : si elle justifiait initialement son « injonction » par les circonstances particulières de l'affaire qui appelaient ce procédé, la justification avancée s'est ensuite déplacée sur le terrain de l'article 46 paragraphe 1, c'est-à-dire l'obligation de se conformer à l'arrêt qui incombe à l'Etat condamné. On entrevoit alors plus ouvertement la volonté de la Cour de jouer un rôle actif dans le suivi de la mise en œuvre de ses arrêts en guidant véritablement l'Etat, si besoin est en encadrant sa marge de manœuvre.

Arrêts pilotes

De la même manière, la Cour a développé depuis 2004 la technique des arrêts pilotes, inaugurée par son arrêt au principal dans l'affaire *Broniowski c. Pologne*¹⁴⁶. Le recours à cette technique est animé par la prise de conscience que certaines violations sont liées à un défaut structurel de la législation en cause, lequel défaut est par conséquent susceptible d'entraîner des violations systémiques, elles-mêmes susceptibles de donner lieu à des plaintes identiques ou similaires devant la Cour¹⁴⁷. La procédure de l'arrêt pilote opère alors en quatre étapes : d'abord, la Cour établit l'existence ou non d'une violation de

145 Dans l'affaire *Assanidzé c. Géorgie*, elle a pour la première fois adressé une « injonction » à un État, en l'espèce « la remise en liberté du requérant dans les plus brefs délais » (req. n° 71503/01, arrêt du 8 avril 2004, pt 14 du dispositif). Dans l'arrêt *Ilascu et autres c. Moldova et Russie*, elle a enjoint aux défendeurs de « prendre toutes les mesures nécessaires pour mettre fin à la détention arbitraire des requérants encore incarcérés et assurer leur remise en liberté immédiate » (req. n° 71503/01, arrêt du 8 juillet 2004, par. 22 du dispositif). Pour un commentaire de ces arrêts et du développement par la Cour d'un véritable pouvoir d'injonction, v. G. COHEN-JONATHAN, « A propos des arrêts *Assanidzé* (8 avril 2004), *Ilascu* (8 juillet 2004) et *Issa* (16 novembre 2004) – Quelques observations sur les notions de “juridiction” et d’“injonction” », *R.T.D.H.*, 2005, n° 64, p. 767-785.

146 Cr.E.D.H., *Broniowski c. Pologne*, req. n° 31443/96, arrêt du 22 juin 2004. V. également la note d'information du greffier de la Cour européenne des droits de l'homme sur « La procédure de l'arrêt pilote » (disponible sur le site de la Cour), qui expose que « [l]a procédure de l'arrêt pilote repose sur une idée-force : lorsqu'un grand nombre de requêtes concerne le même problème, les requérants obtiendront plus rapidement un redressement si un recours effectif est mis en place au niveau national que si chaque affaire est traitée individuellement à Strasbourg » (par. 6).

147 Dans l'affaire *Broniowski c. Pologne*, la Cour a observé que la violation « tire son origine d'un problème à grande échelle résultant d'un dysfonctionnement de la législation polonaise et d'une pratique administrative et qui a touché, et peut encore toucher à l'avenir, un grand nombre de personnes » (*op. cit.*, par. 189).

la Convention ; puis, elle identifie le dysfonctionnement structurel de la législation nationale en cause ; elle indique alors à l'Etat auteur de la violation le moyen d'y remédier ; enfin, elle suscite la création d'un recours interne, soit pour le traitement direct et interne des affaires similaires (futures mais aussi pendantes devant la Cour dans l'attente du prononcé de l'arrêt pilote), soit pour la redirection de toutes les affaires similaires pendantes vers la Cour. En d'autres termes, cette technique permet à la Cour d'imposer à l'Etat auteur de la violation l'adoption non plus seulement de mesures individuelles, mais de mesures générales remédiant au problème systémique causé par sa législation. Pour employer le vocabulaire des articles 20 et 21 du projet de 1996 de la Commission du droit international, ce n'est donc plus seulement d'une obligation de résultat déterminé qu'il s'agit, mais quasiment d'une obligation de comportement spécifiquement déterminé¹⁴⁸, quand bien même celle-ci est exprimée par la Cour sous la forme d'une alternative s'agissant des techniques d'exécution envisageables¹⁴⁹.

148 C.D.I., « Projet d'articles sur la responsabilité des Etats », in *Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa quarante-huitième session, Annuaire C.D.I.*, 1996, II-2, p. 62-70.

149 Dans l'affaire *Xenides-Arestis*, la Cour a ainsi considéré que « l'Etat défendeur doit mettre en place un recours qui garantisse véritablement une réparation effective des violations de la Convention constatées en l'espèce [...], mais aussi dans toutes les affaires similaires pendantes devant elle, suivant les principes de protection des droits énoncés dans les articles 8 de la Convention et 1 du Protocole n° 1 et conformément à sa décision sur la recevabilité du 14 mars 2005. Ce recours devra être disponible dans les trois mois à compter de la date du prononcé du présent arrêt et une réparation devra être fournie dans les trois mois suivants » (req. n° 46347/99, arrêt du 22 décembre 2005, par. 40). De la même manière, dans l'affaire *Bourdov c. Russie* (n° 2) (req. n° 33509/04, arrêt du 15 janvier 2009), la Cour a constaté la pratique récurrente de l'Etat russe à ne pas honorer les jugements lui ordonnant de verser des sommes d'argent et lui a demandé de mettre en place, dans les six mois après que l'arrêt était devenu définitif, un recours interne effectif « apte à offrir un redressement adéquat et suffisant dans les cas d'inexécution ou d'exécution tardive de décisions de justice internes (par. 141 et pt 6 du dispositif – même problème structurel et même solution dans l'affaire *Yuriy Nikolayevich Ivanov c. Ukraine*, req. n° 40450/04, arrêt du 15 octobre 2009, pt 5 du dispositif). D'autres exemples récents d'arrêts pilotes sont : *Ananyev et autres c. Russie*, req. n° 42525/07, arrêt du 10 janvier 2012 (traitements inhumains ou dégradants) ; *Rumpf c. Allemagne*, req. n° 46344/06, arrêt du 2 septembre 2010 (durée excessive de la procédure devant les juridictions internes et absence de recours interne) ; *Kurić et autres c. Slovénie*, req. n° 26828/06, arrêt du 26 juin 2012 (vie privée et familiale) ; *Maria Atanasiu et autres c. Roumanie*, req. n° 30767/05 et 33800/06, arrêt du 12 octobre 2010 ; *Greens et M.T. c. Royaume-Uni*, req. n° 60041/08 et 60054/08, arrêt du 23 novembre 2010 (droit à des élections libres).

Sans surprise, la pratique de l'arrêt pilote a suscité des inquiétudes, en ce qu'elle remet en cause la répartition fonctionnelle entre la Cour et le Comité des Ministres. Elle fait en effet ouvertement glisser vers la Cour une partie de la mission de nature politique qu'exerce le Comité, alors qu'aucune disposition dans la Convention ni dans aucun autre texte, notamment le Règlement de la Cour, n'autorisait la juridiction à empiéter sur la liberté des Etats s'agissant des moyens d'exécution de ses arrêts, en leur indiquant les mesures générales à adopter. L'obstacle a cependant été dépassé par la codification, en mars 2011, de la procédure de l'arrêt pilote par l'article 61 du Règlement de la Cour. Si l'exécution des arrêts de la Cour européenne appelait, déjà avant cette institutionnalisation, un bilan critique positif, quand bien même certaines affaires n'étaient définitivement résolues qu'avec un retard considérable, la tendance récente de la Cour de s'emparer, de manière anticipée, des questions liées à la future exécution de ses arrêts est une évolution remarquable dans le sens de leur plus grande effectivité¹⁵⁰.

Dans les trois cas examinés ici, à l'exception de la Cour interaméricaine des droits de l'homme qui n'a été qu'esquissée en note, l'exécution des décisions est confiée à titre principal (C.J.U.E. et Cr.E.D.H.) sinon exclusif (C.I.J.) à un organe politique. Quand bien même l'organe juridictionnel joue un rôle dans l'exécution de ses propres arrêts, qui peut être important comme c'est le cas pour la Cour de justice de l'Union européenne¹⁵¹, il le fait sous l'impulsion de l'organe politique, qui maîtrise donc entièrement le degré d'implication

150 V. plus spécifiquement sur ce sujet E. LAMBERT ABDELGAWAD, « La Cour européenne au secours du Comité des ministres pour une meilleure exécution des arrêts "pilotes" : en marge de l'arrêt Broniowski », *op. cit.*

151 Nous avons essentiellement porté notre attention s'agissant de l'action de la Cour de justice en matière d'exécution de ses arrêts sur la procédure en manquement sur manquement, mais la procédure préjudicielle en interprétation d'un arrêt antérieur peut également jouer un rôle d'orientation, de manière préventive. V. par exemple C.J.C.E., *Waterkeyn et autres*, aff. jointes C-314/81, 315/81, 316/81 et 83/, arrêt du 14 décembre 1982, *Recueil de la jurisprudence de la Cour* 1982, p. 4338-4362. Par ailleurs, Mme Lambert Abdelgawad aperçoit dans la jurisprudence de la Cour de justice l'équivalent de la technique des arrêts pilote mentionnés précédemment au sujet de la Cour européenne, notamment dans l'arrêt *Commission c. Irlande* (aff. C-494/01, arrêt du 26 avril 2005, *Recueil C.J.C.E.* 2005, I, p. 3382-3444), dans laquelle l'Avocat général faisait valoir un manquement généralisé et structurel. V. E. LAMBERT ABDELGAWAD, « L'exécution des décisions des juridictions européennes (Cour de justice des Communautés européennes et Cour européenne des droits de l'homme) », *op. cit.*, p. 703-705 ; v. également les conclusions de l'Avocat général L. A. GEELHOED, présentées le 23 septembre 2004, *Recueil de la jurisprudence de la Cour* 2005, I, p. 3338-3381, spéc. par. 1 et 44-45.

juridictionnelle dans le contrôle de l'exécution. Le règlement des différends de l'O.M.C. mène à une observation diamétralement opposée : le suivi de la mise en œuvre des recommandations y est certes également confié à un organe politique, le contentieux n'intervenant jamais, officiellement, qu'à titre subsidiaire, mais la configuration du mécanisme est telle que c'est le dispositif juridictionnel qui sert de renfort et de levier à l'organe politique dans sa mission de surveillance de la mise en conformité.

§ 5 Spécificité de l'exécution dans le règlement des différends de l'O.M.C. : l'encadrement juridictionnel comme levier pour l'organe politique

Nature juridictionnelle du règlement des différends de l'O.M.C.

L'hypothèse proposée ici porte en creux une affirmation jusqu'ici péremptoire, qu'il faut sans doute préciser sans toutefois nous y attarder : la présente étude est construite sur la prémisse que le règlement des différends de l'O.M.C. est un mécanisme juridictionnel¹⁵². De nombreux écrits ont été consacrés à la question de la nature juridique du mécanisme dès ses premières années de fonctionnement¹⁵³. Si quelques négateurs de la qualité juridictionnelle

152 On précise d'emblée que cette vision appréhende le mécanisme de manière unitaire, sans le déconstruire dans ses diverses composantes (groupes spéciaux, Organe d'appel, arbitres, O.R.D.). Cette approche n'est pas contradictoire avec la démarche consistant à examiner la qualité juridictionnelle des procédures d'arbitrage (v. Première partie, Titre I, Chapitre II). En effet, une évaluation du mécanisme en tant qu'unité permet de dépasser les éventuelles zones d'ombre que révèle une fragmentation, et, dans les mots de Mme Ruiz Fabri, « c'est à l'aune du mécanisme pris comme un ensemble et une unité que la juridiction apparaît » (in H. RUIZ FABRI, « Le règlement des différends au sein de l'OMC : naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit », in Ch. LEBEN, E. LOQUIN et M. SALEM (dir.), *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XX^e siècle – A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI : Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Paris, Litec, 2000, p. 901).

153 La question, de nature largement théorique, a essentiellement intéressé la doctrine francophone ; les auteurs anglophones constataient en effet globalement (et très positivement) la « *legalization* » ou « *rule-orientation* » qu'a subie le mécanisme, mais sans s'interroger explicitement sur sa nature juridique. V. en particulier les écrits de Mme Ruiz Fabri qui, parmi la doctrine francophone, a été la première à observer la « juridictionnalisation » du règlement des différends avec la naissance de l'O.M.C., puis a plus catégoriquement conclu à son caractère juridictionnel : v. en particulier H. RUIZ FABRI, « Le règlement des différends au sein de l'OMC : naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit », *op. cit.*, p. 303-334 ; « La juridictionnalisation du règlement

subsistent bien, aujourd'hui la question semble surtout opposer les convaincus aux prudents : les premiers qualifient sans hésitation le mécanisme de juridictionnel, les seconds préfèrent faire précéder l'adjectif d'un « quasi ». Au premier abord, toutefois, la question se pose naturellement pour le juriste : le mécanisme ne porte d'autre nom que celui, purement technique, de « mécanisme [ou système] de règlement des différends », ou même seulement « règlement des différends ». Or, une authentique juridiction peut ne pas en porter le nom, et inversement un organe s'auto-désignant comme une juridiction peut ne pas être authentique. Cependant, revenir longuement à la démonstration

des litiges économiques entre Etats », *op. cit.*, p. 881-94 ; « Dispute Settlement in the WTO : On the Trail of a Court », in S. CHARNOVITZ, D. P. STEGER et P. VAN DEN BOSSCHE (eds), *Law in the Service of Human Dignity : Essays in Honour of Florentino Feliciano*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 136-158 ; « Le juge de l'OMC : Ombres et lumières d'une figure judiciaire singulière », *R.G.D.I.P.*, 2006, n° 1, p. 39-82 ; H. RUIZ FABRI et A. HAMANN, « L'Organisation mondiale du commerce est-elle une juridiction économique internationale ? », *Les cahiers de la justice*, 2009, n° 4, p. 99-114. V. également J. PAUWELYN, « The Role of Public International Law in the WTO : How Far Can We Go ? », *A.J.I.L.*, 2001, vol. 95, n° 3, spéc. p. 553-554 ; L. LORENZO, *Une nouvelle juridiction internationale : le système de règlement des différends interétatique de l'O.M.C.*, thèse, dact., Université Lyon III, 2003, 551 p. Traitant plus spécifiquement de la qualité juridictionnelle à l'Organe d'appel, v. V. TOMKIEWICZ, *L'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce*, thèse, dact., Université Paris I (Panthéon-Sorbonne), 2004, 613 p. ; E. CANAL-FORGUES, « La procédure d'examen en appel de l'Organisation mondiale du commerce », *A.F.D.I.*, 1996, p. 845-863 ; H. ASCENSIO, « La notion de juridiction internationale en question », in S.F.D.I., *La juridictionnalisation du droit international*, Colloque de Lille, Paris, Pedone, 2003, p. 163-202. D'avis contraire, v. Y. RENOUF, « Les mécanismes d'adoption et de mise en œuvre du règlement des différends dans le cadre de l'O.M.C. sont-ils viables ? », *A.F.D.I.*, 1994, p. 776-791, spéc. p. 780 ; H.-J. LETZEL, *Streitbeilegung im Rahmen der Welthandelsorganisation (WTO)*, Münster, Aschendorff Rechtsverlag, 1999, 419 p. (qui conclut que le mécanisme n'a pas encore exploité son potentiel en termes de « *Verrechtlichung* » (juridicisation) et qu'il laisse trop d'aspects tributaires de considérations politiques, v. spéc. p. 343-386) ; C. SANTULLI, « Qu'est-ce qu'une juridiction ? Des organes répressifs internationaux à l'O.R.D. », *A.F.D.I.*, 2000, p. 58-81 (qui tient que si l'aspect juridictionnel est indéniable dans le règlement des différends, la *fonction* juridictionnelle fait cependant défaut). Mais v. aussi W. J. DAVEY, qui met même en garde contre les dangers d'une juridicisation excessive, « WTO Dispute Settlement : Segregating the Useful Political Aspects and Avoiding "Over-Legalization" », in M. BRONCKERS et R. QUICK (eds), *New Directions in International Economic Law – Essays in Honor of John H. Jackson*, La Haye, Kluwer International, 2000, p. 291-307. Parmi les « prudents », on peut citer par exemple M. Alvarez, qui qualifie l'Organe d'appel en particulier de « *quasi-judicialized dispute settlers* », in J. E. ALVAREZ, *International Organizations as Law-Makers*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 459.

de la qualité juridictionnelle du mécanisme dépasserait le cadre de cette recherche, et rouvrirait par ailleurs un débat aujourd'hui largement épuisé. Nous tenons ici pour acquise la qualification juridictionnelle du mécanisme, sur la base de la définition établie de la juridiction, entendue au sens matériel de l'aptitude à exercer la fonction de juger. Nous nous contenterons donc d'indiquer quelques éléments essentiels, qui permettent incidemment de mieux saisir le fonctionnement du mécanisme.

Le professeur Santulli fait apparaître la « doctrine des trois éléments » lorsqu'il rappelle la « définition classique » de la juridiction, entendue comme « un organe qui met fin à un différend par une décision obligatoire (i.e. "revêtue de l'autorité de la chose jugée") rendue en application du droit »¹⁵⁴. De la même manière, le professeur Ascensio définit la juridiction comme « un organe chargé de dire le droit (*jurisdictio*) de manière obligatoire (*imperium*) »¹⁵⁵. A partir de cette définition, trop souple pour être en elle-même véritablement révélatrice, a été construit le triptyque des critères organique, formel et matériel. Le critère organique, d'abord, implique que le juge soit un tiers impartial, et le règlement des différends de l'O.M.C. fait en ce sens bien intervenir des organes dont les membres répondent à la double exigence d'impartialité et d'indépendance¹⁵⁶. Le critère formel, ensuite, renvoie à la qualité juridictionnelle de la procédure, qui ne nous semble plus aujourd'hui ouverte à contestation : les procédures

154 C. SANTULLI, « Qu'est-ce qu'une juridiction internationale ? Des organes répressifs internationaux à l'O.R.D. », *op. cit.*, p. 61. V. aussi *id.*, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, p. 23 n° 39.

155 H. ASCENSIO, « La notion de juridiction internationale en question », *op. cit.*, p. 167. V. aussi L. CAVARÉ, « La notion de juridiction internationale », *A.F.D.I.*, 1956, p. 496-509 ; J. VERHOEVEN, « A propos de la fonction de juger en droit international public », in Ph. GERARD et M. VAN DE KERCHOVE, *Fonction de juger et pouvoir judiciaire – Transformations et déplacements*, Bruxelles, Publications des F.U.S.L., 1983, p. 447-468 ; ou encore Ch. PHILIP (en collaboration avec J.-Y. de CARA), « Rapport général – Nature et évolution de la juridiction internationale », in S.F.D.I., *La juridiction internationale permanente*, *op. cit.*, p. 8-11. On retrouve essentiellement les mêmes éléments (auxquels s'ajoutent et se mêlent les critères organique, matériel et formel) dans l'approche de la doctrine anglophone : M. Alvarez par exemple considère qu'un « *legitimate court* » implique, de manière générale et bien que la définition soulève des critiques, « (1) *independent judges applying* (2) *relatively precise and pre-existing legal norms handed down by some other body after* (3) *adversary proceedings in order to achieve* (4) *a dichotomous decision in which one of the parties clearly "wins"* », in J. E. ALVAREZ, *International Organizations as Law-Makers*, *op. cit.*, p. 521.

156 Que les parties puissent, dans une certaine mesure, choisir les membres des groupes spéciaux et les arbitres ne porte pas atteinte à la qualité juridictionnelle de l'organe : cette liberté de choix est au contraire l'attribut caractéristique de l'arbitrage.

menées au sein du mécanisme répondent au modèle classique du procès équitable, en obéissant en particulier aux principes d'égalité des parties, d'égalité des armes et du contradictoire¹⁵⁷. Si elles ne le sont pas systématiquement, certaines procédures sont même rendues publiques depuis 2008, mettant ainsi fin au reproche du huis clos dans lequel se déroulaient les procédures. Le critère matériel, enfin, comporte deux aspects. D'une part, l'organe en question doit connaître de *différends*. La situation dans laquelle un Membre conteste devant l'O.R.D. la mesure d'un autre Membre par laquelle il s'estime lésé, et déclenche ensuite unilatéralement une procédure devant un groupe spécial, répond bien à la définition consacrée du différend tel qu'établie dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*¹⁵⁸, et il en est de même des différents recours à l'arbitrage prévus pour le règlement d'un désaccord certes technique (par exemple le délai d'exécution), mais qui constitue bien un litige. D'autre part, l'organe doit trancher ces différends en application du droit positif : les paragraphes 4 et 7 de l'article 3 du Mémorandum font apparaître que la procédure exige de l'organe de jugement qu'il tranche le désaccord au regard du droit pertinent en vigueur, afin d'établir la conformité ou la non-conformité d'une mesure contestée aux dispositions des accords de l'O.M.C. visés. Les organes de jugement appliquent donc bien le droit de l'O.M.C. tel qu'il est consacré dans les différends accords¹⁵⁹.

Ces trois critères étant établis, il reste à préciser que les rapports adoptés et les décisions arbitrales sont contraignants pour les parties à la procédure¹⁶⁰, et que ce que M. Santulli qualifie de « lien » entre les éléments de la juridiction, la fonction juridictionnelle, est également hors de cause s'agissant des

157 Notons cependant que la procédure a été considérablement raffinée au fil du fonctionnement du mécanisme, alors qu'elle appelait initialement un certain nombre de critiques : v. notamment D. PALMETER, « The Need for Due Process in WTO Proceedings », *J.W.T.*, 1997, vol. 31, n° 1, p. 51-57.

158 C.P.J.I., *Concessions Mavrommatis en Palestine*, arrêt du 30 août 1924, *Série A*, n° 2 : « 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 » (p. 11).

159 V. sur ce point Mme Ruiz Fabri, qui souligne qu'« on peut parler de solution fondée en droit indépendamment de la question de la "qualité" de ce droit, c'est-à-dire du fait de savoir s'il est substantiellement faiblement ou fortement contraignant, précis ou non, éventuellement lacunaire », in H. RUIZ FABRI, « La juridictionnalisation du règlement des litiges économiques entre Etats », *op. cit.*, p. 917.

160 Nous reviendrons plus précisément sur l'intervention de l'O.R.D. dans les développements consacrés à l'identification précise du rôle qu'il joue dans le règlement des différends, à la fois dans l'adoption des rapports et dans le suivi de leur mise en œuvre. V. *infra*, Première partie, Titre I, Chapitre I, Section I, § 1.

organes de jugement de l'O.M.C.¹⁶¹. Si l'O.R.D. n'a incontestablement pas pour fonction de trancher un différend, le Mémoire établit sans équivoque que c'est en revanche bien la fonction des différents organes de jugement, groupes spéciaux, Organe d'appel et arbitres¹⁶². Au regard de ces éléments, le postulat élémentaire à partir duquel est construite notre recherche n'est donc pas que le mécanisme de règlement des différends est une juridiction, car la formule est curieuse dès lors qu'on est en présence d'une pluralité d'organes de jugement et de procédures, mais que le mécanisme, considéré comme un ensemble indissociable tel que la pratique le confirme également, est de nature juridictionnelle.

161 M. Santulli souligne que les trois éléments identifiés précédemment sont à la fois indispensables et insuffisants : « [o]n ne peut rien ajouter, rien soustraire. Ce qui manque ne peut donc être qu'un certain lien logique entre les trois éléments : là se nichait le concept de fonction ». Il schématise ensuite ce lien essentiel, selon lequel chaque élément est fonction de l'autre, dans une formule quasiment mathématique dont la concision et la clarté justifient qu'elle soit extensivement citée : « L'énoncé du texte comprend [...] trois termes : "différend (f) caractère obligatoire", "application du droit (f) caractère obligatoire" et "différend (f) application du droit". Mais le lien de fonction (f) instaure une relation non univoque, et donc les trois termes peuvent être décomposés en six conditions qu'on peut résumer [...] comme suit : "le différend doit permettre une décision obligatoire" et "la décision obligatoire doit trancher le différend", pour la première fonction ; "l'application du droit doit viser l'adoption d'une décision obligatoire" et "la décision obligatoire doit résulter de l'application du droit", pour la deuxième fonction ; et "le différend doit permettre l'application du droit" et "l'application du droit doit porter sur le différend", pour la troisième fonction ». V. C. SANTULLI, « Qu'est-ce qu'une juridiction internationale ? Des organes répressifs internationaux à l'O.R.D. », *op. cit.*, p. 77, y compris note 30. L'application de ces termes et conditions amène M. Santulli à énoncer que « l'O.R.D. n'est pas une juridiction » (p. 79), qu'elle remplit une fonction « exécutive de type administratif » (p. 81). Cette hypothèse est biaisée, mais incontestable dès lors que ce biais est emprunté : l'O.R.D. n'est qu'un organe politique et ne prétend à rien d'autre. La fonction juridictionnelle, elle, est localisée dans les organes de jugement : groupes spéciaux, Organe d'appel et arbitres. On concède cependant que le Mémoire peut prêter à confusion, par exemple lorsqu'il dispose dans son article 3:4 qu'« [e]n formulant ses recommandations ou en statuant sur la question, l'ORD visera à la régler de manière satisfaisante conformément aux droits et obligations résultant du présent mémorandum d'accord et des accords visés ». Qu'il « statue » sur la question n'est cependant pas dire que l'O.R.D. tranche lui-même le différend en application du droit, l'expression doit s'entendre comme reflétant la fonction d'administration du mécanisme de règlement des différends que remplit l'O.R.D.

162 Les différentes procédures seront examinées individuellement dans les développements suivants, qui feront apparaître cette fonction que nous nous contentons ici d'affirmer.

Thèse et annonce de plan

C'est bien en tant que mécanisme juridictionnel que le règlement des différends se révèle être le plus puissant outil de conformité mis en place au sein de l'O.M.C., envisagé à la fois dans son ensemble et dans la composante spécifique qu'est la troisième phase du contentieux consacrée à la mise en œuvre des recommandations, que nous appelons ici le contentieux de la mise en conformité. Par la mise en place de ce mécanisme, l'O.M.C. a ouvert une brèche dans les conséquences habituelles qui découlent du constat de la structure décentralisée de l'ordre international. Certes, le règlement des différends est spécialisé, puisqu'il est cantonné dans les différends entre membres d'une organisation internationale à vocation commerciale. Il n'en reste pas moins le seul mécanisme interétatique de juridiction obligatoire, (quasi) universel, assorti d'un dispositif politique de suivi de l'exécution renforcé d'un dispositif juridictionnel aussi raffiné.

Rappelons très sommairement les traits du mécanisme d'ensemble, qui obéit à une architecture à trois niveaux : le premier est celui des consultations, toute allégation selon laquelle le comportement d'un Membre causerait un dommage à un autre devant faire l'objet de discussions entre les parties, pendant au moins 60 jours. Il s'agit là d'une obligation formelle que le Mémorandum impose aux Membres : il privilégie en effet une résolution des différends par les Membres eux-mêmes, et la phase de consultations est ainsi destinée à donner aux parties concernées l'occasion de trouver une solution mutuellement satisfaisante, sans qu'il soit nécessaire d'engager une procédure contentieuse¹⁶³. Le deuxième niveau est constitué des cas qui ne sont pas résolus après 60 jours de consultations : le Membre faisant valoir un dommage

163 Sur le rôle central des négociations dans le règlement des différends, v. G. MARCEAU et J. A. HAMAOU, « Implementation of Recommendations and Rulings in the WTO System », in L. BOISSON DE CHAZOURNES, M. G. KOHEN et J. VINUALES (eds), *Diplomatic and Judicial Means of Dispute Settlement*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, spéc. p. 188 et 190-191. Que la phase de consultations désamorce efficacement les tensions apparaît dans la large proportion de solutions mutuellement convenues notifiées à l'O.R.D. après le déroulement des consultations : sur 450 différends portés devant l'O.M.C. (au 15 octobre 2012), 149 ont pu être classés après cette première phase diplomatique, soit plus d'un tiers. Plus largement au sujet de la place des négociations dans le règlement des différends, v. H. HAUSER et A. MARTEL, « Das WTO-Streitschlichtungsverfahren – Eine verhandlungsorientierte Perspektive », *A.W.*, 1997, vol. 52, n° IV, p. 525-559. Par comparaison au droit international général, v. par exemple M. BOURQUIN, « Dans quelle mesure le recours à des négociations diplomatiques est-il nécessaire avant qu'un différend puisse être soumis à la juridiction internationale ? », in *Hommage d'une génération de juristes au président Basdevant*, Paris, Pedone, 1960, p. 43-55.

(appelé à l'O.M.C. annulation ou réduction d'avantages) – causé soit par une mesure dont il allègue l'illicéité (plainte en situation de violation), soit par l'application d'une mesure en elle-même licite ou tout autre comportement en lui-même licite mais préjudiciable (plainte en situation de non-violation) – peut alors demander l'établissement d'un groupe spécial. Cette demande ouvre la deuxième phase du règlement du différend, et la première phase proprement contentieuse¹⁶⁴. La procédure initiale est constituée d'une première instance devant un groupe spécial, susceptible de recours devant un Organe d'appel permanent, compétent uniquement pour traiter les questions de droit. La procédure débouche sur une décision obligatoire, revêtue d'autorité relative de la chose jugée dès son adoption par l'O.R.D. Elle est suivie d'une troisième phase – troisième niveau –, entièrement consacrée à la mise en œuvre des décisions. Celle-ci est placée sous la surveillance multilatérale de l'O.R.D., et est au surplus encadrée par un ensemble de procédures juridictionnelles qui constituent la deuxième phase contentieuse et donnent lieu à un véritable contentieux de l'exécution, qui fait l'objet de cette étude. Cette configuration d'ensemble fait du règlement des différends de l'O.M.C. le plus ambitieux mécanisme de règlement des différends de ce type¹⁶⁵ dans l'ordre juridique international¹⁶⁶, qui, au regard du seul contentieux de la phase de mise en

164 V. aussi à ce sujet C. D. ZIMMERMANN, « Rethinking the Right to Initiate WTO Dispute Settlement Proceedings », *J.W.T.*, 2011, vol. 45, n° 5, p. 1057-1070, qui propose et soutient la mise en place d'un procureur au sein du Secrétariat de l'O.M.C., qui permettrait de soustraire les gouvernements des Membres à la pression du lobbying et d'objectiver l'introduction d'une affaire.

165 C'est-à-dire interétatique, quasi universel et opérant comme une juridiction obligatoire.

166 V. également l'appréciation de S. MCBRIDE, « Dispute Settlement in the WTO : Backbone of the Global Trading System or Delegation of Awesome Power ? », *L.P.I.B.*, 2001, vol. 32, n° 3, p. 643. Mais v. aussi les conclusions plus pessimistes de M. CARTLAND, G. DEPAYRE et J. WOZNOWSKI, « Is Something Going Wrong in the WTO Dispute Settlement ? », *J.W.T.*, 2012, vol. 46, n° 5, p. 979-1015, qui soutiennent que le règlement des différends serait en crise, crise due à une perte de confiance des Membres de l'Organisation du fait de plusieurs décisions critiquables rendues par l'Organe d'appel. Dans le même sens déjà, v. l'appréciation mitigée in J. A. RAGOSTA, « Unmasking the WTO – Access to the DSB System : Can the WTO DSB Live Up to the Moniker “World Trade Court” ? », *L.P.I.B.*, 2000, vol. 31, n° 3, p. 739-768 ; et B. WILSON, « Can the WTO Dispute Settlement Body Be a Judicial Tribunal rather than a Diplomatic Club ? », *L.P.I.B.*, 2000, vol. 31, n° 3, p. 779-781 (ces auteurs reconnaissaient dès les premières années de fonctionnement du mécanisme les progrès essentiels réalisés depuis le GATT, mais soulevaient des faiblesses, telle que le défaut de transparence, qui entâchent selon eux la légitimité du système). Pour une critique plus vive, v. J. A. RAGOSTA, N. JONEJA et M. ZELDOVICH, « WTO Dispute Settlement : the System is Flawed and Must Be Fixed », *Int. Law.*, 2003, vol. 37, n° 3,

œuvre, témoigne de manière inédite de la faisabilité, dans l'ordre international, d'une justice assortie de voies d'exécution. Elle exprime ainsi l'idée que l'efficacité du règlement des différends consiste non seulement à produire une décision obligatoire, mais aussi à assurer qu'il lui soit donné effet.

Précisons cependant dès l'abord que notre recherche ne porte pas sur l'efficacité du règlement des différends de l'O.M.C. en général, ni sur celle du mécanisme de suspension de concessions en particulier qui attire l'attention d'un grand nombre d'auteurs. Il est très vraisemblable que la seule existence du dispositif existant à l'O.M.C. – qui fait donc peser sur les Membres la menace de véritables conséquences attachées à leurs violations – opère comme une puissante dissuasion de la non-conformité¹⁶⁷. Mais étudier le contentieux de la mise en conformité dans la perspective annoncée, lui-même envisagé comme un outil d'efficacité du droit qui régit le système, n'est pas interroger l'effectivité et l'efficacité des dispositifs concernés ; c'est examiner comment l'O.M.C. appréhende l'exécution des décisions rendues par ses organes de jugement et construit le mécanisme destiné à l'assurer. Une telle étude s'impose presque naturellement, par la nouvelle configuration du règlement des différends sous l'O.M.C. : puisque l'adoption des rapports produits en phase initiale ne peut plus être bloquée par les parties comme sous le GATT de 1947, les difficultés se cristallisent désormais dans la phase de mise en œuvre¹⁶⁸ ; le renforcement des contraintes dans la phase initiale n'a pas dissous les résistances, il a seulement différé leur expression à un stade ultérieur, celui de l'exécution. Dans cette perspective, la présente recherche est une étude du *contentieux*, envisagé de deux manières : d'une part, le contentieux entendu comme un corps, celui constitué par un ensemble de procédures et de litiges, et donc compris dans sa dimension davantage théorique qui met en lumière sa conception, son organisation et son fonctionnement « technique » ; d'autre part, le contentieux dans

p. 697-752 ; et R. BHALA, « The Myth About Stare Decisis and International Trade Law (Part One of a Trilogy) », *Am. U.I.L. Rev.*, 1999, vol. 14, n° 4, p. 845-956, qui s'impatiente de l'enthousiasme généré par le nouveau mécanisme, qu'il qualifie d'exubérance irrationnelle (p. 856).

167 La professeure Footer compare en ce sens le mécanisme de règlement des différends de l'O.M.C. à un catalysateur, capable de modifier par la persuasion (ou la dissuasion) le comportement des Membres. V. M. E. FOOTER, « Some Theoretical and Legal Perspectives on WTO Compliance », *N.Yb.I.L.*, 2007, vol. 38, p. 98.

168 V. déjà sur ce point H. RUIZ FABRI, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », *J.D.I.*, 1997, n° 3, p. 745 ; *id.*, « Le contentieux de l'exécution dans le règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce », *op. cit.*, p. 606-607 ; et Ph. MADDALON, « Les rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'OMC (2008) », *A.F.D.I.*, 2008, p. 445.

sa dimension pratique, c'est-à-dire au regard du déroulement des procédures dans des litiges réels et des apports substantiels de la jurisprudence produite. Etudier ce contentieux vise à faire apparaître l'originalité du dispositif, qui réside dans la mise en place de recours inédits et à la manière, également inédite, dont les organes de jugement les « habitent » ; mais elle révèle aussi, pour original qu'il soit, qu'il intègre des mécanismes bien connus du droit international général ou construit sur eux, en les aménageant aux besoins et aux objectifs spécifiques du système de l'O.M.C.

Envisagé comme nous venons de le faire, et en gardant à l'esprit la configuration à laquelle il participe, le contentieux de la mise en conformité de l'O.M.C. appelle deux constats qu'on pourrait analyser chacun isolément, mais qui sont véritablement complémentaires au regard de la thèse à laquelle ils servent de soutien. Précisons cependant que, en toute rigueur, le contentieux examiné devrait être désigné sous l'appellation « contentieux de la mise en œuvre », et dès lors le titre de cette recherche également. En effet, des trois procédures contentieuses disponibles dans la phase d'exécution des recommandations, seule une (celle de contrôle de licéité de la mesure d'exécution, au titre de l'article 21:5) est exclusive des affaires en situation de non-violation. Les deux autres sont, en principe, envisageables pour encadrer l'exécution dans une affaire de non-violation, ou pour sanctionner l'inexécution de la recommandation¹⁶⁹. Cependant, dans la pratique, cela ne s'est jamais produit : le contentieux dans la phase d'exécution est, pour le moment, exclusivement un contentieux de la *mise en conformité* et, puisque notre recherche prend appui sur une analyse du contentieux et de la jurisprudence produite, c'est sur cette hypothèse que se porte l'attention et se fixe le vocabulaire employé. Nous parlerons donc toujours de « mise en conformité », sauf si le développement exige qu'une distinction soit opérée entre les plaintes en situation de violation et celles de non-violation, pour signaler une différence ou au contraire une identité des régimes.

La seule appellation de « contentieux de la mise en conformité » le suggère déjà, l'exécution des décisions produites par les juges de la procédure initiale fait l'objet d'un suivi, pas seulement politique comme pour d'autres juridictions internationales, mais *juridictionnel*. En effet, le système de l'O.M.C. met

169 L'arbitrage par lequel est fixé le délai d'exécution peut, en théorie, servir aussi bien aux affaires de violation où il s'agit du délai de mise en conformité, qu'aux affaires de non-violation où il s'agirait de celui de l'ajustement mutuel. De même, on infère clairement du Mémoire du Mémorandum que la sanction de l'inexécution en vertu de l'article 22 vise aussi bien les affaires de violation que celles de non-violation ; un arbitrage à ce sujet est donc possible.

en place trois procédures destinées à traiter différents types de désaccords pouvant survenir entre les parties au cours de la mise en œuvre. Ce processus de « canalisation » vers le juge des difficultés d'exécution témoigne d'une singularité du règlement des différends, à savoir l'attribution d'un rôle central à la *jurisdictio* dans une phase traditionnellement réservée à l'*imperium*. En ce sens, on peut parler d'une véritable juridictionnalisation de la phase de mise en œuvre, et cette spécificité témoigne de l'ambition pragmatique de résoudre définitivement les litiges, au lieu de laisser une mise en œuvre potentiellement délicate entre les mains des seules parties, et par-delà une forte volonté de protéger le respect du droit de l'O.M.C. (Première partie. La juridictionnalisation de la phase de mise en œuvre).

Cette juridictionnalisation jette alors une lumière nouvelle sur l'affirmation habituelle selon laquelle les actes juridictionnels dans l'ordre international seraient dépourvus de force exécutoire. La mise en place à l'O.M.C. de procédures juridictionnelles assorties de voies d'exécution contribue en effet à matérialiser l'obligation qui découle pour un Membre d'une décision prononcée contre lui, et donc à assurer sa mise en œuvre et le retour à la légalité. Ce résultat est produit par l'introduction d'éléments de contrainte dans le dispositif de suivi, car à ce stade d'un différend, il ne suffit plus de faire constater par un juge qu'un Membre est responsable d'une violation ou porte dommage à un autre, ni l'encourager dans un forum politique à y mettre fin : il faut l'y forcer. Les trois procédures constitutives du contentieux de la mise en conformité y contribuent sensiblement, en encadrant au plus près l'exécution par les Membres : elles permettent de fixer certaines modalités de l'exécution, d'examiner au fond si elle a bien eu lieu, et concourent avec l'organe politique au contrôle du recours par les Membres à la suspension de concessions (Deuxième partie. L'encadrement coercitif de la mise en conformité).

La juridictionnalisation de la phase de mise en œuvre

L'organisation du suivi de la mise en œuvre à l'O.M.C., et en particulier la mise en place d'un contentieux spécifiquement consacré au traitement des incidents nés de l'exécution des décisions rendues en phase initiale, font apparaître le rôle déterminant attribué à l'application du droit dans une phase traditionnellement réservée à l'*imperium*. Le juge international est habituellement absent, et au minimum marginalisé à ce stade du différend ; puisque cette phase ne relève pas de sa compétence, sa mise à l'écart n'a donc aucune incidence sur la qualification juridique de l'organe. Mais le règlement des différends de l'O.M.C. permet d'envisager l'hypothèse inverse : le Mémoire aménage plusieurs procédures contentieuses relatives à la mise en œuvre, et la place éminente qu'occupe ainsi le juge dans l'exécution des décisions consolide même la nature juridictionnelle du mécanisme d'ensemble. Elle fait en effet apparaître la juridictionnalisation d'une phase qui ne relève habituellement pas de la juridiction, et qui se manifeste par une intégration inédite d'une partie de la fonction exécutive dans la fonction juridictionnelle. Deux observations participent du constat de cette intégration, et elles consolident toutes deux la nature juridictionnelle du mécanisme. D'abord, les litiges qui surviennent au sujet de la mise en œuvre sont traités par les organes juridictionnels de la phase initiale ; ils peuvent porter un autre nom, mais cela n'affecte pas leur identité organique (Titre I. L'intervention des organes de jugement dans le suivi de la mise en œuvre). Ensuite, cette avancée de la fonction juridictionnelle dans la phase d'exécution permet d'observer d'un peu plus loin le règlement des différends dans son ensemble, et ce recul fait apparaître mieux ce que la phase initiale ne révélait pas à elle seule. Ces éclairages rétrospectifs permettent ainsi d'identifier plus nettement la configuration du règlement des différends dans son ensemble, et par-delà la nature du droit qu'il vise à protéger (Titre II. Le contentieux de la mise en conformité, révélateur de la nature du système de l'O.M.C.).

L'intervention des organes de jugement dans le suivi de la mise en œuvre

La phase d'exécution des décisions juridictionnelles à l'O.M.C. est rigoureusement structurée, laissant d'un côté, comme il est habituel dans l'ordre international, l'Etat dont la mesure a fait l'objet d'une constatation d'incompatibilité chargé de réaliser l'exécution, mais plaçant d'un autre côté ses agissements sous un double suivi. Le premier est de nature politique, et il est automatique : l'O.R.D. est investi par le Mémoire de la charge de surveiller la mise en œuvre par les Membres responsables d'une violation. Le second suivi est plus singulier : de nature juridictionnelle et non automatique, il est constitué des recours que les parties peuvent exploiter pour faire trancher leurs désaccords au sujet de l'exécution. Au sein d'une phase relevant en principe de l'*imperium*, les organes de jugement de la phase initiale sont donc habilités à exercer une partie de la fonction exécutive. D'un point de vue conceptuel, cette habilitation révèle l'absorption de l'exécution dans la définition de la juridiction, au moyen de l'intégration de la fonction exécutive dans celle juridictionnelle. Cette configuration fait apparaître que le contentieux de la mise en conformité, véritable deuxième phase du règlement des différends, n'est pas le forum du déroulement d'un *nouveau* procès, qui serait non seulement distinct mais aussi détaché de la phase initiale. Il abrite au contraire les *suites* du procès initial, et les procédures qui peuvent s'y dérouler sont reliées dans une sorte de série contentieuse, que la deuxième phase est destinée à permettre de clore définitivement. Que les incidents relatifs à la mise en œuvre soient traités par le juge indique une inclusion de la question de l'exécution dans le procès général, et ce glissement interdit d'analyser la deuxième phase comme étant celle d'une nouvelle affaire. Toutefois, en dépit de cette impression d'unité, la phase de mise en œuvre fait intervenir des procédures diversifiées qui sont parfaitement autonomes les unes des autres, bien qu'elles se situent dans un rapport étroit (et pour deux d'entre elles, ce rapport peut parfois même être causal). L'homogénéité d'ensemble à laquelle permet de conclure l'intégration de l'exécution dans la phase juridictionnelle ne doit donc pas faire oublier l'hétérogénéité au sein même du contentieux de la mise en conformité.

Le Mémoire a en effet aménagé plusieurs procédures de natures différentes destinées au règlement des désaccords relatifs à l'exécution, en donnant compétence pour en connaître à deux types de formations juridictionnelles.

D'une part, ce sont les mêmes organes de jugement que dans la procédure initiale, c'est-à-dire les groupes spéciaux et l'Organe d'appel, qui interviennent en ces qualités, mais dans le cadre d'une procédure différente : celle destinée à contrôler l'existence ou la teneur des mesures de mise en œuvre. Cette procédure constitue le cœur du contentieux de la mise en conformité en ce qu'elle abrite l'instance « au principal », et le choix d'en confier la charge aux mêmes organes de jugement que ceux de la procédure initiale fait apparaître plus nettement cette place centrale dans la phase d'exécution (Chapitre I. La compétence des juges de la procédure initiale en matière de contrôle de la mise en conformité). D'autre part, les incidents connexes à l'exécution, c'est-à-dire les désaccords au sujet du délai d'exécution et d'une proposition de suspension de concessions, sont traités dans le cadre de deux procédures d'arbitrage ; celles-ci font intervenir les mêmes individus que dans la procédure initiale, mais dans une *qualité* différente, celle d'arbitre (Chapitre II. Le règlement par arbitrage des questions connexes à la mise en œuvre).

La compétence des juges de la procédure initiale en matière de contrôle de la mise en conformité

Le contrôle de la mise en œuvre des recommandations formulées par l'O.R.D. à l'issue de la procédure initiale opère à deux niveaux, distincts mais dans une étroite relation d'interdépendance. Le premier niveau est celui de la surveillance multilatérale exercée par l'O.R.D., qui constitue la constante du mécanisme de suivi, tandis que la procédure juridictionnelle au titre de l'article 21:5 – deuxième niveau de contrôle – peut ponctuellement venir appuyer et lui sert ainsi de levier. Cette configuration dédoublée du contrôle, à la fois politique et juridictionnel, met en lumière la structure dualiste du mécanisme de suivi (Section I). L'O.R.D. a la charge, à titre principal, de surveiller l'exécution, mais le contrôle au fond de la bonne mise en œuvre des recommandations est effectué par l'organe de jugement initial. C'est lui qui nous intéresse particulièrement, car c'est l'intervention des juges de la procédure initiale dans une phase qui sinon relèverait de la diplomatie qui fait l'originalité du règlement des différends de l'O.M.C., en ce qu'elle est participe de la juridictionnalisation de l'exécution des recommandations de l'O.R.D. L'organisation de la procédure confiée aux groupes spéciaux et à l'Organe d'appel à ce stade du contentieux fait apparaître qu'elle est porteuse de spécificités qui la distinguent de la procédure initiale, bien qu'elle soit par ailleurs largement alignée sur elle (Section II).

Section I Structure dualiste du suivi de la mise en œuvre

La structure du suivi de l'exécution obéit à une conception complexe mais pragmatique : le suivi est assuré depuis un double front politique et juridictionnel, le premier opérant à titre principal et permanent, tandis que le second n'intervient qu'à titre subsidiaire et ponctuel. L'O.R.D. a la charge d'assurer la surveillance multilatérale de la mise en œuvre de ses recommandations (§ 1). L'efficacité de l'exercice de sa mission est renforcée par une procédure juridictionnelle de contrôle au fond de la mise en conformité (§ 2).

§ 1 Pilier politique : la surveillance multilatérale par l'O.R.D.

L'O.R.D. est l'organe politique auquel le Mémorandum confie l'administration du mécanisme de règlement des différends. Il est composé des représentants gouvernementaux de l'ensemble des Membres, en d'autres termes il n'est rien d'autre que le Conseil général de l'O.M.C.¹⁷⁰, exerçant un mandat spécifique sous un nom spécifique. En vertu de son mandat dans le mécanisme de règlement des différends, il est un acteur clé dans l'exécution des recommandations, et ce tant en amont qu'en aval du processus de mise en œuvre. En amont, l'O.R.D. a la fonction d'adopter les rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel. C'est donc son intervention qui clôt la procédure juridictionnelle initiale et ouvre la phase d'exécution (A.). En aval de l'adoption des rapports, le Mémorandum lui confie la surveillance multilatérale de la mise en œuvre des recommandations (B.).

A *Ouverture de la phase d'exécution*

L'idée même d'un contentieux de la mise en conformité est sous-tendue par l'existence d'une obligation pour les Membres d'exécuter les recommandations qui leur sont adressées, qui implique nécessairement qu'elles sont revêtues de force obligatoire. C'est donc leur valeur juridique qu'il faut préciser en premier lieu (1.). Admettre leur caractère contraignant pour les parties au différend, comme l'indique le Mémorandum, suppose de s'accommoder de l'une des particularités du contentieux de l'O.M.C., qui fait intervenir dans le processus juridictionnel l'organe politique : le Mémorandum lui confie en effet l'adoption des rapports (2.). En toute rigueur, les développements suivants concernent ce qui précède le suivi au sens strict et ne traiteront donc pas exclusivement ce que nous avons appelé le pilier politique. Ils s'imposent néanmoins pour permettre une compréhension globale de la fonction qu'exerce l'O.R.D., *a fortiori* dans le suivi de la mise en œuvre.

1 Valeur juridique des recommandations

a *Statut des « recommandations » de l'O.R.D.*

En adoptant les rapports, l'O.R.D. entérine les constatations et conclusions des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel, et endosse les recommandations

170 Appelé aussi Conférence ministérielle, lorsque se réunissent tous les deux ans l'ensemble des Membres de l'O.M.C. pour décider de questions relatives aux accords multilatéraux. Elle est destinée à donner une impulsion aux négociations, ou à entériner leurs résultats. Le Conseil général / la Conférence ministérielle est l'organe suprême dans la structure de prise de décision à l'O.M.C.

proposées dans leurs rapports. Le terme « recommandation »¹⁷¹ peut prêter à confusion compte tenu de son emploi courant, mais souvent vague et imprécis, en droit international¹⁷². Au sens large, la notion désigne en effet une invitation à agir d'une certaine manière et qui, « en principe, notamment lorsqu'elle s'adresse à un Etat, est dépourvue de force obligatoire »¹⁷³. L'exemple classique est celui des recommandations de l'Assemblée générale des Nations Unies, qui peut en adresser aux Etats membres sur les questions internationales relevant de sa compétence, mais sans qu'elles soient obligatoires pour leurs destinataires. Toutefois, le terme ne peut être réduit à sa définition négative et peut recouvrir différentes réalités¹⁷⁴. Plus qu'à leur nom, il faut s'attacher à la qualité de l'auteur et à celle du contenu de la recommandation qu'il émet¹⁷⁵. L'emploi du terme dans le règlement des différends de l'O.M.C. semble ainsi relever d'un choix lucide et pragmatique plutôt que refléter la valeur juridique de l'acte. Cette spécificité terminologique ne porte pas préjudice à ce que le Mémoire établit clairement : les recommandations de l'O.R.D. sont contraignantes pour les Membres auxquels elles s'adressent.

b *Autorité de chose jugée des recommandations adoptées*

Signalons d'emblée que la notion d'autorité de la chose jugée, entendue comme « la force de vérité légale [attribuée] au raisonnement juridictionnel »¹⁷⁶, n'est employée ni dans le Mémoire, ni par les organes de jugement, à une exception notable près sur laquelle nous reviendrons. L'absence de mention explicite ne distingue pas l'O.M.C. d'autres régimes conventionnels du droit international, dont aucun ne consacre explicitement l'autorité de la chose jugée. Pourtant, la chose jugée au sens strict est incontestée en droit

171 V. par exemple l'article 19 du Mémoire (« Recommandations d'un groupe spécial ou de l'Organe d'appel ») ou, s'agissant de l'O.R.D., les articles 2:1, 3:2, 3:4, 7:1, 11.

172 Pour une étude théorique des recommandations, à la lumière de la pratique des organisations internationales, v. M. VIRALLY, « La valeur juridique des recommandations des organisations internationales », *A.F.D.I.*, 1956, p. 66-96.

173 G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° « Recommandation ».

174 On pense par exemple aux recommandations que l'O.I.T., l'UNESCO ou l'O.A.C.I. adressent à leurs Etats membres, et qui sont obligatoires pour ceux-ci.

175 Virally écrivait à cet égard que « la valeur juridique des recommandations ne peut résulter que de la situation de droit dans laquelle se trouve placé leur auteur par rapport à leurs destinataires », v. M. VIRALLY, « La valeur juridique des recommandations des organisations internationales », *op. cit.*, p. 68.

176 B. TRANCHANT, *L'autorité de chose jugée – Etude de procédure internationale contentieuse*, thèse, dact., Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2009, p. 608.

international¹⁷⁷ et la Cour a notamment considéré que « [s]uivant un principe de droit bien établi et généralement reconnu, un jugement rendu par un pareil corps judiciaire est chose jugée »¹⁷⁸. La reconnaissance incontestée du principe tient à la fonction sociale qu'il remplit : l'autorité de la chose jugée répond à la nécessité de garantir que les différends trouvent une résolution définitive et ne ressurgissent pas répétitivement¹⁷⁹, fonction au regard de laquelle Herman, dans son ouvrage de 1886, le traitait même comme inextricablement rattaché au principe d'*estoppel*¹⁸⁰. Le groupe spécial dans l'affaire *Inde – Autos*

177 Cette observation remonte déjà au cours professé par Limburg à La Haye en 1929. L'auteur admettait que la portée du principe est susceptible de controverse, mais concluait qu'« il n'est personne pour dire qu'en droit international l'autorité de la chose jugée n'existe pas », v. M. LIMBURG, « L'autorité de chose jugée des décisions des juridictions internationales », *R.C.A.D.I.*, 1929-V, vol. 30, p. 525.

178 C.I.J., *Effets de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant une indemnité*, avis consultatif du 13 juillet 1954, *C.I.J. Recueil 1954*, p. 53.

179 De Visscher parlait en ce sens déjà d'une « nécessité sociale » et d'un « intérêt général », in Ch. DE VISSCHER, « La chose jugée devant la Cour Internationale de La Haye », *R.B.D.I.*, 1965, n° 1, p. 5. Pour M. Grisel, l'autorité de la chose jugée répond à une « évidente nécessité », v. E. GRISEL, « Res judicata : l'autorité de la chose jugée en droit international », in B. DUTOIT (dir.), *Mélanges Georges Perrin – Recueil de travaux offerts à Georges Perrin*, Lausanne, Payot, 1984, p. 140. En particulier, M. Brant analyse le principe sous un angle spécifiquement social, selon lequel l'autorité de la chose jugée serait la « représentation de la volonté qu'a la communauté internationale de préserver la stabilité juridique et la paix sociale comme autant d'intérêts vitaux », in L. N. C. BRANT, *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, op. cit., 2003, p. 7, p. 263-358. On retrouve là l'idée déjà exprimée par Scelle, qui observait qu'un jugement de dernier ressort doit être tenu pour vérité légale et ne pas être remis en cause, sans quoi il ne peut y avoir de stabilité juridique ; que cette stabilité de l'ordre juridique est le but même de l'acte de juridiction et que l'autorité de la chose jugée, en tant que conséquence de l'acte de juridiction, est déterminée par son but, v. G. SCELLE, *Cours de droit international public*, Paris, Domat-Montchrestien, 1948, polycopiés, p. 679-685, spéc. p. 679 et 683. De la même manière, la Cour internationale de Justice a affirmé que le principe de l'autorité de la chose jugée répond à un objectif général, selon lequel « la stabilité des relations juridiques exige qu'il soit mis un terme au différend considéré », qu'elle rattache à l'article 38 de son Statut, en vertu duquel sa mission est de « régler » les « différends qui lui sont soumis », c'est-à-dire d'y mettre un terme », in C.I.J., *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), arrêt du 26 février 2007, *C.I.J. Recueil 2007*, par. 116.

180 Ainsi, selon Herman, « [i]nterest publicae ut sit finis litium, is an old maxim deeply fixed in the law of fundamentals ; that it concerns the state that there be an end of litigation. This maxim has a wide application ; it, in fact, embraces the whole doctrine of estoppels ; a doctrine which is obviously founded on common sense and sound policy. For if matters

a plus sobrement observé que l'idée sous-tendant le principe de chose jugée est « qu'il faut mettre fin à un litige particulier au moment voulu »¹⁸¹.

Que le principe de la chose jugée ne soit pas explicitement consacré dans le Mémoire ne signifie pas pour autant que son fondement juridique ne s'y trouve pas. Cependant, s'interroger ici sur la question de savoir si les recommandations à l'O.M.C. sont revêtues d'autorité de la chose jugée serait en quelque sorte circulaire, dès lors que le postulat énoncé dans notre introduction est celui de la nature juridictionnelle du mécanisme : il implique que les rapports adoptés en sont revêtus, dans la mesure où l'autorité de chose jugée est inhérente à la fonction juridictionnelle¹⁸². Pourtant, l'organe de jugement lui-même, confronté à la question, a semblé mal à l'aise et a évité de formuler une réponse explicite. L'affaire *Inde – Autos* était en effet étroitement liée à un litige antérieur¹⁸³, l'affaire *Inde – Restrictions quantitatives*, qui avait fait l'objet d'une procédure de règlement des différends et donc de recommandations

*which have been once solemnly decided are to be again drawn into controversy; if facts, once solemnly affirmed, are to be again denied whenever the affirmant sees his opportunity, there can never be an end of litigation and confusion. It would be productive of the greatest inconvenience and mischief if after a cause, civil or criminal, has been solemnly determined by a court of competent and final jurisdiction, the parties could renew the controversy at pleasure, on the ground of either alleged error in the decision, or the real or pretended discovery of fresh arguments or better evidence », in H. M. HERMAN, Commentaries on the Law of Estoppel and Res Judicata, vol. I, Jersey City, F. D. Linn & Company, 1886, p. 8 par. 10. C'est également cet argument que faisait valoir l'Inde dans l'affaire *Inde – Protection conférée par un brevet*, v. le rapport du groupe spécial, *Inde – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, WT/DS79/R, 24 août 1998, par. 4-2.*

181 Rapport du groupe spécial, *Inde – Mesures concernant le secteur automobile*, WT/DS146/R, WT/DS175/R, 21 décembre 2001, par. 7.64.

182 V. sur ce point G. DELVOLVÉ, « Chose jugée », *Jurisclasseur, Contentieux administratif*, par. 4 ; E. GRISEL, « Res judicata : l'autorité de la chose jugée en droit international », *op. cit.*, p. 139-160, spéc. p. 160. Certains auteurs étendent cette hypothèse à l'affirmation que l'autorité de la chose jugée est le *seul* critère qui permettrait de qualifier l'organe qui émet la décision comme étant juridictionnel, et par là de définir l'acte juridictionnel. V. en ce sens L. N. C. BRANT, *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, *op. cit.*, p. 196-199.

183 Ce type de situation n'est pas inhabituel en matière commerciale, où sont en cause des mesures complexes qui, souvent, sont ramifiées de telle sorte qu'une mesure prise dans un domaine a des implications (directes ou indirectes) pour les mesures prises dans un autre domaine.

de l'O.R.D.¹⁸⁴. L'Inde faisait alors valoir devant le groupe spécial que les allégations présentées devant lui n'étaient pas recevables, puisque les questions qu'elles soulevaient avaient déjà été tranchées en droit et avaient fait l'objet d'un rapport adopté¹⁸⁵. Plus précisément, elle reprochait aux Communautés européennes de « contester une question après avoir accepté formellement la manière dont elle avait été tranchée ». S'appuyant sur les paragraphes 4 et 7 de l'article 3 du Mémoire, elle concluait que le « principe de la chose jugée, d'application générale, doit [...] être considéré comme faisant partie intégrante de la procédure de règlement des différends de l'OMC »¹⁸⁶. Ce moyen de défense renvoyait au groupe spécial la tâche de vérifier, dans le cadre de l'étude des limites de sa compétence, si la portée du rapport rendu dans l'affaire *Inde – Restrictions quantitatives* et des décisions adoptées dans ce différend interdisait tout nouveau recours concernant les allégations et les mesures considérées dans la procédure au titre de l'affaire *Inde – Autos*. Cette question comportait deux éléments successifs : d'abord, de manière générale, le principe de la chose jugée est-il applicable dans le cadre de l'O.M.C. ? Si la réponse est affirmative, les exigences de ce principe sont-elles satisfaites dans le différend d'espèce ? Le groupe spécial ne s'est pas avancé loin dans la résolution de cette question à deux échelons. Bien qu'il affirmât que « [l]a question générale de l'applicabilité du principe de la chose jugée dans les procédures de règlement des différends de l'OMC a une importance systémique », et qu'il soulignât par ailleurs que plusieurs principes largement reconnus en droit international, tout particulièrement lorsqu'ils concernent des questions de procédure fondamentales, avaient été jugés applicables dans le cadre de procédures contentieuses à l'O.M.C.¹⁸⁷, il a refusé de trancher la question, au motif qu'un groupe spécial n'a à examiner que les questions qui doivent l'être pour

184 V. les rapports du groupe spécial et de l'Organe d'appel, *Inde – Restrictions quantitatives à l'importation de produits agricoles, textiles et industriels*, respectivement WT/DS90/R, 6 avril 1999, et WT/DS90/AB/R, 23 août 1999.

185 Les arguments de l'Inde sont exposés plus longuement dans le rapport du groupe spécial, *Inde – Autos*, *op. cit.*, spéc. par. 4.45. Avec ce nouveau différend, l'Inde s'est fait pour la deuxième fois l'avocate de l'autorité de la force jugée dans le contentieux de l'O.M.C. En effet, elle avait déjà plaidé avec ferveur pour le principe devant le groupe spécial dans l'affaire *Inde – Brevets (CE)*, mais le groupe spécial n'avait alors pas eu à traiter la question. V. le rapport du groupe spécial, *Inde – Brevets (CE)*, *op. cit.*, spéc. par. 4.2-4.9.

186 Rapport du groupe spécial, *Inde – Autos*, *op. cit.*, par. 4.55.

187 *Ibid.*, par. 7.57. Le groupe spécial cite notamment l'exemple du principe de bonne foi, au sujet duquel l'Organe d'appel dans l'affaire *Etats-Unis – Crevettes* avait considéré qu'il est « en même temps un principe juridique général et un principe général du droit international », in rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Prohibition à l'importation de*

pouvoir résoudre le différend. Cette approche lui a permis d'inverser les deux volets de la question à laquelle il lui fallait répondre et de se pencher d'abord sur celle de savoir si les conditions d'application du principe de l'autorité de la chose jugée étaient réunies dans le cas particulier. Au terme d'un minutieux examen des allégations et des mesures en cause, le groupe spécial a conclu que la question dont il était saisi concernait des allégations nouvelles qui n'avaient jamais été examinées par un groupe spécial¹⁸⁸. Cette conclusion le tirait d'une situation qui paraissait l'embarrasser, car il pouvait ainsi conclure que le principe de la chose jugée ne pourrait, en toute hypothèse, pas s'appliquer aux faits d'espèce : il n'était donc pas nécessaire qu'il tranchât la question générale de l'applicabilité du principe dans le mécanisme de règlement des différends de l'O.M.C.¹⁸⁹. Le raisonnement du groupe spécial n'en reste pas moins intéressant : il confirme l'existence du principe de l'autorité de la chose jugée en droit international, et il fournit un « mode d'emploi » extrêmement détaillé de ses conditions d'applicabilité. Son enquête nous semble d'ailleurs indiquer que, bien qu'il n'ait pas voulu porter la responsabilité de trancher une question aussi fondamentale, tout dans sa démarche, en particulier la minutie et la précaution de celle-ci, pointe vers la reconnaissance implicite de l'applicabilité du principe dans le contentieux de l'O.M.C.

Or, la question n'est ici pas tant de déterminer *si* les recommandations sont revêtues de l'autorité de la chose jugée¹⁹⁰ que d'identifier sa *portée* spécifique à l'O.M.C. En d'autres termes, c'est le contenu normatif du principe qui est en cause. La question gravite autour de celle de la force obligatoire des actes juridictionnels : autorité de la chose jugée et force obligatoire sont-elles la même chose, ou deux choses différentes ?¹⁹¹ L'autorité de la chose jugée est-elle plus

certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes, WT/DS58/AB/R, 12 octobre 1998, par. 158.

188 Rapport du groupe spécial, *Inde – Autos*, *op. cit.*, par. 7.80-7.103.

189 Rapport du groupe spécial, *Inde – Autos*, *op. cit.*, par. 7.103. Pour un commentaire de l'approche du groupe spécial dans cette affaire, v. G. M. GROSSMAN et A. O. SYKES, « European Communities – Anti-Dumping Duties on Imports of Cotton-Type Bed Linen from India : Recourse to Article 21.5 of the DSU by India », in H. HORN et P. C. MAVROIDIS (eds), *The WTO Case Law of 2003*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 589-590.

190 *V. supra*, Introduction générale.

191 Pour M. Brant par exemple, l'autorité de la chose jugée est « synonyme du caractère obligatoire de la sentence juridictionnelle », in L. N. C. BRANT, *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, *op. cit.*, p. 4. Dans le même sens, v. A. EL OUALI, *Effets de la sentence internationale – Contribution à l'étude de l'exécution des normes internationales*, *op. cit.*, p. 73 s. D'autres auteurs au contraire soutiennent que l'autorité de la chose jugée ne se confond pas avec la force obligatoire des actes juridictionnels, v. par exemple

ou moins que la force obligatoire ?¹⁹² Mais ces questions n'ont pas besoin d'être élucidées avec précision pour les besoins de notre étude : l'élément déterminant est que les recommandations de l'O.R.D. soient contraignantes pour les parties au différend. Dans le règlement des différends de l'O.M.C., l'autorité de la chose jugée se détecte à la lumière de deux indices, qui sont autant d'éléments de sa définition. Premièrement, les rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel sont définitifs (i.) ; deuxièmement, les parties sont soumises à l'obligation de mettre en œuvre les recommandations contenues dans ces rapports (ii.). Enfin, et c'est plus original, la force obligatoire dont sont revêtues les rapports est associée à une partie de force exécutoire (iii.).

i Caractère définitif des rapports adoptés

En droit international, l'autorité de la chose jugée emporte un effet *non bis in idem*. Les actes juridictionnels sont définitifs, c'est-à-dire qu'ils ne peuvent plus être contestés¹⁹³. Le caractère définitif des décisions ressort par exemple de l'article 60 du Statut de la Cour internationale de Justice, de l'article 65 du Règlement de procédure de la Cour de justice de l'Union européenne, ou encore de l'article 44 de la Convention européenne des droits de l'homme. Il est sous-tendu par la force de vérité légale attachée à la décision qu'exprime l'adage *res judicata pro veritate habetur* : l'autorité dont est revêtue la chose jugée emporte que le contenu de l'acte juridictionnel est réputé exprimer la vérité légale¹⁹⁴. Dans l'arrêt rendu au fond en 2007 dans l'affaire relative

M. LIMBURG, « L'autorité de chose jugée des décisions des juridictions internationales », *op. cit.*, p. 596.

192 L'étude de M. Tranchant notamment démontre que l'autorité de la chose jugée signifie autre chose que la force obligatoire : un acte juridique, y compris un acte juridictionnel, peut être investi de la seconde sans pour autant être revêtue de la première, v. B. TRANCHANT, *L'autorité de chose jugée – Etude de procédure internationale contentieuse*, *op. cit.*, p. 137-176. Cette question n'est pas posée dans les mêmes termes dans la doctrine anglophone, mais v., pour une appréciation globale de la valeur juridique des rapports adoptés, et concluant catégoriquement à l'obligation qu'ils imposent à leurs destinataires, J. H. JACKSON, « The Legal Meaning of a GATT Dispute Settlement Report: Some Reflections », in N. BLOKKER et S. MULLER (eds), *Towards More Effective Supervision by International Organizations – Essays in Honour of Henry G. Schermers*, vol. 1, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1994, p. 151-164.

193 Le professeur Jacqué exprime cette incontestabilité de l'acte juridictionnel par son « immutabilité », in J.-P. JACQUÉ, *Eléments d'une théorie de l'acte juridique en droit international public*, Paris, L.G.D.J., 1972, p. 360. V. aussi J. COMBACAU in J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 604.

194 Certains auteurs appréhendent d'ailleurs l'autorité de la chose jugée en priorité sous l'angle d'une « présomption » de droit ou de vérité, ou la « force de vérité légale ». V. en ce

à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, la Cour internationale de Justice l'a exprimé ainsi : en vertu du principe de l'autorité de la chose jugée, « les décisions de la Cour sont non seulement obligatoires pour les parties, mais elles sont définitives, en ce sens qu'elles ne peuvent être remises en cause par les parties pour ce qui est des questions que ces décisions ont tranchées, en dehors des procédures spécialement prévues à cet effet, qui présentent un caractère exceptionnel »¹⁹⁵. Plus loin apparaissait plus explicitement la force de vérité légale attachée au caractère définitif des arrêts de la Cour : « Sous la seule réserve de [la] possibilité de révision [en vertu de l'article 61], le principe applicable est celui de la *res judicata pro veritate habetur*, ce qui signifie que les conclusions d'un arrêt doivent, aux fins de l'affaire et entre les parties, être considérées comme exactes, et ne sauraient être remises en question au motif que des événements postérieurs feraient planer sur elles des doutes »¹⁹⁶.

Le Mémoire ne contient aucune disposition aussi explicite que l'article 60 du Statut de la Cour s'agissant des rapports adoptés. En revanche, et cela peut alimenter une perception pessimiste s'agissant de l'immutabilité des rapports, l'article 22:7 dispose explicitement, au sujet de l'arbitrage sur le niveau des suspensions de concessions, que « [l]es parties accepteront comme *définitive* la décision de l'arbitre et les parties concernées ne demanderont pas un second arbitrage »¹⁹⁷. La formule semble redondante, mais elle ne manque pas de clarté. L'article 21:3 c) quant à lui fait état d'un « arbitrage contraignant » s'agissant de l'arbitrage au sujet du délai raisonnable (mais l'imprécision de l'expression permet également de penser que le caractère contraignant vise

sens la définition proposée in J. BASDEVANT (dir.), *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Paris, Sirey, 1960, p. 114. On retrouve cette même conception exactement, au sujet cette fois de l'autorité de la chose jugée d'une sentence arbitrale, in Ch. ROUSSEAU, *Droit international public – Tome V – Les rapports conflictuels*, Paris, Sirey, 1983, p. 355 par. 343. Plus récemment, v. C. SANTULLI, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, p. 478-479 n° 826-827. Cette approche est plus présente encore chez M. Tranchant, dont l'étude aborde l'autorité de la chose jugée entièrement sous l'angle de la force de vérité légale des actes juridictionnels, v. B. TRANCHANT, *L'autorité de chose jugée – Etude de procédure internationale contentieuse*, *op. cit.*, spéc. p. 177-200 (la force de vérité légale comme élément de définition de l'autorité de la chose jugée) et l'ensemble de la deuxième partie, p. 289-607 (traitant de la relativité de l'autorité de la chose jugée, tant sous l'angle du contenu de la vérité légale que sous celui de son opposabilité).

195 C.I.J., *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), *op. cit.*, par. 115.

196 *Ibid.*, par. 120.

197 Italiques ajoutés.

le mode de recours à cet arbitrage, qui opère selon un mécanisme de saisine unilatérale). S'agissant des rapports de l'Organe d'appel, on trouve cependant plusieurs dispositions équivalentes, dont en particulier l'article 17:14 qui ne saurait être interprété autrement que dans le sens du caractère définitif des rapports¹⁹⁸. L'article dispose ainsi qu'« [u]n rapport de l'Organe d'appel sera [...] accepté sans condition par les parties au différend ». L'inconditionnalité est une autre manière d'exprimer le caractère définitif du rapport, et c'est bien en ce sens que l'a interprétée l'Organe d'appel dans l'affaire *Etats-Unis – Crevettes* : « les rapports de l'Organe d'appel qui sont adoptés par l'ORD sont, comme le dispose l'article 17:14, “ ... accepté[s] sans condition par les parties au différend ” et, par conséquent, doivent être traités par les parties à un différend particulier comme étant la résolution définitive de ce différend »¹⁹⁹.

Dans l'affaire *Etats-Unis – Jeux*, le groupe spécial a confirmé cette interprétation et a même élargi le sens de la prescription : l'inconditionnalité exprime nécessairement que le rapport est définitif, mais elle signifie aussi plus largement que les parties ne peuvent attacher aucune restriction à l'adoption d'un rapport par l'O.R.D. Le groupe spécial est parvenu à cette conclusion au terme d'une interprétation de la formule employée dans le Mémoire, « sera accepté [...] sans condition », qui a fait apparaître, dans un premier temps, que l'inconditionnalité de l'adoption des rapports implique un degré de contrainte supplémentaire à la seule obligation pour les parties de « recevoir un rapport de l'Organe d'appel en le considérant comme adéquat ou valable et de s'y soumettre »²⁰⁰. Une interprétation textuelle de l'expression, menée par comparaison à la version linguistique anglaise du Mémoire, a ainsi fait observer au groupe spécial que l'adjectif « *unconditional* » signifie « *[n]ot limited by or subject to conditions* (non limité par ou soumis à des conditions) ;

198 Les rapports de groupes spéciaux ne sont pas visés ici, puisqu'ils sont susceptibles d'appel. L'article 16:4 précise les suites du rapport selon qu'il est fait appel ou non : si aucune partie ne notifie son intention de faire appel d'un rapport, l'O.R.D. procède à son adoption, auquel cas les développements suivants au sujet des rapports de l'Organe d'appel s'appliquent (sous la réserve hypothétique que l'O.R.D. déciderait par consensus de rejeter le rapport) ; s'il est au contraire fait appel, l'adoption du rapport est retardée jusqu'à la communication du rapport de l'Organe d'appel, et l'O.R.D. adopte alors les deux rapports simultanément.

199 Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes – Recours de la Malaisie à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS58/AB/RW, 22 octobre 2001, par. 97.

200 Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris – Recours d'Antigua-et-Barbuda à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS285/RW, 30 mars 2007, par. 6.51.

absolute, complete (absolu, total) »²⁰¹. Satisfait de la correspondance avec les versions française (« sans condition ») et espagnole (« *sin condiciones* ») du Mémorandum, le groupe spécial a conclu que « le membre de phrase “sera... accepté sans condition” inclut l’idée de caractère définitif, mais n’indique pas simplement qu’un rapport est définitif dans le sens où il n’y a pas de possibilité de faire encore appel, ni qu’un rapport constitue l’étape finale au stade d’une procédure consacrée à l’examen en appel. En fait, il indique que les parties ne peuvent soumettre leur acceptation d’un rapport de l’Organe d’appel adopté à *aucune* condition »²⁰². La prescription énoncée à l’article 17:14 porte donc bien le caractère définitif des rapports, mais elle explicite plus largement que le processus d’adoption d’un rapport échappe entièrement à l’emprise des parties : celles-ci n’ont d’autre choix que de l’accepter. En toute hypothèse, comme en droit international général, l’autorité de chose jugée dont sont revêtus les rapports des groupes spéciaux et de l’Organe d’appel obéit à la relativité : les rapports ne sont opposables qu’aux parties à un différend donné. Que leur opposabilité n’est que relative ressort de toutes les dispositions du Mémorandum précitées, et le plus clairement de l’article 17:14.

ii Obligation de mettre en œuvre les recommandations

L’autorité de la chose jugée ne saurait être confondue avec la force exécutoire, mais elle lui sert de fondement puisqu’elle implique pour les parties l’obligation d’exécuter le jugement rendu. C’est le manquement à l’obligation d’exécuter qui, dans les ordres juridiques internes, justifie l’exécution forcée. La Cour permanente de Justice internationale avait déjà fait apparaître le lien indissociable entre le caractère définitif d’un jugement et l’obligation d’exécution qu’il emporte pour les parties, lorsqu’elle affirmait que « [s]i les décisions sont définitives, il est certain que le gouvernement hellénique est tenu de les exécuter, et de les exécuter telles quelles »²⁰³. De même, la Cour internationale de Justice a considéré que « [l]’article 59 du Statut, en dépit de sa formulation négative, a pour élément central la proposition positive selon laquelle la décision de la Cour est obligatoire pour les parties dans l’affaire qui a été tranchée »²⁰⁴.

La même proposition, exprimée positivement et non négativement comme dans l’article 59 du Statut de la Cour, s’infère du Mémorandum. Selon l’article

²⁰¹ *Ibid.*

²⁰² *Ibid.*, par. 6.51-6.52.

²⁰³ C.P.J.I., *Société commerciale de Belgique*, arrêt du 15 juin 1939, *Série A/B*, n° 78, p. 176.

²⁰⁴ C.I.J., *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), *op. cit.*, par. 115.

21:1 en effet, « [p]our que les différends soient résolus efficacement dans l'intérêt de tous les Membres, il est indispensable de donner suite dans les moindres délais aux recommandations ou décisions de l'ORD ». Cette seule disposition implique le caractère obligatoire des recommandations de l'O.R.D., au sens d'une obligation d'exécuter, puisque le rapport est assorti de recommandations qui exigent une action de la part du défendeur. On en trouve la confirmation par de multiples autres indices, en première ligne l'inconditionnalité de l'adoption des rapports imposée par l'article 17:14, y compris dans leur caractère définitif. Par ailleurs, l'objectif premier du mécanisme est d'obtenir le retrait d'une mesure incompatible²⁰⁵ : c'est à la lumière de cet objectif qu'il faut alors lire l'article 19:1, selon lequel un groupe spécial (ou l'Organe d'appel) qui constate une incompatibilité recommandera au Membre concerné de rendre sa mesure conforme au droit de l'O.M.C. Inversement, dans une affaire de non-violation, l'article 26:1 b) indique explicitement qu'il n'y a pas d'obligation de retirer la mesure en cause, ce qui confirme *a contrario* qu'une telle obligation existe pour les affaires de violation. Les constatations du groupe spécial ou de l'Organe d'appel selon laquelle le comportement en cause (même licite) a annulé ou compromis des avantages pour le plaignant, ainsi que la recommandation de procéder à un ajustement mutuellement satisfaisant ont en revanche force obligatoire. Ces dispositions conjuguées signifient que les rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel obligent les parties à mettre en œuvre les recommandations qui leur sont adressées.

A titre de comparaison, la même analyse vaut pour les rapports adoptés sous le GATT de 1947. Le règlement des différends souffrait à cette époque, et tout particulièrement dans les dernières années d'existence du GATT, du mode de prise de décision par consensus positif, qui entâchait également l'adoption des rapports des groupes spéciaux : il suffisait qu'une seule Partie Contractante s'oppose à l'adoption d'un rapport pour que celui-ci soit rejeté. Toutefois, indépendamment de cette faiblesse structurelle, les rapports adoptés obligeaient les parties. Dans l'affaire *Japon – Boissons alcooliques*, l'Organe d'appel a en effet analysé le statut des rapports adoptés par les PARTIES CONTRACTANTES et observé que la perception sous le GATT de 1947 était que « les conclusions et les recommandations figurant dans le rapport d'un groupe spécial adopté liaient les parties au différend »²⁰⁶. Tout en évitant soigneusement l'expression de chose jugée, il a établi leur autorité en procédant en quelque sorte de manière négative : « [les rapports adoptés] n'ont aucune force obligatoire, sauf

205 Article 3:7 du Mémorandum.

206 Rapport de l'Organe d'appel, *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, 4 octobre 1996, p. 15-16.

pour ce qui est du règlement du différend entre les parties en cause »²⁰⁷. Sans qu'elle soit ainsi nommée, c'est bien une autorité relative de la chose jugée au sens le plus habituel qu'on lit dans cette affirmation. En ce sens, les organes de jugement de l'O.M.C. considèrent ces rapports comme une importante partie de ce qui a été appelé l'« acquis » du GATT²⁰⁸, ce qui n'est toutefois pas à confondre avec l'existence d'une quelconque règle de précédent. Le principe du *stare decisis* est en effet étranger au règlement des différends de l'O.M.C., et l'était également au GATT de 1947 – même si, de fait, il existe bien (avec des nuances)²⁰⁹.

Au-delà du fondement conventionnel du principe, il n'est pas sans intérêt d'examiner la perception subjective des acteurs du système, quand bien même elle peut être décalée par rapport aux prescriptions normatives. L'*opinio juris* confirme bien l'hypothèse de l'autorité de chose jugée des rapports : les Membres ont très largement le sentiment que les recommandations de l'O.R.D. sont obligatoires et, en particulier, qu'elles leur imposent une obligation d'exécution. On peut même avancer que cette perception, au regard de la pratique du contentieux, semble être unanime, ce qui n'empêche pas qu'elle ait pu être contestée ponctuellement lorsqu'elle contrariait les intérêts immédiats des Membres²¹⁰. Le motif le plus fréquemment avancé au soutien de la négation

207 *Ibid.*, p. 17.

208 L'Organe d'appel a transposé cette même perception aux rapports de l'Organe d'appel qui ont été adoptés, v. sur ce point le rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Crevettes* (215), *op. cit.*, par. 108-109.

209 L'Organe d'appel a notamment fait valoir que, si les rapports adoptés sous le GATT de 1947 sont souvent examinés par des groupes spéciaux établis sous l'O.M.C., c'est parce qu'ils ont fait naître chez les Membres des attentes légitimes qui justifient qu'il en soit tenu compte, *in* rapport de l'Organe d'appel, *Japon – Boissons alcooliques II*, *op. cit.*, p. 17. Sur l'existence d'un principe non dit de *stare decisis* dans le règlement des différends de l'O.M.C., v. notamment la démonstration en trois étapes menée par R. BHALA, « The Myth About *Stare Decisis* and International Trade Law (Part One of a Trilogy) », *op. cit.*, p. 845-956 ; « The Precedent Setters : *De Facto Stare Decisis* in WTO Adjudication (Part Two of a Trilogy) », *Fla. St. U. J. T.L.P.*, 1999, vol. 9, n° 1, p. 1-151 ; et « The Power of the Past : Toward *De Jure Stare Decisis* in WTO Adjudication (Part Three of a Trilogy) », *Geo. Wash. Int. L. Rev.*, 2001, vol. 33, p. 873-978.

210 On se souvient en particulier de la crainte américaine d'un mécanisme de juridiction obligatoire, qui avait animé l'Administration Clinton à envisager la mise en place d'une commission spéciale, connue sous le nom de « Commission Dole », dont la fonction devait être d'examiner les rapports en défaveur des États-Unis en vue de peser sur le Congrès afin d'initier le retrait de l'O.M.C. si les conclusions de la Commission étaient insatisfaisantes pour l'U.S.T.R. La Commission Dole n'a jamais été instituée, mais la réticence du Congrès américain à ratifier les accords issus du Cycle de l'Uruguay et l'anxiété de la performance

de la force obligatoire des recommandations est que l'O.M.C. ne disposerait pas d'un mécanisme centralisé d'exécution forcée²¹¹. L'argument en lui-même n'est pas nouveau, il avait déjà servi à l'appui des thèses négationnistes du droit international, selon lesquelles ce droit n'existerait qu'assorti des techniques lui permettant d'assurer son respect. Il a ainsi été avancé que la mise en conformité ne serait qu'optionnelle, au sens où les compensations ou le choix de subir une suspension de concessions présenteraient une alternative permanente à la mise en conformité²¹². La controverse a été alimentée dans les milieux politiques par les considérations d'opportunité évidentes, mais elle est sans fondement juridique²¹³. Nier cette force obligatoire pour les raisons précitées revient en effet à associer l'existence d'une obligation juridique non pas à l'existence d'une sanction, mais à son *application effective*. Cette association repose sur une confusion entre normativité et conformité à la norme²¹⁴, alors

de l'U.S.T.R. à l'O.M.C. étaient néanmoins telles que les Etats-Unis avaient déclaré se réserver la possibilité de se retirer de l'Organisation si ses organes de jugement établissaient à trois reprises l'illicéité de la législation américaine. Le représentant américain au commerce alors en fonction, Mickey Kantor, avait même renforcé cette position par la déclaration selon laquelle « *[p]anel reports, whether adopted or not, would not have any binding force under U.S. law* ». Plusieurs juridictions américaines se sont alignées sur cette position (v. par exemple *Curus Staal BV vs Department of Commerce*, 395 F. 3rd 1343 (Fed. Cir. 2005), 126 S.Ct. 1023 (2006)). Au sujet de la Commission Dole et l'attitude américaine face à la nouvelle O.M.C., v. G. N. HORLICK, « WTO Dispute Settlement and the Dole Commission », *J.W.T.*, 1995, vol. 29, n° 6, p. 45-48 ; *id.*, « Dispute Resolution Mechanism : Will the United States Play by the Rules ? », *J.W.T.*, 1995, vol. 29, n° 2, p. 163-171.

211 On peut citer M. Santulli, qui analyse le fonctionnement du suivi de l'exécution à l'O.M.C. comme étant un mécanisme de « gestion de l'exécution » exerçant une « fonction exécutive de type administratif », v. C. SANTULLI, « Qu'est-ce qu'une juridiction ? Des organes répressifs internationaux à l'O.R.D. », *op. cit.*, p. 80-81. De manière plus imagée, Mme Bello écrit que « *[t]he WTO has no jailhouse, no bail bondsmen, no blue helmets, no truncheons or tear gas. Rather, the WTO – essentially a confederation of sovereign national governments – relies upon voluntary compliance* », J. H. BELLO, « The WTO Dispute Settlement Understanding : Less is More », *A.J.I.L.*, 1996, vol. 90, n° 3, p. 416-417.

212 Cette question sera étudiée plus précisément dans le cadre des développements consacrés au mécanisme de suspension de concessions, v. *infra*, Deuxième partie, Titre II, Chapitre II. V. J. H. BELLO, « The WTO Dispute Settlement Understanding : Less Is More », *op. cit.*, p. 416-418 ; D. CARREAU et P. JUILLARD, *Droit international économique*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 2007, p. 95-96.

213 V. notamment la réponse apportée par M. Jackson à Mme Bello in J. H. JACKSON, « The WTO Dispute Settlement Understanding – Misunderstandings on the Nature of Legal Obligations », *A.J.I.L.*, 1997, vol. 91, n° 1, p. 60-64.

214 Pour une critique de la thèse kelsénienne sur ce point, v. P. AMSELEK, « Une fausse idée claire : La hiérarchie des normes juridiques » in *Le renouveau du droit constitutionnel – Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 988.

que l'*application* de la sanction n'est jamais qu'un vecteur exogène de l'*efficacité* d'une norme²¹⁵. Nous y reviendrons dans les développements consacrés spécifiquement à la suspension de concessions, il suffit ici d'indiquer que le Mémoire véhicule fermement l'idée que la possibilité pour un Membre défaillant d'« acheter » sa mauvaise conduite est étrangère au système. La mise en conformité intégrale, spontanée et immédiate est la solution privilégiée, tandis que les compensations et, en dernier ressort, la suspension de concessions ne sont envisagées qu'en cas d'inexécution persistante, et sont destinées à amener le défendeur à mettre en œuvre les recommandations adoptées. L'argument selon lequel les compensations seraient une alternative permanente à la mise en conformité fait en outre tout bonnement abstraction du fait qu'elles reposent sur un accord entre les parties au différend : elles ne sont donc pas envisageables sans le consentement du plaignant initial, ce qui empêche de les considérer comme une alternative pérennisable dont bénéficierait le défendeur initial.

iii Force exécutoire des recommandations

Au-delà de la signification habituelle de la force obligatoire des actes juridictionnels, ceux produits dans le cadre du règlement des différends de l'O.M.C. paraissent également revêtus d'une certaine force exécutoire. Elle ne peut en aucun cas être assimilée à la force exécutoire dont peuvent être investies les décisions juridictionnelles dans les ordres internes, mais on peut l'envisager, sous une forme aménagée. Dès lors en effet que la chose jugée signifie l'immuabilité de la décision et l'obligation de l'exécuter, la question de son exécution effective apparaît. A l'O.M.C., la question de la possibilité d'un lien particulièrement fort entre l'obligation qu'implique l'autorité de la chose jugée et son exécution se pose avec insistance, dans la mesure où le mécanisme met en place son propre dispositif de suivi et d'encadrement de l'exécution.

215 V. en ce sens par exemple les professeurs Daillier, Forteau et Pellet, selon qui « [l']application de la sanction est la condition de l'efficacité du droit et non de son existence », in P. DAILLIER, M. FORTEAU et A. PELLET, *Droit international public*, 8^e éd., Paris, L.G.D.J., s. d. [2009], p. 104. Le professeur Teubner pour sa part voit dans la sanction essentiellement un soutien symbolique de la normativité, v. G. TEUBNER, « "Global Bukowina" : Legal Pluralism in the World Society », in G. TEUBNER (ed.), *Global Law Without a State*, Dartmouth, Aldershot, 1997, p. 13. Pour une approche rejetant plus franchement la vision kelsenienne de l'ordre juridique comme un ordre de contrainte, v. Luhmann, selon qui la relation entre la norme et la sanction est basée sur une corrélation entre « *the securing of expectation and the handling of disappointment* », in N. LUHMANN, *A Sociological Theory of Law*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1985, spéc. p. 41-42 et 77-78. V. aussi G. TIMSIT, *L'archipel de la norme*, Paris, P.U.F., 1997, spéc. p. 4.

Le point de départ est alors une interrogation sur le contenu de l'*imperium*. En droit international, il n'est habituellement associé qu'au caractère obligatoire de l'application du droit par le juge. M. Ascensio observe à cet égard que « le caractère obligatoire, généralement considéré comme inhérent à la notion de juridiction au moins dans sa partie "chose jugée", est parfaitement extérieur à l'activité consistant à dire le droit. Il s'explique par la délégation d'une part de l'*imperium* à l'organe chargé de dire le droit. La fonction juridictionnelle peut alors être décrite comme l'association au résultat de la phase de *jurisdictio* d'une part d'*imperium* »²¹⁶. Dans le droit du contentieux, le pouvoir d'*imperium* s'exprime dans la force exécutoire dont peuvent être revêtues les décisions, et qui permet leur exécution forcée. C'est ici qu'on voit apparaître l'hiatus entre l'ordre interne et l'ordre international : la conception classique de l'*imperium* en fait une puissance exclusivement étatique que ne saurait posséder aucun organe dans l'ordre international. De là la conclusion habituelle que les juridictions internationales, dans l'incapacité d'imposer matériellement l'exécution de leurs décisions aux Etats, ne possèdent qu'une version tronquée de l'*imperium* : il ne concerne que la force obligatoire des actes juridictionnels, à l'exclusion de la force exécutoire²¹⁷. Cette acception est le résultat d'une analyse en quelque sorte inversée et agissant à rebours. Elle prend pour point de départ le constat du « handicap » structurel de l'ordre juridique international, qui interviendrait normalement à la fin de la démonstration, et aménage d'emblée à cette circonstance la définition de l'*imperium*. Cette inversion du raisonnement paraît être une nécessité, car chercher à plaquer tels quels les éléments du droit interne au droit international disqualifierait en bloc toutes les juridictions internationales comme telles. La justesse du déroulement de l'analyse n'est pas en cause, c'est le biais sur lequel elle repose qui nous semble contestable. En effet, il conduit à mettre à distance la force exécutoire, et par là s'est consolidée la perception que l'absence de force exécutoire des actes juridictionnels est une fatalité de l'ordre juridique international. Plus large-

216 H. ASCENSIO, « La notion de juridiction internationale en question », *op. cit.*, p. 178.

217 Mais v. à ce sujet la démonstration in G. SCELLE, « Théorie et pratique de la fonction exécutive en droit international », *op. cit.*, qui souligne qu'il y a un biais à conclure, du seul fait que le juge international n'a pas lui-même le pouvoir d'apposer la formule exécutoire à l'acte juridictionnel, que celui-ci serait seulement obligatoire mais pas exécutoire. La formule exécutoire est bien apposée à la décision juridictionnelle internationale : « chacun des gouvernements plaideurs étant gouvernement international en vertu de la loi du dédoublement fonctionnel, [c'est lui qui] procède implicitement ou explicitement à cette apposition de la formule exécutoire » (p. 158).

ment, elle conduit à admettre que l'exécution n'est jamais une question dont pourrait pleinement se saisir le *droit* (international).

Cependant, une autre analyse peut être envisagée, qui repose sur un ordre de raisonnement différent, dans lequel l'élément aménagé de la définition de l'*imperium* est déplacé vers la celle de la force exécutoire. A partir du constat que l'exécution forcée proprement dite ne peut être pratiquée dans l'ordre international, on peut en effet envisager que la force exécutoire des actes juridictionnels est établie dès lors qu'un système juridique donné met en place un dispositif, de quelque nature qu'il soit, destiné à assurer l'exécution des obligations qui résultent de l'acte juridictionnel. Le règlement des différends de l'O.M.C. est remarquable à cet égard, puisqu'il aménage un ensemble de voies d'exécution auxquelles le mécanisme donne accès dès l'adoption d'un rapport et l'apposition de sa force obligatoire ; le caractère obligatoire des recommandations est renforcé d'un dispositif dualiste d'encadrement de la mise en œuvre, qui enserme les Membres dans l'exécution de leur obligation d'exécution. En ce sens, la force obligatoire a bien été assortie d'une forme de force exécutoire, qu'on entend dans un sens adapté à la structure de l'ordre international²¹⁸. Le mécanisme exprime par là une conception unifiée de l'*imperium*, ainsi qu'une cohérence substantielle de l'autorité de la chose jugée, assortie de la force exécutoire. La perception des acteurs du mécanisme est révélatrice à cet égard ; en particulier, le groupe spécial au titre de l'article 21:5 dans l'affaire *Etats-Unis – FSC* a observé que l'O.R.D. a « le pouvoir de formuler des recommandations et décisions qui sont exécutoires dans le cadre de l'OMC »²¹⁹. L'affirmation est ambitieuse, mais elle ne fait qu'exprimer la conception singulière, et à notre connaissance unique, de la force des actes juridictionnels produits, entièrement tributaire de l'existence à l'O.M.C. d'un ensemble opératoire de procédures juridictionnelles et de voies d'exécution.

218 V. en ce sens H. ASCENSIO, « La notion de juridiction internationale en question », *op. cit.*, spéc. p. 183-185.

219 Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Traitement fiscal des "sociétés de vente à l'étranger" – Deuxième recours des Communautés européennes à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS108/RW2, 30 septembre 2005, par. 7.34. A l'inverse, le groupe spécial précise qu'« [a]ucune obligation de mise en conformité n'existe tant que les recommandations et décisions du Groupe spécial et de l'Organe d'appel n'ont pas été adoptées par l'ORD pour devenir des recommandations et décisions de l'ORD » (par. 7.35).

2 Disjonction organique entre l'énoncé du droit et son énonciation :
l'adoption des rapports par l'O.R.D.

On peut cependant être troublé par le fait que les rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel exigent un endossement formel par l'organe politique : ils ne produisent leurs effets qu'après avoir été adoptées par l'O.R.D., et c'est donc dans ce processus qu'ils puisent leur force obligatoire²²⁰. La particularité du mécanisme réside ainsi dans le rôle accordé à l'O.R.D., non pas dans le processus proprement juridictionnel, mais aux marges de celui-ci. Les organes de jugement ne sont pas formellement investis du pouvoir de leur conférer cette force. C'est ce qu'a également souligné le groupe spécial de la mise en conformité dans l'affaire *Etats-Unis – Jeux* : « les rapports de l'Organe d'appel ne sont pas définitifs tant qu'ils ne sont pas adoptés, et un rapport de l'Organe d'appel que l'ORD décide par consensus de ne pas adopter n'est pas du tout définitif, ou contraignant »²²¹. Plusieurs observations précisent la portée de cette circonstance.

a *Effet différé de l'imperium*

Le Mémoire reste discret sur le rôle de l'O.R.D., l'adoption des rapports n'étant que brièvement abordée dans les articles 16 et 17 s'agissant respectivement des rapports des groupes spéciaux et ceux de l'Organe d'appel. Il en ressort toutefois sans équivoque que la fonction de l'O.R.D. est de nature exclusivement administrative et politique, l'O.R.D. étant l'organe de décision du mécanisme de règlement des différends. Son rôle à la périphérie du processus juridictionnel peut en sembler d'autant plus curieux, et à tout le moins inhabituel. L'exigence d'une intervention extérieure au juge pour investir les rapports de l'autorité de chose jugée produit en effet une disjonction organique entre, d'une part, l'identification et l'application du droit pour établir une situation juridique individuelle, c'est-à-dire son *énoncé*, qui appartient aux groupes spéciaux et à l'Organe d'appel, et, d'autre part, l'acte formel qui produit l'énoncé, c'est-à-dire son *énonciation*, qui provient de l'O.R.D. La définition classique de la fonction juridictionnelle s'en trouve ébranlée, au sens où le juge n'a que le pouvoir de *jurisdictio*, de prononcer la vérité légale, tandis que l'*imperium*, la proclamation formelle qui l'investit de force obligatoire et exécutoire, dépend d'un organe extérieur à lui et indépendant de lui²²². La disjonction organique

220 Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – FSC* (21:5 (2)), *op. cit.*, par. 7:35.

221 Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Jeux* (21:5), *op. cit.*, par. 6:52.

222 Certains auteurs y voient d'ailleurs un critère déterminant pour disqualifier le mécanisme de règlement des différends en tant que juridiction, v. par exemple M. GARCIA RUBIO, « Réflexions sur le prétendu exercice des fonctions supranationales par les organes de

produit ainsi un décalage entre le dire du droit et le moment où le droit dit produira ses effets, qui est différé au stade de l'adoption par l'O.R.D.

b *Jeu du principe du consensus négatif*

L'intervention formelle de l'organe politique pour clore le processus juridictionnel est toutefois neutralisée par la technique de décision, qui impose à l'O.R.D. la règle du consensus dit « négatif ». A l'inverse de la méthode pratiquée sous le GATT de 1947²²³, une décision est réputée être adoptée sauf consensus pour la rejeter. Il suffit donc d'une seule voix pour empêcher la constitution d'un consensus négatif, c'est-à-dire que la position favorable d'un seul Membre suffit pour conduire à l'adoption du rapport. Inversement, cela signifie que l'adoption ne peut plus être bloquée par la résistance d'un seul Membre comme sous le GATT de 1947, et puisqu'il est vraisemblable qu'au minimum le gagnant de l'instance se prononcera en faveur de l'adoption, l'hypothèse de non-adoption se réduit à un cas d'école²²⁴. La seule technique

règlement des différends de l'Organisation Mondiale du Commerce », in F. OSMAN (dir.), *L'Organisation Mondiale du Commerce : vers un droit mondial du commerce ?*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 245-260. De même, et bien que l'analyse de M. Santulli soit menée sous l'angle de la fonction juridictionnelle, le critère organique est abordé comme suit : « la procédure est là, et le formaliste doit céder : les rapports des groupes spéciaux et de l'organe d'appel n'ont pas l'autorité de la chose jugée » ; avant de concéder que « l'objection ne tient pas : le rapport adopté par l'organe plénier de l'O.R.D. est bien obligatoire, la décision en est bien une et on pourrait donc bien y voir "l'autorité de la chose jugée" ; l'intervention de cet organe tant redouté n'est qu'une particularité dans l'organisation de la procédure », v. C. SANTULLI, « Qu'est-ce qu'une juridiction ? Des organes répressifs internationaux à l'O.R.D. », *op. cit.*, p. 72. V. également V. HUGHES, « The Strengths, Weaknesses, and Future of WTO Appellate Review », in M. E. JANOW, V. DONALDSON et A. YANOVICH (eds), *The WTO : Governance, Dispute Settlement & Developing Countries*, New York, Juris Publishing, 2008, spéc. p. 491-493, qui parle de « *quasi-judicial fiction* » et affirme, sans par ailleurs en fournir une démonstration, que « *the panels and the Appellate Body are not "courts" and those who sit in judgment are not "judges"* ».

223 Pour rappel, la règle était alors celle du consensus dit positif, qui signifiait que les PARTIES CONTRACTANTES devaient convenir par consensus de l'adoption du rapport, et qu'une seule opposition à l'adoption emportait donc son rejet.

224 V. sur ce point H. RUIZ FABRI, « Le règlement des différends au sein de l'OMC : Naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit », *op. cit.*, p. 311 ; *id.*, « La contribution de l'Organisation Mondiale du Commerce à la gestion de l'espace juridique mondial », *op. cit.*, p. 356 ; *id.*, « La juridictionnalisation du règlement des litiges économiques entre États », *op. cit.*, p. 893 ; H. RUIZ FABRI et A. HAMANN, « L'Organisation mondiale du commerce est-elle une juridiction économique internationale ? », *op. cit.*, p. 101 ; T. COTTIER, « Dispute Settlement in the World Trade Organization : Characteristics and

d'empêchement consiste à ne pas inscrire l'adoption d'un rapport à l'ordre du jour de l'O.R.D.²²⁵, le rejet d'un rapport par l'O.R.D. est autrement inconcevable. De fait, l'adoption est donc automatique²²⁶. Par ailleurs, elle est en

Structural Implications for the European Union », *C.M.L. Rev.*, 1998, vol. 35, p. 346 ; E.-U. PETERSMANN, « The Dispute Settlement System of the World Trade Organization and the Evolution of the GATT Dispute Settlement System Since 1948 », *op. cit.*, p. 1218. Mais v. cependant G. GUILLAUME, « The Future of International Legal Institutions », *I.C.L.Q.*, 1995, vol. 44, n° 4, p. 860, qui considère que la règle du consensus à l'O.R.D. signifie, dans la pratique, que l'adoption d'un rapport peut être rejetée seulement si « *all the States were unanimously unhappy with the report (which would be most surprising)* », mais n'en arrive pas moins à la conclusion que les rapports adoptés seraient « *almost binding* », expression qui à notre sens ne peut signifier, plus radicalement, que l'absence de caractère obligatoire, puisque la « presque-obligatorité » n'est qu'une manière adoucie et positive de désigner une caractéristique qui n'est pas.

225 Cela s'est produit pour le rapport du groupe spécial au titre de l'article 21:5, établi à la demande des Communautés européennes dans l'affaire *CE – Bananes III*. Les plaignants avaient refusé de participer à la procédure et le contenu défavorable du rapport n'incitait pas les Communautés à solliciter l'adoption. Logiquement, les plaignants initiaux s'en sont également abstenus. Nous reviendrons sur cette difficulté particulière ; il suffit ici de signaler que cette procédure a permis de mettre en évidence l'une des lacunes du mécanisme dans la mesure où, manifestement, l'hypothèse que le gagnant d'une procédure initiale puisse faire défaut dans une procédure de mise en conformité n'avait pas été imaginée. Partant de là, il n'avait pas été envisagé non plus qu'il puisse ne pas être en position de demander l'adoption d'un rapport. Le Secrétariat a de son côté refusé de pallier cette lacune, considérant qu'il appartenait aux parties, notamment au gagnant de la procédure, de demander l'inscription du rapport à l'ordre du jour de l'O.R.D. Cette position se comprend d'une part au regard de la logique de la *member-driven organization*, selon laquelle il s'agit toujours de ne pas froisser les Membres même si cela permettait en l'occurrence au rapport de passer entre les mailles du système. D'autre part, le rapport en question soulevait des difficultés systémiques, dans la mesure où son adoption aurait en quelque sorte implicitement validé le refus de participation à une procédure ; on comprend aisément que le Secrétariat n'ait pas souhaité trancher cette question sensible de sa propre initiative. Sur le sujet de la constitution de l'ordre du jour de l'O.R.D., v. B. MUELLER-HOLYST, « The role of the Dispute Settlement Body in the dispute settlement process », in R. YERXA et B. WILSON (eds), *Key Issues in WTO Dispute Settlement – The first ten years*, *op. cit.*, p. 27, qui souligne la politique de non-implication observée par le Secrétariat et le Président de l'O.R.D. devant la pratique selon laquelle ce sont les Membres qui inscrivent les sujets à traiter à l'ordre du jour de l'O.R.D.

226 Il est révélateur que l'Organisation elle-même présente l'adoption des rapports par l'O.R.D. comme un automatisme, mettant en évidence le rôle strictement formel de l'organe politique. En effet, on trouve sur le site de l'O.M.C. la présentation suivante : « Si aucune des parties ne fait appel, l'ORD est *obligé* d'adopter le rapport, à moins qu'il n'y ait en son sein un consensus dit négatif (ou inverse), c'est-à-dire un consensus contre l'adoption »

elle-même une procédure sans formalités. Au tout début du fonctionnement du mécanisme, le président de l'O.R.D. posait aux représentants des Membres la question s'il existait un consensus *contre* l'adoption du rapport. On voit dans les procès-verbaux des réunions que cette question n'a plus cours : les parties au différend puis les autres Membres sont simplement invités à s'exprimer²²⁷, le président indique ensuite que leurs déclarations ont été notées, puis annonce l'adoption du rapport²²⁸.

La nature du rôle de l'O.R.D. apparaît alors plus clairement. Il est un organe politique *décisionnel*, mais en aucun cas un organe juridictionnel. Son intervention à la fin du processus donne à l'ensemble des Membres l'occasion de s'exprimer sur le rapport, ce qui est en parfaite adéquation avec la dynamique de la *member-driven organization* qui anime l'O.M.C. Cependant, il n'est investi d'aucune fonction juridictionnelle propre et autonome, et ne dispose d'aucun pouvoir juridictionnel qui lui permettrait de remettre en cause l'application du droit par les organes de jugement, ni même de porter une appréciation sur elle, et encore moins de remanier le rapport concerné²²⁹. Il n'a ni un pouvoir

(italiques ajoutées). V. dans le même sens D. P. STEGER et S. M. HAINSWORTH, « New Directions in International Trade Law : WTO Dispute Settlement », in J. CAMERON et K. CAMPBELL (eds), *Dispute Resolution in the World Trade Organization*, Londres, Cameron May, 1998, p. 32 (qui parlent de « *relative automaticity* », une qualification prudente puisque, en théorie, la possibilité de blocage existe bien, quand bien même elle est rendue impraticable) ; B. MCGIVERN, « Retaliation Revisited : Compliance and Implementation Issues in WTO Dispute Settlement », in D. GEORGIEV et K. VAN DER BORGHT (eds), *Reform and Development of the WTO Dispute Settlement System*, Londres, Cameron May, 2006, spéc. p. 225.

227 C'est le seul moment possiblement houleux de l'adoption du rapport, si le représentant du Membre perdant de la procédure appelle les représentants des autres Membres à rejeter l'adoption. Les procès-verbaux révèlent que les discussions peuvent être vives, mais elles restent sans conséquence sur l'adoption du rapport en l'absence d'un consensus de l'ensemble des représentants présents des Membres pour la rejeter.

228 La formule typique à cet égard, tirée ici de l'affaire *CE – Bananes III*, est la suivante : « L'ORD a pris note des déclarations et a adopté le rapport de l'Organe d'appel reproduit sous la cote WT/DS27/AB/R ainsi que les rapports du Groupe spécial reproduits sous les cotes WT/DS27/R/ECU, WT/DS27/R/GTM-WT/DS27/R/HND, WT/DS27/R/MEX, WT/DS27/R/USA, tels qu'ils avaient été modifiés par le rapport de l'Organe d'appel », v. O.R.D., « Compte rendu de la réunion du 25 septembre 1997 », WT/DSB/M/37, 4 novembre 1997, pt 5, p. 27 (texte souligné dans l'original).

229 Mme Ruiz Fabri souligne à cet égard que le principe du consensus négatif ne laisse à l'O.R.D. « aucune marge d'appréciation », sous la réserve mentionnée que la question soit inscrite à l'ordre du jour, in H. RUIZ FABRI, « La juridictionnalisation du règlement des litiges économiques entre Etats », *op. cit.*, p. 893. L'opinion contraire est soutenue

d'interprétation, ni un pouvoir de révision, ni celui de substituer son analyse à celle des organes de jugement. Le Mémoire l'établit sans équivoque, les deux branches de l'alternative sont pour l'O.R.D. (1) d'accepter l'adoption, ou (2) de la rejeter. S'il l'accepte, il ne peut le faire que dans la forme exacte dans laquelle le rapport lui a été communiqué par la formation de jugement²³⁰.

Au minimum, l'examen du rapport par l'O.R.D. n'est ainsi qu'une formalité procédurale. Cette formalité est même indispensable au regard de la conception du système, puisque celui-ci impose aux Membres un mécanisme de juridiction obligatoire – actionnable unilatéralement et exempt de possibilité de blocage – alors que les Etats y sont habituellement réticents voire réfractaires²³¹. L'intérêt qu'ont les Membres à l'existence d'un tiers impartial habilité par l'Organisation pour assurer le respect des règles multilatérales par lesquelles ils ont accepté d'être obligés fournit une explication simple mais logique de leur soumission à un tel mécanisme. En outre, la structure de compromis du mécanisme de règlement des différends appose à la soumission au juge le sceau de l'acceptabilité pour les Membres : l'O.R.D. se présente pour eux comme le contrepoids à la renonciation à une part de l'exercice de leur souveraineté, tous les Membres étant représentés en son sein et pouvant faire entendre leurs opinions²³². Il ne faut toutefois y voir rien de plus que cela,

notamment par les professeurs Carreau et Juillard, selon qui « [par l'adoption des rapports] se confirme le rôle de l'ORD, qui n'est pas seulement de veiller à l'administration du mécanisme de règlement des différends, mais aussi de superviser la légalité et l'opportunité des solutions que dégagent les rapports de l'Organe d'appel. Cette seule observation justifie que l'on dénie la qualification d'organe juridictionnel à cette dernière instance », in D. CARREAU et P. JUILLARD, *Droit international économique*, op. cit., p. 95.

230 Précisons que l'adoption englobe le rapport dans sa totalité. L'affaire *Inde – Restrictions quantitatives* avait soulevé la question de la possibilité d'une adoption partielle, qui avait suscité de vives discussions avant d'être rejetée. Nous reviendrons sur cette question *infra*, Deuxième partie, Titre I, Chapitre II, Section I, § 2, B. 1., c.

231 Ce type de mécanisme n'est mis en place et ne fonctionne sans heurts que dans un espace intégré, comme en témoignent les institutions régionales (C.J.C.E./C.J.U.E., Cr.E.D.H., ALENA...), tandis que l'échelle mondiale pose la difficulté d'un éventail d'intérêts souvent si divergents que la convergence vers un terrain de compromis est laborieuse et souvent impossible. A titre de comparaison, l'exemple le plus révélateur reste la Cour internationale de justice, pour la compétence de laquelle seuls 66 Etats ont à ce jour déposé une déclaration facultative de juridiction obligatoire, alors que 192 Etats sont Membres de l'Organisation des Nations Unies. Sur la compétence de la C.I.J., v. par exemple S. A. ALEXANDROV, « The Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice : How Compulsory Is It ? », *Chin. J.I.L.*, 2006, vol. 5, n° 1, p. 29-38.

232 V. aussi J. PAUWELYN, « The Sutherland Report : A Missed Opportunity for Genuine Debate on Trade, Globalization and Reforming the WTO », *J.I.E.L.*, 2005, vol. 8, n° 2, p. 338.

un forum d'expression pour tous les Membres. L'intervention de l'O.R.D. dans le processus doit donc s'analyser d'une perspective strictement pragmatique : sa seule raison d'être tient à l'acceptabilité politique qu'elle offre, moyennant laquelle les Membres consentent à se soumettre à une juridiction obligatoire assortie de voies d'exécution.

c *Apposition d'une force particulière à l'acte juridictionnel
par l'endossement politique ?*

En dépassant la gêne conceptuelle qu'on peut ressentir du fait que la force de vérité légale soit produite par un organe politique, on peut déplacer la perspective et envisager le procédé sous l'angle de la force particulière que confère à un acte juridique son origine collective. Exprimé autrement, l'adoption des rapports s'analyse comme le processus par lequel est endossée la vérité légale formulée par le juge, et l'hypothèse avancée ici est que le procédé, loin d'affaiblir la qualité juridictionnelle de l'acte produit, contribue au contraire à la renforcer. L'adoption collective des rapports par l'organe plénier de l'Organisation n'est en effet pas différente de l'adoption de n'importe quel acte juridique collectif par l'organe plénier d'une organisation internationale. En ce sens, elle confère aux rapports une qualité particulière : au-delà d'être des normes contenues dans l'acte juridictionnel, les recommandations des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel se transforment, par leur adoption, en résolutions obligatoires de l'Organisation, adoptées par l'ensemble de ses Membres. Cette approche est notamment soutenue par le professeur Sacerdoti, membre de l'Organe d'appel de 2001 à 2009, selon qui cette faiblesse, par comparaison

La matérialisation, dans le règlement des différends de l'O.M.C., d'un forum politique d'expression pour les Etats avant que la décision rendue soit investie de ses effets juridiques fait écho à la prudence réaliste et stratégique à laquelle Virally appelait déjà en 1983 : « il faut se rendre à l'évidence et accepter le fait [que la justice internationale] n'est pas destinée à acquérir la situation de monopole dont bénéficie la justice étatique dans son ordre, même à l'égard des seuls différends portant sur "un point de droit international". En se refusant de l'admettre, on court un risque, dont l'expérience a montré qu'il n'était pas illusoire : de proposer aux Etats des engagements de se soumettre à la justice internationale allant très au-delà de ce qu'ils peuvent politiquement admettre », M. VIRALLY, « Préface », in G. MALINVERNI, *Le règlement des différends dans les organisations internationales économiques*, Leiden, Sijthoff, 1974, p. 5. Au sujet du rôle de l'O.R.D. en tant que forum démocratique d'expression pour les Membres, v. également B. MUELLER-HOLYST, « The role of the Dispute Settlement Body in the dispute settlement process », *op. cit.*, p. 25-28, spéc. p. 25. V. aussi M. GARCIA RUBIO, « Réflexions sur le prétendu exercice des fonctions supranationales par les organes de règlement des différends de l'Organisation Mondiale du Commerce », *op. cit.*, p. 255-256.

aux autres actes juridictionnels produits dans l'ordre international, s'avère en réalité bien plus être une force, en ce que l'origine collective de la décision joue comme une garantie de son efficacité²³³.

C'est également la perception qu'ont les acteurs du mécanisme, et en particulier les organes de jugement qui ont insisté sur la force juridique spécifique des rapports que leur confère leur nature collective. Ainsi, le groupe spécial dans l'affaire *Etats-Unis – FSC* a observé que « [d]ès l'instant où l'ORD adopte un rapport sur le règlement des différends, les constatations et recommandations figurant dans ce rapport deviennent des décisions et recommandations collectives [...] de l'ORD »²³⁴. Il a par ailleurs précisé que cette lecture du rôle de l'O.R.D. est en adéquation avec l'esprit du GATT de 1947 : « [i]l ressortait clairement des dispositions relatives au règlement des différends de l'époque du GATT qu'il incombait au Comité compétent agissant collectivement, et non au Groupe spécial, de formuler des recommandations exécutoires. Dans le cadre institutionnel actuel de l'OMC, l'entité "collective" correspondante serait l'ORD »²³⁵. Le groupe spécial au titre de l'article 21:5 dans l'affaire *Etats-Unis – Jeux* a exprimé plus explicitement encore la force de la dynamique collective qui sous-tend les rapports adoptés, en faisant valoir qu'« un rapport de l'Organe d'appel qui a été adopté par l'ORD sera accepté sans condition par les parties au différend, ce qui indique que, dès lors, le rapport *est* une résolution définitive, dans le contexte de ce différend, des allégations, moyens de défense et questions y figurant qui ont fait l'objet de décisions »²³⁶.

B Exercice de la surveillance multilatérale de la mise en œuvre

Une fois l'adoption des rapports acquise s'ouvre la phase d'exécution, qui fait de nouveau et en priorité intervenir l'O.R.D., auquel le Mémoire confie la surveillance de la mise en œuvre. Selon son article 21:3, le défendeur dans la

233 M. Sacerdoti avance ainsi que « [les décisions] ne sont pas que des jugements, elles deviennent des résolutions obligatoires de l'Organisation que ses membres ont entérinées. Le mécanisme de suivi multilatéral fait le reste », v. G. SACERDOTI, « Droit commercial international et rôle du juge », in J.-M. SOREL (dir.), *Le droit international économique à l'aube du XXI^e siècle*, Paris, Pedone, 2009, p. 157. Dans le même sens, le professeur Cottier considère que l'adoption des rapports par l'O.R.D., nonobstant son caractère purement formel, accroît plutôt l'autorité de ceux-ci et en fait une « *wise mixture of judicial decision-making, endorsement and monitoring by the Dispute Settlement Body* », in T. COTTIER, « Dispute Settlement in the World Trade Organization : Characteristics and Structural Implications for the European Union », *op. cit.*, p. 346.

234 Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – FSC* (21:5 (2)), *op. cit.*, par. 7:35.

235 *Ibid.*, par. 7:35 note 61.

236 Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Jeux* (21:5), *op. cit.*, par. 6:52.

procédure initiale doit faire part de ses intentions au sujet de la mise en œuvre des recommandations au cours d'une réunion de l'O.R.D. qui se tient dans les 30 jours suivant l'adoption du rapport. Cette déclaration d'intention auprès de l'O.R.D. tient à ce qu'il est l'organe habilité par l'Organisation à assurer la surveillance du processus de mise en œuvre des recommandations. Cette fonction de surveillance n'est pas optionnelle, les termes des différentes versions linguistiques du Mémorandum indiquent au contraire qu'elle relève d'une obligation que le Mémorandum fait à l'organe politique²³⁷. Cependant, son existence est toujours tributaire d'un choix discrétionnaire des Membres de l'O.M.C., qui doivent inscrire la question de la surveillance à l'ordre du jour des réunions de l'O.R.D.

1 Exigences formelles dans le cadre de la surveillance

Dans le même esprit, tout Etat Membre peut, à tout moment, soulever la question de la mise en œuvre²³⁸, qui est inscrite à l'ordre du jour de l'O.R.D. six mois après la fixation du délai raisonnable de mise en œuvre et le reste jusqu'à sa résolution, y compris et notamment tant que sont suspendues des concessions en vertu de l'article 22. L'inscription à l'ordre du jour des réunions de l'O.R.D. est opérée selon la même technique que toutes les décisions prises par cet organe, c'est-à-dire sur le mode du consensus négatif, et elle est donc de fait automatique, dès lors qu'un Membre souhaite une discussion de la question de l'exécution. La surveillance multilatérale ne se réduit pas à une simple formalité puisqu'elle implique l'obligation pour le Membre de fournir à l'O.R.D. un rapport de situation détaillant l'avancement de la mise en œuvre, au moins dix jours avant chaque réunion à laquelle la question doit être discutée. Cette obligation permet non seulement à l'O.R.D. de rester informé de l'évolution de l'exécution, mais également d'identifier à un stade relativement précoce

237 Dans les trois versions linguistiques de l'article 21:6, le Mémorandum emploie la forme impérative : « [l]'ORD tiendra sous surveillance la mise en œuvre des recommandations ou décisions adoptées », « [t]he DSB shall keep under surveillance the implementation of adopted recommendations or rulings », et « [e]l OSD someterá a vigilancia la aplicación de las recomendaciones o resoluciones adoptadas ».

238 Même si cela est surtout d'intérêt pour le(s) Membre(s) directement concerné(s) par la mise en œuvre des recommandations, la question est donc considérée comme étant d'intérêt général. Cette ligne directrice se retrouve dans la conception entière du mécanisme de règlement des différends, auquel la notion d'intérêt à agir est indifférente (du moins jusqu'au stade de la suspension de concessions, v. *infra*). Le rétablissement de l'équilibre conventionnel est l'objectif affiché du mécanisme, un défendeur se voit imposer une obligation de mise en conformité et, en symétrie à cette obligation, les Membres ont ainsi un véritable droit collectif à l'exécution de cette obligation.

les difficultés susceptibles de surgir et de faire obstacle à une exécution intégrale. L'utilité principale d'une surveillance effectuée selon ces modalités est ainsi d'assurer une transparence de l'état de la mise en œuvre et d'inciter le défendeur initial à progresser rapidement. L'intérêt du cadre multilatéral dans lequel elle est opérée réside pour les autres Membres, et particulièrement les plaignants initiaux, dans la possibilité qu'ils y trouvent, d'une part, d'observer le processus et de décider si les mesures sont satisfaisantes, et d'autre part de mobiliser les autres Membres afin d'exercer une pression collective en cas d'inexécution ou d'exécution retardée.

L'article 21:6 ne donne toutefois aucune indication concrète s'agissant du contenu d'un rapport de situation. Cette imprécision textuelle laisse une latitude précieuse à celui qui, dans le langage officiel de l'Organisation auquel il faudra bien recourir ici, est appelé le « Membre mettant en œuvre »²³⁹ : elle a progressivement et largement été exploitée, et même de manière abusive. En effet, la tendance majoritaire est de fournir des rapports brefs voire lapidaires, qui se contentent souvent d'indiquer sommairement que des efforts sont entrepris pour répondre à l'exigence de mise en conformité²⁴⁰. Dans le différend *CE – Bananes III* par exemple, les Communautés européennes s'obstinaient dès l'adoption des rapports à ne donner aucune indication spécifique relative à la mise en œuvre, se contentant d'indiquer que des efforts en vue d'une mise en conformité étaient entrepris²⁴¹. Or, l'O.R.D. ne peut accomplir utilement sa

239 L'expression est peu élégante (y compris comparée à l'anglais : « *implementing Member* »), mais elle est la seule qui fasse précisément écho à ce qui est appelé à l'O.M.C. la « mise en œuvre », à la fois formellement, par la symétrie des mots, et matériellement, au regard de la signification exacte que revêt l'expression de mise en œuvre à l'O.M.C. Le Mémoire emploie surtout l'expression « Membre concerné » car il apparaît du contexte de quel Membre il s'agit, mais la jurisprudence parle systématiquement du « Membres mettant en œuvre ». C'est donc cette expression du vocabulaire consacré qui sera employée ici.

240 Pour une critique de l'insuffisance des exigences formelles imposées aux Membres, et en particulier s'agissant des rapports de situation, v. A. STEINMANN, « Article 21 DSU », in R. WOLFRUM, P.-T. STOLL et K. KAISER (eds), *WTO – Institutions and Dispute Settlement*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 501 et 519 ; Y. GUOHUA, B. MERCURIO et L. YONGJIE, *WTO Dispute Settlement Understanding – A Detailed Interpretation*, La Haye, Kluwer Law International, 2005, p. 245-246 (sous « Article 21 ») ; C. GLEASON et P. WALTHER, « The WTO Dispute Settlement Implementation Procedures : A System in Need of Reform », *L.P.I.B.*, 2000, vol. 31, n° 3, p. 720-722 ; Y. SUZUKI, « “Sequencing” and Compliance », in D. GEORGIEV et K. VAN DER BORGH (eds), *Reform and Development of the WTO Dispute Settlement System*, *op. cit.*, p. 383.

241 A la réunion de l'O.R.D. au cours de laquelle les rapports avaient été adoptés, les Communautés avaient déjà laissé entendre quelle serait leur attitude future, en observant que « [l]es rapports, complexes et riches d'interprétations, nécessitaient une étude

mission de surveillance qu'à la condition que les Membres satisfont, eux aussi utilement, à l'obligation qui leur incombe de présenter des rapports de situation. La tendance à une coopération minimaliste qui s'est généralisée est donc susceptible de réduire considérablement l'efficacité du procédé, d'autant que les exigences formelles envers les Membres sont déjà très légères²⁴². Ils ne sont tenus ni d'identifier les mesures qu'ils ont l'intention d'abroger et/ou celles qu'ils ont l'intention de prendre, ni en principe d'indiquer un calendrier précis de mise en œuvre, sous la réserve d'un arbitrage sur le délai raisonnable²⁴³.

Si la mise en place de règles plus contraignantes permettrait certainement d'accroître le poids de la surveillance multilatérale dans le processus d'exécution, la mise en évidence dans un cadre multilatéral d'un certain nombre de difficultés – tantôt techniques, tantôt clairement liées à la résistance politique du Membre soumis à l'obligation de mise en conformité – peut néanmoins contribuer à la rectification des mesures, au cours de l'exécution, lorsqu'elles suscitent des désaccords, ou lorsque les Membres les considèrent comme incompatibles avec le droit de l'O.M.C. Il peut donc révéler des résistances ou mêmes des incompatibilités manifestes, et permettre leur traitement dans un forum politique, c'est-à-dire idéalement sans qu'il faille recourir aux procédures de règlement des différends²⁴⁴. C'est ici qu'apparaît le plus nettement l'intérêt d'un tel encadrement institutionnel. La surveillance par l'O.R.D.

attentive. Il fallait les examiner dans leur intégralité afin d'éviter de se précipiter sur des conclusions simplistes » (O.R.D., « Compte rendu de la réunion du 25 septembre 1997 », *op. cit.*, p. 15, pt 5). A la réunion suivante, au cours de laquelle elles étaient tenues de communiquer à l'O.R.D. leurs intentions de mise en œuvre, elles avaient simplement fait savoir qu'elles avaient « engagé un processus qui leur permettrait d'examiner toutes les solutions concernant le respect de leurs obligations ». Cependant, « [c]ompte tenu du processus de prise de décisions au sein des Communautés, l'intervenant n'était pas en mesure à ce stade d'en anticiper ou d'en préjuger les résultats ». Les Communautés avaient terminé leur brève intervention en « attir[ant] l'attention des Membres sur l'extrême complexité de cette question » (O.R.D., « Compte rendu de la réunion du 16 octobre 1997 », WT/DSB/M/38, 20 novembre 1997, p. 3, pt 2).

242 Sur ce point v. notamment T.-Y. LIN, « Compliance Proceedings under Article 21.5 of DSU and Doha Proposed Reform », *Int. Law.*, 2005, vol. 39, n° 4, p. 915-936.

243 Un tel arbitrage au titre de l'article 21:3 c) suppose nécessairement la communication d'un calendrier de mise en œuvre, et même d'un calendrier particulièrement précis – du moins est-ce dans l'intérêt du Membre mettant en œuvre puisqu'il s'agit pour lui de faire utilement valoir la nécessité du délai qu'il souhaite obtenir. Sur la procédure d'arbitrage au titre de l'article 21:3 c), v. *infra*, Première partie, Titre I, Chapitre II, et sur la pression temporelle exercée par elle sur le défendeur initial v. Deuxième partie, Titre I, Chapitre I.

244 V. sur ce point M. E. FOOTER, « Some Theoretical and Legal Perspectives on WTO Compliance », *op. cit.*, p. 94.

n'assure pas seulement une transparence de l'état de la mise en œuvre, elle place surtout la question de l'exécution dans un forum politique multilatéral, au vu de l'ensemble des Membres de l'O.M.C., où le phénomène de *peer pressure* pèse considérablement²⁴⁵. Elle peut donc également revêtir une dimension de stigmatisation, lorsque la mise en œuvre soulève des difficultés. Cette fonction n'est pas une particularité du mécanisme de surveillance mis en place dans le règlement des différends de l'O.M.C. : on l'a vu, le suivi de l'exécution des décisions de la plupart des juridictions interétatiques est confiée en priorité voire en exclusivité à un organe politique²⁴⁶. Bien que la surveillance de la mise en œuvre par l'O.R.D. soit moins visible que celle qu'exerce le Comité des Ministres pour l'exécution des décisions de la Cr.E.D.H., elle ne se réduit pas à un processus purement formel²⁴⁷. Rappelons que c'est à titre principal à l'organe politique que le Mémorandum confie le soin de surveiller la mise en œuvre, alors que les procédures juridictionnelles n'interviennent qu'à titre subsidiaire.

2 Permanence de la surveillance jusqu'au classement de l'affaire
La surveillance de la mise en conformité par l'O.R.D. a d'autant plus de poids qu'elle s'exerce de manière continue jusqu'à ce que l'affaire soit considérée comme résolue, en d'autres termes jusqu'à ce que la mise en conformité intégrale soit réalisée²⁴⁸. Cette permanence ne signifie pas pour autant que la question de la mise en œuvre doit être examinée à chaque réunion de l'O.R.D. O l'a dit, son inscription à l'ordre du jour n'est pas automatique, elle doit être demandée par un Membre. En ce sens, c'est elle aussi qui rythme la soumission des rapports de situation du Membre mettant en œuvre. En vertu de l'article

245 Ce phénomène s'inscrit plus largement dans le contexte des négociations en cours à l'O.M.C. et est un corollaire inévitable de la dynamique de la *member-driven organization*.

246 V. *supra*, Introduction générale, § 4.

247 Sur l'importance du rôle joué par l'O.R.D. dans le règlement des différends et plus spécifiquement le suivi de la mise en œuvre, v. B. MUELLER-HOLYST, « The role of the Dispute Settlement Body in the dispute settlement process », *op. cit.*, p. 25-28. Mais v. cependant B. MCGIVERN, « Implementation of panel and Appellate Body rulings: an overview », in R. YERXA et B. WILSON (eds), *Key Issues in WTO Dispute Settlement – The first ten years*, *op. cit.*, p. 108-109, qui qualifie la fonction de surveillance multilatérale de l'O.R.D. de « *unfulfilled promise* » (p. 108) : l'exercice par l'O.R.D. de sa fonction se serait jusqu'à présent révélée décevante, y compris dans les discussions entre les Membres, qui deviendraient souvent circulaires dès lors qu'elles n'ont pour base que des rapports de situation minimalistes et répétitifs.

248 V. aussi sur ce point G. MARCEAU et J. A. HAMAOU, « Implementation of Recommendations and Rulings in the WTO System », *op. cit.*, p. 205.

21:6, celui-ci est en effet tenu de soumettre un rapport à l'O.R.D. pour chaque réunion à l'ordre du jour de laquelle la mise en œuvre est inscrite. L'obligation de soumettre des rapports de situation est donc rattachée dans son existence au maintien de la surveillance multilatérale, et ce maintien n'est lui-même fonction que d'une circonstance : l'achèvement intégral de l'exécution, qui permet alors de classer l'affaire.

Par ailleurs, l'exécution ne saurait être inférée du fait que le thème de la mise en œuvre n'aurait pas figuré en continuité à l'ordre du jour de chacune des réunions de l'O.R.D. Il se peut que les Membres estiment inutile de traiter de la question, notamment lorsqu'il apparaît des développements précédents, ou de l'absence de développements, qu'une discussion à ce stade serait redondante et circulaire. Mais rien dans le Mémorandum ne les empêche de réinscrire la question à l'ordre du jour de l'O.R.D. à une réunion ultérieure. Ainsi, le groupe spécial a refusé de considérer « que le simple fait que la question de la mise en œuvre des recommandations et décisions dans le différend *CE – Bananes III* a été retirée de l'ordre du jour des réunions de l'ORD signifie nécessairement que la question a été définitivement résolue »²⁴⁹. Cette précision est particulièrement importante dans le contexte de la procédure au titre de l'article 21:5 : si une affaire est considérée comme classée, alors une demande d'établissement d'un groupe spécial de contrôle de la mise en conformité est sans fondement juridique. Mais tant qu'elle n'est pas définitivement réglée, l'O.R.D. peut, à tout moment et jusqu'à la réalisation *intégrale* de l'exécution, décider d'établir un groupe spécial au titre de l'article 21:5²⁵⁰.

Cela met en évidence non seulement le poids de la surveillance multilatérale dans le suivi de la mise en conformité, mais plus largement l'entremêlement et la dynamique dualiste entre les piliers politique et juridictionnel de ce suivi : la surveillance multilatérale peut servir de vecteur vers le juge ; inversement, la seule existence d'une procédure contentieuse (et donc la menace d'une instance) augmente le poids de la surveillance, et, par ailleurs, le constat de l'inexécution par le juge renvoie le Membre sous le regard de l'O.R.D. En toute hypothèse, l'établissement d'un groupe spécial au titre de l'article 21:5 objective et neutralise le suivi de l'exécution, dans la mesure où la question est déplacée d'un forum politique vers un tiers impartial.

249 Rapport du groupe spécial, *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes – Recours des Etats-Unis à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS27/RW/USA, 19 mai 2008, par. 7.430.

250 *Ibid.*, par. 7.405-7.431.

§ 2 **Pilier juridictionnel : la procédure de contrôle au fond de la mise en conformité**

C'est par le renforcement mutuel entre une surveillance assurée par l'organe politique et un contrôle effectué par les organes de jugement que le phénomène de juridictionnalisation du suivi prend toute son ampleur, et que se resserre le lien entre la force obligatoire et la force exécutoire des recommandations. Le mécanisme met en effet à la disposition des Membres une procédure juridictionnelle spécifique au moyen de laquelle ils peuvent soumettre les désaccords relatifs aux mesures de mise en œuvre à un examen par l'organe de jugement de la procédure initiale. En ce sens, le mécanisme témoigne d'une conception inhabituellement inclusive de la fonction juridictionnelle (A.). Concrètement, l'approche choisie consiste à diriger vers le juge tous les désaccords sur la substance même de la mise en œuvre. La procédure au titre de l'article 21:5 est en ce sens un témoignage fort de rupture avec l'unilatéralisme (B.), et de la spécificité de la fonction juridictionnelle du juge de l'exécution (C.).

A *Conception inclusive de la fonction juridictionnelle*

L'objet même de la procédure au titre de l'article 21:5 témoigne de la conception élargie de la fonction juridictionnelle à laquelle donne corps le règlement des différends à l'O.M.C., dans la mesure où les organes de jugement se voient confier le traitement de questions appartenant traditionnellement à la phase post-juridictionnelle. L'organisation du suivi à l'O.M.C. met en évidence une importante interdépendance entre le pilier politique de la surveillance et son pilier juridictionnel. Bien qu'il soit le plus visible, le second est, dans la conception du mécanisme, seulement accessoire au sens où le recours aux procédures de règlement des différends n'est prévu que lorsque la voie diplomatique, c'est-à-dire les négociations entre les Membres concernés, n'aura pas permis de parvenir à une résolution satisfaisante du désaccord. L'élément central et permanent du suivi en revanche est situé dans la surveillance multilatérale. Cependant, la conception accessoire du pilier juridictionnel n'empêche que, dans la pratique, il serve de levier au mécanisme politique et renforce ainsi la réalisation de l'objectif du mécanisme, qui vise, selon l'article 3:7, à « arriver à une solution positive des différends. [...] En l'absence d'une solution mutuellement convenue, le mécanisme de règlement des différends a habituellement pour objectif premier d'obtenir le retrait des mesures en cause, s'il est constaté qu'elles sont incompatibles avec les dispositions de l'un des accords visés ». Or, les suites de l'affaire *CE – Hormones* ont montré la situation de blocage à laquelle pourrait être confronté l'ensemble du mécanisme, si la surveillance multilatérale effectuée par l'O.R.D. n'était pas renforcée par un contrôle

juridictionnel. Le choix d'une telle organisation exprime la volonté d'assurer l'efficacité des décisions rendues, qui suppose nécessairement d'assurer celle du mécanisme de suivi.

La juridictionnalisation observée dans la phase de mise en œuvre participe en ce sens à cet objectif d'efficacité : considéré globalement, l'exécution n'est pas une préoccupation qui relève de la seule juridiction, puisqu'elle est en priorité confiée à l'organe politique, mais le système a conçu plusieurs « poches » juridictionnelles à l'intérieur d'une phase en principe diplomatique. En particulier, la procédure de contrôle de la mise en conformité au titre de l'article 21:5 établit un rattachement inhabituel de la mise en œuvre d'une décision à la fonction juridictionnelle. Le premier indice de ce lien fonctionnel se détecte d'un point de vue organique : le Mémorandum prévoit que le groupe spécial au titre de l'article 21:5 devra avoir, dans la mesure du possible, la même composition que le groupe spécial initial. Le contrôle de la bonne exécution d'une décision est donc confié précisément à l'organe de jugement qui a rendu la décision qu'il s'agit d'exécuter.

Ce renvoi aux organes de jugement de la phase initiale met alors mieux en lumière la conception particulière de la procédure d'examen de la mise en conformité, qui se présente comme un court-circuit de la procédure de droit commun. La raison en est que les mesures de mise en œuvre se situent matériellement dans la continuité des mesures mises en cause dans la procédure initiale ; les désaccords à son sujet se situent alors naturellement dans le prolongement du différend initial, et le lien rendant apparente cette continuité est l'identité des organes de jugement²⁵¹. D'un point de vue pragmatique, cela signifie que le dossier est déjà connu du juge, qui peut alors traiter les désaccords nouveaux survenant dans le cadre d'un contexte familier sous la forme d'un retour accéléré sur l'affaire²⁵². La procédure au titre de l'article 21:5,

251 Le professeur Maddalon souligne à ce sujet que la règle de l'identité organique « crée au moins l'unité au niveau du différend, à défaut de l'assurer entre les solutions des groupes spéciaux et celles de l'Organe d'appel », et qu'elle contribue en cela à l'unité du droit de l'O.M.C., puisque « l'unité du droit [...] passe aussi par l'unité du différend », in Ph. MADDALON, « Les rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'OMC (2008) », *op. cit.*, p. 465.

252 L'Organe d'appel dans l'affaire *Etats-Unis – Bois de construction IV* a souligné cet aspect lorsqu'il observait que « la composition d'un groupe spécial au titre de l'article 21:5 est, en principe, déjà déterminée : dans tous les cas où cela sera possible, il s'agit du groupe spécial initial. Ces personnes connaissent bien les contours du différend et l'expérience qu'elles ont acquise dans le cadre de la procédure initiale devrait leur permettre de traiter plus efficacement les questions soulevées dans le cadre d'une procédure au titre de l'article 21:5, "en tenant compte de la procédure initiale" », in rapport de l'Organe d'appel,

bien qu'elle concerne une question de droit nouvelle au regard de mesures nouvelles, ne se présente donc pas comme un nouveau procès, parfaitement détaché du procès initial, mais au contraire comme une extension de celui-ci. L'Organe d'appel a souligné en ce sens que la procédure de l'article 21:5 s'inscrit dans « une suite d'événements », qui justifie également qu'il soit particulièrement tenu compte des rapports rendus en phase initiale²⁵³. A titre d'exemples, les affaires *Australie – Saumon, CE – Bananes III* et *Etats-Unis – FSC* illustrent particulièrement combien le contrôle exercé dans la troisième phase du contentieux se situe dans la continuité de celui qu'a effectué le juge de la procédure initiale. La conscience de cette continuité a permis à l'O.M.C. d'envisager le contrôle de l'exécution des décisions, au moins pour partie, en tant que prolongement matériel du différend initial, comme inhérente à la fonction juridictionnelle.

Etats-Unis – Détermination finale en matière de droits compensateurs concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada – Recours du Canada à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS257/AB/RW, 5 décembre 2005, par. 71. Cette caractéristique et l'avantage qu'elle représente ont également été signalés par l'Organe d'appel dans deux affaires ultérieures, en reprenant intégralement le passage cité, *in* rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones*, WT/DS320/AB/R, 16 octobre 2008, par. 343 ; et rapport de l'Organe d'appel, *Canada – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones*, WT/DS321/AB/R, par. 343.

- 253 Rapport de l'Organe d'appel, *Mexique – Enquête antidumping concernant le sirop de maïs à haute teneur en fructose (SHTF) en provenance des Etats-Unis – Recours des Etats-Unis à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS132/AB/RW, 22 octobre 2001, par. 121 (qui fait valoir ainsi que le rapport du groupe spécial initial « ne peut être dissocié de ces événements »). Dans le même sens, le groupe spécial dans une autre affaire a désapprouvé l'une des parties qui « qualifi[ait] la procédure de mise en œuvre en cause de nouvelle procédure », et a souligné, au contraire, que les procédures de la phase d'exécution « ne sont pas nouvelles ou indépendantes de cette enquête initiale », *in* rapport du groupe spécial, *Corée – Droits antidumping sur les importations de certains papiers en provenance d'Indonésie – Recours de l'Indonésie à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS312/RW, 28 septembre 2007, par. 6.74. Si nous adhérons à l'approche adoptée ici, l'expression « nouvelle procédure » nous paraît cependant inopportune, car c'est bien d'une nouvelle procédure qu'il s'agit – mais, en effet, pas d'un nouveau procès, ni d'une nouvelle affaire. V. sur ce point également Ph. MADDALON, « Les rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'OMC (2007) », *A.F.D.I.*, 2007, p. 715, qui souligne la continuité entre les deux phases contentieuses ; et H. RUIZ FABRI, « Le contentieux de l'exécution dans le règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce », *op. cit.*, spéc. p. 643.

Mais considérer l'exécution comme une telle extension de la fonction juridictionnelle n'est pas une particularité du règlement des différends de l'O.M.C. La même conception sous-tend également le recours en manquement mis en place depuis 2010 dans le cadre de la Cour européenne des droits de l'homme, qui permet à la Grande Chambre de constater l'inexécution d'un arrêt, ou le recours en manquement sur manquement de la Cour de justice de l'Union européenne, ou encore le contentieux spécifique de la réparation que connaît la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Ce qu'exprime la Cour européenne des droits de l'homme lorsqu'elle a déclaré en 1997 que « [l]e droit [à un tribunal] serait illusoire si l'ordre juridique interne d'un Etat contractant permettait qu'une décision judiciaire définitive et obligatoire reste inopérante au détriment d'une partie. [...] L'exécution d'un jugement ou arrêt, de quelque juridiction que ce soit, doit donc être considérée comme faisant partie intégrante du "procès" au sens de l'article 6 », c'est également l'idée que l'exécution ne saurait être considérée comme extérieure ou même étrangère à la fonction juridictionnelle²⁵⁴. Elle a ainsi consacré un véritable droit à l'exécution des décisions de justice. Elle s'adressait en l'espèce aux administrations nationales, mais rien ne justifie que ce droit soit limité à l'ordre juridique interne. Que l'O.M.C. conçoit pareillement l'exécution comme un véritable droit de ses Membres se détecte notamment dans les modalités de prise de décision à l'O.R.D., et en particulier dans le consensus négatif par lequel est acquise l'adoption des rapports²⁵⁵. Or, envisager l'exécution des décisions juridictionnelles comme un droit n'aurait guère de sens si cette conception n'était matérialisée par un dispositif permettant aux justiciables de faire valoir leurs droits en général, et celui-ci en particulier. C'est à cette vision que le système de l'O.M.C. a donné corps, et la procédure au titre de l'article 21:5 exprime particulièrement fort la matérialisation d'un organe de jugement dont la fonction juridictionnelle inclut l'exécution.

Le mécanisme de règlement des différends de l'O.M.C. s'envisage dès lors sous un angle nouveau, qui dépasse la définition classique de la juridiction internationale. Compléter la surveillance multilatérale par la possibilité d'une décision juridictionnelle sur la compatibilité des mesures d'exécution avec le droit de l'O.M.C. contribue à un renforcement qu'on peut analyser de deux manières. D'une part, le lien entre la force obligatoire de la décision initiale

²⁵⁴ Cr.E.D.H., *Hornsby c. Grèce*, *op. cit.*, par. 40.

²⁵⁵ Egalement en ce sens, P.-T. STOLL et A. STEINMANN, « WTO Dispute Settlement : The Implementation Stage », *Max Planck U.N.Yb.*, 1999, vol. 3, p. 421. Nous reviendrons sur la question d'un « droit » à l'exécution dans le cadre des développements consacrés à la suspension de concessions. V. *infra*, Deuxième partie, Titre II, Chapitre I.

et l'exécution de celle-ci se trouve resserré, par un double rattachement organique et matériel. Alors que les actes juridictionnels internationaux sont habituellement considérés comme dépourvus de force exécutoire, le règlement des différends de l'O.M.C. absorbe au contraire la force exécutoire des recommandations dans l'*imperium*. D'autre part, c'est le lien entre deux phases de nature traditionnellement différente qui s'en trouve resserré. Alors que la plupart des juridictions interétatiques renvoient l'exécution de leurs décisions à la phase post-juridictionnelle, le règlement des différends de l'O.M.C. concrétise l'idée que la suite donnée à la recommandation adressée au défendeur par le groupe spécial et/ou l'Organe d'appel à l'issue de la procédure initiale doit rester confiée à la juridiction. Cette configuration tisse un lien particulièrement étroit avec la décision initiale, car le même organe de jugement, dans le cadre d'une procédure différente et nouvelle, a l'occasion d'apprécier si la mesure d'exécution correspond à ce qu'il recommandait dans la décision initiale. Le règlement des différends de l'O.M.C. donne ainsi corps à une conception unifiée de la fonction juridictionnelle, au moyen d'un renforcement entre le caractère obligatoire de la décision initiale et son exécution, qui exprime un refus de la segmentation fonctionnelle de la juridiction.

B Rupture avec l'unilatéralisme

Le Mémorandum prohibe toute forme d'auto-appréciation d'une situation juridique par les Membres (1.). Toutes les questions de fond relatives à la mise en conformité qui créent un désaccord entre les parties sont par conséquent redirigées vers la procédure au titre de l'article 21:5 (2.).

1 Principe de l'article 23 : l'interdiction de l'auto-appréciation

L'article 23:1 du Mémorandum dispose que « [l]orsque des Membres chercheront à obtenir réparation en cas de violation d'obligations ou d'annulation ou de réduction d'avantages résultant des accords visés, ou d'entrave à la réalisation d'un objectif desdits accords, ils auront recours et se conformeront aux règles et procédures du présent Mémorandum d'accord ». Le principe est ainsi celui d'exclusivité du mécanisme de règlement des différends, qui interdit aux Membres de chercher à régler leurs désaccords par d'autres voies que celles explicitement prévues par le texte²⁵⁶. Cette disposition, d'ailleurs intitulée

²⁵⁶ V. le rapport du groupe spécial, *Communautés européennes – Mesures affectant le commerce des navires de commerce*, WT/DS301/R, 22 avril 2005, spéc. par. 7.184-7.207, où le groupe spécial fait une interprétation minutieuse et argumentée de l'article 23 et précise les implications concrètes qui découlent de l'« obligation générale » et de « caractère exclusif » pour les Membres d'avoir recours au Mémorandum en cas de litige (par. 7.191).

« renforcement du système multilatéral », emporte deux conséquences pour les Membres. D'abord, en tant que clause de compétence exclusive, elle leur interdit de soumettre leurs différends à des mécanismes extérieurs au système. Ensuite, l'article 23 signifie plus largement que les comportements unilatéraux sont prohibés, et ceux-ci incluent tous agissements unilatéraux de la part d'un Membre en vue de rétablir un équilibre qu'il estimerait rompu, du fait de ce qu'il percevrait être une violation du droit de l'O.M.C. (situation de violation) ou simplement un comportement causant pour lui un dommage (situation de non-violation). En d'autres termes, toute forme d'auto-appréciation, en droit, d'une situation de fait et qui se matérialiserait par l'édiction de mesures unilatérales est prohibée par le Mémoire comme étant incompatible avec le système multilatéral²⁵⁷ : l'O.M.C. refuse que ses Membres se fassent juges dans leur propre cause.

Les organes de jugement ont rappelé ce refus de principe à plusieurs reprises, en condamnant la pratique d'auto-appréciation de certains Membres qui consistait à déterminer unilatéralement si les mesures prises par d'autres Membres étaient licites et à adopter des mesures sur la base de cette détermination²⁵⁸. La nécessité de traiter la difficulté s'est dessinée avec une urgence particulière à partir de la mise en place d'instruments de défense commerciale tels que la « *Section 301* » du *Trade Act* américain de 1974²⁵⁹ et le

257 V. sur ce point N. KOMURO, « The WTO Dispute Settlement Mechanism – Coverage and Procedures of the WTO Understanding », *J.W.T.*, 1995, vol. 29, n° 4, p. 77-86.

258 V. l'affaire *Etats-Unis – Article 301, Loi sur le commerce extérieur*, mais aussi les affaires *Etats-Unis – Maintien de la suspension* et *Canada – Maintien de la suspension*.

259 La « *Section 301* » est présentée par l'U.S.D.O.C., le Département du commerce des Etats-Unis, comme étant « *the principal statutory authority under which the United States may impose trade sanctions against foreign countries that maintain acts, policies and practices that violate, or deny U.S. rights or benefits under, trade agreements, or are unjustifiable, unreasonable or discriminatory and burden or restrict U.S. commerce* ». Dans l'affaire relative à cet article, le groupe spécial a néanmoins rappelé que des déterminations ne sont autorisées que si elles sont établies en recourant au Mémoire et au regard des constatations adoptées par l'O.R.D. ou d'une décision arbitrale rendue au titre du Mémoire. Toutefois, il n'a pas constaté d'incompatibilité de la loi américaine avec le droit de l'O.M.C., dans la mesure où il s'agissait là d'une législation *dispositive*, qui donne au pouvoir exécutif la compétence discrétionnaire pour prendre des mesures incompatibles avec les accords de l'O.M.C., et non pas d'une législation *impérative* qui imposerait aux autorités compétentes d'agir d'une manière contraire aux obligations des Etats-Unis en vertu des accords de l'O.M.C. : « l'article 304 ne prescrit pas au Représentant des Etats-Unis pour les questions commerciales internationales d'établir une détermination d'incompatibilité en violation de l'article 23 dans chaque cas ; il ne fait que mettre en place le dispositif législatif qui lui donne le pouvoir et le droit de le faire », v. le rapport du

Règlement CEE 264/84 relatif au renforcement de la politique commerciale commune (« Nouvel instrument de politique commerciale », dit N.I.P.C.)²⁶⁰. Le Mémoire écarte toute ambiguïté à leur sujet, et plus largement au sujet de toute pratique d'auto-appréciation. L'article 21:5, lu en combinaison avec l'article 23, prévoit que « [d]ans les cas où il y aura désaccord au sujet de l'existence ou de la compatibilité avec un accord visé de mesures prises pour se conformer aux recommandations et décisions, ce différend sera réglé *suivant les présentes procédures de règlement des différends*, y compris, dans tous les cas où cela sera possible, avec recours au Groupe spécial initial »²⁶¹. L'interdiction de la détermination unilatérale ne crée donc pas un vide, puisque le système redirige les situations qui pourraient y donner lieu vers une procédure juridictionnelle spécifiquement mise en place afin de contrôler l'existence ou la teneur de la mise en œuvre. On l'a déjà souligné, l'originalité du règlement des différends de l'O.M.C. tient pour large partie à cette configuration. Le seul autre mécanisme établissant une telle procédure de contrôle de la mise en conformité est celui dans le cadre du Chapitre 11 de l'ALENA, relatif aux investissements, mais l'ALENA ne dispose pas d'un mécanisme intégré de règlement des différends comparable à celui de l'O.M.C.²⁶². Par ail-

groupe spécial, *Etats-Unis – Article 301, Loi sur le commerce extérieur*, op. cit., par. 7.50. Pour une présentation et analyse de la distinction cruciale dans le règlement des différends entre les caractères impératif et dispositif d'une législation nationale, v. H. RUIZ FABRI et P. MONNIER, « Chronique du règlement des différends 2002 », *J.D.I.*, 2003, n° 3, p. 905-910. Pour une étude très critique de la « Section 301 » et de ses implications au regard du GATT, v. J. BHAGWATI et H. PATRICK (eds), *Aggressive Unilateralism : America's 301 Trade Policy and the World Trading System*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1991, 282 p.

260 Cet instrument a ensuite été remplacé par le Règlement CE 3286/94 sur les obstacles au commerce (dit « ROC »), entré en vigueur le 1^{er} janvier 1995, qui prévoit les procédures internes à suivre pour prendre des mesures contre les pratiques commerciales jugées illicites constatées à l'étranger. A la différence du N.I.P.C., les mesures prises en application du ROC doivent être autorisées au titre des dispositions concernant le règlement des différends internationaux, ce qui en évacue donc l'unilatéralisme interdit par le système de l'O.M.C. Pour une présentation approfondie du N.I.P.C. et surtout du ROC, et en particulier les perfectionnements du second par rapport au premier, v. M. C. E. J. BRONCKERS, « Private Participation in the Enforcement of WTO Law : The New EC Trade Barriers Regulation », in M. C. E. J. BRONCKERS, *A Cross-Section of WTO Law*, Londres, Cameron May, 2000, p. 255-274 [version actualisée de l'article publié in *I.T.L.R.*, 1997, vol. 3, n° 3, p. 76-84].

261 Italiques ajoutés.

262 Mis à part les différends liés aux investissements et tombant dans le champ du Chapitre 11, les procédures de règlement des différends de droit commun s'arrêtent à l'adoption du rapport du panel et n'incluent donc pas la phase de mise en conformité. Une fois le

leurs, la procédure en question s'y présente dans une perspective différente : l'article 21:5 du Mémorandum est destiné à permettre aux parties de soumettre leurs désaccords relatifs à la mise en œuvre à un juge du fond qui doit apprécier objectivement la question, sans construire sur la base d'une présomption pour l'une ou l'autre des parties ; la procédure correspondante sous l'ALENA semble reposer, au contraire, sur une présomption d'inexécution. L'article 1136 dispose en effet que « [s]i une Partie contestante *néglige de respecter* une sentence finale, la Commission, à la demande d'une Partie dont un investisseur était partie à l'arbitrage, devra instituer un groupe spécial »²⁶³. A partir de cette présomption d'inexécution, le requérant pourra demander dans cette procédure « a) une décision selon laquelle le refus de respecter la sentence finale et de s'y conformer est incompatible avec les obligations du présent accord ; et b) une recommandation demandant que la Partie respecte la décision finale et s'y conforme ». Un groupe spécial sous l'ALENA sera amené au même type de contrôle au fond qu'un groupe spécial de la mise en conformité de l'O.M.C., mais la procédure, du fait de la présomption, se présente plus manifestement comme une voie d'exécution. Dans le système de l'O.M.C., et en particulier s'agissant de la procédure de l'article 21:5, l'accent est davantage placé sur la prohibition de l'unilatéralisme et, par conséquent, la nécessité de désaisir les parties des désaccords substantiels au sujet de l'exécution. En mettant en place une procédure juridictionnelle qui permet de déférer, au fond, la question de la mise en œuvre à un tiers impartial, le suivi est objectivé et doublement institutionnalisé : d'une part, l'encadrement de l'exécution est déplacée du terrain diplomatique vers le terrain juridique, neutralisant ainsi la charge politique que porte la question de l'exécution, et d'autre part la surveillance multilatérale est renforcée par l'intervention du juge²⁶⁴.

rapport adopté, la Commission se retire du processus juridictionnel et laisse les parties résoudre la question sur une base bilatérale ou trilatérale. Pour une présentation du mécanisme de règlement des différends de l'ALENA dans une perspective comparatiste avec le mécanisme équivalent de l'O.M.C., v. notamment G. MARCEAU, « NAFTA and WTO Dispute Settlement Rules – A Thematic Comparison », *J.W.T.*, 1997, vol. 31, n° 2, p. 37 ; G. N. HORLICK et F. A. DEBUSK, « Dispute Resolution under NAFTA – Building on the U.S.-Canada FTA, GATT and ICSID », *J.W.T.*, 1993, vol. 27, n° 1, p. 26 ; D. S. HUNTINGTON, « Settling Disputes Under the North American Free Trade Agreement », *Harv. I.L.J.*, 1993, vol. 34, n° 2, p. 423-424.

263 Itاليques ajoutés.

264 A ce sujet, v. M. K. YOUNG, « Dispute Resolution in the Uruguay Round : Lawyers Triumph over Diplomats », *op. cit.*, p. 402-403 ; M. S. VALIHORA, « NAFTA Chapter 19 or the WTO's Dispute Settlement Body : A Hobson's Choice for Canada ? », *Case W. Res. J.I.L.*, 1998, vol. 30, n° 2-3, p. 483-484.

2 Exclusivité de la procédure au titre de l'article 21:5

L'interdiction de l'auto-appréciation d'une situation juridique telle que la formule le Mémorandum implique que la procédure au titre de l'article 21:5 bénéficie d'une exclusivité : toute allégation relative à la substance de la mise en œuvre doit être portée devant un groupe spécial dit de la mise en conformité. Les Etats-Unis et le Canada ont toutefois cherché à contester cette exclusivité dans leurs affaires respectives relatives au *Maintien de la suspension*, soutenant que la question de fond de la mise en conformité pourrait être portée devant n'importe quelle procédure disponible dans le mécanisme. Ils tiraient cet argument des termes de l'article 21:5, qu'ils estimaient ambigus : la préférence qu'exprime le Mémorandum pour une composition identique à celle du groupe spécial initial était selon eux la preuve de ce que le recours à cette procédure n'est que facultatif²⁶⁵. Mais l'argument confondait deux aspects bien différents, le recours à la procédure et la composition de l'organe de jugement ; celle-ci n'est qu'une préférence, et donc facultative, celui-là est obligatoire et exclusif de tout autre recours, s'agissant de tout désaccord de fond relatif à la mise en conformité. Le groupe spécial ne s'était au demeurant pas laissé convaincre. Ainsi, il a d'abord constaté que la phrase introductive de l'article 21:5 délimite l'objet des différends entrant dans le champ de la procédure : il s'agit des désaccords au sujet soit de l'existence soit de la teneur des mesures de mise en œuvre. Le principe de l'effet utile exige par ailleurs que l'article 21:5 soit lu comme un ensemble et de manière cohérente. Dans cette perspective, il met hors de doute que « les présentes procédures de règlement des différends » mentionnées ne visent pas l'ensemble des procédures qu'aménage le Mémorandum. Au contraire, elles renvoient spécifiquement vers la procédure de l'article 21:5, dont la composition sera, de préférence, identique à celle du groupe spécial initial. Le groupe spécial avait ajouté que « l'option qui vient naturellement à l'esprit lorsqu'il s'agit d'examiner la mise en conformité est la procédure prévue à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord »²⁶⁶. L'Organe d'appel a été plus péremptoire, en concluant qu'« aux termes de l'article 21:5, la procédure de groupe spécial prévue par cette disposition doit

265 Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Maintien de la suspension*, op. cit., par. 335 ; rapport de l'Organe d'appel, *Canada – Maintien de la suspension*, op. cit., par. 335.

266 Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones*, WT/DS320/R, 31 mars 2008, par. 7.351 ; rapport du groupe spécial, *Canada – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones*, WT/DS321/R, 31 mars 2008, par. 7.349.

constituer la procédure qu'il *faut* suivre pour se prononcer sur le motif d'action tel qu'il est énoncé dans sa clause introductive »²⁶⁷.

Que cette exclusivité est opportune est devenu particulièrement manifeste dans le contexte de la cessation d'une suspension de concessions, au sujet de laquelle le Mémoire est entièrement muet²⁶⁸. Signalons que ce silence n'est pas une lacune propre au mécanisme de l'O.M.C. puisque, plus généralement, la levée des sanctions en droit international est une question curieusement négligée. Même la Charte des Nations Unies est vide de toute précision *explicite* concernant le champ d'application temporel des sanctions prises au titre du Chapitre VII, et donc concernant les conditions dans lesquelles elles devront ou pourront être levées et la décision d'abroger les mesures²⁶⁹ ; comme le Mémoire, elle pose le cadre de leur édicton, mais laisse en suspens celui de leur retrait, comme si les rédacteurs n'avaient pas anticipé la question²⁷⁰. Le professeur Forteau observe qu'il est peu surprenant que, en l'absence d'un mécanisme expressément prévu à cet effet, le pouvoir d'appréciation d'une situation de levée de sanction, de fait, se soit concentré au sein du Conseil de sécurité : « [m]aître de la forme, le Conseil de sécurité l'est également du fond »²⁷¹, et les deux niveaux d'évaluation ont donné lieu à une

267 Rapports de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Maintien de la suspension*, *op. cit.*, par. 336, et *Canada – Maintien de la suspension*, *op. cit.*, par. 336 (italiques ajoutées).

268 La question s'est posée dès les débuts du mécanisme, par le biais de celle de l'articulation de la procédure de l'article 21:5 avec celle de l'article 22:6 au sujet du niveau de la suspension de concessions. La difficulté du « *sequencing* » sera développée *infra*, Chapitre II, Section II, § 1.

269 A ce sujet, v. en particulier M. FORTEAU, « La levée et la suspension des sanctions internationales », *A.F.D.I.*, 2005, p. 57-84.

270 Cependant, comme pour la suspension de concessions dans le cadre du Mémoire ou de l'Accord SMC, la fonction même de la sanction comme mesure coercitive *implique* que la limite ultime de son application est la réalisation du résultat visé, et cette limite découle de la Charte puisque les actions entreprises au titre du Chapitre VII sont destinées à « maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales » (art. 39) et que l'article 41 précise que les actions décidées ont pour finalité de « donner effet » aux décisions du Conseil de sécurité. La raison de cette limitation temporelle est donc simple : une fois l'objectif atteint, le maintien de la mesure destinée à y mener devient illicite, puisque la condition de son édicton a cessé d'exister ; en d'autres termes, la mesure coercitive est dépourvue de fondement juridique. Cette question sera traitée *infra*, Deuxième partie, Titre II, Chapitre I, Section I, § 2, B., 3., b., et Chapitre II, Section II, § 1.

271 M. FORTEAU, « La levée et la suspension des sanctions internationales », *op. cit.*, p. 79. Cependant, le pouvoir d'appréciation du Conseil de sécurité semble moins critiquable s'agissant de la « nécessité » du maintien des mesures coercitives, puisqu'elle est le reflet de la nécessité de leur édicton, dont l'appréciation appartient incontestablement au

pratique peu homogène. Cependant, il n'y a là pas en soi une anomalie, et M. Forteau souligne en ce sens l'impossibilité « d'apprécier de manière atemporelle si les conditions initialement posées à la levée ou à la suspension ont été respectées », ce qui implique inévitablement une évaluation cas par cas, et au regard de la situation au moment où celle-ci est examinée²⁷². Cela étant, on y revient, la lacune dans le Mémoire s'agissant de la cessation d'une suspension de concessions est plus curieuse, précisément parce que celle de la Charte des Nations Unies est connue. Ce vide juridique laisse aux Membres une marge suffisante d'argumentation pour que leurs positions respectives puissent se figer, comme l'ont montré les affaires *Etats-Unis – Maintien de la suspension* et *Canada – Maintien de la suspension*.

Précisons ces affaires : dans le différend *CE – Hormones*, les Etats-Unis et le Canada avaient obtenu l'autorisation de suspendre des concessions lorsque les Communautés n'avaient pas mis en conformité leur législation à l'expiration du délai raisonnable. Le désaccord provenait de ce que les plaignants considéraient que la seule manière pour les Communautés de mettre en conformité leur législation avec les recommandations de l'O.R.D. était de retirer la mesure incompatible, c'est-à-dire de lever l'interdiction d'importation ; concrètement, cela signifiait l'ouverture du marché communautaire à la viande aux hormones, à quoi les Communautés étaient fortement hostiles. Elles-mêmes considéraient que la mise en œuvre pouvait être réalisée en procédant à une nouvelle évaluation des risques qui servirait de fondement au maintien de la fermeture de leur marché. La directive 2003/74/CE conservait ainsi l'interdiction de l'utilisation d'hormones dans l'élevage d'animaux, sur la base d'une nouvelle évaluation des risques qui avait établi que les hormones en cause présentaient un risque pour les consommateurs²⁷³. Les Communautés demandaient par conséquent la levée des suspensions de concessions américaines et canadiennes, tandis que les Etats-Unis et le Canada soutenaient que la nou-

Conseil de sécurité. M. Forteau observe qu'il faut comprendre ce pouvoir d'appréciation précis au regard de la possibilité pour le Conseil de sécurité de redéfinir les objectifs visés : en effet, « [l]e mécanisme de levée ou de suspension pivote en dernier ressort autour de quelque chose que le Conseil est seul habilité à définir, celui-ci maîtrisant entièrement le principal auquel l'accessoire est soumis : puisque les mesures coercitives ne servent qu'à "donner effet à ses décisions" et que rien ne lui interdit, et même tout lui permet, de modifier ses injonctions lorsque cela s'avère nécessaire pour remplir sa mission et adapter son action aux circonstances présentes, le Conseil de sécurité est nécessairement en droit de redéfinir à tout moment les objectifs des mesures coercitives » (p. 82).

272 M. FORTEAU, « La levée et la suspension des sanctions internationales », *op. cit.*, p. 84.

273 L'interdiction était maintenue définitivement pour une hormone, et provisoirement pour cinq autres.

velle directive restait incompatible avec les obligations communautaires au titre de l'O.M.C.

La solution logique, en l'absence de cessation spontanée des suspensions, eût été de recourir à la procédure de l'article 21:5 afin de faire apprécier la mesure de mise en conformité communautaire par un groupe spécial. Le Mémoire n'établit par ailleurs aucun délai qui empêcherait d'utiliser cette procédure plusieurs années après le début de l'affaire – même si la question mérite réflexion, en particulier au regard des droits du défendeur initial²⁷⁴. Se pose alors la question de son déclenchement. Dans l'idéal, le plaignant initial suspendant des concessions le ferait spontanément, mais la probabilité en est faible. C'est alors le défendeur initial qui souhaitera recourir au juge, afin de faire établir la licéité de sa mesure d'exécution et par conséquent l'illicéité de la suspension de concessions. Le Mémoire n'interdit pas expressément un recours à l'article 21:5 par le défendeur initial, mais les Membres sont réticents à le faire après l'expérience décourageante qu'avaient connue les Communautés dans l'affaire *CE – Bananes III*. Le recours à l'article 21:5 sera précisé ci-dessous et nous reviendrons alors sur cette affaire ; il suffit ici de signaler qu'elle avait mis en évidence que la difficulté ne fait alors que se déplacer, le plaignant initial pouvant refuser de participer à la procédure et le groupe spécial étant matériellement incapable de l'y contraindre. Dans les deux affaires relatives au *Maintien de la suspension*, en admettant que les Communautés aient introduit une procédure au titre de l'article 21:5, les Etats-Unis et le Canada auraient alors risqué de reproduire leur attitude dans l'affaire *CE – Bananes III* en refusant d'y participer.

Une autre solution, dans une perspective systémique et pas seulement ponctuelle, serait de mettre en place une procédure spéciale destinée à encadrer le retrait d'une suspension de concessions, ce qui a d'ailleurs été suggéré par les Communautés dans leur proposition relative à la réforme du Mémoire²⁷⁵. Une clarification faisant toutefois défaut au moment où la question se présentait avec urgence, un Membre cherchant à obtenir la cessation d'une suspension de concessions ne semblait avoir d'autre voie de recours efficace que de déclencher une nouvelle procédure de règlement des différends, au motif

274 Sur ce sujet, v. par exemple J. E. KEARNS et S. CHARNOVITZ, « Adjudicating Compliance in the WTO : A Review of DSU Article 21.5 », *J.I.E.L.*, 2002, vol. 5, n° 2, spéc. p. 350-351, qui font valoir l'opportunité d'introduire dans le mécanisme l'équivalent de la « doctrine of laches » que connaît la *common law*.

275 Communication du 13 mars 2002, TN/DS/W/1, p. 7.

que la suspension subie serait incompatible avec le droit de l'O.M.C.²⁷⁶. C'est ce qu'ont choisi de faire les Communautés dans l'affaire *CE – Hormones*, en contestant la licéité des suspensions américaines et canadiennes dès lors que la Directive 2003/74/CE avait été notifiée à l'O.R.D. comme constituant la mesure de mise en conformité communautaire.

Bien qu'il intervenait donc dans la cadre d'une procédure de droit commun, l'Organe d'appel a saisi l'occasion pour énoncer d'importantes précisions sur la procédure au titre de l'article 21:5, en quelque sorte en tant qu'aiguilleur pour des litiges futurs puisqu'il considérait que le désaccord né de la question de la cessation d'une suspension de concessions conduisait logiquement à elle. Tout d'abord, il a rejeté l'idée d'une présomption de mise en conformité de bonne foi, approche qui est cohérente avec le principe d'interdiction de l'auto-appréciation par les Membres²⁷⁷. Ainsi, « [m]ême si les Communautés

276 Sur la nécessité et même l'urgence d'une prise en compte conventionnelle de la situation de cessation de suspension de concessions, v. en particulier S. BERMAN, « *EC-Hormones and the Case for an Express WTO Postretaliation Procedure* », *Colum. L. Rev.*, 2007, vol. 107, n° 1, p. 131-168, qui souligne les implications systémiques de l'absence de recours spécifique permettant de traiter la question, notamment celle d'augmenter la probabilité que soient édictées des mesures protectionnistes (spéc. p. 152-154).

277 L'argument communautaire d'une présomption de mise en conformité évoque la pratique de certains Etats consistant, au moment de la ratification d'un traité, à faire une déclaration interprétative indiquant que, la disposition conventionnelle concernée étant entendue tel que la déclaration le formule, leur législation interne est d'ores et déjà conforme à elle. On peut par exemple citer la déclaration interprétative relative au monopole de l'O.R.T.F. dont la France avait assorti sa ratification de la C.E.D.H. : « Le Gouvernement de la République déclare qu'il interprète les dispositions de l'article 10 comme étant compatibles avec le régime institué en France par la loi n° 72-553 du 3 juillet 1972, portant statut de la Radio-DiffusionTélévision Française ». Les deux démarches sont similaires en ce qu'elles consistent en une affirmation unilatérale péremptoire de conformité, et l'exigence incidente que cette affirmation soit tenue pour vrai sur la seule présomption de bonne foi de son auteur (et par conséquent la confiance de ses destinataires, qui sont aussi les potentielles victimes d'un manquement dont la déclaration assure pourtant qu'il ne saurait se produire). Dans son étude de la ratification par la France de la C.E.D.H., M. Pellet observait déjà la « forme [...] déroutante » de la déclaration française, dont la valeur juridique était au demeurant incertaine, tandis que le professeur Sudre impute la démarche à « un sentiment d'autosatisfaction hexagonale ("notre droit interne est suffisamment parfait") », autosatisfaction qui n'est cependant pas seulement hexagonale puisque c'est, dans un autre contexte, le même type d'approche qu'on observe dans la demande communautaire d'admettre une présomption de conformité ; dans un contexte encore différent, on la retrouve également dans l'argument américain dans l'affaire *Etats-Unis – Jeux* sur laquelle nous reviendrons longuement *infra*, Deuxième partie, Titre I, Chapitre II, § 1, B. 2. V. A. PELLET, « La ratification par la France de la Déclaration

européennes devaient être présumées avoir agi de bonne foi lorsqu'elles ont adopté la mesure de mise en œuvre, cela ne signifie pas que la mesure a assuré la mise en conformité sur le fond »²⁷⁸. La position de l'Organe d'appel est judicieuse, en ce qu'elle exprime une distinction essentielle : la bonne foi ne peut s'attacher qu'à l'*acteur*, mais pas à l'*acte* qu'il a pris. On peut la présumer tant chez le Membre qui édicte la mesure d'exécution que chez le Membre qui, insatisfait d'elle, suspend des concessions, mais on ne saurait en inférer que la mesure d'exécution, ou la suspension de concessions, dans sa substance, serait conforme au droit de l'O.M.C.²⁷⁹. Accepter une présomption de bonne foi s'agissant de la mesure reviendrait à admettre que les Membres procèdent à une détermination unilatérale de mise en conformité, manifestement *contra legem* puisque le Mémorandum le prohibe dans les termes les plus clairs. En outre, l'approche de l'Organe d'appel signifie que le principe de bonne foi ne joue pas de la même manière s'agissant de mesures initiales et de mesures d'exécution²⁸⁰. C'est ce qui sous-tend l'argument que l'Organe d'appel a opposé aux Communautés : reconnaître au Membre mettant en œuvre une présomption de mise en conformité, qui justifierait l'élimination de la suspension de concessions qu'il aurait jugée incompatible, signifierait que « l'autorisation de l'ORD de suspendre des concessions viendrait à expiration au moment de l'adoption d'une mesure de mise en œuvre et d'une simple déclaration unilatérale du Membre mettant en œuvre selon laquelle il a éliminé la mesure incompatible »²⁸¹. Or, l'autorisation de suspendre des concessions n'est donnée qu'à l'issue d'un long processus de contrôle juridictionnel et politique, qui garantit que la suspension demandée est conforme au droit de l'O.M.C. Accorder inversement du crédit à une détermination unilatérale du Membre mettant

européenne des droits de l'homme », *R.D.P.*, 1974 (sept.-oct.), p. 1319-1379, spéc. p. 1353-1356 ; F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 10^e éd., Paris, P.U.F., 2011, spéc. p. 69.

278 Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Maintien de la suspension*, *op. cit.*, par. 316 ; rapport de l'Organe d'appel, *Canada – Maintien de la suspension*, *op. cit.*, par. 316.

279 Dans le même temps, comme le fait valoir M. Maddalon, « [i]l semble [...] difficile de donner une consistance à un principe de bonne foi détaché de toute action », Ph. MADDALON, « Les rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'OMC (2008) », *op. cit.*, p. 464.

280 En ce sens, v. également Ph. MADDALON, *ibid.*, qui observe que « la bonne foi semble sinon disparaître tout au moins décliner lors de la phase de mise en conformité. L'effectivité inhérente à cette étape du mécanisme de règlement des différends suppose de ne pas s'en remettre essentiellement à la bonne foi du membre ».

281 Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Maintien de la suspension*, *op. cit.*, par. 317 ; rapport de l'Organe d'appel, *Canada – Maintien de la suspension*, *op. cit.*, par. 317.

en œuvre sans vérifier la substance de la mesure en cause déséquilibrerait les droits et obligations des Membres. La seule manière de ne pas créer un tel déséquilibre est d'objectiver la décision de ce qu'une cessation de suspension de concessions est fondée en droit. En d'autres termes, il faut déterminer objectivement si la mise en œuvre est réalisée, seule garantie pour l'efficacité du mécanisme²⁸². Une telle détermination – l'Organe d'appel a insisté sur ce point – doit nécessairement être effectuée « au niveau multilatéral dans le cadre du règlement des différends »²⁸³. La proposition est importante et l'explication fournie par l'Organe d'appel mérite d'être citée extensivement : « [d]ans les cas où, comme en l'espèce, une mesure de mise en œuvre est prise et que les Membres sont en désaccord sur le point de savoir si cette mesure réalise la mise en conformité sur le fond, les deux Membres ont le devoir d'engager une procédure de règlement des différends dans le cadre de l'O.M.C. en vue d'établir si les conditions énoncées à l'article 22:8 ont été remplies et si, en conséquence, il doit être mis fin à la suspension de concessions. Une fois que la mise en conformité sur le fond a été confirmée dans le cadre de procédures de règlement des différends à l'OMC, l'autorisation de suspendre des concessions devient caduque de plein droit (*ipso jure*), parce qu'il a été déterminé qu'une des conditions résolutives conformément à l'article 22:8 est remplie »²⁸⁴.

Par ailleurs, et c'est le point qui nous intéresse particulièrement, l'Organe d'appel a précisé que la procédure la plus appropriée pour faire constater la mise en conformité est la procédure accélérée au titre de l'article 21:5, bien que les Membres soient libres d'engager une nouvelle procédure initiale. Cette jurisprudence confirme le refus catégorique du système des appréciations unilatérales par les Membres, puisqu'elle ferme une brèche que le Mémorandum avait laissé subsister et fournit une solution naturelle à ce qui paraissait être une impasse procédurale. Ainsi, une suspension de concessions ne peut être maintenue indéfiniment, mais est au contraire absorbée dans le champ de compétence d'un groupe spécial au titre de l'article 21:5, qui décidera de l'existence de son fondement juridique. S'il constatait que la mesure présentée

282 L'Organe a souligné en ce sens qu'« [e]xiger la cessation de la suspension de concessions avant que la mise en conformité sur le fond soit réalisée affaiblirait considérablement l'efficacité du mécanisme de règlement des différends de l'OMC », *ibid.*, par. 308. M. Maddalon voit dans cette approche la confirmation de ce que « [l]a finalité du règlement du différend l'emporte sur la volonté du membre défendeur », Ph. MADDALON, « Les rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'OMC (2008) », *op. cit.*, p. 464.

283 V. *supra*. Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Maintien de la suspension*, *op. cit.*, par. 317 ; rapport de l'Organe d'appel, *Canada – Maintien de la suspension*, *op. cit.*, par. 317.

284 *Ibid.*, par. 310.

comme étant de mise en conformité réalise l'exécution intégrale des recommandations de l'O.R.D., alors la suspension de concessions ne répondrait plus aux conditions de licéité posées par le Mémoire. De réaction à l'illicite rendue licite par un manquement préalable, elle deviendrait elle-même une mesure doublement illicite : parce qu'unilatérale, elle serait en violation de l'article 23 du Mémoire ; et parce que dépourvue de fondement juridique, elle violerait une ou plusieurs disposition(s) de l'accord dans le cadre duquel les concessions sont suspendues. L'Organe d'appel est même allé jusqu'à conclure son rapport d'une manière inhabituelle, en recommandant à l'O.R.D. de demander aux parties d'engager sans retard une procédure de l'article 21:5 afin de régler la question de savoir si les Communautés avaient mis leur législation en conformité avec le droit de l'O.M.C., et de juger si la suspension de concessions restait juridiquement fondée²⁸⁵.

La procédure de l'article 21:5, par l'exclusivité dont elle bénéficie, se confirme alors comme un accessoire indispensable de la mise en œuvre en général, mais aussi plus spécifiquement de la surveillance multilatérale : on perçoit plus distinctement combien la procédure juridictionnelle lui sert de levier²⁸⁶. Lorsque la mise en œuvre avance suffisamment pour qu'un nouveau désaccord à son sujet puisse surgir, ce sont les conclusions du groupe spécial ou de l'Organe d'appel au titre de l'article 21:5 qui permettent à l'O.R.D. de remplir utilement sa mission, notamment en établissant si les conditions de licéité d'une suspension de concessions sont bien réunies²⁸⁷. En ce sens, la procédure au titre de l'article 21:5 est même le pilier de la gestion de l'exécution à l'O.M.C.²⁸⁸. L'article 23 contient en effet une obligation / interdiction permanente, et l'obligation de renvoyer tout désaccord au sujet des mesures d'exécution vers l'organe de jugement continue ainsi d'exister après l'autorisation donnée par l'O.R.D. de suspendre des concessions, et même après la mise en œuvre de cette suspension. L'O.R.D. peut certes suggérer à un Membre de

285 *Ibid.*, par. 737.

286 Egalement en ce sens M. E. FOOTER, « Some Theoretical and Legal Perspectives on WTO Compliance », *op cit.*, p. 88 ; J. E. KEARNS et S. CHARNOVITZ, « Adjudicating Compliance in the WTO : A Review of DSU Article 21.5 », *op. cit.*, p. 334-335 (qui mettent en avant l'assistance à la surveillance que fournissent à l'O.R.D. les groupes spéciaux au titre de l'article 21:5).

287 V. notamment J. E. KEARNS et S. CHARNOVITZ, « Adjudicating Compliance in the WTO : A Review of DSU Article 21.5 », *op. cit.*

288 Au soutien de cette approche, v. les professeurs Kearns et Charnovitz, qui voient dans la procédure de l'article 21:5 « *the linchpin of compliance management in the WTO* », in J. E. KEARNS et S. CHARNOVITZ, « Adjudicating Compliance in the WTO : A Review of DSU Article 21.5 », *op. cit.*, p. 331-352, spéc. p. 332.

mettre fin à une suspension jugée illicite par les Membres et tout particulièrement le défendeur initial, mais il ne peut l'y contraindre. En toute rigueur, le juge de l'O.M.C. ne le peut pas non plus, mais l'obtention d'un jugement en droit et obligatoire pour les parties a un effet autrement plus pressant sur les Membres. La fonction de la procédure au titre de l'article 21:5 se manifeste donc à deux niveaux, l'un négatif et l'autre positif. Dans une perspective négative, elle offre un recours dans les cas typiques où le plaignant initial est insatisfait de la mise en œuvre. Dans une perspective positive, elle permet de faire apprécier objectivement si la condition résolutoire d'une suspension de concessions est remplie, en d'autres termes si la mise conformité est réalisée et rend illicite le maintien de la suspension. Cette configuration, qui pose un verrou juridictionnel aux pratiques unilatérales, met en lumière tout l'intérêt de la juridictionnalisation de la phase d'exécution. Les organes de jugement eux-mêmes reconnaissent la valeur ajoutée du contrôle juridictionnel de la mise en conformité et de son exclusivité. Ainsi l'Organe d'appel dans l'affaire précitée a justifié la nécessaire chronologie des procédures par l'efficacité de l'ensemble du mécanisme de règlement des différends. Elle est largement alimentée par cette approche de l'exécution à l'O.M.C., entendue comme faisant partie d'un processus inclusif et global, allant du dépôt d'une plainte jusqu'à la disparition entière de la violation.

C *Spécificité de la fonction juridictionnelle du juge de l'exécution*

Si la fonction juridictionnelle dont sont investis les organes de jugement au titre de l'article 21:5 témoigne d'une inclusion inédite de la question de la substance de l'exécution dans la compétence du juge, son exercice est également porteur de spécificités. En effet, le contrôle au fond de l'exécution renverse en quelque sorte le pouvoir du juge, en ce sens qu'il l'amène à rendre un jugement négatif (1.). Par ailleurs, le contrôle qu'il opère à ce stade du contentieux témoigne de la puissance particulière des actes juridictionnels produits à l'O.M.C. en ce qu'il affermit la décision initiale et en renforce la cohérence (2.).

1 Dimension négative de la fonction juridictionnelle

Le pouvoir particulier du juge de l'exécution s'exprime d'une manière singulière en ce que le mandat des groupes spéciaux au titre de l'article 21:5 leur confie la tâche de décider si la mesure d'exécution qui leur est soumise est conforme au droit de l'O.M.C. Au premier abord, ce contrôle s'apparente à celui de la phase initiale puisque le juge, confronté à des mesures nouvelles, les examine au regard de leur compatibilité avec les règles de l'O.M.C. : classique contrôle de licéité. Mais la procédure de l'article 21:5 s'inscrit dans le contexte particulier de l'exécution des recommandations de l'O.R.D., et la spécificité de la fonction

du juge de l'exécution réside dans le fait que sa mission est limitée à la question de déterminer si ce que le défendeur initial a entrepris au titre de la mise en œuvre des recommandations est bien autorisé par le droit de l'O.M.C. En d'autres termes, son mandat l'enferme dans une mission négative : les groupes spéciaux ne se prononcent pas sur ce que les Membres *devraient* faire au titre de l'exécution, mais sont limités à vérifier si ce qui a été fait est bien autorisé par le droit. Le juge de l'exécution est ainsi investi d'un pouvoir en quelque sorte renversé, qui l'amène à rendre un jugement exprimé de façon négative.

Cette dimension négative de sa fonction juridictionnelle apparaît particulièrement dans la prudence des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel dans l'exercice de leur pouvoir de suggestion. Bien que le juge ait lui-même reconnu que ce pouvoir, explicitement conféré au groupe spécial initial par l'article 19:1 du Mémoire, appartient également aux groupes spéciaux établis au titre de l'article 21:5²⁸⁹ et qu'il est d'ailleurs nécessaire, dans l'esprit d'un règlement rapide des différends, qu'ils en fassent usage tout particulièrement dans le cadre d'une procédure de contrôle de l'exécution, la pratique révèle toutefois l'extrême prudence voire la réticence à l'exercer. Pourtant, les débuts du mécanisme de règlement des différends mettaient en évidence un certain entrain du juge, qui n'avait pas hésité dans l'affaire *CE – Bananes III* à adresser aux Communautés européennes une série de suggestions quant à la manière dont elles pouvaient mettre en conformité le régime communautaire illicite²⁹⁰. Le groupe spécial avait tout de même précisé qu'il ne s'agissait là que d'options dont disposaient les Communautés, et il avait conclu en observant que « le système de l'OMC est suffisamment souple pour permettre d'apporter, par le biais de mesures commerciales et non commerciales compatibles avec les règles de l'OMC, des solutions de politique générale appropriées dans les situations très diverses que connaissent les différents pays »²⁹¹. On voit déjà là la volonté de ne pas froisser le Membre mettant en œuvre en paraissant empiéter sur la liberté de choix dont il jouit. Cette tendance s'est confirmée par la suite, les organes de jugement devenant plus manifestement réticents à adresser des suggestions au défendeur, y compris lorsque le plaignant les invite pourtant à le faire. Cette approche est alignée sur la pratique d'autres juridictions internationales – dans l'*Affaire Haya de la Torre*, la Cour avait observé qu'il « ne rentre pas dans la fonction judiciaire de la Cour d'effectuer [l]e choix » du

289 V. le rapport du groupe spécial, *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes – Recours de l'Equateur à l'article 21:5*, WT/DS27/RW/EU, 12 avril 1999, par. 6.11.

290 *Ibid.*, par. 6.156-6.158.

291 *Ibid.*, par. 6.164.

moyen d'exécution²⁹² –, mais elle surprend d'abord au regard de l'habilitation expresse contenue dans le Mémorandum, et ensuite parce qu'il ne s'agit pas pour le juge de *choisir* le moyen d'exécution, mais seulement d'en *suggérer* un ou plusieurs.

De la même manière, dans l'affaire *Etats-Unis – Réduction à zéro* (CE), le groupe spécial a refusé de formuler des suggestions d'exécution alors que les Communautés le lui avaient explicitement demandé²⁹³. Elles ont réitéré leur demande devant l'Organe d'appel, lui demandant de suggérer aux Etats-Unis de cesser la réduction à zéro dans toute action menée après l'expiration du délai raisonnable. Dans la mesure où la réduction à zéro a été jugée incompatible avec le droit de l'O.M.C., l'Organe d'appel a approuvé le refus du groupe spécial de faire des suggestions au motif qu'elles n'apporteraient aucune indication qui faciliterait la mise en œuvre des recommandations²⁹⁴. Mais, on le répète, cette position de prudence se comprend au regard du principe selon lequel les Membres sont libres de décider des modalités de mise en œuvre, et elle n'est par ailleurs pas propre au contentieux de l'exécution mais s'observe également dans la procédure ordinaire. Cependant, elle contribue à renforcer l'inversion du pouvoir du juge qui, déjà obligé par le Mémorandum à ne faire qu'indiquer si ce que le Membre a entrepris est bien autorisé au regard du droit de l'O.M.C., s'autolimite par le refus répété de formuler des suggestions spécifiques.

292 C.I.J., *Affaire Haya de la Torre* (Colombie c. Pérou), arrêt du 13 juin 1951, *C.I.J. Recueil 1951*, p. 79. La décision de la Cour reposait sur l'argument selon lequel l'arrêt dont il était question « s'est borné à définir [...] les rapports de droit que la Convention de La Havane avait établis entre Parties. Il ne comporte aucune injonction aux Parties et n'entraîne pour celles-ci que l'obligation de s'y conformer. La forme interrogative qu'elles ont donnée à leurs conclusions montre qu'elles entendent que la Cour opère un choix entre les diverses voies par lesquelles l'asile peut prendre fin. Mais ces voies sont conditionnées par des éléments de fait et par des possibilités que, dans une très large mesure, les Parties sont seules en situation d'apprécier. Un choix entre elles ne pourrait être fondé sur des considérations juridiques, mais seulement sur des considérations de nature pratique ou d'opportunité politique » (p. 79). V. par ailleurs à ce sujet, et plus largement sur le domaine de compétence de la Cour, B. A. AJIBOLA, « Compliance with Judgments of the International Court of Justice », *op. cit.*, p. 11-18.

293 Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Lois, réglementations et méthode de calcul des marges de dumping* (Réduction à zéro) – Recours des CE à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, WT/DS294/RW, 17 décembre 2008, par. 9.3.

294 Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Lois, réglementations et méthode de calcul des marges de dumping* (Réduction à zéro) – Recours des CE à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, WT/DS294/AB/RW, 14 mai 2009, par. 468.

2 Cohérence substantielle dans l'application du droit

Puisque la fonction juridictionnelle élargie au contrôle de la teneur de l'exécution implique concrètement pour le juge d'examiner si la mesure satisfait à la recommandation qu'il avait adressée au défendeur à l'issue de la procédure initiale, la procédure de l'article 21:5 assure également la cohérence de l'application du droit entre les différentes phases contentieuses. Dans le cadre du contrôle de la mesure d'exécution, l'organe de jugement a en effet la possibilité, au moyen d'un regard rétrospectif sur la décision initiale, d'en expliquer la motivation et/ou de s'aligner sur les constatations de l'Organe d'appel²⁹⁵. En ce sens, la procédure de l'article 21:5 investit la décision initiale d'une force particulière puisque, par rétroaction, le contrôle au fond qu'effectue le juge de l'exécution assure la cohérence substantielle avec la décision du juge initial, et cela apparaît d'autant plus fort lorsqu'une procédure de l'article 21:5 fait intervenir l'Organe d'appel²⁹⁶. Le juge de l'exécution n'a pas à confirmer et encore moins à valider le jugement initial, mais, de fait, qu'il ait pour fonction d'examiner la compatibilité de la mesure de mise en œuvre revient à un renforcement de la décision initiale. La pertinence du choix de confier le contrôle de l'exécution au juge initial apparaît alors plus manifestement. D'un

295 On voit là apparaître l'idée développée par Dworkin, celle d'une « chaîne » de décisions juridictionnelles, construite par les juges successifs dans un souci de cohérence similaire à celui de l'écrivain lors de l'élaboration de son roman, idée que Dworkin colore en imaginant le processus de « construction » du *Conte de Noël* de Charles Dickens et les différentes possibilités qu'il offre, y compris d'interprétation par le lecteur selon le volume et le contenu de l'échantillon soumis à son appréciation : v. le passage consacré à « la chaîne du droit » dans le chapitre VII (« L'intégrité en droit ») in R. DWORKIN, *L'Empire du droit*, Paris, P.U.F., 1994, spéc. p. 250-261. S'agissant de la cohérence des décisions successives rendues par les formations de jugement à l'O.M.C. siégeant à des stades différents du contentieux, v. H. RUIZ FABRI, « Le contentieux de l'exécution dans le règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce », *op. cit.*, p. 622. Pour une analyse de la même question dans le cadre de la Cour internationale de Justice, v. E. LAGRANGE, « La cohérence de la chose jugée (L'affaire du *Génocide* devant la CIJ) », *A.F.D.I.*, 2007, p. 1-42.

296 V. sur ce point H. RUIZ FABRI, « Dispute Settlement in the WTO : On the Trail of a Court », *op. cit.*, spéc. p. 152-154 ; *id.*, « Chronique du règlement des différends (2000) », *J.D.I.*, 2001, n° 3, p. 907. Soulignant cette même cohérence, mais à l'examen de la seule phase initiale qui révèle « l'intérêt de développer une jurisprudence », v. Ph. MADDALON, « Les rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'OMC (2009) », *A.F.D.I.*, 2009, spéc. p. 676-677. Au regard des positions adoptées dans les affaires relatives à la réduction à zéro par les Etats-Unis, l'auteur observe qu'« [i]l semble difficile de dire plus nettement combien l'ordre juridique OMC recherche la sécurité juridique, et que celle-ci passe par l'unité d'interprétation du droit de l'organisation ».

point de vue pragmatique, d'abord, en ce que le déroulement de la procédure s'en trouve allégé puisque le dossier est connu de la formation de jugement. Ensuite et surtout, par le renvoi du contrôle de l'exécution vers les juges de la procédure initiale, le règlement des différends de l'O.M.C. investit les organes de jugement d'une fonction et d'un pouvoir inhabituels, celui de contrôler le respect de la décision qu'ils ont eux-mêmes rendue à l'issue de la procédure initiale ; celle-ci s'en trouve affermie et, bien que la procédure au titre de l'article 21:5 ne soit pas destinée à être un recours contre elle, déjà définitive, elle est implicitement confirmée par le contrôle inévitablement rétrospectif de l'exécution. Cette configuration, qui n'est comparable qu'au mécanisme de règlement des différends plus restreint de l'ALENA, déjà mentionné, reste inédite à l'échelle mondiale.

Section II Organisation de la procédure juridictionnelle

L'article 21:5 donne peu de précisions sur la fonction et le déroulement de la procédure, et c'est par la pratique que se sont révélées deux tendances. La première est ce que Mme Ruiz Fabri a appelé sa « banalisation »²⁹⁷ : la plupart des aspects procéduraux sont calqués sur l'instance devant les organes de jugement initiaux (§ 1). La seconde tendance est en quelque sorte l'exacte inversion de la première, mais aussi son complément logique : elle consiste en un aménagement de l'instance, au regard de la fonction spécifique que remplit la procédure au titre de l'article 21:5. Ces aménagements mettent plus nettement en lumière que le contrôle au fond de la mise en conformité, bien qu'il soit intrinsèquement lié à la phase initiale, est une procédure entièrement nouvelle et exige un traitement différent (§ 2).

§ 1 Banalisation de la procédure

La pratique a progressivement pallié l'absence de précisions conventionnelles et fait apparaître le choix de la solution la plus pragmatique mais aussi la plus évidente, l'emprunt à la procédure initiale (B.). Une telle symétrie des procédures n'est possible que parce que l'instance initiale et celle devant un groupe spécial au titre de l'article 21:5 visent à traiter le même type de question, celle de la compatibilité avec le droit de l'O.M.C. d'une mesure mise en cause

297 H. RUIZ FABRI, « Le contentieux de l'exécution dans le règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce », *op. cit.*, p. 624.

devant eux. Partant, les parties initiales semblent avoir un titre équivalent à déclencher la procédure, et le défendeur initial peut même y avoir un intérêt particulier (A.).

A Accès à la procédure : l'initiative légitime mais marginalisée du défendeur initial

De la fonction de la procédure de l'article 21:5, il découle logiquement qu'elle sera principalement utilisée par un plaignant initial qui souhaite contester la conformité des nouvelles mesures. Le recours par le plaignant initial ne soulève guère d'interrogations et n'exige donc pas d'être traité longuement. Ce qui mérite davantage d'attention est que cet usage de prédilection, d'après les textes, n'est pas exclusif, et deux hypothèses nuancent effectivement l'usage ordinaire de la procédure. Le défendeur initial peut en effet avoir un intérêt particulier à prendre l'initiative du recours au juge, soit pour faire constater la réalisation de la mise en conformité, par anticipation d'une possible demande d'autorisation de suspendre des concessions (1.), soit pour amener un plaignant initial à mettre fin à une suspension de concessions (2.)²⁹⁸.

1 Recours préventif

On peut d'abord imaginer que le défendeur initial souhaiterait lui-même recourir à l'article 21:5, ne serait-ce que pour obtenir une clarification par le juge et, dans le cas d'un contentieux particulièrement controversé, mettre un terme au procès d'intention que lui fait le plaignant initial. Il s'agirait alors d'un recours en quelque sorte préventif²⁹⁹, une confirmation juridictionnelle de l'exécution intégrale dans la forme d'un jugement déclaratoire d'une situation juridique individuelle. Dès l'affaire *CE – Bananes III* est apparu que cette hypothèse n'est pas un cas d'école. Après les recommandations et décisions adoptées par l'O.R.D. en 1997³⁰⁰, les Communautés européennes avaient adopté de nouvelles mesures (en 1998), que les plaignants initiaux ont immédiatement contestées. Les Communautés et l'Equateur avaient sollicité quasi simultanément l'établissement d'un groupe spécial au titre de l'article 21:5, la demande

298 On peut également s'interroger sur la possibilité du déclenchement de la procédure par un *tiers* au différend initial ; cette hypothèse fera l'objet de développements spécifiques dans le cadre de l'analyse du subjectivisme apparaissant au fil de la progression à travers le contentieux de l'exécution, v. *infra*, Titre II, Chapitre II, Section I, § 2, B., 1.

299 H. RUIZ FABRI, « Le contentieux de l'exécution dans le règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce », *op. cit.*, p. 622-623.

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

communautaire précédant cependant de trois jours celle de l'Equateur³⁰¹. Le groupe spécial de la mise en conformité s'est ainsi trouvé dans la situation inédite de devoir mener deux procédures simultanées portant sur le même objet exactement, mais tendant à des constatations opposées : établissement de la réalisation intégrale de la mise en conformité pour les Communautés, établissement de son illicéité pour l'Equateur. Le groupe spécial en a manifestement été gêné, d'autant plus que s'y ajoutait la situation, également inédite, du déclenchement de la procédure par le défendeur initial. La difficulté a été surmontée, ou plutôt contournée, par une acrobatie procédurale difficilement justifiable (et dont le juge ne s'est d'ailleurs pas justifié), consistant à traiter en priorité la demande de l'Equateur, bien qu'elle eût été soumise trois jours *après* celle des Communautés. Cette démarche présentait pour le groupe spécial un double avantage : d'abord, son examen au titre de la demande de l'Equateur l'ayant conduit à conclure à l'incompatibilité du nouveau régime communautaire, cela répondait de manière incidente, au fond, à la demande des Communautés ; ensuite, il pouvait ainsi se dispenser de trancher la question du déclenchement de la procédure par un défendeur initial.

Cette affaire a très tôt mis en évidence l'incertitude, et la gêne qui en résulte, au sujet du déclenchement de la procédure. Pourtant, rien n'interdit en principe que le défendeur initial en prenne l'initiative, ne serait-ce que parce que l'article 21:5 lui-même est parfaitement muet à ce sujet. En outre, on peut surtout faire valoir que, dans la perspective d'une résolution positive et rapide des différends, admettre le recours par les défendeurs initiaux paraît particulièrement opportun³⁰². Conscient de son importance, le groupe spécial dans l'affaire précitée a d'ailleurs abordé la question mais s'est gardé d'y apporter une réponse univoque et définitive. S'appuyant sur le texte de l'article 21:5, qui dispose seulement que « ce différend sera réglé suivant les présentes procédures de règlement des différends », il a observé dans un premier temps que le Mémoire ne précise pas explicitement si le défendeur initial peut recourir à l'article 21:5³⁰³. A supposer qu'un tel recours soit autorisé, il a toutefois considéré que le manque d'informations présentées par les Communautés l'empêchait de toute façon de remplir utilement sa mission au titre de l'article 21:5. La prudence du groupe spécial à trancher la question devenait plus manifeste encore dans ses remarques finales, bien qu'il y indiquât, toujours

301 L'établissement d'un groupe spécial de la mise en conformité en réponse aux deux demandes a cependant été décidé le même jour par l'O.R.D. (12 janvier 1999).

302 Egalement en ce sens, v. par exemple T.-Y. LIN, « Compliance Proceedings under Article 21.5 of DSU and Doha Proposed Reform », *op. cit.*, spéc. p. 922-924.

303 Rapport du groupe spécial, *CE – Bananes III* (21:5 CE), *op. cit.*, par. 4.14.

très prudemment, qu'il n'excluait pas la possibilité pour le défendeur initial d'engager une procédure de l'article 21:5, « *en particulier* lorsque l'engagement de cette procédure a clairement pour objectif l'examen de la compatibilité de mesures de mise en œuvre avec les règles de l'OMC »³⁰⁴. Cette précision peut sembler curieuse, car on ne voit pas bien quoi d'autre pourrait viser le recours à l'article 21:5, mais il reste que cette condition justifie en effet la pertinence de la possibilité d'un recours par le défendeur initial dans la deuxième hypothèse que nous abordons maintenant.

2 Articulation avec l'article 22:8 : mettre fin à une suspension de concessions

La deuxième hypothèse s'inscrit dans le contexte d'une suspension de concessions, plus particulièrement sa cessation, et il y apparaît plus manifestement que l'égalité des parties s'agissant de l'engagement d'une procédure de contrôle de la mise en conformité est un fait logique et, plus encore, une nécessité³⁰⁵. D'abord, le défendeur initial a bien sûr un intérêt économique à faire constater par le juge que la mise en conformité avec les recommandations de l'O.R.D. est réalisée. Ensuite et surtout, le plaignant initial qui suspend des concessions peut ne pas être disposé à recourir lui-même à l'article 21:5, s'il est insatisfait des mesures de mise en œuvre. L'utilité du recours par le défendeur initial réside donc pour lui dans la confirmation qu'il peut obtenir de la licéité de ses mesures d'exécution : dans le contexte de l'article 22:8 combiné à l'article 3:3, il en résulte que le maintien de la suspension de concessions contre lui serait constitutif d'une violation du droit de l'O.M.C., puisque la suspension n'aurait alors plus de fondement juridique.

Les affaires précitées *Etats-Unis – Maintien de la suspension* et *Canada – Maintien de la suspension* illustrent la difficulté. L'Organe d'appel y a indiqué sans équivoque non seulement sa préférence pour un règlement de la question de la compatibilité des mesures de mise en œuvre par la voie de l'article 21:5, mais aussi son indifférence s'agissant du Membre prenant l'initiative de la

304 *Ibid.*, par. 4.18 (italiques ajoutés).

305 Pour une présentation et un commentaire critique de la question de la cessation d'une suspension de concessions, v. déjà dès 2004 H. RUIZ FABRI et P. MONNIER, « Chronique du règlement des différends 2003 », *J.D.I.*, 2004, n° 3, p. 998-1001 ; puis, au sujet des tensions procédurales auxquelles a donné lieu l'affaire *CE – Hormones*, et de « l'effet boomerang » d'une autorisation de suspendre des concessions, H. RUIZ FABRI et P. MONNIER, « Chronique du règlement des différends 2008-2009 », *J.D.I.*, 2009, n° 3, p. 925-929 (citation p. 927). Sur la question de savoir lequel du plaignant ou du défendeur initial peut déclencher le recours, v. également Ph. MADDALON, « Les rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'OMC (2008) », *op. cit.*, p. 464.

procédure. Il a rappelé la neutralité des termes de l'article 21:5 à ce sujet, et en a inféré qu'« il est loisible à l'une ou l'autre partie de porter la question devant un Groupe spécial établi au titre de l'article 21:5 pour résoudre ce désaccord. Par conséquent, le texte de l'article 21:5 laisse à l'une ou l'autre partie au différend initial la possibilité d'engager la procédure »³⁰⁶. Dans ses remarques finales, l'Organe d'appel est même allé jusqu'à encourager vivement aussi bien aux Etats-Unis que les Communautés à recourir à une procédure de l'article 21:5, confirmant bien l'indifférence de l'auteur de l'initiative³⁰⁷. Cette approche est la seule qui soit cohérente avec l'esprit dans lequel est conçue la procédure de l'article 21:5 : véritable deuxième phase contentieuse et procédure distincte de celle initiale, les parties ont certes des raisons différentes d'y recourir, mais en toute hypothèse un titre équivalent.

La conséquence d'un tel recours est l'irrésistibilité de la procédure, conformément au principe de la juridiction obligatoire organisée selon un mode de saisine unilatérale. Tous les moyens de blocage sont ainsi évacués, et même le défaut de participation de l'une des parties n'en empêche pas le déroulement. L'affaire *CE – Bananes III* a ici encore fourni un exemple extrême, lorsque les plaignants initiaux, mécontents du recours par les Communautés à l'article 21:5, avaient tout bonnement refusé de participer à la procédure³⁰⁸. Hormis l'Equateur qui avait lui-même recouru à l'article 21:5, les Etats-Unis, le Guatemala, le Honduras et le Mexique n'avaient pas l'intention de porter la question de la mise en conformité devant un groupe spécial, et ils n'avaient pas même souhaité se joindre à la procédure engagée par l'Equateur. Ils étaient d'avis que le Mémorandum ne permet pas à un Membre d'« obliger d'autres pays à se porter parties plaignantes contre ses mesures à un moment que lui-même détermine », et n'iaient par ailleurs que la demande des Communautés constituerait un véritable recours à l'article 21:5³⁰⁹. En toute hypothèse ils avaient clairement exprimé leur refus de participer à la procédure déclenchée par les Communautés. Après un échange de lettres embarrassé entre le groupe spécial et les Communautés d'une part, et le groupe spécial et les

306 Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Maintien de la suspension*, op. cit., par. 347 ; rapport de l'Organe d'appel, *Canada – Maintien de la suspension*, op. cit., par. 347.

307 *Ibid.*, par. 737.

308 Toutefois, le groupe spécial avait implicitement, et peut-être inconsciemment, ouvert la porte à un tel refus en adressant une prudente communication aux plaignants initiaux, leur demandant s'ils *accepteraient* de participer à la procédure déclenchée par les Communautés, ce qui pouvait sembler non seulement leur en offrir la faculté, mais même valider l'hypothèse d'un refus.

309 V. la lettre du 19 janvier 1999 adressée au groupe spécial par les Etats-Unis, le Guatemala et le Honduras, citée in rapport du groupe spécial, *CE – Bananes III (21:5 CE)*, op. cit., par. 2.6.

divers plaignants initiaux d'autre part, le groupe spécial avait observé qu'« il n'y a dans le Mémoire d'accord aucune disposition autorisant un groupe spécial à obliger un Membre à participer en qualité de partie à une procédure de groupe spécial »³¹⁰. En conséquence, a-t-il affirmé, « nous n'avons pas le pouvoir d'obliger les plaignants initiaux à participer à la présente procédure au titre de l'article 21:5. Nous notons que les plaignants initiaux n'ont pas voulu participer à la présente procédure et nous constatons donc qu'ils ne sont pas parties à la présente procédure »³¹¹. Si on peut adhérer sans difficulté à la deuxième phrase citée, la première et la dernière sont plus contestables, et l'ensemble est par ailleurs dénué de relation causale. En effet, il y a une différence entre le constat de l'impuissance matérielle de l'organe de jugement à contraindre un Etat à participer à une procédure contentieuse, et la reconnaissance d'un choix discrétionnaire pour cet Etat d'y participer ou non. De fait, les plaignants initiaux avaient résisté au mode de saisine unilatérale que l'article 21:5 consacre pourtant explicitement, mais l'observation du groupe spécial revenait à valider implicitement leur attitude. Or, rien dans la configuration du mécanisme ne permettait au groupe spécial, à partir de la seule attitude des plaignants initiaux, de conclure à ce qu'ils n'étaient pas parties à la procédure. Le système tire sa force en large partie de l'irrésistibilité de son fonctionnement, affirmée à plusieurs reprises dans le Mémoire : le mode de saisine unilatérale vise à empêcher le blocage d'une procédure par un Membre récalcitrant, et donc précisément le type de comportement que le groupe spécial a toléré dans la présente affaire³¹². Car s'il existe un droit de déclencher une procédure, la logique du couple implique qu'il existe une obligation correspondante de s'y soumettre. La juridiction obligatoire assortie de la saisine unilatérale signifie alors qu'un Membre peut certes revendiquer son refus de participer à une procédure dont il ne veut pas – puisqu'il n'existe aucun moyen matériel de le contraindre à la participation –, mais que cela ne saurait en aucun cas faire obstacle à son déroulement.

C'est ce constat qu'a fait aussi l'Organe d'appel dans les affaires *Etats-Unis – Maintien de la suspension* et *Canada – Maintien de la suspension*. S'il reconnaissait certes la possibilité théorique pour le plaignant initial de refuser de

³¹⁰ *Ibid.*, par. 4.12.

³¹¹ *Ibid.*

³¹² Pour un commentaire critique de l'attitude des plaignants initiaux et de l'approche adoptée par le groupe spécial, v. H. RUIZ FABRI et P. MONNIER, « Chronique du règlement des différends 2003 », *op. cit.*, p. 1000-1001 ; et H. RUIZ FABRI, « Communautés européennes – Bananes (mise en œuvre) », in B. STERN et H. RUIZ FABRI (dir.), *La jurisprudence de l'OMC / The Case-Law of the WTO*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2003, p. 234-237.

participer à la procédure, il considérerait que son déroulement n'en serait pas pour autant altéré, à la différence près que le plaignant initial, ici en principe défendeur, perdrait alors l'occasion de défendre sa position³¹³. Le refus de participation n'est en outre pas une particularité des procédures de l'article 21:5 déclenchées par le défendeur initial. Il peut au contraire se produire à n'importe quel stade du contentieux, le juge n'ayant dans aucune procédure ni le pouvoir ni le moyen matériel de contraindre un Membre à participer à une procédure actionnée unilatéralement. On peut cependant se demander comment joueraient les règles de preuve en cas de défaut de participation du défendeur. En principe, il devrait conduire au gain automatique du demandeur de la procédure, puisque le commencement de preuve qu'il apporterait ne serait pas réfuté utilement. L'admettre en en tirant les pleines conséquences paraît cependant intenable dans la pratique, comme l'illustre d'ailleurs l'affaire *CE – Bananes III*.

Il reste que l'éclairage apporté par l'Organe d'appel dans cette affaire signifie que, tout comme la procédure initiale, celle de l'article 21:5 peut être déclenchée unilatéralement et se déroulera quel que soit le comportement de la partie défenderesse. L'irrésistibilité du mécanisme, résultant du principe de la juridiction obligatoire et du mode de saisine, irrigue donc le système jusque dans la troisième phase du contentieux, et le rôle moteur qui y est attribué aux organes de jugements est particulièrement perceptible. On y voit en tout cas que la procédure de l'article 21:5 n'est pas conçue comme une seule suite de la procédure initiale, dans quel cas le plaignant initial serait aussi nécessairement le déclencheur de la procédure de contrôle de la mise en conformité, qu'elle bénéficie au contraire d'une certaine autonomie, parfaitement cohérente avec la logique du système qui vise un règlement véritablement définitif du différend.

B *Emprunts procéduraux*

La seule indication que contient l'article 21:5 quant au déroulement de la procédure consiste en une recommandation de faire appel, dans la mesure du possible, au groupe spécial initial³¹⁴. L'intérêt d'une telle symétrie organique, on l'a dit, réside dans la connaissance qu'a le groupe spécial initial de l'affaire, et il est vraisemblable que le choix de confier le désaccord au sujet de la mise

313 Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Maintien de la suspension*, op. cit., par. 358; rapport de l'Organe d'appel, *Canada – Maintien de la suspension*, op. cit., par. 358.

314 La seule affaire à ce jour où le groupe spécial au titre de l'article 21:5 fut nouvellement composé aux deux tiers est l'affaire *Etats-Unis – Coton upland*. Nous y reviendrons, en précisant alors les raisons et modalités de ce renouvellement.

en œuvre à l'organe de jugement de la procédure initiale est animé essentiellement par une considération d'efficacité, au regard des délais extrêmement brefs dans lesquels est enfermée la procédure. Dans le même temps, d'un point de vue plus systémique, ce choix confirme la cohérence de la fonction juridictionnelle, au sens où le même organe de jugement ayant rendu la décision initiale reste en charge de contrôler, au fond, son exécution. Il est alors peu surprenant que les groupes spéciaux de la mise en conformité se soient arrogé les mêmes prérogatives que celles conférées par le Mémoire aux groupes spéciaux initiaux. L'instance au titre de l'article 21:5 comporte donc très peu de reliefs, tous les aspects procéduraux tolérant aisément une transposition ayant été alignés sur la procédure de droit commun.

1 Attribution de la charge de la preuve

Le principe est celui d'un alignement sur le droit commun établi par la jurisprudence (a.). Le cas particulier d'une cessation de suspension de concessions exige toutefois que les principes soient aménagés afin que la charge de la preuve soit utilement attribuée (b.).

a *Transposition du droit commun à la procédure de l'article 21:5*

Les principes applicables en matière de charge de la preuve ont été établis par l'Organe d'appel dans les premières années de fonctionnement du règlement des différends, dans l'affaire *Etats-Unis – Chemises et blouses de laine*³¹⁵ : « une partie alléguant qu'il y a eu violation d'une disposition de l'Accord sur l'O.M.C. par un autre Membre doit soutenir et prouver son allégation »³¹⁶. Cette ligne

315 L'Organe d'appel a construit les principes en matière de charge de la preuve au moyen d'une analogie à partir de la pratique devant d'autres juridictions internationales et dans la plupart des systèmes juridiques internes : « divers tribunaux internationaux, y compris la Cour internationale de Justice, [ont] systématiquement accepté et appliqué la règle selon laquelle il appartient à la partie qui affirme un fait, que ce soit le demandeur ou le défendeur, d'en apporter la preuve. Par ailleurs, un critère de la preuve généralement admis en régime "code civil", en régime "common law" et, en fait, dans la plupart des systèmes juridiques, est que la charge de la preuve incombe à la partie, qu'elle soit demanderesse ou défenderesse, qui établit, par voie d'affirmation, une allégation ou un moyen de défense particulier. Si ladite partie fournit des éléments de preuve suffisants pour établir une présomption que ce qui est allégué est vrai, alors la charge de la preuve se déplace et incombe à l'autre partie, qui n'aura pas gain de cause si elle ne fournit pas des preuves suffisantes pour réfuter la présomption ». V. le rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Mesures affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses en laine tissés en provenance d'Inde*, WT/DS33/AB, 25 avril 1997, p. 14.

316 Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Chemises et blouses de laine*, *op. cit.*, p. 17.

directrice a systématiquement été appliquée par la suite et est citée ou reformulée dans de nombreux rapports, notamment dans l'affaire *CE – Hormones* où l'Organe d'appel l'avait rappelée dans ces termes : « [l]a charge de la preuve incombe initialement à la partie plaignante, qui doit fournir un commencement de preuve d'incompatibilité »³¹⁷.

Bien que le groupe spécial de la mise en conformité n'ait pas explicitement énoncé ces principes, ce sont bien eux qu'on voit appliqués dans son raisonnement dans le différend *Australie – Saumon*³¹⁸. La symétrie délibérée entre la procédure initiale et la procédure de contrôle de l'exécution apparaît ensuite expressément dans l'affaire *Canada – Aéronefs*, où le groupe spécial s'est appuyé, en y renvoyant, sur le principe posé dans l'affaire *CE – Hormones*, considérant que « cette affirmation devrait être applicable dans le cadre d'une procédure au titre de l'article 21:5 »³¹⁹. Cet alignement est justifié négativement par le fait que les mesures en cause dans une procédure de contrôle de la mise en conformité n'ont aucune spécificité par rapport aux mesures en cause dans une procédure initiale ; ainsi, « le fait que la mesure en cause a été “prise pour se conformer” aux “recommandations et décisions” de l'ORD ne modifie pas l'attribution de la charge de la preuve »³²⁰.

b *Aménagements en cas de cessation d'une suspension de concessions*

Le cas d'une procédure engagée au titre de la cessation d'une suspension de concessions appelle cependant un traitement particulier et plus minutieux

317 Rapport de l'Organe d'appel, *CE – Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (Hormones)*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, 16 janvier 1998, par. 98.

318 V. par exemple son raisonnement au sujet de l'inexistence alléguée par le Canada des mesures prises pour se conformer, que l'Australie cherchait à réfuter, in rapport du groupe spécial, *Australie – Mesures visant les importations de saumons – Recours du Canada à l'article 21:5*, WT/DS18/RW, 18 février 2000, par. 7.23-7.36. V. également le par. 7.162, où le groupe spécial constatait que le Canada n'avait pas « étayé » son allégation formulée au titre de l'article 13 de l'Accord SPS, ce qui était une autre manière de dire qu'il n'avait pas apporté le commencement de preuve requis.

319 Rapport du groupe spécial, *Canada – Mesures visant l'exportation d'aéronefs civils – Recours du Brésil à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS70/RW, 9 mai 2000, par. 5.14.

320 Rapport de l'Organe d'appel, *Brésil – Programme de financement des exportations pour les aéronefs – Recours du Canada à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS46/AB/RW, 21 juillet 2000, par. 66. V. aussi le rapport du groupe spécial, *Canada – Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers – Recours des Etats-Unis et de la Nouvelle-Zélande à l'article 21:5 du Mémoire d'accord*, WT/DS103/RW, WT/DS113/RW, 11 juillet 2001, par. 6.4.

de la question de l'attribution de la charge de la preuve. A ce jour, les seuls différends qui l'ont soulevée sont ceux, déjà mentionnés, nés de l'affaire *CE – Hormones*, bien que ce fût dans le cadre d'une nouvelle procédure et non d'un recours à l'article 21:5. Pour rappel, les Communautés avaient, après la condamnation de leur mesure, effectué une nouvelle évaluation des risques destinée à justifier la fermeture du marché, et qui rendait selon elles illicites les suspensions américaines et canadiennes. Cependant, aucune des parties concernées ne prenait l'initiative d'une procédure au titre de l'article 21:5, les Etats-Unis et le Canada parce qu'ils n'avaient rien à y gagner, et les Communautés parce que leur expérience dans l'affaire *CE – Bananes III* laissait croire qu'elles avaient tout à y perdre. Plus concrètement, la réticence de chacune des parties était en large partie imputable à leur croyance que la charge de la preuve, puisqu'elle incombe classiquement à la partie plaignante, pèserait sur elle. Les Communautés avaient alors déclenché une procédure initiale ordinaire, au cours de laquelle elles faisaient valoir devant le groupe spécial qu'elles devaient bénéficier d'une présomption de mise en conformité, ce qui aurait alors renvoyé la charge de la preuve vers le Canada et les Etats-Unis. A l'inverse, ceux-ci considéraient que la mise en conformité ne bénéficiait d'aucune présomption et qu'elle devait au contraire être établie *prima facie* par les Communautés, de telle sorte que la charge de la preuve ne devait se déplacer vers eux qu'après un commencement de preuve apporté par les Communautés.

La complexité de la question de la charge de preuve dans une telle affaire naît de ce que le désaccord porté devant le juge peut poser deux types différents de questions, mais tous deux relatifs à la mise en conformité : celles qui concernent directement la cessation de la suspension de concessions et qui sont soulevées dans le contexte de l'article 22:8, et ce que l'Organe d'appel a appelé « toutes les autres questions »³²¹. Ces « autres questions » s'entendent de toutes les allégations selon lesquelles les mesures de mise en œuvre créeraient de nouvelles incompatibilités avec le droit de l'O.M.C., mais dont la possible confirmation n'aurait pas d'implication pour la condition résolutoire de l'article 22:8. Bien qu'il s'agît ici d'une procédure initiale, l'Organe d'appel a traité ces deux questions comme si elles s'étaient présentées dans le cadre d'une procédure de l'article 21:5, apportant ainsi de précieux éclairages prospectifs pour les groupes spéciaux de la mise en conformité dans de futures procédures.

La situation de « toutes les autres questions » est la plus simple à traiter, puisque ces questions ne sont pas différentes de n'importe quelle allégation

321 Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Maintien de la suspension*, op. cit., par. 364 ; rapport de l'Organe d'appel, *Canada – Maintien de la suspension*, op. cit., par. 364.

d'incompatibilité avec une disposition d'un accord visé qui serait formulée par un plaignant dans le cadre d'une procédure initiale. Logiquement, ce sont donc les règles classiques dégagées par la jurisprudence *Etats-Unis – Chemises et blouses de laine* qui s'appliquent : pour ces allégations, la charge de la preuve revient *prima facie* au plaignant initial³²².

Les questions relatives à l'article 22:8 sont plus complexes, car il s'agit ici non pas d'une allégation typique de l'article 21:5, c'est-à-dire d'une insatisfaction du plaignant initial avec la mesure de mise en œuvre, mais de la situation inverse où le défendeur initial prétend que la suspension de concessions qu'il subit est infondée parce qu'il aurait intégralement satisfait à son obligation de mise en conformité. L'Organe d'appel a estimé que l'attribution de la charge de la preuve, dans le contexte particulier d'allégations soulevées au titre de l'article 22:8, dépendait de trois facteurs : la nature du motif d'action ; la question de savoir quelle partie est en mesure de prouver une question donnée ; et les prescriptions en matière d'équité de la procédure³²³. Sur la base de quoi, l'Organe d'appel a considéré qu'il était normal, compte tenu de ce qu'une suspension de concessions est une mesure corrective réagissant à une violation, que le défendeur initial établisse que sa mesure initiale incompatible a désormais été corrigée et qu'elle est en conformité avec ses engagements. En d'autres termes, la charge de démontrer la conformité de la mise en œuvre pèse sur lui. Concrètement, l'Organe d'appel a estimé que cette charge impose au défendeur initial de donner une description claire de sa mesure de mise en œuvre, accompagnée d'une explication de la manière dont elle corrige les incompatibilités constatées initialement. L'objectif de la démonstration est de « placer le Groupe spécial établi au titre de l'article 21:5 en position de procéder à une évaluation objective de la question et, en l'absence de réfutation, de se prononcer en faveur du défendeur initial »³²⁴. Cela signifie que, pour l'essentiel, le défendeur initial doit identifier les mesures qu'il a prises au titre de l'exécution, indiquer les incompatibilités qu'on lui reprochait initialement, et soutenir qu'elles ont été corrigées par ses nouvelles mesures. Il revient alors au groupe spécial d'examiner si, en effet, elles apportent bien les corrections exigées au titre de la mise en conformité.

Riche de l'enseignement de la procédure au titre de l'article 21:5 engagée par les Communautés dans l'affaire *CE – Bananes III*, l'Organe d'appel a pris la précaution de tenir compte à ce stade de l'éventualité que le plaignant initial refuse de participer à la procédure. Il a ainsi déduit de son

³²² *Ibid.*

³²³ *Ibid.*, par. 361.

³²⁴ *Ibid.*, par. 362.

raisonnement précédent que lorsque le défendeur initial engage une procédure de l'article 21:5 pour déterminer que la suspension de concessions n'a plus de fondement juridique, il doit présenter au groupe spécial de la mise en conformité « des éléments de preuve suffisants pour permettre à ce dernier, dans l'exercice de son devoir, de procéder à une évaluation objective de la question. La quantité des éléments de preuve nécessaires à cette fin constitue la charge de la preuve [...] qui incombe au défendeur initial »³²⁵. Si le plaignant initial refuse de participer à la procédure, il se prive alors de la possibilité d'exposer devant le groupe spécial pourquoi, selon lui, ces mesures ne corrigent pas les incompatibilités initiales.

On infère en tout cas de ces indications que dans une affaire de cessation de suspension, quelle que soit l'attitude du plaignant initial, la charge de la preuve ne dépend pas, comme le craignaient ici les parties, du Membre qui déclenche une procédure de l'article 21:5. S'agissant d'allégations formulées dans le contexte de l'article 22:8, il appartient au contraire toujours au défendeur initial d'identifier clairement sa mesure de mise en œuvre et d'étayer qu'elle corrige les incompatibilités initiales.

2 Consultation d'experts

Le groupe spécial de la mise en conformité peut solliciter des experts dans les mêmes conditions que dans la procédure générale. En vertu de l'article 13 du Mémorandum, un groupe spécial peut en effet demander des renseignements et avis techniques à toute personne ou tout organisme qu'il juge approprié, consulter des experts et demander un rapport consultatif sur une question technique ou scientifique. Le groupe spécial au titre de l'article 21:5 a été confronté pour la première fois à une telle situation dans l'affaire *Australie – Saumon*. Dans cette affaire était en cause la compatibilité d'une mesure australienne avec l'Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires (Accord SPS), dont l'article 11:2 prévoit explicitement que le groupe spécial *devrait* avoir recours à des experts dans des affaires soulevant des questions scientifiques et techniques. Constatant qu'il n'était pas en mesure de répondre seul aux questions soulevées, le groupe spécial a fait usage de la faculté donnée aux groupes spéciaux ordinaires par l'article 13 du Mémorandum, et conformément à l'article 11 de l'Accord SPS³²⁶. Du pouvoir discrétionnaire reconnu aux groupes spéciaux, celui de la mise en conformité tire ainsi le pouvoir de consulter des experts.

³²⁵ *Ibid.*, par. 363.

³²⁶ Rapport du groupe spécial, *Australie – Saumon* (21:5), *op. cit.*, par. 6.1-6.3.

Le groupe spécial au titre de l'article 21:5 a procédé de la même manière dans l'affaire *Japon – Pommes*, malgré une réticence initiale des Etats-Unis qui étaient d'avis que les travaux scientifiques relatifs au feu bactérien n'avaient pas évolué au point de modifier les preuves scientifiques en cause, depuis que ces mêmes preuves avaient été examinées par le groupe spécial au cours de la procédure initiale³²⁷. Les Etats-Unis ne contestaient cependant pas le pouvoir discrétionnaire du groupe spécial au titre de l'article 21:5 de recourir à des experts, et se contentaient de souligner que s'il décidait d'user de cette prérogative, il devait alors se limiter à une évaluation des nouvelles études et non pas procéder à une réévaluation des preuves scientifiques examinées au cours de la procédure initiale³²⁸. Au regard des questions que soulevaient les nouvelles mesures, le groupe spécial de la mise en conformité a jugé nécessaire de solliciter l'avis des experts qui étaient intervenus dans la phase initiale, avec l'accord des parties au différend et conformément à l'article 11:2 de l'Accord SPS³²⁹. Les procédures de travail régissant les consultations avec les experts sont par ailleurs les mêmes que dans le cadre de la phase initiale.

3 Traitement des renseignements commerciaux confidentiels

Tout comme dans la procédure générale, les groupes spéciaux de la mise en conformité ont été confrontés à la question du traitement des renseignements commerciaux confidentiels. La difficulté provient de ce que les groupes spéciaux sont soumis par l'article 11 du Mémoire d'Entente à l'obligation d'effectuer une évaluation objective des faits de la cause, ce qui suppose qu'ils évaluent précisément la pertinence des informations factuelles présentées par les parties. Or, celles-ci peuvent être hésitantes à communiquer certaines informations qu'elles estiment confidentielles, ce qui placerait le groupe spécial dans l'impossibilité de remplir sa mission comme l'y oblige le Mémoire d'Entente. Dans ces conditions, des garanties doivent être données aux parties qui souhaiteraient protéger les informations commerciales qu'il est utile de communiquer au groupe spécial. La confidentialité de la procédure est certes garantie par l'article 18:2 du Mémoire d'Entente et le Point 3 des Procédures de travail des groupes spéciaux³³⁰, mais cette garantie peut être insuffisante dans des affaires mettant en cause des renseignements commerciaux hautement confidentiels. Dans

327 Rapport du groupe spécial, *Japon – Mesures visant l'importation de pommes – Recours des Etats-Unis à l'article 21:5 du Mémoire d'Entente sur le règlement des différends*, WT/DS245/RW, 23 juin 2005, par. 4.10.

328 *Ibid.*, par. 4.12.

329 *Ibid.*, par. 6.1.

330 Appendice 3 du Mémoire d'Entente.

l'affaire *Brésil – Aéronefs* par exemple, les parties avaient eu accès au rapport intérimaire préparé par le groupe spécial avant qu'il n'eût été officiellement mis en circulation. Après en avoir pris connaissance, la compagnie aérienne Northwest Airlines avait annoncé la passation d'un contrat avec le producteur canadien Bombardier plutôt qu'avec le producteur brésilien Embraer, contrairement à ce qu'elle avait annoncé précédemment, à savoir qu'elle attendrait la circulation officielle du rapport pour prendre sa décision. De la même manière, dans l'affaire *Canada – Aéronefs*, les Communautés européennes avaient eu connaissance de la deuxième communication confidentielle du Brésil, sans que cette partie la leur eût fournie. Conformément à l'article 12:1 du Mémorandum, un groupe spécial initial peut donc adopter des procédures additionnelles régissant les renseignements commerciaux confidentiels ; et puisque le même type de renseignements peut être en cause dans la procédure de contrôle de la mise en œuvre, les groupes spéciaux de l'article 21:5 ont considéré qu'ils peuvent également recourir à de telles procédures ; en particulier, ils peuvent choisir de réemployer les procédures utilisées au cours de l'instance initiale. Concrètement, un groupe spécial au titre de l'article 21:5 évalue donc, à la demande des parties, les renseignements présentés dans l'affaire dont il est saisi ; il peut alors décider, s'il le juge opportun, d'adopter des procédures additionnelles régissant les renseignements commerciaux confidentiels. Dans l'affaire *Australie – Cuir pour automobiles II* par exemple, le groupe spécial au titre de l'article 21:5 a jugé nécessaire de recourir à de telles procédures, qu'il a établies en consultation avec les parties, et qui ont très largement été alignées sur les procédures adoptées pour les mêmes raisons dans la procédure initiale³³¹.

La situation peut cependant se compliquer lorsque la partie qui revendique une protection particulière des renseignements commerciaux refuse de fournir au groupe spécial suffisamment d'informations à leur sujet pour que celui-ci puisse utilement évaluer la nécessité d'établir des procédures additionnelles. C'était le cas dans l'affaire *Canada – Produits laitiers*, et la question pour le groupe spécial était de savoir si, dans l'hypothèse où il n'adoptait pas de procédures additionnelles pour le traitement des renseignements commerciaux confidentiels et si le Canada refusait par conséquent de lui soumettre certaines informations, sa mission au titre de l'article 11 s'en trouverait compromise. Mais comme le Canada refusait même de fournir les précisions

331 Rapport du groupe spécial, *Australie – Subventions accordées aux producteurs et exportateurs de cuir pour automobiles – Recours des Etats-Unis à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS126/RW, 21 janvier 2000, par. 3.2-3.3.

nécessaires au groupe spécial sur la nature des renseignements dont il réclamait la protection, le groupe spécial a estimé que les procédures existantes étaient suffisantes pour garantir la confidentialité de la procédure³³².

Cette affaire précise en tout cas que le groupe spécial saisi dans le cadre d'une procédure au titre de l'article 21:5 peut également *refuser* d'adopter de telles procédures lorsqu'il estime, comme dans l'affaire précitée, ne pas disposer de suffisamment d'informations pour en juger utilement, ou que les informations fournies n'établissent pas la nécessité d'une protection particulière. C'est ce qui s'est produit dans l'affaire *Australie – Saumon* : au terme d'une évaluation des renseignements australiens en cause, le groupe spécial a considéré qu'aucun intérêt commercial n'était ici directement en jeu et qu'il s'agissait exclusivement d'une question de relations entre gouvernements. Les règles contenues dans le Mémoire et ses Procédures de travail présentaient donc selon lui une garantie suffisante pour assurer la confidentialité des renseignements³³³.

4 Appel d'un rapport de groupe spécial de l'article 21:5

Une autre question qu'ont soulevée l'imprécision et la brièveté de l'article 21:5 est de savoir si un rapport de groupe spécial établi au titre de l'article 21:5 est susceptible d'appel. La question est à double tranchant puisque, d'un côté, l'objectif visé par le mécanisme est celui d'un règlement rapide des différends, et qu'autoriser une procédure d'appel au stade du contrôle de la mise en conformité est une acceptation implicite de l'allongement du contentieux. D'un autre côté, il s'agit aussi de ne pas faire céder devant l'impératif d'un règlement rapide les exigences du procès équitable. La question de l'opportunité d'un appel d'un rapport de groupe spécial au titre de l'article 21:5 n'a jamais été soulevée par les parties au cours d'une procédure, même s'il semblait admis que la voie de l'appel devait être ouverte de la même manière et dans les mêmes conditions que dans la procédure initiale. La réponse est venue par la pratique, de manière presque incidente mais sans équivoque : dans le contentieux croisé relatif aux aéronefs opposant le Canada et le Brésil, les parties ont sollicité l'Organe d'appel après que les groupes spéciaux de la mise en conformité avaient rendu leurs rapports. Afin d'éviter que les groupes spéciaux puissent remettre en cause indirectement ses rapports initiaux à ce stade du différend,

332 Rapport du groupe spécial, *Canada – Produits laitiers* (21:5), *op. cit.*, par. 2.15-2.21.

333 Rapport du groupe spécial, *Australie – Saumon* (21:5), *op. cit.*, par. 7.7.

l'Organe d'appel a accepté d'être saisi et a rendu ses rapports concernant les deux affaires le même jour³³⁴.

En effet, le silence de l'article 21:5 ne l'interdit pas et, si l'appel ne contribue pas directement au règlement rapide du différend, il y contribue cependant indirectement puisqu'il favorise le règlement *définitif*³³⁵. Dans le même temps, le classement définitif d'une affaire peut également être compliqué par cette pratique, comme l'a mis en évidence le rapport rendu par l'Organe d'appel au sujet des mesures de mise en œuvre dans l'affaire *Canada – Produits laitiers*. Estimant qu'il ne disposait pas de toutes les informations nécessaires pour trancher définitivement le désaccord entre les parties au sujet de la compatibilité de la mise en œuvre avec les obligations canadiennes au titre de l'O.M.C., il a laissé ouvertes plusieurs questions soulevées en appel. Par ailleurs, il a formulé des observations décalées par rapport à certaines conclusions du groupe spécial qui pourtant n'avaient pas fait l'objet de l'appel³³⁶. Une telle attitude

334 V. les rapports de l'Organe d'appel, *Brésil – Aéronefs* (21:5), *op. cit.*, et *Canada – Mesures visant l'exportation des aéronefs civils – Recours du Brésil à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS70/AB/RW, 21 juillet 2000. Ce recours à l'Organe d'appel s'est par la suite banalisé, comme en témoignent les affaires *Etats-Unis – Crevettes* (DS58), *Canada – Produits laitiers* (DS103), *Etats-Unis – FSC* (DS108), *Mexique – Sirop de maïs* (DS132), *CE – Linge de lit* (DS141), *Chili – Système de fourchettes de prix* (DS207), *Etats-Unis – Bois de construction IV* (DS257), *Etats-Unis – Réexamens à l'extinction concernant les produits tubulaires pour champs pétrolifères* (DS268), *Etats-Unis – Bois de construction VI* (DS277).

335 Pour une appréciation de l'opportunité d'ouvrir la procédure d'appel à une procédure menée dans le cadre de l'article 21:5, v. H. RUIZ FABRI, « Chronique du règlement des différends (2000) », *op. cit.*, p. 907.

336 Après une première condamnation en phase initiale, le Canada avait modifié son système d'importation et d'exportation de produits laitiers, notamment en y introduisant une nouvelle catégorie de lait pour transformation en vue de l'exportation (« lait d'exportation commerciale », L.E.C.). Les plaignants initiaux alléguaient que la fourniture de ce lait donnait lieu à des subventions à l'exportation au sens de l'Accord sur l'agriculture. L'article 9:1 de cet accord pose trois critères pour conclure à une subvention à l'exportation : les ventes donnent lieu à des versements ; ces versements sont financés en vertu d'une mesure des pouvoirs publics ; ils sont effectués à l'exportation d'un produit agricole. Le groupe spécial au titre de l'article 21:5 avait conclu que la fourniture du L.E.C. répondait aux trois critères, mais le Canada n'avait fait appel que des deux premières constatations, l'existence d'un versement et son financement en vertu d'une mesure des pouvoirs publics. L'Organe d'appel a notamment infirmé le critère retenu par le groupe spécial pour déterminer l'existence d'un « versement », déterminé lui-même le critère approprié (à savoir le coût de production moyen total), et il lui restait donc à compléter l'analyse du système canadien en application du critère qu'il avait retenu. Cependant, étant tenu de le faire uniquement sur la base des constatations factuelles faites par le groupe spécial et

de l'Organe d'appel crée alors une forte incitation pour les parties de recourir une nouvelle fois à l'article 21:5, afin de faire décider au fond par un groupe spécial les questions restées en suspens. Et en effet, dans cette affaire, le groupe spécial de la mise en conformité a été saisi d'un deuxième recours³³⁷. Suite logique du précédent tour, rien n'interdit alors qu'il soit de nouveau fait appel du deuxième rapport rendu³³⁸ – sans pour autant qu'il soit garanti que ce nouveau recours sera le dernier, car le contentieux pourrait se prolonger indéfiniment au moyen de recours à répétition à l'article 21:5, le Mémoire n'y posant aucun terme explicite. Dans ces conditions, il n'est évidemment pas certain que le plaignant initial qui subit le dommage, après un cycle complet de contrôle de la mise en œuvre, ait la patience d'attendre l'achèvement d'un nouveau cycle procédural avant de demander à l'O.R.D. l'autorisation de suspendre des concessions.

La pratique de l'appel d'un rapport rendu dans le cadre d'une procédure au titre de l'article 21:5 appelle une appréciation mitigée. D'une part, on peut y voir un autre témoin de la construction du procès international : elle est un gage de la cohérence des examens successifs³³⁹. Par ailleurs, elle donne aux

des faits incontestés figurant dans son dossier, l'Organe d'appel a estimé ne pas pouvoir achever l'analyse : « nous ne souhaitons pas que l'on comprenne par là qu'à notre avis la fourniture de LEC ne donne *pas* lieu à des "versements" au sens de l'article 9:1 c). Nous ne sommes tout simplement pas à même de nous prononcer sur cette question », in rapport de l'Organe d'appel, *Canada – Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers – Recours des Etats-Unis et de la Nouvelle-Zélande à l'article 21:5 du Mémoire d'accord*, WT/DS103/AB/RW, WT/DS113/AB/RW, 3 décembre 2001, par. 103. Pour un commentaire de l'approche de l'Organe d'appel, v. H. RUIZ FABRI, « Chronique du règlement des différends (2001) », *J.D.I.*, 2002, n° 3, p. 889-891.

337 Cela s'était également produit dans l'affaire *Brésil – Aéronefs*, puis dans les affaires *Etats-Unis – FSC* et *CE – Bananes III*. Cependant, dans ces affaires le second recours à la procédure de l'article 21:5 tenait davantage à ce que de nouvelles mesures de mise en œuvre avaient été prises depuis la première procédure au titre de l'article 21:5, qui étaient elles-mêmes l'objet d'une controverse entre les parties.

338 De nouveau, dans les affaires *CE – Bananes III* (bien que cette affaire fût particulière, en ce que le premier rapport du groupe spécial au titre de l'article 21:5 n'avait pas fait l'objet d'un appel) et *Etats-Unis – FSC* la possibilité de cette extension procédurale a été exploitée.

339 V. en ce sens H. RUIZ FABRI, « Chronique du règlement des différends (2000) », *op. cit.*, p. 907. L'auteur souligne par ailleurs, quelques années plus tard, la curieuse configuration à laquelle peut donner lieu l'appel d'une procédure de l'article 21:5, lorsque le rapport du groupe spécial initial n'avait *pas* fait l'objet d'un appel. Dans la phase d'exécution, si l'Organe d'appel contrôle le critère d'examen qu'a appliqué le groupe spécial concernant la mise en œuvre de recommandations qu'il avait lui-même, bien que dans une autre formation, énoncées, on a alors « l'impression d'un contrôle d'appel à double détente »,

parties l'opportunité d'obtenir un jugement en droit au sujet des mesures de mise en œuvre, et on voit bien à la fréquence à laquelle les parties en font usage que le mécanisme, tel qu'il est enrichi par l'ajout de cette étape procédurale, emporte la confiance des Membres. Il consolide ainsi sa propre légitimité³⁴⁰. D'autre part, cependant, l'appel d'un rapport de groupe spécial de la mise en conformité allonge des délais que les négociateurs ont voulu serrés. Il est d'ailleurs révélateur que les parties ne tiennent jamais compte de la possibilité d'un appel dans les accords bilatéraux qu'ils concluent pour organiser la chronologie des procédures de l'article 21:5 et de l'article 22:6, et ce même bien après que la pratique de l'appel s'était établie et consolidée. Néanmoins, l'avantage pragmatique d'un tel allongement de contentieux peut être, comme l'a démontré l'affaire *Canada – Produits laitiers*, que la confirmation en droit de l'incompatibilité de la nouvelle mesure du Membre mettant en œuvre ouvre la voie à une relance plus fructueuse des négociations entre les parties, et mène à une solution mutuellement convenue entre elles.

§ 2 Particularités de la procédure

Malgré les ressemblances manifestes dans la procédure, l'instance au titre de l'article 21:5 ne saurait cependant être confondue avec la procédure initiale ou assimilée à elle. La continuité relevée ci-dessus entre les deux phases contentieuses, accentuée par la ressemblance des mesures en cause et l'identité des juges, invite certes à une forme d'assimilation consistant, au minimum, à n'envisager la procédure de contrôle de la mise en conformité que comme une sorte de dépendance de la procédure principale. Cependant, l'objet du litige est nettement distinct de celui de la procédure précédente puisqu'il s'agit de mesures nouvelles et donc inconnues, celles de mise en œuvre. Le Mémoire parle d'ailleurs bien de « ce différend », qui indique une identité propre du litige relevant de l'article 21:5³⁴¹. La procédure de contrôle de la mise en œuvre n'en tire pas pour autant une véritable indépendance par rapport à la procédure initiale, puisque les mesures en cause sont celles prises

v. H. RUIZ FABRI et P. MONNIER, « Chronique du règlement des différends 2005-2006 », *J.D.I.*, 2006, n° 3, p. 1234.

340 Sur 22 différends donnant lieu à un recours à l'article 21:5, seuls cinq se sont achevés sur le rapport du groupe spécial, les dix-sept autres faisant l'objet d'un appel.

341 V. aussi en ce sens le rapport de l'Organe d'appel, *Canada – Aéronefs* (21:5), *op. cit.*, par. 36. Nous reviendrons ci-dessous sur l'identification des mesures de mise en œuvre, v. Deuxième Partie, Titre I, Chapitre II.

en exécution de la décision initiale, et qu'elle puise donc sa raison d'être dans l'existence même d'une phase initiale. Mais cette absence d'indépendance n'empêche pas que la procédure de l'article 21:5 jouit d'une autonomie relative, en ce qu'elle se présente comme une phase juridictionnelle distincte, entièrement articulée autour de la nouvelle mesure. Cette autonomie relative se révèle dans les délais stricts auxquels, en principe, devrait obéir la procédure, qui rendent manifeste que le recours est conçu comme ce que les Membres de l'O.M.C. appellent quelquefois une procédure de « *fast-track* »³⁴² (A.). D'autre part, elle explique que certains aménagements aient été apportés à son déroulement, compte tenu de son contexte particulier (B.).

A *Caractère accéléré de la procédure*

La procédure au titre de l'article 21:5 est conçue comme une « voie rapide » contentieuse. Si elle permet bien un retour sur l'affaire, celui-ci est en effet réalisé en accéléré, en réduisant (en principe) de moitié le temps dont disposent les groupes spéciaux pour formuler leurs constatations, conclusions et recommandations. Dans la phase initiale, le groupe spécial dispose de six mois pour remettre son rapport à partir du moment où sa composition et son mandat ont été arrêtés ; ce délai peut être prorogé par l'O.R.D. sur une demande motivée par le groupe spécial, mais ne peut en aucun cas excéder une durée maximale fixée à neuf mois³⁴³. La phase initiale devant un groupe spécial se déroule donc – en principe – dans un délai compris entre 180 et 270 jours. Par comparaison, le contrôle des mesures de mise en œuvre est enfermé dans des délais extrêmement brefs, puisque le Mémoire d'accord au groupe spécial seulement 90 jours pour distribuer son rapport, à partir du moment de sa saisine³⁴⁴. Ces conditions temporelles appellent plusieurs observations.

À titre préliminaire, notons d'emblée que le délai de 90 jours est rarement respecté, tout particulièrement dans les plus récentes années de fonctionnement du mécanisme. Les professeurs Horn et Mavroidis ont mené une étude statistique du règlement des différends de l'O.M.C. jusqu'en 2008, et

342 V. par exemple la lettre du Brésil du 22 novembre 2006 annexée au rapport du groupe spécial dans l'affaire *Etats-Unis – Coton upland* : « [a]rticle 21.5 provides for fast-track proceedings aimed at the rapid resolution of a dispute that is already subject to recommendations and rulings of the DSB » (in rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Subventions concernant le coton upland – Recours du Brésil à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS267/RW, 18 décembre 2007, Annexe E-4, par. 7).

343 Paragraphes 8 et 9 de l'article 12 du Mémoire d'accord.

344 V. les développements de l'Organe d'appel sur ce point dans son rapport *Etats-Unis – Bois de construction IV* (21:5), *op. cit.*, par. 71-72.

ainsi déterminé qu'une procédure de groupe spécial de la mise en conformité se déroule dans un délai moyen de 225,9 jours, et une procédure d'appel au titre de l'article 21:5 dans un délai moyen de 87,7 jours³⁴⁵. Dans les années suivantes, cette tendance à l'allongement des procédures s'est même encore accrue : la durée moyenne de l'instance devant un groupe spécial de l'article 21:5 est aujourd'hui de 253 jours (celle devant l'Organe d'appel au stade de la mise en conformité n'a guère changé)³⁴⁶, soit près de trois fois supérieure à celle conventionnellement accordée au juge. A titre de comparaison, le Mémorandum prévoit qu'une procédure ordinaire devant l'Organe d'appel ne devra pas dépasser 60 jours – en principe, car ici aussi les délais se sont considérablement allongés au fil du fonctionnement du mécanisme, pour partie en raison de la grandissante complexité technique des litiges. Qu'il s'agisse donc d'une procédure de groupe spécial ou d'appel, les délais ne sont que rarement tenus : s'agissant de la première, la pratique moyenne la situe au milieu de la durée autorisée par le Mémorandum pour une procédure initiale de groupe spécial ; s'agissant de la procédure d'appel, elle excède même la durée conventionnellement prévue dans la phase initiale. Les raisons de ces excès sont pour partie les mêmes que s'agissant de la procédure initiale, car la complexité qui rend difficile le traitement rapide d'un désaccord en phase initiale n'est pas moindre lors de la mise en œuvre. La connaissance du dossier par le groupe spécial lui apporte un avantage méthodologique, mais elle ne facilite que marginalement le contrôle minutieux de la compatibilité avec le droit de l'O.M.C. d'une vaste déclinaison de mesures souvent très techniques³⁴⁷. Par ailleurs, le rallongement des délais effectifs tient également au contrôle intégral que mènent les groupes spéciaux de la mise en conformité, qui est le résultat d'une interprétation ambitieuse donnée à leur

345 H. HORN et P. C. MAVROIDIS, « The WTO Dispute Settlement System 1995-2006 : Some descriptive statistics », 2008, tableau n° 20 (p. 28), in H. HORN et P. C. MAVROIDIS, *WTO Dispute Settlement Database* (publié sur le site de la Banque mondiale : www.worldbank.org).

346 H. HORN, L. JOHANNESSON et P. C. MAVROIDIS, « The WTO Dispute Settlement System 1995-2010 : Some Descriptive Statistics », *J.W.T.*, 2012, vol. 45, n° 6, p. 1107-1138, v. spéc. le tableau comparatif p. 1133.

347 V. par exemple l'affaire *Chine – Matières premières*, dans laquelle le groupe spécial s'est prononcé sur vingt-quatre produits déclinés à partir de neuf matières premières, sans compter les « mesures connexes » qu'il a évacuées parce que leur champ était trop large et mal défini. Le groupe spécial avait par ailleurs rendu une décision préliminaire (document WT/DS394/9, WT/DS395/9, WT/DS398/8, 18 mai 2010) sur la demande de la Chine, qui avait permis de clarifier quelles mesures étaient précisément en cause, tant leur identification dans la demande d'établissement prêtait à confusion.

mission au titre de l'article 21:5. Nous reviendrons sur cette tendance dans le cadre de l'analyse du contrôle exercé au fond par les organes de jugement de la mise en conformité³⁴⁸ ; il suffit ici de signaler que, si la manière dont les groupes spéciaux exercent leur compétence nous semble la seule qui donne son plein sens à la procédure de l'article 21:5, elle n'est pas de nature à favoriser un traitement rapide de la question.

Bien que la réalité du contentieux soit éloignée de ce qu'impose le Mémorandum, la fixation de délais si brefs pour la procédure de l'article 21:5 apporte des éclairages importants sur l'ambition des négociateurs, en ce que les délais serrés soulignent l'importance de l'objectif général d'un règlement rapide des différends. La procédure de contrôle de la mise en conformité obéit en ce sens pleinement à l'article 21:1, qui dispose que « [p]our que les différends soient résolus efficacement dans l'intérêt de tous les Membres, il est indispensable de donner suite dans les moindres délais aux recommandations ou décisions de l'ORD ». Par ailleurs, elle répond à l'idée pragmatique de fournir aux Membres une voie de recours qui leur économise une procédure ordinaire pour des faits certes nouveaux, mais largement similaires à ceux examinés au cours de la procédure initiale. On l'a déjà dit, si les désaccords visés par l'article 21:5 concernent les mesures de mise en œuvre, il reste qu'ils sont le prolongement du différend initial. La configuration expéditive de la procédure n'est en ce sens qu'un choix en parfaite cohérence avec les objectifs du système et la fonction même de la procédure³⁴⁹. En outre, l'accélération donnée à ce stade du contentieux est encore accentuée par le fait que le défendeur initial ne se voit pas accorder un délai additionnel de mise en œuvre à l'issue de la procédure³⁵⁰. Cela signifie que la procédure ouvre immédiatement la voie au dispositif compensatoire de l'article 22 et donc, dans la pratique, à une demande d'autorisation de suspendre des concessions, sans que le plaignant initial soit tenu attendre l'écoulement d'un délai de grâce comme celui qui peut être accordé à l'issue de la procédure initiale, pour laisser au Membre la possibilité de mettre en conformité sa mesure incompatible. Ainsi, la conception accélérée de la procédure sans aménagement d'un délai additionnel de mise en œuvre fait apparaître clairement que la mise en place de ce recours est destinée à empêcher que le défendeur initial retarde la mise en conformité, et

348 V. *infra*, Deuxième partie, Titre I, Chapitre II.

349 V. également sur ce point T.-Y. LIN, « Compliance Proceedings under Article 21.5 of DSU and Doha Proposed Reform », *op. cit.*, spéc. p. 919-920.

350 Cet aspect sera étudié sous l'angle de la pression sur l'exécution dans la Deuxième partie, Titre I, Chapitre I.

remplace indéfiniment les mesures incompatibles par d'autres mesures tout aussi incompatibles.

B *Aménagements procéduraux*

L'accélération délibérée de la procédure exige quelques aménagements procéduraux, qui mettent en évidence que le recours, sans être indépendant de la phase initiale, en est néanmoins émancipé et que les organes de jugement savent répondre aux besoins propres de leur fonction. En ce sens, la procédure de l'article 21:5 témoigne bien d'une forme d'autonomie.

1 Consultations préalables

Le Mémoire impose que l'établissement d'un groupe spécial initial soit précédé d'une phase de consultations diplomatiques, destinée à permettre aux parties de régler leur désaccord par la voie diplomatique. Les exigences du Mémoire sont à cet égard très précises, notamment en ce qui concerne les délais de réponse dont disposent les Membres, et une demande d'établissement de groupe spécial ne pourra être faite qu'après un délai de soixante jours, qui n'auront pas permis de résoudre le différend³⁵¹. De telles consultations préalables ne sont pas expressément envisagées par le Mémoire dans le cadre d'une procédure au titre de l'article 21:5, et la question est naturellement apparue dès le premier recours à cet article, les plaignants initiaux dans l'affaire *CE – Bananes III* soutenant que le déroulement de consultations n'était pas nécessaire. Les parties n'en avaient pas moins tenu des consultations et le groupe spécial de la mise en conformité n'avait donc pas eu à se prononcer sur leur caractère obligatoire³⁵².

La question a ressurgi de manière plus cruciale dans l'affaire *Mexique – Sirop de maïs*, où le défendeur (Mexique) faisait valoir que l'absence de consultations serait constitutive d'un vice de procédure dans l'établissement du groupe spécial de l'article 21:5. Selon lui, il en résultait que le groupe spécial n'avait pas compétence pour examiner le différend au fond. Son argument était appuyé sur l'article 21:5, qui dispose que les différends soumis à un groupe spécial de la mise en conformité seront réglés « suivant les présentes procédures de règlement des différends », ce qui inclut selon le Mexique l'obligation générale de tenir des consultations contenue dans l'article 4 du Mémoire. L'Organe d'appel est convenu avec les parties de l'importance des consultations, en ce qu'elles permettent aux parties d'échanger des renseignements, d'évaluer les points forts et les points faibles de leurs thèses respectives, de réduire la portée

351 V. l'article 4:7 du Mémoire.

352 Rapport du groupe spécial, *CE – Bananes III* (21:5 ECU), *op. cit.*, par. 3.1.

des divergences qui les séparent, et souvent de trouver une solution mutuellement acceptable et, au minimum, de définir et de circonscrire la portée du différend entre elles³⁵³. Au regard des articles 4 et 6 du Mémorandum et de sa jurisprudence antérieure dans l'affaire *Brésil – Aéronefs*, il a également indiqué que « de manière générale, les consultations sont une condition préalable à une procédure de groupe spécial »³⁵⁴. Toutefois, il était d'avis que cette exigence générale comporte certaines restrictions, et a considéré « qu'il peut y avoir des circonstances dans lesquelles l'absence de consultations n'ôterait pas au groupe spécial la compétence d'examiner la question dont il est saisi par l'ORD »³⁵⁵. C'était dire qu'il ne s'agit pas là d'un « moyen d'ordre public »³⁵⁶, et c'est bien ce que le juge a fait apparaître en affirmant que « l'absence de consultations préalables n'est pas un vice de nature telle à ôter à un groupe spécial la compétence de traiter et de régler une question »³⁵⁷. Une telle circonstance, « atténuante » pour le groupe spécial mais « aggravante » pour la partie concernée, est en particulier le comportement de l'une ou l'autre partie, qui ne se serait pas opposée expressément et en temps utile au défaut d'engagement de consultations par le plaignant. Autrement dit, si un Membre souhaite des consultations, il doit le faire savoir. S'il ne le fait pas, l'Organe d'appel considère que cela signifie qu'il a accepté qu'elles n'aient pas lieu, et qu'il a incidemment renoncé à quelque droit qu'il pouvait avoir d'entrer en consultations avec le demandeur de la procédure. Application de la règle de *l'estoppel*, en quelque sorte, puisqu'un Membre ne peut donc se prévaloir d'un comportement (ou de son absence) et alléguer une irrégularité s'il l'a tacitement approuvé en ne s'y opposant pas expressément³⁵⁸.

La tenue de consultations est donc largement tributaire de la disposition des parties, mais le groupe spécial n'a pas à soulever d'office le moyen, et le défendeur ne peut utilement le faire valoir pour faire déclarer irrecevable la demande. Cette condition procédurale est donc considérablement détendue

353 Rapport de l'Organe d'appel, *Mexique – Sirop de maïs* (21:5), *op. cit.*, par. 54.

354 *Ibid.*, par. 58.

355 *Ibid.*, par. 63.

356 H. RUIZ FABRI « Chronique du règlement des différends (2001) », *op. cit.*, p. 887.

357 Rapport de l'Organe d'appel, *Mexique – Sirop de maïs* (21:5), *op. cit.*, par. 64.

358 Mme Ruiz Fabri souligne à cet égard que cette position ferme de l'Organe d'appel fait nettement apparaître son « souci [...] de ne pas se laisser développer des stratégies procédurales consistant à n'invoquer certains moyens qu'en fonction du succès de sa cause », ce qui est cohérent avec le « droit au recours » qui découle de l'article 23 et qu'il aurait été « paradoxal » de limiter par l'exercice d'un tel examen d'office, *in* H. RUIZ FABRI « Chronique du règlement des différends (2001) », *op. cit.*, p. 888.

par rapport à la procédure initiale³⁵⁹. Dans la pratique, on observe que les Membres ont généralement tenu de courtes consultations avant d'engager une procédure de contrôle de la mise en conformité, mais les délais extrêmement brefs dans lesquels sont enfermées tant la procédure de l'article 21:5 que la possibilité de demander à l'O.R.D. l'autorisation de suspendre des concessions semblent, dans tous les cas, faire obstacle à un cycle complet de consultations tel que le prévoit l'article 4 du Mémorandum³⁶⁰.

Plus largement, la question appelle une appréciation nuancée. D'un côté, rendre obligatoire la tenue de consultations préalables dans une procédure de l'article 21:5 aurait des effets défavorables sur l'obligation de mise en oeuvre rapide, puisqu'elle augmente la marge dont dispose le Membre mettant en oeuvre. Inversement, cela prolongerait la période pendant laquelle le plaignant initial continue de subir le dommage que cause la mesure ou le comportement concerné. D'un autre côté, il est difficilement défendable d'exclure les consultations de l'expression « les présentes procédures de règlement des différends » contenue dans l'article 21:5, car l'ensemble du mécanisme exprime clairement une priorité et une préférence pour les solutions négociées. C'est aussi cette priorité qui justifie que le recours aux consultations soit possible à tous les stades de la procédure, y compris celle de l'article 21:5³⁶¹. Traiter cette dernière comme y faisant exception, du moins s'agissant des consultations préalables, repose donc sur des bases branlantes³⁶², et on voit ici apparaître le tiraillement du système pris entre l'un de ses objectifs visés – le règlement rapide des litiges – et sa préférence affichée – la résolution des différends par une solution mutuellement satisfaisante –, la seconde pouvant desservir le premier.

2 Communication des mémoires

La procédure initiale prévoit deux réunions du groupe spécial avec les parties et les tierces parties et, selon l'article 10:3 du Mémorandum, les tierces parties

359 Pour une comparaison entre les deux phases de la procédure, v. H. RUIZ FABRI, « Chronique du règlement des différends (2000) », *op. cit.*, p. 887-888.

360 V. sur ce point A. STEINMANN, « Article 21 DSU », *op. cit.*, p. 516 par. 62.

361 V. en ce sens V. P.-T. STOLL et A. STEINMANN, « WTO Dispute Settlement: The Implementation Stage », *op. cit.*, p. 432. V. également, sur la permanence de la possibilité de négocier une solution à toutes les étapes du règlement contentieux, G. MARCEAU et J. A. HAMAOUÏ, « Implementation of Recommendations and Rulings in the WTO System », *op. cit.*, spéc. p. 190.

362 Pour une prise de position résolument en faveur de la tenue obligatoire de consultations, v. T.-Y. LIN, « Compliance Proceedings under Article 21.5 of DSU and Doha Proposed Reform », *op. cit.*, spéc. p. 928-930.

reçoivent les communications des parties au cours de la première des deux. L'article 10:3 est ainsi libellé de manière à offrir une garantie minimale des droits de tierces parties, mais inversement cela signifie qu'il a également pour objectif de limiter leurs droits. La pratique imposée par le Mémorandum à la procédure ordinaire a été aménagée à celle de l'article 21:5 afin de satisfaire les délais brefs auxquels elle doit satisfaire. Généralement, il n'est donc tenu qu'une seule réunion avec les parties et les tierces parties, et cette pratique aménagée a soulevé des difficultés dans le cadre des affaires *Australie – Cuir*, *Australie – Saumon* et *Etats-Unis – FSC*. La raison en est que la tenue d'une seule réunion ne permet pas aux tierces parties d'accéder aux communications présentées par les parties à titre de réfutation. Les Communautés s'appuyaient sur les termes de l'article 10:3, qui vise expressément la « première réunion », ce qui indique que la procédure normale implique plus d'une réunion, et revendiquaient l'accès des tierces parties à l'ensemble des communications présentées avant la première réunion, peu importe qu'elle se trouvait aussi être la dernière. L'Organe d'appel a rappelé que la procédure de l'article 21:5 s'inscrit dans un contexte particulier, impliquant des délais beaucoup plus stricts, et que les groupes spéciaux, par conséquent, ont adopté la pratique consistant à ne tenir qu'une seule réunion avec les parties au lieu des deux tenues dans la phase initiale, tout en continuant néanmoins d'exiger des parties qu'elles soumettent deux communications écrites³⁶³. Toutefois, il a considéré que l'article 10:3 contient un libellé impératif; il en a déduit que cet article « exige que les tierces parties reçoivent toutes les communications présentées par les parties jusqu'au moment de la première réunion du groupe spécial à laquelle les tierces parties participent – que cette réunion soit la première de deux réunions du Groupe spécial, ou la première et l'unique réunion du Groupe spécial. Interprété de cette façon, l'article 10:3 a le même sens, et peut être appliqué de la même manière, quel que soit le nombre de réunions du Groupe spécial tenues dans une affaire particulière »³⁶⁴. Cette approche est non seulement cohérente avec le Mémorandum, mais également, comme le souligne Mme Ruiz Fabri, avec la transparence que le système s'efforce de maintenir, et avec le renforcement de la participation des Etats « à un moment où les tentatives d'intrusion d'acteurs privés dans la procédure se développent et suscitent des résistances »³⁶⁵.

363 Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Traitement fiscal des « sociétés de vente à l'étranger » – Recours des Communautés européennes à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS108/AB/RW, 14 janvier 2002, par. 239.

364 Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – FSC (21:5)*, *op. cit.*, par. 251.

365 H. RUIZ FABRI, « Chronique du règlement des différends (2001) », *op. cit.*, p. 895.

3 Réexamen intérimaire

Le Mémoire prévoit également, pour la procédure initiale, une phase de réexamen intérimaire, qui consiste pour le groupe spécial à remettre aux parties un rapport en quelque sorte provisoire, qui leur offre la possibilité de lui demander de réexaminer certains aspects avant sa distribution finale³⁶⁶. Cette phase ne doit être ni sous-estimée, car il ne s'agit pas d'une simple formalité, ni surestimée, car elle ne permet pas aux parties d'influencer le rapport final sur le fond³⁶⁷. Il s'agit plutôt de leur donner l'occasion de vérifier les aspects factuels et la présentation de leurs arguments, ainsi que de leur offrir un aperçu de la teneur de la décision que le groupe spécial a l'intention de rendre. Outre que cette étape permet de gommer des erreurs formelles ou factuelles, son enjeu est évidemment stratégique puisqu'elle permet aux parties de court-circuiter la décision finale du juge si elles se rendent compte que leurs intérêts seraient mieux servis sur la base d'une solution mutuellement convenue et engageant par conséquent de nouvelles négociations afin de résoudre le désaccord entre elles³⁶⁸. Le délai de 90 jours dont dispose le groupe spécial pour remettre son rapport peut toutefois le contraindre à supprimer la phase de réexamen intérimaire³⁶⁹.

4 Recommandation de mise en conformité

Enfin, bien que cela ne soit pas un aspect procédural à proprement parler, une spécificité majeure de la procédure de l'article 21:5 est que sa nature et sa fonction particulières n'exigent pas des groupes spéciaux qu'ils formulent des recommandations. De la même manière, on l'a dit, elle n'ouvre pas la possibilité pour le défendeur initial d'obtenir un nouveau délai raisonnable de mise en

366 Article 15 du Mémoire.

367 Toutefois, l'une des difficultés que la pratique a permis de diagnostiquer est celle de l'articulation de la phase de réexamen intérimaire avec l'obligation de confidentialité, dans la mesure où l'agenda politique interne des Membres peut inciter ceux-ci à rechercher des effets d'annonce, comme l'ont mis en évidence en mars 2010 les comportements respectifs des parties dans le différend transatlantique opposant Boeing à Airbus. V. à ce sujet D. LUFF, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce – Analyse critique*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 889.

368 L'affaire *Etats-Unis – Jeux* est néanmoins singulière dans ce contexte, en ce que le rapport du groupe spécial au titre de l'article 21:5 contient des développements particulièrement détaillés, sur plus de six pages, au sujet du réexamen intérimaire, v. le rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Jeux* (21:5), *op. cit.*, par. 5.1-5.36.

369 V. notamment le rapport du groupe spécial, *CE – Bananes III* (21:5 ECU), *op. cit.*, par. 6.2 – d'ailleurs ici en dépit de la demande explicite des parties au différend.

œuvre conformément à l'article 21:3³⁷⁰. Il reste que le Mémorandum ne l'exclut pas explicitement, même si l'Organe d'appel est hostile à l'idée que le défendeur initial se voit adresser de nouvelles recommandations, tout en n'ayant pas explicitement tranché la question de savoir si un groupe spécial au titre de l'article 21:5 est habilité à en formuler³⁷¹. Comme indiqué ci-dessus, l'approche est cohérente avec l'objectif spécifique de cette procédure de « *fast-track* », qui est destinée à permettre un contrôle rapide des mesures de mise en œuvre prises par le défendeur, et avec l'objectif plus large d'un règlement définitif du différend. En outre, faire bénéficier le défendeur d'un nouveau délai d'exécution signifierait que l'obligation de mise en conformité qui lui incombe à l'issue d'une procédure initiale déclarant l'incompatibilité de sa mesure avec le droit de l'O.M.C. n'en est pas véritablement une, qu'elle serait seulement une invitation, c'est-à-dire en toute hypothèse non contraignante³⁷². Or, dans la pratique et bien que les textes n'imposent pas ce recours préalable, l'article 21:5 sert de déclencheur pour une demande immédiate d'autorisation de suspension de concessions, lorsque le groupe spécial de la mise en conformité conclut à l'incompatibilité des mesures de mise en œuvre.

•

La procédure de l'article 21:5, peu visible (ou peu vue ?) jusqu'à récemment, est pourtant centrale, et même cruciale dans le suivi de l'exécution des recommandations de l'O.R.D. : c'est elle qui assure, au fond, un contrôle des mesures de mise en conformité. Sa fonction met en lumière la conception singulière du suivi de la mise en œuvre à l'O.M.C., et en particulier l'interdépendance fonctionnelle entre l'O.R.D. et le juge de la mise en conformité. Porté par deux piliers, l'un politique et l'autre juridictionnel, l'organisation du suivi de la mise en œuvre fait en effet apparaître non seulement la fonction propre que remplissent l'O.R.D. et les organes de jugement, mais également le renfort mutuel

370 V. A. STEINMANN, « Article 21 DSU », *op. cit.*, p. 516 par. 65.

371 Dans l'affaire *Etats-Unis – FSC*, l'Organe d'appel avait ainsi mis en garde contre le risque d'un « cycle infini » de procédures et de retards d'exécution excessifs, si la procédure de l'article 21:5 conduisait à la formulation de nouvelles recommandations, v. le rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Traitement fiscal de « sociétés de vente à l'étranger » – Deuxième recours des Communautés européennes à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS108/AB/RW2, 13 février 2006, par. 86. V. également à ce sujet le commentaire in H. RUIZ FABRI et P. MONNIER, « Chronique du règlement des différends 2005-2006 », *op. cit.*, p. 1232-1233.

372 Nous étudierons plus précisément cette question dans le cadre des développements consacrés à la nature du contentieux, v. *infra*, Titre II, Chapitre II.

qu'ils puissent dans leurs fonctions respectives. L'O.R.D. opère ainsi comme la constante du mécanisme : il est informé de toutes les affaires, administre les procédures, adopte les rapports issus de la procédure initiale, les investissant par là d'autorité de chose jugée, puis maintient une surveillance multilatérale permanente du suivi jusqu'au classement de l'affaire. Les groupes spéciaux et/ou l'Organe d'appel, quant à eux, n'interviennent que ponctuellement, en cas de désaccord entre les parties au sujet de la compatibilité avec le droit de l'O.M.C. de la mesure prise au titre de l'exécution des recommandations. La fonction spécifique que remplit la procédure qu'ils mènent leur donne en ce sens la possibilité de vérifier si les incompatibilités qu'ils avaient constatées au cours de la procédure initiale ont bien été corrigées.

Le mécanisme témoigne ainsi avec une force particulière de ce que, dans les cas où les parties ne parviennent pas à s'entendre, par voie de négociations, sur une solution mutuellement satisfaisante pour elles, l'exécution n'est pas pour autant laissée à leur libre appréciation. Tant l'O.R.D. que les organes de jugement font obstacle aux démarches unilatérales des Membres, mais ils n'y parviennent que par la complémentarité selon laquelle est organisé le suivi de la mise en œuvre. En effet, la surveillance par l'O.R.D. à elle seule ne parviendrait guère qu'à assurer la transparence au sujet de l'état de l'exécution ; inversement, le seul contrôle juridictionnel des mesures de mise en conformité ne serait que d'un faible concours si les parties étaient ensuite renvoyées dans leurs positions respectives, hors de toute supervision institutionnelle. Or, telle qu'elle est organisée, la structure dualiste du suivi garantit que la surveillance multilatérale exercée par l'O.R.D. ne serve pas seulement à faire apparaître les difficultés d'exécution, mais qu'elle puisse alors être renforcée par un contrôle juridictionnel. Inversement, la fonction de la procédure de l'article 21:5 est renforcée par l'existence de la surveillance exercée par l'organe politique, qui « récupère » l'affaire lorsque le groupe spécial ou l'Organe d'appel a tranché, soit pour la classer si les constatations permettent de conclure à la mise en conformité pleine et entière, soit pour poursuivre la supervision des efforts d'exécution si celle-ci n'est pas satisfaisante. Cette configuration témoigne d'une manière inédite parmi les juridictions internationales de ce que le mécanisme ne se contente pas de produire des décisions investies de force obligatoire, mais que celle-ci est également assortie et consolidée d'une véritable force exécutoire, matérialisée par un dispositif original et efficace de suivi de l'exécution et de contrôle de sa substance.

Le règlement par arbitrage des questions connexes à la mise en œuvre

Deux procédures complètent l'architecture juridictionnelle mise en place dans la phase d'exécution, et le Mémoire les qualifie toutes deux d'« arbitrage ». La première est l'arbitrage prévu à l'article 21:3 c) pour les cas où les parties ne parviendraient pas à s'entendre sur le délai dans lequel le défendeur initial devra mettre en œuvre les recommandations de l'O.R.D. ; elle leur permet de faire déterminer ce délai, que le Mémoire appelle « raisonnable », par un tiers impartial. La seconde procédure est conçue pour les cas que l'article 3:7 appelle de « dernier recours », c'est-à-dire ceux d'inexécution persistante. Le plaignant initial peut alors demander à l'O.R.D. l'autorisation de suspendre des concessions ou d'autres obligations à l'égard du défendeur initial, mais celui-ci peut contester le niveau de la suspension proposée. C'est cette contestation qui est alors l'objet de l'arbitrage au titre de l'article 22:6.

Ces deux procédures d'arbitrage ne traitent pas de la mise en œuvre des recommandations de l'O.R.D. (ou de la mise en conformité) sur le fond, mais d'aspects que l'on peut qualifier de connexes. Elles se situent en ce sens aux marges de l'exécution³⁷³, et leur existence est d'autant plus remarquable qu'en droit international, une juridiction n'a habituellement pas le pouvoir de préciser les modalités d'exécution de ses décisions, qui relèvent de la discrétion du défendeur³⁷⁴. Comme l'a établi le précédent chapitre, la substance de la mise en conformité fait l'objet d'une procédure de contrôle distincte, et c'est en elle que se concentre l'essentiel du contentieux de la mise en conformité. Par rapport à elle, les procédures d'arbitrage traitées ici ne se déploient qu'à la périphérie de la mise en œuvre au fond. Mais tout périphériques qu'elles soient, elles remplissent une importante fonction d'encadrement et d'accompagnement : l'arbitrage sur le délai de mise en œuvre se situe, lorsqu'il est besoin d'y recourir,

373 La marginalité des arbitrages est particulièrement développée in H. RUIZ FABRI, « Le règlement des différends de l'OMC : une forme d'arbitrage ? », *Arch. Phil. Droit*, 2009, vol. 52 (*L'arbitrage*), spéc. p. 108-111.

374 Pour rappel, v. les développements consacrés à la phase « post-juridictionnelle » et au refus des juridictions internationales d'empiéter sur les questions liées à l'exécution, *supra*, Introduction générale. En particulier, nous avons déjà indiqué la position de la Cour à ce sujet, exprimée dans l'*Affaire Haya de la Torre* (*op. cit.*, p. 79, ou v. *supra*, Chapitre I, Section I, § 2, C., 1).

en amont de l'exécution puisqu'il ouvre alors la voie vers la mise en œuvre des recommandations, en indiquant le temps dont disposera le défendeur initial pour sa réalisation. L'arbitrage sur le niveau de la suspension de concessions est prévu en aval de cette étape, et même en aval du fond de la mise en œuvre, puisqu'il fait partie d'un dispositif de coercition auquel il n'est recouru que lorsque la mise en œuvre au fond reste insatisfaisante. Le plaignant initial peut alors souhaiter faire pression sur le Membre mettant en œuvre afin de provoquer une exécution intégrale des recommandations de l'O.R.D., et c'est à cela que sont destinées les suspensions de concessions.

L'étude de ces arbitrages dans le cadre du phénomène de juridictionnalisation de la phase de mise en œuvre n'aurait guère sa place si les deux procédures visées n'étaient pas, précisément, juridictionnelles. Nous les avons toutes deux désignées jusqu'ici par « arbitrages », et, on le sait, ce dernier est un mode juridictionnel de règlement des différends. Mais la question n'est pas de savoir si ces procédures sont bien juridictionnelles, il s'agit plutôt de déterminer si elles sont des *arbitrages*. En effet, la question de leur nature mérite d'être soulevée et précisée car, contrairement à la procédure au titre de l'article 21:5 qui, tant devant les groupes spéciaux que devant l'Organe d'appel, est essentiellement calquée sur la procédure initiale dont la qualité juridictionnelle est acquise, les procédures au titre de l'article 21:3 c) et de l'article 22:6 n'ont pas d'équivalent dans le règlement des différends de l'O.M.C. Or, une seule lecture cursive des deux dispositions qui leur sont consacrées appelle une hésitation sur l'adéquation entre la désignation conventionnelle dont elles font l'objet et la réalité de leur fonctionnement. Dans ces conditions, une appréciation de leur nature semble un détour indispensable : elle permet d'établir que ces deux procédures sont bien juridictionnelles, quand bien même elles présentent des différences sensibles par rapport à l'arbitrage interétatique en droit international général (Section I). Leur vocation particulière impose ensuite d'en préciser l'organisation, qui renforce la dynamique juridictionnelle sous-tendant la recherche d'exécution effective (Section II).

Section I Nature des « arbitrages »

Dans le droit international contemporain, l'arbitrage est considéré comme l'un des deux modes juridictionnels de règlement des différends, à côté du règlement judiciaire³⁷⁵. Sa nature juridictionnelle n'a pas toujours été acquise mais

375 L'histoire de l'arbitrage (au sens le plus large, c'est-à-dire celui d'application du droit en vue du règlement définitif d'un différend par un tiers indépendant, habilité à cette fin par les parties) s'est développée par à-coups. Pour une présentation concise de son évolution, et

s'est progressivement affirmée au cours du XIX^e, puis surtout du XX^e siècle, et est aujourd'hui incontestée³⁷⁶. Selon une définition doctrinale classique, l'arbitrage est ainsi un « mode de règlement juridictionnel des différends juridiques internationaux par des arbitres que les parties ont choisis et investis du pouvoir de rendre une décision sur la base du respect du droit »³⁷⁷. Précisons que l'arbitrage dont il sera question ici est l'arbitrage interétatique, puisque le mécanisme de règlement des différends de l'O.M.C. est exclusivement

en particulier sa juridictionnalisation, v. D. CARREAU et F. MARELLA, *Droit international*, 11^e éd., Paris, Pedone, 2012, p. 648-649 ; et P. DAILLIER, M. FORTEAU et A. PELLET, *Droit international public*, 8^e éd., Paris, L.G.D.J., s. d. [2009], p. 964-966. Après une longue période de désuétude, l'arbitrage connut un renouveau avec le Traité de Londres (Traité Jay) du 19 novembre 1794, qui prévoyait systématiquement le recours à l'arbitrage par des commissions mixtes pour le règlement des désaccords nés de l'indépendance des Etats-Unis. Mais c'est l'affaire de l'*Alabama* en 1872 qui marqua les débuts de l'arbitrage interétatique moderne, avec l'abandon de la pratique des commissions mixtes pour recourir à un véritable tiers indépendant, institué en organe arbitral collégial : v. le Traité de Washington du 8 mai 1871, et Tribunal arbitral, *Réclamations des Etats-Unis d'Amérique contre la Grande-Bretagne relatives à l'Alabama*, sentence du 14 septembre 1872, *R.S.A.*, vol. XXIX, p. 125-134. V. aussi les codifications entreprises par les conférences de La Haye : Convention de 1899 pour le règlement pacifique des conflits internationaux, révisée lors de la deuxième Conférence de La Haye en 1907 (création de la Cour permanente d'arbitrage), et Convention de 1907 pour le règlement pacifique des conflits internationaux (« De l'arbitrage international », articles 37 à 90). La C.D.I. a également inscrit dès 1949 la procédure arbitrale parmi les sujets dont la codification était envisageable, et un premier rapport puis un avant-projet ont été présentés par le Rapporteur spécial Scelle (v. G. SCELLE, « Arbitral procedure – Rapport », A/CN.4/18, *Annuaire C.D.I.*, 1950, II, p. 114-151), mais l'avant-projet a été rejeté.

376 Pour une présentation de l'ancienne controverse au sujet de la nature juridique de l'arbitrage, v. par exemple Ph. de BOURNONVILLE, *L'arbitrage*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 57-58.

377 J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, op. cit., p. 76-77. De la même manière, M. Jarrosson conclut que « l'arbitrage est l'institution par laquelle un tiers règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties, en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celles-ci », in Ch. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, Paris, L.G.D.J., 1987, p. 372. Le professeur Decaux propose une définition similaire, bien que moins resserrée, selon laquelle l'arbitrage est « un mode de règlement d'un litige international caractérisé par le recours des parties, d'un commun accord, à un tiers choisi par elles, avec l'engagement explicite ou implicite de se conformer à sa décision rendue sur les bases qu'elles auront elles-mêmes déterminées » in E. DECAUX, « Arbitrage entre sujets du droit international : Etats et organisations internationales », *Jurisclasseur, Droit international*, fasc. 245, p. 3.

interétatique³⁷⁸. Les deux traits distinctifs de l'arbitrage ressortent de la définition indiquée, ils tiennent à son caractère doublement conventionnel et juridictionnel : il est intrinsèquement conventionnel, puisqu'il naît d'une disposition d'arbitrage (clause compromissoire, compromis) ; par ailleurs, il est de nature juridictionnelle dans la mesure où la sentence à laquelle il mène est obligatoire, revêtue de l'autorité de la chose jugée³⁷⁹.

Partant de ces caractéristiques, les approches doctrinales classiques ont porté leur attention sur l'autonomie dont disposent les parties, comme étant l'élément caractéristique qui distingue l'arbitrage du règlement judiciaire³⁸⁰ : l'arbitrage

378 L'arbitrage privé et l'arbitrage mixte, qui a connu un important essor au cours des dernières décennies, en particulier en matière d'investissement, sont porteurs de certaines spécificités, bien que les éléments caractéristiques de l'arbitrage y soient les mêmes que dans l'arbitrage interétatique visé ici. A titre de comparaison, on peut citer une définition de l'arbitrage international commercial formulée dans la doctrine française : il est « une technique visant à faire donner la solution d'une question intéressant les rapports entre deux ou plusieurs personnes, par une ou plusieurs autres personnes – l'arbitre ou les arbitres – lesquelles tiennent leur pouvoir d'une convention privée et statuent sur la base de cette convention sans être investies de cette mission par l'Etat », in R. DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, Economica, 1982, p. 9. V. également Ph. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, Paris, Dalloz, 1965, p. 11 ; E. LOQUIN, « Arbitrage – Définition – Nature juridique – Distinction avec d'autres institutions – Avantages et inconvénients », *Jurisclasseur, Procédure civile*, fasc. 1005, 1997, p. 1.

379 A titre de comparaison, les mêmes caractéristiques sont identifiées comme constituant la clé de voûte de l'arbitrage commercial international in Ph. FOUCHARD, in E. GAILLARD et J. SAVAGE (eds), *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, La Haye, Kluwer Law International, 1999, spéc. p. 11.

380 Rousseau identifiait ainsi « la libre volonté des Etats intéressés » comme la « base fondamentale » du droit coutumier en matière d'arbitrage, in Ch. ROUSSEAU, *Droit international public – Tome V – Les rapports conflictuels*, op. cit., p. 316 par. 303. De la même manière, selon Cavaré, la juridiction arbitrale est « l'œuvre de la volonté des parties », v. L. CAVARÉ, *Le droit international public positif*, tome II, op. cit., p. 262. V. également E. DECAUX, « Arbitrage entre sujets du droit international : Etats et organisations internationales », op. cit., p. 3 ; Ph. FOUCHARD, « Introduction : spécificité de l'arbitrage international », *Rev. arb.*, 1981, p. 449-467 ; et, bien qu'il traite de l'arbitrage commercial, A. KASSIS, *L'autonomie de l'arbitrage commercial international*, Paris, L'Harmattan, 2006, 574 p. (dont les axes de réflexion portent sur l'autonomie de la convention d'arbitrage et l'autonomie dans le choix du droit applicable). Pour l'approche parmi les auteurs anglophones, v. par exemple R. L. BLEDSOE et B. A. BOCZEK, *The International Law Dictionary*, Santa Barbara et Oxford, Clio Press, 1987, p. 280 s., qui considèrent que « it differs from judicial settlement in the strict sense of the term in that the disputing parties normally have the freedom to select arbitrators and, to some extent, determine the procedure and the law to be applied » ; ou encore C. PARRY et J. P. GRANT (eds), *Encyclopaedic Dictionary of*

« n'existe que sur la base de l'acceptation préalable de l'Etat, qui conditionne et définit l'obligation arbitrale »³⁸¹. Dans le modèle traditionnel de l'arbitrage, les parties choisissent donc les arbitres, déterminent la procédure ainsi que le droit applicable, et ce sont elles qui, en amont, conviennent de recourir à ce mode de règlement des différends³⁸². Une fois cette autonomie exprimée, la procédure

International Law, New York, Oceana Publications, 1986, pour qui l'élément déterminant est le « *voluntary act on the part of the State* » (p. 26).

381 Ch. ROUSSEAU, *Droit international public – Tome V – Les rapports conflictuels*, op. cit., p. 316 par. 303.

382 Ce dernier élément est parfois considéré comme l'une des principales caractéristiques de la notion d'arbitrage, à côté de la détermination précise du différend et du caractère obligatoire de la sentence. V. par exemple J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, op. cit., p. 76. L'essor d'un certain nombre de *fora* d'arbitrage institutionnalisés ne remet pas fondamentalement en cause l'origine consensuelle du recours à l'arbitrage. On pense par exemple aux développements qu'a connus le droit des investissements dans les dernières décennies : la Convention de Washington exige en principe un double consentement pour que soit établie la compétence du CIRDI, bien que cette condition fut sensiblement transformée par les sentences *SPP contre Egypte* du 14 avril 1988 et *AAPL contre Sri Lanka* du 27 juin 1990 en ce qu'il est devenu habituel d'appeler un « consentement dissocié » : le premier consentement est constitué par la ratification par un Etat de la Convention de Washington, tandis que le deuxième consentement s'exprime lorsqu'un investisseur invoque la clause CIRDI inscrite dans une loi nationale ou un traité bilatéral d'investissement, et qui s'analyse en quelque sorte comme une offre permanente, ou offre publique d'arbitrage. On a pu y voir le glissement de l'arbitrage CIRDI vers un mode d'arbitrage « forcé », mais cette analyse semble trop alarmiste dans la mesure où le consentement des deux parties, quoique dissocié, reste la pierre angulaire de la compétence du tribunal arbitral. Cependant, l'arbitrage forcé (ou « obligatoire ») existe bien, car il est des hypothèses où la procédure est imposée aux parties par le législateur, comme unique mode de régler un différend. A titre d'exemple, un cas d'arbitrage forcé était celui que visait l'ancien article L.761-5 du code du travail (abrogé en 2008), qui prévoyait la saisine obligatoire d'une commission arbitrale pour déterminer l'indemnité de congédiement due aux journalistes professionnels lorsque la durée des services était supérieure à quinze mois. Pour revenir au droit international et au consentement dissocié du CIRDI, le fait que ce phénomène assez récent soit appelé « arbitrage transnational unilatéral » n'implique pas une absence d'autonomie et plus spécifiquement de consentement des deux parties, mais désigne simplement le fait que les personnes privées sont désormais les seules à pouvoir initier un tel arbitrage (étant elles-mêmes à l'abri d'un arbitrage contre elles, qui serait déclenché par l'Etat), sous la réserve que l'Etat défendeur ait préalablement exprimé son consentement par la ratification de la Convention de Washington. V. sur ce thème A. PRUJINER, « L'arbitrage unilatéral : un coucou dans le nid de l'arbitrage conventionnel ? », *Rev. arb.*, 2005, n° 1, p. 63-99 ; F. HORCHANI, « Le droit des investissements à l'heure de la mondialisation », *J.D.I.*, 2004, n° 2, p. 369 s., et W. BEN HAMIDA, *L'arbitrage transnational unilatéral – Réflexions sur une*

conduit à une sentence obligatoire pour les parties, et c'est là le critère qui situe l'arbitrage parmi les modes juridictionnels de règlement des différends. *Quid* alors des procédures au titre des articles 21:3 c) et 22:6, que le Mémorandum lui-même qualifie d'arbitrages ? Au premier abord, elles déconcertent par l'impossibilité d'un rattachement univoque à une catégorie juridique existante, qui conduit au constat peu satisfaisant de leur hybridité (§ 1). Au moyen d'une perspective fonctionnelle, on en saisit toutefois plus pleinement le rôle au sein de l'encadrement de la mise en œuvre des recommandations de l'O.R.D. (§ 2).

§ 1 Des procédures hybrides

L'interrogation au sujet de la nature des procédures naît du Mémorandum même, puisque c'est lui qui emploie le terme d'arbitrage et établit ainsi une distinction par rapport aux procédures judiciaires de droit commun. Les dispositions qui leur sont consacrées rendent leur désignation surprenante, d'autant plus qu'on observe qu'il existe au sein du règlement des différends plusieurs types de procédures qualifiées d'arbitrage : celles disponibles dans la phase de mise en conformité (A.), et celle de l'article 25, conçue comme un mode alternatif de règlement des différends (B.).

A *Arbitrages spécifiques à la phase de mise en œuvre*

Les deux procédures doivent être mises à l'épreuve des éléments distinctifs de l'arbitrage international identifiés par la doctrine, ses caractères conventionnel et juridictionnel. S'agissant de l'autonomie des parties, le Mémorandum n'en laisse quasiment aucune aux Membres (1.). En revanche, les décisions rendues dans le cadre d'une procédure au titre des articles 21:3 c) et 22:6 sont revêtues d'autorité de chose jugée (2.) : elles s'inscrivent bien parmi les actes juridictionnels, en dépit de l'incertitude de leur qualité précise d'arbitrage que nous chercherons ici à lever.

1 Caractère faiblement consensuel des procédures

Le nominalisme n'étant qu'un indice peu fiable, les éclairages sur la nature des procédures ne peuvent provenir que d'une confrontation avec la définition doctrinale de l'arbitrage en droit international, et notamment au critère de

procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique, thèse, dact., Université Paris II (Panthéon-Assas), 2003, 700 p. ; *id.*, « L'arbitrage Etat-investisseur face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridictions », *A.F.D.I.*, 2005, spéc. p. 565-566.

l'autonomie des parties qu'elle implique³⁸³. En d'autres termes, le pivot de l'arbitrage est classiquement le consentement des parties, au sens d'une grande marge de liberté par laquelle elles sont maîtresses de tous les aspects afférents à la procédure, ou par laquelle elles investissent le tribunal arbitral du pouvoir d'opérer les choix qui leur reviennent en principe. Or, la seule lecture des articles 21:3 c) et 22:6 du Mémorandum permet de douter de l'existence d'une telle autonomie. Plusieurs raisons, à différents degrés, alimentent ainsi l'hésitation quant à la nature arbitrale des procédures sur le délai raisonnable et au sujet d'une proposition de suspension de concessions.

a *Différend soumis à arbitrage*

D'abord, le Mémorandum établit sans équivoque que les deux procédures sont spécialisées, au point d'avoir un objet exclusif de tout autre. L'article 21:3 dispose que « [l]e délai raisonnable sera [...] un délai déterminé par arbitrage contraignant ». La procédure est donc destinée seulement à fixer le délai dans lequel le défendeur devra avoir exécuté la décision initiale ; tout désaccord portant sur un autre objet est exclu de son champ. De la même manière, la question soumise à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 est strictement limitée à l'hypothèse d'une contestation du niveau de la suspension de concessions proposée ou de l'allégation que les principes et procédures énoncés à l'article 22:3 n'ont pas été suivis lorsque le plaignant initial a demandé à l'O.R.D. l'autorisation de suspendre des concessions³⁸⁴. Le Mémorandum prend même le soin de le préciser explicitement dans son article 22:7, soulignant que l'arbitre n'a pas à examiner la *nature* de la suspension proposée par le plaignant initial. Les deux procédures d'arbitrage des articles 21:3 c) et 22:6 n'existent donc que pour régler ces questions prédéterminées, qui font par ailleurs apparaître l'élasticité de la notion de différend juridique³⁸⁵. A elle seule, cette observation ne permet toutefois pas de disqualifier ces procédures de l'arbitrage. Une loi nationale

383 Dans la doctrine francophone, seules deux études ont mis en question le nominalisme et examiné la nature des procédures qualifiées d'arbitrage par le Mémorandum : L. BOISSON DE CHAZOURNES, « L'arbitrage à l'OMC », *Rev. arb.*, 2003, n° 3, p. 949-988 ; et H. RUIZ FABRI, « Le règlement des différends de l'OMC : une forme d'arbitrage ? », *op. cit.*, p. 97-119, spéc. au sujet des procédures de la mise en conformité p. 104-111.

384 Cet aspect sera étudié plus spécifiquement *infra* au titre de la contrainte à l'exécution, Deuxième partie, Titre II, Chapitre II. Il suffit de signaler ici que cette disposition fixe une hiérarchie procédurale à laquelle doit obéir le choix de la nature de la suspension, qui n'est donc pas laissé à l'entière discrétion du plaignant initial.

385 Pour une discussion éclairante de cette question, et notamment au sujet de la délimitation parfois ténue avec les différends non juridiques, v. G. SACERDOTI, « The nature of WTO arbitrations on retaliation », *op. cit.*, spéc. p. 26-31.

peut en effet exceptionnellement imposer le recours à l'arbitrage pour le règlement d'une question spécifique ; à titre d'exemple, on pense notamment à l'article L.761-5 désormais abrogé du code du travail français, qui renvoyait obligatoirement vers l'arbitrage les désaccords spécifiques au sujet de l'indemnité de congédiement due aux journalistes professionnels.

b *Caractère unilatéral du recours*

Ensuite, les deux procédures peuvent être actionnées unilatéralement et, dans le cas de celle de l'article 22:6, elle ne peut même l'être qu'unilatéralement. L'article 21:3 indique plusieurs options de fixation du délai de mise en œuvre, le recours à l'arbitrage étant proposé en dernier et répondant à l'hypothèse où le délai n'aurait pu être convenu autrement, c'est-à-dire soit sur proposition du Membre mettant en œuvre et par approbation par l'O.R.D., soit par accord entre les seules parties au différend³⁸⁶. S'il est possible pour les deux parties de demander conjointement la fixation du délai par un arbitre, il reste que la formulation de l'article 21:3 c) indique que le recours la procédure est un droit. En d'autres termes, un Membre peut recourir unilatéralement à l'arbitrage et imposer à l'autre partie la procédure. Le cas de l'arbitrage au titre de l'article 22:6 est encore plus clair : la formule employée fait apparaître que le déclenchement de la procédure appartient au seul défendeur initial qui conteste la licéité de la suspension proposée. Si certains auteurs considèrent que l'autonomie dans l'arbitrage exclut toute hypothèse de contrainte³⁸⁷, cette circonstance ne nous semble cependant pas à elle seule remettre fondamentalement en cause la liberté des parties, ou du moins la dimension consensuelle des deux procédures. D'une part, le consentement initial dans le cas d'un hypothétique différend à la soumission à l'arbitrage est bien acquis, par l'adhésion aux accords de l'O.M.C. qui emporte celle au Mémorandum d'accord. Elle implique alors le consentement à la juridiction obligatoire du mécanisme de règlement des différends et l'acceptation du mode de saisine unilatérale ; s'agissant plus spécifiquement des deux procédures concernées ici, elle s'analyse selon nous comme un consentement anticipé et de validité permanente à l'arbitrage au titre des articles 21:3 c) et 22:6, qui évoque l'offre permanente d'arbitrage dans le cadre du consentement dissocié que connaît le CIRDI. D'autre part, s'agissant de la procédure de l'article 21:3 c), le recours même n'est ni imposé ni obligatoire, il

386 Article 21:3 a) et b) du Mémorandum.

387 V. Ch. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, *op. cit.*, p. 13-20. La question qu'il soulève est celle de savoir si l'élimination de l'aspect conventionnel ne supprime pas une caractéristique déterminante de l'institution d'arbitrage et, par là même, la disqualifie comme tel et la reclasse dans la catégorie du règlement judiciaire.

se présente plutôt comme l'une des deux branches d'une alternative. En effet, les deux premières options de l'article 21:3 expriment bien qu'un délai fixé par accord bilatéral ou multilatéral, d'un point de vue pragmatique, est préférable ; la fixation du délai par consentement (bilatéral ou multilatéral) constitue ainsi la première branche de l'alternative. La procédure au titre de l'article 21:3 c) en constitue la seconde branche : elle exprime l'option à laquelle il peut être recouru *à défaut* d'un consentement au sujet du délai³⁸⁸. Rien n'oblige donc les parties à recourir à l'arbitre. En revanche, dès lors que cette proposition de l'alternative se réalise, elle est en effet obligatoire et l'arbitre peut être saisi unilatéralement. Le mode unilatéral de saisine s'agissant de ces deux procédures ne suffit donc pas pour refuser d'y voir de l'arbitrage ; cependant, il confirme davantage l'érosion de l'autonomie des parties dans le mécanisme de l'O.M.C.

c *Choix des arbitres*

En outre, le choix de l'arbitre n'appartient pas pleinement aux parties. Précisons dès ici que nous nous référons toujours à l'organe arbitral au singulier, en l'appelant « arbitre » même lorsqu'il comporte plusieurs membres comme c'est le cas dans les procédures de l'article 22:6³⁸⁹. S'agissant de la procédure au sujet du délai raisonnable, il découle pourtant de la note 12 à l'article 21 qu'elles disposent d'un délai de dix jours après le recours à l'arbitrage pour désigner d'un commun accord l'arbitre chargé de la procédure. Cependant, lorsqu'elles ne parviennent pas à s'entendre sur l'identité de l'arbitre, sa désignation est renvoyée au Directeur général. Dans la quasi-totalité des affaires, c'est ainsi à lui qu'échoit cette mission. La pratique a rapidement révélé que son choix (mais aussi celui des parties) se porte généralement sur un membre ou un ancien

388 Mme Hughes, alors Directrice des services juridiques du Secrétariat de l'Organe d'appel, écrivait que l'arbitrage au titre de l'article 21:3 « *does not proceed on the basis of mutual agreement, but rather by way of a default mechanism when the parties fail to agree on the reasonable period of time for compliance* », in V. HUGHES, « Arbitration within the WTO », in F. ORTINO et E.-U. PETERSMANN (eds), *The WTO Dispute Settlement System 1995-2003*, La Haye, Kluwer Law International, 2004, p. 82. Il nous semble que l'assertion doit cependant être nuancée : s'il est vrai que le fondement de l'arbitrage n'est pas une convention entre les parties et qu'au contraire, l'une d'elle peut voir la procédure engagée sans pouvoir s'y opposer, la procédure *peut* néanmoins résulter d'un accord entre les parties. Qu'elle opère à titre de « mécanisme par défaut » est une description exacte, mais cela n'empêche pas l'hypothèse d'un accord lorsque les parties se trouvent dans la situation qui fait intervenir l'arbitrage, et conviennent toutes deux de soumettre la question à un arbitre.

389 C'est également ce que précise la note 15 à l'article 22:6 du Mémoire : « [l]e terme "arbitre" s'entend soit d'une personne, soit d'un groupe ».

membre de l'Organe d'appel³⁹⁰, y compris issu de la section en charge de l'appel, si l'affaire en question avait fait l'objet d'un appel³⁹¹. La seule affaire dans laquelle les parties ont dérogé à l'exception devenue la règle, c'est-à-dire sont parvenues à s'entendre elles-mêmes sur l'arbitre, est le différend *Japon – DRAMS*³⁹². En toute hypothèse, et quand bien même le Mémoire impose au Directeur général de consulter les parties au sujet de l'identité de l'arbitre qu'il doit désigner, ces dernières ne peuvent pas refuser l'arbitre qu'il choisit. Cependant, là où le Mémoire leur accordait une part de discrétion s'agissant du choix de l'arbitre, il la supprime entièrement pour la procédure de l'article 22:6 : celle-ci sera assurée « par le groupe spécial initial, si les membres sont disponibles, ou par un arbitre désigné par le Directeur général ». Les parties n'interviennent à aucun moment dans la composition de l'organe arbitral.

d *Choix de la procédure*

Le Mémoire ne renvoie pas non plus expressément aux parties le choix de la procédure. Mais il ne les en prive pas non plus expressément : il est simplement muet à ce sujet. L'article 21:3 c) est extrêmement bref et ne mentionne aucune question de procédure ; l'article 22:6, plus détaillé, fait également l'impasse sur la question. Il reste que, de fait, s'agissant de la procédure de l'article 21:3 c) les parties n'ont jamais revendiqué de participer à l'élaboration de la procédure et ce sont les arbitres qui se sont naturellement emparés de la fixation du calendrier. Le même constat vaut pour la procédure au titre de l'article 22:6, mais elle a la particularité, nous y reviendrons, d'avoir été développée avec beaucoup de précision par les arbitres³⁹³, contrairement à celle, très rudimentaire, établie par l'arbitre du délai raisonnable.

390 Le second cas de figure seulement dans les affaires *Communautés européennes – Classification douanière des morceaux de poulet désossés et congelés*, où l'arbitre désigné était M. Claus-Dieter Ehlermann, et *Etats-Unis – Jeux*, où il s'agissait de M. James Bacchus. Au moment de leur désignation, tous les deux étaient avocats, mais avaient auparavant siégé à l'Organe d'appel.

391 Cette dernière pratique a cependant été abandonnée.

392 Par une lettre conjointe du 4 mars 2008 (WT/DS336/14), la Corée et le Japon ont demandé à M. David Unterhalter, membre de l'Organe d'appel, d'exercer les fonctions d'arbitre pour déterminer le délai raisonnable de mise en œuvre. V. la décision de l'arbitre, *Japon – Droits compensateurs visant les mémoires RAM dynamiques en provenance de Corée – Arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, WT/DS336/16, 5 mai 2008, par. 3.

393 Cet aspect sera développé *infra*, Section II, § 2.

e *Choix du droit applicable*

Enfin, le droit applicable ne relève pas expressément et exclusivement de l'autonomie des parties, encore que pour la procédure relative au délai d'exécution, comme le souligne Mme Ruiz Fabri, la question soit ambiguë³⁹⁴. L'article 21:3 c) donne en effet une ligne directrice qui renvoie à la fois vers l'arbitre et vers les parties, ce qui rend incommode de localiser précisément le siège de la volonté déterminante. Ainsi, d'un côté, l'arbitre « devrait partir du principe que le délai raisonnable pour la mise en œuvre des recommandations du groupe spécial ou de l'Organe d'appel ne devrait pas dépasser 15 mois », une instruction par laquelle le Mémoire attribue clairement à l'arbitre une importante discrétion dans l'appréciation du délai. De l'autre côté, la disposition indique que les parties peuvent faire valoir que les « circonstances », justifiant un délai plus ou moins long, ce qui conduit alors l'arbitre à examiner, souvent minutieusement, le système juridique interne du défendeur initial. Mais cela ne signifie pas pour autant que le choix du droit applicable reviendrait aux parties. D'abord, les circonstances que peut invoquer l'une ou l'autre ne relèvent pas du droit, ils sont seulement des éléments de fait. Ensuite, le défendeur initial n'a aucune emprise sur ce dont l'arbitre tiendra compte. Enfin, et quoi qu'il en soit des précédentes objections, les « circonstances » invoquées ne font de toutes les façons pas l'objet d'un accord des deux parties. Par ailleurs et peut-être surtout, s'agissant de l'examen que mène l'arbitre et de la fixation de délai qui en résulte, on peut se demander s'ils sont véritablement commandés par le *droit*³⁹⁵. En effet, l'arbitre doit déterminer le délai raisonnable de mise en œuvre, et il doit le faire en tenant compte des indications de l'article 21:3 : la mention des quinze mois, et les « circonstances » qui peuvent justifier un délai plus ou moins long. En d'autres termes, la procédure s'articule dans la pratique autour des circonstances invoquées par l'une ou l'autre des parties, généralement le défendeur initial qui revendique un certain délai, et que le plaignant initial conteste en réfutant la pertinence des circonstances avancées. Nous y reviendrons plus précisément, mais il est d'ores et déjà apparent que l'appréciation de l'arbitre porte sur des questions techniques (par exemple la procédure législative ou administrative interne et ses multiples contraintes) qui tiennent toutes à des aspects juridiques, politiques ou économiques de l'ordre *interne*. En ce sens, la détermination du délai raisonnable par l'arbitre au titre de l'ar-

394 H. RUIZ FABRI, « Le règlement des différends de l'OMC : une forme d'arbitrage ? », *op. cit.*, spéc. p. 105.

395 V. sur ce point *ibid.*

ticle 21:3 c) ne s'analyse pas formellement comme une application du *droit*³⁹⁶. La seule disposition guidant l'arbitre est l'article 21:1, en particulier en ce qu'il oblige les Membres à mettre en œuvre les recommandations de l'O.R.D. dans les moindres délais. La mission de l'arbitre participe et contribue alors incontestablement à *faire appliquer* l'obligation qu'impose cette disposition, mais il n'*applique* pas à proprement dire le droit énoncé par le Mémorandum.

Quant à la procédure relative à une suspension de concessions, l'article 22:6 ne donne pas aux parties le choix du droit applicable. Cependant, la question y est plus complexe, ou du moins elle peut s'analyser à deux niveaux. S'agissant des contestations relatives au niveau proposé d'une suspension, on peut leur transposer le constat que nous venons de faire au sujet de l'arbitrage du délai raisonnable : l'appréciation de l'équivalence, comme celle du délai d'exécution, ne repose pas sur une application du droit, elle découle d'une confrontation de calculs économiques. Ceux-ci permettent certes à l'arbitre de *faire appliquer* le principe d'équivalence, mais rien dans cette appréciation ne résulte en lui-même d'une application du droit. S'agissant en revanche du deuxième type de contestation possible, c'est bien d'une application du droit qu'il s'agit : lorsqu'un défendeur initial allègue que le plaignant n'aurait pas respecté les principes et procédures énoncés à l'article 22:3, la mission de l'arbitre consiste à vérifier la licéité de la demande de suspension de concessions formulée par le plaignant au regard des prescriptions énoncées par le Mémorandum. Ce volet de l'arbitrage au titre de l'article 22:6 consiste donc bien en une application du droit. Il reste que les parties n'en ont pas davantage le choix car l'article 22 l'établit clairement : le droit applicable est le droit de l'O.M.C., et en premier lieu les dispositions du Mémorandum³⁹⁷.

396 Cela fait écho à la réflexion sur la conception large d'un différend *juridique* signalée ci-dessus. Pour rappel, v. à ce sujet G. SACERDOTI, « The nature of WTO arbitrations on retaliation », *op. cit.*, qui considère bien qu'il s'agit d'une forme d'arbitrage, tout en observant au sujet spécifiquement de la procédure de l'article 21:3 c) qu'il est atypique et la fonction de l'arbitre inhabituelle : « [h]is or her tasks [...] are more akin to those of an expert entrusted with the completion of an element of a contract, such as to determine the "fair market value" of an asset in a sale » (p. 31).

397 Toutefois, certains arbitres se sont également interrogés sur l'opportunité voire la nécessité de tenir compte d'accords bilatéraux conclus par les parties et notifiés à l'O.R.D. v. par exemple la décision de l'arbitre, *Brésil – Programme de financement des exportations pour les aéronefs – Recours du Brésil à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS46/ARB, 28 août 2000, par. 3.6-3.10. La question qui surgit alors inévitablement est celle de la compétence des arbitres pour interpréter un traité international, mais les arbitres ont en l'espèce considéré que la question de la validité du traité restait sans incidence sur celle qu'ils avaient à examiner,

De l'autonomie des parties il ne reste ainsi qu'une étroite marge concernant le choix des arbitres. Tous les autres aspects des procédures relatives au délai de mise en œuvre et à la suspension de concessions échappent en revanche aux parties, au profit de l'organe arbitral. Cette esquisse, quoique cursive, permet de douter de ce que les procédures qualifiées d'arbitrage par les articles 21:3 c) et 22:6 en relèvent véritablement.

2 Force obligatoire des décisions rendues

Malgré l'absence presque totale de pouvoir de décision autonome des parties s'agissant des procédures, celles-ci revêtent un caractère juridictionnel au regard d'un seul critère déterminant : le caractère obligatoire des décisions rendues par les arbitres³⁹⁸. S'agissant de la procédure relative au délai d'exécution, le Mémoire établit que la décision de l'arbitre s'impose aux parties, bien qu'il ne l'explicite pas au moyen du vocabulaire qui a généralement cours pour affirmer la force de chose jugée des sentences arbitrales. L'article 21:3 c) énonce ainsi expressément le caractère « contraignant » de l'arbitrage auquel recourent les parties. On pourrait entendre cette précision dans le seul sens du

ce qui leur permettait de ne pas avancer sur un terrain où ils se seraient exposés à des contestations relatives à leur compétence.

398 Par exemple, dans les mots de M. Decaux, « le caractère obligatoire de la sentence [...] est au cœur de la définition de l'arbitrage », in E. DECAUX, « Arbitrage entre sujets du droit international : Etats et organisations internationales », *op. cit.*, p. 3. Il existe cependant des cas dans lesquels les parties conviennent, à l'avance, de « suspendre » (en quelque sorte) l'obligatorité intrinsèque de la sentence arbitrale et de rendre ses effets fonction d'un consentement explicite ultérieur. Ces sentences ne revêtent alors qu'un caractère consultatif. On en trouve un exemple dans la Convention du 29 mars 1972 sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux, dont l'article XIX paragraphe 2 dispose que « [l]a décision de la Commission a un caractère définitif et obligatoire si les parties en sont convenues ainsi ; dans le cas contraire, la Commission rend une sentence définitive valant recommandation, que les parties prennent en considération de bonne foi ». De la même manière, dans l'*Affaire relative à l'or de la Banque nationale d'Albanie*, les Etats-Unis, la France, le Royaume-Uni avaient signé le 25 avril 1951 un accord par lequel ils convenaient de soumettre à l'arbitrage certaines réclamations relatives à l'or pillé par l'Allemagne à Rome en 1943. Par cet accord, les parties demandaient au Président de la Cour internationale de Justice de « désigner comme arbitre un juriste éminent et impartial afin de leur donner un avis sur la décision qu'ils devraient adopter » (pt 1), et il était entendu que cet arbitre n'émettrait qu'un « avis sous la forme d'une opinion entièrement motivée » (pt 3), que les parties accepteraient cependant (pt 5), v. *Affaire relative à l'or de la Banque nationale d'Albanie*, avis arbitral du 20 février 1953, *R.S.A.*, vol. XII, p. 19-21. V. également sur ce thème L. CAFLISCH, « L'avenir de l'arbitrage interétatique », *A.F.D.I.*, 1979, p. 18.

mode unilatéral de saisine et nous l'avons évoquée ainsi dans les développements précédents. Mais cette configuration implique le caractère obligatoire de la décision rendue par l'arbitre : sinon, à quoi bon servirait de mettre en place une procédure à laquelle le « défendeur » ne peut se soustraire s'il pouvait échapper à la sentence rendue ? Par ailleurs, s'il en était besoin, la version anglaise vient dissiper le doute sur le sens à donner au terme « contraignant », l'expression employée y étant « *binding arbitration* » (à titre de comparaison, la saisine unilatérale se dit en anglais « *unilateral application* » ou « *unilateral request* ») : c'est donc bien une décision obligatoire pour les parties que rendent les arbitres³⁹⁹. L'autorité de chose jugée d'une décision rendue au titre de l'article 21:3 c) se distingue au demeurant des actes juridictionnels produits dans les procédures judiciaires, qu'elles relèvent de la phase initiale ou de celle de mise en œuvre : une fois déclenché, à aucun moment l'arbitrage sur le délai raisonnable ne fait intervenir l'organe politique. En particulier, la décision rendue n'est pas soumise à l'O.R.D. pour endossement formel, il n'existe donc pas de disjonction entre l'énoncé et l'énonciation, comme elle se produit s'agissant des rapports rendus par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel : la décision arbitrale tire sa force obligatoire du seul énoncé de l'arbitre, qui vaut simultanément énonciation formelle⁴⁰⁰. En somme, le délai que détermine l'arbitre oblige les parties : d'abord et surtout, le Membre mettant en œuvre qui doit exécuter son obligation de mise en œuvre ; mais aussi le plaignant initial puisque le délai raisonnable accordé par l'arbitre est synonyme du temps qu'il devra encore subir la violation ou le dommage sans pouvoir licitement y réagir : tant que le délai raisonnable de mise en conformité n'a pas expiré, le défendeur initial n'est pas en situation d'inexécution. En revanche, si l'exécution n'est pas intégralement achevée à l'expiration du délai, il aura manqué à son obligation de mise en conformité, et les conséquences juridiques que le Mémoire y attache deviendront alors disponibles pour le plaignant initial⁴⁰¹. Précisons que, comme pour les procédures de groupe spécial ou

399 En ce sens, v. par exemple D. LUFF, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce – Analyse critique*, op. cit., qui qualifie la décision arbitrale d'« obligatoire et définitive » (p. 932) ; A. STEINMANN, « Article 21 DSU », op. cit., p. 508 par. 34.

400 Les décisions des arbitres au titre de l'article 21:3 c) sont simplement communiquées à l'ensemble des Membres et rendues publiques en étant postées sur le site internet de l'Organisation. V. aussi P. VAN DEN BOSSCHE, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, 2^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 299.

401 Les conséquences du manquement à l'obligation d'exécution sont développées, en particulier, dans le cadre de l'étude de la contrainte à la mise en conformité, Deuxième partie, Titre II ; certains aspects sont cependant déjà traités dans la présente partie, Titre II, sous l'angle du droit de la responsabilité.

d'Organe d'appel, l'autorité de chose jugée d'une décision rendue au titre de l'article 21:3 c) n'est jamais que relative⁴⁰² ; le délai fixé dans une affaire n'oblige d'aucune manière dans une autre affaire. Au mieux, c'est le raisonnement de l'arbitre qui peut faire autorité dans des affaires se prêtant à l'emprunt – mais ce n'est là plus une question d'autorité de chose jugée mais de précédent. Ajoutons enfin que l'arbitrage n'étant conçu que comme subsidiaire aux négociations entre les parties, comme l'ensemble des procédures juridictionnelles du mécanisme, les parties ont toujours la possibilité de convenir ultérieurement d'une prorogation, comme elles l'ont fait dans l'affaire *Etats-Unis – Article 110 5*), *Loi sur le droit d'auteur*⁴⁰³. Bien que la priorité des négociations soit dans la logique du système, c'est alors l'efficacité de la sentence qui est compromise, et plus largement l'utilité d'une telle procédure si sa fonction doit s'effacer devant l'« irréductible diplomatique »⁴⁰⁴.

S'agissant de l'arbitrage relatif à une suspension de concessions, le Mémoire est plus explicite encore : l'article 22:7 dispose que « [l]es parties accepteront comme définitive la décision de l'arbitre et les parties concernées ne demanderont pas un second arbitrage »⁴⁰⁵. Tout comme pour l'arbitrage sur le délai de mise en œuvre, la décision devient obligatoire par elle-même, sans tirer sa force juridique d'un acte de l'organe politique, auquel elle est simplement notifiée. Cette caractéristique est à la fois l'unique maillon rattachant ces deux procédures à l'arbitrage, mais également un témoin important de la juridiction dans la phase d'exécution. Autrement, on détecte ni dans la procédure de l'article 21:3 c) ni dans celle de l'article 22:6 l'autonomie caractéristique de l'arbitrage selon sa définition doctrinale classique. Leur nature reste donc

402 On l'aperçoit ne serait-ce qu'à la possibilité pour un défendeur de négocier des délais de mise en œuvre différents avec plusieurs plaignants initiaux. Cette possibilité sera précisée *infra*, Section II, § 2.

403 V. en ce sens la proposition adressée par les Etats-Unis à l'O.R.D. de proroger le délai d'exécution jusqu'au 31 décembre 2001, qui mettait l'accent sur l'objectif de parvenir à une solution *mutuellement satisfaisante* du différend, objectif qui, sans surprise, convenait mieux aux Etats-Unis dans l'espèce que celui de parvenir à une résolution *rapide* (v. *Etats-Unis – Article no 5*) de la *Loi des Etats-Unis sur le droit d'auteur*, « Modification proposée du délai raisonnable prévu à l'article 21:3 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends », WT/DS160/14, 18 juillet 2001). Les Communautés européennes et le Japon sont convenus avec les Etats-Unis de l'allongement proposé, et l'O.R.D. a accepté la prorogation de six mois à sa réunion du 24 juillet 2001 (v. O.R.D., « Compte rendu de la réunion du 24 juillet 2001 », WT/DSB/M/107, 11 septembre 2001, par. 62-66).

404 H. RUIZ FABRI, « Chronique du règlement des différends (2001) », *op. cit.*, p. 877-879.

405 Dans la version anglaise du Mémoire : « *The parties shall accept the arbitrator's decision as final and the parties concerned shall not seek a second arbitration* ».

incertaine, et cette incertitude est alimentée par le Mémorandum qui met en place un type encore différent de procédure, par un article 25 cette fois expressément intitulé « Arbitrage ».

B Cas particulier de l'arbitrage de l'article 25

La procédure de l'article 25 doit être examinée ici non seulement au titre des éléments de comparaison avec les deux autres procédures visées précédemment, mais aussi en raison de l'utilisation dont elle a fait l'objet, non prévue par le Mémorandum. En effet, alors qu'elle se présente comme une alternative à la procédure de droit commun, elle a été actionnée (une seule fois) au stade de l'exécution des recommandations de l'O.R.D. Elle mérite alors d'autant plus sa place dans le cadre d'une étude du contentieux de la mise en conformité que la pratique a révélé qu'elle est susceptible d'en faire partie.

1 Configuration et nature de la procédure

Dans le contexte global du mécanisme de règlement des différends, la procédure de l'article 25 présente plusieurs spécificités. D'abord, le Mémorandum la qualifie d'« autre moyen de règlement des différends »⁴⁰⁶ ; elle est donc conçue comme une alternative aux procédures de droit commun, qui relèvent du mode judiciaire et sont elles-mêmes déjà subsidiaires à la résolution des litiges par la voie de la négociation. Ensuite, l'article 25 impose l'accord mutuel des parties pour y recourir, ce qui évacue d'emblée toute possibilité de saisine unilatérale telle qu'elle existe pour les procédures relatives au délai d'exécution et à la suspension de concessions. Par ailleurs, l'O.R.D. n'intervient à aucun moment puisque les parties ont pour seule obligation, à son égard, de lui notifier leur décision de recourir à cette procédure⁴⁰⁷. Et enfin, elle se

406 Ce qui en fait, selon M. Monnier, la plus diplomatique des procédures dans le règlement des différends à l'O.M.C., v. P. MONNIER, « Working Procedures before Panels, the Appellate Body and Other Adjudicating Bodies of the WTO », *Law & Prac. Int. Cts & Tribunals*, 2002, vol. 1, n° 3, p. 512.

407 L'O.R.D. n'exerçant ici aucun contrôle multilatéral du recours à l'article 25 et le Mémorandum ne fournissant aucune indication précise, l'arbitre était confronté à la question de sa propre compétence. Nous y reviendrons, il suffit ici d'indiquer qu'en vertu du principe selon lequel le juge est compétent pour statuer sur sa propre compétence, dont l'arbitre a estimé qu'il s'applique également aux organes arbitraux, il a considéré qu'il lui appartenait de s'assurer du respect des règles et principes régissant le mécanisme de règlement des différends, et notamment de veiller à ce que cette procédure ne serve pas à contourner les dispositions de l'article 22:6. V. la décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Article no 5) de la Loi sur le droit d'auteur – Recours à l'arbitrage au titre de l'article 25 du*

distingue des autres procédures en faisant véritablement place à l'expression de la volonté des parties.

Celles-ci doivent en effet convenir, outre du recours même à l'arbitrage, de la question spécifique à soumettre à l'organe arbitral, de sa composition, de la procédure à suivre, ainsi que de l'éventuelle participation de Membres tiers. Ces seules caractéristiques font apparaître un degré d'autonomie particulièrement élevé pour les parties, et elles correspondent exactement aux aspects au sujet desquels s'exprime classiquement la volonté des parties lorsqu'elles recourent à l'arbitrage. A cela s'ajoute l'élément essentiel de la force obligatoire la décision rendue par l'arbitre : « [l]es parties à la procédure conviendront de se conformer à la décision arbitrale »⁴⁰⁸ ; cela implique qu'elle est définitive et donc insusceptible de recours. En outre, la décision arbitrale tire d'elle-même sa force obligatoire et ne provient pas de l'intervention de l'O.R.D. Enfin, les parties ne sont pas libres de l'exécution de la sentence puisque le Mémoire prévoit l'application *mutatis mutandis* des articles 21 et 22 aux difficultés que soulèverait l'exécution. Les mesures prises pour exécuter une décision arbitrale au titre de l'article 25 sont donc susceptibles de faire l'objet d'un contrôle de compatibilité par un groupe spécial établi au titre de l'article 21:5⁴⁰⁹ ; de même, l'inexécution persistante peut être sanctionnée par une suspension de concessions. Au regard de ces éléments, succinctement esquissés, on perçoit d'ores et déjà deux choses. La première est que la procédure est en principe conçue comme une alternative à la procédure *initiale* de droit commun ; la seconde que l'article 25 met en place une véritable procédure d'*arbitrage* des plus classiques, au sens doctrinal indiqué ci-dessus.

2 Mise en œuvre de la procédure

Toutefois, l'unique utilisation de cette procédure n'a pas été classique, ou du moins elle s'est échappée du cadre qui semble avoir été envisagé par les négociateurs⁴¹⁰. En effet, l'article 25 présentant explicitement la procédure

Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS160/ARB25/1, 9 novembre 2001, par. 2.1 et note 22.

408 Article 25:3 du Mémoire.

409 Cela soulève d'autres questions, comme celles de savoir comment serait alors composé l'organe de jugement, et dans quelle mesure la procédure au titre de l'article 21:5 pourrait servir ou être détournée pour faire appel de la sentence arbitrale, alors que l'article 25:3 implique que la décision rendue n'est susceptible d'aucun recours. Sur ces questions, et plus généralement sur l'arbitrage au titre de l'article 25, v. V. HUGHES, « Arbitration within the WTO », *op. cit.*, p. 80-82.

410 Pour une présentation de l'arbitrage au titre de l'article 25 et les conditions de son utilisation, v. H. RUIZ FABRI, « Chronique du règlement des différends (2001) », *op. cit.*,

comme un *autre* moyen de règlement d'un différend que les procédures judiciaires de droit commun, on en infère qu'un tel arbitrage se déroulerait à *la place* d'une procédure initiale devant un groupe spécial, c'est-à-dire en substitution à celle-ci. C'est en effet l'usage normal de l'arbitrage au titre de l'article 25 tel qu'il ressort explicitement de la disposition, mais il reste qu'elle n'interdit pas non plus explicitement une utilisation à un stade ultérieur du contentieux. Dans l'affaire *Etats-Unis – Article no 5*), *Loi sur le droit d'auteur*, les Etats-Unis et les Communautés européennes étaient ainsi convenus d'y recourir après que l'O.R.D. avait adopté le rapport du groupe spécial initial⁴¹¹. C'est donc dans le contexte de la mise en œuvre que ce premier arbitrage au titre de l'article 25 avait pris place, et plus précisément dans l'objectif de déterminer le niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages subie par les Communautés du fait de l'application par les Etats-Unis de l'article 110 5) B) de la Loi sur le droit d'auteur, qu'il s'agissait de fixer au titre d'une compensation mutuellement acceptable⁴¹².

Le recours à une procédure conçue comme alternative pouvait sembler curieuse, tout particulièrement dès lors que l'arbitrage de l'article 22:6 était disponible pour les parties et qu'il est précisément destiné à fixer le niveau d'une suspension de concessions, ce qui implique une quantification préalable du dommage subi. Plusieurs raisons pourraient cependant justifier le choix des parties de recourir ici en priorité à l'article 25. D'une part, c'est la plus grande autonomie qu'offre cette procédure qui peut avoir été attrayante, par comparaison à l'article 22:6 qui ne leur aurait donné aucune marge. Ainsi, les parties ont notamment pu désigner elles-mêmes les arbitres et décider de la procédure en concertation avec eux. Par ailleurs, c'est aussi l'objet même de la procédure qui a pu être délimité par les parties : elles ont spécifiquement chargé l'arbitre d'établir le niveau du dommage, mais sans que leur demande soit assortie de celle de suspendre des concessions dont le niveau aurait alors dû être équivalent ; un tel degré de précision dans la question soumise à l'arbitrage n'est possible que dans le cadre de l'article 25, puisque l'article 22:6 au contraire prédéfinit les deux types de questions dont l'arbitre peut connaître.

p. 872-874, qui souligne que nonobstant son statut de « voie alternative », cette procédure « pourrait même au contraire concourir à faciliter le règlement du différend et s'inscrire de ce fait pleinement dans les objectifs du *Mémorandum* », ce qui explique et justifie alors le recours, bien qu'il fût « décalé » par rapport à l'objet que les négociateurs entendaient vraisemblablement lui assigner (p. 874).

411 Pour un commentaire complet de l'arbitrage dans cette affaire, v. H. RUIZ FABRI, « Chronique du règlement des différends (2001) », *op. cit.*, p. 872-876.

412 V. la décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Article no 5*), *Loi sur le droit d'auteur* (25), *op. cit.*

D'autre part, d'un point de vue strictement pragmatique, les parties peuvent avoir souhaité court-circuiter la phase d'exécution habituelle, dont de nombreux différends à tiroirs ont fait apparaître qu'elle peut être longue et lourde. Que ce motif a été déterminant s'aperçoit dans le fait qu'elles étaient même convenues d'accepter la détermination du niveau du dommage à laquelle aboutirait cet arbitrage pour toute éventuelle procédure subséquente au titre de l'article 22:6⁴¹³ : un futur arbitre chargé de se prononcer sur le niveau d'une suspension de concessions aurait eu à utiliser le niveau du dommage établi par un arbitre qui avait antérieurement statué au titre de l'article 25, sans évaluer lui-même de nouveau l'ampleur du dommage.

Les Communautés européennes, toutefois, n'étaient pas satisfaites du résultat de la procédure, peu convaincues du montant auquel l'arbitre avait estimé leur dommage. Lorsqu'elles ont demandé l'autorisation de suspendre des concessions, les Etats-Unis, inversement, ont jugé trop élevé le niveau proposé et ont eu recours à l'article 22:6. C'est là que s'est révélé l'utilité procédurale du recours à l'article 25 : l'arbitrage n'était pas destiné à se substituer à celui de l'article 22:6, mais plutôt à en faciliter le déroulement, si le second avait effectivement lieu. C'est ce qui s'est produit ici, la procédure de l'article 22:6 étant suspendue par les parties qui étaient entretemps parvenues à un « arrangement temporaire mutuellement satisfaisant », lequel prévoyait un versement unique de 3,3 millions de dollars américains⁴¹⁴. Cela dit, on pouvait s'étonner de la démarche initiale des parties et son résultat semble aussi peu convaincant, puisque cet arbitrage n'a en lui-même pas permis de résoudre le différend. Sans préjuger d'une possible relation de cause à effet, on se contentera ici de signaler que la procédure n'a plus été utilisée depuis, ni au stade de l'exécution ni même telle qu'elle est conçue, comme alternative à la procédure initiale de droit commun. Mais on a là bien affaire à une véritable procédure d'arbitrage, et l'échafaudage juridictionnel de l'O.M.C. abrite donc trois types différents de procédures qualifiées d'arbitrage, dont les configurations divergent sensiblement.

413 V. la communication conjointe des Etats-Unis et des Communautés européennes, *Etats-Unis – Article no 5) de la Loi sur le droit d'auteur – Recours à l'arbitrage au titre de l'article 25 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS160/15, 3 août 2001.

414 *Etats-Unis – Article no 5) de la Loi sur le droit d'auteur – Notification of a Mutually Satisfactory Temporary Arrangement*, WT/DS160/23, 26 juin 2003. A titre de comparaison, l'arbitre au titre de l'article 25 avait constaté que le niveau des avantages communautaires annulés ou compromis était de 1,2 millions par an, sur une période de trois ans.

Par confrontation à la définition doctrinale de l'arbitrage (interétatique) et en comparaison à celui de l'article 25, les procédures au titre des articles 21:3 c) et 22:6 ne permettent pas une qualification univoque de leur nature juridique ; elles révèlent au contraire bien plus leur caractère hybride. La caractéristique conventionnelle est largement érodée, l'autonomie des parties ne jouant que très faiblement et marginalement ; elle ne subsiste que dans le *fondement* conventionnel, au sens que l'adhésion au Mémoire oblige les parties à soumettre les désaccords qu'il désigne à l'arbitrage, et qu'il y a donc là un consentement de principe à l'arbitrage. L'élément juridictionnel en revanche, tenant au caractère obligatoire de la décision rendue, est bien présent et même explicitement affirmé par le Mémoire. Situées dans une zone grise, les procédures ne sauraient être identifiées comme relevant de l'arbitrage au sens strict ; mais la zone grise appelle alors à conclure à des « arbitrages *sui generis* »⁴¹⁵. On en revient alors au constat peu satisfaisant d'avoir affaire à des formules hybrides de règlement des différends, qui comportent incontestablement un aspect juridictionnel (si on s'attache à la force obligatoire dont sont revêtues les décisions), mais sans pour autant que les procédures en amont de la force obligatoire puissent être rattachées au premier abord et sans équivoque ni à l'un ni à l'autre des deux modes juridictionnels de règlement des différends.

On note d'ailleurs que l'Organisation elle-même, dans une étude menée par le Secrétariat au cours du cycle d'Uruguay, alors qu'il explorait l'opportunité d'introduire la possibilité d'arbitrage dans le mécanisme⁴¹⁶, avait opéré la distinction suivante : « [w]hile judicial settlement involves the reference of a dispute to a national or international standing tribunal, arbitration allows the parties themselves to appoint arbitrators of their own choice and confidence, to define the scope of the "dispute" and of the jurisdiction of the tribunal, and to determine the applicable procedures and substantive rules for the settlement of the dispute (or series of disputes) »⁴¹⁷.

On retrouve là tant l'idée de permanence qui est typique du règlement judiciaire, que l'élément consensuel typique de l'arbitrage. On en tire l'impression paradoxale que l'Organisation est consciente de ce que les procédures qu'elle

415 V. en ce sens L. BOISSON DE CHAZOURNES, « L'arbitrage à l'OMC », *op. cit.*, p. 961-971.

416 Option qui avait d'ailleurs par la suite été introduite dans le mécanisme du GATT, afin de « tester » la formule jusqu'à la conclusion du cycle d'Uruguay. V. la Décision du 12 avril 1989 concernant l'amélioration des règles et procédures de règlement des différends du GATT, GATT Doc. L/6489, IBDD S36/64.

417 Note du Secrétariat, « Concepts, Forms and Effects of Arbitration », MTN.GNG/NG13/W/20, 22 février 1988.

a mises en place à l'issue du cycle d'Uruguay ne portent de l'arbitrage que le nom – qu'elle-même leur a donné –, mais pas la nature juridique.

§ 2 Des arbitrages institutionnels et fonctionnels

Cependant, on ne peut s'arrêter au constat de la nature hybride des procédures relatives à la fixation du délai raisonnable d'exécution et à la suspension de concessions, car ce même constat amène à s'interroger sur l'évolution de la notion d'arbitrage et dès lors à en tenir compte. Il n'y a plus guère d'originalité aujourd'hui à observer que la frontière entre les deux modes juridictionnels de règlement des différends s'est érodée⁴¹⁸. Cette érosion est due notamment à l'institutionnalisation progressive de nombreuses procédures d'arbitrage, qui rend obsolète la distinction opérée sur la base du critère de la temporalité, selon lequel l'organe judiciaire serait permanent et l'organe arbitral ponctuel⁴¹⁹. On pourrait alors envisager, très banalement, que les procédures des articles 21:3 c) et 22:6 n'aient été qualifiées d'arbitrage que pour signaler la différence entre elles et les autres types de procédures qu'aménage le Mémorandum. Mais c'est bien d'une véritable institutionnalisation qu'elles font l'objet, au moyen d'une parfaite intégration au mécanisme global de règlement des différends (A.). L'institutionnalisation des procédures se justifie au regard de la fonction spécifique qu'elles remplissent, qui les rend complémentaires du mécanisme d'ensemble, à la lumière de l'objectif que lui assigne le Mémorandum (B.).

418 V. sur ce thème C. SANTULLI, *Droit du contentieux international*, op. cit., p. 74-76 n° 130-132. Selon l'auteur, la seule véritable différence se situe dans la manière dont se décline la fonction juridictionnelle dans le règlement judiciaire et le règlement arbitral (nous y reviendrons ci-dessous). De la même manière, Mme Ruiz Fabri observe que lorsqu'on oppose arbitrage et règlement judiciaire au moyen des critères classiques, « tels que le choix des juges (caractère éphémère contre permanence et pré-constitution), le choix de la procédure (à fixer contre préfixée), le choix du droit applicable (qui existe ou non), on se réfère davantage à des idéaux-types qu'à la réalité où les distinctions sont moins tranchées », in H. RUIZ FABRI, « Le règlement des différends de l'OMC : une forme d'arbitrage ? », op. cit., p. 100. V. également la comparaison schématique entre règlement judiciaire et arbitrage in I. BROWNLIE, « The Peaceful Settlement of International Disputes », *Chin. J.I.L.*, 2009, vol. 8, n° 2, p. 277.

419 L'approche traditionnelle consiste en effet à identifier le règlement judiciaire et toutes ses caractéristiques par ce qu'ils seraient permanents et déterminés, tandis que l'arbitrage serait éphémère et ses caractéristiques à déterminer pour chaque affaire en particulier. V. par exemple en ce sens Ph. DE BOURNONVILLE, *L'arbitrage*, op. cit., p. 59 ; et X. DE MELLO, « Arbitrage et droit communautaire », *Rev. arb.*, 1982, p. 388.

A *Caractère institutionnel des procédures : l'intégration au règlement des différends*

L'arbitrage institutionnel implique la mise à disposition, au sein d'une institution et de manière permanente, de l'ensemble des moyens matériels et des techniques juridiques nécessaire à la conduite d'une procédure d'arbitrage⁴²⁰. Des précédentes observations on peut conclure que les structures et caractéristiques habituellement associées à l'arbitrage institutionnel font défaut s'agissant des procédures des articles 21:3 c) et 22:6, ou au mieux ne s'y retrouvent que de manière ponctuelle et aléatoire. Cependant, aussi indépendantes soient-elles l'une de l'autre et aussi de l'O.R.D., elles n'en sont pas moins enracinées dans le mécanisme de règlement des différends, le Mémoire fournissant la *lex generalis* à laquelle elles obéissent au même titre que toutes les autres procédures de règlement des différends⁴²¹. En cela, elles relèvent bien de l'arbitrage *institutionnel*. Leur rattachement à l'institution est opéré d'une manière inhabituelle dans le contexte du Mémoire, que la professeure Boisson de Chazournes qualifie par la métaphore de la « greffe »⁴²². Nous adhérons pleinement à la qualification institutionnelle des procédures, mais l'image de la « greffe » nous semble devoir être nuancée, bien que l'auteur l'entende par ailleurs, en général, dans le même sens que celui que nous donnons à l'*intégration*. La métaphore de la greffe évoque l'image d'un corps étranger, qui se traduirait, transposée au contexte du règlement des différends, par l'apport artificiel de deux procédures parfaitement extérieures à un mécanisme auquel elles n'appartiendraient pas naturellement. Or, si les deux procédures visées ici semblent bien surgir curieusement dans la phase contentieuse, et au minimum être décalées par rapport au mode judiciaire qui prévaut de fait dans la phase initiale et, s'agissant du fond, également dans la phase de mise en œuvre, elles ne sont pas étrangères au mécanisme. Parler de l'*intégration* de procédures d'une nature différente nous semble alors préférable.

D'une part, la composition des organes arbitraux renvoie invariablement vers les membres des groupes spéciaux initiaux. L'identité organique empêche

420 V. en ce sens par exemple G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., v° « Arbitrage » : « un organisme permanent d'arbitrage [...], qui met à la disposition des litigants une liste d'arbitres, un règlement d'arbitrage, une organisation matérielle (secrétariat, locaux, etc.) et des services (notification des mémoires, par ex.) ».

421 V. en ce sens également L. BOISSON DE CHAZOURNES, « Arbitration at the WTO : A *Terra Incognita* to be Further Explored », in S. CHARNOVITZ, D. P. STEGER et P. VAN DEN BOSSCHE (eds), *Law in the Service of Human Dignity : Essays in Honour of Florentino Feliciano*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 182.

422 L. BOISSON DE CHAZOURNES, « L'arbitrage à l'OMC », op. cit., p. 961.

donc de considérer l'existence de ces procédures d'arbitrage comme un phénomène étranger au mécanisme, puisque celui-ci est organisé de telle façon que les différentes procédures « partagent » les membres des organes de jugement. Les raisons de cet entremêlement organique, déjà signalées, sont pragmatiques, ce qui témoigne également de ce que les arbitrages visés ici sont conçus comme maillons d'un ensemble⁴²³. D'autre part, tant l'arbitrage du délai raisonnable que celui relatif aux suspensions de concessions sont rattachés au Mémorandum : l'un comme l'autre tirent leur existence même respectivement de ses dispositions, tandis que la compétence des organes arbitraux pour connaître des litiges que leur soumettent les parties résulte de ce que celles-ci sont obligées par le Mémorandum (juridiction obligatoire), et non d'un compromis d'arbitrage spécialement convenu entre elles. C'est aussi dans le Mémorandum que les procédures puisent leur régime, bien que les développements précédents aient mis en évidence que les textes restent elliptiques. Certes, contrairement aux procédures de droit commun qui font intervenir l'O.R.D. pour l'adoption des rapports, le lien institutionnel des arbitrages au titre des articles 21:3 c) et 22:6 peut sembler moindre puisque la force obligatoire des décisions ne résulte pas de l'endossement par l'O.R.D. Mais les procédures tirent leur existence et leur régime d'une disposition conventionnelle multilatérale et elles restent en ce sens des arbitrages institutionnels. Elles font à ce titre partie du dispositif juridictionnel mis en place au sein de règlement des différends de l'O.M.C., et il faut alors garder à l'esprit que ce dernier est administré par l'O.R.D. Bien qu'il n'ait pas formellement à intervenir dans les arbitrages, ceux-ci sont mis à la disposition des Membres et se déroulent sous ses auspices. On voit un fort témoignage de ce phénomène d'intégration dans le fait que le champ d'application des Règles de conduite relatives au Mémorandum sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, adoptées par

423 Cependant, qu'elles soient conçues comme maillons d'un ensemble n'est pas dire qu'elles soient indispensables au fonctionnement du mécanisme. Aucun de ces deux arbitrages n'est essentiel au règlement des différends, dont la fonction cruciale, au fond, est exercée par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel ; aucun des deux n'a d'existence propre et autonome en dehors du mécanisme d'ensemble, puisqu'ils ne sont que surajoutés à la résolution définitive d'un différend qui a déjà passé l'étape de la procédure initiale. A l'inverse, le mécanisme d'ensemble a bien une existence propre, qui repose sur la fonction juridictionnelle exercée au fond par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel. Les arbitrages ne sont que des perfectionnements de son efficacité. C'est peut-être en ce sens que l'image de la « greffe » mentionnée plus haut convainc le plus : les corps greffés (les arbitrages) n'ont pas de vie autonome du corps sur lequel ils sont greffés (le règlement des différends) ; mais l'inverse n'est pas vrai, le corps d'ensemble ne dépend pas du corps greffé pour vivre et fonctionner.

l'O.R.D., inclut les arbitres⁴²⁴. Enfin, l'institutionnalisation des procédures d'arbitrage par leur enracinement dans le Mémorandum apparaît en particulier à la lumière de l'exclusivité de laquelle bénéficient les procédures, en ce qu'elles ne sont assorties d'aucune alternative. Si les parties souhaitent faire trancher la question du délai de mise en œuvre ou de la licéité d'une demande de suspension de concessions par un tiers impartial, elles *doivent* recourir à ces arbitrages, qui font pleinement partie du mécanisme de règlement des différends en général et du dispositif de suivi de l'exécution en particulier.

**B *Caractère fonctionnel des procédures :
le traitement d'un désaccord prédéterminé***

L'intégration dans le mécanisme de règlement des différends se comprend mieux au regard de la fonction que remplissent les deux procédures, en ce qu'elle est le produit nécessaire de cette fonction. Les deux arbitrages ne sont prévus qu'à une seule fin : celui de l'article 21:3 c) à la fixation du délai raisonnable de mise en œuvre, celui de l'article 22:6 à établir la licéité ou l'illicéité d'une proposition de suspension de concessions. Sous l'angle de leur fonction, ces procédures font alors apparaître un net contraste avec la procédure de droit commun. En effet, la procédure générale est destinée à préserver les droits et obligations des Membres⁴²⁵, et donc à permettre de faire constater par le juge de potentielles violations, dans la mesure où celles-ci sont considérées comment rompant l'équilibre négocié par les Membres. Dit en termes plus banals, la différence fonctionnelle entre les arbitrages de la mise en conformité et la procédure de droit commun correspond ainsi à la différence entre le spécifique et le général, et elle devient d'autant plus apparente au regard du caractère supplétif de la seconde, le Mémorandum mettant à la disposition des parties d'autres moyens de régler leurs différends : bons offices, médiation et conciliation⁴²⁶, et arbitrage⁴²⁷. La résolution d'un différend n'est donc pas exclusivement cantonnée dans la voie du règlement judiciaire, lorsqu'il ne s'agit pas seulement de trancher une question spécifique, technique et marginale (au sens où elle n'a pas trait au fond), mais plus largement une question de

424 Article IV 1) c) et Annexe 1a des Règles de conduite relatives au Mémorandum sur les règles et procédures relatives au règlement des différends, adoptées par l'O.R.D. le 11 décembre 1996 (WT/DSB/RC/1). Ces règles de conduite visent à garantir l'indépendance et l'impartialité des personnes intervenant dans les différents organes de jugement et, par là, assurer l'intégrité et l'impartialité du mécanisme lui-même.

425 Articles 3:2 et 3:4 du Mémorandum.

426 Article 5 du Mémorandum.

427 Article 25 du Mémorandum.

licité, vaste et substantielle : si le règlement judiciaire sert probablement le mieux sa résolution, le Mémorandum en laisse néanmoins le choix aux parties. En revanche, en cas de désaccord entre les parties, la détermination du délai raisonnable de mise en œuvre ou la décision au sujet de la licéité d'une proposition de suspension de concessions n'est possible par aucune autre voie que celle prévue par les articles 21:3 c) et 22:6 ; aucun mode alternatif de résolution du différend n'est mis à disposition pour le traitement de ces questions⁴²⁸. On voit en particulier le fossé que creuse le critère fonctionnel au regard du fonctionnement du mécanisme s'agissant d'allégations d'illicéité au fond. Les deux chapitres suivants y seront consacrés, mais on signale d'ores et déjà que l'ouverture du mécanisme, qui permet à tout Membre de porter une plainte devant ses organes de jugement, s'inscrit dans une dynamique entièrement orientée vers le maintien de la légalité commerciale internationale. Là où le règlement judiciaire, procédure de droit commun, remplit un objectif général, les arbitrages au titre des articles 21:3 c) et 22:6 ne remplissent qu'un unique objectif spécifique et prédéterminé.

Cette différence entre le général et le spécifique qu'on observe entre les arbitrages de la phase d'exécution et la procédure de droit commun s'apparente à celles, proches mais exprimées différemment, qui ont été proposées pour distinguer le règlement arbitral du règlement judiciaire. Selon le professeur Jarrosson en effet, le règlement judiciaire servirait l'intérêt général, tandis que l'arbitrage serait destiné à régler des intérêts privés⁴²⁹. On envisagerait alors le degré de technicité du litige en cause comme critère pour renvoyer le litige tantôt devant un organe arbitral et tantôt devant un organe judiciaire. D'autres distinguent les deux modes au moyen de la fonction juridictionnelle : elle serait exclusive dans l'arbitrage, au sens où celui-ci n'aurait d'autre fonction que de régler des différends, tandis que le règlement judiciaire aurait une mission plus vaste, remplissant davantage une « fonction de police juridique », entendue par M. Santulli comme une sorte de « “service public” juridictionnel »⁴³⁰. En retenant ces caractéristiques, on rattacherait bien les procédures des articles 21:3 c) et 22:6 au règlement arbitral. Par opposition à la procédure de droit commun qui vise plus largement un contrôle de légalité, elles sont instituées pour trancher des intérêts particuliers, de nature technique (appréciation du temps nécessaire à l'exécution ou du montant de la suspension de concessions), et n'existent qu'à ce seul effet. Comme l'a observé Mme Ruiz Fabri, le critère permettant de distinguer le règlement arbitral du règlement judiciaire,

428 V. aussi en ce sens L. BOISSON DE CHAZOURNES, « L'arbitrage à l'OMC », *op. cit.*, p. 961.

429 Ch. JARROSSON, « Arbitrage et juridiction », *Droits, La fonction de juger*, 1989, n° 9, p. 112.

430 C. SANTULLI, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, p. 76 n° 132.

dans ce cas, n'est d'ailleurs plus *que* fonctionnel⁴³¹ ; de la même manière, le rattachement à l'arbitrage des deux procédures concernées est exclusivement fonctionnel.

Ce resserrement de l'identification du règlement arbitral autour de la fonction juridictionnelle n'est cependant pas gênant, et l'approche fonctionnelle jette même une lumière plus précise sur la configuration de ces arbitrages, tout comme elle met en évidence leur rôle particulier dans le suivi et l'enca-drement de la mise en œuvre des recommandations de l'O.R.D. Les arbitrages des articles 21:3 c) et 22:6 assurent en effet, par leur objet spécifique, que les recommandations soient mises en œuvre le plus rapidement possible ou que la mise en œuvre soit provoquée par la contrainte qu'impose à un défendeur récalcitrant une suspension de concessions ; elles servent ainsi l'efficacité du mécanisme en *encadrant* l'exécution des décisions rendues par le juge en phase initiale. Parfaitement indépendants d'un point de vue procédural, ces arbitrages sont néanmoins arrimés au mécanisme d'ensemble par leur fonction : l'arbitre de l'article 21:3 c) sert de « bras exécutant »⁴³² au juge de la phase initiale, tandis que celui de l'article 22:6 détermine en quelque sorte le « prix » de l'inexécution de la décision initiale. Elles sont en ce sens complémentaires et accessoires au règlement judiciaire qui prévaut pour la résolution de l'affaire au fond. Cependant, dans la mesure où la mise en œuvre de l'un et de l'autre de ces arbitrages est fonction de la décision initiale rendue au fond, ils se situent également dans une position de dépendance de la procédure initiale : ils sont par essence tributaires de la décision rendue par le juge initial, et ne sont destinés qu'à fixer les conditions temporelles d'exécution de l'obligation née de la constatation d'incompatibilité initiale ou à apprécier la licéité de l'exercice qui est fait du dispositif de dernier ressort contre l'inexécution de cette obligation⁴³³. Le raffinement du mécanisme apparaît alors dans ce qu'il soit parvenu à établir une cohérence entre les différentes procédures, en reliant au moyen d'une continuité fonctionnelle plusieurs procédures rendues interdépendantes, alors qu'elles relèvent de deux phases traditionnellement

431 H. RUIZ FABRI, « Le règlement des différends de l'OMC : une forme d'arbitrage ? », *op. cit.*, p. 100. V. aussi les développements en ce sens in G. SACERDOTI, « The nature of WTO arbitrations on retaliation », *op. cit.*, p. 23-33.

432 L. BOISSON DE CHAZOURNES, « L'arbitrage à l'OMC », *op. cit.*, p. 971 ; « Arbitration at the WTO : A *Terra Incognita* to be Further Explored », *op. cit.*, p. 192.

433 Mme Boisson de Chazournes parle en ce sens d'une « subordination sous-jacente » de l'arbitre au titre de l'article 21:3 c) au groupe spécial et à l'Organe d'appel, in L. BOISSON DE CHAZOURNES, « Arbitration at the WTO : A *Terra Incognita* to be Further Explored », *op. cit.*, p. 192 (« *underlying subordination* » dans l'original).

de nature différente et qu'elles portent sur des objets distincts. Le mécanisme, bien qu'hétérogène et divisé en différentes étapes, fait ainsi apparaître, une nouvelle fois, qu'il se conçoit comme un ensemble unifié à la lumière de l'objectif poursuivi, et qu'il ne peut être appréhendé que comme tel. La pratique concourt d'ailleurs à véhiculer cette conception globale puisque, comme on l'a signalé, les arbitres au titre de l'article 21:3 c) ont été choisis sans exception parmi les membres de l'Organe d'appel, tandis que les arbitres au titre de l'article 22:6 sont les membres du groupe spécial initial. Bien qu'il ne s'agisse pas là d'une obligation imposée par le Mémoire, la pratique crée ainsi une forte cohérence organique, identique à celle entre la procédure initiale et celle au titre de l'article 21:5. Cette cohérence accentue le rattachement des arbitrages à la procédure initiale⁴³⁴ et apporte un témoignage supplémentaire de l'intégration de l'exécution dans la fonction juridictionnelle.

Section II Organisation des arbitrages

C'est à la lumière de l'organisation des deux procédures d'arbitrage que leur nature au sein du dispositif juridictionnel de l'encadrement de l'exécution devient véritablement apparente. Leur objet, très étroitement délimité, témoigne d'une volonté d'encadrer par la voie juridictionnelle la mise en œuvre des recommandations dans son ensemble, y compris dans ses aspects techniques et détachés de la substance même de l'exécution (§ 1). C'est cet objet technique des deux arbitrages qui justifie certaines spécificités de la procédure, bien qu'elle fasse pour l'essentiel écho à la procédure générale (§ 2).

§ 1 Objet des procédures

Les arbitrages au titre de l'article 21:3 c) et de l'article 22:6 sont situés aux marges de la mise en œuvre, et par là du règlement des différends, mais ils participent néanmoins de manière essentielle à l'encadrement de l'exécution. Leur objet se distingue sensiblement de celui d'une procédure initiale ou de celui d'une procédure de contrôle de l'exécution. Ces dernières consistent substantiellement en un classique contrôle de légalité d'un acte pris par un Membre, ou de son comportement, au sens que n'importe quelle mesure législative ou réglementaire d'un Membre de l'O.M.C. ou n'importe quel comportement

434 V. sur ce point H. RUIZ FABRI, « Le contentieux de l'exécution dans le règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce », *op. cit.*, p. 612.

dont il est allégué qu'il cause un dommage peut être mis en cause par un autre Membre. En revanche, les deux arbitrages visés ici ont pour objet un aspect spécifique, technique et connexe à la mise en œuvre sur le fond. Ainsi, l'arbitrage de l'article 21:3 n'est destiné qu'à fixer le délai raisonnable de mise en œuvre (A.), tandis que celui de l'article 22:6 ne porte que sur la licéité d'une suspension de concessions qu'un plaignant initial a demandé à l'O.R.D. d'autoriser (B.). C'est précisément la technicité de leur objet qui rend nécessaire d'en délimiter les contours, car elle rend d'autant plus aigu le risque d'un débordement de l'arbitre, soit sur le pouvoir discrétionnaire des Membres, soit sur le champ de compétence d'un autre organe de jugement. La première forme d'un tel débordement ne sera pas approfondie ici : la réduction par l'organe juridictionnel de la marge discrétionnaire dont jouissent les Membres exerce une pression sur eux, elle participe ainsi à l'encadrement coercitif de la mise en conformité et sera étudiée à ce titre⁴³⁵. La portée de la mission exercée par les arbitres chargés respectivement des deux procédures ne sera donc ici abordée que très sommairement, à l'appui de ou en complément à la démonstration principale. En revanche, la question d'un débordement substantiel d'une procédure sur une autre se pose ici avec acuité, en particulier s'agissant de l'arbitrage au titre de l'article 22:6 qui soulève des difficultés d'articulation avec la procédure de contrôle au fond de la mise en œuvre, que le mécanisme n'a pas encore résolues.

A *Fixation du délai raisonnable de mise en œuvre*

L'article 21:3 c) confie à l'arbitre une procédure dont l'objet est spécifique et limité : fixer le délai dans lequel le défendeur initial devra avoir mis en œuvre les recommandations de l'O.R.D. L'instruction paraît claire et ni se prêter aux incertitudes, ni inviter à des débordements. Pourtant, les arbitres successifs ont eu à interpréter extensivement cette disposition afin de jeter les bases permettant de préciser l'objet de la procédure et ce qu'il implique. L'article 21:3 c) laisse en effet l'arbitre devant l'indication ambiguë que le délai ne devrait pas dépasser quinze mois, et qu'il pourrait varier selon les circonstances spécifiques à une affaire (1.). Toute la difficulté que soulève l'objet très technique de la procédure est en effet celle, pour l'arbitre, de concilier utilement la notion de délai raisonnable et l'obligation d'exécution qui incombe au défendeur initial (2.).

435 V. *infra*, Deuxième partie, consacrée à « L'encadrement coercitif de la mise en conformité ».

1 Délai de « principe »

L'article 21:3 c) dispose que « l'arbitre devrait partir du principe que le délai raisonnable pour la mise en œuvre des recommandations du groupe spécial ou de l'Organe d'appel ne devrait pas dépasser 15 mois à compter de la date d'adoption du rapport du groupe spécial ou de l'Organe d'appel. Toutefois, ce délai pourrait être plus court ou plus long, en fonction des circonstances ». La référence aux quinze mois a d'emblée soulevé des difficultés, dans la mesure où il n'apparaît pas clairement comment elle doit s'entendre, et en particulier au regard de la mention des circonstances particulières. Ainsi, elle pourrait fixer un plafond, mais la possibilité d'imposer un délai plus court y serait alors impliquée et rendrait la mention explicite d'un délai « plus court » redondante⁴³⁶. Elle pourrait au contraire indiquer que le délai doit être le plus court possible mais, en toute hypothèse, ne jamais dépasser quinze mois. Les arbitres ont progressivement clarifié cette disposition au moyen d'une interprétation téléologique, en consacrant le sens qu'elle prend au regard de l'ensemble du mécanisme.

Les deux premiers arbitrages au titre de l'article 21:3 c) se distinguent par leur brièveté, seulement un et trois paragraphes étant respectivement consacrés au raisonnement de l'arbitre, dont on tire toutefois une lecture large de l'article 21:3. L'arbitre interpréta en effet les 15 mois comme le « délai de référence »⁴³⁷ ou de « principe »⁴³⁸ auquel il ne peut être dérogé que si les circonstances le justifient, ce qu'il n'estima pas être le cas⁴³⁹. Les Membres avaient

436 V. en ce sens J.-M. THOUVENIN, « Le délai raisonnable », in S.F.D.I., *Le droit international et le temps*, Colloque de Paris, Paris, Pedone, 2001, p. 123.

437 Décision de l'arbitre, *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques – Arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, WT/DS8/15, WT/DS10/15, WT/DS11/13, 14 février 1997, par. 27.

438 Décision de l'arbitre, *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes – Arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, WT/DS27/15, 7 janvier 1998.

439 Le Japon avait avancé la difficulté politique et la complexité du processus législatif, les effets dommageables d'un relèvement des taxes sur les producteurs de shochu et les consommateurs japonais, ainsi que les contraintes administratives s'agissant de l'application de la taxe. Dans l'affaire *CE – Bananes III*, les CE avaient de leur côté fait valoir l'équilibre délicat entre les obligations au plan international qu'elles devraient respecter en modifiant leur régime d'importation applicable aux bananes, la procédure législative complexe, l'obligation juridique de consulter les Etats ACP, la pratique administrative communautaire ainsi que la nécessité d'apporter les ajustements nécessaires. L'ironie dans cette affaire est que les CE demandaient un délai de 15 mois et une semaine, que l'arbitre a rejeté les circonstances invoquées par les Communautés en considérant

d'ailleurs largement poussé en ce sens, faisant valoir une présomption en faveur d'un délai de 15 mois. Selon une telle approche, un délai de quinze mois serait de droit et les parties auraient alors la charge de prouver qu'il existe des circonstances justifiant qu'il soit réduit ou allongé⁴⁴⁰.

Les difficultés liées à une telle lecture sont évidentes puisqu'elle vient contredire l'obligation d'une exécution dans les moindres délais posée par l'article 21:1. L'affaire *CE – Hormones* a très rapidement amorcé un revirement de jurisprudence à cet égard, lorsque l'arbitre considéra que « le principe de 15 mois est une limite supérieure ou un maximum dans un cas normal », et indiqua à titre d'exemple qu'une mise en œuvre par la voie administrative pourrait s'effectuer dans un délai beaucoup plus bref qu'une mise en œuvre par la voie législative⁴⁴¹. Dans les arbitrages postérieurs s'est d'ailleurs cristallisée une forme de hiérarchie : une mise en conformité par la voie législative nécessite par nature un délai plus long qu'une mise en œuvre par la voie réglementaire, qui quant à elle exige un délai plus long qu'une mise en conformité par voie de simple décision administrative⁴⁴². L'arbitre interpréta cette fois l'article 21:3

qu'elles ne l'avaient « pas convaincu » (par. 19), mais que l'interprétation qu'il a faite de l'article 21:3 et la prise en compte de la pratique administrative communautaire en matière de traitement douanier des importations et exportations l'ont conduit à accorder aux Communautés un délai de ... 15 mois et une semaine.

440 Dans l'affaire *CE – Hormones*, les Etats-Unis ont ainsi argumenté qu'il appartenait aux Communautés, si celles-ci estimaient que la mise en œuvre immédiate était irréalisable, d'en démontrer les raisons et de justifier la nécessité d'un délai particulier, v. la décision de l'arbitre, *Communautés européennes – Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (Hormones) – Arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, WT/DS26/15, WT/DS48/13, 29 mai 1998, par. 16. D'une manière similaire, l'Australie a estimé dans l'affaire *Australie – Saumon* qu'elle n'avait pas à prouver l'existence de circonstances justifiant un délai de 15 mois, celui-ci étant considéré comme étant de droit, v. la décision de l'arbitre, *Australie – Mesures visant les importations de saumons – Arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, WT/DS18/9, 23 février 1999, par. 11.

441 Décision de l'arbitre, *CE – Hormones* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 25.

442 V. par exemple, les décisions de l'arbitre *in Australie – Saumon* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 38 ; *Etats-Unis – Article 10 5) de la Loi sur le droit d'auteur – Arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, WT/DS160/12, 15 janvier 2001, par. 34 ; *Canada – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques – Arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, WT/DS114/13, 18 août 2000, par. 49 ; *Canada – Durée de la protection conférée par un brevet – Arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement*

c) dans son contexte et à la lumière de l'objet et du but du Mémorandum, ce qui l'amena à considérer que « le délai raisonnable, déterminé conformément à l'article 21:3 c), devrait être le délai *le plus court possible dans le cadre du système juridique du Membre* pour mettre en œuvre les recommandations et décisions de l'ORD »⁴⁴³. Le revirement ne fut toutefois pas net, car l'arbitre ajouta qu'il incombe à celui qui revendique un délai plus ou moins long d'apporter la preuve des circonstances le justifiant. Cette précision laissait planer un doute quant au maintien de la présomption initiale, qui n'est réfutable que par la démonstration de circonstances pertinentes⁴⁴⁴.

La dernière clarification provient du quatrième arbitrage, *Indonésie – Automobiles*, dans le cadre duquel l'arbitre se dispensa de discuter et même d'évoquer les quinze mois controversés, silence qui exprimait déjà qu'il estimait que la véritable difficulté se situait ailleurs. Il adopta en revanche une approche entièrement axée sur la recherche du délai le plus court possible « dans le cadre du système juridique du Membre », formule empruntée à l'arbitre dans l'affaire *CE – Hormones*⁴⁴⁵, et qui l'amena à considérer qu'un délai de six mois était en l'occurrence « le plus court possible dans lequel l'Indonésie peut mener à bien son processus interne d'élaboration de règles afin de mettre en œuvre les recommandations et décisions de l'ORD »⁴⁴⁶. Les arbitrages suivants ont consacré cette lecture téléologique de la référence au délai de 15 mois

des différends, WT/DS170/10, 28 février 2001, par. 41 ; *Chili – Système de fourchettes de prix et mesures de sauvegarde appliquées à certains produits agricoles – Arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, WT/DS207/13, 17 mars 2003, par. 38 ; *Etats-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la suspension – Arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, WT/DS217/14, WT/DS234/22, 13 juin 2003, par. 57 ; *Etats-Unis – Réexamens à l'extinction des mesures antidumping visant les produits tubulaires pour champs pétrolifères en provenance d'Argentine – Arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, DS268/12, 7 juin 2005, par. 26 ; *Etats-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontière de services de jeux et paris – Arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, WT/DS285/13, 19 août 2005, par. 35.

443 Décision de l'arbitre, *CE – Hormones* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 26 (italiques ajoutés).

444 V. à ce sujet J.-M. THOUVENIN, « Le délai raisonnable », *op. cit.*, p. 124.

445 Décision de l'arbitre, *CE – Hormones* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 26.

446 Décision de l'arbitre, *Indonésie – Certaines mesures affectant l'industrie automobile – Arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, WT/DS54/15 WT/DS55/14, WT/DS59/13, WT/DS64/12, 7 décembre 1998, par. 22.

et précisé que celui-ci n'est ni un délai de principe⁴⁴⁷ au sens où s'entend habituellement le mot « principe », ni un « délai moyen, ou ordinaire »⁴⁴⁸, ni une « directive immuable »⁴⁴⁹. Dans l'affaire *Etats-Unis – Acier laminé à chaud*, l'arbitre résuma cette lecture de manière concise : « Je ne vois aucune raison qui justifie que l'on interprète le principe des 15 mois comme établissant un maximum fixe ou une “limite supérieure” pour “un délai raisonnable”. Le principe des quinze mois ne constitue pas non plus, naturellement, un *plancher* ou une “limite inférieure” d'un délai raisonnable »⁴⁵⁰. Partant de ces marges flottantes, l'arbitre estima « salubre » de rappeler que le délai de quinze mois mentionné à l'article 21:3 c) du Mémorandum est expressément désigné comme étant « un *principe* » de départ pour l'arbitre⁴⁵¹. La véritable ligne directrice pour l'arbitre est en revanche que le délai doit être le plus court possible dans le cadre du système juridique du Membre concerné, ce qui est considéré comme étant « le facteur le plus important pour établir la durée du délai raisonnable »⁴⁵².

Cette approche nouvelle semble en effet celle qui éclaire le mieux le sens des termes de l'article 21:3 c), lu dans son contexte et à la lumière de l'objet et du but du Mémorandum⁴⁵³. Comme l'a rappelé l'arbitre, « il est clair que le Mémorandum d'accord souligne explicitement l'importance d'une mise en conformité dans les moindres délais »⁴⁵⁴, les Membres de l'O.M.C. ayant un « intérêt systémique [...] à “donner suite dans les moindres délais” »⁴⁵⁵ aux

447 « [L]’arbitre doit partir du principe que ce délai ne devrait pas dépasser 15 mois à compter de la date d’adoption du rapport du groupe spécial et/ou du rapport de l’Organe d’appel. Cela ne signifie cependant pas que l’arbitre est tenu d’accorder un délai de 15 mois dans tous les cas », in décision de l’arbitre, *Australie – Saumon* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 30.

448 Décision de l’arbitre, *Etats-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd)* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 41.

449 Décision de l’arbitre, *Chili – Taxes sur les boissons alcooliques – Arbitrage au titre de l’article 21:3 c) du Mémorandum d’accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, 87/15, 110/14, 23 mai 2000, par. 39.

450 Décision de l’arbitre, *Etats-Unis – Mesures antidumping appliquées à certains produits en acier laminés à chaud en provenance du Japon – Arbitrage au titre de l’article 21:3 c) du Mémorandum d’accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, WT/DS184/13, 19 février 2002, par. 25.

451 *Ibid.*

452 Décision de l’arbitre, *Corée – Taxes sur les boissons alcooliques – Arbitrage au titre de l’article 21:3 c) du Mémorandum d’accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, WT/DS75/16, WT/DS84/14, 4 juin 1999, par. 37.

453 *Ibid.*, par. 26.

454 Décision de l’arbitre, *Canada – Durée d’un brevet* (21:3 c), *op. cit.*, par. 38.

455 Décision de l’arbitre, *Etats-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd)* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 41.

recommandations et décisions de l'ORD. Le principe posé dans l'affaire *CE – Hormones* est cité quasi systématiquement dans tous les arbitrages postérieurs au titre de l'article 21:3 c), créant ainsi un véritable effet jurisprudentiel sur cette question⁴⁵⁶.

La référence au « système juridique du Membre » peut toutefois provoquer quelques hésitations. Si elle semblait à première vue résoudre les difficultés au sens où il s'agit de déterminer le délai le plus court envisageable dans le droit interne, et donc constituer un critère de référence pertinent, elle peut confronter l'arbitre à une difficulté double. Son premier aspect tient au caractère potentiellement flou de la notion. Son deuxième aspect est que la référence porte en creux la question de la prise en considération de la *teneur* de la mise en conformité. En effet, se référer au système juridique d'un Etat suppose de savoir si on a affaire à une mise en œuvre par la voie législative, réglementaire ou administrative. Or, dans l'affaire *Etats-Unis – Jeux*, s'il semblait au premier abord manifeste que la modification de la législation américaine devait être effectuée par la voie législative, procédure complexe aux Etats-Unis, Antigua-et-Barbuda a avancé qu'un décret exécutif pouvait suffire, au moins pour l'une des mesures contestées. Aucune disposition ne confère expressément au Président américain le pouvoir de prendre des décrets exécutifs, mais on sait que cette pratique s'est progressivement installée et elle peut être appuyée sur l'article II de la Constitution de 1787, duquel découlent les compétences du Président américain. Il reste que les domaines dans lesquels de tels décrets exécutifs peuvent intervenir sont tout sauf clairement déterminés, et ce d'autant moins que cette compétence n'a précisément pas de fondement textuel. Cette prétention mettait donc l'arbitre dans l'embarras, le « système juridique du Membre » étant dans cette affaire une référence bien vague. La pertinence du critère s'en trouve remise en cause, d'autant que cela soulève une autre difficulté pour l'arbitre, qui aurait alors à se prononcer sur des pratiques relevant du droit interne et donc, par ce biais, sur les modalités de mise en œuvre alors que cela ne relève pas de sa compétence, comme il le rappelle d'ailleurs constamment. Pourtant, il est évident que sa mission l'amène nécessairement à porter un regard, bien qu'indirect, sur le moyen de mise en œuvre choisi par le défendeur initial.

Antigua-et-Barbuda fondait ici sa prétention sur une distinction entre d'une part les services de jeux et paris « non liés au sport » et les services de jeux et

456 V. par exemple les décisions de l'arbitre dans les affaires *Etats-Unis – Loi antidumping de 1916 – Arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, WT/DS136/11, WT/DS162/14, 28 février 2001, par. 32 ; *Chili – Système de fourchettes de prix (21:3 c)*, *op. cit.*, par. 34.

paris « hippiques », et d'autre part les services de jeux et paris « liés au sport », mais, cette distinction étant nouvelle, l'arbitre a refusé de se prononcer sur sa pertinence et échappé par là à la question de savoir s'il peut fixer deux délais différents pour des mesures relevant de champs différents. Aucun autre arbitre à ce jour n'a été confronté à cette question, mais aucune raison juridique ou pratique ne s'oppose à la fixation de deux ou plusieurs délais distincts. D'ailleurs, lorsque le délai de mise en œuvre est décidé selon l'article 21:3 b) par accord entre les parties, elles n'hésitent pas ni à « décomposer » la mise en œuvre selon les différentes mesures concernées, ni à convenir de délais différents lorsqu'il existe plusieurs plaignants initiaux. Un exemple du premier cas de figure est l'affaire *Thaïlande – Cigarettes (Philippines)*, où les parties ont conjointement notifié à l'O.R.D. que le délai de mise en conformité pour l'exemption de la TVA pour les revendeurs de cigarettes nationales (incompatible avec les paragraphes 2 et 4 de l'article III du GATT) serait de quinze mois, tandis que le délai pour toutes les autres mesures déclarées incompatibles serait de dix mois⁴⁵⁷. S'agissant du second cas de figure, dans l'affaire *Inde – Brevets* par exemple, l'Inde a négocié sur une base bilatérale avec les deux plaignants initiaux et obtenu deux délais différents : avec les Etats-Unis, elle est convenue d'un délai de mise en œuvre de quinze mois⁴⁵⁸, tandis qu'avec les Communautés européennes elle s'est entendue sur un délai de sept mois⁴⁵⁹, les deux délais distincts venant à expiration le même jour (19 avril 1999).

Dans l'affaire *Etats-Unis – Jeux* cependant, le refus de l'arbitre de déterminer deux délais distincts l'a incidemment délivré de la tâche de se prononcer sur le délai qui serait raisonnable pour une mise en œuvre par la voie d'un décret exécutif⁴⁶⁰. Solution confortable pour l'arbitre, mais la question que soulevait cet arbitrage est désormais ouvertement posée avec, en filigrane, la remise en cause de la pertinence du critère du « système juridique du Membre », ou du moins le témoignage de ce qu'il n'est pas infaillible.

457 V. l'accord au titre de l'article 21:3 b) du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, *Thaïlande – Mesures douanières et fiscales visant les cigarettes en provenance des Philippines*, WT/DS371/14, 27 septembre 2011.

458 V. la déclaration de l'Inde faite à la réunion de l'O.R.D. du 22 avril 1998, reproduite in O.R.D., « Compte rendu de la réunion du 22 avril 1998 », WT/DSB/M/45, 10 juin 1998, p. 19 pt 8.

459 V. la déclaration conjointe de l'Inde et des Communautés européennes faite à la réunion de l'O.R.D. du 25 novembre 1998, reproduite in O.R.D., « Compte rendu de la réunion du 25 novembre 1998 », WT/DSB/M/51, 22 janvier 1999, p. 33, pt 12 a).

460 Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Jeux* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 36-42.

2 Conciliation entre le caractère raisonnable du délai et l'obligation d'exécution

L'interprétation du « principe » étant ainsi clarifiée, ce sont les circonstances visées à l'article 21:3 c) qui sont le véritable pivot de la détermination de la durée du délai raisonnable⁴⁶¹. On l'a dit, la prise en compte par les arbitres de ces circonstances participe largement de la pression exercée sur le Membre mettant en œuvre, et elle sera dès lors examinée dans le cadre des développements consacrés à ce thème⁴⁶². Signalons simplement ici que les arbitres ont observé que les circonstances pertinentes peuvent être tantôt « uniques et peu nombreuses », tantôt « multiples »⁴⁶³. En d'autres termes, l'examen par l'arbitre des circonstances que les Membres font valoir est malaisé, tout particulièrement puisque, d'une part, un Membre mettant en œuvre cherchera inévitablement à gagner du temps, et d'autre part les arguments présentés tiendront le plus souvent à des difficultés et contraintes que pose l'ordre juridique interne. Or, la mission de l'arbitre est la seule fixation d'un délai, sans suggérer un moyen de mise en œuvre⁴⁶⁴, ni porter un jugement sur celui choisi par le Membre⁴⁶⁵. Cela signifie, en principe, que l'arbitre a à déterminer le *moment* de l'exécution d'une manière parfaitement indépendante du *moyen* d'exécution. Cette difficulté, inhérente à l'objet spécifique de l'arbitrage, et la manière dont l'arbitre la traite, seront également développées ci-dessous sous l'angle de la pression sur

461 Excepté en matière de subventions prohibées, où les mesures doivent être retirées « sans retard », selon un délai fixé par le groupe spécial initial. Dans le contentieux de droit commun cependant, plusieurs arbitrages expriment explicitement que l'objet de la procédure d'arbitrage se décline principalement dans les circonstances spécifiques à chaque affaire. Dans l'affaire *Etats-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd)*, l'arbitre a observé en ce sens que « ce sont au bout du compte les “circonstances” à prendre en considération qui influent sur ce qu'est un “délai raisonnable” pour la mise en œuvre », in *Décision de l'arbitre, Etats-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd) (21:3 c)*), *op. cit.*, par. 41. V. aussi la décision de l'arbitre, *Canada – Durée d'un brevet (21:3 c)*, *op. cit.*, par. 36 ; ou encore la décision de l'arbitre, *Chili – Système de fourchettes de prix (21:3 c)*), *op. cit.*, par. 34.

462 V. *infra*, Deuxième partie, Titre I, Chapitre I.

463 Décision de l'arbitre, *Chili – Boissons alcooliques (21:3 c)*), *op. cit.*, par. 39.

464 V. par exemple la décision de l'arbitre, *CE – Hormones (21:3 c)*), *op. cit.*, par. 38 ; décision de l'arbitre, *Australie – Saumon (21:3 c)*), *op. cit.*, par. 35.

465 Dans l'affaire *Corée – Boissons alcooliques*, l'arbitre a ainsi observé qu'il n'est « pas approprié de déterminer s'il est nécessaire d'apporter des modifications à divers instruments réglementaires [...] et dans quelle mesure cela est nécessaire », décision de l'arbitre, *Corée – Boissons alcooliques (21:3 c)*), *op. cit.*, par. 45.

l'exécution⁴⁶⁶. Mais on aperçoit déjà que ces interdictions amènent l'arbitre à un délicat jeu d'équilibriste : comment déterminer un délai qui soit « raisonnable », comme le lui dicte l'article 21:3, si la mission de tracer une frontière entre ce qui est raisonnable et ce qui ne l'est plus est si étroitement balisée ?

Les arbitres ne se sont que tardivement intéressés à l'adjectif « raisonnable », pourtant central à l'article 21:3⁴⁶⁷, ne se servant jusque là que des deux expressions « principe » et « circonstances » pour aménager le délai cas par cas. Dans l'affaire *Etats-Unis – Acier laminé à chaud*, l'arbitre s'est cependant penché sur le terme, mais sans en faire une interprétation propre puisqu'il a seulement renvoyé au rapport de l'Organe d'appel dans la même affaire. Ce dernier avait en effet considéré que l'expression « raisonnable » impliquait « une certaine flexibilité qui suppose la prise en compte de toutes les circonstances propres à une affaire déterminée » ; elle devait ainsi être interprétée « d'une manière qui ne contredit pas les notions de flexibilité et d'équilibre qui sont inhérentes au concept de "caractère raisonnable" et qui permet de prendre en compte les circonstances propres à chaque affaire »⁴⁶⁸. Cela étant, le délai raisonnable dont il s'agissait ici n'était pas celui pour la mise en conformité, mais celui visé par l'article 6.8 de l'*Accord antidumping*. Mais l'arbitre au titre de l'article 21:3 a alors procédé par analogie, en estimant que la substance du caractère raisonnable était tout aussi pertinente dans le contexte de la détermination du délai raisonnable, et qu'il pouvait par conséquent utilement s'y référer⁴⁶⁹. En tout cas l'arbitre y a fait apparaître qu'il est conscient de ce que le caractère raisonnable implique un élément de souplesse, puisqu'il souligne par ailleurs que « [c]et élément semblerait essentiel si l'on veut que la mise en conformité "dans les moindres délais" soit, dans un monde où les Etats sont souverains, un concept et un objectif équilibrés »⁴⁷⁰.

466 Par des examens de plus en plus intrusifs, les arbitres font en effet peser sur le Membre mettant en œuvre une importante pression à l'exécution, mais frôlent aussi parfois de très près la limite entre leur domaine de compétence et celui du libre choix du moyen de mise en œuvre des Membres. V. Deuxième partie, Titre I, Chapitre I.

467 Et d'ailleurs surtout pour justifier, une nouvelle fois, leur interprétation du délai de 15 mois auquel fait référence le Mémoire et dont ils considèrent qu'il ne constitue ni un « maximum fixe », ni un « plancher ». V. ce raisonnement dans la décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Acier laminé à chaud* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 25.

468 Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Mesures antidumping appliquées à certains produits en acier laminés à chaud en provenance du Japon*, WT/DS184/AB/R, 24 juillet 2001, par. 84-85.

469 Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Acier laminé à chaud* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 26.

470 Décision de l'arbitre, *Chili – Boissons alcooliques* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 38. C'est cette souplesse nécessaire à la détermination d'un délai jugé raisonnable qui a fait observer à M. Monnier

Mais le critère du caractère raisonnable n'opère pas dans un vide et son appréciation est tributaire du contenu de la recommandation de mise en conformité adressée au défendeur initial. On précise que seules sont pertinentes ici les recommandations et non pas les suggestions qui ont éventuellement été formulées, car celles-ci n'obligent pas le défendeur. S'agissant des recommandations, la tâche de l'arbitre implique nécessairement un aspect d'interprétation, dans la mesure où la fixation du délai raisonnable exige de tenir compte du contenu de l'obligation d'exécution à laquelle est soumis le défendeur. Mais cela contraint à l'arbitre de respecter un délicat équilibre puisqu'il ne doit pas, dans son appréciation, dépasser le cadre de sa compétence en portant incidemment un jugement sur le moyen de mise en œuvre choisi par le Membre. Cet acte d'équilibre a été mis en évidence très tôt par l'affaire *CE – Hormones*, dans laquelle les Communautés européennes revendiquaient un délai suffisant pour effectuer une nouvelle évaluation des risques, au motif qu'elles seraient désormais capables de démontrer la compatibilité de leur mesure d'interdiction d'importation de viande « aux hormones ». Et c'est bien là que l'arbitre a tracé la limite : si le Mémorandum fait apparaître que le retrait de la mesure n'est pas nécessairement le seul moyen d'exécution (donc imposé), il reste que la mise en œuvre doit être effectuée dans les moindres délais. Partant, l'arbitre ne pouvait tenir compte du temps que revendiquaient les Communautés pour effectuer une nouvelle évaluation scientifique, l'argument étant qu'on ne peut inclure dans le délai raisonnable le temps nécessaire au défendeur initial pour « démontrer la *compatibilité* d'une mesure déjà jugée *incompatible* »⁴⁷¹. De la combinaison entre les recommandations de mise en conformité et les termes du Mémorandum, il ressort ainsi que la marge dont dispose le défendeur est enserrée entre le retrait (préférable) de la mesure incompatible et l'exigence d'une mise en œuvre dans les moindres délais. C'est donc à l'intérieur de ces limites – et toujours sous la réserve que l'exécution soit compatible avec le droit de l'O.M.C. – qu'on peut situer le caractère raisonnable du délai d'exécution.

B *Contrôle de licéité d'une suspension de concessions*

Les imperfections de l'article 22:6 soulèvent deux difficultés liées à l'objet de l'arbitrage. La première a immédiatement, et quasi naturellement, été résolue

que la notion de « délai raisonnable » opère comme une soupape de sécurité prudemment mise en place dans le Mémorandum pour contrebalancer la rigueur du standard du « *zero delay* » posé par l'article 21:1. V. P. MONNIER, « The Time to Comply with an Adverse WTO Ruling : Promptness within Reason », *J.W.T.*, 2001, vol. 35, n° 5, p. 825.

471 Décision de l'arbitre, *CE – Hormones* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 39.

par les arbitres : au seul contrôle de l'équivalence du niveau proposé de la suspension de concessions, ils ont en effet ajouté la possibilité de le fixer *d'office* s'ils constatent l'illicéité de la proposition (1.). Mais, dans les deux cas, la procédure soulève des difficultés d'articulation avec celle de l'article 21:5 (2.).

1 D'un contrôle de licéité à une fixation d'office du niveau licite
L'article 22:6 prévoit que si « le Membre concerné conteste le niveau de la suspension proposée, ou affirme que les principes et procédures énoncés au paragraphe 3 n'ont pas été suivis dans les cas où une partie plaignante a demandé l'autorisation de suspendre des concessions ou d'autres obligations », le désaccord sera soumis à arbitrage. Pour l'arbitre, ce qu'il s'agit donc de faire dans la majorité des cas est d'apprécier l'équivalence entre le montant de la suspension proposée et le dommage subi⁴⁷² et, de manière plus marginale, de vérifier si le plaignant initial a respecté les principes et procédures énoncés à l'article 22:3⁴⁷³. Le Mémorandum prend même une précaution supplémentaire, en précisant dans son paragraphe 7 que l'arbitre « n'examinera pas la nature des concessions ou des autres obligations à suspendre »⁴⁷⁴. En d'autres termes, il s'agit en principe exclusivement de vérifier si les conditions de licéité énoncées par le Mémorandum ont été respectées. Comme dans le cadre d'un arbitrage de l'article 21:3 c), l'objet du recours est ainsi étroitement balisé.

L'apparence de simplicité se brouille toutefois lorsqu'on s'interroge sur ce qu'implique, dans la pratique, le contrôle exigé par l'objet de la procédure⁴⁷⁵. Selon les seuls termes du Mémorandum, que la contestation porte sur le niveau de la suspension ou les principes et procédures énoncés à l'article 22:3, deux

472 Ou, dans le cas de contre-mesures dans le cadre de l'Accord sur les subventions, le caractère « approprié » de la mesure proposée.

473 Nous y reviendrons plus tard, mais il faut signaler dès ici que le Mémorandum indique expressément que la possibilité de suspendre des concessions ne s'ouvre que « lorsque la situation décrite au paragraphe 2 se produira », c'est-à-dire en cas d'inexécution à l'expiration du délai raisonnable. La licéité d'une suspension de concessions est donc conditionnée, dans son principe même, par l'(in)existence de la mise en conformité. La constatation de celle-ci est, selon le Mémorandum, la prérogative d'un groupe spécial au titre de l'article 21:5, ce qui soulève la question, non réglée, de la séquence temporelle entre une procédure de contrôle de la mise en œuvre et un arbitrage relatif à une suspension de concessions. Cette question sera examinée *infra* dans cette section, § 2, B., 2.

474 On reviendra plus précisément sur cette limite à la compétence de l'arbitre, v. *infra*, Deuxième partie, Titre II, Chapitre II.

475 Cette question est distincte de celle de la marge d'appréciation dont disposent les arbitres lorsqu'ils effectuent leur contrôle, qui sera examinée au titre de la portée du contrôle dans la section suivante.

issues sont possibles. Dans le cas d'une contestation sur le deuxième point, l'arbitre effectue un classique contrôle de conformité aux prescriptions du Mémorandum et conclut soit que les principes et procédures ont été respectés, soit qu'ils ont été violés. Cette hypothèse ne soulève guère de difficulté. La situation est plus complexe dans le cas d'une contestation relative au principe d'équivalence. L'arbitre doit alors, en amont, quantifier le niveau de l'annulation ou la réduction de concessions ou d'autres avantages – en d'autres termes le dommage –, puis le confronter au niveau de la suspension proposée. Dans sa conception même, le contrôle est en principe simple et ne peut mener qu'à l'un de deux constats : soit l'équivalence entre la proposition de suspension et le dommage est établie, soit elle ne l'est pas. Or, l'arbitrage semblerait alors d'une faible utilité au règlement rapide du différend, et les arbitres se sont immédiatement aperçus de la nécessité d'interpréter l'article 22:6 de manière à maximiser l'effet utile du recours. Dès la première utilisation de la procédure, son objet a ainsi connu une importante extension, ou émancipation de l'objet tel que le Mémorandum le délimite. Les arbitres ont considérés qu'ils pouvaient être « appelés à aller plus loin »⁴⁷⁶ qu'une seule appréciation de l'équivalence. La raison en est évidente : l'ensemble du processus d'exécution, et partant le règlement définitif du différend, pourrait être considérablement alourdi voire durablement compromis si les arbitres restaient strictement cantonnés dans la tâche que leur confie le Mémorandum, consistant à arbitrer entre les revendications des parties en déterminant seulement laquelle des deux obtient gain de cause (celle qui propose un certain niveau de suspension ou celle qui allègue que ce niveau n'est pas équivalent à son dommage). Si l'arbitre se bornait à conclure que le niveau proposé n'est pas équivalent à celui du dommage, alors le plaignant initial se verrait contraint d'effectuer de nouvelles estimations, sur la base desquelles il ferait une nouvelle proposition de suspension ; le défendeur initial la contesterait alors vraisemblablement et solliciterait un arbitrage pour faire contrôler le respect du principe d'équivalence, et ainsi de suite.

Les arbitres ont par conséquent donné une interprétation globale et utile de l'objet de la procédure, à la lumière des objectifs du Mémorandum *et* dans le respect des termes de celui-ci : si leur contrôle établit que le niveau proposé n'est pas conforme au droit de l'O.M.C., c'est-à-dire qu'il est trop élevé, il leur appartient alors d'en dépasser le cadre et d'effectuer eux-mêmes une estimation du niveau qu'ils jugent équivalent au dommage subi. L'objet de la procédure est donc constitué de deux niveaux, qui correspondent aux deux étapes du contrôle effectué par l'arbitre. Dans un premier temps, l'arbitre doit chiffrer

476 Décision de l'arbitre, *CE – Hormones* (22:6), *op. cit.*, par. 12.

le montant du dommage subi par le plaignant initial, confronter ce niveau avec celui de la suspension qu'il propose, et décider s'il est équivalent ou non. Dans un second temps, auquel l'arbitre n'accède que s'il a établi l'absence d'équivalence, il estime d'office le niveau de la suspension qui équivaut selon lui à celui du dommage.

Dans le premier arbitrage au titre de l'article 22:6, dans l'affaire *CE – Bananes III*, l'arbitre a compris l'objet de la procédure en ce sens sans même en expliquer les raisons, ce qui fait déjà apparaître qu'il s'agit là d'une approche de bon sens. Après avoir estimé qu'une suspension d'un montant de 520 millions de dollars américains n'était pas équivalente au niveau du dommage, il a réduit de sa propre initiative ce montant à 191,4 millions. Dans l'affaire *CE – Hormones* en revanche, l'arbitre a consacré quelques développements à sa démarche, bienvenus puisque, en toute rigueur, elle dépasse la mission que lui confie le Mémoire. Que l'objet de la procédure n'exige pas seulement d'arbitrer entre deux prétentions opposées mais puisse autoriser l'arbitre à une détermination d'office, par laquelle il substitue sa propre solution à la proposition du plaignant initial appelait à être justifié en particulier au regard de la logique de la *member-driven organization* qui sous-tend le mécanisme, et de la relative grande discrétion habituellement laissée aux Membres. L'arbitre a d'ailleurs pris le soin de distinguer l'arbitrage de l'article 22:6 d'une procédure devant un groupe spécial : alors que le groupe spécial se contente de constater une incompatibilité et de demander à l'O.R.D. de recommander la mise en conformité, l'arbitre de l'article 22:6 va plus loin que constater une illicéité puisqu'il oblige ensuite les parties par la solution qu'il estime lui-même licite. Pourtant, les objets des deux procédures (au sens large) se ressemblent, en ce qu'il s'agit de déterminer si une mesure (actuelle ou future) est compatible avec le droit de l'O.M.C. Mais la différence, selon l'arbitre, se justifie au moyen d'une interprétation compréhensive de l'objet de la procédure dont il est chargée, qui permet d'« atteindre les objectifs fondamentaux du Mémoire d'accord visant à arriver rapidement à une solution positive des différends »⁴⁷⁷. L'objet de l'arbitrage de l'article 22:6, limité par les termes du Mémoire, est ainsi entendu de manière globale, qui donne son plein effet utile à la procédure dès lors que l'arbitre estime qu'il peut mieux servir le règlement rapide du différend en établissant d'office les conditions de licéité d'un point litigieux, et qui serait autrement potentiellement litigieux à l'avenir.

477 *Ibid.*

2 Articulation de l'arbitrage avec la procédure au fond :
la difficulté du « *sequencing* »

La procédure d'arbitrage ne soulève pas de difficulté particulière dans les cas où il n'existe tout bonnement pas de mesure de mise en œuvre, et où cette question n'est pas controversée entre les parties au différend. La procédure se déroule alors selon les stricts termes prévus par l'article 22:6, l'arbitre se contentant d'évaluer l'équivalence du niveau de la suspension de concessions. Mais la situation est plus complexe dès lors qu'il existe un désaccord entre les parties au sujet de l'existence ou la teneur des mesures de mise en œuvre. Ce désaccord touche alors au fondement même de la suspension de concessions qui, comme cela ressort sans équivoque de l'article 22, tire sa licéité de l'absence de mise en conformité. En effet, le paragraphe 2 de la disposition permet à un Membre de demander à l'O.R.D. l'autorisation de suspendre des concessions *seulement si* le défendeur initial « ne met pas la mesure jugée incompatible avec un accord visé en conformité avec ledit accord ou ne respecte pas autrement les recommandations et décisions dans le délai raisonnable », et le paragraphe 6 dispose que l'O.R.D. accordera cette autorisation « [l]orsque la situation décrite au paragraphe 2 se produira ». En quelques mots, le problème que soulève alors l'objet de l'arbitrage tel que le délimite l'article 22:6 est le suivant : comment l'arbitre doit-il effectuer le contrôle du niveau de la suspension, dès lors que (1) celle-ci repose sur la prémisse de l'inexécution ; (2) le Mémorandum met en place une procédure spéciale pour traiter des désaccords relatifs à la substance de l'exécution ; et (3) les parties n'ont pas recouru à un groupe spécial de la mise en conformité mais directement à l'arbitrage relatif à la suspension de concessions ? Le cadre général ainsi posé, une lecture inclusive et globale des dispositions du Mémorandum met d'emblée en évidence des incohérences, ou du moins ces difficultés techniques et procédurales. Mais c'est surtout le fonctionnement du mécanisme, et donc la confrontation dans la pratique à ces incohérences et difficultés, qui a révélé de manière spectaculaire⁴⁷⁸ toutes les ramifications de l'imbroglio procédural créé par un manque d'articulation non seulement explicite mais aussi logique des dispositions et des procédures⁴⁷⁹.

478 Pour un aperçu du débat houleux qu'a fait naître la question à l'occasion du différend CE – Bananes III, qui a escalé jusqu'à exiger une intervention du Directeur général, v. O.R.D., « Compte rendu de la réunion des 25, 28 et 29 janvier et du 1^{er} février 1999 », WT/DSB/M/54, 20 avril 1999, p. 2-40.

479 Pour une présentation succincte du « *sequencing* », v. notamment H. RUIZ FABRI, « Chronique du règlement des différends (2001) », *op. cit.*, p. 877-878 ; P. C. MAVROIDIS, G. A. BERMAN et M. WU, *The Law of the World Trade Organization (WTO)*, Saint Paul, West,

a *Fondement textuel de l'impasse procédurale*

Une première lecture des articles 21:5, 22:6 et 23:2 indique clairement, et les précédents développements l'ont confirmé, que l'ensemble de la configuration du suivi de la mise en œuvre en cas de désaccord dirige désormais les parties vers les organes de jugement. Cependant, dans un cas tel que celui exposé ci-dessus, les articles 21:5 et 22:6 créent une ambigüité, qui soulève la question de savoir *quel* est l'organe de jugement compétent pour établir l'inexécution. D'un côté, l'article 21:5 renvoie clairement le contrôle de l'existence et de la teneur des mesures de mise en œuvre vers le groupe spécial de la mise en conformité. De l'autre côté, l'article 22:2 dispose qu'en cas d'inexécution, le défendeur initial négociera avec le plaignant initial des compensations et que, si les parties ne parviennent pas à en convenir dans les vingt jours après l'expiration du délai raisonnable, le plaignant initial pourra demander à l'O.R.D. l'autorisation de suspendre des concessions. Cette possibilité de demander l'autorisation de suspendre des concessions se heurte alors à une incohérence dans les délais prévus par le Mémoire. En effet, l'article 22:6 dispose par ailleurs que l'O.R.D. accordera cette autorisation « dans un délai de 30 jours à compter de l'expiration du délai raisonnable ». De la lecture combinée de ces deux paragraphes résulte alors que le plaignant ne dispose, en toute rigueur, que d'un délai de *dix jours* pour demander l'autorisation requise à l'O.R.D. : trente jours selon l'article 22:6, desquels il faut retrancher les vingt jours de négociations au sujet d'une compensation en vertu de l'article 22:2. D'un côté, il est évidemment impossible pour le plaignant initial, dans ces conditions, d'attendre le résultat d'une procédure de contrôle au fond de la mise en conformité par un groupe spécial de l'article 21:5 puisque celle-ci, on l'a vu, peut durer 90 jours selon le Mémoire et, dans la pratique, dure en moyenne 253 jours⁴⁸⁰. De l'autre côté, ne pas exiger des parties qu'elles attendent que le groupe spécial établisse la licéité ou l'illicéité des mesures d'exécution reviendrait à autoriser implicitement qu'un Membre apprécie unilatéralement la situation juridique. Outre que cela équivaudrait quasiment à admettre une « présomption d'incompatibilité »⁴⁸¹, on se souvient que l'article 23:2 prohibe explicitement toute forme d'auto-appréciation. La condition de licéité d'une suspension,

2010, p. 1068-1069. Pour une analyse approfondie, v. P. C. MAVROIDIS, « Proposals for Reform of Article 22 of the DSU : Reconsidering the "Sequencing" Issue and Suspension of Concessions », in F. ORTINO et E.-U. PETERSMANN (eds), *The WTO Dispute Settlement System 1995-2003*, op. cit., p. 61-73 ; C. GLEASON et P. WALTHER, « The WTO Dispute Settlement Implementation Procedures : A System in Need of Reform », op. cit., p. 709-736.

480 V. les précisions au sujet de la durée des procédures, *supra*, Chapitre I, Section II, § 2, A.

481 Rapport du groupe spécial, *CE – Bananes III* (21:5 CE), op. cit., par. 2.18.

combinée à la contrainte temporelle résultant de deux paragraphes d'une même disposition, ouvre ainsi un conflit entre deux recours, la procédure de contrôle au fond et l'arbitrage relatif à la suspension de concessions. Il en résulte un recoupement des procédures, qui soulève la difficulté d'une articulation chronologique claire entre elles, appelée « *sequencing* » dans le vocabulaire de l'O.M.C.

b *Pratique pionnière de l'affaire CE – Bananes III*

Une telle hypothèse de conflit des recours s'est réalisée dès le différend *CE – Bananes III*, dans lequel les parties ont exploré toutes les voies procédurales mises à leur disposition par le Mémoire, jetant ainsi la lumière sur leurs limites. Les Communautés européennes et les Etats-Unis étaient en désaccord au sujet de la mise en conformité par les premières. Selon les Etats-Unis, elle n'avait pas eu lieu à l'expiration du délai raisonnable alors que les Communautés considéraient avoir exécuté les recommandations de l'O.R.D. Les Etats-Unis ont alors demandé l'autorisation de suspendre des concessions à l'égard des Communautés, démarche à laquelle celles-ci ont objecté que la demande devait nécessairement être précédée d'une constatation d'illicéité de la part d'un groupe spécial au titre de l'article 21:5. Cette chronologie procédurale découlait selon elles de l'article 23:2 du Mémoire, qui interdit toute détermination unilatérale. Les Etats-Unis quant à eux se fondaient sur le délai mentionné à l'article 22:2 et, pour ne pas laisser s'éteindre leur faculté de demander l'autorisation de suspendre des concessions, ils ont court-circuité le contrôle par le groupe spécial de la mise en conformité et préféré demander l'autorisation dans les trente jours suivant l'expiration du délai raisonnable. Les Communautés ont contesté la proposition, déclenchant ainsi un arbitrage au titre de l'article 22:6. Par ailleurs, quatre jours plus tard, l'Equateur (l'autre partie plaignante dans l'affaire initiale) a demandé l'établissement d'un groupe spécial de la mise en conformité pour faire contrôler par le juge l'état de la mise en œuvre. Deux procédures en principe indépendantes mais interconnectées étaient donc en cours simultanément. Les Communautés ont alors demandé à l'arbitre au titre de l'article 22:6 de suspendre la procédure, afin d'attendre que le groupe spécial de la mise en conformité communique sa constatation de licéité ou d'illicéité de la mesure communautaire d'exécution. Mais l'arbitre a refusé, avec la conséquence que deux décisions ont été distribuées à un intervalle de trois jours : celle de l'arbitre au sujet de la suspension de concessions le 9 avril 1999, suivie le 12 avril du rapport du groupe spécial au titre de l'article 21:5, qui constatait l'incom-

patibilité du nouveau régime communautaire d'importation et de vente des bananes⁴⁸².

Or, l'arbitre au titre de l'article 22:6 ne pouvait apprécier l'équivalence sans savoir, préalablement, si la mesure de mise en œuvre réalisait bien la pleine exécution⁴⁸³. En effet, si l'inexécution est le fondement d'une suspension de concessions, elle est aussi, d'un point de vue immédiatement pratique pour l'arbitre, la cause du dommage subi par les Etats-Unis, puisque le dommage pris en compte est celui subi à partir de l'expiration du délai d'exécution. Or, ce dommage doit pouvoir être chiffré pour permettre ensuite l'appréciation de l'équivalence entre le niveau de la suspension et celui du dommage. Par conséquent, l'arbitre a considéré que « la logique veut que nous axions l'examen que nous effectuons en tant qu'arbitres sur ce second niveau [c'est-à-dire le dommage] avant de pouvoir établir son équivalence avec le niveau de la suspension de concessions proposée par les Etats-Unis »⁴⁸⁴. Avec ce choix, il s'alignait notamment sur la déclaration du président de l'O.R.D., qui avait estimé que le problème de coordination entre les deux procédures, né de leur lancement simultané, était en quelque sorte gommé par l'identité des individus siégeant en qualité de membres du groupe spécial de l'article 21:5 et d'arbitres au titre de l'article 22:6. Puisqu'il s'agissait des mêmes personnes, faisait-on valoir, elles devaient être en mesure de trouver une manière logique de coordonner les deux procédures qu'elles étaient chargées de mener⁴⁸⁵.

Mais les complications procédurales créées par ce que l'imprécision du Mémoire permet une telle situation sont alors manifestes. D'une part, en l'absence de chronologie des procédures, celles-ci peuvent se dérouler simultanément – recoupement temporel –, avec le risque qu'elles conduisent à des constatations différentes, voire contradictoires. Ce risque semble réduit puisque, on l'a dit, l'organe arbitral au titre de l'article 22:6 et le groupe spécial au titre de l'article 21:5 sont, en principe, composés des mêmes personnes. Mais l'identité organique ne rend alors que plus extravagant le déroulement simultané de deux procédures qui, pour partie, se recoupent⁴⁸⁶. D'autre part,

482 Il s'agit d'ailleurs là du seul rapport qui n'ait jamais été adopté par l'O.R.D. Les Communautés n'ont pas demandé que son adoption soit inscrite à l'ordre du jour de l'O.R.D. et ont même menacé de faire appel du rapport si un autre Membre en faisait la demande.

483 V. sur ce point la décision de l'arbitre, *CE – Bananes III (22:6 USA)*, *op. cit.*, par. 4.8.

484 *Ibid.*

485 O.R.D., « Compte rendu de la réunion des 25, 28 et 29 janvier et du 1^{er} février 1999 », *op. cit.*, p. 35 (journée du 1^{er} février).

486 Une bonne illustration en a été donnée à l'occasion de l'affaire *Etats-Unis – Coton upland*, où les membres de la formation de jugement initiale ont été désignés comme arbitres au titre de l'article 22:6, mais où leur fonction symétrique en tant que groupe spécial au titre

le problème principal est de compétence puisque, en l'absence de constatation préalable d'incompatibilité des mesures de mise en œuvre, l'arbitre au titre de l'article 22:6 est nécessairement amené à effectuer un tel contrôle de licéité – recoupement matériel des procédures –, alors même qu'il ne relève pas explicitement de sa compétence.

c *Solutions ponctuelles à défaut de clarification conventionnelle*

Face à cette impasse que les rédacteurs n'avaient manifestement pas prévue, deux solutions sont envisageables. La première est une déformation juridique, consistant à admettre que les arbitres au titre de l'article 22:6 sont habilités à se prononcer au fond sur la mise en conformité (i.). C'est ce qu'ont choisi de faire les arbitres dans les affaires *CE – Hormones*, *CE – Bananes III*, et *Etats-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd)*⁴⁸⁷. La seconde solution consiste

de l'article 21:5 incommo- dait les Etats-Unis s'agissant de deux d'entre eux. Les Etats-Unis faisaient valoir l'objection (autorisée) contre la désignation de ressortissants des tierces parties, mais, compte tenu de ce qu'ils n'avaient pas protesté contre leur désignation en qualité d'arbitre, il était manifeste qu'ils cherchaient à écarter deux membres qui avaient fait partie de la formation de jugement initiale qui les avait condamnés. Cependant, une nouvelle désignation a bien eu lieu puisque l'objection des Etats-Unis était fondée, mais tant le Brésil avant la procédure que les Communautés européennes au cours de la procédure ont fait savoir leur vive préoccupation au sujet de la légitimation de ce qui est une forme de « *judge shopping* ». Sur ce point, v. le commentaire critique de cette affaire et de ses implications procédurales in H. RUIZ FABRI et P. MONNIER, « Chronique du règlement des différends 2007-2008 », *J.D.I.*, 2008, n° 3, p. 852-853.

487 Décisions de l'arbitre, *CE – Hormones* (22:6), *op. cit.*, spéc. par. 34-44 et *Communautés européennes – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (Plainte initiale du Canada) – Recours du Canada à l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS48/ARB, 18 mai 1999, spéc. par. 33-43 ; décision de l'arbitre, *CE – Bananes III* (22:6 USA), *op. cit.*, par. 4.1-4.15. De même, dans l'affaire *Etats-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd)*, les six plaignants initiaux ont demandé à l'O.R.D. l'autorisation de suspendre des concessions sans qu'il existât à l'appui de leur demande une constatation d'inexécution du groupe spécial au titre de l'article 21:5. Les arbitres ont donc également effectué leur évaluation du niveau du dommage de manière autonome d'un groupe spécial de la mise en conformité : v. les cinq décisions parallèles et (quasi) identiques de l'arbitre, *Etats-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention (plainte initiale des Communautés européennes) – Recours des Etats-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS217/ARB/EEC ; *Etats-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention (plainte initiale du Brésil) – Recours des Etats-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS217/ARB/BRA ; *Etats-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention (plainte initiale de la Corée) – Recours des Etats-Unis*

à établir conventionnellement une chronologie des procédures, qui accorde la priorité à celle de contrôle au fond de la mesure d'exécution *avant* d'ouvrir la voie de l'arbitrage sur la suspension de concessions. Cette solution suppose d'admettre que la demande d'autorisation de suspendre des concessions soit conditionnée par le résultat d'une procédure préalable de contrôle de l'exécution. Cette approche nous paraît de bon sens, mais (pour l'instant) rien dans l'article 22 n'oriente vers cela et les parties ont donc pris l'habitude de convenir entre elles d'une chronologie des procédures (ii.).

i L'arbitre, juge du fond

La première solution amène avec elle de multiples interrogations qui expriment déjà combien la pratique est malaisée, et même contestable. Admettre que les arbitres au titre de l'article 22:6 se prononcent sur la licéité des mesures d'exécution revient à légitimer une entorse à la procédure consacrée, et elle est susceptible d'entraîner des conséquences systémiques. D'un point de vue purement procédural d'abord, ce type de déformation favorise la confusion : pour ne prendre que cet exemple, les règles en matière d'attribution de la charge de la preuve ne sont alors pas claires ; elle est également susceptible de porter atteinte aux droits des parties, puisque les délais auxquels doivent en principe obéir les deux procédures ne sont pas les mêmes (90 jours pour la procédure de l'article 21:5, 60 jours pour l'arbitrage de l'article 22:6). Ensuite, cette solution ne résout pas la difficulté que crée le déclenchement parallèle de deux procédures exigeant le même type de contrôle, car la mesure d'exécution risque alors de faire l'objet d'une appréciation et d'une constatation différentes par deux formations de jugement. Mais surtout, une telle pratique porte profondément atteinte à l'intégrité du mécanisme en

à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du *Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS217/ARB/KOR ; *Etats-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention (plainte initiale de l'Inde) – Recours des Etats-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS217/ARB/IND ; *Etats-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention (plainte initiale du Japon) – Recours des Etats-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS217/ARB/JPN, toutes rendues le 31 août 2004, toutes par. 3.14-3.151 ; et *Etats-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention (plainte initiale du Chili) – Recours des Etats-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS217/ARB/CHL, 31 août 2004, par. 3.12-3.147.

autorisant un débordement manifeste de compétence⁴⁸⁸. Certes, le juge a toujours compétence pour statuer sur sa propre compétence, mais la limite de cette compétence reste dans tous les cas celle que trace une disposition conventionnelle. Or, on ne peut simplement ignorer que l'article 22:6 limite explicitement la compétence des arbitres au contrôle du respect des règles énoncées à l'article 22:3 c) et de la licéité du niveau de la suspension proposée. Tout examen par les arbitres de l'existence et de la teneur des mesures de mise en œuvre serait dès lors effectué *ultra petita*, les arbitres s'appropriant dans ce cas une compétence qui appartient expressément aux groupes spéciaux de la mise en conformité. Quelque incommode que soit l'impasse procédurale créée par le Mémoire, les arbitres au titre de l'article 22:6 ne sont *pas* compétents pour trancher sur le fond la question de l'existence ou la teneur de la mise en conformité, et légitimer de fait une démarche *contra legem* pour pallier un défaut de conception du mécanisme ne peut être la solution, quelle que soit la facilité pratique qu'on lui trouve. Enfin, accepter un tel dépassement des limites de la compétence des arbitres priverait substantiellement la procédure de l'article 21:5 de sa raison d'être⁴⁸⁹. Mais inversement, en refusant une telle compétence aux arbitres en donnant son plein effet à la procédure de l'article 21:5, la lecture stricte de l'article 22 conduirait à priver la procédure de l'article 22:6 de sa raison d'être, puisque les délais extrêmement brefs rendent impossible qu'un recours à l'arbitrage soit formé avant la fin d'une procédure de contrôle au fond. Cette première solution ne permet donc pas de sortir de l'impasse sans porter fondamentalement atteinte à l'objectif même de l'une ou l'autre des deux procédures.

ii Les accords bilatéraux de « *sequencing* »

La deuxième option, consistant à établir une chronologie procédurale, soulève le problème de son fondement textuel⁴⁹⁰. Bien conscient qu'il s'agit là d'une

488 Mme Ruiz Fabri et M. Monnier soulignent à cet égard « l'ambiguïté qui habite le contrôle arbitral du niveau de suspension », in H. RUIZ FABRI et P. MONNIER, « Chronique du règlement des différends 2007-2008 », *op. cit.*, p. 862. V. également sur ce point T.-Y. LIN, « Compliance Proceedings under Article 21.5 of DSU and Doha Proposed Reform », *op. cit.*, spéc. p. 933.

489 Pour une forte objection à ce que la compétence des arbitres au titre de l'article 22:6 soit exercée de manière à priver dans les faits le juge de la mise en conformité de sa fonction, v. notamment Y. SUZUKI, « "Sequencing" and Compliance », *op. cit.*, p. 375-377. Dans le même sens, v. T.-Y. LIN, « Compliance Proceedings under Article 21.5 of DSU and Doha Proposed Reform », *op. cit.*, p. 933-934.

490 V. à cet égard la position américaine selon laquelle « [s]i les rédacteurs avaient voulu que la suspension de concessions ou d'autres obligations soit subordonnée à l'achèvement

question à implications systémiques qu'il revient aux Membres de régler dans le forum politique multilatéral, le groupe spécial dans l'affaire *CE – Bananes III* a refusé de se prononcer sur la question, invoquant son manque de pouvoir d'interprétation⁴⁹¹ – une nouvelle prudence qui se justifiait selon la logique de la *member-driven organization*. Mais en l'absence de réponse textuelle ou jurisprudentielle immédiate, les Membres ont bien dû composer avec la lacune, et ils ont ainsi eux-mêmes, ponctuellement, remédié au problème en concluant des accords bilatéraux réglant la chronologie des recours (communément appelés « *sequencing agreements* »)⁴⁹². Ainsi, dès que se profile la possibilité d'un désaccord au sujet des mesures d'exécution, les parties communiquent à l'O.R.D. un mémorandum d'accord sur la chronologie convenue entre elles. Plusieurs « formules » ont été pratiquées en vertu de ces accords.

La solution privilégiée et devenue quasiment systématique est celle du recours prioritaire à la procédure au titre de l'article 21:5, avant l'arbitrage au sujet de la suspension de concessions. En matière de subventions, elle trouve même un fondement conventionnel. Dans l'affaire *Australie – Cuir pour automobiles II*, les parties ont ainsi judicieusement fait jouer les spécificités de l'Accord SMC, qui prévoit dans la note 4 de l'article 4 (consacré aux voies de recours) que « les délais mentionnés dans cet article pourront être prorogés par accord mutuel ». Conformément à cette précision, les parties sont convenues de ne recourir d'abord qu'à la procédure au titre de l'article 21:5, et de prolonger le délai pour recourir à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 jusqu'au sixième jour après la distribution du rapport du groupe spécial⁴⁹³.

d'une autre procédure, ils n'auraient pas libellé le texte de l'article 22 de façon à ce que tous les délais au titre de l'article 22 courent à compter de l'expiration du "délai raisonnable" pour la mise en œuvre prévu à l'article 21:3 du Mémorandum d'accord », in rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Mesures à l'importation de certains produits en provenance des Communautés européennes*, WT/DS165/AB/R, 11 décembre 2000, par. 23.

491 « Nous sommes conscients de la controverse qui existe au sein de l'ORD à propos de l'interprétation de ces articles et du rapport existant entre eux, mais nous sommes d'avis que le mieux est que cette question soit résolue par les Membres dans le contexte du réexamen en cours du Mémorandum d'accord et non dans le cadre d'une procédure de groupe spécial à laquelle participent uniquement une partie et quelques tierces parties actives », rapport du groupe spécial, *CE – Bananes III* (21:5 CE), *op. cit.*, par. 4.17.

492 V. à ce sujet S. RHODES, « The Article 21.5/22 Problem: Clarification Through Bilateral Agreements ? », *J.I.E.L.*, 2000, vol. 3, n° 3, p. 553-558.

493 *Australie – Subventions accordées aux producteurs et exportateurs de cuir pour automobiles*, « Recours par les Etats-Unis à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends », WT/DS126/8, 4 octobre 1999, qui contient l'accord entre les Etats-Unis et l'Australie au sujet de l'articulation des recours (p. 2, pt 1-6).

Dans l'affaire *Etats-Unis – FSC*, les Communautés européennes ont également accepté de mettre en suspens la procédure d'arbitrage sur le montant de la suspension de concessions. La conclusion d'accords bilatéraux est très vite devenue systématique dans les affaires de subventions. Dans les différends ordinaires, la pratique ne s'est imposée qu'après quelques hésitations. Dans l'affaire *Australie – Saumon* par exemple, le Canada craignait de perdre le bénéfice du recours à l'article 22:6 en raison des délais étroits. Les parties ont alors exploité le fait que le Mémorandum ne fixe aucun délai pour l'hypothèse où un Membre serait contraint de redemander à l'O.R.D. l'autorisation de suspendre des concessions une fois que la procédure d'arbitrage sur le montant de la suspension est lancée. Par conséquent, il a été convenu que le Canada demanderait l'autorisation de suspendre des concessions pendant les dix jours où le Mémorandum le lui permet, que l'Australie recourrait alors à l'arbitrage au titre de l'article 22:6, puis que les parties demanderaient conjointement la suspension de la procédure lors de la première réunion avec les arbitres, afin d'attendre le rapport du groupe spécial sur la substance de l'exécution. Malgré sa complexité, cette construction a été reprise dans plusieurs autres affaires⁴⁹⁴. Une solution moins compliquée mais qui suppose la confiance réciproque a depuis été mise en œuvre : dans l'affaire *CE – Linge de lit*, les Communautés se sont engagées à ne pas opposer à l'Inde le dépassement du délai, si l'Inde venait à recourir à la procédure d'arbitrage de l'article 22:6 après avoir attendu les constatations et conclusions de la procédure de l'article 21:5⁴⁹⁵.

Ces solutions bilatérales étant devenues systématiques, l'impasse procédurale révélée par l'affaire *CE – Bananes III* n'est aujourd'hui plus que virtuelle et le recours préalable à la procédure de l'article 21:5 quasiment généralisé. Il faut cependant garder à l'esprit que ces accords bilatéraux ne règlent que ponctuellement, cas par cas, l'articulation des procédures ; ils ne sont rien de plus que l'interprétation par les parties au différend des articles 21:5 et 22:6. Ils ne sont donc applicables qu'à l'espèce, tandis que dans le Mémorandum subsiste une importante incohérence qui ne pourra résoudre qu'une décision multilatérale

494 Par exemple l'affaire *Canada – Produits laitiers*. Une autre variante de cette formule a été convenue dans l'affaire *Japon – Pommes* : d'abord, le plaignant initial (Etats-Unis) a demandé l'autorisation de suspendre des concessions en vertu de l'article 22 ; ensuite, au cours de la même réunion à l'O.R.D., le défendeur initial a annoncé que la mise en conformité était réalisée, tandis que les Etats-Unis ont simultanément demandé l'établissement d'un groupe spécial de la mise en conformité ; toujours à la même réunion, il a été convenu de solliciter un arbitre au titre de l'article 22:6 ; enfin, les parties ont suspendu la procédure d'arbitrage dans l'attente du rapport du groupe spécial.

495 V. le document WT/DS141/11, par. 5.

des Membres, nourrie par les multiples propositions à ce sujet dans le cadre du réexamen du Mémorandum. Après des années de négociations et des propositions prenant essentiellement appui sur celles esquissées ci-dessus, les efforts convergent actuellement vers la conclusion d'un accord sur une chronologie donnant la priorité à la procédure de contrôle de la mise en conformité, et rendant même celle-ci obligatoire en tant que condition préalable à une demande d'autorisation de suspendre des concessions⁴⁹⁶.

§ 2 Déroutement des procédures

Ce que le Mémorandum règlemente d'un côté trop rigoureusement, au point de créer des incohérences et impossibilités procédurales, il le compense d'un autre côté par une absence presque entière d'indications relatives au déroulement des arbitrages au titre des articles 21:3 c) et 22:6. Dans ce silence presque parfait sont alors nées deux tendances très différentes. La procédure d'arbitrage de fixation du délai raisonnable, pour le peu qu'elle a été développée, est restée minimaliste (A.). La procédure d'arbitrage relative à la demande de suspension de concessions, en revanche, a été considérablement développée par les arbitres successifs, même s'ils ont aussi largement emprunté à d'autres procédures déjà établies (B.).

496 V. sur ce point O.R.D., « Rapport du Président de l'O.R.D. au Comité des négociations commerciales », TN/DS/25, 21 avril 2011, p. 1. Plus spécifiquement, M. Ronald Saborio Soto y annonçait la proposition qui agrège actuellement les Membres, à savoir « que l'engagement de la procédure de rétorsion soit possible uniquement après que l'un de certains événements énumérés s'est produit, *y compris une détermination antérieure de non-mise en conformité lors d'une procédure de mise en conformité* » (pp. A-40 et A-41, italiques ajoutées). Plus précisément, dans le *Projet de texte juridique consolidé* annexé au rapport, proposé comme base pour la poursuite des travaux, l'article 22:2 bis se lit ainsi : « Une partie plaignante pourra demander à l'ORD l'autorisation de suspendre, à l'égard du Membre concerné, l'application de concessions ou d'autres obligations au titre des accords visés uniquement dans les cas où aucune compensation satisfaisante n'aura été convenue avec cette partie plaignante et : a) le Membre concerné n'informerait pas l'ORD, dans le délai prévu au paragraphe 3 de l'article 21, première phrase, de son intention de se conformer aux recommandations et décisions de celui-ci ; b) le Membre concerné n'aurait pas notifié à l'ORD, à l'expiration du délai raisonnable, qu'il s'est pleinement conformé aux recommandations et décisions de l'ORD ; ou c) une partie plaignante aura eu recours aux procédures prévues au paragraphe 5 de l'article 21, et l'ORD aura décidé qu'une mesure prise pour se conformer n'existe pas ou est incompatible avec un accord visé ou que le Membre concerné ne s'est pas autrement conformé aux recommandations et décisions de l'ORD ».

A *L'arbitrage du délai raisonnable : minimalisme procédural*

La subsidiarité de l'ensemble du règlement des différends devient ici une nouvelle fois apparente, car le système est guidé par deux principes qui peuvent paraître contradictoires à ce stade du litige. Le Mémorandum prône en effet la mise en conformité immédiate aux recommandations adoptées par l'O.R.D., mais une telle exécution immédiate peut s'avérer impraticable, d'autant qu'il s'agit également d'accommoder le libre choix des Membres quant aux modalités de mise en œuvre. Dans ces conditions se profile la difficulté du délai d'exécution, car la mise en conformité peut supposer des modifications et aménagements dans le droit interne du Membre mettant en œuvre qui font obstacle à une mise en œuvre immédiate.

Un délai raisonnable peut alors être accordé au Membre, et le Mémorandum précise plusieurs manières de le fixer. Nous les avons déjà signalées, mais elles méritent ici un développement plus précis. Le délai peut être proposé par le Membre en question et approuvé par l'O.R.D.⁴⁹⁷, ou mutuellement convenu entre les parties au différend dans les 45 jours suivant l'adoption du rapport initial. En somme, ces deux premières options de l'article 21:3 convergent vers la même chose : le consentement du plaignant initial, si bien que l'alternative entre les alinéas a) et b) est un trompe-l'œil et que l'alinéa a) est en réalité superflu. Sans le consentement du plaignant initial, ni l'une ni l'autre possibilité ne peut se réaliser, et inversement il suffit de son seul consentement – compte tenu de la règle du consensus négatif, peu importe dès lors celui du reste des représentants à l'O.R.D. – pour que l'une comme l'autre aboutisse. L'alinéa a), on y reviendra plus précisément, est donc inopérant. Mais si le plaignant initial n'approuve pas le délai proposé, ou ne parvient pas à négocier utilement à son sujet avec le Membre mettant en œuvre, les parties ont la possibilité de recourir à l'article 21:3 c) pour obtenir une fixation du délai de mise en œuvre par voie d'arbitrage.

Au-delà de ce stade des simples possibilités, le Mémorandum est mutique. Du contexte, il apparaît toutefois que celle de solliciter l'arbitrage est ouverte à

497 En quinze ans de fonctionnement, cette première voie de fixation du délai n'a jamais été utilisée. En revanche, il est arrivé que l'O.R.D. approuve une prorogation de délai, demandée par le défendeur initial au sujet d'un délai préalablement déterminé par arbitrage : v. *Etats-Unis – FSC*, « Demande de modification du délai pour la mise en conformité », WT/DS108/11, 2 octobre 2000 ; *Etats-Unis – Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur*, « Modification proposée du délai raisonnable prévu à l'article 21:3 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends », *op. cit.* ; et *Etats-Unis – Loi de 1916*, « Modification proposée du délai raisonnable prévu à l'article 21:3 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends », WT/DS136/13, WT/DS162/16, 18 juillet 2001.

l'une comme à l'autre des parties, que le recours peut donc être unilatéral, mais qu'il peut également être conjoint. La pratique confirme néanmoins l'objectif sous-tendant l'existence même de cet arbitrage, à savoir celui de faire obstacle aux éventuelles pratiques dilatoires du défendeur initial ; la plupart du temps, c'est donc le plaignant initial qui sollicite l'intervention d'un arbitre. Mais il peut arriver que l'arbitrage soit demandé par le défendeur, notamment dans des cas où il apparaît au cours des négociations que le plaignant initial n'est pas disposé à lui accorder le délai qu'il estime nécessaire⁴⁹⁸. Comme déjà indiqué, les parties ont en principe le choix de l'arbitre, qui a toujours été désigné jusqu'à présent parmi les membres de l'Organe d'appel, et le Directeur général a suivi cette pratique lorsque les parties n'arrivaient pas à s'entendre à ce sujet et qu'il lui revenait de le désigner.

Il est probable que c'est en partant de cette pratique relative à l'identité des arbitres que se sont développés les usages en matière de procédure. Le Mémoire ne comporte pas la moindre indication à cet égard, contrairement aux procédures des groupes spéciaux. Plus significativement encore, il n'en est fait mention dans aucun des arbitrages au titre de l'article 21:3 c) à ce jour. Dans la pratique, il n'existe pas de réunion d'organisation et, puisque le Mémoire ne donne pas explicitement le choix aux parties, la procédure est de fait déterminée par l'arbitre. Elle prend la forme d'un calendrier de travail fixant les dates de remise simultanée des mémoires des parties et pour l'audience qui suit⁴⁹⁹. Au cours de l'audience, les parties présentent oralement leurs arguments et reçoivent ensuite des questions de l'arbitre. En définitive, la procédure suivie au cours de ces arbitrages ressemble davantage à celle de l'appel qu'à celle qui prévaut devant les groupes spéciaux. Il n'y a là rien de surprenant : l'identité des juges entre l'Organe d'appel et les arbitres au titre de l'article 21:3 c) véhicule presque inévitablement l'impression d'une assimilation des procédures, ou plutôt d'une transposition de la procédure d'appel à l'arbitrage au sujet du délai raisonnable, bien que les fonctions des deux organes de jugement soient nettement distinctes⁵⁰⁰. Contrairement à la phase

498 V. par exemple l'affaire *CE – Hormones*, où ce sont les Communautés européennes qui ont pris l'initiative de solliciter l'arbitrage au titre de l'article 21:3 c).

499 Sur ce point, v. P. MONNIER, « Working Procedures before Panels, the Appellate Body and Other Adjudicating Bodies of the WTO », *op. cit.*, p. 517 ; *id.*, « The Time to Comply with an Adverse WTO Ruling – Promptness within Reason », *op. cit.*, p. 833-834.

500 Il reste que la dissociation organique que suppose ce type de « dédoublement fonctionnel » semble malaisée à gérer, et elle a donné lieu à des démarches procédurales curieuses. Ainsi, dans l'affaire *CE – Bananes III*, l'arbitre – M. El-Naggar, membre en fonction de l'Organe d'appel – a annoncé son intention de consulter les autres membres de l'Organe d'appel au sujet de la question dont il avait à connaître. On y voit bien la difficulté, parfois,

d'appel toutefois, les arbitres au titre de l'article 21:3 c) ne sont confrontés qu'à une seule question (mais, comme on l'a souligné, qu'on ne peut pas même univoquement qualifier comme étant de droit).

Quant à la charge de la preuve, les règles qui la régissent ont pris forme dès les premiers arbitrages, suivant le principe général qu'il incombe à une partie qui présente une allégation ou une revendication d'apporter les éléments de preuve à son soutien. Dans l'affaire *CE – Hormones* par exemple, l'arbitre a considéré que lorsqu'une partie fait valoir que des « circonstances » justifient un délai plus court ou plus long, c'est à elle qu'incombe la charge de le prouver⁵⁰¹. Ce principe a cependant connu des déviations, dont on ne perçoit pas bien les raisons. Ainsi par exemple de l'affaire *Australie – Saumon*, dans laquelle l'Australie revendiquait un délai raisonnable de mise en œuvre de quinze mois, destiné en particulier à lui permettre de mener une évaluation des risques qui servirait de fondement à ses mesures d'importation restrictives. Le Canada au contraire était d'avis qu'inclure dans le délai raisonnable le temps nécessaire pour la réalisation d'une évaluation des risques justifiant une mesure déjà déclarée incompatible était intolérable⁵⁰². Selon lui, rien ne justifiait que l'Australie ne mît pas en œuvre les recommandations de mise en conformité par la voie la plus rapide et directe, c'est-à-dire une décision administrative du directeur des services de quarantaine, qui aurait levé l'interdiction d'importation de saumon. Mais l'arbitre, bien qu'il ait rejeté tous les arguments australiens, notamment en appliquant le raisonnement de l'arbitre dans l'affaire *CE – Hormones*⁵⁰³, ne s'est pas pour autant rallié à la conclusion canadienne : sans que les raisons apparaissent ni dans son raisonnement ni dans sa décision, il a accordé à l'Australie un délai de mise en œuvre de huit mois⁵⁰⁴.

Ces fluctuations nonobstant, les précisions apportées par les arbitrages successifs au sujet de l'interprétation de la référence au délai de quinze mois à l'article 21:3 c)⁵⁰⁵ ont progressivement conduit à un ajustement simultané de

pour l'*individu* de se situer distinctement par rapport à sa *qualité institutionnelle*, et ici en particulier entre son statut spécifique et ponctuel d'arbitre et son appartenance à un organe collégial permanent, qui applique le principe de collégialité avec sa tonalité spécifique. Bien que cela ne se soit jamais reproduit, cela révèle par ailleurs la confusion ambiante quant à la nature et à la situation de la procédure par rapport au mécanisme d'ensemble, auquel elle est cependant institutionnellement rattachée.

501 Décision de l'arbitre, *CE – Hormones* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 37.

502 Décision de l'arbitre, *Australie – Saumon* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 17-21.

503 Sur ce point en particulier, v. la décision de l'arbitre, *Australie – Saumon* (21:3 c)), *op. cit.*, spéc. par. 35-36.

504 *Ibid.*

505 V. *supra* dans cette Section, § 2, A., 1.

l'attribution de la charge de la preuve. Ainsi, dans l'affaire *Canada – Brevets pour les produits pharmaceutiques*, l'arbitre s'est aligné sur celui de l'affaire *CE – Hormones*, qui avait considéré que le délai raisonnable devait être le délai le plus court possible dans le cadre du système juridique du Membre mettant en œuvre. C'est au regard de ce principe, auquel s'ajoute la préférence du Mémorandum pour une mise en œuvre immédiate, qu'il a estimé que c'est au Membre mettant en œuvre « qu'incombe la charge de démontrer [...] que la durée de n'importe quel délai de mise en œuvre proposé, y compris les étapes que ce délai est censé comporter, constitue un "délai raisonnable" »⁵⁰⁶. Selon toute logique, « [c]ette charge sera d'autant plus lourde que le délai de mise en œuvre proposé sera plus long »⁵⁰⁷. Cette règle d'attribution de la charge de la preuve, ajustée à l'interprétation du délai de quinze mois, a été suivie dans tous les arbitrages subséquents⁵⁰⁸, au point d'être désormais considérée comme un principe établi dans le cadre des arbitrages au titre de l'article 21:3 c)⁵⁰⁹.

B *L'arbitrage relatif à la suspension de concessions : entre emprunts et adaptations procéduraux*

Comme la procédure initiale ou la procédure de contrôle (au fond) de l'exécution, elle obéit à un mode de saisine unilatérale, mais qui comporte une spécificité qu'on doit préciser (1.). Les règles de composition de l'organe arbitral replacent le désaccord entre les mains des personnes qui avaient rendu la décision initiale restée inexécutée (2.). Quant à la procédure proprement dite, son déroulement est, sinon parfaitement calqué, du moins largement adapté à partir de celui de la procédure judiciaire de droit commun (3.).

506 Décision de l'arbitre, *Canada – Brevets pour les produits pharmaceutiques* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 47.

507 *Ibid.*

508 V. par exemple la décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Loi de 1916* (21:3 c)), *op. cit.* : « [j]e considère donc que c'est aux Etats-Unis qu'incombe la charge de démontrer que le délai de 15 mois qu'ils proposent est le "délai le plus court possible" dans le cadre de leur système législatif pour mettre en œuvre les recommandations et décisions de l'O.R.D. dans le cas d'espèce » (par. 33). D'autres exemples sont la décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd)* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 44 ; et décision de l'arbitre, *Communautés européennes – Conditions d'octroi de préférences tarifaires aux pays en développement – Arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, WT/DS246/14, 20 septembre 2004, par. 27.

509 Par exemple, v. la décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Jeux* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 31.

1 Recours unilatéral à l'arbitrage : une procédure défensive

A l'expiration du délai raisonnable, le défendeur initial devrait avoir mis en œuvre les recommandations de l'O.R.D., c'est-à-dire dans la plupart des cas mis en conformité sa mesure jugée incompatible avec le droit de l'O.M.C. Si la mise en œuvre est insatisfaisante, soit parce qu'elle produit une nouvelle illicéité soit parce qu'elle est inexistante, le plaignant initial peut suspendre des concessions ou d'autres avantages commerciaux. Il doit toutefois demander préalablement l'autorisation de l'O.R.D., et le Mémorandum soumet sa demande à des exigences substantielles et procédurales, en particulier s'agissant du secteur ou de l'accord dans lequel il cherche à suspendre des concessions⁵¹⁰. En outre, son choix doit tenir compte de l'impact économique de la suspension envisagée⁵¹¹. La contrainte la plus importante est cependant que l'O.R.D. ne peut autoriser une suspension qu'à la condition que son montant soit équivalent au montant de l'annulation ou de la réduction d'avantages subie par le plaignant initial. Il est quasiment écrit d'avance que les parties ne s'entendront pas sur l'adéquation de la suspension de concessions, car le défendeur initial susceptible de la subir trouvera fatalement son niveau trop élevé. C'est dans ces circonstances qu'un arbitrage de l'article 22:6 peut intervenir : « si le Membre concerné conteste le niveau de la suspension proposée, ou affirme que les principes et procédures énoncés au paragraphe 3 n'ont pas été suivis dans les cas où une partie plaignante a demandé l'autorisation de suspendre des concessions ou d'autres obligations conformément au paragraphe 3 b) ou c), la question sera soumise à arbitrage ».

Cet arbitrage peut au demeurant intervenir *uniquement* dans ces circonstances, en excluant que la procédure soit employée pour court-circuiter celle de la phase initiale. L'hypothèse n'est en effet pas inconcevable : deux membres pourraient convenir de ce qu'il existe bien un dommage causé à l'un d'eux par une mesure étatique de l'autre, mais, au lieu de déclencher une procédure initiale pour faire constater l'incompatibilité de la mesure en cause par un groupe spécial (et peut-être l'Organe d'appel), avec déclenchement subséquent de la phase de mise en conformité et les procédures juridictionnelles qui l'encadrent, préférer demander directement un arbitrage au titre de l'article 22:6 pour faire déterminer le montant dont le membre en situation de non-conformité serait débiteur envers celui qui subit le dommage. Or, au regard de l'ensemble des conditions cumulatives posées par le Mémorandum pour demander un arbitrage de l'article 22:6, un tel recours est impossible sans qu'il existe, préala-

⁵¹⁰ Article 22:3 a), b) et c) du Mémorandum d'accord.

⁵¹¹ Article 22:3 d) du Mémorandum.

blement, une constatation d'incompatibilité *initiale* par un groupe spécial ou l'Organe d'appel⁵¹².

L'arbitrage au titre de l'article 22:6 s'analyse en effet comme une procédure défensive, en tant qu'il donne au défendeur qui voit se profiler le risque de subir prochainement une suspension de concessions un recours afin de faire vérifier la licéité de celle-ci. A ce titre, il peut contester le niveau de la suspension proposée et faire valoir que les principes et procédures énoncés à l'article 22:3 n'ont pas été respectés. La nature défensive de la procédure apparaît au regard du texte de l'article 22:6, qui établit sans équivoque que le recours à l'arbitrage est réservé exclusivement au défendeur initial, dans la mesure où il faut, pour qu'un arbitrage ait lieu, que l'une des allégations possibles au titre de cette disposition ait été exprimée, et le Membre susceptible de subir la suspension est le seul à pouvoir le faire. *A contrario*, cela signifie aussi qu'un plaignant initial qui demande à l'O.R.D. l'autorisation de suspendre des concessions ne peut pas recourir de sa propre initiative à l'arbitrage au titre de l'article 22:6, afin de faire constater de manière préventive la licéité de sa proposition de suspension. On a donc, ici aussi, affaire à une procédure opérant sur saisine unilatérale, mais avec la particularité que la saisine est réservée à l'une seulement des parties, le défendeur initial.

2 Composition de l'organe arbitral

On retrouve les membres de la formation de jugement de la phase initiale, puisque l'article 22:6 dispose que l'arbitrage sera confié, dans la mesure du possible, au groupe spécial initial. Ce n'est que si ses membres sont indisponibles que la procédure pourra être assurée par un arbitre désigné par le Directeur général. On comprend aisément la raison de ce renvoi vers les membres de l'organe de jugement initial, et elle est la même que celle expliquant l'identité des membres du groupe spécial initial et ceux du groupe spécial au titre de l'article 21:5 : l'affaire est déjà connue d'eux, ce qui garantit un gain de temps maximal⁵¹³. Par ailleurs, le chapitre précédent a fait apparaître que le juge initial, en étant chargé de mener la procédure de contrôle au fond de l'exécution, est mis en mesure de vérifier si sa recommandation initiale a été respectée.

⁵¹² Cette configuration sera étudiée plus précisément *infra*, dans le cadre des développements consacrés à la suspension de concessions envisagée sous l'angle de la sanction de l'inexécution, v. Deuxième partie, Titre II.

⁵¹³ Et ce d'autant plus si une procédure au titre l'article 21:5 a précédé la demande d'autorisation de suspendre des concessions, puisque celle-ci est en principe également assurée par les membres du groupe spécial initial ; ceux-ci peuvent ainsi, dans une même affaire, être amenés à siéger dans une formation de jugement en trois qualités différentes.

Un phénomène similaire est produit par l'identité entre l'organe arbitral au titre de l'article 22:6 et le groupe spécial initial, au sens où les juges de la phase initiale, en leur qualité d'arbitres au sujet d'une suspension de concessions, sont mis en charge d'apprécier les conséquences de l'inexécution, et même d'en fixer d'office l'ampleur lorsqu'ils estiment eux-mêmes le niveau d'une suspension de concessions. Mais la dynamique est ici inversée par rapport à ce que, pour un groupe spécial au titre de l'article 21:5, nous avons qualifié de « dimension négative » de la fonction juridictionnelle. S'agissant de l'arbitre au titre de l'article 22:6, sa fonction juridictionnelle s'inscrit au contraire dans une dynamique positive : là où en sa qualité de groupe spécial de l'article 21:5 il ne pouvait qu'apprécier si l'obligation née de sa constatation d'incompatibilité en phase initiale a bien été exécutée ou non, en sa qualité d'arbitre il est juge de la licéité de la sanction de l'inexécution de sa recommandation⁵¹⁴.

3 Procédure : banalisation et aménagements fonctionnels

Autant d'aspects procéduraux que possible ont été transportés de la procédure de droit commun à l'arbitrage relatif aux suspensions de concessions (a.). Sa spécificité a cependant exigé quelques aménagements, parfois contestés (b.).

a *Emprunts à la procédure de droit commun*

Le Mémorandum est silencieux au sujet de la procédure à suivre lors de l'instance, en dehors de deux indications, relatives l'une à l'organe arbitral et l'autre au délai imparti à l'arbitre pour rendre sa décision. S'agissant de l'organe, la note 12 déjà signalée précise que le terme « arbitre » peut désigner un arbitre unique ou un groupe de personnes. S'agissant du délai, l'arbitre au titre de l'article 22:6 dispose en principe de 60 jours suivant l'expiration du délai raisonnable de mise en œuvre pour rendre sa décision. Dans la pratique toutefois, comme dans toutes les autres procédures du mécanisme, les parties conviennent souvent de proroger le délai imparti à l'organe de jugement, ce que l'O.R.D. valide systématiquement. Hormis ces deux précisions mineures, le Mémorandum laisse entièrement indéterminée la procédure à suivre.

⁵¹⁴ Cela n'est pas dire que les arbitres seraient habilités à déterminer le montant de ce qui s'analyserait comme une réparation, car la notion même de réparation telle qu'elle est habituellement entendue en droit international général est étrangère au droit de l'O.M.C. (sur ce point, v. *infra*, Première partie, Titre II). Le terme « sanction » est ici employé en son sens le plus large de conséquence juridique dont est assortie la violation d'une obligation juridique, et il sera précisé *infra*. De même, il ne préjuge pas, à ce stade, de la qualification juridique du mécanisme de suspension de concessions, qui sera analysée dans les développements suivants (Deuxième partie, Titre II).

Sa fixation est donc revenue aux arbitres et, sans grande surprise, le phénomène observé est le même que s'agissant de l'arbitrage relatif au délai d'exécution : l'identité entre les membres de l'organe arbitral et l'organe de jugement initial a conditionné le modèle de procédure sur lequel le déroulement de l'arbitrage a été calqué⁵¹⁵. Les arbitres au titre de l'article 22:6 étant en principe issus du groupe spécial initial, c'est donc essentiellement à la procédure devant les groupes spéciaux qu'ils empruntent.

La question de la procédure à suivre dans le cadre d'un arbitrage sur le niveau d'une suspension de concessions s'était posée dès l'affaire *CE – Hormones*, qui avait donné lieu à deux procédures de phase initiale car les demandes de consultations ainsi que d'établissement d'un groupe spécial présentées successivement par les Etats-Unis et le Canada étaient trop espacées dans le temps pour permettre une jonction des plaintes⁵¹⁶. Face au maintien de la fermeture du marché communautaire nonobstant l'établissement de l'illicéité de la mesure d'interdiction d'importation, les Etats-Unis et le Canada ont demandé à l'O.R.D. l'autorisation de suspendre des concessions à l'égard des Communautés. Celles-ci ont contesté le niveau de la suspension proposée et la question a donc été soumise à arbitrage. Les demandes ont été présentées respectivement le 17 et le 20 mai 1999. Compte tenu de l'identité parfaite des deux contentieux (sinon des plaignants), les Etats-Unis et le Canada ont tous deux demandé à l'arbitre dans la procédure opposée de leur accorder le statut de tierce partie. L'arbitre a accédé sans difficulté à ces demandes, autorisant les plaignants initiaux à assister aux deux audiences d'arbitrage, ainsi qu'à faire une déclaration à la fin de chaque audience et recevoir communication des mémoires présentés lors des deux procédures. L'arbitre a justifié cette décision par une « importation » des dispositions du Mémorandum traitant de la procédure devant un groupe spécial initial, qu'il a effectuée par le renvoi à ces dispositions dans les procédures de travail qu'il avait établie pour l'arbitrage. Celles-ci devenaient dès lors applicables à une procédure au titre de l'article

⁵¹⁵ On observe d'ailleurs que l'identité des personnes semble susciter une réelle confusion : les arbitres au titre de l'article 22:6 dans l'affaire *CE – Bananes III* avaient ainsi renvoyé à « notre décision initiale » (italiques ajoutés). V. la décision de l'arbitre, *CE – Bananes III* (22:6 USA), *op. cit.*, par. 7.4.

⁵¹⁶ Dans les deux affaires, la composition des groupes spéciaux était cependant la même, si bien que les procédures avaient pu être coordonnées et alignées l'une sur l'autre. Ainsi, les rapports avaient été rendus le même jour : le 18 août 1997 pour les rapports du groupe spécial, et le 16 janvier 1998 pour ceux de l'Organe d'appel. Les quatre ont été adoptés en bloc au cours de la réunion de l'O.R.D. du 13 février 1998, v. O.R.D., « Compte rendu de la réunion du 13 février 1998 », WT/DSB/M/42, 16 mars 1998, p. 15.

22:6⁵¹⁷. En effet, s'agissant concrètement de la question des tierces parties, l'arbitre a considéré que « [l]es dispositions du Mémorandum d'accord relatives à la procédure des groupes spéciaux, auxquelles il est fait référence par analogie dans les procédures de travail des arbitres, donnent aux arbitres le pouvoir discrétionnaire de statuer sur des questions de procédure non couvertes dans le Mémorandum d'accord (article 12:1 du Mémorandum d'accord) dans le respect de la régularité de la procédure »⁵¹⁸. Il a alors renvoyé à l'observation formulée en phase initiale par l'Organe d'appel, qui avait précisé que la marge discrétionnaire dont jouissent les groupes spéciaux en vertu du Mémorandum, et notamment de l'Appendice 3, lui donne le pouvoir de traiter « des situations particulières qui peuvent se poser dans un cas précis et qui n'ont pas été expressément prévues »⁵¹⁹. Or, l'article 22:6 ne donne aucune indication sur la participation de tierces parties à la procédure d'arbitrage de l'article 22, et l'arbitre a donc usé du pouvoir discrétionnaire qu'il se reconnaît pour répondre lui-même à la question, au regard de l'intérêt qu'avaient les Etats-Unis et le Canada à participer à la procédure parallèle⁵²⁰.

En d'autres termes, en vertu de l'importation des règles de procédure au moyen de l'analogie mentionnée, toute question de procédure non réglée par l'article 22:6, c'est-à-dire à peu près toutes, est susceptible de l'être par un alignement sur les règles qui s'imposent à un groupe spécial initial ou sur les pouvoirs dont il jouit. Un autre exemple significatif à cet égard est la question du traitement des renseignements commerciaux confidentiels. Confronté à une telle question dans l'affaire *Etats-Unis – Coton upland*, l'arbitre au titre de l'article 22:6 avait commencé par rappeler que ses procédures de travail

517 V. la décision de l'arbitre, *CE – Hormones* (22:6), *op. cit.*, par. 7.

518 *Ibid.*

519 Rapport de l'Organe d'appel, *CE – Hormones*, *op. cit.*, par. 152 note 138.

520 En vertu de son pouvoir discrétionnaire, l'arbitre peut cependant aussi décider d'exclure les tierces parties de la procédure. Ainsi par exemple dans l'affaire *Etats-Unis – Jeux*, où il a rejeté la demande de statut de tierce partie des Communautés européennes, au motif qu'il n'existait « aucun élément justifiant de supposer que sa détermination au titre de l'article 22:7 du Mémorandum d'accord concernant la demande de suspension de concessions et d'autres obligations présentée par Antigua-et-Barbuda soit telle qu'elle porte atteinte aux droits des CE dans le contexte de la procédure distincte qu'elles ont engagée avec d'autres Membres concernés au titre de l'article XXI:1 b) du GATS concernant la modification de concessions des Etats-Unis, qui a à la fois une base juridique distincte et un objet distinct », *in* décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontières des services de jeux et paris – Recours des Etats-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS285/ARB, 21 décembre 2007, par. 2.31.

prévoient explicitement qu'il « suivra les procédures de travail normales du Mémorandum d'accord lorsque cela est pertinent et adapté aux circonstances de la présente procédure »⁵²¹. Au regard de l'article 18:2 du Mémorandum, qui impose aux parties à une procédure de groupe spécial initial de traiter comme confidentiels les renseignements commerciaux communiqués par un Membre et désignés comme tels, l'arbitre a alors estimé que la même règle s'appliquait à l'arbitrage de l'article 22:6, et a donné les instructions correspondantes. La plupart des dispositions du Mémorandum relatives à la procédure des groupes spéciaux s'appliquent donc également à l'arbitrage de l'article 22:6 et les arbitres n'hésitent pas à s'y référer par analogie. Comme celle de l'article 21:5, la procédure de l'article 22:6 est ainsi largement banalisée, tout en faisant l'objet de certains aménagements et précisions qui se justifient par l'objet particulier de l'arbitrage⁵²².

b *Aménagements spécifiques*

i Accès aux communications

Dans toute procédure au titre de l'article 22:6, l'arbitre commence par tenir une réunion d'organisation avec les parties. C'est lui, cependant, qui fixe ensuite les procédures de travail et le calendrier final, et, on le constate, celui-ci est largement calqué sur celui adopté dans le cadre d'une procédure de l'article 21:5. Ce choix s'explique par l'objet spécifique de l'arbitrage et les délais dans lesquels il est en principe enfermé, et qui rendent techniquement impossible de s'aligner sur les pratiques qui ont cours dans le cadre d'une procédure initiale⁵²³. Tout comme dans une procédure de contrôle au fond de la mise en œuvre,

521 Cité in décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Subventions concernant le coton upland – Recours des Etats-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends et de l'article 4.11 de l'Accord SMC*, WT/DS267/ARB/1, 31 août 2009, par. 1.33. Précisons que deux arbitrages relatifs à la suspension de concessions ont eu lieu dans le cadre de cette affaire ; celui cité ici sera appelé ensuite *Etats-Unis – Coton upland* (22:6 (1)).

522 V. en ce sens la décision de l'arbitre dans l'affaire *Etats-Unis – Coton upland*. L'arbitre y cite ses procédures de travail qui disposent que « [l']arbitre suivra les procédures de travail normales du Mémorandum d'accord lorsque cela est pertinent et adapté aux circonstances de la présente procédure », *ibid.*, par. 1.33.

523 A titre de comparaison, on constate d'ailleurs aussi que, dans la seule utilisation de l'article 25, le calendrier de travail a été calqué sur celui adopté dans quasiment tous les arbitrages au titre de l'article 22:6, lui-même très similaire à celui adopté dans une procédure de l'article 21:5, ce qui témoigne d'une forte tendance à l'harmonisation des procédures lorsqu'elle est praticable.

le calendrier fixé est alors le suivant : deux séries de communications des parties, suivies d'une audience unique.

Il existe toutefois deux différences, liées l'une à l'autre. La première est que les communications sont présentées simultanément dans un arbitrage au titre de l'article 22:6, au cours d'une audience unique, alors que les parties ne les présentent pas en même temps devant un groupe spécial (y compris de la mise en conformité)⁵²⁴. La deuxième différence est l'ajout d'une étape procédurale, consistant dans la production, par le Membre proposant la suspension et sur la demande de l'arbitre, d'un document exposant la méthode de calcul utilisée pour chiffrer le niveau de la suspension, et ce avant même la soumission de sa première communication. Cette pratique s'est consolidée à partir du premier arbitrage dans lequel un tel document avait été demandé, qui coïncide aussi avec la première utilisation de l'arbitrage de l'article 22:6. Dans l'affaire *CE – Bananes III*, l'arbitre avait demandé aux Etats-Unis de lui soumettre un document détaillant la méthode choisie pour calculer leur dommage et donc le niveau de la suspension. Lorsque les Communautés européennes l'ont interrogé sur cette demande inédite, il avait répondu prudemment, en indiquant seulement dans une note que cette demande avait « un caractère purement informatif » et n'était destinée qu'à lui faire gagner du temps⁵²⁵. Mais les arbitres postérieurs l'ont immédiatement adoptée, et il apparaît clairement que le parti pris est de donner tout son poids à l'exigence d'un règlement rapide du différend et au délai imparti à l'arbitre pour rendre sa décision. Ce qui semblait dans le premier arbitrage n'être qu'une aide pour l'arbitre s'est révélé par la suite être une étape procédurale indispensable au déroulement rapide et utile d'un arbitrage de l'article 22:6⁵²⁶. La raison est que le plaignant initial doit divulguer dans ce document des renseignements qui ne peuvent être qu'en sa possession⁵²⁷, mais sans lesquels le défendeur initial ne pourrait pas contester utilement le niveau de la suspension demandée. Dans la mesure

524 V. sur ce point la décision de l'arbitre, *CE – Bananes III* (22:6 ECU), *op. cit.*, par. 35, qui résume la pratique antérieure et justifie celle que l'arbitre a suivie dans cette affaire.

525 Décision de l'arbitre, *CE – Bananes III* (22:6 USA), *op. cit.*, par. 2.1 note page 2.

526 V. le raisonnement exposé dans la décision de l'arbitre, *CE – Bananes III* (22:6 ECU), *op. cit.*, par. 35.

527 Dans l'arbitrage ultérieur au titre de l'article 22:6 dans l'affaire *CE – Hormones*, l'arbitre a souligné ce point, lorsqu'il insistait sur le devoir des parties de coopérer à une procédure efficace en fournissant à l'arbitre toutes les informations utiles : « [c]ertains des éléments de preuve [...] peuvent, en effet, être uniquement en la possession des Etats-Unis, parce qu'ils sont la partie qui a subi la réduction du commerce. Cela explique pourquoi nous avons demandé aux Etats-Unis de présenter une note sur la méthode utilisée », *in* décision de l'arbitre, *CE – Hormones* (22:6), *op. cit.*, par. 11.

où les communications des parties sont présentées simultanément, cela ne lui permettrait de réagir à ces renseignements que dans sa seconde communication, présentée à titre de réfutation. La pertinence de sa première communication en serait considérablement réduite, puisque tous les arguments de fond, de nature à contester juridiquement la suspension proposée, n'apparaîtraient qu'à un stade ultérieur, déjà trop avancé. A la fin de l'année 1999, et toujours dans l'affaire *CE – Bananes III*, c'était cette fois l'Equateur qui avait demandé l'autorisation de suspendre des concessions. L'organe arbitral, composé des mêmes membres que dans l'arbitrage au sujet de la proposition de suspension américaine, est revenu sur cette étape procédurale afin d'en faire apparaître plus explicitement l'importance : ne pas demander la production du document en question, en ce que cela rendrait quasiment inutile la première communication du Membre menacé d'une suspension, soulèverait des questions en termes de garantie d'une procédure régulière⁵²⁸. Depuis cette affaire, la présentation de la méthodologie utilisée pour le calcul de la suspension proposée est devenue un automatisme, dont il est simplement fait état dans la décision de l'arbitre, parmi d'autres informations factuelles⁵²⁹.

ii Droits des tierces parties

La question de la participation des tierces parties a également dû être traitée par l'arbitre, comme on l'a vu de manière incidente dans le cadre des développements consacrés au raisonnement par analogie de l'arbitre au titre de l'article 22:6. Pour rappel, il a estimé jouir du même pouvoir discrétionnaire que les groupes spéciaux pour statuer sur des questions de procédure que le Mémoire ne couvre pas (article 12:1). S'agissant spécifiquement des droits des tierces parties, l'arbitre a ainsi pu refuser la participation d'une tierce partie dans une affaire, mais l'accepter dans une autre. Dans le premier cas cependant, les raisons de sa décision peuvent paraître curieuses. Il s'agissait de l'arbitrage déclenché par les Communautés européennes face à la demande américaine de suspendre des concessions dans l'affaire précitée, et l'Equateur avait demandé le droit d'y participer en qualité de tierce partie. L'arbitre a répondu très sommairement, en rejetant la demande au motif que le Mémoire est silencieux au sujet des tierces parties dans une telle

528 Décision de l'arbitre, *CE – Bananes III* (22:6 ECU), *op. cit.*, par. 35.

529 V. par exemple la décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Coton upland* (22:6 (1)), *op. cit.*, dans laquelle l'arbitre a indiqué sommairement que « [l]e 31 octobre 2008, le Brésil a présenté sa note de méthodologie pour le calcul des contre-mesures proposées. Les Etats-Unis ont présenté une communication écrite le 9 décembre 2008. Le Brésil a présenté sa communication écrite le 13 janvier 2009 » (par. 1.25).

procédure, et qu'en toute hypothèse les droits de l'Equateur ne seraient pas affectés par la procédure⁵³⁰. Plusieurs choses surprennent dans cette réponse. D'abord, l'Equateur nous semble bien avoir eu au minimum indirectement un intérêt dans cette procédure, puisque c'est lui qui avait porté la plainte initiale devant le juge. L'écarter entièrement à un stade ultérieur est en contradiction avec les intérêts qui, au cours de la phase initiale, lui avaient bien été reconnus. Ensuite, on est surpris de l'approche hésitante de l'arbitre, qui ne coïncide pas avec l'aisance avec laquelle il s'était auparavant arrogé les mêmes droits qu'un groupe spécial. On ne voit pas, dans ces conditions, pourquoi le silence du Mémoire l'embarrassait particulièrement, au point d'en faire le motif principal de son rejet de la demande équatorienne.

Quelques mois plus tard, dans l'affaire *CE – Hormones*, l'arbitre a cependant accédé à une demande de participation en qualité de tierce partie ; ce faisant, il s'alignait sur l'attitude qu'il avait adoptée en sa qualité de groupe spécial au cours de la procédure initiale⁵³¹. Toutefois, alors que dans les premières procédures de l'article 22:6, les choix opérés par les arbitres semblaient effectivement être purement discrétionnaires et donc pouvoir pencher dans un sens comme dans l'autre, leur approche est par la suite devenue plus prudente et déférente à l'égard des parties. Ainsi, ils ont refusé la participation de tierces parties dans tous les arbitrages subséquents, et consultent régulièrement les parties sur cette question⁵³². L'autorisation donnée sur ce point dans l'arbitrage *CE – Hormones*, la seule à ce jour, s'explique donc sans doute par le fait que les deux Membres qui demandaient le statut de tierce partie étaient chacun à la fois plaignant initial et partie à une procédure d'arbitrage de l'article 22:6, et que ces deux arbitrages étaient nés du même différend, ce qui rendait pertinent et sans grand enjeu de leur accorder un droit de regard sur la procédure parallèle.

iii Attribution de la charge de la preuve

La centralité de la question de la charge de la preuve pour le déroulement de l'arbitrage justifie que les arbitres, tout comme dans la procédure initiale, aient veillé à détailler les principes et règles suivis, précisément parce que les rédacteurs du Mémoire n'y ont pas veillé. Les principes établis par les

530 Décision de l'arbitre, *CE – Bananes III (22:6 USA)*, *op. cit.*, par. 2.8.

531 V. la décision de l'arbitre, *CE – Hormones (22:6)*, *op. cit.*, où l'arbitre autorisa les Etats-Unis et le Canada « à assister aux deux audiences d'arbitrage, à faire une déclaration à la fin de chaque audience et à recevoir une copie des communications écrites présentées lors des deux procédures » (par. 7).

532 V. la décision de l'arbitre, *Brésil – Aéronefs (22:6)*, *op. cit.*, par. 2.4 ; et la décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Jeux (22:6)*, *op. cit.*, par. 2.31.

arbitres sont ainsi calqués sur la jurisprudence bien établie, mais adaptés aux circonstances particulières d'un arbitrage au titre de l'article 22:6⁵³³. Dans l'affaire *CE – Hormones*, dont la procédure initiale avait déjà résumé les principes applicables d'une manière qui, de fait, a fait autorité pour les organes de jugement, l'arbitre a explicité leur signification dans le cadre d'un arbitrage sur le niveau d'une suspension de concessions. Le point de départ est la présomption de bonne foi des Membres de l'O.M.C., qui signifie dans le contexte d'une demande d'autorisation de suspendre des concessions que la proposition présentée par le plaignant initial peut être présumée conforme aux règles énoncées dans le Mémoire. Or, les Communautés européennes alléguaient que l'équivalence de niveaux entre la suspension proposée par les Etats-Unis et le dommage qu'ils subissaient n'était pas assurée. L'arbitre en a inféré qu'il incombait aux Communautés de prouver que la suspension proposée par les Etats-Unis n'était pas compatible avec l'article 22:4⁵³⁴. Concrètement, cela signifie que le défendeur initial qui conteste une proposition de suspension doit apporter un commencement de preuve établissant une présomption d'incompatibilité, selon laquelle le niveau proposé ne serait pas équivalent au niveau du dommage ; cette présomption établie, la charge de la preuve se déplace et il incombe alors au Membre proposant la suspension de présenter des arguments de droit et des éléments de preuve à leur appui afin de renverser la présomption ; si les arguments et preuves apportés par les parties s'équilibrent, l'arbitre applique le principe *in dubio pro reo* : le commencement de preuve n'ayant pas été suffisamment convaincant, le Membre contestant la proposition n'a pas gain de cause. Depuis leur formulation dans l'arbitrage dans l'affaire *CE – Hormones*, ces principes ont toujours été appliqués⁵³⁵, certains

533 Egalemeut sur ce point, v. G. MARCEAU et J. A. HAMAOU, « Implementation of Recommendations and Rulings in the WTO System », *op. cit.*, spéc. p. 202-203.

534 Décision de l'arbitre, *CE – Hormones* (22:6), *op. cit.*, par. 9.

535 V. par exemple les décisions de l'arbitre suivantes : *Etats-Unis – Loi antidumping de 1916 (Plainte initiale des Communautés européennes) – Recours des Etats-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS136/ARB, 24 février 2004, par. 3.3 ; *Canada – Crédits à l'exportation et garanties de prêts accordés pour les aéronefs régionaux – Recours du Canada à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends et de l'article 4.11 de l'Accord SMC*, WT/DS222/ARB, 17 février 2003, par. 2.5-2.8 ; *Etats-Unis – Traitement fiscal des "sociétés de vente à l'étranger" – Recours des Etats-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends et de l'article 4.11 de l'Accord SMC*, WT/DS108/ARB, 30 août 2002, par. 2.8-2.11 ; *Brésil – Aéronefs* (22:6), *op. cit.*, par. 2.8 ; *CE – Bananes III* (22:6 ECU), *op. cit.*, par. 37-41 ; *CE – Hormones* (22:6), *op. cit.*, par. 9 ; et *CE – Hormones (Canada)* (22:6), *op. cit.*, par. 9.

arbitres citant intégralement le passage pertinent pour exposer à partir de lui l'application qu'ils en font dans le cas qui leur est confié. Ainsi par exemple dans l'affaire *Etats-Unis – Jeux*, où l'arbitre a fait apparaître le lien étroit entre l'attribution de la charge de la preuve et l'obligation qui incombe aux parties de lui fournir toutes les informations utiles⁵³⁶.

iv Traitement des renseignements commerciaux confidentiels

L'objet particulier de l'arbitrage de l'article 22:6 explique également que les arbitres aient eu à répondre à la question des renseignements commerciaux confidentiels : il s'agit de déterminer le niveau d'une suspension de concessions par rapport à celui du préjudice causé, c'est-à-dire de l'impact économique qu'a eu la mesure incompatible. Aussi les arbitres ont reconnu sans difficulté la nature sensible des informations en jeu, et par conséquent la nécessité de prendre certaines précautions. Cette précaution peut consister dans la décision de distribuer deux versions de la décision, l'une confidentielle et exclusivement destinée aux parties, l'autre « censurée » et communiquée à l'ensemble des Membres⁵³⁷. L'arbitre a en revanche catégoriquement refusé d'établir une forme de hiérarchie des niveaux de confidentialité. Dans l'affaire *CE – Bananes III*, les Etats-Unis avaient en effet proposé de distinguer les renseignements commerciaux confidentiels et les renseignements commerciaux *superconfidentiels*. Mais l'arbitre n'a pas jugé nécessaire d'accorder un « traitement spécial » à la seconde catégorie, ou de prévoir des « sanctions spécifiques » ou des « limitations quant à l'identité des personnes autorisées à voir les renseignements »⁵³⁸. On aperçoit ici une prise de position à peine déguisée sur ce qu'il estime raisonnable et nécessaire, et ce qui selon lui ne l'est plus. Plus largement, elle traduit le parti pris en faveur d'un déroulement rapide et efficace de la procédure, aligné sur l'objectif du Mémoire de parvenir à une résolution définitive des différends, qui implique de faire obstacle à toutes les tentatives des Membres de jouer la montre ou de protéger leurs seuls intérêts au détriment d'une procédure régulière.

Le constat est peu surprenant, les arbitres au titre de l'article 22:6 ont développé et précisé la procédure beaucoup plus substantiellement que ne l'ont fait les arbitres chargés de fixer le délai raisonnable. Par ailleurs, l'identité entre le juge de la phase initiale, celui de la mise en conformité et l'arbitre au titre de l'article 22:6 provoque un phénomène d'harmonisation procédurale et d'assimilation remarquable. Non seulement l'arbitre de l'article 22:6 opère souvent

⁵³⁶ Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Jeux* (22:6), *op. cit.*, spéc. par. 2.24-2.25.

⁵³⁷ V. la décision de l'arbitre, *Brésil – Aéronefs* (22:6), *op. cit.*, par. 2.14.

⁵³⁸ Décision de l'arbitre, *CE – Bananes III* (22:6 USA), *op. cit.*, par. 2.1-2.7, spéc. par. 2.5.

par analogie, mais aussi il va jusqu'à assimiler son mandat à celui des groupes spéciaux, par exemple lorsqu'il cite des développements de l'Organe d'appel au sujet des pouvoirs du groupe spécial, estimant que ceux-ci lui sont également applicables⁵³⁹. Cette tendance à l'assimilation devient particulièrement visible lorsqu'il souligne ce qui paraît évident pour l'observateur extérieur, c'est-à-dire la différence entre les procédures et les fonctions que remplissent les deux organes de jugement⁵⁴⁰.

•

La fonction des procédures relatives au délai raisonnable d'exécution et à la suspension de concessions est aisément perceptible : l'organisation à laquelle elles obéissent et en particulier l'objet que le Mémoire leur assigne mettent en évidence un rôle crucial dans le suivi de la mise en œuvre, non pas en agissant au cœur même de l'exécution, c'est-à-dire sa substance, mais par l'assistance qu'elles lui apportent. Si la nature juridique de ces procédures est au premier abord incertaine, c'est également au regard de leur fonction qu'elle se révèle plus nettement : destinées à résoudre dans des délais étroitement conçus deux types de désaccords techniques et ponctuels, les procédures au titre des articles 21:3 c) et 22:6 sont mises en place pour trancher une opposition d'intérêts particuliers, et c'est par cette fonction qu'elles s'identifient le plus clairement d'arbitrages. Elle les situe également aux marges de l'exécution, mais les décisions auxquelles mènent ces arbitrages, obligatoires pour les parties, n'en participent pas moins de manière essentielle à un encadrement efficace de la mise en œuvre. Ils offrent en effet aux parties la possibilité de dépasser les blocages auxquels peuvent mener des positions et des intérêts diplomatiquement inconciliables, par le recours à un tiers impartial habilité à trancher le désaccord et à fournir aux parties une réponse qui les obligera. Le mécanisme a donc cela d'original qu'il a mis en place des procédures juridictionnelles y compris à la périphérie de la mise en œuvre sur le fond. Sans

539 Ainsi par exemple dans la décision de l'arbitre, *CE – Hormones* (22:6), *op. cit.*, par. 7 note 5, où l'arbitre renvoya à l'Organe d'appel qui avait considéré que « le Mémoire d'accord, notamment les dispositions de l'Appendice 3, laisse aux groupes spéciaux une marge discrétionnaire pour s'occuper, toujours dans le respect des droits de la défense, des situations particulières qui peuvent se poser dans un cas précis et qui n'ont pas été expressément prévues » (*in* rapport de l'Organe d'appel, *CE – Hormones*, *op. cit.*, par. 152 note 138).

540 En ce sens, l'arbitre a souligné qu'« [i]l y a [...] une différence entre la tâche que nous avons en l'espèce et la tâche qui est confiée à un groupe spécial », v. la décision de l'arbitre, *CE – Hormones* (22:6), *op. cit.*, par. 12.

régler eux-mêmes la question de l'exécution au fond, les arbitrages sur le délai raisonnable et la suspension de concessions consolident néanmoins le processus de suivi multilatéral de l'exécution auquel elles servent de levier⁵⁴¹. Ainsi, pour marginaux ou accessoires, et en toute hypothèse subsidiaires que ces arbitrages soient, ils n'en sont pas moins indispensables à un suivi efficace, en contribuant à ce que les possibilités d'« échappement » soient réduites autant que possible. Et c'est par ce biais, indirectement, qu'ils concourent à résoudre le différend au fond.

• •

Unique par la diversité et le raffinement des procédures juridictionnelles mises en place dans la phase de mise en conformité pour contrôler au fond les mesures prises en vue de corriger l'illicéité initiale, et plus largement d'encadrer la mise en œuvre des recommandations de l'O.R.D., le contentieux de la mise en conformité révèle un modèle singulier de suivi de l'exécution. La plupart des juridictions internationales disposent d'un mécanisme de suivi construit sur le modèle traditionnel ou à partir de lui, dans lequel l'exécution est traitée comme une question relevant essentiellement de la sphère diplomatique, et son suivi est confié à un organe politique. L'organe juridictionnel, lorsqu'il joue un rôle, n'intervient qu'à titre subsidiaire, sous l'impulsion de l'organe politique. Dans le règlement des différends de l'O.M.C., les procédures juridictionnelles ne sont pas moins conçues en tant qu'outils subsidiaires, mais ce sont elles qui jouent, de fait, un rôle crucial d'impulsion dans le suivi de l'exécution. Certes, l'O.R.D. exerce une surveillance continue de la mise en œuvre des recommandations, mais ce sont les procédures juridictionnelles mises en place à tous les stades de la phase d'exécution où peut surgir une difficulté qui servent de véritable levier à l'O.R.D. dans sa mission de surveillance. La force de cette forme d'encadrement dualiste tient ainsi au choix de confier à la juridiction la mission d'accompagner les Membres dans la bonne mise en œuvre d'une décision prononcée contre eux, de contrôler si l'obligation née de la « condamnation » initiale a bien été exécutée, et de trancher tout désaccord technique qui pourrait faire obstacle à une mise en conformité dans les plus brefs délais. En d'autres termes, l'originalité du mécanisme réside dans la juridictionnalisation

541 Mme Footer affirme en ce sens, en particulier s'agissant de la procédure de suspension de concessions, que « *the DSB's collective managerial function of surveillance, which is persuasive in character, is interspersed with more coercive elements of enforcement when calling for countermeasures in the case of non-compliance* », in M. E. FOOTER, « Some Theoretical and Legal Perspectives on WTO Compliance », *op. cit.*, p. 87.

dont la phase de mise en œuvre fait l'objet, par laquelle la question de l'exécution des recommandations de l'O.R.D. est en quelque sorte « retirée » de la sphère diplomatique et confiée à la juridiction. Un phénomène aussi diversifié, complet et sophistiqué de juridictionnalisation de l'exécution n'existe au sein d'aucune autre juridiction internationale, et il confirme que la force exécutoire des décisions rendues par une juridiction internationale peut, dans certaines circonstances, être matérialisée dans l'ordre juridique international.

Le contentieux de la mise en conformité, révélateur de la nature du système de l'O.M.C.

En 2003, dans le cadre de l'affaire *Etats-Unis – FSC*, les Communautés européennes ont été autorisées par l'O.R.D. à suspendre des concessions à l'égard des Etats-Unis à la hauteur de la totalité de leur subvention illicite, soit plus de quatre milliards de dollars⁵⁴². De fait, cela revenait à les investir d'un droit d'agir au titre d'un dommage qui, en toute rigueur, n'était pas seulement le leur, strictement individualisé et envisagé en termes de la relation bilatérale entre l'auteur de l'infraction et le Membre lésé. La décision de l'arbitre au titre de l'article 22:6 sur laquelle reposait l'autorisation donnée par l'O.R.D. était inédite à plusieurs égards, au premier rang desquels le choix de l'arbitre de « forfaire » la suspension de concessions. La justification donnée intrigue davantage : l'obligation dont la violation avait engagé la responsabilité des Etats-Unis « est une obligation *erga omnes* qui s'impose dans son intégralité envers chacun des Membres »⁵⁴³. C'est donc de cette qualification de l'obligation violée que l'arbitre a inféré l'indivisibilité du montant de la suspension de concessions, en reflet à celle de l'obligation. Cette décision soulève des questions d'ordre juridique mais aussi, de manière plus immédiatement perceptible, d'ordre pratique. Parmi les secondes, on se contentera de signaler celle de la praticabilité de la suspension que l'arbitre a déclarée licite et que l'O.R.D. a autorisée en conséquence. Comment mettre en œuvre pareille suspension, dont l'ampleur équivaut à peu près à la fermeture complète du marché communautaire aux produits et services américains pendant plus une durée d'un an⁵⁴⁴ ? Cette difficulté avait été perçue d'emblée et le représentant américain au commerce, Robert Zoellick, avait observé en ce sens que la mise en œuvre effective de

542 V. la décision de l'arbitre, *Etats-Unis – FSC* (22:6), *op. cit.*, par. 8.1.

543 *Ibid.*, par. 6.10.

544 A titre de comparaison : en 2011, les importations de marchandises et services américains en Union européenne s'élevaient respectivement à 1,8 milliards d'euros et 1,4 milliards d'euros, soit au total 3,2 milliards. V. les statistiques annuelles des relations commerciales entre les Etats-Unis et l'Union européenne publiées sur le site de la Direction générale du commerce de la Commission européenne (ec.europa.eu/trade), ou sur le site du Bureau du recensement du U.S. Department of Commerce (www.census.gov).

cette suspension reviendrait à « *dropping a nuclear bomb* » sur le système commercial multilatéral⁵⁴⁵.

Dans une perspective juridique, l'effet de la décision n'est pas moindre, en ce qu'elle fait apparaître deux choses, la première étant en quelque sorte le fondement sur lequel construit la seconde. D'abord, elle amène à s'interroger sur la nature des obligations constituant le droit de l'O.M.C., qui est au minimum incertaine : on peut douter de la justesse du propos lorsque l'arbitre qualifiait l'obligation en cause comme étant de caractère « *erga omnes* », mais en tout cas ce doute appelle un examen de la question. Ensuite, c'est la nature même du contentieux dans son ensemble qui est en cause, car si certaines obligations sont véritablement de valeur *erga omnes* – et peut-être toutes le sont ? ou aucune ? –, alors elles devraient être assorties du régime correspondant, et en particulier du deuxième élément du couple obligation-droit, c'est-à-dire d'un droit d'agir de tous et pour tous.

On le voit, le contentieux de la mise en conformité sert ici de point de départ à une réflexion plus systémique et très largement rétrospective, qui nous entraîne loin en amont de lui. Mais c'est bien à partir de lui que ces questions et observations se révèlent, et on perçoit ainsi mieux le lien inextricable entre la procédure initiale et le contentieux qui se déroule dans la phase d'exécution. Certes, ce dernier est fonctionnellement cantonné dans la phase de mise en œuvre, mais c'est bien du fait de son rattachement inhérent au contentieux initial, et donc également au droit substantiel – que les deux visent à garantir, à des stades différents et par des moyens différents – qu'il peut agir en révélateur du système. Les questions formulées ci-dessus tracent déjà les grands axes qu'il s'agit d'élucider. En effet, l'existence même d'un contentieux de la mise en conformité évoque presque instinctivement un contentieux intersubjectif, dont les acteurs seraient un Membre responsable et un Membre lésé. Les deux chapitres précédents ne le réfutaient d'ailleurs pas explicitement, mais se contentaient de signaler la question lorsqu'elle surgissait. Cependant, la décision mentionnée ci-dessus conduit à procéder plus prudemment dans l'appréciation, puisqu'elle indique que le mécanisme pourrait au contraire revêtir une forte dimension objective. La réflexion suscitée à partir du contentieux de la mise en conformité nous amène ainsi à examiner aussi bien la nature

545 W.DROZDIK, « EU May Hit U.S. With \$4 Billion in Penalties ; Commission Calls Tax Credits Illegal », *Washington Post*, 21 août 2001, p. E.01. Pour une présentation et discussion de la réaction américaine aux décisions du groupe spécial de la mise en conformité et de l'arbitre ayant fixé le montant de la suspension de concessions, v. C. CARMICHAEL, « Foreign Sales Corporations – Subsidies, Sanctions, and Trade Wars », *Vand. J. Trans. L.*, 2002, vol. 35, n° 1, p. 151-210, spéc. p. 203-208.

du contentieux entendu comme un ensemble (Chapitre II. La nature des procédures contentieuses), qu'en amont celle du droit de l'O.M.C. (Chapitre I. La nature des obligations substantielles). En toute rigueur, elles devraient être identiques, l'ensemble devant en principe, de manière cohérente, obéir à d'une dynamique soit bilatérale et subjective, soit multilatérale et objective. Cependant, les chapitres précédents ont déjà révélé que l'O.M.C. est porteuse de dispositifs « hybrides », et la décision *Etats-Unis – FSC* annonce déjà les impuretés du régime analysé, et plus largement celle du système.

La nature des obligations substantielles

L'arbitrage sur la suspension de concessions dans l'affaire *Etats-Unis – FSC* est la première décision produite par les organes de jugement de l'O.M.C. qui contient une qualification de la nature juridique d'une obligation substantielle. L'arbitre l'a ici qualifiée d'*erga omnes*, et, compte tenu de ce que sont en droit international de telles obligations, l'affirmation exige une vérification. En effet, le déroulement même des procédures, exposé dans les chapitres précédents, ne permet pas de l'inférer logiquement même si, d'une certaine manière, il en est fait écho dans la surveillance multilatérale de l'exécution qu'exerce l'O.R.D. La question de la nature des obligations contenues dans le GATT de 1947 et, plus tard, les accords O.M.C., a déjà été abordée ponctuellement par la doctrine⁵⁴⁶, mais le contentieux de la mise en conformité jette sur elle une nouvelle lumière, rétrospective. On comprend mieux l'enjeu de la qualification en prenant comme point de départ, ou de comparaison, le droit international général. C'est d'abord de l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Barcelona Traction* dont il s'agit, dans lequel la Cour identifia des obligations dues à la communauté internationale toute entière – les obligations *erga omnes* –, au motif de « l'importance des droits en cause » et de l'« intérêt juridique » qu'ont par conséquent tous les Etats à leur protection⁵⁴⁷. Ensuite, d'autres éclairages essentiels sont apportés par les Articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite de 2001 de la Commission du droit international⁵⁴⁸. De l'article 48 découle en effet que la détermination de l'Etat

546 V. par exemple l'étude très fouillée de M. HAHN, *Die einseitige Aussetzung von GATT-Verpflichtungen als Repressalie*, Berlin, Springer, 1996, 439 p., des conclusions de laquelle nous nous distancions cependant.

547 C.I.J., *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Belgique c. Espagne), deuxième phase, arrêt du 5 février 1970, *C.I.J. Recueil 1970*, p. 32 par. 33 (caractères gras supprimés).

548 La C.D.I. a adopté le projet d'articles en seconde lecture, le 31 mai 2001 (v. le texte du projet publié in *Annuaire C.D.I.*, 2001, II-2, p. 26-31 par. 76). Le sujet de la responsabilité des Etats avait été inscrit à son ordre du jour en 1955 et confié à cinq rapporteurs spéciaux successifs – MM. García Amador, Ago, Riphagen, Arangio-Ruiz et Crawford – avant de parvenir à cette adoption près d'un demi-siècle plus tard. Le statut des articles proposés reste pour l'instant dans les limbes : l'Assemblée générale, par la résolution 56/83 du 12 décembre 2001, en a seulement « pris note » et, conformément au souhait exprimé par la C.D.I., a annexé le texte des articles à sa résolution en le recommandant à l'attention de tous les gouvernements

lésé est tributaire de la nature de l'obligation. Selon ce qu'elle est, soit ne sera lésé que l'Etat spécialement atteint par la violation (obligation bilatérale), soit seront lésés tous les Etats parties à l'instrument (obligation multilatérale), avec toutes les conséquences juridiques attachées à la responsabilité⁵⁴⁹. Mais ces principes portent en creux une question cruciale pour la détermination de la nature de l'obligation : en amont d'elle, l'intérêt qu'elle vise à protéger. Que les intérêts *communs* sont la raison d'être des obligations multilatérales ressortait déjà de l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire citée. Ils appellent cependant à être identifiés, et un examen plus précis des intérêts en cause à l'O.M.C. révèle bien l'existence d'intérêts communs qui irriguent non seulement l'Organisation au sens institutionnel, mais aussi le droit qu'elle abrite (Section I). Le constat que la construction même de l'O.M.C. et l'ambition de son maintien sont portées par un intérêt commun, et même une pluralité d'intérêts communs, éclaire ensuite la réflexion au sujet de la nature des obligations qui constituent le droit de l'Organisation. Toutefois, cette réflexion ne saurait se contenter de l'identification d'un intérêt commun, mais doit être

(A/RES/56/83, par. 3). La possibilité que soit ultérieurement convoquée une conférence internationale de plénipotentiaires en vue de la codification des règles proposées, comme le recommandait la C.D.I. (v. J. CRAWFORD, « Quatrième rapport sur la responsabilité de l'Etat », *Annuaire C.D.I.*, 2001, II-1, spéc. par. 21-23 ; C.D.I., « Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa cinquante-troisième session », « Chapitre IV – Responsabilité des Etats », *Annuaire C.D.I.*, 2001, II-2, par. 73), reste ouverte mais n'est pas envisagée dans l'immédiat. Par l'adoption de la résolution, les articles n'ont plus le statut de projet de la C.D.I. mais, en l'absence de convention internationale les incorporant, ils n'ont pas non plus valeur conventionnelle. Dans les développements suivants, nous nous référerons donc simplement à eux par l'expression « texte de la C.D.I. ». Pour une présentation critique du texte de la C.D.I., à la fois historique et substantielle, v. notamment J. CRAWFORD, J. PEEL et S. OLLESON, « The ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: Completion of the Second Reading », *E.J.I.L.*, 2001, vol. 12, n° 5, p. 963-991 ; A. PELLET, « Remarques sur une révolution inachevée – Le projet d'articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite », *A.F.D.I.*, 1996, p. 1-26 ; *id.*, « Le nouveau projet de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite : *Requiem* pour le crime ? », in L. C. VOHRAH *et al.* (eds), *Man's Inhumanity to Man – Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, La Haye, Kluwer Law International, 2003, p. 655-683 (également paru, dans une version actualisée et complétée, in *N.Yb.I.L.*, 2001, p. 55-79) ; *id.*, « Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite – Suite – et fin ? », *A.F.D.I.*, 2002, p. 1-23.

549 V. aussi l'étude menée sur cette question sous l'angle du principe de précaution par J. CAZALA, *Le principe de précaution en droit international*, Paris, Anthemis, 2006, 497 p., en particulier les développements consacrés à l'articulation entre le principe de précaution et le droit international de la responsabilité, p. 332-388.

consolidée par celle de véritables droits y correspondants car, la Cour l'a établi, « [l]a responsabilité n'est pas engagée si un simple intérêt est touché ; elle ne l'est que si un droit est violé »⁵⁵⁰. L'analyse des techniques conventionnelles mises en œuvre à l'O.M.C. fait alors apparaître la nature multilatérale des obligations substantielles (Section II).

Section I Identification d'un intérêt commun

L'O.M.C. abrite à la fois les intérêts individuels des Membres et leurs intérêts collectifs. Les premiers sont les plus immédiatement perceptibles dans une organisation à vocation commerciale : ce sont les intérêts qu'on peut qualifier d'économiques ou commerciaux. Les seconds sont les intérêts qui forment le fondement sur lequel l'Organisation même est construite, et qu'elle exprime dans son droit matériel. Une telle distinction entre l'individuel et le collectif (ou commun) n'est évidemment pas propre à l'O.M.C. La nécessité d'en tenir compte et de la renforcer puise dans la prise de conscience que les intérêts qui animent l'élaboration de normes internationales peuvent relever de natures différentes, être eux aussi individuels ou collectifs, et dès lors appeler la mise en place de régimes distincts. Cependant, ce qui a vocation à être qualifié d'intérêt proprement commun, digne de protection, appelle à être précisé (§ 1), et l'O.M.C. témoigne à cet égard de la présence d'un intérêt commun éminent, sur lequel repose la conception même de l'Organisation et qu'elle a choisi de protéger juridiquement (§ 2).

§ 1 L'opportunité de protéger l'intérêt « commun »

Le glissement progressif d'une approche strictement bilatérale vers une approche multilatérale des obligations internationales est le reflet de la prise de conscience qu'il existe, à côté des intérêts individuels des Etats, des intérêts collectifs (ou communs) (A.). La doctrine anglophone les appelle « *community interests* », expression qui fait mieux apparaître encore combien elle est étroitement rattachée à l'idée de communauté, sur laquelle nous reviendrons plus tard. La réflexion menée au sujet de tels intérêts communs, dans tous les domaines du droit international, sert de point d'appui à celle centrée sur les intérêts spécifiques que porte l'O.M.C. (B.).

550 C.I.J., *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, deuxième phase, *op. cit.*, p. 36 par. 46. Sur la distinction entre droit et intérêt, v. également P. DAILLIER, M. FORTEAU et A. PELLET, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 881-882.

A *Dépassement des intérêts individuels*

L'évolution récente du droit international a nourri des réflexions sur celle, parallèle, des intérêts communs (2.), qui dépassent aujourd'hui largement le champ de ceux identifiés par la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Barcelona Traction* (1.).

1 Priorité aux droits de l'homme

Dans la foulée de son fameux *dictum*, la Cour internationale de Justice a donné plusieurs exemples d'obligations *erga omnes*, qui correspondent selon elle à des intérêts partagés par la communauté internationale dans son ensemble. Elle a ainsi identifié « la mise hors la loi des actes d'agression et du génocide mais aussi [l]es principes et [l]es règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine, y compris la protection contre la pratique de l'esclavage et la discrimination raciale »⁵⁵¹. Nous ne les abordons ici que sommairement, afin de faire apparaître ce qui, en 1970, se qualifiait déjà d'intérêt commun et justifiait dès lors que l'obligation qui le matérialise fût qualifiée d'*erga omnes*.

L'acte d'agression figure au premier rang des exemples donnés par la Cour. Il est expressément mentionné aux articles 1^{er} et 39 de la Charte des Nations Unies, avant de faire l'objet d'une résolution de l'Assemblée générale qui en a donné une définition⁵⁵². La consécration d'une telle définition, accompagnée d'une liste non exhaustive d'exemples se qualifiant comme actes d'agression, a permis de mettre en lumière la place éminente qu'occupe la prohibition de l'agression parmi les normes internationales, et ce qui se apparaît alors nécessairement comme une forme de hiérarchie. La prohibition du génocide figure au deuxième rang et remonte, bien que le terme n'y fût pas employé, à l'article 6 alinéa c) du Statut du Tribunal militaire international⁵⁵³. Les principes proclamés à Nuremberg ont par la suite été reconnus comme étant des « principes du droit international » par la Résolution 95 de l'Assemblée générale⁵⁵⁴, et la résolution 96 condamne en suivant le génocide comme étant

551 C.I.J., *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, deuxième phase, *op. cit.*, p. 32 par. 34.

552 Résolution 3314 (XXIX) de l'Assemblée générale des Nations Unies sur la « Définition de l'agression », adoptée le 14 décembre 1974.

553 Annexé à l'Accord concernant la poursuite et le châtiment des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe, Londres, 8 août 1945.

554 A.G.N.U., Résolution 95 (I), « Confirmation des principes de droit international reconnus par le Statut de la Cour de Nuremberg », adoptée le 11 décembre 1946, p. 188.

un refus à des groupes humains du droit à l'existence⁵⁵⁵. La voie était alors ouverte pour l'adoption par l'Assemblée générale de la Convention de 1948⁵⁵⁶. La prohibition de l'esclavage, ensuite, est enracinée dans la Convention du 25 septembre 1926, adoptée sous l'égide de la Société des Nations, qui donne une définition de l'esclavage incluant la traite d'esclaves. Le *dictum* de la Cour dans l'affaire *Barcelona Traction* n'inclut pas explicitement cet aspect mais on peut supposer qu'il est implicitement visé, et la prohibition de l'esclavage a, depuis, occupé une place centrale dans la négociation de nombreux instruments internationaux⁵⁵⁷. La protection contre la discrimination raciale, enfin, renvoie au principe d'égalité. Une étape solennelle a été l'adoption de la résolution « Déclaration sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale »⁵⁵⁸, appuyée quelques années plus tard par l'avis consultatif de la Cour dans l'affaire des *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*⁵⁵⁹.

Tenter d'identifier l'intérêt commun ou les intérêts communs que ces obligations incorporent suppose de les juxtaposer en les comparant. On constate ainsi, s'agissant de leur source, que certaines des obligations visées par la Cour relèvent du droit international coutumier⁵⁶⁰ tandis que d'autres découlent d'instruments conventionnels. On y voit déjà que la source de obli-

555 A.G.N.U., Résolution 96 (I), « Le crime de génocide », adoptée le 11 décembre 1946, p. 188-189.

556 V. A.G.N.U., Résolution 260 (III), « Adoption de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide et texte de la Convention », adoptée le 9 décembre 1948 (Doc.A/810), p. 174.

557 V. par exemple la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 (art. 4), le Pacte international des droits civils et politiques de 1966 (art. 8), la Convention européenne des droits de l'homme de 1950 (art. 4) et la Convention américaine relative aux droits de l'homme de 1948 (art. 6).

558 A.G.N.U., Résolution 1904 (XVIII), adoptée le 20 novembre 1963, 18^e session, 1963, Supplément n°15, p. 35 (Doc.A/5515).

559 C.I.J., *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, avis consultatif du 21 juin 1971, C.I.J. Recueil 1971, p. 57 par. 131.

560 Notamment la prohibition du génocide et de l'esclavage. V. respectivement C.I.J., *Reserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, avis consultatif du 28 mai 1951, C.I.J. Recueil 1951, p. 23 ; et le *Third Restatement of the Law*, qui énonce : « [m]any states [...] are parties to conventions outlawing slavery and slave trade [...], but states not parties to any such conventions are bound by essentially the same obligations as a matter of customary law. Slavery is outlawed [...] by the law of states generally », in American Law Institute, *Restatement of the Law [Third] – The Foreign Relations Law of the*

gation n'est pas le critère déterminant dans la révélation d'un intérêt commun. Cependant, les exemples fournis par la Cour ont en commun de dériver de normes appartenant au *jus cogens*⁵⁶¹. Telles que définies par la Cour, ces obligations *erga omnes* là coïncident ainsi avec les normes impératives. Par ailleurs, trois d'entre elles ont en commun de relever des droits de l'homme, et c'est peut-être le domaine du droit international dans lequel les intérêts et positions s'agrègent le plus aisément, du moins sur le principe⁵⁶². La relation entre l'intérêt et l'obligation est particulièrement étroite dans cette matière, et à double sens : la notion d'obligations *erga omnes* contribue à la protection et à la promotion des droits de l'homme ; inversement, les droits de l'homme sont perçus comme un vecteur pour la consolidation d'une notion telle que celle d'obligations *erga omnes*⁵⁶³. Mais se fier ici à un critère seulement matériel serait réducteur, car son application reviendrait à disqualifier d'emblée tout ce qui ne relève pas des droits de l'homme. On revient alors au critère de l'importance

United States, Saint Paul, American Law Institute Publishers, 1987, vol. 2, par. 702, commentaire (e), p. 163.

561 V. à ce sujet M. SØRENSEN, « Principes de droit international public – Cours général », *R.C.A.D.I.*, 1960-III, vol. 101, p. 1-254, spéc. p. 236 ; H. THIERRY, « L'évolution du droit international – Cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.*, 1990-III, vol. 222, p. 9-186, spéc. p. 67-68 ; R. AGO, « Additif au huitième rapport sur la responsabilité des Etats », Doc.A/CN.4/318/Add. 5 à 7, *Annuaire C.D.I.*, 1980, II-1, spéc. p. 63 par. 108. M. Abi-Saab considère même qu'une pluralité d'obligations *erga omnes* naît et dérive de l'interdiction du recours à la force, v. G. ABI-SAAB, « Cours général de droit international public », *op. cit.*, p. 368.

562 Le constat est peu surprenant, et on lit par exemple l'expression de ce statut longtemps resté spécifique aux traités relatifs aux droits de l'homme dans un avis consultatif de 1982 de la Cour interaméricaine des droits de l'homme : « *los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. [...] Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción* » (« en règle générale, les traités actuels relatifs aux droits de l'homme, et en particulier la Convention américaine, ne sont pas des traités multilatéraux de type traditionnel conclus en vue d'un échange réciproque de droits, pour le bénéfice mutuel des Etats contractants. [...] En adoptant ces traités relatifs aux droits de l'homme, les Etats se soumettent à un ordre juridique au sein duquel ils assument, pour le bien commun, diverses obligations, non pas à l'égard des autres Etats contractants, mais à l'encontre de toute personne relevant de leur juridiction »), in Cr.I.D.H., avis consultatif OC-2/82 relatif à l'Effet des réserves portant sur l'entrée en vigueur de la Convention américaine des droits de l'homme (art. 74 et 75), 24 sept 1982, par. 29.

563 V. sur ce point M. RAGAZZI, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Oxford, Clarendon Press, 1997, p. 135.

du droit à protéger, tel qu'identifié par la Cour, mais la difficulté n'en devient pas moindre. Certes, il renvoie directement à la notion d'intérêt commun⁵⁶⁴, mais celle-ci n'en prend pas pour autant corps plus distinctement. En effet, la difficulté que représente la notion est en reflet à celle des obligations *erga omnes* et des normes impératives : leurs contours sont fuyants. La difficulté est d'autant plus grande qu'il faut « nettoyer » l'approche de toute perspective (trop) subjective, l'intérêt commun étant toujours « *identified in the eye of the beholder* »⁵⁶⁵. Mais, tout comme on a maintes fois souligné le caractère évolutif de la notion d'obligation *erga omnes*⁵⁶⁶, l'accélération de la mondialisation, y compris celle du droit, a fait naître une réflexion plus globale au sujet des nouveaux intérêts communs nés de ce phénomène récent.

2 Diversification des intérêts communs

Les intérêts qui exigent que leur soit donnée une protection substantielle, au moyen d'obligations portant un statut juridique éminent, ne peuvent plus aujourd'hui rester cantonnés dans le seul domaine des droits de l'homme. Cette position résulte de la prise de conscience que l'évolution du droit international et le phénomène des interdépendances, tous deux nourris par une mondialisation accélérée, ont nécessairement élargi l'éventail des domaines qui relèvent de l'intérêt commun. A titre d'exemple, plus récemment que les droits de l'homme qui en restent la « constante », des préoccupations telles que celles liées au développement ou à la protection de l'environnement sont devenues prioritaires sur l'ordre du jour de multiples institutions internationales. Que tout intérêt n'est pas digne de protection substantielle et, surtout, ne *peut* pas être juridiquement protégé appelle une réflexion visant à identifier ceux qui devraient et pourraient l'être.

Cependant, dès l'abord, elle bute sur une difficulté de définition. La notion d'« intérêt » renvoie en effet à celle, toute aussi complexe, de « valeur », et les deux sont parfois employées de manière interchangeable par les auteurs. Or, le discours de valeurs est en plein essor, les revendications de valeurs se multiplient et le défi est désormais moins de s'agréger autour de valeurs

564 V. par exemple K. ZEMANEK, « How to Identify Peremptory Norms of International Law », in P.-M. DUPUY, B. FASSBENDER, M. N. SHAW et K. P. SOMMERMAN (eds), *Völkerrecht als Wertordnung / Common Values in International Law – Essays in honor of Ch. Tomuschat*, Kehl, N. P. Engel Verlag, 2006, p. 1103-1117.

565 A. PARDO et C. Q. CHRISTOL, « The Common Interest : Tension Between the Whole and the Parts », in R. St. J. MACDONALD et D. M. JOHNSTON (eds), *The Structure and Process of International Law*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1983, p. 645.

566 V. sur ce point notamment J. CRAWFORD, *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat – Introduction, texte et commentaires*, Paris, Pedone, 2003, p. 332 par. 9 (commentaire de l'article 48).

ou d'intérêts ressentis comme partagés que de parvenir à les définir d'une manière qui délimite, pour chaque champ conventionnel et non globalement et en droit international général, ce qui peut raisonnablement et légitimement être rattaché à la notion d'« intérêt commun » (et partant de là, à l'idée d'une « communauté ») de ce qui ne peut pas l'être. Dans le même temps, la question ne peut être entièrement laissée en suspens au motif de la difficulté, voire de l'impossibilité de définition sur laquelle on bute. La raison en est qu'elle prend une ampleur particulière à une époque où la doctrine internationaliste se passionne pour le débat sur la constitutionnalisation du droit international, à laquelle l'idée d'une hiérarchie des valeurs et intérêts est intrinsèque, avec la nécessité subséquente de la nourrir d'éléments substantiels de réponse. Certains auteurs voient ainsi dans la consécration de la notion d'obligations *erga omnes* non seulement un élément de l'échafaudage d'une hiérarchie des normes internationales, mais surtout par là même la confirmation d'un processus continu de constitutionnalisation⁵⁶⁷. Le raisonnement avancé est le suivant : dès lors qu'on adhère à l'idée qu'il existerait des normes « supérieures » à d'autres, à l'image de celles du *jus cogens*, on adhère aussi nécessairement à l'idée d'un droit international constitutionnalisé ou en voie de constitutionnalisation, et au minimum à celle que le droit international serait un système sous-tendu par une certaine forme d'organisation. Les deux propositions n'ont pas les mêmes implications, mais en toute hypothèse il n'est pas nécessaire d'ouvrir ici le débat sur le rôle et le sens des normes impératives dans ce que certains souhaiteraient être une « constitutionnalisation » du droit international : le juge de l'O.M.C. n'a pas vu au sein de l'ensemble normatif de l'O.M.C. du *jus cogens*, et personne ne fait valoir que les dispositions des accords de l'O.M.C. renfermeraient de telles normes⁵⁶⁸. La question pour les obligations *erga omnes* ou *erga omnes partes* se pose en d'autres termes, puisque la qualification prend son ampleur en cas de violation d'une telle obligation – qui peut agir et quelle forme son action peut-elle prendre ? –, et concerne ainsi davantage la nature intrinsèque de l'obligation en cause. Quoi qu'il en soit, on peut certainement s'entendre sur le fait que l'existence d'une catégorie de normes

567 V. par exemple J. DELBRÜCK, « "Laws in the Public Interest" – Some Observations on the Foundations and Identification of *Erga Omnes* Norms in International Law », in V. GÖTZ, P. SELMER et R. WOLFRUM (eds), *Liber Amicorum Günther Jaenicke – Zum 85. Geburtstag*, Berlin, Springer-Verlag, 1999, p. 17.

568 Ne serait-ce que parce que le droit de l'O.M.C. permet des dérogations à ses dispositions et qu'un traité en conflit avec ces dernières n'est en aucun cas nul. V. également en ce sens J. PAUWELYN, « A Typology of Multilateral Treaty Obligations : Are WTO Obligations Bilateral or Collective in Nature ? », *E.J.I.L.*, 2003, vol. 14, n° 5, p. 927-928.

erga omnes (partes) reflète l'existence de valeurs et d'intérêts communs, et par là transcende l'approche bilatérale traditionnelle⁵⁶⁹. Ou du moins elle la complète⁵⁷⁰, en ce que de nouvelles structures normatives se sont ajoutées aux structures bilatérales classiques, qui visent à répondre au besoin de protéger certains intérêts et valeurs fondamentaux. Ceux-ci restent alors à préciser.

Deux constats peuvent servir de point de départ à une tentative de donner de la substance à la notion. Le premier constat est qu'un intérêt commun résulte de l'agrégation des intérêts individuels des Etats, dont il se trouve qu'ils sont partagés. Mais l'intérêt commun ne peut se réduire au produit de la coïncidence d'intérêts individuels car – c'est le second constat – un « intérêt » n'existe pas dans un vide, il n'a pas d'existence autonome. Il est toujours fonction des circonstances dans lesquelles il apparaît et existe et d'un objectif poursuivi⁵⁷¹, au risque sinon de ne rester qu'une abstraction ou un idéal. Puisqu'on peut supposer que les Etats s'efforceront toujours de voir leurs intérêts individuels se réaliser, la conjonction de ces deux constats fournit en quelque sorte le fondement d'un intérêt commun.

La réflexion centrée sur l'évolution des intérêts communs, et l'apparition de nouveaux intérêts, a ainsi conduit à adopter une approche plus globale de la notion. L'hypothèse posée est que l'existence d'un intérêt commun n'est pas nécessairement tributaire de l'importance d'une valeur pour la communauté internationale dans son ensemble, dans quel cas on aurait affaire à un intérêt commun universel, défini comme « *a consensus according to which the respect for certain values is not to be left to the free disposition of States individually or inter se but is recognized and sanctioned by international law as a matter of concern to all States* »⁵⁷². La notion englobe au contraire également les intérêts qui sont « *shared on a non-universal level and protected by law which only binds groups of States. [The concept] shall encompass not only fundamental interests and values, but all values and interests which are shared across borders and transcend national interests in reciprocal exchanges of benefits between States* »⁵⁷³.

569 V. en ce sens M. RAGAZZI, *op. cit.*, spéc. p. 218 ; Ch. TOMUSCHAT, « Die internationale Gemeinschaft », A.V.R., 1995, vol. 33, n° 1, p. 15 ; B. FASSBENDER, « Der Schutz der Menschenrechte als zentraler Inhalt des völkerrechtlichen Gemeinwohls », *Eu.G.R.Z.*, 2003, vol. 30, p. 5-7.

570 V. en ce sens M. BENZING, « Community Interests in the Procedure of International Courts and Tribunals », *L. & Prac. Int. Cts & Tribunals*, 2006, vol. 5, n° 3, p. 371.

571 V. les développements sur ce point in A. DE HOOGH, *Obligations Erga Omnes and International Crimes – A Theoretical Inquiry into the Implementation and Enforcement of the International Responsibility of States*, La Haye, Kluwer Law International, 1996, p. 10-16.

572 I. FEICHTNER, « Community Interest », in R. WOLFRUM (ed.), *Max Planck E.P.I.L.*, par. 3.

573 *Ibid.*, par. 4.

En d'autres termes, cette conception met en évidence qu'un intérêt commun peut se loger au sein d'une communauté plus restreinte que la communauté internationale dans son ensemble. Partant de là – nous confirmerons l'hypothèse au regard de l'O.M.C. –, un traité multilatéral mais pas universel peut bien servir un « intérêt commun » et, dès lors, contenir des obligations substantielles, multilatérales de nature, qui l'incorporent.

Cependant, on l'a dit, l'existence d'un intérêt collectif est fonction des circonstances, avec la conséquence que les contours de la notion ne sont pas immuables mais susceptibles d'évoluer. Le constat des interdépendances sans cesse croissantes, avec les multiples niveaux de recoupement et d'articulation entre ensembles normatifs qui en résultent, a ainsi conduit à admettre qu'apparaissent (et apparaîtront) nécessairement de nouveaux intérêts collectifs⁵⁷⁴, de nouvelles valeurs⁵⁷⁵. L'hypothèse fait écho au constat, aujourd'hui devenu banal, que le droit international a évolué d'un seul droit de la coexistence entre Etats, tel qu'il s'agençait dans le modèle westphalien de la souveraineté⁵⁷⁶, à un droit de la coopération entre Etats⁵⁷⁷. C'est ce changement de paradigme qui fournit l'indice le plus intéressant. Parallèlement aux projets au sein des

574 V. en ce sens A. PARDO et C. Q. CHRISTOL, « The Common Interest : Tension Between the Whole and the Parts », *op. cit.*, p. 644 ; A. CASSESE, *International Law in a Divided World*, Oxford, Oxford University Press, 1986, p. 30-32 ; Ph. Sands, « "Unilateralism", Values, and International Law », *E.J.I.L.*, 2000, vol. 11, n° 2, p. 291-302.

575 Comme l'a formulé un auteur, « *the concept of "common interest" is the frame of reference for an international law meeting the challenges of the future* », J. BRUNNÉE, « "Common Interest" – Echoes from an Empty Shell ? », *Z.a.ö.R.V.*, 1989, vol. 49, p. 792. Plus largement sur ce thème, v. également M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit (IV) – Vers une communauté de valeurs ?*, Paris, Seuil, 2011, 448 p.

576 Par exemple, Max Huber, l'arbitre unique dans la célèbre sentence dans l'*Affaire de l'Ile de Palmes*, observait que « *[t]he development of the national organisation of States during the last few centuries and, as a corollary, the development of international law, have established this principle of the exclusive competence of the State in regard to its own territory in such a way as to make it the point of departure in settling most questions that concern international relations* », in Tribunal arbitral, *Ile de Palmes* (Pays-Bas c. Etats-Unis), sentence du 4 avril 1928, *R.S.A.*, II, p. 838.

577 V. le célèbre article phare de W. FRIEDMANN, « Droit de coexistence et droit de coopération – Quelques observations sur la structure changeante du droit international », *R.B.D.I.*, 1970, p. 1-9. Une amorce moins explicite de cette approche se lit déjà dans certaines de ses publications antérieures, par exemple : « Some Impacts of Social Organization on International Law », *A.J.I.L.*, 1956, vol. 50, n° 3, p. 475-507 ; « The Changing Dimensions of International Law », *Colum. L. Rev.*, 1962, vol. 62, n° 7, p. 1147-1162. Pour une critique virulente de la théorie à deux vitesses de Friedmann, v. M. S. MCDUGAL et W. M. REISMAN, « "The Changing Structure of International Law" – Unchanging Theory for Inquiry »,

organisations internationales, les auteurs ont ainsi envisagé des obligations *erga omnes* relatives aux droits de l'homme autres que celles énumérées par la Cour internationale de Justice⁵⁷⁸, au droit du développement⁵⁷⁹, ou encore au droit de l'environnement⁵⁸⁰, sur le fondement de l'intérêt sous-jacent. De même, la libéralisation du commerce est considérée comme partie des intérêts communs, au motif qu'elle opère comme un vecteur de promotion et de protection des droits de l'homme, qu'elle contribue au développement durable et, surtout, au maintien de la paix entre les Etats. Ce sont ces intérêts-là qui, dans la manière dont ils se relient, et dans leur conception à l'époque seulement idéale et virtuelle, ont servi de support à la construction de l'ensemble normatif du GATT et de l'O.M.C. qui leur donne corps⁵⁸¹.

Colum. L. Rev., 1965, vol. 65, n° 5, p. 810-835 (qui annoncent déjà dans l'épigraphie à leur publication que « plus ça change, plus c'est la même chose »).

578 Certaines suggestions à cet égard vont très loin, d'ailleurs même sans doute trop loin. V. par exemple Y. DINSTEIN, « The *Erga Omnes* Applicability of Human Rights », *A.V.R.*, 1992, vol. 30, n° 1, p. 17, qui fait une interprétation ultra-extensive de l'article 1 de la résolution « La protection des droits de l'homme et le principe de non-intervention dans les affaires internes des Etats » de l'I.D.I., en considérant qu'il signifie que chaque droit consacré dans la Déclaration universelle des droits de l'homme crée une obligation *erga omnes*.

579 Le droit au développement, par exemple, que certains auteurs considèrent comme dérivant directement du droit à la vie, du droit à l'auto-détermination ainsi que de la solidarité internationale. L'hypothèse qu'ils avancent est que, puisque le droit à la vie et le droit à l'auto-détermination dérivent de normes impératives, tout droit qui prend appui sur eux revêt le même caractère impératif. V. en ce sens M. BEDJAOUI, « Some Unorthodox Reflections on the "Right to Development" », in F. SNYDER et P. SLINN (eds), *International Law of Development: Comparative Perspectives*, Abington, Professional Books, 1987, p. 87-116. Le raisonnement consiste à argumenter qu'il est incohérent d'attribuer un effet *erga omnes* à la prohibition du génocide, qui vise à protéger le droit à la vie, sans simultanément accorder la même valeur au droit au développement, qui vise à protéger et à promouvoir exactement ce même droit à la vie (mais dans le sens en quelque sorte « inverse »). V. aussi sur ce point K. BASLAR, *The Concept of the Common Heritage of Mankind in International Law*, La Haye, Kluwer Law International, 1998, spéc. p. 323-324.

580 En ce sens, v. notamment l'argumentation de Mme Brunnée : « *The issue is no longer one of values or degree. There are no interests more fundamental and vital to the existence of the international community than the prevention of life-threatening environmental degradation. International law cannot wait for scientific proof, it cannot retreat to the maxim "innocent until proven guilty"* », in J. BRUNNÉE, « "Common Interest" – Echoes from an Empty Shell ? », *op. cit.*, spéc. p. 791-808 (extrait p. 805).

581 Il s'agit là bien sûr d'un discours « politique », mais il n'en est pas moins intéressant et révélateur de l'interconnexion actuelle des valeurs : en effet, le Directeur général de l'O.M.C., Pascal Lamy, parlait, dans un récent discours prononcé en Chine, des « chaînes de valeur mondiales qui nous unissent ». V. l'allocution du Directeur général dans le cadre

B *A la lumière du GATT de 1947 : les intérêts communs
au sein de l'O.M.C.*

On ne contestera pas que les Membres de l'O.M.C. poursuivent des intérêts commerciaux individuels, que l'on voit le plus visiblement s'exprimer dans le cadre des cycles de négociations ou des négociations d'accession. Mais ce constat ne fait pas obstacle à celui qu'au-delà de ces intérêts individuels, ou plus précisément en amont d'eux, existe un intérêt commun. Les intérêts individuels constituent ainsi en quelque sorte la strate extérieure, plus immédiatement perceptible, et peuvent très largement être réduits à leur dimension d'opportunité économique ; la seconde strate en revanche est composée des intérêts véritablement systémiques, et qui représentent le fondement permettant aux intérêts de la première strate d'être exprimés et défendus. Il est particulièrement important de tenir compte de ces intérêts que nous appelons « systémiques », car ce sont eux qui se situent à l'origine de l'entreprise multilatérale qui a donné naissance à l'O.M.C., et justifient dès lors son existence. Ce sont aussi eux qui renvoient aux questions, souvent négligées aujourd'hui tant les institutions sont tenues pour acquises, de la raison d'être et de la finalité d'une organisation internationale, et ici celles de l'O.M.C. Ces questions sont cruciales et fournissent la clé de la nature des obligations contenues dans l'instrument conventionnel qui porte l'institution. La ligne de départage entre les deux catégories d'intérêts est donc importante à percevoir, puisqu'elle fait apparaître que la question des intérêts que protège l'Organisation ne peut pas être réduite à l'identification de ceux que les Membres ont et y défendent une fois qu'ils ont intégré le système : il faut bien plus, en amont, identifier l'intérêt qu'ils ont eu à créer le système et à y adhérer. Cette question renvoie à celle du choix du multilatéralisme dans le droit international du commerce⁵⁸². Cependant, on ne peut la résoudre dans l'abstrait ou au contraire, en ne tenant compte que du cadre concret tel qu'il existe aujourd'hui. En effet, il faut

du Séminaire sur les chaînes de valeur mondiales, Pékin, 19 septembre 2012, consultable sur le site de l'O.M.C. Le Directeur général a notamment observé qu'il est désormais nécessaire de se demander « non seulement comment les chaînes de valeur mondiales ont transformé le réseau de la production internationale, mais aussi ce que cela signifie pour les relations commerciales. [...] Il ne s'agit plus seulement d'"eux". Il s'agit de "nous" ».

582 Pour une réflexion sur le passé mais aussi les tendances actuelles du multilatéralisme à l'O.M.C., v. H. RUIZ FABRI, « About the Sense and Direction of Multilateralism in International Trade Law », in H. P. HESTERMEYER *et. al.* (eds), *Cooexistence, Cooperation and Solidarity – Liber Amicorum Rüdiger Wolfrum*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2011, p. 281-302. V. aussi G. MAGGI, « The Role of Multilateral Institutions in International Trade Cooperation », *Am. Econ. Rev.*, 1999, vol. 89, n° 1, p. 190-214.

le rappeler, l'O.M.C. n'a pas surgi du vide : elle est le produit, cinquante ans plus tard, d'une impulsion donnée dès après la Seconde Guerre mondiale et tendant à établir un ordre juridique commercial multilatéral. En particulier, l'O.M.C. fait suite au GATT de 1947 et, puisqu'elle bâtit sur ses fondements, la genèse de ce dernier non seulement apporte d'importants éclairages⁵⁸³, mais est même essentielle pour identifier l'intérêt qui sous-tend d'abord le GATT en tant qu'organisation internationale *de facto*, puis son successeur, consolidé. En d'autres termes, un regard rétrospectif nous paraît indispensable, en ce qu'il peut révéler d'importants éléments de réponse pour comprendre ce qu'est l'Organisation actuelle, et de la dynamique sur laquelle elle construit. La pertinence d'une telle perspective n'a que récemment été placée au cœur d'une réflexion plus vaste visant à explorer le rôle et la valeur des accords commerciaux internationaux en eux-mêmes⁵⁸⁴. Plusieurs théories ont ainsi été proposées pour faire apparaître les raisons sous-jacentes à l'entreprise multilatérale en matière de commerce, et donc les intérêts communs qui la portent.

L'approche économique (*terms-of-trade theory*) est la plus traditionnelle, en ce qu'elle remonte à J. S. Mill⁵⁸⁵ et R. Torrens⁵⁸⁶ avant de connaître un nouvel essor dans les années 1950⁵⁸⁷. Elle constate que l'unilatéralisme dans la fixation des tarifs douaniers peut conduire à une impasse que permet de surmonter l'approche multilatérale. Intrinsèquement imbriquée dans cette conception se trouve la théorie des jeux (*game theory*), et notamment le célèbre dilemme du prisonnier (*prisoner's dilemma*)⁵⁸⁸. L'hypothèse avancée est qu'en l'absence de

583 Pour une présentation concise du contexte historico-politique précédant et entourant la création du GATT de 1947, v. D. A. IRWIN, P. C. MAVROIDIS et A. O. SYKES, *The Genesis of the GATT*, New York, Cambridge University Press, 2008, spéc. p. 1-97.

584 Pour une réflexion sur cette question v. *ibid.*, spéc. p. 176-200.

585 V. surtout J. S. MILL, *Essays on some Unsettled Questions of Political Economy*, Londres, Parker, 1844, 174 p.

586 Par exemple R. TORRENS, *The Budget : On Commercial Policy and Colonial Policy*, Londres, Smith, Elder & Co., 1844, 427 p.

587 V. l'étude de Johnson (H. G. JOHNSON, « Optimum Tariffs and Retaliation », *Rev. Econ. Stud.*, 1953-1954, vol. 21, n° 2, p. 142-153), qui démontre la manière dont un Etat souhaitant maximiser le bien-être national peut utiliser les droits de douane pour manipuler ses termes de l'échange, c'est-à-dire les prix des importations et exportations, créant ainsi des inefficacités qu'un accord commercial pourrait corriger.

588 On l'a déjà mentionné (v. Introduction générale), le dilemme du prisonnier est une illustration convaincante de l'intérêt des acteurs concernés à la coopération, puisqu'elle est la seule manière pour eux d'optimiser le résultat pour chacun d'eux, et sans prendre un risque disproportionné. Il se pose ainsi : deux individus sont interrogés séparément au sujet d'un crime et se voient faire une offre, mais dont la réalisation peu dépendre du comportement qu'adoptera leur camarade. Ils ne peuvent pas se concerter, mais savent

coopération, les différents acteurs, agissant individuellement en ne poursuivant que leurs intérêts propres et sans égard pour ceux d'autres, sont susceptibles de créer des obstacles et une situation de blocage pouvant les placer, tous, dans une position comparativement désavantageuse. La théorie économique avance ainsi que le multilatéralisme permet d'internaliser les externalités⁵⁸⁹ des termes de l'échange⁵⁹⁰. En d'autres termes, la coopération multilatérale permettrait de sortir de ce qui se révélerait autrement être une impasse⁵⁹¹. La raison en est simple : la participation à un traité multilatéral donne à chaque Etat partie une importante base de confiance dans le comportement des autres Etats parties, et dans le respect par ceux-ci de leurs engagements

chacun les variantes d'une alternative dont les deux branches sont de (1) coopérer ou (2) ne pas coopérer. Les différentes variantes qui en résultent sont les suivantes : (1) si l'un d'eux dénonce l'autre alors que celui-ci reste silencieux, en d'autres termes « coopère » avec son camarade, le dénonciateur sera libéré et le dénoncé encourra une peine de prison de 10 ans ; (2) s'ils se dénoncent mutuellement, chacun d'eux encourra une peine de prison de cinq ans ; (3) si aucun d'eux ne parle, ils encourront chacun une peine de prison de seulement six mois pour un délit mineur, faute d'éléments de preuve. Ils doivent maintenant, chacun pour lui-même, décider de dénoncer l'autre ou de garder le silence. La décision la plus rationnelle, prise à l'échelle *individuelle*, est pour chacun de dénoncer l'autre sans se soucier de ce qu'il choisira de son côté. Toutefois, le résultat en est que, si chacun d'eux prend la même décision rationnelle à l'échelle individuelle, en tant que groupe à l'échelle *globale* ils seront tous deux moins bien lotis que s'ils avaient pu se concerter et décider de garder le silence. Décision rationnelle à l'échelle individuelle et décision concertée à l'échelle globale peuvent donc conduire à des résultats sensiblement différents ; la première, en particulier, n'est pas viable, ou en tout cas pas avantageuse, dans un monde dans lequel existent d'autres acteurs, avec les comportements desquels il faut composer.

589 Les externalités s'entendent des effets externes, en d'autres termes les influences non intentionnelles qu'ont les actions d'un acteur sur la situation des autres. Internaliser ces externalités exprime ainsi l'idée de les contenir, en créant un cadre dans lequel elles s'annulent ou, au minimum, peuvent être gérées sans créer d'impasse ou de difficulté insurmontable.

590 Au soutien de la « *terms-of-trade theory* », v. K. BAGWELL et R. W. STAIGER, « An Economic Theory of GATT », *Am. Econ. Rev.*, 1999, vol. 89, n° 1, p. 215-248 ; *id.*, *The Economics of the World Trading System*, Cambridge, MIT Press, 2002, 224 p. ; *id.*, « What Do Trade Negotiators Negotiate About ? Empirical Evidence from the World Trade Organization », N.B.E.R. Working Paper n° 12727, 2006, 65 p. ; et K. BAGWELL, « Remedies in the World Trade Organization : An Economic Perspective », in M. E. JANOW, V. DONALDSON et A. YANOVICH (eds), *The WTO : Governance, Dispute Settlement & Developing Countries*, *op. cit.*, p. 733-770.

591 V. les développements à ce sujet in P. C. MAVROIDIS, G. A. BERMAN et M. WU, *The Law of the World Trade Organization (WTO)*, *op. cit.*, p. 45-48.

conventionnels ; cette confiance produit alors une coopération qui optimise les résultats pour tous les participants. Selon la théorie de l'engagement (*commitment theory*), ensuite, l'avantage d'un engagement au plan international réside dans la justification – ou le prétexte – qu'il fournirait aux Etats pour ignorer ou résister aux pressions exercées par les pôles d'intérêts nationaux afin que l'Etat mette en place des obstacles au commerce. En d'autres termes, ce seraient des raisons de politique interne qui inciteraient les Etats à s'engager au plan international. Enfin, la théorie fondée sur les raisons de politique extérieure situe les avantages du multilatéralisme dans les relations internationales visées plus largement. Les bénéfices commerciaux seraient certes une conséquence de la démarche multilatérale, mais ils ne seraient pas l'objectif principal surplombant un système multilatéral ; cet objectif serait tout bonnement le maintien de la stabilité politique internationale, au moyen de la création d'un cadre normatif favorable aux relations internationales pacifiques, y compris commerciales⁵⁹².

Chacune de ces théories, considérée individuellement, est construite sur des éléments de preuve qui la rendent convaincante, mais pas nécessairement à elle seule ; la théorie de l'engagement toutefois nous paraît plus faible car elle fait parfaitement l'impasse sur les intérêts recherchés par les Etats au plan international. Dès lors, la réponse ne semble pas se situer de manière univoque dans seulement l'une de ces théories. Le choix pour le multilatéralisme s'explique plutôt, d'une part, par le constat banal qu'aucun Etat n'est prêt à faire des concessions sans s'en voir accorder en contrepartie. Cela est d'ailleurs corroboré par la structure des négociations à l'O.M.C., où la réciprocité est le fil conducteur⁵⁹³. Mais, d'autre part, le *Leitmotiv* qui anime l'entreprise

592 En ce sens, M. Baldwin argumentait que « *economists tend to judge the rules of organizations such as the GATT on the basis of whether they promote economic efficiency, growth, and stability [...]. Maximizing the collective economic welfare of individuals making up either a country or the world is, however, not the main policy objective of the GATT. [Rather] the broad objective is to help to maintain international political stability by establishing rules of "good behavior" as well as mechanisms for settling disputes* », R. BALDWIN, cité in D. IRWIN et P. C. MAVROIDIS, « The WTO's Difficulties in Light of the GATT's History », 2008 (publié sur www.voxeu.org). Il considère ainsi que les objectifs des négociateurs étaient essentiellement politiques, et que si le raisonnement avancé par les partisans de l'approche économique peut être confirmé dans la plupart des cas, cela relève plus d'une heureuse coïncidence que d'une projection de calculs des bénéfices et d'un choix délibéré des fondateurs du GATT.

593 Mais cette réciprocité n'est pas à confondre avec la réciprocité matérielle tenant à la nature des obligations d'un traité multilatéral. V. cependant, pour une nuance et une mise à distance de l'analyse des intérêts à l'O.M.C. comme reposant sur la seule base de la

multilatérale se situe au-delà des considérations commerciales, dans l'idée d'une coopération entre les Etats ressentie comme indispensable⁵⁹⁴. En d'autres termes, au cœur de l'entreprise multilatérale était et demeure logée la volonté de créer un régime international permettant aux Etats de gérer leurs économies nationales de telle sorte que la stabilité et la justice mondiales soient maintenues, volonté qui fait écho à la prise de conscience qu'un commerce équilibré et stable est un facteur indispensable de paix, sinon son pilier. L'idée peut sembler presque abstraite aujourd'hui, au regard des négociations trébuchantes en cours à l'O.M.C. Et pourtant, on ne peut ignorer le contexte particulier d'après-guerre, de reconstruction et d'aspiration à la paix dans lequel a été décidée puis mise en œuvre la création du système commercial multilatéral, et qui fournit la clé pour identifier l'intérêt commun de tous les Membres du système.

En particulier, la question de savoir s'il existe une relation directe entre commerce et paix a été placée au cœur de nombreuses réflexions, mais elles souffrent toutes d'une fatalité inhérente à la question même, car les réponses apportées ou hypothèses avancées ne sont jamais de nature empirique tant le rapport de causalité est indémontrable, tout en paraissant évident. Ce qui est certain, toutefois, est que l'existence d'un système commercial multilatéral, non seulement composé d'un ensemble normatif dense mais également assorti d'un mécanisme de règlement pacifique des différends, crée un haut degré de prévisibilité et donc de sécurité juridique, permet de désamorcer les tensions, de réduire les risques d'une guerre commerciale, et que, en ce sens là, elle participe à la promotion de la paix⁵⁹⁵. Le dénominateur des différents

reciprocité, tout en soulignant la dynamique de « club » animant l'O.M.C., P.-T. STOLL, « The World Trade Organization as a Club: Rethinking Reciprocity and Common Interest », in U. FASTENRATH et al. (eds), *From Bilateralism to Community Interest – Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 172-183.

594 V. aussi en ce sens R. HOWSE, « From Politics to Technocracy – and Back Again: The Fate of the Multilateral Trading Regime », *A.J.I.L.*, 2002, vol. 96, p. 94-95. L'auteur y expose qu'en l'absence d'un cadre multilatéral de coopération, les Etats se replieraient sur des tendances protectionnistes, s'engageant en définitive mais inévitablement dans une « course vers le fond » (« *race to the bottom* ») qui serait désastreuse pour l'économie mondiale et, partant, conduirait à la même instabilité globale que celle qui avait déjà largement nourri la montée du fascisme et mené à la Seconde Guerre mondiale.

595 C'est bien ce que les fondateurs semblaient avoir à l'esprit, et on en trouve de nombreuses traces dans la période de genèse du GATT. Le Secrétaire d'Etat américain Cordell Hull soutenait ainsi la libéralisation du commerce bien plus pour la promotion de la paix qu'elle véhiculerait que pour ses effets économiques : « *I have never faltered, and I will never falter, in my belief that enduring peace and the welfare of nations are indissolubly connected with friendliness, fairness, equality and the maximum practicable degree of freedom in*

arguments avancés est ainsi la nécessité cruciale de coopération. Au demeurant, cela fait écho au constat déjà mentionné que le droit international est désormais davantage un droit de la coopération qu'un seul droit de la coexistence entre Etats. Que le GATT de 1947 précède l'expression de cette idée n'est pas un anachronisme, mais plutôt le témoignage d'un réalisme par nécessité et particulièrement ambitieux, qui s'explique par le contexte duquel il a émergé. Ce contexte a rendu évident l'intérêt qu'ont les Etats à un ordre commercial multilatéral : la coopération que produit un tel ordre, indispensable pour la stabilité mondiale non seulement économique mais aussi politique. Or, une telle entreprise de coopération ne semble pas tolérer que les rapports juridiques soient *conçus* de manière bilatérale, même si, nous y reviendrons, dans la réalisation effective des échanges ils sont bilatéralisables et nécessairement réductibles à des relations concrètement bilatérales⁵⁹⁶.

international trade ». Par conséquent, « *a revival of world trade [is] an essential element in the maintenance of world peace. By this I do not mean, of course, that flourishing international commerce is of itself a guaranty of peaceful international relations. But I do mean that without prosperous trade among nations any foundation for enduring peace becomes precarious and is ultimately destroyed* », in C. HULL et H. FISH ARMSTRONG, *Economic Barriers to Peace*, New York, Woodrow Wilson Foundation, 1937, p. 14. Par ailleurs, on note avec intérêt qu'au cours des travaux du comité préparatoire de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et l'emploi, en avril 1947, Sir Stafford Cripps du Royaume Uni soulignait que « *we all failed to appreciate sufficiently the direct relation between international economic policies and the danger of war* » (in Conseil économique et social des Nations Unies, « Verbatim report, Second session of the Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment », doc. E/PC/T/PV.2/3, 3e séance, 11 avril 1947), tandis que l'Américain Clair Wilcox faisait valoir que la mise en place d'un système commercial mondial serait une contribution majeure à un nouvel ordre mondial que les Etats construiraient conjointement afin de rompre avec le passé (v. Conseil économique et social des Nations Unies, « Verbatim report, Second session of the Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment », doc. E/PC/T/PV.2/4, 4e séance, 14 avril 1947, spéc. p. 26). Enfin, le Président des Etats-Unis Harry Truman avait souligné dans un discours du 6 mars 1947 à la Baylor University, Waco, Texas, que « *[i]f the nations can agree to observe a code of good conduct in international trade, they will co-operate more readily in other international affairs. Such agreement will prevent the bitterness that is engendered by an economic war. It will provide an atmosphere congenial to the preservation of peace* », avant de conclure « *the negotiations in Geneva must not fail* » (in « Address on Foreign Economic Policy, Delivered at Baylor University », consultable sur le site des archives relatives au président Truman, www.trumanlibrary.org).

596 V. *infra* dans ce chapitre, Section II, § 2, B.

§ 2 Le choix de protéger l'intérêt commun

L'O.M.C. s'inscrit dans la continuité du choix qu'exprimait déjà la création du GATT de 1947, celui de donner à certains intérêts communs une protection juridique, mais en élargissant l'entreprise dans une démarche véritablement multilatérale (A.). La matérialisation de cette protection fait apparaître que l'Organisation abrite une authentique communauté d'Etats fonctionnelle (B.).

A *Le multilatéralisme comme technique formelle de protection de l'intérêt commun*

L'O.M.C. construit sur les mêmes prémisses que son prédécesseur. Elle exprime même une conscience particulière de l'intérêt commun au maintien de l'équilibre du système commercial multilatéral, à l'origine de son existence : par l'introduction du principe de l'engagement unique, ses négociateurs ont voulu rendre indissociables l'ensemble des différents accords multilatéraux qu'elle abrite, et donc toutes les obligations incluses⁵⁹⁷. La technique consiste ainsi à verrouiller le système contre toute tentation de *pick and choose* qui avait, dans son temps, entâché le fonctionnement du GATT. L'image que l'Organisation a d'elle-même et qu'elle n'hésite pas à véhiculer confirme cette perception. A titre d'exemple, dans un discours du 23 juillet 2010, le Directeur général Pascal Lamy faisait valoir la nécessité de « privilégier la coopération plutôt que la confrontation », avant d'ajouter que « [c]ela correspond à la raison d'être même de l'O.M.C. »⁵⁹⁸.

Dès lors, on doit mettre à distance l'argument selon lequel les obligations contenues dans les accords O.M.C. ne sauraient être collectives, au motif que l'intérêt qu'elles protègent ne se qualifierait pas de commun, ni de valeur⁵⁹⁹. Le professeur Pauwelyn notamment réduit l'objectif de l'O.M.C. à la libéralisation du commerce, perspective qui le conduit à nier la nature collective des

597 L'indivisibilité des dispositions des accords de l'O.M.C. sera examinée *infra* dans ce chapitre, Section II, § 2, C.

598 Discours du Directeur général Pascal Lamy à l'occasion du lancement du Rapport sur le commerce mondial, Shanghai, 23 juillet 2010, publié sur le site de l'Organisation.

599 Pour une réflexion globale sur le système (international) de valeurs et son évolution, v. entre autres L. HENKIN, *International Law : Politics and Values*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, 380 p. ; O. SPIJKERS, *The United Nations, the Evolution of Global Values and International Law*, Cambridge, Intersentia, 2011, 526 p. ; M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit (IV) – Vers une communauté de valeurs ?*, *op. cit.*, 448 p. ; Ph. SANDS, « "Unilateralism", Values, and International Law », *op. cit.*, p. 291-302 ; E. DE WET, « The Emergence of International and Regional Value Systems as a Manifestation of the Emerging International Constitutional Order », *Leiden J.L.L.*, 2006, vol. 19, n° 3, p. 611-632.

obligations concernées, au motif que le commerce et sa libéralisation ne sauraient être des *intérêts* communs⁶⁰⁰. Selon cet auteur, « *[s]tudies can calculate what a country has gained or lost by acceding to the WTO treaty or what a country gains or loses from the imposition or withdrawal of a trade restriction* »⁶⁰¹, et la possibilité d'opérer un tel calcul économique l'embarrasse. Il en infère que l'intérêt visé par les obligations des accords de l'O.M.C. se serait jamais qu'individuel et ne saurait en tout cas être véritablement commun. Or, ce raisonnement semble partir d'un biais. Si l'O.M.C. en tant qu'organisation internationale spécialisée a une vocation commerciale, son objectif, ou sa raison d'être, n'est pas la libéralisation du commerce *per se*. L'objectif de l'Organisation est systémique, on l'a fait apparaître dans les développements précédents : il s'agit de construire et maintenir un système multilatéral de coopération qui désamorce ou canalise les tensions, et qui promeut en ce sens une stabilité globale ; celle-ci est d'abord économique, mais aussi indirectement politique puisque, on l'a dit, la stabilité politique est largement tributaire des rapports économiques⁶⁰². C'est en ce sens que l'ordre juridique établi par l'O.M.C. exprime le

600 V. J. PAUWELYN, « Typology of Multilateral Treaty Obligations: Are WTO Obligations Bilateral or Collective in Nature ? », *op. cit.*, spéc. p. 932-934. D'autres auteurs, au contraire, considèrent la libéralisation du commerce en tant qu'intérêt commun, v. par exemple en ce sens D.-E. KHAN et A. L. PAULUS, « Gemeinsame Werte in der Völkerrechtsgemeinschaft ? », in I. ERBERICH et al. (eds), *Frieden und Recht*, Stuttgart, Boorberg, 1998, spéc. p. 253-254 et 256.

601 J. PAUWELYN, « Typology of Multilateral Treaty Obligations: Are WTO Obligations Bilateral or Collective in Nature ? », *op. cit.*, p. 933.

602 On se référera aussi au Préambule de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, 15 avril 1994, qui exprime des « sous-objectifs », des objectifs impliqués dans l'objectif principal et global indiqué ci-dessus. Ainsi, l'O.M.C. vise aussi plus spécifiquement à accroître le bien-être mondial à travers une libéralisation contrôlée : les Membres reconnaissent que « leurs rapports dans le domaine commercial et économique devraient être orientés vers le relèvement des niveaux de vie, la réalisation du plein emploi et d'un niveau élevé et toujours croissant du revenu réel et de la demande effective, et l'accroissement de la production et du commerce de marchandises et de services, tout en permettant l'utilisation optimale des ressources mondiales conformément à l'objectif de développement durable, en vue à la fois de protéger et préserver l'environnement et de renforcer les moyens d'y parvenir d'une manière qui soit compatible avec leurs besoins et soucis respectifs à différents niveaux de développement économique ». De la même manière, il s'agit de promouvoir le développement économique de tous les pays, mais surtout des pays en développement : les Membres reconnaissent ainsi « qu'il est nécessaire de faire des efforts positifs pour que les pays en développement, et en particulier les moins avancés d'entre eux, s'assurent une part de la croissance du commerce international qui corresponde aux nécessités de leur développement économique ».

choix de protéger un intérêt commun surplombant les intérêts individuels des Membres⁶⁰³. De la même manière, les objectifs indiqués dans les accords multilatéraux particuliers cèdent le pas à l'objet et au but surplombant de l'Accord instituant l'O.M.C.⁶⁰⁴. La libéralisation du commerce dans un tel cadre multilatéral surveillé est donc le *moyen* par lequel ces objectifs sont réalisés, mais pas l'*objectif* en soi de l'O.M.C., ni l'intérêt commun qui la porte⁶⁰⁵. La réflexion au sujet d'une possible constitutionnalisation de l'O.M.C. tend également en ce sens, mais envisager les accords de l'O.M.C. comme la constitution de l'ordre commercial international n'est possible qu'à partir des prémisses, d'une part, de l'existence d'une communauté que représente l'Organisation, et, d'autre part, de la matérialisation, en elle et par elle, d'intérêts considérés comme partagés par cette communauté, et transcendant les techniques par lesquelles ils se réalisent⁶⁰⁶. Depuis plusieurs années déjà on avance également l'hypothèse, dont le professeur Petersmann est le pionnier et plus fervent partisan, que la libéralisation du commerce telle que promue par l'O.M.C. serait une

603 V. S. OETER, « Gemeinwohl in der Völkerrechtsgemeinschaft », in W. BRUGGER, S. KIRSTE et M. ANDERHEIDEN (eds), *Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2002, p. 231-233 ; *id.*, « Welthandelsordnung im Spannungsfeld von Wirtschaft, Recht und Politik », in M. HILF et S. OETER, *WTO-Recht – Rechtsordnung des Welthandels*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2010, p. 18 ; N. H. YENKONG, « Third Party Rights and the Concept of Legal Interest in the World Trade Dispute Settlement : Extending Participatory Rights to Enforcement Rights », *J.W.T.*, 2004, vol. 38, n° 5, p. 768 ; D. P. STEGER, *Peace Through Trade : Building the World Trade Organization*, Londres, Cameron May, 2004, 341 p.

604 V. aussi à ce sujet Y. NOUVEL, « L'unité du système commercial multilatéral », *A.F.D.I.*, 2000, spéc. p. 659-661, qui souligne que « l'objet et [le] but de l'Accord sur l'OMC [...] irradient l'ensemble du système et contribuent à son ordonnancement unitaire » (p. 661).

605 V. également en ce sens M. E. FOOTER, *An Institutional and Normative Analysis of the World Trade Organization*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, spéc. p. 23.

606 V. sur ce thème l'étude de D. Z. CASS, *The Constitutionalization of the World Trade Organization – Legitimacy, Democracy, and Community in the International Trading System*, New York, Oxford University Press, 2005, 266 p. Mais v. également D. M. MCRAE, « Crafting Mechanisms for Settling International Trade Disputes : WTO and NAFTA as Models », in T. J. SCHOENBAUM, J. NAKAGAWA et L. C. REIF (eds), *Trilateral Perspectives on International Legal Issues – From Theory into Practice*, *op. cit.*, p. 331-346, qui plaide la nécessité de « *de-emphasize the sovereignty or "state-to-state" element* » dans le règlement des différends de l'O.M.C. (p. 345), au motif que les intérêts premiers en cause à l'O.M.C. sont ceux des *individus* et que cette réalité exige de remettre en cause le caractère inter-étatique du mécanisme ; or, celui-ci reste sous-tendu par l'idée qu'il servirait la protection d'un intérêt commun à une communautés des seuls Membres, qui, pour la plus grande partie, sont des *Etats*.

condition *sine qua non* de la réalisation des droits de l'homme ; par ce seul aspect, elle serait inextricablement rattachée à un système international de valeurs, dont elle serait non seulement partie, mais même l'un des piliers⁶⁰⁷. Quoi qu'il en soit de cette opinion en particulier, on constate en tout cas que l'ensemble normatif de l'O.M.C. participe à la consolidation de l'état de droit pour les Membres de l'Organisation, dans la mesure où la réglementation de la libéralisation du commerce est assortie de garanties juridiques souvent bien supérieures que celles qu'offre le système juridique interne, et qui obligent de manière uniforme tous les participants⁶⁰⁸. Dans de telles conditions, on adhère pleinement au postulat selon lequel « *[a] functioning legal system which creates security and predictability in international trade relations may [...] itself be regarded as a common good* »⁶⁰⁹.

Que le multilatéralisme donne naissance à un « *functioning legal system* » incorporant l'intérêt commun que le traité vise à protéger ne suffit pas, cependant, pour conclure à la qualification multilatérale des obligations qu'il renferme. Il est un indice précieux⁶¹⁰, mais en inférer la nature collective des obligations reviendrait à confondre la source de l'obligation – c'est-à-dire un traité multilatéral – et l'obligation elle-même, le mode de formation de l'engagement et sa nature propre⁶¹¹. La distinction peut être délicate à opérer,

607 V. en ce sens E.-U. PETERSMANN, « Time for a United Nations "Global Compact" for Integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organizations: Lessons from European Integration », *E.J.I.L.*, 2002, vol. 13, n° 3, spéc. p. 636-638 ; *id.*, « The WTO Constitution and Human Rights », *J.I.E.L.*, 2000, vol. 3, n° 1, p. 19-25 ; A. VON BOGDANDY, « Law and Politics in the WTO – Strategies to Cope with a Deficient Relationship », *Max Planck U.N.Yb.*, 2001, vol. 5, p. 653-656 ; E. Stein, « International Integration and Democracy: No Love at First Sight », *A.J.I.L.*, 2001, vol. 95, p. 502 ; T. COTTIER et M. HERTIG, « The Prospects of 21st Century Constitutionalism », *Max Planck U.N.Yb.*, 2003, vol. 7, p. 273-274.

608 V. sur ce point E.-U. PETERSMANN, « Why Rational Choice Theory Requires a Multilevel Constitutional Approach to International Economic Law – A Response to The Case Against Reforming the WTO Enforcement Mechanism », *U. Ill. L. Rev.*, 2008, n° 1, spéc. p. 373.

609 I. FEICHTNER, « Community Interest », *op. cit.*, par. 18.

610 V. en ce sens H. RUIZ FABRI, « About the Sense and Direction of Multilateralism in International Trade Law », *op. cit.*, p. 281-302 ; M. HILF et T. R. SALOMON, « Running in Circles: Regionalism in World Trade and How It Will Lead Back to Multilateralism », in U. FASTENRATH *et al.* (eds), *From Bilateralism to Community Interest – Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, *op. cit.*, p. 257-268.

611 Au sujet de cette confusion, et sur la distinction entre obligations multilatérales et traités multilatéraux, v. Ch. DOMINICÉ, « The International Responsibility of States for Breach of Multilateral Obligations », *E.J.I.L.*, 1999, vol. 10, n° 2, spéc. p. 354-356.

d'autant que cadre multilatéral et nature multilatérale de l'obligation (au sens d'*erga omnes partes*) coïncident parfois, comme nous le ferons apparaître s'agissant des obligations substantielles à l'O.M.C. ; mais la technique multilatérale de formation de l'engagement conventionnel ne saurait être, pour autant, le critère déterminant de la nature de l'obligation. En effet, on construirait alors dans de nombreux cas sur une conception trop formelle, mais également diluée, de l'intérêt commun, celui-ci consistant dans l'intérêt des membres d'un ordre juridique donné à son bon fonctionnement. En ce sens, Jessup considérait déjà que tout ordre juridique implique nécessairement que certaines violations concernent tous les Etats, et par conséquent, « *any party [to a multipartite treaty] would be justified in protesting against a breach of the agreement, because of its interest in the maintenance of the system which the treaty establishes* »⁶¹². On ne contestera pas la validité théorique (et idéale) de l'argument ; en revanche, il ne correspond pas à la réalité de l'ordre juridique international, qui paraît inconciliable avec l'idée de légalité objective qu'implique la proposition de Jessup. Son applicabilité pratique paraît donc douteuse : l'intérêt visé est trop abstrait ou dilué pour qu'on perçoive comment il pourrait être utilement invoqué. L'une des implications de cette conception de l'intérêt commun serait que toute obligation pourrait prétendre à la qualification *erga omnes*, rendant par là la notion même redondante. Cette conception doit alors plutôt participer d'un raisonnement à deux niveaux, qui suppose d'abord d'identifier l'intérêt commun « supérieur » qu'il s'agit de protéger au moyen du traité multilatéral – nous l'avons fait dans les développements précédents –, et, sur cette base, permet d'envisager l'ensemble des parties comme constitutif d'une communauté, et de concevoir que ses membres ont un intérêt au maintien de l'ordre juridique construit sur le fondement de leur intérêt commun⁶¹³.

B Une communauté de caractère fonctionnel

L'identification des intérêts dans les développements précédents conduit à envisager l'ensemble des Membres de l'O.M.C. non seulement comme une collectivité, mais comme une forme de « communauté » ; du moins si, comme y invite Romano, on cherche le droit international dans l'institution au sein de laquelle prend corps la communauté, et pas seulement dans les normes qui

612 Ph. JESSUP, *A Modern Law of Nations : An Introduction*, New York, MacMillan, 1950, p. 154.

613 La conception de Jessup semble dès lors plutôt confirmer les conséquences de la violation d'une obligation identifiée comme étant due *erga omnes (partes)*, en ouvrant à toutes les parties le droit d'agir en justice. Cette question sera examinée *infra*, Chapitre II.

résultent d'instruments conventionnels particuliers⁶¹⁴. Seulement, de la même manière qu'elle ne permet pas en elle-même de conclure à la nature des obligations conventionnelles, la démarche multilatérale qui conduit à la création d'une telle institution ne fournit pas, à elle seule, le fondement d'une *communauté*, car celle-ci deviendrait alors synonyme de toute forme de « groupe »⁶¹⁵. La notion de communauté prend appui sur autre chose, plus global et profond, qu'un effort concerté pour concrétiser un projet multilatéral car, en définitive, le multilatéralisme n'est que la technique formelle choisie pour matérialiser le projet. Cette « autre chose » apparaît lorsqu'on transpose le lien par lequel l'existence d'obligations *erga omnes* révèle une « communauté internationale dans son ensemble »⁶¹⁶, et, inversement, par lequel une véritable communauté est nécessaire pour que l'existence des telles obligations ait un sens. En effet, « *the whole idea of obligations erga omnes is bound up [...] with the fact of recognition of the existence of [the international] community as such* »⁶¹⁷. Ce dont

614 En ce sens S. ROMANO, cité in P.-M. DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international – Cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.*, 2002-IV, vol. 297, p. 73 note 107.

615 Romano laisse d'ailleurs ouverte la question de savoir s'il « existe autant de communautés que de groupes, diversement imbriqués d'ailleurs, que forment les Etats entre lesquels un droit international particulier s'établit », in S. ROMANO, *L'ordre juridique* (trad. L. FRANÇOIS et P. GOTHOT), Paris, Dalloz, 1975, rééd. 2002, p. 39. V. aussi les études de M. Villalpando, dont l'analyse juridique est soutenue par une approche fortement sociologique : S. VILLALPANDO, *L'émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des Etats*, Paris, P.U.F., 2005, 527 p ; *id.*, « The Legal Dimension of the International Community : How Community Interests Are Protected in International Law », *E.J.I.L.*, 2010, vol. 21, n° 2, p. 387-419. V. également B. SIMMA et A. L. PAULUS, « The "International Community" : Facing the Challenge of Globalization », *E.J.I.L.*, 1998, vol. 9, n° 2, p. 266-277, qui envisagent la notion de communauté au regard du constat que les Etats canalisent leurs intérêts individuels au moyen d'institutions et instruments multilatéraux. Pour une approche plus englobante de la notion de communauté, v. E. JOUANNET, « L'idée de communauté humaine à la croisée de la communauté des Etats et de la communauté mondiale », *Arch. Phil. Droit*, 2003, tome 47 (*La Mondialisation entre illusion et utopie*), p. 191-232. V. aussi D. KRITSIOTIS, « Imagining the International Community », *E.J.I.L.*, 2002, vol. 13, n° 4, p. 961-992, sur la puissance discursive de l'idée de communauté internationale et, en particulier, sur la nécessité de relier étroitement la « communauté internationale » à la notion de *fairness* telle que développée par Franck (v. *supra*, Introduction générale, la théorie de la conformité au droit international suggérée par Franck, centrée autour des notions de légitimité et de *fairness*).

616 L'expression est celle employée par la C.I.J. dans son arrêt *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, deuxième phase, *op. cit.*, cité *supra*. Nous y reviendrons également *infra*, Section II, § 1.

617 R. AGO, « Obligations *Erga Omnes* and the International Community », in J. H. H. WEILER, A. CASSESE et M. SPINEDI (eds), *International Crimes of States – A Critical Analysis of the*

il s'agit pour constituer et identifier une communauté, c'est donc l'existence d'intérêts partagés par tous ses membres, qu'il s'agit de protéger au titre, précisément, de ce qu'ils sont le dénominateur commun qui les unit. Ce n'est que si les intérêts matérialisés dans un traité multilatéral relèvent de l'ensemble des membres qu'il existe une véritable communauté, et qu'il est alors possible d'envisager que les obligations qui pèsent sur eux valent *erga omnes*. Par conséquent, la question est de savoir si l'O.M.C. abrite ou incarne une telle communauté.

Le texte de la C.D.I. apporte un éclairage intéressant. L'article 42, consacré à l'invocation de la responsabilité par l'Etat lésé, intègre l'hypothèse des obligations collectives, et l'expression « groupe d'Etats dont il fait partie ou [...] communauté internationale dans son ensemble » de son alinéa b) désigne un « groupe d'Etats composé de tous les Etats du monde ou d'une région donnée, ou d'un nombre considérable d'entre eux, qui se sont associés pour atteindre un certain objectif collectif, et qui peuvent être considérés de ce fait comme constituant une communauté d'Etats de caractère fonctionnel »⁶¹⁸. Signalons cependant une incertitude que crée la formule employée : est-ce vraiment le groupe d'Etats que vise la C.D.I., ou plutôt « tout membre du groupe d'Etats » ? En d'autres termes, l'obligation due l'est-elle au groupe en tant que tel, ou à chacun de ses Membres ? Dans l'application de la règle cette incertitude n'aura pas d'incidence, mais la formulation crée bien une ambivalence. Quoi qu'il en soit, il reste que pour la question qui nous intéresse, les intérêts communs identifiés dans les développements précédents font bien apparaître que le corps des membres de l'O.M.C. (ce corps est appelé dans le langage de l'Organisation le

ILC's Draft Article 19 on State Responsibility, Berlin, de Gruyter, 1988, p. 238. En ce sens tend également la déclaration du Président Bedjaoui, annexée à l'avis consultatif de la Cour sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires* : « la physionomie de la société internationale contemporaine est sensiblement différente. [...] De tout cela, on peut trouver le témoignage dans la place que le droit international accorde désormais à des concepts tels que celui d'obligations *erga omnes*, de règles de *jus cogens* ou de patrimoine commun de l'humanité. A l'approche résolument positiviste volontariste du droit international qui prévalait encore au début du siècle – et à laquelle la Cour permanente n'a d'ailleurs pas manqué d'apporter son soutien [...] – s'est substituée une conception objective du droit international, ce dernier se voulant plus volontiers le reflet d'un état de conscience juridique collective et une réponse aux nécessités sociales des Etats organisés en communauté », in C.I.J., *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif du 8 juillet 1996, déclaration du président Bedjaoui, *C.I.J. Recueil* 1996, p. 268-274, spéc. p. 270-271 par. 13.

618 J. CRAWFORD, *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat – Introduction, texte et commentaires*, op. cit., p. 311 par. 11 (commentaire de l'article 42).

*membership*⁶¹⁹) est constitutif d'une telle communauté de caractère fonctionnel au sens où l'entend la C.D.I. ; cette communauté est le fondement de l'unité fonctionnelle du droit de l'O.M.C.⁶²⁰. Cette analyse est renforcée en établissant un parallèle avec l'article 48 du texte de la C.D.I. On l'a déjà signalé, cet article envisage l'hypothèse d'un Etat autre que l'Etat lésé, mais agissant au nom du groupe d'Etats dont il est membre et auxquels l'obligation est due, ou au nom de la communauté internationale dans son ensemble. C'est ici la notion d'« intérêt collectif » qui opère, puisque la condition à laquelle une telle action est possible est que l'obligation violée ait été établie aux fins de la protection de cet intérêt⁶²¹. Quel que soit cet intérêt collectif, il doit en tout cas « dépass[er] les intérêts individuels des Etats concernés »⁶²² et relever « d'un arrangement transcendant la sphère des relations bilatérales des Etats parties »⁶²³. On aperçoit ici qu'on approche la notion d'obligations *erga omnes partes*, même si l'expression n'est pas employée.

En examinant tour à tour le GATT de 1947 et l'O.M.C., il apparaît un changement aussi bien qualitatif que quantitatif au moment de la refonte du premier, qui a donné naissance à la seconde. Le sentiment d'appartenance à une communauté était déjà particulièrement développé au sein du GATT, mais le projet initial a rapidement évolué vers une sorte de « bulle » au sein des relations internationales plus larges. Le GATT obéissait en effet à son propre « ethos » autoréférentiel⁶²⁴ et s'est rapidement isolé des relations internationales mais aussi du droit international, ce dont fait écho la description du GATT comme ayant été un « club »⁶²⁵. En elle-même, cette logique de « club », qui implique

619 L'expression traduit bien l'unité, par opposition aux Membres considérés individuellement, mais elle n'a pas d'équivalent satisfaisant en français.

620 Au sujet de l'unité fonctionnelle du système de l'O.M.C., v. Y. NOUVEL, « L'unité du système commercial multilatéral », *op. cit.*, p. 659-664.

621 Article 48 paragraphe 1 alinéa a) du texte de la C.D.I.

622 J. CRAWFORD, *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat – Introduction, texte et commentaires*, *op. cit.*, p. 331 par. 7 (commentaire de l'article 48).

623 *Ibid.*

624 J. H. H. WEILER, « The Rule of Lawyers and the Ethos of Diplomats: Reflections on the Internal and External Legitimacy of Dispute Settlement », in R. B. PORTER, P. SAUVE, A. SUBRAMANIAN et A. BEVIGLIA ZAMPETTI (eds), *Efficiency, Equity, and Legitimacy: The Multilateral Trading System at the Millennium*, *op. cit.*, p. 336.

625 Certains auteurs associent également cette mentalité de club à l'O.M.C. Selon MM. Keohane et Nye notamment, des régimes internationaux tels que le régime commercial multilatéral auraient été mis en place en tant que hiérarchies décomposables, destinées à gouverner un domaine bien délimité et conçues de telle sorte que le public ainsi que les fonctionnaires et représentants travaillant dans d'autres domaines soient

une forme d'exclusion, n'altère pas l'idée de communauté, puisque celle-ci ne se détermine pas au regard du nombre plus ou moins important de ses membres. Selon un auteur, l'un des objectifs institutionnels du GATT était ainsi d'éviter un « débordement » des différends commerciaux, ou même un « déversement » dans les relations internationales plus larges, d'après la logique selon laquelle un différend commercial serait un problème interne qui devrait être réglé comme tel, au sein de l'organisation⁶²⁶. Cette approche appelle deux observations. D'abord, et ce n'est là qu'un renvoi aux développements précédents, les membres du « club » paraissent bien avoir eu conscience de l'importance primordiale de la stabilité du système commercial multilatéral pour les relations internationales plus larges. Ensuite, la logique de club exprime très fortement l'existence d'une véritable communauté, certes restreinte, mais que les membres en tout cas ressentaient comme telle. Le même constat vaut pour l'O.M.C., et à plus forte raison encore, compte tenu du raffinement et de la densification institutionnelle et normative de la nouvelle organisation ; ils permettent, comme c'est par exemple le cas s'agissant de l'Union européenne, de parler d'une véritable communauté.

Cependant, si l'intérêt et l'obligation qui le protège sont étroitement liés, l'identification d'un intérêt « commun » ne suffit pas pour conclure à la nature multilatérale de l'obligation qui lui donne une protection substantielle. Il en est l'indice, mais cette nature ne peut se révéler et être confirmée qu'au regard des *techniques juridiques* auxquelles obéit l'obligation. C'est aussi ce qu'a fait apparaître le Rapporteur spécial Arangio-Ruiz lorsqu'il soulignait un point essentiel : « la notion d'obligation *erga omnes* ne se caractérise pas par l'importance de l'intérêt protégé par la norme – trait qui est au contraire typique du *jus cogens* –, mais par "l'indivisibilité juridique" du contenu de cette obligation, c'est-à-dire par le fait que la règle en question prévoit des obligations qui lient simultanément chacun des Etats destinataires vis-à-vis de tous les autres » ; cette structure, ajoutait-il, « est typique non seulement des normes impératives, mais encore des autres normes du droit international général et d'un certain nombre de règles des traités multilatéraux (les obligations *erga omnes*

maintenus « à l'extérieur », v. R. O. KEOHANE et J. S. NYE, « The Club Model of Multilateral Cooperation and the World Trade Organization : Problems of Democratic Legitimacy », in R. B. PORTER, P. SAUVE, A. SUBRAMANIAN et A. BEVIGLIA ZAMPETTI (eds), *Efficiency, Equity, and Legitimacy : The Multilateral Trading System at the Millenium*, op. cit., spéc. p. 264 note 15.

626 V. sur ce point J. H. H. WEILER, « The Rule of Lawyers and the Ethos of Diplomats : Reflections on the Internal and External Legitimacy of Dispute Settlement », op. cit., p. 336-337.

partes) »⁶²⁷. Pourtant, on y revient, si certaines obligations sont indivisibles, c'est bien parce qu'en amont de l'élaboration des normes a été opéré le choix de leur conférer ou non une telle structure – précisément pour garantir que la norme permettra effectivement de matérialiser l'intérêt qui la sous-tend. Ce choix, quant à lui, tient à la conscience que le respect de ces obligations représente un intérêt commun, ce qui ramène alors au raisonnement dans son point de départ, celui des intérêts qu'on a voulu protéger⁶²⁸. La protection qui a été donnée à l'O.M.C. à l'intérêt commun de tous ses Membres s'exprime sous la forme d'un tissu d'obligations véritablement multilatérales, et c'est ce que feront apparaître les développements suivants.

Section II Obligations multilatérales au service d'un intérêt commun

La prise de conscience de l'émergence d'intérêts communs, puis de leur diversification, ne reste en quelque sorte que « sociologique » si elle ne s'accompagne pas d'une adaptation des techniques juridiques qui permettent de les concrétiser dans des normes invocables. Cette adaptation s'est traduite dans la

627 G. ARANGIO-RUIZ, « Quatrième rapport sur la responsabilité des Etats », A/CN.4/444 et Add.1 à 3, *Annuaire C.D.I.*, 1992, II-1, p. 36 par. 92.

628 Sur ce point, v. notamment S. VILLALPANDO, « The Legal Dimension of the International Community: How Community Interests Are Protected in International Law », *E.J.I.L.*, 2010, vol. 21, n° 2, p. 387-419, qui construit toute sa démonstration sur la prémisse que l'émergence d'intérêts communs serait la justification de nombre de notions ou régimes juridiques, tels que les normes impératives, les obligations *erga omnes* ou la responsabilité d'un Etat envers la communauté internationale dans son ensemble, et qu'inversement ces notions ou régimes seraient la matérialisation, dans le droit international positif, d'intérêts communs. L'indissociabilité entre la structure de l'obligation et d'autre part l'intérêt qu'elle matérialise est également apparent par exemple dans les propos de la Commission européenne des droits de l'homme, qui considérait en 1961, en prenant appui sur le préambule de la convention dans sa version originale de 1950, que « les Etats contractants n'ont pas voulu se concéder des droits et obligations réciproques utiles à la poursuite de leurs intérêts nationaux respectifs, mais réaliser les objectifs et idéaux du Conseil de l'Europe, tels que les énonce le statut, et instaurer un ordre public communautaire des libres démocraties d'Europe [...] ». Il en résulte que les obligations souscrites par les Etats contractants dans la Convention ont essentiellement un caractère objectif du fait qu'ils visent à protéger les droits fondamentaux des particuliers contre les empiètements des Etats contractants plutôt qu'à créer des droits subjectifs et réciproques entre ces Etats », *in* décision de la Commission européenne des droits de l'homme sur la recevabilité de la requête dans l'affaire *Autriche c. Italie*, req. n° 788/60, décision du 11 janvier 1961, *Annuaire C.E.D.H.*, 1961, vol. IV, p. 133-145, spéc. p. 139.

distinction entre les obligations bilatérales et multilatérales. Elle n'est pas nouvelle, mais la ligne entre les deux n'en reste pas moins floue et une qualification univoque de l'obligation concernée est dès lors souvent délicate à opérer⁶²⁹. La question soulevée par la décision de l'arbitre dans l'affaire *Etats-Unis – FSC*, par la qualification d'obligation *erga omnes* qu'il y fait de l'interdiction de l'octroi de certaines subventions, renvoie aux conceptions diamétralement opposées d'Anzilotti et Ago. Anzilotti concevait les relations internationales comme étant exclusivement bilatérales⁶³⁰ – par conséquent seule la violation d'obligations entre deux parties déclencherait la responsabilité –, tandis qu'Ago envisageait l'existence d'obligations à l'égard de la communauté internationale dans son ensemble⁶³¹. En amont de ces conceptions se situe, pour le premier, l'idée que la volonté souveraine de l'Etat serait la seule source d'une obligation internationale⁶³², tandis que le second identifie des intérêts collectifs qui justifieraient la distinction des obligations selon leur contenu, en d'autres termes selon un critère matériel⁶³³. Cette opposition peut aujourd'hui paraître anecdotique, en ce qu'il n'est plus contesté que les obligations internationales

629 V. en ce sens O. SCHACHTER, « Entangled Treaty and Custom », in Y. DINSTEIN et M. TABORY (eds), *International Law at a Time of Perplexity – Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1989, p. 735.

630 D. ANZILOTTI, *Teoria generale della responsabilità dello stato nel diritto internazionale*, Florence, F. Lumachi Libraio-Editore, 1902, p. 88-89 ; *id.*, « La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers », *R.G.D.I.P.*, 1906, p. 5-29. V. aussi *id.*, *Cours de droit international – Premier volume : Introduction – Théories générales* (trad. G. Gidel, d'après la 3e éd. italienne), Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1929, spéc. p. 467-468.

631 V. le Rapporteur spécial Ago qui expose, de manière prudente, les termes de la question de la différenciation des obligations selon leur contenu et l'évolution de la réflexion de la C.D.I. depuis le début des années 1960, in R. AGO, « Cinquième rapport sur la responsabilité des Etats – Le fait internationalement illicite de l'Etat, source de responsabilité internationale (*suite*) », A/CN.4/291 et Add.1 et 2, *Annuaire C.D.I.*, 1976, II-1, spéc. p. 51-53.

632 D. ANZILOTTI, *Teoria generale della responsabilità dello stato nel diritto internazionale*, *op. cit.*, p. 72-74 ; *id.*, « La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers », *op. cit.*, p. 16.

633 Ainsi, selon le Rapporteur spécial Ago, « [q]u'on le veuille ou non, l'idée s'est progressivement imposée à la conscience générale qu'il faut distinguer deux espèces différentes à l'intérieur de la catégorie globale des faits internationalement illicites. Cette distinction est une distinction de fond : elle est liée à la différence de contenu des obligations internationales – au fait que, si elles sont toutes importantes et si le respect de toutes doit être assuré, certaines d'entre elles sont aujourd'hui reconnues d'une valeur plus essentielle que d'autres pour l'ensemble de la société interétatique, et leur respect doit donc être garanti par une responsabilité plus sévère à la charge de ceux qui les enfreignent », in

auxquelles s'engagent les Etats peuvent être de nature bilatérale ou multilatérale, mais la distinction n'est apparue que progressivement et a fait l'objet d'affinements successifs qu'il est utile de rappeler (§ 1), en ce qu'ils sont autant d'outils pour l'analyse de la question qui nous occupe, celle des obligations à l'O.M.C. (§ 2).

§ 1 Changement de paradigme : une approche multilatérale des obligations internationales

La conviction de la pertinence de différencier les obligations selon leur nature (A.) a progressivement gagné du terrain et franchi une étape décisive avec la consécration jurisprudentielle des obligations *erga omnes* (B.) ; pour autant, les précisions apportées ne tracent pas une ligne parfaitement claire.

A Distinction entre obligations bilatérales et multilatérales

Traditionnellement, les obligations internationales contenues dans un traité multilatéral sont considérées comme étant de nature bilatérale, ce qui fait écho à la conception ou à l'assimilation essentiellement contractuelle dont ils faisaient ou font toujours l'objet⁶³⁴. Les traités multilatéraux s'analysent ainsi souvent comme constituant un « faisceau de rapports bilatéraux »⁶³⁵, ou « *bundles of bilateral rights and obligations merely tied together in a multilateral instrument* »⁶³⁶. On décèle toutefois très tôt les amorces d'une évolution, qui

R. AGO, « Cinquième rapport sur la responsabilité des Etats – Le fait internationalement illicite de l'Etat, source de responsabilité internationale (suite) », *op. cit.*, p. 53 par. 142.

634 V. en ce sens P. REUTER, *Introduction au droit des traités*, 2e éd., Paris, P.U.F., 1985, p. 31 par. 58 ; P.-M. DUPUY et Y. KERBRAT, *Droit international public*, 11e éd., Paris, Dalloz, 2012, p. 299 par. 242, p. 264 par. 265. Pour une présentation générale, v. F. COULÉE, *Droit des traités et non-réciprocité – Recherches sur l'obligation intégrale en droit international public*, thèse, dact., Université Paris II (Panthéon-Assas), 1999, p. 2-6.

635 L.-A. SICILIANOS, *Les réactions décentralisées à l'illicite – Des contre-mesures à la légitime défense*, Paris, L.G.D.J., 1990, p. 107. V. aussi en ce sens J. DEHAUSSY, « Le problème de la classification des traités et le projet de convention établi par la Commission du droit international des Nations Unies », in *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, Imprimerie de la Tribune de Genève, 1968, spéc. p. 312 ; ou encore M. LACHS, « Le développement et les fonctions des traités multilatéraux », *R.C.A.D.I.*, 1957-II, vol. 92, spéc. p. 240-241 ; *id.*, « Les conventions multilatérales et les organisations internationales contemporaines », *A.F.D.I.*, 1956, p. 334-342.

636 B. SIMMA, « From Bilateralism to Community Interest in International Law », *R.C.A.D.I.*, 1994-VI, vol. 250, p. 336. V. aussi C. ANNACKER, « The Legal Regime of *Erga Omnes*

reflète la prise de conscience que certaines obligations, par l'intérêt qu'elles visent à protéger, peuvent être de nature collective. En effet, déjà dans son avis consultatif de 1957, la Cour internationale de Justice souligna les principes de morale et d'humanité « les plus élémentaires » que renferme la Convention sur le génocide⁶³⁷, et déduisit de ces fins supérieures un intérêt commun des parties à leur protection plutôt que des intérêts individualisés⁶³⁸.

Ce qui n'apparaissait alors qu'en marge du raisonnement est placé, quelques années plus tard, au cœur des travaux de la C.D.I. sur le droit des traités, dans lesquels on perçoit nettement une distanciation de la conception traditionnelle, strictement bilatérale, des rapports qu'établissent les dispositions d'un traité multilatéral. Le Rapporteur spécial Fitzmaurice envisageait en effet qu'une violation substantielle d'un traité multilatéral ouvre le droit à toutes les autres parties, même non directement touchées, d'y réagir. Il distinguait ainsi

Obligations Under International Law », *O.Z.ö.R.V. / A.J.P.I.L.*, 1994, vol. 46, n° 2, p. 136 (mais qui souligne également que les obligations *erga omnes* ont leur fondement dans des valeurs et intérêts communs). La même idée est exprimée par le Rapporteur spécial Riphagen, qui décrit le droit international traditionnel comme étant « d'orientation bilatérale » et considère que « [*l]egal relationships (corresponding rights and obligations) between states are bilateral only, even though resulting from a norm applicable to all states », v. respectivement in W. RIPHAGEN, « Troisième rapport sur le contenu, les formes et les degrés de la responsabilité internationale (deuxième partie du projet d'articles) », A/CN.4/354 et Add.I et 2, *Annuaire C.D.I.*, 1982, II-1, p. 42 par. 91 (l'expression employée dans la version anglaise est « *bilateral-minded* », p. 36 par. 91) ; et *id.*, « State Responsibility : New Theories of Obligation in Interstate Relations », in R. S. J. MACDONALD et D. M. JOHNSTON (eds), *The Structure and Process of International Law*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1983, p. 583. Dans le même sens, Verdross soulignait la relativité de principe des obligations internationales (« *grundsätzliche Relativität der völkerrechtlichen Pflichten* »), in A. VERDROSS, *Völkerrecht*, Vienne, Springer-Verlag, 5e éd., 1964, spéc. p. 126.*

637 C.I.J., *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, *op. cit.*, p. 23.

638 *Ibid.* La Cour a en effet estimé que « [d]ans une telle convention, les Etats contractants n'ont pas d'intérêts propres ; ils ont seulement tous et chacun, un intérêt commun, celui de préserver les fins supérieures qui sont la raison d'être de la convention. Il en résulte que l'on ne saurait, pour une convention de ce type, parler d'avantages ou de désavantages individuels des États, non plus que d'un exact équilibre contractuel à maintenir entre les droits et les charges. La considération des fins supérieures de la Convention est, en vertu de la volonté commune des parties, le fondement et la mesure de toutes les dispositions qu'elle renferme ». Prenant appui sur ces considérations, la Cour en a déduit que la permissibilité d'une réserve devait s'apprécier au regard du critère de sa compatibilité avec l'objet et le but du traité, critère qui a par la suite été codifié à l'article 19 alinéa c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

parmi les traités multilatéraux trois types : ceux de type réciproque, ceux de type intégral, et ceux portant des obligations interdépendantes⁶³⁹. Ces catégories se sont imposées par leur pertinence et ont encore cours aujourd'hui ; en particulier le type réciproque ne soulève guère de difficulté, en ce qu'il se distingue structurellement des deux autres, bien plus proches entre eux. A l'étude, il apparaît cependant que les auteurs n'utilisent pas toujours le même mot pour désigner la même chose, ni inversement des mots différents pour désigner des choses différentes, si bien qu'obligations intégrales et interdépendantes soient souvent confondues et/ou assimilées, les termes même étant employés dans un sens apparemment interchangeable⁶⁴⁰. Une brève schématisation permet de tracer une nette distinction entre les différentes catégories : si tous les traités reposent en effet sur une réciprocité *formelle*, au sens où, à l'image du contrat de droit interne, ils sont le produit d'un accord qui résulte de l'échange des consentements et donc de la concordance des volontés, le pivot de leur différenciation est la réciprocité *matérielle*⁶⁴¹, ou réciprocité substantielle. La réciprocité formelle étant acquise, deux hypothèses se dessinent alors à partir du critère de la réciprocité matérielle : soit les obligations du traité sont matériellement réciproques, soit elles ne le sont pas.

La première hypothèse, celle de la réciprocité matérielle, peut connaître deux formulations. Elle peut d'abord être entendue au sens « classique » (qui l'assimile souvent au bilatéralisme) et désigner alors une réciprocité simple. C'est celle qu'on identifie dans les traités de type réciproque définis par le Rapporteur Fitzmaurice comme étant ceux qui « prévoient un échange mutuel de prestations ainsi que des droits et obligations pour chaque partie à l'égard de chacune des autres parties prises individuellement »⁶⁴² ; la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques de 1961 en est une

639 Pour un aperçu général, v. G. E. DO NASCIMENTO E SILVA, « Le facteur temps et les traités », *R.C.A.D.I.*, 1977-I, vol. 154, spéc. p. 256-258.

640 V. en ce sens J. CRAWFORD, *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat – Introduction, texte et commentaires*, op. cit., p. 308 par. 5 note 706 (commentaire de l'article 42).

641 La distinction entre réciprocité formelle et réciprocité matérielle a été formulée notamment par M. Decaux in E. DECAUX, *La réciprocité en droit international*, Paris, L.G.D.J., 1980, p. 56-63 (s'agissant de la réciprocité matérielle, l'auteur emploie cependant l'expression « réciprocité de fond »). V. aussi M. VIRALLY, « Le principe de réciprocité dans le droit international contemporain », *R.C.A.D.I.*, 1967-III, vol. 122, p. 43 ; et J. DEHAUSSY, « Les conventions internationales conclues sous les auspices des organisations internationales », in *Mélanges Séfériadès*, vol. I, Athènes, Editions Klissiounis, 1961, p. 84.

642 G. FITZMAURICE, « Troisième rapport sur le droit des traités », A/CN.4/115, *Annuaire C.D.I.*, 1958, II, p. 27 (art. 18).

illustration. Mais – deuxième formulation – la réciprocité peut aussi être globale, c'est-à-dire « joue[r] entre toutes les parties à la fois », si bien que « l'exécution par chaque partie est conditionnée par l'exécution correspondante par toutes les parties »⁶⁴³. Par conséquent, la violation par l'une des parties justifie l'inexécution correspondante par l'ensemble des autres parties à l'égard de chacune d'entre elles, c'est-à-dire une inexécution générale. Cette forme de réciprocité correspond au cas des obligations interdépendantes⁶⁴⁴, et on est ici à l'opposé de la réciprocité matérielle simple, dans une sorte de « réciprocité exponentielle »⁶⁴⁵, ou sur-réciprocité. Les traités en matière de désarmement sont l'exemple le plus illustratif de ce type de traité.

La seconde hypothèse est celle de la non-réciprocité matérielle. Elle correspond à la « conjonction d'engagements unilatéraux écartant toute réciprocité substantielle »⁶⁴⁶ : c'est le cas des obligations intégrales. Les traités de type intégral sont en effet ceux dont « la force [...] est autonome, absolue et intrinsèque pour chaque partie et ne dépend pas d'une exécution correspondante par les autres parties »⁶⁴⁷. Du caractère intégral du traité découle que l'obligation d'une partie revêt un « caractère absolu » et ne se prête pas à une application différenciée et variable, qu'elle exige au contraire d'être « [appliquée] intégralement »⁶⁴⁸. La Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide de 1948 en est un exemple typique⁶⁴⁹.

643 F. COULÉE, *Droit des traités et non-réciprocité – Recherches sur l'obligation intégrale en droit international public*, *op. cit.*, p. 7.

644 Plus précisément, les traités interdépendants sont ceux pour lesquels « la participation de toutes les parties est une condition de la force obligatoire du traité », v. G. FITZMAURICE, « Deuxième rapport sur le droit des traités », A/CN.4/107, *Annuaire C.D.I.*, 1957, II, p. 39 (art. 29). Puisque « l'obligation de chaque partie [y] dépend d'une exécution correspondante par toutes les parties », une violation par l'une des parties aurait pour conséquence que l'obligation des autres cesserait d'exister à l'égard de toutes les parties, v. G. FITZMAURICE, « Troisième rapport sur le droit des traités », *op. cit.*, p. 46 par. 91 (art. 19).

645 L'expression est empruntée au professeur Sicilianos in L.-A. SICILIANOS, « The Classification of Obligations and the Multilateral Dimension of the Relations of International Responsibility », *E.J.I.L.*, 2002, vol. 13, n° 5, p. 1135.

646 F. COULÉE, *Droit des traités et non-réciprocité – Recherches sur l'obligation intégrale en droit international public*, *op. cit.*, p. 8.

647 G. FITZMAURICE, « Troisième rapport sur le droit des traités », *op. cit.*, p. 28 (art. 19).

648 G. FITZMAURICE, « Deuxième rapport sur le droit des traités », *op. cit.*, p. 62 par. 128 (art. 19).

649 V. G. FITZMAURICE, « Troisième rapport sur le droit des traités », *op. cit.*, p. 46 par. 91 (art. 19).

Cette distinction n'apparaît pas en ces termes dans la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969⁶⁵⁰. On l'aperçoit toutefois dans les dispositions consacrées au *jus cogens*⁶⁵¹ et aux règles relatives à la violation substantielle d'un traité multilatéral, qui prévoient son extinction ou la suspension de son application⁶⁵². Ces dispositions font apparaître que les traités multilatéraux peuvent contenir des obligations de nature bilatérale mais aussi multilatérale.

C'est ensuite dans le cadre des travaux de la Commission du droit international relatifs à la responsabilité de l'Etat que la distinction a été développée davantage⁶⁵³. Le Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite de 2001, mis au point sous l'impulsion du Rapporteur Crawford, révèle à cet égard de remarquables différences par comparaison au projet de 1996. Il entreprend en effet une classification des obligations internationales selon leur nature, reprend et développe explicitement la distinction

650 Cela s'explique notamment par le scepticisme du Rapporteur spécial Waldock à l'égard de la classification des traités multilatéraux établie par son prédécesseur, le Rapporteur spécial Fitzmaurice, et à son rejet de la notion d'obligation intégrale. Les obligations d'un traité pourraient toujours être ramenées à une relation bilatérale, puisque selon lui l'élément contractuel de tout rapport juridique serait irréductible et prendrait toujours le pas sur le caractère objectif que pourraient avoir certaines obligations. V. H. WALDOCK, « Deuxième rapport sur le droit des traités », A/CN.4/SER.A/1963 et Add.1 à 3, *Annuaire C.D.I.*, 1963, II, spéc. p. 80 par. 15 (commentaire de l'article 20).

651 Articles 53 et 64 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969.

652 L'article 60 dispose ainsi que la violation substantielle autorise « b) une partie spécialement atteinte par la violation à invoquer celle-ci comme motif de suspension de l'application du traité en totalité ou en partie dans les relations entre elle-même et l'Etat auteur de la violation ; c) toute partie autre que l'Etat auteur de la violation à invoquer la violation comme motif pour suspendre l'application du traité en totalité ou en partie en ce qui la concerne si ce traité est d'une nature telle qu'une violation substantielle de ses dispositions par une partie modifie radicalement la situation de chacune des parties quant à l'exécution ultérieure de ses obligations en vertu du traité », disposition renvoyant aux traités portant des obligations interdépendantes. La distinction entre les différents types d'obligations est par ailleurs perceptible dans les articles 41, 53, 58 et 64.

653 Il est impossible, dans le cadre de cette étude, d'approfondir l'évolution de la réflexion dont se font écho les rapports successifs, mais v. notamment l'excellent rapport du Rapporteur G. ARANGIO-RUIZ, « Quatrième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, notamment p. 45-52 par. 127-151 dont en particulier les par. 130-131. V. aussi, pour un aperçu général, M. SPINEDI, « From One Codification to Another : Bilateralism and Multilateralism in the Genesis of the Codification of the Law of Treaties and the Law of State Responsibility », *E.J.I.L.*, 2002, vol. 13, n° 5, p. 1099-1125 ; G. NOLTE, « From Dionisio Anzilotti to Roberto Ago : The Classical International Law of State Responsibility and the Traditional Primacy of a Bilateral Conception of Inter-state Relations », *E.J.I.L.*, 2002, vol. 13, n° 5, p. 1083-1098.

entre obligations bilatérales et multilatérales, et précise les conséquences attachées à leur violation en différenciant les Etats directement lésés de ceux qui ne le sont pas⁶⁵⁴. La distinction des obligations selon leur nature est aujourd'hui bien établie, mais l'apparition des obligations *erga omnes* et les difficultés d'en dessiner les contours ont brouillé le tableau. C'est pourtant ces dernières que visait le juge de l'O.M.C. dans sa décision dans l'affaire *Etats-Unis – FSC*, et la notion appelle dès lors une présentation ; dans le cadre de cette étude, elle ne peut toutefois qu'être succincte.

B *Apparition des obligations « erga omnes »*

La réflexion sur une approche multilatérale des obligations internationales a été nourrie et accélérée par l'apparition de deux notions qui renvoient à celle d'obligations multilatérales : les normes impératives et les obligations *erga omnes* (1.), deux notions voisines qui se recoupent au moins partiellement (2.).

1 Consécration jurisprudentielle

On entraperçoit très tôt l'idée d'obligations *erga omnes* dans plusieurs affaires de la Cour internationale de Justice, et même de son prédécesseur, la Cour permanente de Justice internationale⁶⁵⁵. La première décision dans l'affaire du *Sud-Ouest africain* apporta les premiers véritables éclairages. La troisième exception préliminaire de l'Afrique du Sud consistait à argumenter qu'il ne s'agissait pas d'un différend au sens du Mandat pour le Sud-Ouest africain, dans la mesure où le conflit n'aurait affecté aucun intérêt concret des demandeurs. La Cour rejeta cet argument, au motif qu'il découlait de la portée et de l'objet du Mandat que les obligations de l'Afrique du Sud étaient dues tant aux

654 A titre d'exemple, l'article 42 alinéa a) du texte de la C.D.I. prévoit qu'un Etat peut mettre en jeu la responsabilité d'un autre Etat si, entre autres hypothèses, l'obligation violée lui est due individuellement. Pour une présentation approfondie de la classification opérée par la Commission du droit international, v. L.-A. SICILIANOS, « The Classification of Obligations and the Multilateral Dimension of the Relations of International Responsibility », *op. cit.*, p. 1127-1145.

655 Dès 1934 avec l'affaire *Oscar Chinn* (arrêt du 12 décembre 1934, *Série A/B*, n° 63, p. 65-90) apparaissait en effet dans deux opinions dissidentes l'idée d'une distinction entre un traité créant un faisceau de relations bilatérales et un traité affectant les intérêts de tous les Etats, et créant ainsi un régime formant une « unité » pour la modification duquel l'accord de toutes les parties est requis (opinion individuelle de Jonkheer Van Eysinga, p. 132-134, qui avait emporté la conviction du juge Schücking, v. C.P.J.I, *Oscar Chinn*, opinion individuelle du juge Schücking, p. 148). Sous un autre terme, on retrouve là l'idée d'indivisibilité de l'obligation, même si, on le signale, le mot n'a pas le même sens chez eux.

habitants des territoires sous Mandat qu'à l'égard de la Société des Nations et à ses Membres, et que ces derniers avaient un « droit ou un intérêt juridique » à leur respect⁶⁵⁶. Bien que la Cour ne les nommât pas pour ce qu'elles étaient et telles qu'elle les qualifia plus tard, c'est bien obligations *erga omnes* qu'il semble s'être agi.

Dans la deuxième décision dans cette même affaire, la Cour confirma sa précédente position en précisant « qu'un droit ou intérêt juridique ne se rapporte pas nécessairement à un objet concret ou tangible et peut être atteint même en l'absence de tout préjudice matériel »⁶⁵⁷. A nouveau, la Cour ne parla pas expressément d'obligations *erga omnes*, mais elle n'en rejeta pas non plus expressément l'idée. Elle indiqua plutôt que si elle estimait que les demandeurs n'avaient pas de droits ou intérêts juridiques, c'était parce que ceux-ci devaient avoir été clairement conférés « à ceux qui les revendiquent par un texte, un instrument ou une règle de droit »⁶⁵⁸, condition qui n'était pas remplie⁶⁵⁹. La Cour conclut en envisageant la question sous un autre angle : elle considéra en effet que l'argument en cause revenait à lui demander d'admettre une forme d'*actio popularis*. Or, rappela-t-elle, « le droit international tel qu'il existe actuellement ne la reconnaît pas »⁶⁶⁰. Sur le fond, la Cour se montra en revanche impassible, en refusant de se prononcer sur l'analogie entre le crime de génocide et la discrimination raciale, ainsi que sur l'opposabilité *erga omnes* d'une norme de non-discrimination⁶⁶¹. L'opinion dissidente du Juge Tanaka est particulièrement intéressante : dans un raisonnement aussi long

656 C.I.J., *Sud-Ouest africain*, exceptions préliminaires, *op. cit.*, p. 343.

657 C.I.J., *Sud-Ouest africain*, deuxième phase, *op. cit.*, p. 32 par. 44.

658 *Ibid.*, p. 32-33 par. 44.

659 On retrouve là un parallèle avec le constat fait au sujet des obligations intégrales, à savoir qu'il s'agit avant tout d'obligations conventionnelles. V. sur ce point F. COULÉE, *Droit des traités et non-réciprocité – Recherches sur l'obligation intégrale en droit international public*, *op. cit.*, p. 82-173.

660 *Ibid.*, p. 47 par. 88. Nous reviendrons plus précisément sur le thème de l'*actio popularis* dans le chapitre suivant, en examinant notamment si l'absence d'intérêt à agir dans le contentieux de l'O.M.C. peut s'analyser comme une équivalence, v. *infra*, Titre II, Chapitre II, Section I, § 1.

661 L'argumentation des demandeurs était pourtant fervente : « *the norm of non-discrimination and non-separation involves the promotion of common interests and collective interests of States, and of the organized international community taken as a whole. [...] In this respect apartheid corresponds to genocide [...]. It is precisely because there is an offender that there has been a drive to create a norm. If the offender is allowed to avoid the legal condemnation of his action by stating a protest, then international law is rendered impotent in the face of a grave challenge to the values underlying the international social order* », v. C.I.J. *Mémoires 1966, Sud-Ouest africain*, vol. IX, p. 351 (uniquement en anglais).

que complexe, il examina en effet l'interdiction de la discrimination raciale et considéra que les principes généraux visés à l'article 38 du Statut de la Cour englobent la protection des droits de l'homme. Il ajouta que « [l]es Etats qui ne reconnaissent pas [ce] principe ou vont même jusqu'à contester sa validité sont néanmoins soumis à son emprise »⁶⁶². Il conclut sur ce fondement que la discrimination raciale est « en soi contraire au principe d'égalité », et que sa prohibition est opposable à tous les Etats, dans la mesure où son raisonnement au sujet de l'article 38 du Statut s'applique à tous les droits de l'homme et libertés fondamentales⁶⁶³.

L'introduction explicite de la notion dans le vocabulaire internationaliste a été réalisée avec la décision déjà mentionnée dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, avec un *dictum* qui pourtant n'était pas indispensable au raisonnement juridique sous-tendant la résolution de l'affaire et valant par là à la Cour quelques sévères critiques⁶⁶⁴. Elle a en effet estimé qu'« [u]ne distinction essentielle doit en particulier être établie entre les obligations des Etats envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre Etat dans le cadre de la protection diplomatique. Par leur nature même, les premières concernent tous les Etats. Vu l'importance des droits en cause, tous les Etats peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés ; les obligations dont il s'agit sont des obligations *erga omnes* »⁶⁶⁵. Cela signifie que, au regard du critère de l'importance de certains droits et de l'intérêt à leur protection, les obligations correspondantes sont opposables à tous les Etats, indépendamment de leur consentement à être liés par la règle. La Cour a confirmé sa position à plusieurs reprises. Dans l'affaire des *Essais nucléaires* notamment, elle a jugé que la déclaration du Président de la République française, selon laquelle la France s'abstiendrait de procéder à d'autres essais nucléaires dans l'océan Pacifique Sud, était constitutive d'un engagement *erga omnes*, c'est-à-dire qu'elle obligeait la France vis-à-vis de l'ensemble de la communauté internationale⁶⁶⁶. De même, dans l'affaire entre la Bosnie-Herzégovine et la Yougoslavie relative à l'*Application de*

662 C.I.J., *Sud-Ouest africain*, deuxième phase, *op. cit.*, opinion dissidente de M. Tanaka, p. 298.

663 *Ibid.*, p. 314.

664 Il est bien connu que le *dictum* a soulevé de vives controverses, tant s'agissant de sa teneur que des raisons qui l'avaient appelé et qui n'étaient pas immédiatement perceptibles. Ainsi par exemple in P. WEIL, « Le droit international en quête de son identité – Cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.*, 1992-VI, vol. 237, spéc. p. 286.

665 C.I.J., *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, deuxième phase, *op. cit.*, p. 32 par. 33 (caractères gras supprimés).

666 C.I.J., *Essais nucléaires*, *op. cit.*, p. 269 par. 50 : « Les déclarations unilatérales des autorités françaises ont été faites publiquement en dehors de la Cour et *erga omnes* [...] [P]our

Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, elle a rappelé les conséquences juridiques qu'elle avait inférées dans son avis consultatif de 1951 de l'objet et du but de cette Convention, puis a énoncé explicitement que « les droits et obligations consacrés par la Convention sont des droits et obligations *erga omnes* »⁶⁶⁷. En d'autres termes, en qualifiant dans un premier temps certaines obligations conventionnelles de coutumières, puis en en faisant des « obligations *erga omnes* », la Cour a pu donner un contenu concret aux « considérations élémentaires d'humanité » qu'elle avait soulignées dès 1949 dans l'affaire du *Détroit de Corfou*⁶⁶⁸. Au moyen des obligations *erga omnes* sont ainsi imposées à tous les Etats ce qui relève de règles de conduite minimales, qui reflètent les considérations qu'elle avait relevées en 1949.

2 Difficultés de distinction et de définition

Le *dictum* de la Cour soulève nombre de questions, y compris celle de la distinction entre la catégorie consacrée d'obligations et certaines notions voisines. D'abord, la notion d'obligation *erga omnes* ne désigne pas la même chose que l'opposabilité *erga omnes* d'un droit ou d'une situation juridique : celle-ci tient à ce qu'on pourrait qualifier de droit *omnium* au respect d'une obligation *erga omnes*. Les deux peuvent sembler se confondre, la première paraissant nécessairement déclencher ou entraîner le seconde. Pourtant, l'essence d'une obligation *erga omnes* est qu'elle reflète, exprime ou matérialise un intérêt commun, comme le fait apparaître le *dictum* dans l'affaire *Barcelona Traction*. L'opposabilité *erga omnes* en revanche signifie autre chose : elle renvoie à l'absence de titre juridique pour les tiers à contester ce qui a été établi sans eux ou en-dehors d'eux⁶⁶⁹. Comme le souligne le professeur Verhoeven, la notion de droits *erga omnes* a ainsi toujours existé dans le droit international, même si le vocable n'était pas employé. Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes est ainsi un droit opposable *erga omnes*⁶⁷⁰, comme l'est celui pour tous les Etats de faire naviguer en haute mer des navires battant leur pavillon. Les rapports de responsabilité pouvant en naître se matérialiseront en revanche de manière

que ces déclarations eussent un effet juridique, il n'était pas nécessaire qu'elles fussent adressées à un Etat particulier, ni qu'un Etat quelconque signifîât son acceptation ».

667 C.I.J., *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), exceptions préliminaires, arrêt du 11 juillet 1996, C.I.J. Recueil 1996, par. 31.

668 C.I.J., *Affaire du Détroit de Corfou (fond)*, op. cit., p. 22 : « certains principes généraux et bien reconnus, tels que des considérations élémentaires d'humanité, plus absolues encore en temps de paix qu'en temps de guerre ».

669 J. VERHOEVEN, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 153.

670 V. C.I.J., *Timor oriental* (Portugal c. Australie), arrêt du 30 juin 1995, C.I.J. Recueil 1995, p. 102 par. 29.

strictement bilatérale, alors que la notion d'obligations *erga omnes* a « des implications distinctes et plus larges »⁶⁷¹.

Ensuite, on doit distinguer les obligations *erga omnes* des obligations découlant de normes impératives⁶⁷². Il existe pourtant des parallèles, et même des superpositions entre elles, mais les deux n'emportent pas les mêmes conséquences. Selon l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969, les normes impératives sont celles dont la communauté internationale a reconnu et accepté qu'aucune dérogation n'y est permise, et dont la modification n'est possible qu'au moyen d'une nouvelle norme impérative⁶⁷³. Par conséquent, un traité dont les dispositions sont en conflit avec une norme de *jus cogens* est nul ; en revanche, les obligations *erga omnes* n'invalident pas un traité qui serait en conflit avec elles⁶⁷⁴. Les obligations multilatérales forment ainsi deux cercles concentriques⁶⁷⁵ : les normes de *jus cogens* en sont le noyau dur tandis que les obligations *erga omnes* tracent un cercle plus large autour des premières. Si toutes les normes impératives créent donc des obligations *erga omnes*, la réciproque n'est pas vraie et toutes les obligations *erga omnes* ne relèvent pas

671 V. sur ce point J. CRAWFORD, « Premier rapport sur la responsabilité des Etats », A/CN.4/490 et Add.1 à 7, *Annuaire C.D.I.*, 1998, II-1, p. 19 par. 65 note 95.

672 V. sur ce thème l'étude d'A. J. HOOGH, « The Relationship Between *Jus Cogens*, Obligations *Erga Omnes* and International Crimes : Peremptory Norms in Perspective », *O.Z.ö.R.V. / A.J.P.I.L.*, 1991, vol. 42, n° 2, p. 183-214.

673 Cette définition a été critiquée comme étant tautologique, dans la mesure où les conditions énoncées à l'article 53 sont purement formelles et non pas matérielles, où la définition donnée définit une norme par son effet, et où aucun Etat ne peut se plaindre de la violation d'une obligation dont le contenu n'est pas clair et précis. V. sur ce point W. CZAPLINSKI, « Concepts of *Jus Cogens* and Obligations *Erga Omnes* in International Law in the Light of Recent Developments », *Pol. Yb.I.L.*, 1997-1998, vol. 23, spéc. p. 88. Pour une critique plus générale et fortement hostile au concept de *jus cogens*, v. M. J. GLENNON, « Peremptory Nonsense », in S. BREITENMOSE (dir.), *Droits de l'homme, démocratie et Etat de droit – Liber amicorum Luzius Wildhaber*, Zürich, Baden-Baden, Dike, Nomos, 2006, p. 1265-1272, selon qui la doctrine du *jus cogens* serait anachronique, circulaire et incohérente, dans la mesure où le *jus cogens* ne saurait être concilié avec les prémisses sous-tendant l'ordre juridique international positiviste.

674 V. M. E. VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p. 669 (art. 53).

675 En ce sens, v. aussi E. DE WET, « The Emergence of International and Regional Value Systems as a Manifestation of the Emerging International Constitutional Order », *op. cit.*, spéc. p. 616-617 ; L.-A. SICILIANOS, « Classification des obligations et dimension multilatérale de la responsabilité internationale », in P.-M. DUPUY (dir.), *Obligations multilatérales, droit impératif et responsabilité internationale des Etats*, Paris, Pedone, 2001, p. 69.

simultanément de normes impératives⁶⁷⁶. Quant à leur contenu, hormis les exemples consacrés, celui-ci reste flou. Certains auteurs ont tenté d'établir une liste de normes impératives⁶⁷⁷, mais il n'existe aucune tentative comparable s'agissant des obligations *erga omnes*.

Ces difficultés n'empêchent pas de définir les obligations *erga omnes*. Selon le texte de la C.D.I., elles sont ainsi des obligations « due[s] à un groupe d'Etats [...] et établie[s] aux fins de la protection d'un intérêt collectif du groupe »⁶⁷⁸. L'Institut de Droit international a également entrepris de les définir dans une résolution de 2005, dont on rappelle toutefois qu'elle n'a aucune valeur contraignante pour les Etats. Le premier paragraphe de l'article 1^{er} concerne les obligations relevant du droit international général, tandis que le second vise une « obligation relevant d'un traité multilatéral à laquelle un Etat partie à ce traité est tenu en toutes circonstances envers tous les autres Etats parties au traité, en raison des valeurs qui leur sont communes et de leur intérêt à ce que cette obligation soit respectée, de telle sorte que sa violation autorise tous ces autres Etats à réagir »⁶⁷⁹. On aperçoit bien à ces définitions ce qu'elles apportent en précisions, mais aussi ce qu'elles laissent subsister d'imprécision(s), et la notion reste parmi les plus intangibles du droit international. Le professeur Weil, pourtant pragmatiquement prudent voire méfiant envers la théorie, qu'il estime au minimum « ambiguë », « hérissée de difficultés » et une « fausse idée simple », reconnaît qu'il s'agit là de « l'une des pièces maîtresses de l'arsenal conceptuel du droit international », qui « répond à une nécessité du monde international d'aujourd'hui »⁶⁸⁰. Pour autant, il met également en garde contre le risque inhérent à la notion même : en multipliant

676 V. J. FROWEIN, « Obligations *Erga Omnes* », in R. WOLFRUM (ed.), *Max Planck E.P.I.L.*, *op. cit.*, par. 3 ; L.-A. SICILIANOS, « Classification des obligations et dimension multilatérale de la responsabilité internationale », *op. cit.*, p. 68 ; P.-M. DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international – Cours général de droit international public », *op. cit.*, p. 385 ; R. NIETO-NAVIA, « International Peremptory Norms (*Jus Cogens*) and International Humanitarian Law », in L. C. VOHRAH *et al.* (eds), *Man's Inhumanity to Man – Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, *op. cit.*, p. 595-640.

677 Par exemple, v. G. D. HAIMBAUGH, « Jus Cogens : Root and Branch (an Inventory) », *Touro L. Rev.*, 1987, vol. 3, n° 2, p. 203-227 ; et M. N. WHITEMAN, « Jus Cogens in International Law, with a Projected List », *Ga. J.I.C.L.*, 1977, vol. 7, p. 609-626.

678 Texte de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, *op. cit.*, article 48 paragraphe 1 alinéa a).

679 I.D.I., Résolution « Les obligations *erga omnes* en droit international » (Rapporteur Gaja), 2005, article 1^{er}.

680 P. Weil, « Le droit international en quête de son identité – Cours général de droit international public », *op. cit.*, p. 287-290.

les créanciers de l'obligation, on multiple aussi simultanément et inévitablement les litiges potentiels⁶⁸¹. Si la notion a donc été précisée progressivement, elle n'en demeure pas moins incertaine⁶⁸² : paradoxe inhérent à toute nouvelle pièce apportée à la construction qu'est le droit, en précisant son contenu et son régime, ses contours se sont brouillés davantage. On le constate tout autant s'agissant des engagements conventionnels à l'O.M.C., dont l'analyse a conduit différents auteurs à autant de raisonnements différentes, et dont les conclusions ne convergent pas. Dès lors, la qualification opérée par l'arbitre appelle une vérification prudente.

§ 2 Nature multilatérale des obligations à l'O.M.C.

Si les intérêts communs identifiés précédemment créent une présomption en faveur de la nature multilatérale des obligations qui découlent pour les Membres de leurs engagements à l'O.M.C., ce sont les techniques juridiques mises en place qui, seules, permettent de l'établir. D'ores et déjà, on peut resserrer la catégorie plus vaste des obligations « multilatérales » en en retranchant la sous-catégorie du *jus cogens* : aucune obligation contenue dans les accords de l'O.M.C. n'est de nature à invalider un traité qui serait en conflit avec elle. Mais on aperçoit alors une ressemblance avec les obligations intégrales du droit international public, même si elle comporte quelques impuretés (A.). En définitive, il est deux manières d'analyser les obligations substantielles à

681 *Ibid.*, p. 291. Cette prudence, afin de ne pas conduire à une multiplication exponentielle des contentieux et, partant, à une saturation de la juridiction, se retrouve d'ailleurs dans le Mémoire, qui impose aux Membres une forme de discipline d'auto-limitation dans le déclenchement d'une procédure de règlement des différends. Nous y reviendrons *infra* ce Titre, Chapitre II).

682 Par exemple, v. BROWNLIE, « To what Extent are the Traditional Categories of *Lex Lata* and *Lex Ferenda* still Viable ? Presentation », in A. CASSESE et J. H. H. WEILER, *Change and Stability in International Law-Making*, Berlin, New York, Walter de Gruyter, 1988, spéc. p. 71 (qui parle du « mystère » des obligations *erga omnes*). Il est d'ailleurs aussi intéressant que surprenant de constater que certains dictionnaires contemporains de droit international ne leur consacrent aucune entrée : v. notamment C. PARRY et J. P. GRANT, *Encyclopaedic Dictionary of International Law*, *op. cit.* ; ou R. L. BLEDSOE et B. A. BOCZEK, *The International Law Dictionary*, *op. cit.*, qui ne contiennent qu'une brève entrée consacrée au *jus cogens*, et dans le cas du second ouvrage même si générale que la définition donnée se confond avec celle des obligations *erga omnes*. Mais v. aussi les propositions d'identification et la tentative de classification in M. RAGAZZI, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, *op. cit.*, spéc. p. 135-188.

l'O.M.C. : en s'attachant à leur *structure d'exécution*, c'est-à-dire dans une perspective de mise en œuvre concrète, qui décompose la règle au regard de l'exécution effective dont les obligations font l'objet ; celles-ci sont alors toujours « bilatéralisables » (B.). Mais cette perspective nous paraît seulement partielle : la deuxième manière consiste à s'attacher, en amont de l'exécution de l'obligation, à la *structure d'engagement* ; il apparaît alors que la nature des obligations est intrinsèquement enracinée dans le multilatéralisme, au moyen de techniques conventionnelles qui protègent la divisibilité de la structure d'exécution de l'obligation contre une « division » de sa substance (C.).

A *Ni réciproques, ni interdépendantes : des obligations intégrales ?*

On peut d'emblée exclure la qualification des obligations à l'O.M.C. comme étant des obligations interdépendantes selon le modèle identifié et visé à l'article 60 paragraphe 2 alinéa c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités et l'article 42 alinéa b) ii) du texte de la C.D.I. On l'a dit, les obligations interdépendantes sont en effet de type « tout ou rien », selon l'expression employée par M. Pauwelyn⁶⁸³ : une violation de l'une quelconque d'entre elles modifie radicalement la situation de toutes les autres parties au traité, justifiant par là qu'elles cessent l'exécution de leurs obligations à l'égard de chacune d'entre elles. Il n'est pas nécessaire d'explorer davantage cette hypothèse : rien dans les accords de l'O.M.C. ne permet d'inférer que les obligations qu'ils contiennent obéiraient à ce régime. Au contraire, la logique même du contentieux de la mise en conformité et du dispositif de suspension de concessions met en évidence que l'exécution de leurs obligations par les Membres doit se poursuivre normalement, même en cas de non-respect de ses engagements par l'un d'entre eux – hormis à l'égard de ce Membre précis, par le ou les parties plaignantes exclusivement, et seulement lorsque l'O.R.D. l'a autorisé⁶⁸⁴.

En revanche, le parallélisme entre obligations intégrales et celles à l'O.M.C. est plus manifeste, bien qu'il subsiste quelques zones grises. Ce parallélisme est pour très large partie alimenté par les considérations précédentes relatives aux intérêts que matérialise le droit de l'Organisation. En effet, les obligations intégrales ne « visent pas la satisfaction d'intérêts opposés, mais la protection d'un intérêt commun », et « c'est parce qu'elle réalise la protection d'un intérêt commun que l'obligation intégrale est non réciproque »⁶⁸⁵. Bien

683 J. PAUWELYN, « A Typology of Multilateral Treaty Obligations: Are WTO Obligations Bilateral or Collective in Nature ? », *op. cit.*, p. 927.

684 Aussi en ce sens, *ibid.*, p. 927-928.

685 F. COULÉE, *Droit des traités et non-réciprocité – Recherches sur l'obligation intégrale en droit international public*, *op. cit.*, respectivement p. 82 et 198.

entendu, s'agissant des obligations à l'O.M.C., on se heurte à l'obstacle qu'on peut difficilement les considérer, au premier abord, comme dépourvues de tout lien de causalité ou de connexité *entre elles*, compte tenu de la manière dont sont négociés les engagements individuels à l'O.M.C. Mais cette causalité ou connexité ne tient qu'à la nature particulière des relations commerciales qui se tissent dans le cadre de l'O.M.C., elle n'affecte pas la nature des obligations conventionnelles contenues dans les accords. Le Rapporteur spécial Fitzmaurice écrivait ainsi que l'obligation intégrale « qui incombe à chaque partie est entièrement indépendante de l'exécution par les autres parties, et cette obligation subsiste pour chacune des parties, même en cas de non-exécution de la part d'une ou de plusieurs autres »⁶⁸⁶. La charnière permettant la qualification est donc bien le critère de l'intérêt protégé. La professeure Coulée identifie en ce sens deux types de traités multilatéraux pouvant porter des obligations intégrales : ceux protégeant les intérêts des particuliers (l'exemple le plus évident sont les traités en matière de droits de l'homme) et ceux protégeant des intérêts extra-étatiques⁶⁸⁷. Selon l'analyse menée précédemment, les intérêts identifiés s'agissant d'abord du GATT puis de l'O.M.C. relèvent de la seconde catégorie.

Toutefois, la qualification des obligations contenues dans les accords O.M.C. n'est pas univoque. Certes, elles ne sont pas réciproques, ni interdépendantes. Quant à leur caractère potentiellement intégral, on peut être gêné par le mécanisme de suspension de concessions. En effet, en droit international général, une contre-mesure ne peut en aucun cas consister dans la violation d'une obligation intégrale⁶⁸⁸. D'abord, parce qu'il découle des conditions de licéité que pose le texte de la C.D.I. que si un comportement vise une obligation intégrale, il ne saurait se qualifier de contre-mesure ; il serait tout bonnement un comportement constitutif d'une violation d'une obligation intégrale. Ensuite, et c'est en quelque sorte le raisonnement inversé, parce qu'admettre la violation d'une telle obligation serait la négation même de sa nature intégrale : une contre-mesure – et de même, comme l'indique l'expression, la suspension de concessions à l'O.M.C. – est une réaction bilatérale à la violation spécifique subie par un

686 G. FITZMAURICE, « Troisième rapport sur le droit des traités », *op. cit.*, p. 46.

687 V. F. COULÉE, *Droit des traités et non-réciprocité – Recherches sur l'obligation intégrale en droit international public*, *op. cit.*, p. 198-248.

688 V. sur ce point H. LESAFFRE, *Le règlement des différends au sein de l'O.M.C. et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 84 ; F. Coulée, *Droit des traités et non-réciprocité – Recherches sur l'obligation intégrale en droit international public*, *op. cit.*, p. 537-538.

Etat⁶⁸⁹. Toutefois, l'entorse que paraît être l'existence même du dispositif de suspension de concessions à l'O.M.C. n'en est pas nécessairement une, lorsqu'on garde à l'esprit l'analyse menée par le professeur Dominicé au sujet des obligations multilatérales. Leur violation concerne certes toutes les parties au traité, et celles-ci ont toutes un intérêt juridique à leur respect, mais cela ne signifie pas qu'elles puissent et doivent toutes être traitées comme ayant subi un dommage direct⁶⁹⁰. S'agissant des conséquences d'une violation, il suggère ainsi que seul l'Etat ayant subi un tel dommage possède les droits classiques de la « victime », notamment en termes de réparation ; les autres Etats, qui ne sont pas « victimes » directes, n'ont qu'un titre à prendre des mesures conduisant à la cessation de l'illicéité. Cette conception semble bien celle qui anime le contentieux de l'O.M.C., au moyen d'un droit pour tous les Membres d'user du dispositif permettant de faire cesser l'illicite (c'est-à-dire, dans son ensemble, le mécanisme de règlement des différends), avec toutefois une subjectivation plus manifeste des rapports au stade des suspensions de concessions⁶⁹¹. Ainsi, les dispositions des accords de l'O.M.C. ne régissent pas des relations strictement bilatérales ; elles exigent au contraire une exécution intégrale, dans le sens qu'elles mettent à la charge des Etats des « obligations dont la caractéristique est que leur exécution n'est pas liée à une exécution correspondante par les autres sujets sur qui elles pèsent également »⁶⁹². La violation de l'une quelconque de ces obligations, dans la mesure où elle rompt l'équilibre global négocié, concerne tous les Membres, mais, s'agissant des conséquences de la violation, le droit de suspendre des concessions reste tributaire de l'identification d'un dommage du fait de la violation. Si la qualification d'obligations intégrales peut donc gêner, c'est pourtant celle à la définition et aux critères de laquelle les obligations O.M.C. répondent de plus près, avec les nuances et adaptations qu'exigent les particularités du droit de l'O.M.C. Quand bien même on n'admettrait pas cette qualification spécifique, il ne fait en revanche aucun doute, au regard de leur indivisibilité, que ces obligations sont intrinsèquement collectives, ou multilatérales.

689 C'est aussi la position de l'arbitre au titre de l'article 22:6 *in* décision de l'arbitre, *Etats-Unis – FSC* (22:6), *op. cit.*, par. 6.11.

690 Ch. DOMINICÉ, « The International Responsibility of States for Breach of Multilateral Obligations », *op. cit.*, p. 362.

691 La configuration initialement objective puis progressivement resserrée autour de l'élément subjectif sera étudiée *infra* dans ce titre, sous l'angle de l'accès au mécanisme de règlement des différends, v. Chapitre II, Section I.

692 D. ALLAND, *Justice privée et ordre juridique international – Etude théorique des contre-mesures en droit international public*, Paris, Pedone, 1994, p. 265. V. aussi G. FITZMAURICE, « Troisième rapport sur le droit des traités », *op. cit.*, p. 28.

B *Divisibilité des obligations : la structure d'exécution*

La plupart des traités multilatéraux peuvent se démanteler en relations juridiques individualisées, qui constituent un « faisceau de rapports bilatéraux entrecroisés »⁶⁹³. L'existence d'un traité multilatéral ne signifie pas nécessairement que tous les Etats parties ont un intérêt juridique égal à l'exécution de toutes les obligations qu'il contient. Si ce postulat était admis, la conséquence en serait notamment un contrôle de légalité généralisé, qui à ce stade est inconnu du droit international. En outre, certains auteurs distinguent d'un côté la validité des obligations en elle-même, et de l'autre côté la structure de la réciprocité s'agissant du *contenu* de l'obligation et de sa *mise en œuvre* ; tandis que la première peut souvent être considérée comme étant de caractère *erga omnes*, la structure et l'exécution des obligations seraient en revanche « bilatéralisables ». Le juge Simma a inféré d'une analyse de cette structure « qu'il existe, parmi les traités multilatéraux, ceux qui peuvent être décomposés en une pluralité de relations droits/obligations réciproques entre deux Etats ou groupes d'Etats. Les dispositions de ces traités s'appliquent donc par paires. La réciprocité s'agissant de la validité est indivisible entre toutes les parties et, d'un point de vue purement formel, chaque partie possède ainsi un droit à ce que chaque autre partie respecte ses obligations envers toutes les autres parties, mais la réciprocité s'agissant du contenu du traité et surtout de son exécution *s'exprime exclusivement* dans les relations bilatérales de droits et d'intérêts »⁶⁹⁴. Cette analyse est dans la droite ligne de l'observation faite par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire à Téhéran* où, sans employer l'expression *erga omnes*, il est manifeste qu'elle considérerait comme telles les obligations violées. Dans ce même sens, on a souligné que « *obligations may require the bilateral exchange of benefits, but nonetheless be seen to be of such importance that they are held to be owed*

693 L.-A. SICILIANOS, « Classification des obligations et dimension multilatérale de la responsabilité internationale », *op. cit.*, p. 64.

694 B. SIMMA, *Das Reziprozitätselement im Zustandekommen völkerrechtlicher Verträge*, Berlin, Duncker & Humblot, 1972, p. 153-154 (dans la version originale : « *Eine Analyse dieser Struktur zeigt nämlich, dass es innerhalb der Gegenseitigkeit der multilateralen Verträge einmal solche gibt, die sich gleichsam in eine Mehrzahl reziproker Rechte/Pflichtenverhältnisse zwischen je zwei Staaten oder Gruppen von Staaten zerlegen lassen. Die Bestimmungen dieser Abkommen werden also paarweise angewendet. Gegenseitigkeit formell der Geltung [...] liegt zwar zwischen allen Vertragsparteien untrennbar vor, rein formal gesehen hat also jede Partei ein Recht darauf, dass jede andere Partei gegenüber allen Vertragsstaaten ihren Verpflichtungen nachkommt, die Gegenseitigkeit in Vertragsinhalt und insbesondere -erfüllung [...] kommt jedoch ausschließlich in bilateralen Rechts- und Interessenbeziehungen zum Tragen* »).

erga omnes »⁶⁹⁵. C'est précisément cette distinction entre d'une part la réalisation du contenu d'une norme, autrement dit l'exécution de l'obligation, et d'autre part sa nature qui permet de qualifier les obligations contenues dans les accords O.M.C.

En effet, tant la structure des concessions que la structure d'exécution des engagements pris à l'O.M.C. reposent sur la réciprocité. La configuration des négociations est le témoin de cette réciprocité dans les concessions, et la réalisation effective des échanges commerciaux celui de la réciprocité dans l'exécution des obligations. Le professeur Hahn distingue ainsi, pour le GATT – comme nous le faisons pour l'O.M.C., mais en arrivant à une conclusion diamétralement opposée –, entre l'engagement qu'il qualifie de multilatéral, et son exécution qui ne serait due que sur une base bilatérale – cette seconde dimension correspond à ce que nous appelons la structure d'exécution (« *Erfüllungsstruktur* » chez M. Hahn, c'est-à-dire à, exactement traduit, la structure de *réalisation*)⁶⁹⁶. Il fonde ce constat sur une analyse des principales obligations découlant du GATT, s'agissant des droits de douane, de l'interdiction des restrictions quantitatives et du principe de non-discrimination. Selon lui, tous les articles concernés (articles I, II, III et XI du GATT) feraient apparaître, ne serait-ce qu'au regard de la réciprocité des concessions ou du choix des termes employés⁶⁹⁷, que les relations établies lors de l'exécution des obligations qui en découlent ne peuvent s'analyser qu'en termes bilatéraux. Il le confirme, d'une part, par la flexibilité dont fait preuve le GATT, qui s'exprime dans la possibilité pour les Parties contractantes d'invoquer une exception générale permettant de justifier une mesure sinon incompatible, et celle d'obtenir une dérogation. D'autre part, il considère que l'avènement de l'O.M.C. n'a fait que renforcer la divisibilité des obligations que renferment ses accords, puisque ces derniers ont une portée et une densité normative variée, allant des liens relativement resserrés comme les crée le GATT à une structure plus relâchée dans le cas du GATS⁶⁹⁸.

S'ils s'appuient sur une analyse très fouillée et technique des dispositions du GATT, aucun de ces arguments ne peut véritablement convaincre. Le premier argument d'abord est une évidence logique et même une fatalité, si bien qu'il

695 I. FEICHTNER, « Community Interest », *op. cit.*, par. 46.

696 M. J. HAHN, *Die einseitige Aussetzung von GATT-Verpflichtungen als Repressalie*, *op. cit.*, p. 111-152.

697 Ces termes renvoient souvent à « certains » produits en provenance du territoire de « certains » Membres, ce qui individualise et identifie tant les produits que les Membres.

698 M. J. HAHN, *Die einseitige Aussetzung von GATT-Verpflichtungen als Repressalie*, *op. cit.*, p. 143-144.

en perd sa qualité d'argument : dans l'exécution concrète des engagements, les obligations du GATT ne peuvent évidemment que créer des relations commerciales bilatérales entre deux Membres, et nécessairement *deux* Membres⁶⁹⁹. L'emploi de formules faisant référence aux produits en provenance d'un pays vers un autre, etc. ne prouve donc aucunement la nature bilatérale des obligations, il est simplement logique et cohérent avec la réalité des échanges. En effet, les relations commerciales sont invariablement bilatérales et ne sauraient être autres : le Membre A exporte une quantité x d'un produit y vers le Membre B, et importe une quantité v d'un produit w du Membre C, mais aussi du Membre B, et ainsi de suite. Un produit ou un service va toujours d'un point A vers un point B, il ne peut en aller autrement. Le commerce crée donc nécessairement et exclusivement des relations bilatérales – souvent complexes, dans le commerce des marchandises, au regard de la chaîne de fabrication –, si on construit sur le seul critère de la réalisation matérielle des échanges. Cette proposition relève donc du tautologisme, duquel on ne peut échapper sans un changement de perspective qui déplace le regard de l'exécution concrète de l'obligation à la structure de l'engagement duquel elle résulte.

D'autres auteurs ont cherché à démontrer le caractère divisible ou bilatéralisable des obligations de l'O.M.C. en prenant comme critère l'effet économique défavorable que cause une violation pour le Membre avec lequel l'auteur de l'infraction entretient une relation commerciale⁷⁰⁰. Mais on n'est là qu'en présence d'une extension du premier tautologisme : puisque le commerce effectif crée nécessairement des relations bilatérales, il est évident qu'un dommage *économique* ne pourra exister que chez un Membre avec lequel existe une relation commerciale. Si le critère déterminant doit être le dommage matériel, alors une relation conventionnelle sera toujours bilatéralisable⁷⁰¹. Mais

699 Le seul terme « *Erfüllungsstruktur* » employé par M. Hahn est révélateur, au sens où il met bien en évidence que l'auteur n'envisage que la seule manière dont les Membres, en termes de commerce effectif, vont réaliser (« *erfüllen* ») le droit auquel ils sont soumis, et donc la manière dont les relations commerciales vont concrètement se construire.

700 V. en ce sens J. PAUWELYN, « Typology of Multilateral Treaty Obligations: Are WTO Obligations Bilateral or Collective in Nature ? », *op. cit.*, p. 930 et 934-936.

701 V. *ibid.*, p. 907-951 ; et T. GAZZINI, « The Legal Nature of WTO Obligations and the Consequences of Their Violation », *EJIL*, 2006, vol. 17, n° 4, p. 723-742, qui argumentent tous deux en ce sens. Le premier estime ainsi, sans véritablement justifier la proposition, que « *while breach of human rights necessarily violates the rights of all parties, breach of WTO treaty can be limited to one single party* ». A moins d'admettre en amont la nature multilatérale des premières et celle bilatérale des secondes, et donc de prendre comme postulat de base les conclusions de l'analyse, il n'apparaît pas comme une évidence pour quoi une violation de droits de l'homme créerait nécessairement un rapport multilatéral

l'argument nous paraît alors reposer sur des bases contre-intuitives, mais surtout peu fiables : d'abord en raison du biais qu'on a dit ; ensuite, parce que la notion de dommage est délibérément mise à distance dans le système de l'O.M.C., y compris dans son contentieux, et ne fait apparition qu'au stade de la suspension de concessions⁷⁰².

S'agissant de l'argument de la flexibilité que laissent les accords aux Membres, il ne tient pas compte du fait que l'ensemble normatif qu'abrite l'O.M.C. peut s'écarter des règles générales de droit international au titre de la *lex specialis*⁷⁰³. En d'autres termes, les négociateurs peuvent avoir choisi de ne pas attacher toutes les conséquences classiques à la nature des obligations, ou de les avoir modifiées et adaptées aux besoins et objectifs de l'Organisation. En ce sens, la flexibilité que permettent les accords ne révèle rien d'autre que la conscience que certaines circonstances ou certains objectifs légitimes peuvent nécessiter des mesures en principe incompatibles avec les engagements de libéralisation pris par les Membres. En outre, on ne voit pas pourquoi cette flexibilité serait discriminante, par comparaison notamment à la pratique des réserves aux traités multilatéraux que connaît le droit international général, réserves qui sont admissibles dans les limites que pose le traité et ce même pour les traités de type intégral.

L'argument du caractère variable de la portée et de la densité normative des accords O.M.C., enfin, est le plus susceptible de faire douter de la nature globalement multilatérale des obligations. Certains auteurs avancent en effet la différence fondamentale de la logique sur laquelle repose le GATS par rapport à celle du GATT. Mais cet argument non plus ne parvient pas à convaincre. On ne conteste pas que le GATS ménage une plus grande liberté aux Membres que ne le fait notamment le GATT. D'une part, il opère selon le principe des listes d'engagements positifs, ce qui signifie que ne sont libéralisés, et donc soumis aux disciplines de l'accord, que les seuls secteurs pour lesquels un Membre a pris un engagement explicite en termes d'accès au marché et de traitement national ; d'autre part, il contient des obligations conditionnelles et des obligations

(ou objectif) de responsabilité alors qu'une violation du droit de l'O.M.C. ne pourrait créer qu'un rapport bilatéral, subjectif.

702 Le mécanisme repose en effet sur une présomption de dommage du seul fait d'une infraction à une obligation au titre de l'O.M.C. Sur ce thème, v. *infra* dans ce Titre, Chapitre II.

703 Tant l'article 5 de la Convention de Vienne de 1969 que l'article 55 du texte de la C.D.I. l'autorisent – sous la réserve que cette *lex specialis* ne soit pas contraire à une norme impérative.

inconditionnelles⁷⁰⁴. Cette souplesse a fait naître une pratique de très étroite réciprocité, la plupart des Membres ne prenant un engagement de libéralisation que s'ils reçoivent en contrepartie un engagement identique ou jugé de valeur équivalente. Mais c'est cette pratique seule qui pourrait soutenir l'argument que les disciplines ne sauraient être des obligations multilatérales, et non pas la souplesse structurelle de l'accord. En effet, le GATS répond autrement à la même logique fondamentale que le GATT, celle d'un régime multilatéral destiné à favoriser une libéralisation encadrée. Certes, les obligations conditionnelles ne s'imposent à un Membre que lorsqu'il a pris un engagement de libéralisation pour un secteur donné, qui se surajoute alors à l'engagement général qui conditionne la qualité même de Membre ; mais cet engagement spécifique ne joue qu'en tant qu'acte-condition, qui entraîne alors immédiatement la soumission au régime multilatéral. En outre, ce sont les obligations *inconditionnelles* qui renferment les principes cardinaux de l'O.M.C., en particulier le principe de la nation la plus favorisée, et ces obligations-là s'imposent aux Membres indépendamment de tout engagement spécifique de libéralisation. En d'autres termes, ce n'est pas la *nature* des obligations qui est variable, c'est le *moment* où elles produiront des effets, où elles seront opposables aux Membres concernés. Le GATS est donc bien composé d'obligations proprement multilatérales, mais certaines n'opéreront qu'à partir d'un engagement spécifique, elles resteront en « dormance » tant qu'un secteur n'aura pas été libéralisé, tandis que d'autres obligent les Membres en toute circonstance, par leur seule qualité de Membre de l'O.M.C.

C *Indivisibilité des obligations : la structure d'engagement*

La protection de l'intérêt commun qui porte l'Organisation et son droit est assurée par l'indivisibilité des obligations, et cette indivisibilité apparaît dans la structure d'engagement qui irrigue l'ensemble conventionnel. Elle repose sur des techniques juridiques qui mettent l'obligation à l'abri d'une « fragmentation », et dont les plus puissants garants sont la technique de l'engagement unique (1.) et celle de la clause de la nation la plus favorisée (2.).

1 Principe de l'engagement unique

L'Accord instituant l'O.M.C. lie explicitement l'ensemble des accords de l'O.M.C. (à l'exception des accords plurilatéraux) et pose l'alternative du tout ou rien, la qualité de Membre étant conditionnée par l'engagement : soit un

704 Pour un aperçu du fonctionnement du GATS, v. H. RUIZ FABRI, « Le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », in J. BÉGUIN et M. MENJUCQ (dir.), *Droit du commerce international*, 2e éd., Paris, LexisNexis, 2011, spéc. p. 117-120.

Etat (ou un territoire douanier distinct) accepte les disciplines communes comme un tout et accède alors au statut de Membre de l'Organisation, soit il ne les accepte pas mais ne devient alors pas Membre (a.). Ce principe est logiquement assorti d'une interdiction de principe de formuler des réserves (b.), et il opère ainsi comme outil principal de l'unité du droit de l'O.M.C., tant formelle que substantielle.

a *Obligation d'accepter comme un ensemble les disciplines communes*

Un traité multilatéral crée des obligations de nature *erga omnes partes* lorsque son objet et son but ne peuvent être réalisés que si l'ensemble des parties au traité exécutent et respectent leurs engagements. Inversement, la violation par une seule partie de ses obligations porte atteinte à la réalisation de l'objet et du but du traité⁷⁰⁵. Cette même conception est reflétée dans le droit de l'O.M.C. par un moyen original : elle est enracinée dans le principe de l'engagement unique (*single undertaking*), technique qui assure au droit de l'O.M.C. une unité formelle et matérielle. Ce principe est une rupture cruciale de l'O.M.C. avec son prédécesseur, puisqu'il implique qu'en devenant Membre de l'O.M.C., un Etat s'oblige par l'ensemble des accords multilatéraux, sans pouvoir effectuer la forme de tri sélectif en opportunité qui se pratiquait sous le GATT de 1947, et qui consistait pour les Etats à n'accéder qu'aux accords auxquels ils avaient un intérêt et à ne pas s'engager s'agissant de ceux défavorables à leurs intérêts⁷⁰⁶. L'engagement unique, aussi appelé « accord unique », exprime l'idée que les disciplines communes, bien que réparties en différents accords spécialisés, sont entendues comme un tout, un ensemble normatif indivisible, insusceptible de fragmentation par des conditions que poseraient les

705 V. à ce sujet M. J. HAHN, *Die einseitige Aussetzung von GATT-Verpflichtungen als Repressalie*, *op. cit.*, p. 100-101 ; A. BLECKMANN, *Probleme der Anwendung multilateraler Verträge – Gegenseitigkeit und Anwendbarkeit hinsichtlich der Vertragspartner*, Berlin, Duncker & Humblot, 1974, spéc. p. 47.

706 Au sujet du principe de l'engagement unique, v. H. RUIZ FABRI et P. MONNIER, « Organisation mondiale du commerce – Droit institutionnel », *Jurisclasseur, Droit international*, 2009, fasc. 130-10, spéc. p. 8-9 ; Ph. MADDALON, « Les rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'OMC (2007) », *op. cit.*, spéc. p. 709. Mais v. aussi C. VAN GRASSTÉK et P. SAUVÉ, « The Consistency of WTO Rules: Can the Single Undertaking Be Squared with Variable Geometry ? », *J.I.E.L.*, 2006, vol. 9, n° 4, p. 837-864, qui sont d'avis qu'au regard de la différence des systèmes juridiques et constitutionnels entre les Membres, même le jeu du principe de l'engagement unique serait incapable de garantir la cohérence du système commercial multilatéral.

Etats⁷⁰⁷. Cette conception est enracinée dans l'article II:2 de l'Accord instituant l'O.M.C., selon lequel « [l]es accords et instruments juridiques connexes repris dans les Annexes 1, 2 et 3 [...] font partie intégrante du présent accord et sont contraignants pour tous les Membres »⁷⁰⁸. Il s'agit là d'un choix délibéré des négociateurs, auxquels ils ont été particulièrement attentifs au regard des asymétries entre les droits et les obligations des parties dont souffrait le GATT. L'Organe d'appel a insisté sur ce choix et son motif dans l'une des premières affaires, *Brésil – Noix de coco desséchée*, décidée en 1997 : « [l]es auteurs du nouveau régime de l'OMC entendaient mettre un terme à la fragmentation qui avait

707 Le principe de l'engagement unique est l'un des principes fondamentaux sur lesquels repose l'O.M.C., et sa portée n'est dès lors pas limitée aux seuls résultats du cycle d'Uruguay. En d'autres termes, les cycles ultérieurs de négociations y sont tous soumis, selon la célèbre formule employée à l'O.M.C. : « *nothing is agreed until everything is agreed* ». Un cycle ne pourra donc s'achever que lorsqu'un accord d'ensemble est trouvé, qui englobe tous les thèmes spécifiques traités au cours des négociations. On pense alors inévitablement à la difficulté que connaissent les négociations multilatérales depuis presque une décennie, s'enlisant précisément en raison de l'incapacité des négociateurs à parvenir à un accord global. D'un côté, on ne contestera plus aujourd'hui que le multilatéralisme comme mode de formation du droit international paraît s'être essouffée, et que dans le forum de l'O.M.C. en particulier, il est même devenu un frein, le principe de l'engagement unique étant ressenti comme une « camisole de force » ; dans ces conditions de quasi-paralyse, la question se pose de savoir si les règles ne devraient pas être ajustées, et si oui, comment. D'un autre côté, renoncer à ces règles, et en particulier au principe de l'engagement unique mais aussi à la règle du consensus, reviendrait à priver le droit de l'Organisation de l'une des techniques qui font sa force et pourrait ouvrir la porte à une fragmentation normative qui ne serait profitable qu'aux grandes puissances économiques. Pour une réflexion générale sur cette question, v. F. WEISS, « WTO decision-making: Is it reformable ? », in D. L. M. KENNEDY et J. D. SOUTHWICK (eds), *The Political Economy of International Trade Law – Essays in Honour of Robert E. Hudec*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p. 68-80.

708 Sont donc concernés tous les accords multilatéraux sur le commerce des marchandises (Annexe 1A : GATT de 1994, qui doit être lu conjointement avec le GATT de 1947 ; Accord sur l'agriculture ; Accord SPS ; Accord sur les textiles et vêtement – expiré le 1er janvier 2005 ; Accord OTC ; Accord sur les mesures concernant les investissements liés au commerce ; Accord sur la mise en œuvre de l'Article VI du GATT de 1994 ; Accord sur l'évaluation en douane – mise en œuvre de l'article VII du GATT de 1994 ; Accord sur l'inspection avant expédition ; Accord sur les règles d'origine ; Accord sur les procédures de licences d'importation ; Accord sur les subventions et les mesures compensatoires ; Accord sur les sauvegardes), le GATS (Annexe 1B), l'Accord ADPIC (Annexe 1C), le Mémoire d'accord sur le règlement des différends (Annexe 2), et le Mécanisme d'examen des politiques commerciales (Annexe 3).

caractérisé l'ancien système »⁷⁰⁹. A cette occasion, il a également signalé tous les fondements textuels du principe de l'engagement unique, une démarche de justification qui fait bien apparaître le caractère fondamental du choix d'obliger tous les Membres par les mêmes règles. Parmi ces fondements figure l'article II:2 cité ci-dessus, mais également le Préambule qui dispose que les parties à l'Accord sont « [r]ésolues [...] à mettre en place un système commercial multilatéral intégré, plus viable et durable, englobant l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, les résultats des efforts de libéralisation du commerce entrepris dans le passé, et tous les résultats des Négociations commerciales multilatérales du Cycle d'Uruguay »⁷¹⁰. De la même manière, les dispositions relatives aux Membres originels⁷¹¹, à l'accession⁷¹², à la non-application⁷¹³, à l'acceptation⁷¹⁴ et au retrait⁷¹⁵ impliquent l'obligation pour les Membres de se

709 Rapport de l'Organe d'appel, *Brésil – Mesures visant la noix de coco desséchée*, WT/DS22/AB/R, 21 février 1997, p. 19. V. le commentaire à ce sujet in H. RUIZ FABRI, « Chronique du règlement des différends 1996-1998 », *J.D.I.*, 1999, n° 2, spéc. p. 465-466, s'agissant du principe de l'engagement unique mais aussi des différences normatives entre le GATT de 1947 et l'O.M.C.

710 Italiques supprimés.

711 Article XI:1 de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce : « [l]es parties contractantes au GATT de 1947 à la date d'entrée en vigueur du présent accord, et les Communautés européennes, qui acceptent le présent accord et les Accords commerciaux multilatéraux et pour lesquelles des Listes de concessions et d'engagements sont annexées au GATT de 1994 et pour lesquelles des Listes d'engagements spécifiques sont annexées à l'AGCS, deviendront Membres originels de l'OMC ».

712 Article XII:1 de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce : « [t]out Etat ou territoire douanier distinct jouissant d'une entière autonomie dans la conduite de ses relations commerciales extérieures et pour les autres questions traitées dans le présent accord et dans les Accords commerciaux multilatéraux pourra accéder au présent accord à des conditions à convenir entre lui et l'OMC ». Les « conditions » mentionnées ici ne signifient pas qu'un Etat peut assortir son accession de conditions qui excluraient l'application de certaines disciplines communes, mais visent les concessions spécifiques à négociier.

713 Article XIII:1 de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce : « [l]e présent accord et les Accords commerciaux multilatéraux figurant aux Annexes 1 et 2 ne s'appliqueront pas entre un Membre et tout autre Membre si l'un des deux, au moment où il devient Membre, ne consent pas à cette application ».

714 L'article XIV:1 de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce renvoie à la condition de l'engagement unique énoncée à l'article XI cité ci-dessus, et précise que l'acceptation « vaudra pour le présent accord et pour les Accords commerciaux multilatéraux qui y sont annexés ».

715 Selon l'article XV:1 de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, le retrait d'un Membre de l'Organisation « vaudra à la fois pour le présent accord et pour les Accords commerciaux multilatéraux ».

soumettre sans condition à l'ensemble des disciplines communes contenues dans les accords multilatéraux. Le choix ainsi exprimé traduit la volonté de lier tous les Membres par une base commune d'obligations, et le principe de l'accord unique rend dès lors indivisibles les obligations qui entrent dans son champ. Comme l'a souligné l'Organe d'appel, « l'Accord sur l'OMC est un instrument conventionnel unique qui a été accepté par les membres de l'OMC en tant que constituant un "engagement unique" »⁷¹⁶. Mme Ruiz Fabri observe que, inversement, la force du principe tient aussi à la sécurité qu'il crée, puisque « la détention de la qualité de membre de l'OMC identifie du même coup un noyau dur d'engagements »⁷¹⁷.

La raison sous-jacente à ce choix tient à la prise de conscience, par rapport au GATT de 1947, qu'une certaine forme de justice ou d'équité repose sur l'équilibre des concessions⁷¹⁸. L'obligation pour les Etats d'accepter en bloc l'ensemble normatif multilatéral est bien le plus solide gage de la sécurité et de la prévisibilité juridiques, et le mécanisme ne peut pas exprimer plus clairement son désir de voir tous ses Membres obligés par les mêmes disciplines fondamentales. Cette indivisibilité conceptuelle se réalise au moyen de l'unité formelle que produit l'architecture conventionnelle de l'O.M.C., par laquelle l'ensemble des accords sont absorbés dans un traité les surplombant, l'Accord instituant l'O.M.C.⁷¹⁹. Elle est aussi confirmée par le fait que certains accords, plurilatéraux, sont exclus du principe de l'engagement unique : les

716 Rapport de l'Organe d'appel, *Brésil – Noix de coco desséchée*, *op. cit.*, p. 13.

717 H. RUIZ FABRI, « Le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », *op. cit.*, p. 93.

718 La présomption de dommage dans le Mémorandum semble également aller dans ce sens, *v. infra*, Chapitre II.

719 V. sur ce point l'analyse du professeur Nouvel, qui examine la technique d'incorporation par laquelle l'ensemble des accords O.M.C. contenant les dispositions substantielles sont intégrées dans l'Accord instituant l'O.M.C., *in* Y. NOUVEL, « L'unité du système commercial multilatéral », *op. cit.*, p. 654-670. L'auteur souligne en particulier la « construction gigogne [qui] se dessine par laquelle l'instrument qui incorpore l'engagement spécifique est annexé à l'instrument qui incorpore les obligations générales qui lui-même est annexé à l'instrument qui incorpore la norme institutionnelle. L'incorporation, voilà bien le nerf de l'unité formelle ! » (p. 659). Il poursuit que c'est par cette incorporation « que la matière conventionnelle se répartit dans une diversité d'instruments et par elle encore que les instruments s'emboîtent dans le traité sur l'OMC. Au terme de son action successive, apparaît un traité monumental où se regroupent une vingtaine d'accords et de mémorandum ainsi qu'une multitude de listes de concessions » (*ibid.*). L'auteur conclut en observant que « [m]ême si le contenu normatif du système épouse la forme d'une pluralité d'instruments, il relève en dernière appartenance d'un instrument unique car "l'Accord sur l'OMC est un instrument unique" [citant divers groupes spéciaux]. La configuration du système s'en trouve radicalement transformée : elle accède ainsi à son unité formelle » (*ibid.*).

négoceurs ont distingué les obligations qu'ils ont voulues indissociables de celles qui supposent un engagement exprès et individualisé des Membres⁷²⁰. En ce même sens, le groupe spécial a rappelé aux Membres qu'« [i] 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, sauf s'il y a un conflit "formel" entre ces obligations »⁷²¹. La construction conventionnelle à laquelle obéit le droit de l'O.M.C. se situe ainsi dans la droite ligne de l'observation formulée par M. Simma : « *the classic multilateral treaties bilateral in application have in more recent times been joined by more and more multilateral conventions [...] which cannot simply be split into a series of bilateral treaty relationships. This may be so [...] because the rights and obligations of the parties are inextricably interrelated, form an indivisible whole, so that the obligations contained therein are integral in the sense of simply having to be performed by every party vis-à-vis every other party* »⁷²². C'est en effet l'interrelation et l'indivisibilité des obligations à l'O.M.C. qu'exprime et garantit le principe de l'accord unique ; il signifie également qu'une analyse de la nature des obligations ne peut se faire qu'en adoptant une approche globale et non pas en les individualisant, comme cela a occasionnellement été fait⁷²³.

b Interdiction des réserves

Le constat de l'interrelation et indivisibilité des obligations découlant d'un traité soulève néanmoins la question des réserves, car leur admissibilité paraît

720 L'article II:3 de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce précise en ce sens que « [l]es accords et instruments juridiques connexes repris dans l'Annexe 4 (ci-après dénommés les « Accords commerciaux plurilatéraux ») font également partie du présent accord pour les Membres qui les ont acceptés et sont contraignants pour ces Membres. Les Accords commerciaux plurilatéraux ne créent ni obligations ni droits pour les Membres qui ne les ont pas acceptés ». Les accords plurilatéraux sont les suivants : Accord sur le commerce des aéronefs civils, Accord sur les marchés publics, Accord international sur le secteur laitier (l'accord a expiré en 1997), Accord international sur la viande bovine. Que ces accords soient exclus du principe de l'engagement unique tient à ce que leur objet n'est pas considéré comme crucial, ce qui se vérifie au fait qu'ils ne concernent généralement qu'un groupe réduit de pays industrialisés.

721 Rapport du groupe spécial, *Corée – Mesure de sauvegarde définitive appliquée aux importations de certains produits laitiers*, WT/DS98/R, 21 juin 1999, par. 7:38.

722 B. SIMMA, « From Bilateralism to Community Interest in International Law », *op. cit.*, p. 336.

723 Par exemple, v. l'étude de M. J. HAHN, *Die einseitige Aussetzung von GATT-Verpflichtungen als Repressalie*, *op. cit.*

être, au premier abord, un indice de la divisibilité de l'instrument conventionnel. En effet, « [l]a formulation d'une réserve est [...] l'expression de la liberté de l'Etat dans la détermination du droit qui va le lier aux autres Etats parties, liberté de faire varier la substance de l'engagement, mais aussi liberté de déterminer avec qui il est lié »⁷²⁴. Or, le droit de l'O.M.C. ne connaît pas, *per se*, l'admissibilité des réserves. Au contraire : le corollaire logique du principe de l'engagement unique est l'impossibilité de conditionner la soumission aux disciplines communes par des réserves. L'article XVI:5 pose en ce sens une interdiction de principe, en indiquant qu'« [i] ne pourra pas être formulé de réserves en ce qui concerne une disposition du présent accord ».

D'une part, il existe cependant des exceptions à ce principe général : le même article précise qu'une réserve à l'un des accords multilatéraux pourra être formulée *seulement si* cet accord l'admet explicitement. Plusieurs accords multilatéraux contiennent ainsi une disposition spécifique selon laquelle un Membre peut formuler une réserve, mais chacune est limitée à cet accord particulier⁷²⁵. L'admissibilité des réserves est ainsi strictement encadrée, et elle l'est d'autant plus que certaines produisent un « effet de cliquet »⁷²⁶ : l'article XIII mentionné ci-dessus permet à un Membre, dans ses relations avec un autre

724 F. COULÉE, *Droit des traités et non-réciprocité – Recherches sur l'obligation intégrale en droit international public*, *op. cit.*, p. 326. V. aussi J. BASDEVANT, « La conclusion et la rédaction des traités et des instruments diplomatiques autres que des traités », *R.C.A.D.I.*, 1926-V, vol. 15, p. 597.

725 Ainsi, les accords suivants précisent dans leurs dispositions finales, selon la même formule pour tous, qu'« [i] ne pourra être formulé de réserves en ce qui concerne des dispositions du présent accord sans le consentement des autres Membres » : Accord sur les ADPIC (art. 72), Accord sur la mise en œuvre de l'article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 (art. 18.2), Accord sur les procédures de licences d'importation (art. 8.1), Accord OTC (art. 15.1), Accord SMC (art. 32.2), Accord sur la mise en œuvre de l'article VII de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 (art. 21).

726 L'expression est employée par Mme Ruiz Fabri et M. Monnier au sujet des réserves, *in* H. RUIZ FABRI et P. MONNIER, « Organisation mondiale du commerce – Droit institutionnel », *op. cit.*, p. 8. Plus généralement, l'effet de cliquet à l'O.M.C. désigne la technique consistant à empêcher, une fois l'engagement formé, qu'un Membre se « désengage » par la suite en imposant une nouvelle mesure de protection ou de restriction. Les engagements pris dans le cadre du GATS fonctionnent selon ce principe, qui a eu pour effet d'enfermer de nombreux pays, en particulier ceux en développement, dans des engagements dont ils ne mesuraient pas pleinement la portée au moment de les prendre. Revenir sur un engagement n'est pas impossible en théorie, mais si coûteux (compensations soumises au principe de non-discrimination) que, dans la pratique, la décision est quasiment intenable.

Membre, de refuser l'application de l'Accord instituant l'O.M.C. ou de l'un des accords multilatéraux en annexes 1 et 2. En d'autres termes, un Membre peut se soustraire à certaines obligations, dans le cadre de relations bilatérales. Ce choix de non-application s'analyse bien juridiquement comme une réserve, et il doit être consigné au moment où l'Etat concerné devient Membre de l'Organisation. Seulement, et c'est là que réside l'effet de cliquet, s'il était précédemment partie au GATT de 1947, il ne peut recourir à l'article XIII que s'il avait formulé la même réserve en vertu du dispositif analogue qui existait sous le GATT. L'absence d'une telle réserve sous le GATT verrouille donc la situation juridique sous l'O.M.C., en limitant les possibilités pour un Membre de se rendre inopposable certaines obligations, s'il n'avait pas déjà pris la même précaution sous le GATT. Cette disposition en témoigne fortement, le GATT et l'O.M.C. s'inscrivent bien dans la continuité l'une de l'autre.

D'autre part, le droit de l'O.M.C. connaît des mécanismes qui ne relèvent pas des réserves proprement dites, mais qui sont comparables dans leurs effets, en ce qu'ils permettent à un Membre de se soustraire à une discipline commune. Ainsi par exemple de la dérogation, mécanisme par lequel, dans des circonstances exceptionnelles, un Membre pourra se voir autorisé à déroger à l'une des obligations qui lui incombent en vertu de l'Accord instituant l'O.M.C. ou l'un des accords multilatéraux⁷²⁷. La décision d'accorder une telle dérogation revient à la Conférence ministérielle qui doit l'approuver par les trois-quarts des Membres de l'Organisation et lui donner un cadre strict, en précisant les circonstances exceptionnelles la justifiant, les modalités et les conditions régissant son application, et sa date d'expiration. Lorsqu'une dérogation est accordée pour une durée supérieure à un an, les conditions de son autorisation ainsi que le respect de ses modalités d'application doivent être réexaminés chaque année. Les deux autres mécanismes permettant d'échapper temporairement aux disciplines communes, que nous ne faisons ici que signaler, sont les exceptions⁷²⁸ et les mesures de sauvegarde provisoires⁷²⁹.

727 V. l'article IX:3 de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce.

728 En particulier, l'article XX du GATT, consacré aux « exceptions générales », prévoit que les Membres pourront prendre des mesures en principe incompatibles avec l'une ou plusieurs de leurs obligations au titre des accords de l'O.M.C., lorsque ces mesures sont nécessaires, par exemple, à la protection de la santé et de la vie des personnes ou à la conservation des ressources naturelles épuisables, mais sous la réserve que leur application ne constitue pas un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable, ou une restriction déguisée au commerce international.

729 Le sauvegardes permettent à un Membre de réagir, pour une durée maximale de 200 jours, à une situation d'urgence dans laquelle une détermination préalable aura établi qu'un accroissement des importations a causé ou menace de causer un dommage grave

Bien que le principe soit l'interdiction des réserves, le fait qu'il existe des exceptions et des équivalents empêche de contourner la question des conséquences de l'admissibilité (ou son absence) des réserves sur la qualification d'un traité. Rousseau considérerait que « [t]oute la matière du régime juridique des réserves [...] est dominée par la distinction des traités bilatéraux et des traités collectifs »⁷³⁰ ; mais cette distinction semble trop approximative puisqu'il va de soi qu'un traité bilatéral ne tolère aucune réserve, en ce qu'elle ferait obstacle à la formation même de l'engagement conventionnel, alors qu'elles ne sont pas nécessairement exclues, *per se*, s'agissant des traités collectifs. Le professeur P.-M. Dupuy précise par ailleurs que, puisque les obligations intégrales « établissent des obligations identiques pour tous les Etats parties au bénéfice d'intérêts qui les dépassent individuellement », elles emportent une « admissibilité minimale des réserves »⁷³¹. En fin de compte, la distinction est souvent apparentée ou rattachée à celle, non retenue par la Commission du droit international, entre les traités-contrats, pour lesquelles les réserves seraient admissibles, et les traités-lois pour lesquels elles ne le seraient pas. Une grande partie de la doctrine considère en effet que les réserves sont inadmissibles pour les « conventions multilatérales à caractère législatif »⁷³². Le juge Alvarez a encore affiné la distinction en identifiant quatre différents types de conventions multilatérales ; parmi celles qui interdisent les réserves figurent les traités qui « ont pour objet d'établir de nouveaux et grands préceptes du droit des gens » et qui « se proposent de régler des matières d'intérêt social ou humanitaire, tendant à améliorer la condition des individus »⁷³³. Ces deux catégories-là de conventions multilatérales sont « établies au bénéfice non pas d'intérêts particuliers mais de l'intérêt général ; elles imposent des obligations aux Etats sans leur donner de droit »⁷³⁴. A peu de choses près, on est ici proche de la substance du *jus cogens*. En prenant appui sur cette distinction, il est évident que les accords

(v. l'article 6 de l'Accord antidumping). Une mesure de sauvegarde consiste, en règle générale, en un rehaussement des droits de douane, en se soustrayant donc provisoirement de l'obligation qui résulte des taux inscrits dans la liste de concessions.

730 Ch. ROUSSEAU, *Principes généraux du droit international public*, Paris, Pedone, 1944, p. 291, n° 166.

731 P.-M. DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international – Cours général de droit international public », *op. cit.*, p. 146.

732 V. sur ce point K. HOLLOWAY, *Les réserves dans les traités internationaux*, Paris, L.G.D.J., 1958, p. 295. L'assimilation par Scelle des traités-loi aux traités multilatéraux, qui poseraient des normes d'intérêt général, est ici dépassée.

733 C.I.J., *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, *op. cit.*, opinion dissidente du juge Alvarez, *C.I.J. Recueil* 1951, p. 51.

734 *Ibid.*

de l'O.M.C. n'appartiennent pas à cette catégorie. Toutefois, il apparaît bien que ce n'est pas la nature du traité qui conditionne l'admissibilité ou l'interdiction des réserves⁷³⁵.

2 Clause de traitement de la nation la plus favorisée

Le second verrou contre la division des obligations découlant des accords de l'O.M.C. est situé dans la clause de la nation la plus favorisée, en vertu de laquelle l'avantage accordé à un Membre de l'O.M.C. doit être étendu à tous les autres Membres⁷³⁶. L'argument proposé ici va en sens diamétralement opposé à celui de certains auteurs, qui voient dans l'existence et le fonctionnement de cette clause la confirmation que les obligations ne sauraient être de nature multilatérale : les engagements pris par les Membres seraient bilatéraux à l'origine et « multilatéralisés », quelque peu artificiellement et en tout cas *a posteriori*, par le jeu de la clause de la nation la plus favorisée⁷³⁷. Selon cette logique, l'ensemble normatif de l'O.M.C. a pu être qualifié de « *web of bilateral reciprocal exchanges* [...] *multilateralized by the most-favored-nation (MFN) rule* »⁷³⁸. Mais il semble manquer à cette logique un maillon sans lequel, justement, elle perd sa logique. En effet, en prenant les choses dans l'ordre, il nous semble que c'est le phénomène exactement inverse qui est à l'œuvre : certes, les concessions sont, de fait, négociées sur une base de réciprocité, mais elles sont juridiquement multilatérales dès le moment où elles sont faites. Il faut distinguer entre les engagements et leur négociation : ce ne sont pas les engagements, mais les techniques de négociation qui sont potentiellement bilatérales – encore qu'en pratique, les négociations soient généralement plurilatérales. Il faut par ailleurs garder à l'esprit que la clause de la nation la plus favorisée est l'un des piliers des accords O.M.C., en ce qu'il représente l'un des deux volets du principe de non-discrimination qui irrigue tous les accords.

735 V. en ce sens F. COULÉE, *Droit des traités et non-réciprocité – Recherches sur l'obligation intégrale en droit international public*, *op. cit.*, p. 354. Par ailleurs, il reste que le traité est autonome et qu'en vertu de la liberté conventionnelle, ses négociateurs peuvent poser les termes qu'ils entendent : le traité peut admettre les réserves, poser les conditions limitatives d'une telle admission, et il peut les interdire.

736 Pour une étude approfondie du fonctionnement de la clause de traitement de la nation la plus favorisée, v. H. HORN et P. C. MAVROIDIS, « Economic and Legal Aspects of the Most-Favored Nation Clause », *E.J.P.E.*, 2001, vol. 17, n° 2, spéc. p. 237-244 s'agissant de ses implications juridiques dans le cadre de l'O.M.C.

737 J. PAUWELYN, « Typology of Multilateral Treaty Obligations: Are WTO Obligations Bilateral or Collective in Nature ? », *op. cit.*, p. 931-932.

738 K. BAGWELL et R. W. STAIGER, « Multilateral Negotiations, Bilateral Opportunism and the Rules of GATT », *J. Int. Econ.*, 2005, vol. 67, spéc. p. 269.

On la retrouve donc dans le GATT de 1994 (et celui de 1947, auquel le premier renvoie), dans le GATS et dans l'Accord sur les ADPIC. A ce titre, la clause de la nation la plus favorisée est donc évidemment concernée par le jeu du principe de l'accord unique. Elle existe depuis l'origine dans ces accords et elle oblige nécessairement les Membres qui accèdent à l'O.M.C. Le professeur Stoll l'analyse même comme « *a key element in what one may call the "common interest" dimension in international economic law* », dont le jeu produit un effet *erga omnes*⁷³⁹. Compte tenu de sa centralité dans le système, il est impensable que les Membres ne tiennent pas compte de l'existence et du fonctionnement de cette clause au cours des négociations qui précèdent soit une accession, soit des propositions de concessions, soit une modification de concessions. Par conséquent, on peut supposer qu'ils intègrent dans leurs stratégies de négociation l'existence et l'effet de la clause de la nation la plus favorisée, et donc aussi le fait qu'elle régit tous leurs comportements⁷⁴⁰. Le postulat est donc ici que lorsqu'ils négocient leurs concessions, les Membres ou candidats à l'accession ne les conçoivent pas en termes de relations bilatérales, mais de relation multilatérale⁷⁴¹. Par conséquent, nous ne souscrivons pas à l'idée d'une « décomposition » en amont de l'effet de la clause de la nation la plus favorisée,

739 P.-T. STOLL, « The World Trade Organization as a Club : Rethinking Reciprocity and Common Interest », *op. cit.*, p. 177 et 179.

740 On trouve un exemple typique de ce phénomène dans les négociations qui se déroulent en vertu de l'article XXVIII du GATT. Cette disposition permet à tous les Membres, le premier jour de chaque période triennale, de modifier ou de retirer une concession inscrite dans leur liste de concessions annexée au GATT. L'article XXVIII précise cependant explicitement qu'une modification ou un retrait est soumis à la condition d'une négociation avec les autres Membres concernés et d'un accord avec eux. Concrètement, une concession ne pourra être modifiée ou retirée qu'après que le Membre se soit entendu avec les autres Membres concernés au sujet d'une compensation. Or, les compensations sont soumises au régime de la clause de la nation la plus favorisée, ce qui implique que, quand bien même Membre souhaitant modifier sa liste d'engagements négocierait en priorité avec les Membres directement concernés par la modification visée, la compensation convenue entre eux s'étendra automatiquement, par le jeu du traitement de la nation la plus favorisée, à l'ensemble des Membres de l'O.M.C.

741 Le même argument, auquel nous souscrivons pleinement, est avancé au sujet du jeu du principe de l'engagement unique. V. à ce sujet R. WOLFE, « The WTO Single Undertaking as Negotiating Technique and Constitutive Metaphor », *J.I.E.L.*, 2009, vol. 12, n° 4, p. 835-858, selon qui l'engagement unique, au-delà d'opérer comme une technique de négociation (selon le principe déjà signalé « *nothing is agreed until everything is agreed* »), est ce qu'il appelle une « métaphore constitutive », en ce que son existence même conditionne le résultat qu'aura une négociation donnée, puisque les Membres ne peuvent *pas* ne pas en tenir compte.

décomposition en vertu de laquelle les obligations seraient dans un premier temps prises sur une base bilatérale, dans un second temps rendues multilatérales par l'effet de la clause, avant d'être, dans un troisième temps, réduites à la nature bilatérale qu'elles auraient eu à l'origine. Notre vision est bien plus celle du mouvement inverse, qui construit sur le postulat d'une première étape *globale*, au cours de laquelle les concessions sont conçues au regard de l'effet de la clause *et* se déploient dès leur formalisation en un éventail multilatéral envers tous les Membres, créant ainsi des obligations collectives dès l'origine. Ce n'est que dans un second temps, celui de l'exécution des obligations, que celles-ci peuvent être bilatéralisées, mais, on insiste sur ce point, cette bilatéralisation n'existe pas dès l'origine : elle est uniquement tributaire des relations commerciales réelles qui se créent entre les Membres, et donc à géométrie variable. Par conséquent, elle n'a aucune incidence sur la conception multilatérale des obligations, et par-delà sur leur nature multilatérale.

Le principe de réciprocité qui opère à l'O.M.C. ne fait pas obstacle à une telle conception des engagements pris par les Membres. En effet, il ne vise pas à établir des relations bilatérales qui seraient ensuite multilatéralisées par le jeu de la clause de la nation la plus favorisée, mais s'analyse plutôt comme la volonté d'établir un système de concessions équilibrées, dans lequel les Membres ne feraient pas que profiter de la libéralisation concédée par certains acteurs, mais apporteraient eux aussi au système certaines concessions. Le principe de réciprocité ne se réduit donc pas à une logique bilatérale ou synallagmatique, mais doit être compris de manière relative et globale au sein du système de l'O.M.C. Il s'agit là d'un type de réciprocité que nous pourrions appeler *réciprocité fonctionnelle*, et celle-ci est différente de la *réciprocité matérielle* tenant à la nature des obligations d'un traité.

•

Si les dispositions des accords O.M.C. ne peuvent ainsi certainement pas s'analyser comme contenant des obligations *erga omnes*, comme les a qualifiées l'arbitre dans l'affaire *Etats-Unis – FSC*, elles sont en revanche toutes inextricablement reliées entre elles, indivisibles, et multilatérales. Leur indivisibilité ne tient pas seulement à l'intérêt commun qui anime l'entreprise multilatérale, mais surtout aux techniques juridiques auxquelles les négociateurs ont eu recours lors de l'élaboration des normes, en assortissant le dispositif normatif de garanties juridiques contre la divisibilité des obligations⁷⁴². En cela,

742 Selon M. Nouvel, « le moteur primordial de l'unité réside dans le fonctionnement du système. Son aspect instrumental n'en est que l'indice et la cohérence matérielle n'en est que

le système normatif de l'O.M.C. se distingue fondamentalement de celui du GATT de 1947, qui avait fait observer au professeur Hudec qu'il existait sous ce dernier une « *tradition of treating all legal obligations as less-than-absolute commitments* »⁷⁴³, situation qui revenait à l'absurdité juridique, mais bien réelle sous le GATT, qu'une obligation n'oblige pas nécessairement. L'approche radicalement opposée à l'O.M.C. implique que la violation de l'une des obligations porte atteinte au droit de n'importe quel autre Membre, en ce sens qu'il perturbe l'équilibre négocié dont la protection est l'objectif même du règlement des différends, et elles sont en ce sens bien des obligations *erga omnes partes*⁷⁴⁴. Le droit international est marqué d'une grande prudence à l'égard de la notion, mais il nous semble qu'elle est liée au prisme de la responsabilité et de l'obligation de réparation qu'emporte celle-ci : une chose est de convenir que tous les membres d'une communauté ont un intérêt égal au respect des obligations substantielles qui servent de liant normatif à cette communauté, autre chose est d'admettre que tout membre puisse demander réparation de la violation d'une de ces obligations. Mais, on y revient, on voit là combien la réticence envers la qualification *erga omnes* de certaines obligations est liée à l'institution de responsabilité et à l'obligation de réparation que fait traditionnellement naître son établissement. La configuration dans le droit de l'O.M.C. est différente, nous le verrons dans les développements suivants, et la nature multilatérale des obligations substantielles est en parfaite cohérence avec cette configuration.

A une telle qualification *erga omnes partes*, certains ont objecté l'argument que les Etats n'auraient pas expressément formulé cette intention dans les accords. Mais on se souvient que c'était bien là l'un des reproches qui avaient été faits à l'article 40 du Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat de 1996, en ce qu'il ressortait des régimes de responsabilité qu'il prévoyait que les « régimes d'intérêt commun pouvaient être créés seulement par des dis-

la conséquence », in Y. NOUVEL, « L'unité du système commercial multilatéral », *op. cit.*, p. 670.

743 R. E. HUDEC, « The GATT Legal System : a Diplomat's Jurisprudence », *J.W.T.L.*, 1970, vol. 4, n° 5, p. 665.

744 V. également en ce sens C. TIETJE, « Grundlagen und Perspektiven der WTO-Rechtsordnung », in H.-J. PRIESS et G. M. BERRISCH (eds), *WTO-Handbuch*, Munich, C. H. BECK, 2003, p. 27 ; M. BENZING, « Community Interests in the Procedure of International Courts and Tribunals », *op. cit.*, p. 387-388. Certains auteurs, pourtant prudents, envisagent même, à terme, la valeur coutumière de certaines obligations commerciales, v. par exemple E. DE WET, « The International Constitutional Order », *I.C.L.Q.*, 2006, vol. 55, n°1, p. 62-63.

positions expresses dans des traités multilatéraux »⁷⁴⁵. Or, selon M. Simma, « [c]ommunity interest in integral performance of a multilateral treaty inter omnes partes can be authoritatively stated in the negotiating stage or “inserted” into a treaty ex post by interpreting it to this effect »⁷⁴⁶. C'est ce qui s'est produit, selon lui, pour les traités en matière de droits de l'homme. Et c'est ce à quoi permet de conclure, s'agissant des obligations découlant des accords de l'O.M.C., une prise en considération de la genèse du GATT et de l'O.M.C., mais aussi, comme il sera vu ci-dessous, un examen du régime attaché auxdites obligations. Selon M. Petersmann, le GATT était ainsi un contrat « *establishing an objective legal order with parallel duties rather than relative rights and corresponding duties* »⁷⁴⁷, et cette caractéristique ne s'est que renforcée sous l'O.M.C.

Il ne faut toutefois pas perdre de vue une autre singularité du système, qui est celle que ces obligations multilatérales portent leur statut *erga omnes partes* presque malgré elles. En effet, le choix de leur nature exprime moins une volonté politique de leur conférer le statut éminent d'obligations *erga omnes partes* tel que consacré par la Cour internationale de Justice, et davantage l'ambition d'assurer l'effectivité et l'efficacité du système, par toutes les techniques juridiques concevables, mais aussi acceptables par la communauté des Membres. Si les développements qui précèdent indiquent pourquoi ce choix a été fait, il est confirmé par le régime attaché à ces obligations, qui aboutit bien à la même conclusion et résulte de la combinaison de plusieurs éléments. L'élaboration de l'ensemble normatif procède donc en quelque sorte d'un souci d'effectivité, avec un régime juridique taillé à sa mesure (on le voit en particulier dans le principe de l'engagement unique). C'est ce régime, conçu sur mesure, qui amène à conclure à la qualification, et corrobore le choix pour la protection d'un intérêt commun.

745 J. CRAWFORD, *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat – Introduction, texte et commentaires*, *op. cit.*, p. 30 (introduction).

746 B. SIMMA, « From Bilateralism to Community Interest in International Law », *op. cit.*, p. 338.

747 E.-U. PETERSMANN, « Violation Complaints and Non-Violation Complaints in Public International Trade Law », *G.Yb.I.L.*, 1991, vol. 34, p. 175-197.

La nature des procédures contentieuses

La nature multilatérale d'obligations conventionnelles emporte en principe deux conséquences : dans une perspective contentieuse tout d'abord, n'importe quel membre de la « communauté » constituée par la participation au traité a vocation à agir contre la violation alléguée d'une obligation par un autre Etat partie, indépendamment de l'existence d'un dommage matériel pour le premier ; ensuite, dans une perspective davantage réparatoire ou coercitive, n'importe quel Etat a vocation à prendre des contre-mesures à son encontre. Ces conséquences ne se retrouvent pas sous la même forme dans le règlement des différends de l'O.M.C., ou du moins elles se brouillent entre les différentes phases du contentieux. Les éclairages rétrospectifs qu'a apportés le précédent chapitre au sujet des obligations sont d'autant plus marqués s'agissant du contentieux qui doit en garantir la bonne exécution : alors qu'il est singulièrement ouvert, objectif, dans sa phase initiale, il se subjective progressivement dans les procédures contentieuses de la phase d'exécution. Ce glissement fait apparaître l'impureté⁷⁴⁸ du système, qui n'attache pas au régime des obligations toutes les conséquences juridiques qui pourraient découler de leur nature multilatérale (Section I).

Toutefois, le décalage observé n'est pas le produit d'une incohérence dans la conception du mécanisme, mais davantage celui d'une impossibilité pragmatique de préserver et d'imposer l'objectivisme de la phase initiale dans une phase d'exécution qui s'inscrit habituellement dans des rapports bilatéraux. Le mécanisme semble en quelque sorte, malgré lui, subir le glissement d'un objectivisme délibérément choisi vers un subjectivisme accommodé par nécessité. La cohérence entre la nature et le régime des obligations est en revanche beaucoup plus marquée au regard de la dimension temporelle dans laquelle s'inscrit le mécanisme. Le contentieux de la mise en conformité confirme en effet qu'il est entièrement conçu comme moyen au service de la préservation (ou de

748 Précisons-le d'emblée, ce que nous qualifions d'« impureté » n'exprime pas un jugement de valeur : rien n'oblige les parties négociant un traité multilatéral d'attacher aux obligations un régime qui tirerait *toutes* les conséquences de leur nature, et nous n'entendons donc pas par là une imperfection du mécanisme ou une conception viciée du système. L'impureté désigne tout simplement le contraire de la pureté, et en ce sens on ne peut que constater que le système ne serait « pur » que s'il y avait une parfaite correspondance entre la nature et le régime des obligations ; cette parfaite correspondance faisant défaut, le système est « impur ».

la restauration) de la légalité commerciale internationale, par opposition à la traditionnelle réparation. Le système exprime clairement ce choix en témoignant de ce qu'il est animé, à quelques exceptions notables près, par une dynamique strictement prospective (Section II).

Section I Le contentieux entre objectivisme et subjectivisme

Le contentieux fait apparaître une dissymétrie entre sa phase initiale et sa phase d'exécution, qui ne se révèle qu'à la décomposition du mécanisme en ses divers éléments. La phase initiale obéit ainsi à un régime délibérément conçu comme objectif, qui ignore les conditions de recevabilité comme les connaît le contentieux international classique (§ 1), tandis que les procédures de la phase de mise en œuvre obéissent à un régime dont la dimension bilatérale et subjective se révèle progressivement, et avec une évidence plus grande à mesure que le contentieux « s'aggrave » (§ 2). C'est donc le contentieux de la mise en conformité, dernier échelon (lui-même à tiroirs) d'un échafaudage juridictionnel complexe, qui conduit par rétroaction à nuancer les conclusions qu'on pouvait tirer de l'examen de la seule phase initiale, et amène une nouvelle fois à constater la nature hybride du mécanisme.

§ 1 Ouverture de la procédure initiale : un contentieux objectif

Du caractère traditionnellement bilatéral du contentieux international, parfait écho de la conception traditionnellement bilatérale des obligations conventionnelles, suit qu'il tend habituellement à la préservation des intérêts et droits individuels des Etats, plutôt que d'intérêts communs⁷⁴⁹. Le règlement des différends de l'O.M.C. s'en distingue sensiblement, quoiqu'il puisse au premier abord paraître surtout comme un outil au service de la bonne exécution des accords⁷⁵⁰, ce qui l'inscrirait dans le même type de dynamique bilatérale. Mais le Mémorandum exprime que la procédure initiale repose entièrement sur une logique de présomption, en vertu de laquelle tout Membre s'estimant lésé

749 V. par exemple Ch. CHINKIN, *Third Parties in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1993, p. 148-149 ; M. BENZING, « Community Interests in the Procedure of International Courts and Tribunals », *op. cit.*, p. 374.

750 V. en ce sens C. SANTULLI, « Qu'est-ce qu'une juridiction internationale ? Des organes répressifs internationaux à l'O.R.D. », *op. cit.*, p. 70-81 (spéc. p. 79-81), qui analyse la fonction du mécanisme comme étant purement administrative, une fonction d'assistance à l'exécution des accords de l'O.M.C.

peut accéder au juge : la condition d'un intérêt à agir, en principe essentielle pour établir la recevabilité devant la juridiction internationale, est ainsi écartée (A.). La pratique du mécanisme a révélé comment doit s'entendre le jeu de cette présomption, et la jurisprudence a ainsi pu affirmer l'ouverture remarquable du mécanisme, en d'autres termes le caractère objectif du contentieux. En ce sens, les Membres sont titulaires d'un véritable droit *omnium partium* à porter devant la juridiction une allégation de violation (ou de comportement dommageable) (B.). Précisons que la notion même de recevabilité ne figure pas dans le Mémorandum (ce qui n'étonne pas, puisqu'il n'y pose pas de condition), et qu'elle n'apparaît quasiment jamais dans le vocabulaire des organes de jugement, le langage propre à l'Organisation se substituant une fois de plus au vocabulaire internationaliste général. C'est pourtant bien de recevabilité qu'il s'agit et dans les développements suivants apparaîtra donc autant que possible le vocabulaire du droit international général.

A *Présomption de dommage dans la procédure initiale*

Le mécanisme se caractérise par le rôle singulier qu'il fait jouer à la présomption de dommage dans la phase contentieuse initiale : elle signifie que le mécanisme n'exige pas la démonstration d'un intérêt à agir par le plaignant, et cette absence n'est compensée que par la discipline à laquelle le Mémorandum oblige les Membres (1.). Cette configuration porte de fortes ressemblances avec le mécanisme d'*actio popularis* tel qu'il existe dans d'autres régimes et qu'on doit dès lors préciser (2.).

1 Absence d'intérêt à agir : jeu combiné de la présomption et de l'obligation de discipline

Le Mémorandum ne conditionne pas l'introduction d'une demande de consultations ou d'établissement d'un groupe spécial à la démonstration d'un intérêt à agir⁷⁵¹. Le fait est d'autant plus remarquable et significatif que son article 10:2 subordonne en revanche l'intervention d'une tierce partie dans un différend à

751 Cette caractéristique a notamment conduit à ce que le mécanisme soit affublé de l'appellation « *judicial supervision* », par opposition au « *dispute settlement* » classique, la particularité de la première étant, selon l'auteur de l'expression, que « *States which have not been injured directly may initiate judicial proceedings for the purpose of putting an end to violations of international obligations by another State* », v. Y. IWASAWA, « WTO Dispute Settlement as Judicial Supervision », *J.I.E.L.*, 2002, vol. 5, n° 2, p. 287. La distinction laisse dubitative, tout comme le critère distinctif de la « supervision judiciaire », qui semble davantage et tout bonnement répondre à la définition de l'*actio popularis*, que l'auteur reconnaît d'ailleurs plus loin comme existante à l'O.M.C.

la démonstration de son « intérêt substantiel » dans l'affaire. Cette précision explicite interdit de supposer que son absence serait un oubli ou une rédaction peu réfléchie des conditions de recevabilité d'une plainte : l'absence d'exigence d'un intérêt à agir pour le plaignant exprime bien un choix délibéré, dont les implications restent alors à élucider. L'absence de la condition habituelle de recevabilité découle directement de la logique de présomption de dommage qui irrigue le mécanisme. En effet, il est conçu de telle sorte qu'une affaire puisse être portée devant le juge sur le seul fondement de ce qu'« un Membre considère qu'un avantage résultant pour lui directement ou indirectement des accords visés se trouve compromis par des mesures prises par un autre Membre »⁷⁵². L'article 3:8 du Mémorandum pose par ailleurs la « présomption qu'une infraction aux règles a une incidence défavorable pour d'autres Membres parties à l'accord visé ». Autrement dit, le dommage est présumé du seul fait de l'illicéité (y compris allégué) d'un comportement⁷⁵³.

Les conséquences de la présomption sont doubles : d'abord, le demandeur ne doit pas démontrer l'existence d'un dommage résultant de la violation d'un droit subjectif dont il s'estime être le titulaire, ou d'un comportement qui lui nuirait. Ensuite, effet classique d'une présomption, la charge de la preuve se déplace : il incombe au *défendeur* de démontrer que son comportement était conforme à ses obligations. La formulation du Mémorandum indique certes que la présomption est susceptible d'être renversée mais, en raison de l'acception très large des intérêts commerciaux (qui peuvent n'être qu'indirects ou potentiels), elle est irréfutable en pratique⁷⁵⁴. Cette conception est

752 Article 3:3 du Mémorandum.

753 La même idée est exprimée par Anzilotti, reprise ensuite dans les rapports présentés par le Rapporteur spécial Ago et le texte de la C.D.I. sur la responsabilité des Etats : « [1]e dommage se trouve compris implicitement dans le caractère antijuridique de l'acte », v. D. ANZILOTTI, « La responsabilité des Etats en raison des dommages soufferts par les étrangers », *op. cit.*, p. 13. Par ailleurs, on retrouve là la conception strictement objective du fait internationalement illicite, selon laquelle c'est l'infraction de fait à la norme internationale qui forme la base de la responsabilité internationale (v. *ibid.*, p. 287). Pour une critique de la manière dont la présomption de l'article 3:8 est invoquée dans la pratique, v. A. DAVIES, « The DSU Article 3.8 Presumption that an Infringement Constitutes a Prima Facie Case of Nullification or Impairment : When Does it Operate and Why ? », *J.I.E.L.*, 2010, vol. 13, n° 1, p. 181-204.

754 Cette irréfutabilité de fait apparaît de manière particulièrement flagrante dans les mots du groupe spécial sous le GATT 1947 dans son rapport *Etats-Unis – Taxes sur le pétrole et certains produits d'importation*, 17 juin 1987 (L/6175 – 34S/154), *B.I.S.D.* 34 supplément 136, par. 5.1.9 : « Le fait d'établir qu'une mesure incompatible [...] n'a pas d'effets ou n'a que des effets négligeables ne suffirait pas [...] à prouver que les avantages conférés par cette

pleinement cohérente avec l'objectif du système, l'article 3:2 soulignant que le mécanisme de règlement des différends vise à « assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral » et que 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 »⁷⁵⁵. En d'autres termes, ce qu'il s'agit de protéger et de préserver est l'équilibre conventionnel multilatéral. Une conception très étendue du cercle des victimes en est alors le corollaire ; elle tient à l'idée que toutes les parties à un traité multilatéral, lorsque son équilibre serait fondamentalement ébranlé par une violation, ont un droit au respect de ses termes et qu'une violation fonde dès lors l'intérêt juridique de l'une quelconque des parties⁷⁵⁶. Entendu ainsi, le jeu de cette présomption, de fait irréfragable, rend en pratique tout Membre de l'Organisation titulaire d'un intérêt à recourir au juge au sujet d'une violation alléguée de l'une ou plusieurs dispositions des accords visés, ou d'un comportement dommageable⁷⁵⁷. Signalons dès ici, même si nous aurons à y revenir, que cette logique de présomption ne vaut que pour le *déclenchement* de la procédure, c'est-à-dire celle devant un groupe spécial : la procédure d'appel, en ce qu'elle est une voie de réformation, est naturellement resserrée autour des protagonistes de la première instance.

Conscients de la porte béante, les négociateurs ont veillé à insérer un garde-fou dans le Mémorandum, sous la forme de l'obligation faite aux Membres d'user avec économie du mécanisme. L'article 3:7 dispose en effet qu'« [a]vant de déposer un recours, un Membre jugera si une action au titre des présentes procédures serait utile ». Puisque le mécanisme est accessible et actionnable par tous les Membres, et qu'on tient à cet objectivisme, une obligation de discipline leur est imposée afin de réduire les risques d'une multiplication excessive des contentieux. En tout cas, l'« utilité » indiquée à l'article 3:7 comme critère d'un recours renvoie davantage à une considération d'opportunité et ne saurait être

disposition n'ont pas été annulés ou compromis, même si une réfutation dans ce sens était en principe permise ». Dans la pratique, la notion même de dommage, d'« annulation ou compromission d'avantages », est donc superflue, l'analyse étant concentrée sur la seule question de savoir s'il y a eu (ou non) violation.

755 V. aussi les développements à ce sujet in P.-T. STOLL, « Article 3 DSU », in R. WOLFRUM, P.-T. STOLL et K. KAISER, *WTO – Institutions and Dispute Settlement*, op. cit., p. 309-311.

756 V. sur ce point J. COMBACAU, in J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, op. cit., p. 529, qui souligne que le dommage moral est un « inévitable corollaire » du dommage matériel, et soulève la difficulté de l'identification claire du dommage moral en dehors de tout dommage matériel.

757 Ce constat se situe dans la droite ligne de la position avancée par le juge Jessup à l'occasion de son opinion dissidente in C.I.J., *Sud-ouest africain*, deuxième phase, op. cit., p. 387-388.

confondue avec une forme d'« intérêt » (à agir). Cela dit, on se demande bien par quel moyen la bonne exécution de cette obligation d'autorégulation pourrait être assurée, puisqu'elle bénéficie de la présomption de bonne foi et que le juge refuse de l'examiner. Cette configuration, singulière dans le paysage du contentieux international, interroge surtout sur le choix qu'elle exprime, même si ce choix n'est pas désigné explicitement. La technique d'accès au mécanisme juridictionnel évoque en effet l'*actio popularis* que connaissent d'autres régimes.

2 Apparence de l'*actio popularis*

La recevabilité d'une action est fonction de la qualité pour agir et de l'intérêt à agir du demandeur, deux notions voisines, souvent maladroitement définies et distinguées, et en fin de compte parfois confondues⁷⁵⁸. La qualité pour agir renvoie au droit d'engager une procédure dans le cadre d'un différend⁷⁵⁹, en d'autres termes à l'appartenance à la catégorie de personnes habilitées à agir. La Cour internationale de Justice l'avait exprimé dans les termes suivants : « seule la partie envers laquelle une obligation internationale existe peut présenter une réclamation à raison de la violation de celle-ci »⁷⁶⁰ ; « [c]'est donc l'existence ou l'inexistence d'un droit [...] et reconnu comme tel par le droit international qui est décisive en ce qui concerne le problème de la qualité »⁷⁶¹. S'agissant de l'intérêt à agir, la difficulté est de définir la notion d'intérêt⁷⁶². Il est classiquement admis que l'intérêt juridique à agir naît de la violation d'un droit subjectif dont le plaignant « se prétend personnellement titulaire, autrement dit s'il existe entre lui et l'Etat prétendument débiteur de l'obligation un

758 Mais v. les termes de la distinction opérée par la Cour dans les *Affaires du Sud-ouest africain* : « c'est une chose de dire que les parties à une affaire donnée appartiennent à la catégorie d'Etats mentionnés dans la clause [qualité pour agir] [...] ; c'est autre chose de constater l'existence d'un droit ou intérêt juridique quant au fond de la demande [intérêt à agir] », in C.I.J., *Sud-ouest africain*, deuxième phase, *op. cit.*, p. 37, par. 60. Pour une éclairante analyse des deux notions à partir de cette jurisprudence, v. L. FAVOREU, « Affaires du Sud-ouest africain », *A.F.D.I.*, 1966, p. 123-143, spéc. p. 131-135.

759 V. en ce sens le rapport de l'Organe d'appel, *CE – Bananes III*, *op. cit.*, par. 132 note 65.

760 C.I.J., *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, avis consultatif du 11 avril 1949, *C.I.J. Recueil* 1949, p. 181-182.

761 C.I.J., *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, deuxième phase, *op. cit.*, par. 36.

762 V. en ce sens C.I.J., *Sud-Ouest africain*, deuxième phase, *op. cit.*, opinion dissidente du juge Koretsky, *C.I.J. Recueil* 1966, p. 242.

lien de droit »⁷⁶³. Une telle conception de l'intérêt à agir remplit une « fonction de filtre »⁷⁶⁴ s'agissant de l'accès à la juridiction.

La question de l'intérêt à agir se décline en deux hypothèses tenant au caractère de l'obligation en cause, et il est utile à cet égard de tenir compte de l'article 42 du texte de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat, qui reflète ces deux hypothèses. Dans la première, qui vise le cas d'une obligation due à un « Etat individuellement », l'obligation en cause est de nature intersubjective, et sa violation donnera alors à l'Etat à laquelle elle est due un intérêt subjectif à agir contre l'Etat l'ayant prétendument lésé dans ses droits. Dans la seconde hypothèse, l'obligation est au contraire due à la « communauté internationale dans son ensemble » ou à un « groupe d'Etats » ; sa violation peut donner lieu à une action si la violation « atteint spécialement » le Membre plaignant, ou si elle « est de nature à modifier radicalement la situation de tous les autres Etats auxquels l'obligation est due quant à l'exécution ultérieure de cette obligation »⁷⁶⁵. Dans le premier cas, qui correspond à la violation d'obligations *erga omnes* (*partes*), la logique reste de nature subjective puisque l'Etat doit démontrer une atteinte à ses droits. Le second cas en revanche est celui où les obligations en cause seraient intégrales ou interdépendantes, ce dont résulte l'intérêt juridique *objectif* à agir que fait naître leur violation, dans la mesure où cet intérêt vise la préservation de la légalité. En d'autres termes, on retrouve là le constat formulé par M. Santulli, qu'il existe des actions privées « pour lesquelles la qualité établit l'intérêt à agir »⁷⁶⁶ : ce sont des « actions relatives à des obligations qui n'ont pas, parmi ceux qui sont liés par elles, un créancier déterminé »⁷⁶⁷.

L'*actio popularis* est ainsi intrinsèquement rattachée à la théorie des obligations proprement multilatérales, *erga omnes*, ou plus précisément elle en découle⁷⁶⁸. La Cour internationale de Justice, dans son arrêt *Barcelona*

763 J. COMBACAU, in J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 529. V. aussi les développements sur la qualité pour agir et l'intérêt à agir in C. SANTULLI, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, p. 237-240 n° 412-417.

764 L. DUBIN, « La saisine du mécanisme de règlement des différends de l'O.M.C. », in H. RUIZ FABRI et J.-M. SOREL (dir.), *La saisine des juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2006, p. 125.

765 Article 42 du texte de la C.D.I.

766 C. SANTULLI, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, p. 239 n° 415.

767 *Ibid.*

768 Cette question reste controversée, mais v. les développements à ce sujet in M. RAGAZZI, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, *op. cit.*, p. 210-214. V. aussi Ch. DE VISSCHER, *Aspects récents du droit procédural de la Cour internationale de Justice*, Paris, Pedone, 1966, p. 70-71 ; et, dans le même sens, M. Abi-Saab qui l'explique ainsi : « aussi longtemps que les organes collectifs internationaux n'ont pas accès, en matière

Traction, soulignait en ce sens que « tous les Etats ont un intérêt à [la] protection [des obligations *erga omnes*] »⁷⁶⁹, ce qui est diamétralement opposé à l'approche adoptée dans l'affaire du *Sud-Ouest africain*⁷⁷⁰. Dans l'affaire des *Essais nucléaires*, les juges dissidents avaient même considéré que « cela découle de la conception même de ces libertés »⁷⁷¹. Pourtant, l'institution provoque une certaine méfiance, ou du moins une gêne⁷⁷², l'une comme l'autre étant liées à l'argument que le rapport entre la nature *erga omnes* d'une obligation et le droit d'un Etat à agir pour protéger cette obligation sans dommage individuel ne serait pas si direct qu'il paraît à première vue⁷⁷³. Les Etats tentent ainsi typiquement de contourner le mécanisme⁷⁷⁴, et même de contourner ou d'éluder sa seule mention lorsqu'ils saisissent la Cour, préférant démontrer longuement leur intérêt direct et subjectif plutôt que de faire valoir l'intérêt général⁷⁷⁵.

contentieuse, à la justice internationale, la possibilité de représenter en justice les intérêts de la société internationale demeure réservée aux Etats agissant individuellement », in G. ABI-SAAB, *Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour internationale*, Paris, Pedone, 1967, p. 142-143.

769 C.I.J., *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, deuxième phase, *op. cit.*, par. 33.

770 V. C.I.J., *Sud-Ouest africain*, deuxième phase, *op. cit.*, par. 36 par. 57.

771 C.I.J., *Essais nucléaires* (Australie c. France) (Nouvelle-Zélande c. France), *op. cit.*, opinion dissidente commune de MM. Onyeama, Dillard, Jiménez de Aréchaga et Sir Humphrey Waldock, respectivement p. 370 par. 118 et p. 522 par. 53 (dans la version anglaise, « *implicit in the very concept of such freedoms* »).

772 Dans une conception strictement bilatérale des rapports juridiques, telle que celle d'Anzilotti, elle paraît même inconcevable, selon la classique opposition entre l'intérêt et le droit : « Les autres Etats peuvent avoir un intérêt à ce que soit réparée l'injustice et rétabli l'ordre juridique lésé, mais ils n'y ont pas un droit ». Le droit international ne permettrait pas, selon lui, de dépasser cette conception, qu'il considère être « un postulat de l'existence même d'un ordre juridique », in D. ANZILOTTI, *Cours de droit international – Premier volume : Introduction – Théories générales*, *op. cit.*, p. 517. Pourtant, on sait aussi qu'Anzilotti envisageait déjà à ce stade, même prudemment, la possibilité d'une « responsabilité solidaire », selon le renversement de la locution *unus pro omnibus, omnes pro uno* (v. p. 520).

773 V. les développements sur ce point in A. ORAKHELASHVILI, *Peremptory Norms in International Law*, New York, Oxford University Press, 2006, p. 518-527.

774 V. P. WEIL, « Le droit international en quête de son identité – Cours général de droit international public », *op. cit.*, p. 290.

775 Dans les affaires des *Essais nucléaires* et du *Timor oriental* notamment, les demandeurs ne mentionnèrent leur action dans l'intérêt public que parmi d'autres fondements d'action. V. par exemple C.I.J. *Mémoires 1974, Essais nucléaires*, vol. I (Australie c. France), p. 326-330 par. 408-424 (« *It would appear from these passages that in the view of the International Law Commission every State is entitled to seek the respect by another State of certain international legal obligations, even if (which is not the case here) the violation by that State of*

L'exemple le plus récent est l'affaire relative aux *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* : la Belgique invoquait la responsabilité internationale du Sénégal, en alléguant que le Sénégal aurait manqué à son obligation soit de déférer le cas de l'ancien président du Tchad, Hissène Habré, devant sa juridiction nationale compétente⁷⁷⁶, soit de l'extrader⁷⁷⁷. Dans la requête introductive d'instance, elle invoquait ainsi sa compétence personnelle passive⁷⁷⁸ et, dans son mémoire, faisait particulièrement valoir qu'elle était un Etat lésé⁷⁷⁹. Ce n'est que subsidiairement, au cours de l'audience, qu'elle a observé qu'en outre, « [e]n vertu de la convention, tout Etat partie, quelle que soit la nationalité des victimes, est fondé à réclamer l'exécution de l'obligation en question, et peut donc invoquer la responsabilité résultant d'une inexécution »⁷⁸⁰. Le moyen de l'intérêt général a cependant glissé au centre de la question de recevabilité, se substituant progressivement à celui de la compétence personnelle passive initialement présenté à titre principal.

De manière symétrique, cette même gêne – peut-être alimentée par celle des Etats – s'observe chez la Cour, qui préfère tenir à distance le thème de l'*actio popularis* (du moins qualifiée comme telle) ou les droits qui s'y apparentent, ou le traiter en biais, bien que son approche soulève alors plus d'interrogations qu'elle n'en résout. Ainsi le plus visiblement dans l'arrêt susmentionné, où le Sénégal contestait la recevabilité des demandes présentées par la Belgique,

one of those obligations is not directly or materially causing damage to it », par. 424) ; C.I.J. *Mémoires* 1974, *Essais nucléaires*, vol. II (Nouvelle-Zélande c. France), p. 206-208 par. 194-202 ; et C.I.J. *Mémoires* 1995, *Timor oriental*, p. 94.

776 Article 5 de la Convention contre la torture.

777 L'obligation alternative est formulée à l'article 7 de la Convention.

778 V. C.I.J., *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* (Belgique c. Sénégal), Requête introductive d'instance enregistrée au Greffe de la Cour le 19 février 2009, par. 3. Dans son mémoire, la Belgique faisait valoir en ce sens qu'elle « n'est pas simplement un "Etat autre qu'un Etat lésé" au sens de l'article 48 » du texte de la C.D.I., v. C.I.J., *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader*, Mémoire du Royaume de Belgique, par. 5.17.

779 V. les arguments présentés in C.I.J., *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* (Belgique c. Sénégal), Mémoire du Royaume de Belgique, par. 5.17-5.18.

780 Cité in C.I.J., *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* (Belgique c. Sénégal), arrêt du 20 juillet 2012, par. 65. La Belgique avait déjà laissé entendre ce fondement dans son mémoire : après avoir rappelé le fameux *dictum* de la Cour in *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, deuxième phase (*op. cit.*, p. 32 par. 33), elle a considéré qu'elle avait, comme tout autre Etat (par un jeu cumulatif du droit conventionnel et du droit coutumier), un titre à invoquer la responsabilité du Sénégal, v. C.I.J., *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader*, Mémoire du Royaume de Belgique, par. 5.16. Elle avait toutefois négligé ce fondement au profit de celui de sa compétence personnelle passive.

au motif qu'aucune des victimes n'était belge. Ayant écarté le moyen initialement principal de la compétence pénale passive, la Cour a alors recherché si la seule qualité de partie à la Convention contre la torture de la Belgique pouvait fonder sa qualité pour agir contre le Sénégal. Elle a observé que la Convention exprime des valeurs partagées par tous les Etats parties, desquelles elle tire leur intérêt commun à ce que les actes de torture ne restent pas sans conséquences. Selon la Cour, cet intérêt commun des Etats parties implique « que les obligations en question s'imposent à tout Etat partie à la convention à l'égard de tous les autres Etats parties. L'ensemble des Etats parties ont "un intérêt juridique" à ce que les droits en cause soient protégés [...]. Les obligations correspondantes peuvent donc être qualifiées d' "obligations *erga omnes partes*", en ce sens que, quelle que soit l'affaire, chaque Etat partie a un intérêt à ce qu'elles soient respectées »⁷⁸¹. C'est donc au moyen de la qualification des obligations contenues dans la Convention comme étant de nature *erga omnes partes* que la Cour conclut à la qualité pour agir de la Belgique, ou plutôt construit l'intérêt à agir de cette dernière : si on ne conteste pas le caractère *erga omnes* de l'interdiction de la torture, il reste que rien dans l'arrêt ne fournit une démonstration justifiant la qualification, qui est établie péremptoirement. Elle conclut alors que « [l]'intérêt commun des Etats parties » au respect des obligations au titre de la Convention implique que tous ont un titre à agir contre l'un d'entre eux qui y manquerait⁷⁸². A l'inverse, l'exigence d'un intérêt particulier ferait obstacle à ce que de telles demandes soient présentées utilement, car dans de nombreux cas les Etats seraient bien en mal de démontrer l'existence d'un intérêt individuel et subjectif. Par conséquent, la Cour a considéré que la Belgique avait qualité pour agir contre le Sénégal, puisque « tout Etat partie à la convention contre la torture peut invoquer la responsabilité d'un autre Etat partie dans le but de faire constater le manquement allégué de celui-ci à des obligations *erga omnes partes*, telles que celles qui lui incombent en application du paragraphe 2 de l'article 6 et du paragraphe 1 de l'article 7, et de mettre fin à un tel manquement »⁷⁸³.

L'impression que laisse au lecteur cette décision est que la Cour, jugeant politiquement inacceptable une déclaration d'irrecevabilité des demandes belges, s'est sentie contrainte de chercher un moyen de les rendre recevables. Elle l'a trouvé dans la qualification *erga omnes partes* des obligations contenues dans l'instrument juridique en cause et le moyen est confortable, puisqu'il est situé au-dessus de toutes objections relatives aux fondements individuels de la recevabilité, et dès lors intouchable ; mais il est aussi inconfortable car il

781 C.I.J., *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader*, op. cit., par. 68.

782 *Ibid.*, par. 69.

783 *Ibid.*

repose sur un fondement juridique peu solide, ce dont la Cour prend d'ailleurs la précaution de ne pas se justifier longuement⁷⁸⁴. Si on peut comprendre l'impasse politique dans laquelle la Cour s'est sentie enfermée, et comprendre aussi qu'elle ait jugé nécessaire d'en sortir au moyen d'un argument juridique péremptoire, il reste qu'on y voit une fois de plus la prudence avec laquelle est maniée la notion d'obligations dues à tous (ou à toutes les parties à un traité) et le droit d'agir pour tous qui, dès lors qu'on admet la première, lui emboîte le pas.

Les raisons de cette prudence sont diffuses, la doctrine et la pratique étatique confirmant bien le rapport inextricable entre la reconnaissance d'obligations *erga omnes* et l'*actio popularis*⁷⁸⁵ ; elle pourrait être née de la position adoptée par la Cour dans l'affaire du *Sud-Ouest africain*, qui avait fait l'objet de vives critiques. Pourtant, la décision *Barcelona Traction* est depuis venue confirmer l'existence d'un lien direct entre le fond et la recevabilité : le raisonnement

784 A ce propos, v. notamment l'opinion dissidente du juge *ad hoc* Sur, en parfait désaccord avec la Cour au sujet du raisonnement qui l'a conduite à admettre la recevabilité des demandes belges, en particulier au sujet de la nature *erga omnes partes* des obligations résultant de la Convention : « l'obligation *erga omnes partes* à laquelle la Cour se réfère sort comme un lapin d'un chapeau magique. Il n'est nullement établi que la convention contre la torture crée une obligation *erga omnes partes* de saisir les autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale, et, partant, un droit pour chacune des parties d'en réclamer la mise en oeuvre indépendamment d'un titre spécial permettant de le faire, à savoir une atteinte à son droit propre d'exercer des poursuites en vertu de sa propre compétence. La requête de la Belgique ne saurait donc se fonder sur un droit appartenant à toutes les parties et non plus sur sa compétence passive, que la Cour n'a même pas prise en considération », in C.I.J., *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader*, *op. cit.*, opinion dissidente du juge *ad hoc* Sur, par. 44. L'argument du juge *ad hoc* n'est pas sans rappeler la fermeté de la position de la Cour dans l'affaire du *Sud-Ouest africain*, où elle avait soutenu avec rigueur que si l'examen d'une situation l'avait conduite à constater que certains droits n'existent pas, il lui fallait alors en accepter les conséquences ; en tout cas, elle s'interdisait de chercher à établir par un fondement contourné l'existence des droits concernés afin d'éviter, artificiellement, la survenance de ces conséquences peu heureuses. V. sur ce point C.I.J., *Sud-Ouest africain*, deuxième phase, *op. cit.*, par. 36 par. 57.

785 Les sanctions européennes à l'égard de l'Iran en réaction à la crise des otages (v. Bull. EC4-1980), par exemple, sont illustratives de la pratique étatique confirmant cette corrélation. V. aussi le rapport du Rapporteur spécial Ago, selon lequel il serait contradictoire de considérer que la violation d'une norme impérative n'établirait un rapport de responsabilité internationale qu'entre l'Etat à l'origine de la violation et l'Etat qui en subit directement le dommage, R. AGO, « Cinquième rapport sur la responsabilité des Etats – Le fait internationalement illicite de l'Etat, source de responsabilité internationale (*suite*) », *op. cit.*, p. 34 par. 99.

qu'y a exposé la Cour implique que conclure qu'un intérêt à agir n'existe pas dans un cas donné revient à constater que les droits subjectifs que fait valoir le demandeur n'existent pas⁷⁸⁶. En d'autres termes, l'approche adoptée dans cette affaire consiste à considérer que la question de l'intérêt à agir est une « pré-extension » des questions de fond⁷⁸⁷.

L'hypothèse de l'*actio popularis* a ensuite été confirmée par la C.D.I.⁷⁸⁸, avant d'être plus largement développée dans le cadre des travaux menés sous l'impulsion du Rapporteur spécial Crawford. On aperçoit ainsi le cheminement sinueux vers une reconnaissance de la légitimité de l'institution, reconnaissance aussi de ce qu'elle est le corollaire procédural de la nature substantielle de certaines obligations⁷⁸⁹. En ce sens, l'article 2 de la résolution de l'Institut de Droit international sur « Les obligations *erga omnes* en droit international » dispose qu'une violation autorise tous les Etats à laquelle l'obligation est due d'exiger de l'Etat la cessation de la violation et l'exécution de l'obligation de réparation, sans égard pour la question de savoir si ces Etats sont « spécialement atteints » par la violation⁷⁹⁰. Ce cheminement est toutefois loin d'être achevé, la notion continuant à susciter une certaine méfiance, et au minimum la prudence. A son appui, on peut pourtant bien arguer du lien logique entre l'obligation multilatérale et l'action publique, dans l'intérêt général. En effet,

786 V. C.I.J., *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, deuxième phase, *op. cit.*, p. 56.

787 En ce sens, il est également notable que les juges Onyeama, Dillard, Jiménez de Aréchaga et Waldock, dans leur opinion dissidente commune à l'arrêt de la Cour dans l'affaire des *Essais nucléaires*, avaient reconnu le caractère controversé de l'*actio popularis*, mais étaient d'avis que « la question peut être considérée comme susceptible de faire l'objet d'une argumentation juridique rationnelle et d'être valablement portée devant la Cour », v. C.I.J., *Essais nucléaires*, *op. cit.*, opinion dissidente commune, respectivement p. 369-370 par. 117 et p. 521-522 par. 52-53.

788 V. son « Projet d'articles sur la responsabilité des Etats – Commentaire d'introduction au Chapitre III du Projet et texte des articles 16 à 19, et commentaires y relatifs, adoptés par la Commission à sa vingt-huitième session », in C.D.I., « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa vingt-huitième session », A/31/10, *Annuaire C.D.I.*, 1976, II-2, p. 70-113, spéc. p. 92 pt 10.

789 Le raisonnement de la Cour européenne des droits de l'homme à ce sujet est particulièrement démonstratif de l'évidence de cette corrélation : « A la différence des traités internationaux de type classique, la Convention déborde le cadre de la simple réciprocité entre Etats contractants. En sus d'un réseau d'engagements synallagmatiques bilatéraux, elle crée des obligations objectives qui, aux termes de son préambule, bénéficient d'une "garantie collective" », in Cr.E.D.H., *Irlande c. Royaume-Uni*, arrêt du 18 janvier 1978, *Série A*, n° 25, par. 239.

790 I.D.I., Résolution « Les obligations *erga omnes* en droit international », *op. cit.*, article 2.

en tant que la seconde est la conséquence de l'existence, désormais établie, d'obligations véritablement multilatérales, il semble inutile d'exiger l'existence d'une pratique des Etats ou d'une *opinio juris* pour attester la reconnaissance de l'*actio popularis* en droit international⁷⁹¹ : puisqu'elle est directement rattachée à la théorie des obligations *erga omnes*, qu'elle est même contenue dans cette théorie, elle n'a pas à être reconnue ou admise explicitement, elle est.

Certains systèmes contiennent d'ailleurs des formes d'*actio popularis* plus ou moins explicitement énoncées. L'exemple le plus notable et incontestable est sans doute l'article 33 de la Convention européenne des droits de l'homme, en vertu duquel « [t]oute Haute Partie contractante peut saisir la Cour de tout manquement aux dispositions de la Convention et de ses Protocoles qu'elle croira pouvoir être imputé à une autre Haute Partie contractante »⁷⁹². D'autres exemples sont l'article 41 du Pacte international sur les droits civils et

791 V. en ce sens A. ORAKHELASHVILI, *Peremptory Norms in International Law*, *op. cit.*, p. 526.

792 Le déclenchement du mécanisme de requête individuelle en revanche est fonction de la qualité particulière du requérant, qualité qui est celle de « victime » d'une violation des droits reconnus dans la convention ou ses protocoles (art. 34) ; la recevabilité des requêtes introduites à ce titre est soumise à des conditions (art. 35). La Cour a maintes fois eu l'occasion de souligner que, contrairement à celui de l'article 33, le mécanisme de l'article 34 n'est pas « ouvert » : « [c]et article n'institue pas au profit des particuliers une sorte d'*actio popularis* pour l'interprétation de la Convention et ne les autorise pas non plus à se plaindre d'une loi au seul motif qu'elle leur semble enfreindre la Convention », v. Cr.E.D.H., *Gengoux c. Belgique*, req. n° 76512/11, arrêt du 11 septembre 2012, qui prend appui sur une décision antérieure, Cr.E.D.H., *Sanles Sanles c. Espagne*, req. n° 48335/99, arrêt du 26 octobre 2000, ayant déclaré irrecevable la requête introduite par la belle-sœur d'un jeune homme tétraplégique qui avait mis fin à ses jours, dans laquelle elle mettait en cause le comportement de l'Etat espagnol, lequel comportement constituait, selon elle, une ingérence injustifiée de l'Etat dans l'exercice par son beau-frère de différents droits reconnus par la convention (était alléguée la violation des articles 2, 3, 5, 6, 8, 9 et 14, la requérante demandant en particulier la reconnaissance du droit à une vie digne ou à une mort digne). Pour rappel, la Commission européenne des droits de l'homme dans sa décision précitée de 1961, soulignait déjà l'« ordre public communautaire des libres démocraties d'Europe » consacré dans le préambule de la convention ; au regard du mécanisme de garantie instauré par l'article 24 dans la version originale de la convention de 1950 (l'actuel article 33 en est la reprise presque exacte), elle avait rappelé le caractère objectif des engagements pris par les Etats, et avait plus largement inféré que par cet article, les parties avaient « autorisé l'une quelconque d'entre elles à saisir la commission de tout manquement allégué aux dispositions de la Convention, que les victimes dudit manquement soient ou non des ressortissants de l'Etat demandeur, et que le manquement prétendu lèse ou non particulièrement les intérêts de cet Etat ; [...] un Etat contractant, lorsqu'il saisit la Commission en vertu de l'article 24 ne doit donc pas être considéré comme agissant pour faire respecter ses droits propres, mais plutôt comme soumettant

politiques⁷⁹³ et l'article 44 de la Convention américaine des droits de l'homme⁷⁹⁴. *L'actio popularis* apparaît également dans l'article IX de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide de 1948⁷⁹⁵, l'article 22 paragraphe 1 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants de 1984⁷⁹⁶, l'article 66 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969⁷⁹⁷ et, en outre,

à la Commission une question qui touche à l'ordre public de l'Europe », *in* Commission européenne des droits, *Autriche c. Italie*, *op. cit.*, p. 139-141.

793 « Tout Etat partie au présent Pacte peut, en vertu du présent article, déclarer à tout moment qu'il reconnaît la compétence du Comité pour recevoir et examiner des communications dans lesquelles un Etat partie prétend qu'un autre Etat partie ne s'acquitte pas de ses obligations au titre du présent Pacte », Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966.

794 « Toute personne ou tout groupe de personnes, toute entité non gouvernementale et légalement reconnue dans un ou plusieurs Etats membres de l'Organisation peuvent soumettre à la Commission des pétitions contenant des dénonciations ou plaintes relatives à une violation de la présente Convention par un Etat partie », Convention américaine relative aux droits de l'homme, adoptée le 22 novembre 1969 à la Conférence spécialisée interaméricaine sur les Droits de l'homme.

795 « Les différends entre les Parties contractantes relatifs à l'interprétation, l'application ou l'exécution de la présente Convention, y compris ceux relatifs à la responsabilité d'un Etat en matière de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III, seront soumis à la Cour internationale de Justice, à la requête d'une partie au différend », Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, approuvée par l'Assemblée générale dans sa résolution 260 A (III) du 9 décembre 1948.

796 « Tout Etat partie à la présente Convention peut, en vertu du présent article, déclarer à tout moment qu'il reconnaît la compétence du Comité pour recevoir et examiner des communications présentées par ou pour le compte de particuliers relevant de sa juridiction qui prétendent être victimes d'une violation, par un Etat partie, des dispositions de la Convention », Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 39/46 du 10 décembre 1984.

797 « a) Toute partie à un différend concernant l'application ou l'interprétation des articles 53 ou 64 peut, par une requête, le soumettre à la décision de la Cour internationale de Justice, à moins que les parties ne décident d'un commun accord de soumettre le différend à l'arbitrage ; b) Toute partie à un différend concernant l'application ou l'interprétation de l'un quelconque des autres articles de la partie V de la présente Convention peut mettre en œuvre la procédure indiquée à l'Annexe à la Convention en adressant une demande à cet effet au Secrétaire général des Nations Unies », Convention de Vienne sur le droit des traités, adoptée par l'Assemblée générale le 23 mai 1969.

peut être déduite de l'article 1^{er} des quatre Conventions de Genève de 1949⁷⁹⁸. On signale à son sujet que la disposition n'est pas formulée différemment de l'article 4.1 de l'Accord SMC, lequel, comme on le démontrera ci-dessous, ne consacre aucune spécificité du régime des subventions en termes d'ouverture du mécanisme à tout demandeur.

Sur cette toile de fond, identifier et qualifier sans équivoque le choix opéré dans le mécanisme de règlement des différends de l'O.M.C. ne s'avère pas une tâche aisée : nonobstant la technique de la présomption au moyen de laquelle la condition d'un intérêt à agir n'existe tout bonnement pas au stade initial de la procédure, le juge a contribué à brouiller les lignes, mais sans pour autant porter atteinte au caractère objectif du mécanisme.

B *Droit omnium partium à la procédure initiale*

Dans l'affaire *CE – Bananes III*, l'Organe d'appel a considéré que tous les Membres de l'O.M.C. ont un intérêt à la promotion de l'exécution des obligations multilatérales, confirmant ainsi l'ouverture illimitée et inconditionnée du mécanisme dans sa phase initiale. L'accès à la procédure s'analyse en ce sens comme un droit *omnium partium*, correspondant procédural des obligations qualifiées de multilatérales dans les développements précédents (1.). Cette ouverture n'est tempérée que par de ponctuelles particularités techniques contenues dans certains accords, aucun accord ne se présentant cependant comme une véritable spécificité susceptible de faire exception à la procédure de droit commun qui ne connaît pas la condition de recevabilité de l'intérêt à agir (2.).

1 Principe du libre accès au juge

La question que soulèvent la formule du Mémoire et le choix qui s'exprime dans la présomption de dommage est de savoir si le mécanisme de règlement des différends reconnaît, en opérant selon cette logique, une action publique dans l'intérêt général, en d'autres termes s'il connaît une forme d'*actio popularis*, en quelque sorte relative puisque limitée aux Membres de l'Organisation. On précise d'emblée que l'*actio popularis* n'est ici pas entendue dans son sens strict qu'avait l'institution dans le droit romain, c'est-à-dire celui d'une « action populaire », mais dans celui qu'elle connaît en droit international contemporain. On prend pour cela appui sur la définition proposée par M. Voefray : « une action en justice qui peut être intentée par chaque membre

798 « Les Hautes Parties contractantes s'engagent à respecter et à faire respecter la présente Convention en toutes circonstances ». Les quatre conventions de Genève de 1949 ont été adoptées par la Conférence diplomatique de Genève le 12 août 1949.

d'une communauté, en vue de la protection d'un intérêt totalement ou partiellement commun »⁷⁹⁹. Il s'agit donc de savoir si n'importe quel Membre de l'O.M.C. peut alléguer une violation du droit de l'O.M.C. devant le juge, en d'autres termes s'il existe un véritable droit objectif au juge. Au premier abord, la réponse paraît bien être positive : par le jeu de la présomption, le Mémorandum lève toute possibilité de restreindre l'accès au juge et on entrevoit alors bien un mécanisme qui, du moins dans sa phase initiale, repose sur une ouverture totale. Le recours au groupe spécial se qualifierait alors non pas comme une *actio popularis* proprement dite, mais bien comme un droit *omnium partium*. Nous entendons un tel droit *omnium partium* comme la correspondance inhérente aux obligations *erga omnes partes* : aux obligations dues à l'ensemble des parties à un traité correspondent des droits de chacun des Membres au traité ; et la possibilité pour chaque Membre de l'O.M.C. de recourir à un groupe spécial pour lui soumettre le contrôle d'une mesure dont il allègue qu'elle constitue une violation ou un dommage pourrait bien être un tel droit. La jurisprudence a fait apparaître que si les notions d'intérêt à agir et de qualité pour agir ne sont pas étrangères au juge, elles sont cependant inopérantes (a.). Dans ces conditions, le seul « filtre » dont dispose le mécanisme est la discipline à laquelle le Mémorandum oblige les Membres, en vertu de laquelle ils ne doivent déclencher une procédure que s'ils l'estiment utile (b.). La conjonction de ces circonstances permet alors de confirmer que la procédure initiale ne connaît pas, en effet, de conditions de recevabilité (c.).

a *Intérêt à agir et qualité pour agir*

A titre de comparaison historique, on note que le GATT de 1947 disposait à son article XXIII:1 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 ; b) ou qu'une autre partie contractante applique une mesure, contraire ou non aux dispositions du présent Accord ; c) ou qu'il existe une autre situation, 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 ». A défaut de règlement, « la question pourra être portée devant les Parties Contractantes ». Si elle n'est pas aussi explicite que l'est le Mémorandum, cette disposition n'en

799 F. VOEFFRAY, *L'actio popularis ou la défense de l'intérêt collectif devant les juridictions internationales*, Paris, P.U.F., 2004, p. 38.

suggère pas moins qu'une plainte pouvait être portée devant l'organe de jugement pour des raisons systémiques, indépendamment de tout dommage commercial direct et individuel.

Le juge de l'O.M.C. a été confronté très tôt à cette question. Les plaignants dans l'affaire *CE – Bananes III*, l'Equateur, le Guatemala, Honduras et le Mexique, étaient tous producteurs et exportateurs de « bananes dollars » et tous concernés par le régime préférentiel communautaire, à l'exception des Etats-Unis qui produisaient des banaes mais n'en exportaient pas. C'est par cet argument que les Communautés contestaient leur intérêt à agir : à défaut d'exportations, les Etats-Unis ne pouvaient avoir subi un dommage matériel du fait de la violation alléguée. Il existerait en effet un principe général en vertu duquel un Etat devrait en toutes circonstances avoir un intérêt juridique propre pour que sa plainte puisse être recevable ; or, il n'existe dans le Mémoire aucune disposition spéciale qui dérogerait à ce principe, et selon elles, un Membre devrait donc établir qu'il a bien un intérêt juridique subjectif. Le groupe spécial a rejeté les arguments des Communautés et, ce faisant, a ouvert grande la porte de la recevabilité d'une affaire introduite par n'importe quel Membre de l'Organisation : « l'intérêt *commercial* 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'O.M.C. suffit, l'un ou l'autre, pour établir un droit de mener une procédure de règlement des différends dans le cadre de l'O.M.C. »⁸⁰⁰. C'était dire clairement qu'un Membre peut introduire une affaire seulement pour faire établir la situation juridique par le juge. En d'autres termes, tous les Membres non seulement ont un droit au respect de la légalité internationale commerciale, mais aussi un droit à agir en justice afin que la légalité soit préservée ou rétablie. C'est aussi ce qui apparaît lorsque le groupe spécial affirmait plus loin que « tous les Membres ont intérêt à faire en sorte que les autres Membres respectent leurs obligations »⁸⁰¹. Le potentiel d'abus que renferme l'admissibilité de ce qui ressemble alors fortement à une *actio popularis* – jamais appelée par son nom – est relativisé par le groupe spécial par le rappel de l'obligation de discipline que contient l'article 3:7.

Comme le groupe spécial, l'Organe d'appel a admis les Etats-Unis comme plaignants dans l'affaire, mais son raisonnement était partiellement différent. Il a tout d'abord constaté que le Mémoire ne contient aucune condition explicite d'intérêt juridique et refusé de considérer qu'une telle condition serait implicitement contenue dans les textes⁸⁰². C'est ensuite sur le terrain

800 Rapport du groupe spécial, *CE – Bananes III*, *op. cit.*, par. 7.51 (italiques ajoutés).

801 *Ibid.*

802 Rapport de l'Organe d'appel, *CE – Bananes III*, *op. cit.*, par. 132.

de la qualité pour agir qu'il s'est placé, semble-t-il. Avant d'étudier ce raisonnement, précisons que les termes et questions en cause ici mettent particulièrement bien en lumière les difficultés de traduction, ainsi que les complications ou incompréhensions, et même les incohérences qui peuvent en résulter. Alors que dans la version française du rapport, l'Organe semble passer de l'examen de l'intérêt à agir à celui de la qualité pour agir – deux facettes de la même question plus vaste de la recevabilité mais qui, dans le vocabulaire juridique français, sont bien distinctes –, la version anglaise, qui est aussi la version originale et dès lors le principal appui, ne fait pas apparaître une telle césure de raisonnement. La raison en est qu'intérêt à agir et qualité pour agir sont, dans la perception et dans le vocabulaire juridique anglais, tous deux couvertes indistinctement par la notion de « *standing* »⁸⁰³. Une confrontation des versions linguistiques le fait apparaître clairement, lorsque l'Organe d'appel définissait ce qu'il entendait par « *standing* » : « *the right to bring an action in a dispute* »⁸⁰⁴. Or, la notion à laquelle correspond cette définition dans la version française – le « droit d'engager une procédure dans le cadre d'un différend »⁸⁰⁵ – est celle de « qualité ». On aperçoit ainsi qu'au passage de la traduction, la notion de *standing* a déjà été ramenée à l'une seulement des deux composantes du langage juridique français, alors pourtant qu'il n'est pas apparent à ce stade que l'Organe d'appel lui-même ait opéré ce choix. Ainsi, dans la version française, après avoir examiné la question de l'« intérêt juridique », l'Organe d'appel exposait que « nous ne pensons pas que cela règle le point de savoir si, en l'espèce, les Etats-Unis ont "qualité" pour avancer des allégations »⁸⁰⁶, formulation dont on peut raisonnablement inférer que son examen s'est déplacé à partir de là du terrain de l'intérêt à agir vers celui de la qualité pour agir. Or, la version anglaise est plus nuancée, la césure moins manifeste : « *[y]et, we do not believe that this is dispositive of whether, in this case, the United States has "standing" to bring claims* »⁸⁰⁷. Cette formulation nous paraît plutôt indiquer que les éléments précédemment

803 Avec, toutefois, des variations dans le contenu de la définition : tantôt le terme « *standing* » est manifestement employé dans un sens englobant intérêt à agir et qualité pour agir, tantôt il semble viser seulement la qualité pour agir, en n'établissant cependant pas des lignes de séparation bien claires avec l'intérêt à agir. En ce sens, v. les développements in D. PALMETER et P. C. MAVROIDIS, *Dispute Settlement in the World Trade Organization – Practice and Procedure*, 2^{de} éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2004, spéc. p. 33-39, qui traitent le « *Standing (Locus Standi)* » (p. 33) en y englobant le « *legal interest* ».

804 Rapport de l'Organe d'appel, CE – Bananes III, *op. cit.*, par. 132 note 65.

805 *Ibid.*

806 *Ibid.*, par. 132.

807 *Ibid.*

examinés ne permettent pas à eux seuls de résoudre la question, et la formule « en l'espèce » / « *in this case* » renforce cette compréhension⁸⁰⁸. Mais s'il faut évidemment veiller à ne pas faire dire au juge ce qu'il n'a pas dit, y compris et peut-être surtout au cours de la traduction⁸⁰⁹, il reste cependant au lecteur ce qu'il a dit et, dans le texte français, c'est bien de « qualité pour agir » qu'il s'agit. Les développements suivants sont ainsi formulés avec la réserve du doute qu'appelle le vocabulaire employé dans la version française du rapport de l'Organe d'appel.

Le juge a développé son raisonnement sur ce point en trois brèves étapes. Il a tout d'abord examiné le droit international général, auquel faisaient référence les Communautés, tout particulièrement la jurisprudence de la C.P.J.I. et de la C.I.J., et constaté qu'aucun des arrêts mentionnés par les Communautés ne faisait état du principe général qu'elles invoquaient, et qu'un tel principe ne faisait pas non plus obstacle à ce que la question soit élucidée au moyen d'une interprétation des dispositions du traité multilatéral concerné⁸¹⁰. C'est alors à l'article XXIII:1 du GATT de 1994 que l'Organe d'appel s'est intéressé, selon lequel un recours peut être déposé « [d]ans le cas où un Membre considérerait

808 La version espagnole confirme cette hypothèse : « *no consideramos que lo anterior resuelva la cuestión de si los Estados Unidos tienen, en este caso [...]* », qui se traduirait par « nous ne considérons pas que ce qui précède résout la question de savoir si les Etats-Unis possèdent, en l'espèce [...] », et il est question de *legitimación* là où les textes anglais et français parlent respectivement de « *standing* » et de qualité pour agir. La « *legitimación* » correspond parfaitement à la notion de « *standing* » englobant la question de l'intérêt à agir, plutôt qu'à la seule qualité pour agir.

809 La langue originale de tous les rapports est l'anglais et on sait, puisque les Règles de procédure de l'Organe d'appel le prévoient explicitement, que leur traduction est confiée à un service qui dispose d'un délai très serré de 15 jours pour traduire des rapports de plus en plus longs vers le français et l'espagnol. On a pu voir dans d'autres affaires que des erreurs ou confusions se glissent parfois dans la jurisprudence traduite : dans une récente affaire par exemple, *Australie – Pommes*, la version française du rapport fait écrire à l'Organe d'appel que le groupe spécial aurait compris que « la question de savoir si les 17 mesures indiquées dans la demande d'établissement d'un groupe spécial peuvent constituer une violation ou causer la violation de l'obligation énoncée [dans l'Accord SPS] était une question *juridictionnelle* » (rapport de l'Organe d'appel, *Australie – Mesures affectant l'importation de pommes en provenance de Nouvelle-Zélande*, DS367/AB/R, 29 novembre 2010, par. 423, italiques ajoutées). On se doute bien que ce n'est pas d'une question juridictionnelle qu'il s'agit mais d'une « *jurisdictional issue* », c'est-à-dire, comme le relèvent Mme Ruiz Fabri et M. Monnier, qu'« il faudrait lire “une question de compétence”, la traduction française étant sur ce point désastreuse... ou un magnifique anglicisme », v. H. RUIZ FABRI et P. MONNIER, « Chronique du règlement des différends 2010-2011 », *J.D.I.*, 2011, n° 3, p. 726.

810 Rapport de l'Organe d'appel, *CE – Bananes III*, *op. cit.*, par. 133.

qu'un avantage résultant pour lui 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 ». Il a rapproché cette formulation (en particulier l'expression « dans le cas où un Membre considérerait [...] ») de l'article 3:7 du Mémoire en vertu duquel, « [a]vant de déposer un recours, un Membre jugera si une action au titre des présentes procédures serait utile ». De la conjonction de ces deux dispositions, le juge a inféré que les Membres sont investis d'un « large pouvoir d'appréciation » s'agissant de l'opportunité de déclencher une procédure contentieuse, dont l'usage doit être soumis à une grande discipline⁸¹¹. L'Organe d'appel a ainsi considéré qu'on ne pouvait exclure que les Etats-Unis aient un « intérêt potentiel » à l'exportation des bananes ; en outre, de l'interdépendance de l'économie mondiale pouvait très bien résulter que le marché américain de la banane soit affecté par le régime communautaire⁸¹². Contrairement à l'approche communautaire qui consistait à distinguer la question de la présomption de dommage et celle de l'intérêt à agir, pour l'Organe d'appel ce ne sont donc là que les deux pans d'une même question. Le droit d'introduire un recours est ainsi fonction du jeu de la présomption, et c'est la seule lecture qui permet de donner son plein sens à l'existence même de la présomption. De l'absence de condition de l'intérêt à agir et de la conception étendue de la notion de dommage, il s'ensuit que le mécanisme accorde à tout Membre la possibilité de déclencher une procédure contentieuse. En cela, l'accès au mécanisme dans sa dimension contentieuse s'analyse comme un véritable droit dont est titulaire chaque Membre de l'Organisation, en parfaite correspondance avec la conception d'obligations de nature multilatérale, dues à tous les Membres. C'est ainsi qu'on peut analyser l'accès à la procédure comme un droit *omnium partium*. Cependant, l'absence de condition d'un intérêt à agir ne signifie pas qu'un tel intérêt *n'existerait* pas : d'abord, constat réaliste, les Membres n'agiront que s'ils y ont un intérêt ; ensuite, leur intérêt est, au minimum, l'intérêt objectif du « respect de la légalité [qui] est une forme d'intérêt juridique »⁸¹³.

811 *Ibid.*, par. 135.

812 *Ibid.*, par. 136.

813 F. VOEFFRAY, *L'actio popularis ou la défense de l'intérêt collectif devant les juridictions internationales*, op. cit., p. 187. En ce sens, le professeur Vranes concède que l'intérêt à agir n'est pas entièrement étranger au mécanisme, au moyen d'un intérêt juridique très dilué, entendu objectivement : E. VRANES, « The Bananes Dispute – Fundamental Issues under WTO Law », in F. BREUSS, S. GRILLER et E. VRANES (eds), *The Banana Dispute : An Economic and Legal Analysis*, Vienne, Springer, 2003, spéc. p. 41-43. A titre de comparaison, signalons que Schachter observait déjà que « [the concept of obligations erga omnes] may well have the desirable effect of making governments more conscious of their interest in the observance of international law and of their legal right (and in some cases their legal duty)

b *Principe de discipline : un « filtre » déplacé*

Nonobstant le sens clair du Mémorandum, et le sens clair aussi de la position des organes de jugement, il reste qu'on peut comprendre la tentation de lire dans le rapport du juge ce qui ne s'y trouve pas, celle de trouver la condition d'un intérêt à agir par le biais de la qualité pour agir. Sans elle, en effet, le mécanisme n'a pas de filtre immédiatement perceptible et l'idée incommode. Contrairement à la perception commune, toutefois, l'examen de la question de ce qui, dans le rapport français, est appelé « qualité pour agir » ne fait pas entrer dans le mécanisme, par un détour, celle de l'intérêt à agir, ou n'« absorbe »⁸¹⁴ pas ce dernier : cette condition n'existe tout bonnement pas, et celle de la qualité pour agir est neutralisée par le jeu de la présomption. De la même manière, les développements du juge sur ce point ne témoignent pas de ce qu'il en exercerait bien un contrôle (puisqu'après tout il l'évoque)⁸¹⁵. Son raisonnement et sa position à cet égard ne correspondent à rien de plus qu'à son obligation de répondre à un moyen soulevé par l'une des parties, et ses propos ne témoignent nullement d'une compétence de contrôle d'une condition que le mécanisme ne pose ni explicitement ni implicitement.

En réalité toutefois, le mécanisme est bien équipé d'un filtre, même si ce n'est pas l'intérêt à agir à proprement parler qui exerce cette fonction. Il repose dans l'énoncé de l'article 3:7, déjà mentionné : l'obligation de discipline ou de *self-restraint* qui pèse sur les Membres. L'Organe d'appel a apporté quelques précisions à son sujet, soulignant la nature « essentiellement autorégulatrice » de l'obligation. Il en infère une présomption : un Membre qui demande l'établissement d'un groupe spécial sera présumé agir de bonne foi et avoir dûment évalué l'utilité d'introduire un recours⁸¹⁶. Il précise que cette forme d'autorégulation se situe hors du contrôle par le juge et que ce dernier n'a pas à remettre en question d'office l'appréciation faite par le Membre⁸¹⁷. On peut relier cette position au fait que l'article 3:7 ne fait que formuler expressément ce qui, de toutes les façons, correspond à la réalité du contentieux international, et en particulier commercial : un Etat n'agira pas sans y avoir un intérêt. On peut

to take action through collective counter-measures and in political and judicial bodies to combat grave violations », v. O. SCHACHTER, *International Law in Theory and Practice*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, p. 212-213 [ouvrage basé sur son cours général professé à La Haye, « International Law in Theory and Practice : General Course of Public International Law », *R.C.A.D.I.*, 1982-V, vol. 178].

814 V. L. DUBIN, « La saisine du mécanisme de règlement des différends de l'O.M.C. », *op. cit.*, p. 128.

815 *Ibid.*, p. 129.

816 Rapport de l'Organe d'appel, *Mexique – Sirop de maïs* (21:5), *op. cit.*, par. 74.

817 *Ibid.*

même supposer que la disposition n'a été introduite dans le Mémorandum que pour satisfaire les craintes et réticences des Membres devant la juridiction obligatoire. Il reste que c'est par le biais de cette obligation d'autorégulation (et par ce biais seulement) que « l'intérêt, sorti par la porte, revien[t] en quelque sorte par la fenêtre »⁸¹⁸. Mais seulement « en quelque sorte », car le filtre ne fait pas défaut, il a été déplacé : certes, l'exigence de la démonstration d'un intérêt à agir a été évacuée du système, mais on retrouve le filtre dans celle d'une forme de qualité pour agir, envisagée très libéralement et qui fonde l'intérêt à agir de tout Membre de l'O.M.C.⁸¹⁹. Et en réalité, renvoyer cette fonction de filtre vers l'autoappréciation de leur qualité par les Membres ne fait que s'inscrire dans la droite ligne de la logique d'un mécanisme mis à leur service, puisqu'il s'agit « d'assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral ». Il apparaît ainsi une fois de plus que c'est de la préservation de la légalité qu'établit le système international commercial qu'il s'agit. Le droit *omnium partium* de porter une action devant le juge témoigne de ce que le mécanisme, voulu objectif, obéit bien à un régime objectif.

c Conclusion : recevabilité inconditionnée

Le raisonnement mené dans l'affaire *CE – Bananes III* et les considérations auxquelles elles ont mené l'Organe d'appel n'ont jamais été remis en cause. L'expression « intérêt juridique » employée dans cette affaire doit vraisemblablement s'entendre comme signifiant « intérêt économique », mais cela reste sans conséquence sur la question de l'intérêt à agir. Dans l'affaire *Corée – Mesure de sauvegarde définitive appliquée aux importations de certains produits laitiers*, le groupe spécial a ainsi considéré « qu'il n'y a dans le Mémorandum d'accord aucune prescription exigeant que les parties aient un intérêt économique », considération d'autant plus convaincante qu'il la conjugua à la présomption de l'article 3:8⁸²⁰. L'affaire *Etats-Unis – Article 211* a fourni par ailleurs une parfaite illustration de l'approche libérale qu'adopte le juge de l'O.M.C. sur la base de la jurisprudence *CE – Bananes III*. L'affaire opposait les Communautés européennes aux Etats-Unis, et il était en effet évident que la mesure américaine en

818 H. RUIZ FABRI, « La juridictionnalisation du règlement des litiges économiques entre Etats », *op. cit.*, p. 927.

819 Au sujet du jeu de la discipline imposée par l'article 3:7, v. par exemple E. VRANES, « The Bananes Dispute – Fundamental Issues under WTO Law », *op. cit.*, p. 41-43.

820 Rapport du groupe spécial, *Corée – Produits laitiers*, *op. cit.*, par. 7.13, entériné par l'Organe d'appel, WT/DS98/AB/R, 14 décembre 1999.

cause visait exclusivement Cuba, et d'aucune manière les Communautés⁸²¹ ; l'Organe d'appel n'en a pas moins accepté sans difficulté aucune l'allégation de violation des Communautés. L'intérêt à agir des Communautés n'a même jamais été mis en cause, et la question de leur intérêt commercial pas même soulevée⁸²². La condition d'un intérêt à agir est donc bien étrangère au système, et en toute hypothèse la notion d'intérêt (juridique) à agir n'est pas synonyme d'intérêt commercial.

Ces constats font apparaître plus clairement que le contentieux de l'O.M.C. est animé dans sa phase initiale par une logique identique à celle qui anime l'institution d'*actio popularis*⁸²³, au moyen d'un accès au juge que nous qualifions de droit *omnium partium*. Constater que le mécanisme ne conditionne pas la recevabilité d'une plainte par l'existence d'un intérêt spécifique à agir revient, *a contrario*, à constater que tout Membre de l'Organisation a un intérêt à agir et peut par conséquent déclencher une procédure. Pareille ouverture implique que chaque Membre de l'O.M.C. est titulaire d'un *droit* à accéder au

821 L'article 211 1) a) de la Loi du Département du commerce portant ouverture de crédits de 1999 disposait notamment qu'aucune transaction ni aucun paiement n'était autorisé ou approuvé en ce qui concernait une marque ou un nom commercial identique ou pour l'essentiel similaire à une marque ou à un nom commercial qui avait été utilisé en rapport avec une entreprise ou des avoirs confisqués (à moins que le titulaire initial de la marque ou du nom commercial, ou l'ayant cause de bonne foi, n'eût donné son consentement exprès).

822 V. le rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Article 21 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits*, WT/DS176/AB/R, 2 janvier 2002, par. 297-319. V. également la même approche *in* rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Mesures de sauvegarde définitives à l'importation de tubes et tuyaux de qualité carbone soudés, de section circulaire, en provenance de Corée*, WT/DS202/AB/R, 15 février 2002, par. 120-122 et 130-133.

823 Plusieurs auteurs voient ainsi un mécanisme d'*actio popularis* au sein du règlement des différends de l'O.M.C. : explicitement, M. MATSUSHITA, T. J. SCHOENBAUM et P. C. MAVROIDIS, *The World Trade Organization – Law, Practice, and Policy*, 2^e éd., New York, Oxford University Press, 2006, qui analysent les termes du Mémoire et la jurisprudence CE – *Bananes III* comme étant, « *in effect, the recognition of an "actio popularis" because all WTO Members would seem to have an interest in any material breach of the covered agreements* » (p. 114) ; plus nuancé, M. BENZING tend dans le même sens mais ne franchit pas le pas de qualifier le mécanisme par le terme correspondant, *in* M. Benzing, « Community Interests in the Procedure of International Courts and Tribunals », *op. cit.*, p. 397-398. Aboutissant à la conclusion prudente selon laquelle le mécanisme, fortement irrigué par la considération de l'intérêt collectif, n'aurait pas encore achevé sa « mutation en un système de défense de la légalité », F. VOEFFRAY, *L'actio popularis ou la défense de l'intérêt collectif devant les juridictions internationales*, *op. cit.*, p. 187-190 (citation p. 190).

juge, et la détention d'un tel titre est bien caractéristique de l'*actio popularis*, quelle que soit la réticence qu'inspire la notion par ailleurs. Qu'un tel régime puisse être utilement pratiqué, c'est-à-dire sans conduire à l'avalanche contentieuse redoutée, se vérifie particulièrement lorsque sont en cause des intérêts économiques, comme c'est ici le cas. On l'a dit, on peut supposer qu'un Etat n'agira pas sans y avoir un intérêt, et c'est dans le pragmatisme d'un tel contentieux et dans les techniques qu'il met en place que se trouve le véritable filtre du mécanisme⁸²⁴.

Au sein du panorama plus vaste du contentieux international, qui avait déjà fait observer à M. Weil que, « pour favorables que les Etats et les juristes puissent être à la notion même d'obligations *erga omnes*, leur enthousiasme s'arrête devant l'*actio popularis*. On proclame avec entrain le concept et la théorie mais on hésite à passer à l'acte lorsqu'il s'agit d'en tirer les conséquences concrètes »⁸²⁵, le règlement des différends de l'O.M.C. révèle une nouvelle fois un trait singulier : sa remarquable cohérence mais aussi son audace dans la configuration du système. Sa conception idéale et théorique n'y reste pas seulement cela, mais est au contraire assortie des dispositifs capables de lui faire prendre corps : en investissant les Membres d'un droit *omnium partium*, le contentieux de l'O.M.C., objectif du moins dans sa phase initiale, favorise la pleine exécution des obligations substantielles, et il est en cela cohérent avec leur nature multilatérale.

824 On observe toutefois que la doctrine a même ponctuellement envisagé de dépasser ou de supprimer cette fonction de filtre : le concept d'obligations *erga omnes* a en effet nourri des réflexions allant bien plus loin encore que son corollaire l'*actio popularis* entendue au sens du droit de chacun d'agir pour tous. Schachter suggérait déjà, en filigrane, la possibilité que les Etats aient, dans certains cas, un devoir d'agir contre la violation d'une obligation collective (O. SCHACHTER, *International Law in Theory and Practice*, *op. cit.*, p. 213), suggestion qu'a développée M. Gaja sous l'angle d'un devoir d'assurer le respect des obligations *erga omnes*. Il envisageait ce devoir d'une part comme la conséquence d'une violation et, d'autre part, plus audacieux encore, même en tant qu'obligation primaire : v. G. GAJA, « Do States Have a Duty to Ensure Compliance with Obligations *Erga Omnes* by Other States ? », in M. RAGAZZI (ed.), *International Responsibility Today – Essays in Memory of Oscar Schachter*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, p. 31-36. V. aussi K. ZEMANEK, « New Trends in the Enforcement of *erga omnes* Obligations », *Max Planck U.N.Yb.*, 2000, p. 1-52.

825 P. WEIL, « Le droit international en quête de son identité – Cours général de droit international public », *op. cit.*, p. 290.

2 « Exceptions » au libre accès au juge :
une recevabilité conditionnée ?

Indiqués dans l'Appendice 2 du Mémorandum⁸²⁶, certains accords contiennent des dispositions spécifiques s'agissant des conditions de déclenchement d'une procédure contentieuse, dont il semble au premier abord qu'elles viennent nuancer l'analyse du mécanisme à laquelle permet de conclure l'existence d'un droit *omnium partium* d'y accéder. Leur examen met toutefois en évidence qu'aucune de ces dispositions ne déroge véritablement à la procédure de droit commun. On distingue parmi elles celles dont la spécificité semble la plus manifeste mais qui n'est qu'apparence (a.), et celles dont la spécificité est réelle mais n'emporte pas de conséquence pratique au stade de la procédure contentieuse (b.).

a *Fausse exceptions*

i Accord SMC et subventions prohibées

Aucune disposition de l'Accord SMC ne contient la moindre référence à une quelconque présomption équivalente à celle de l'article 3:8 du Mémorandum. Au premier abord, on en tire l'impression d'une spécificité en matière de subventions, d'un régime particulier qui échapperait au régime objectif de droit commun du contentieux. Mais on s'interroge alors sur les raisons de cette apparente spécificité : en effet, les théories et analyses économiques indiquent que les subventions ont des effets de distorsion sur le commerce bien moins importants que d'autres dispositifs commerciaux plus classiques, notamment les restrictions quantitatives et les tarifs douaniers⁸²⁷. Dans ces conditions, on peut s'étonner du régime distinct qui est attaché aux subventions appartenant à la catégorie « prohibées »⁸²⁸, et on serait pareillement surpris si les affaires de subventions en particulier recevaient un traitement distinct en matière de recevabilité d'une plainte. Le GATT de 1947 était d'ailleurs bien plus indulgent à l'égard des subventions que ne l'est l'O.M.C., approche qui semblait refléter la conscience qu'avaient les négociateurs que les subventions sont d'importants

826 Intitulé « Règles et procédures spéciales ou additionnelles contenues dans les accords visés ».

827 Pour un développement plus approfondi de cette question, v. M. MATSUSHITA, T. J. SCHOENBAUM et P. C. MAVROIDIS, *The World Trade Organization – Law, Practice, and Policy*, op. cit., spéc. p. 332-336 ; P. C. MAVROIDIS, G. A. BERMAN et M. WU, *The Law of the World Trade Organization (WTO)*, op. cit., spéc. p. 209-211.

828 V. par exemple sur ce point K. W. BAGWELL et P. C. MAVROIDIS, « Too Much, Too Little ... Too Late ? », in K. W. BAGWELL, G. A. BERMAN et P. C. MAVROIDIS (eds), *Law and Economics of Contingent Protection in International Trade*, New York, Cambridge University Press, 2010, spéc. p. 168-170.

instruments de politique étatique. Ainsi, l'article XVI se contentait de décourager les subventions à l'exportation, en indiquant que si une telle subvention créait un dommage pour une autre partie contractante, alors il faudrait examiner la possibilité de la limiter.

L'O.M.C. adopte une approche beaucoup plus mordante à l'encontre des subventions, tout en reflétant une forme de compromis entre différentes positions. Elles sont classées en deux grandes catégories : celles qui sont prohibées (subventions à l'exportation et subventions pour contenu local) et celles qui peuvent donner lieu à une action⁸²⁹. L'article 4.1 de l'Accord SMC dispose ainsi que « [c]haque fois qu'un Membre aura des raisons de croire qu'une subvention prohibée est accordée ou maintenue par un autre Membre, ledit Membre pourra demander à tenir des consultations avec cet autre Membre », tandis que le paragraphe 4 du même article prévoit qu'en l'absence de solution mutuellement convenue dans un délai de 30 jours, tout Membre partie à ces consultations pourra demander l'établissement d'un groupe spécial. Le parti-pris à cet égard semble clair : les subventions prohibées sont la bête noire de l'O.M.C. Cela explique le biais hâtivement pris d'inférer aussitôt une spécificité du régime attaché aux obligations en matière de subventions prohibées. Un examen de l'accord SMC et de la jurisprudence met toutefois en évidence que la prétendue spécificité n'est qu'une apparence.

En effet, d'une part, on ne saurait plaider en faveur de la spécificité en invoquant l'absence de mention expresse de présomption de dommage, puisqu'une consécration explicite est en l'espèce superflue : la présomption de dommage n'a pas à être formulée, elle est impliquée par l'interdiction même des subventions concernées. Si certaines subventions sont interdites, alors leur octroi produit nécessairement des effets dommageables, et en tout cas il violerait l'obligation (en l'espèce une prohibition). Cette interprétation est corroborée par l'approche de l'arbitre au titre de l'article 22:6 dans l'affaire *Brésil – Aéronefs*, qui était d'avis que l'article 4 de l'Accord SMC ne faisait pas expressément mention de l'annulation ou de la réduction d'avantages car « une violation de l'article 3 de l'Accord SMC implique une présomption irréfutable d'annulation ou de réduction d'avantages. Il n'est donc pas nécessaire d'en faire mention »⁸³⁰.

D'autre part, la jurisprudence révèle une analogie intéressante opérée par le groupe spécial : dans l'affaire *Etats-Unis – Loi sur la compensation (Amendement*

829 A son entrée en vigueur, l'Accord prévoyait une troisième catégorie, celle des subventions ne donnant pas lieu à une action, qui n'avait été mise en place qu'à titre provisoire pendant cinq ans et était par conséquent destinée à prendre fin le 31 décembre 1999, à moins que le Comité SMC décidât par consensus de prolonger son existence, ce qu'il ne fit pas.

830 Décision de l'arbitre, *Brésil – Aéronefs* (22:6), *op. cit.*, par. 3.48.

Byrd), il considéra que la présomption énoncée à l'article 3:8 du Mémoire d'Entente ne pouvait être appliquée aux subventions autres que prohibées, au motif qu'on supprimerait sinon la distinction entre subventions prohibées et subventions non prohibées⁸³¹. Il estima ainsi que les effets défavorables sont présumés s'agissant d'une subvention prohibée (suivant la présomption de l'article 3:8 du Mémoire d'Entente), alors que s'agissant de tous les autres types de subventions, il faut les prouver. L'expression « annuler ou compromettre des avantages » dans le contexte de cette dernière catégorie équivaut selon le groupe spécial à une plainte en situation de non-violation. Ce raisonnement est parfaitement convaincant au regard d'une part de l'articulation entre l'Accord SMC et le Mémoire d'Entente, et d'autre part de l'articulation interne de l'Accord SMC qui prend le soin de classer les subventions en différentes catégories ; or, cette classification perdrait sa pertinence si on admettait un régime spécifique (*i.e.* présomption inopérante) s'agissant des subventions prohibées. Il existe donc bien une présomption pour les subventions prohibées, mais qui n'a pas été formulée expressément car elle est intrinsèquement contenue dans leur statut particulier : l'Accord SMC n'établit aucun régime spécifique pour les subventions prohibées, en vertu duquel s'appliqueraient des conditions plus restrictives s'agissant de la recevabilité d'une plainte.

ii GATS

Le GATS se trouve dans la situation diamétralement opposée à celle que laisse au premier abord supposer l'Accord SMC : il paraît établir des conditions de recevabilité relâchées, qui peuvent faire douter de l'authenticité du libre accès que nous avons affirmé précédemment. En effet, l'article XXIII fait référence, comme situation ouvrant la possibilité de recourir aux procédures prévues par le Mémoire d'Entente, au manquement d'un Membre aux obligations qui lui incombent au titre de cet accord, ou aux engagements spécifiques pris au titre de l'accord⁸³². Aucune mention n'est faite de l'annulation ou de la réduction d'un avantage, alors pourtant qu'il s'agit là de la notion clé du contentieux⁸³³.

831 Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention*, WT/DS217/R, WT/DS234/R, 16 septembre 2002, par. 7.119.

832 Cette hypothèse correspond donc à une plainte en situation de violation : « Au cas où un Membre considérerait que tout autre Membre ne remplit pas les obligations ou engagements spécifiques qu'il a contractés au titre du présent accord, ledit Membre pourra, en vue d'arriver à un règlement mutuellement satisfaisant de la question, recourir au Mémoire d'Entente d'accord sur le règlement des différends » (art. XXIII:1 du GATT de 1947).

833 On observe d'ailleurs que l'article XXIII est intitulé dans sa version originale anglaise « *Nullification or Impairment* », que la traduction française de l'accord transforme en « Protection des concessions et des avantages ». Or, cette traduction ne reflète pas comme

Le GATS paraît ainsi établir une spécificité des conditions d'accès au mécanisme, la la présomption ne semblant pas opérer ici de comme elle le fait dans le droit commun du contentieux. Mais cette première impression ne résiste pas à une analyse de la pratique sous le GATT de 1947 et de la particularité du GATS.

S'agissant du GATT de 1947, la formulation de son article XXIII peut laisser penser que la charge incombe à celui qui allègue une violation de prouver non seulement la violation mais aussi le dommage. Mais la jurisprudence sous le GATT a établi, et tenu comme un acquis constant et invariable, que la violation d'une disposition du GATT créait la *présomption* d'une annulation ou d'une compromission d'avantage. Le contentieux sous l'empire du GATT de 1947 témoigne d'ailleurs de ce que cette présomption, dans une affaire de violation, n'a jamais été réfutée ; la jurisprudence sous l'O.M.C. maintient ce bilan peu surprenant. En d'autres termes, la présomption est de fait irréfutable, ce que le groupe spécial dans l'affaire *Etats-Unis – Taxes sur le pétrole (Superfund)* avait d'ailleurs clairement laissé entendre⁸³⁴. C'est précisément le raisonnement mené par le groupe spécial dans cette affaire qui a été intégré, bien que sous une autre formule, dans l'article 3:8 du Mémoire qui consacre la présomption. L'absence de référence au dommage dans le GATS paraît donc n'être qu'une conséquence de la réalité du caractère irréfutable de cette présomption sous le GATT et de la conscience de ce qu'une mention expresse est inutile⁸³⁵.

S'agissant du second aspect, il identifie et explique la particularité de l'accord, qui se distingue parmi les autres par le fait de ne pas seulement créer des obligations pour les Etats mais de viser aussi directement les personnes privées⁸³⁶. Or, le mécanisme de règlement des différends de l'O.M.C. reste un

le fait l'intitulé anglais que l'annulation et la compromission d'avantage est le pivot du contentieux.

834 Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Taxes sur le pétrole et certains produits d'importation*, *op. cit.*, par. 5.1.9. L'extrait pertinent est reproduit *supra* dans les notes relatives à ce paragraphe, A., 1.

835 V. aussi en ce sens W. ZDOUC, « WTO Dispute Settlement Practice Relating to the GATS », *J.I.E.L.*, 1999, vol. 2, n° 2, p. 297-298. Dès lors que la présomption paraît irréfutable, certains auteurs suggèrent même de reformuler le Mémoire en suivant l'exemple que donnent l'article 4 de l'Accord SMC et le GATS (v. *infra*), c'est-à-dire en supprimant tout bonnement la référence au dommage à l'article 3:8, inutile puisque de fait inopérante. V. par exemple E.-U. PETERSMANN, *The GATT/WTO Dispute Settlement System – International Law, International Organizations and Dispute Settlement*, *op. cit.*, p. 170.

836 Pour un exposé du GATS et de sa négociation, v. J. A. MARCHETTI et P. C. MAVROIDIS, « The Genesis of the GATS », *E.J.I.L.*, 2011, vol. 22, n° 3, p. 689-721, qui observent les complexités de l'accord ainsi que les quelques maladresses de construction ou de rédaction, mais soulignent surtout l'importance cruciale de l'accord en dépit de ses imperfections.

système juridictionnel interétatique auxquels les particuliers n'ont pas accès. Dès lors qu'ils sont pourtant directement visés par les dispositions du GATS, ils se trouvent en situation de vulnérabilité et surtout d'impuissance en cas de litige. Le droit de l'O.M.C. est certes muet sur son propre effet direct, qui permettrait aux particuliers de porter une affaire relative au GATS (ou à tout autre accord de l'O.M.C.) devant les juridictions de leur Etat, et il appartient à chaque système juridique national de décider d'accepter ou non un tel effet direct. Dans l'ordre communautaire par exemple, la jurisprudence bien connue et constante est de le refuser⁸³⁷, pour différentes raisons pas toutes pareillement convaincantes, et qui tiennent surtout à un choix de politique judiciaire. Ce refus n'est pas surprenant, mais c'est dans ce contexte d'implication directe de particuliers par ailleurs démunis face à un mécanisme juridictionnel interétatique que s'explique l'ouverture du GATS, qui ne témoigne pas autrement d'une spécificité des conditions de recevabilité : la situation de faiblesse des personnes privées se trouve atténuée par la formulation très large de l'article XXIII et la possibilité pour n'importe quel Membre de se plaindre de n'importe quelle violation alléguée.

b *Vraies exceptions*

Les deux seules véritables exceptions à la procédure de droit commun sont mises en place par le régime de l'Accord antidumping (i.) et de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce (ii.), mais ces spécificités doivent toutes deux être resituées dans leur contexte et, ce faisant, sont relativisées. La conséquence en est qu'elles n'ont aucune incidence pratique sur la procédure contentieuse, ni en amont sur sa configuration.

i *Accord antidumping*

Selon l'article 17.4 de l'Accord antidumping, la procédure de règlement des différends n'est disponible qu'en présence de mesures imposant des droits antidumping définitifs, des engagements de prix ou des mesures provisoires qui ont une incidence notable pour d'autres Membres. Seules peuvent donc

837 Pour l'espace juridique communautaire, la jurisprudence de référence sur cette question est, s'agissant du GATT 1947, l'arrêt de la C.J.C.E. dans l'affaire *International Fruit*, aff. C-21 à 24/72, arrêt du 12 décembre 1972, *Recueil C.J.C.E.* 1972, p. 1220-1231 ; s'agissant des accords O.M.C., C.J.C.E., *République portugaise c. Conseil de l'Union européenne*, aff. C-149/96, arrêt du 23 novembre 1999, *Recueil C.J.C.E.* 1999, I, p. 8425-8452. Pour une appréciation, dès les premières années de fonctionnement du mécanisme, v. P. ECKHOUT, « The Domestic Legal Status of the WTO Agreement : Interconnecting Legal Systems », *C.M.L. Rev.*, 1997, vol. 34, n° 1, p. 11-58 ; G. GRILLER, « Judicial Enforceability of WTO Law in the European Union : Annotation to Case C-149/96, *Portugal v Council* », *J.I.E.L.*, 2000, vol. 3, n° 3, p. 441-472.

être contestées devant le juge les mesures qui portent une atteinte manifeste aux intérêts des Membres des territoires desquels proviennent les produits concernés. Cette restriction tient cependant moins à une volonté de créer un régime spécifique en matière d'antidumping qu'à celle d'empêcher une submersion des autorités antidumping nationales, dans la mesure où la restriction en cause interdit précisément de déclencher une procédure à l'encontre de la seule ouverture d'une enquête nationale ou des actes accomplis dans le cadre de celle-ci. Si la restriction posée se présente bien comme une exception à la procédure de droit commun, la spécificité ainsi créée ne repose toutefois que sur une considération purement pragmatique, sans lien aucun avec l'accès même au mécanisme de règlement des différends.

ii Accord OTC

L'article 14.4 de l'Accord OTC dispose que « [l]es dispositions relatives au règlement des différends qui sont énoncées ci-dessus pourront être invoquées dans les cas où un Membre estimera qu'un autre Membre n'est pas arrivé à des résultats satisfaisants au titre des articles 3, 4, 7, 8 et 9, et que ses intérêts commerciaux sont affectés de façon notable ». La disposition semble ainsi faire exception à l'absence de conditions de recevabilité dans la procédure de droit commun, dans la mesure où la condition d'une atteinte notable aux intérêts commerciaux d'un Membre paraît imposer la démonstration d'un dommage spécifique pour le Membre ayant déclenché la procédure. On doit toutefois la relativiser : les articles auxquels renvoie l'article 14.4⁸³⁸ imposent aux Etats des obligations de comportement vis-à-vis de leurs institutions publiques locales. Ils ne visent donc pas en substance l'élaboration des normes, mais seulement la manière dont l'Etat encadre les acteurs auxquels il délègue cette mission : il s'agit d'obligations de surveillance distinctes des obligations en matière d'élaboration des normes, celles-ci relevant d'obligations substantielles tandis que celles-là ne sont que des obligations de comportement. Par conséquent, ce qu'exige l'article 14.4 n'est pas la démonstration d'un intérêt à agir fondé sur l'existence d'un dommage, mais la démonstration de ce qu'un défaut de surveillance de ses institutions publiques locales est imputable à l'Etat. Les conditions de recevabilité de l'action ne sont donc nullement altérées par cette exigence : le Membre qui sollicite des consultations et l'établissement d'un groupe spécial n'a pas à établir son intérêt. La seule implication directe se situe dans la charge de la preuve, le défendeur ayant à démontrer que les intérêts commerciaux du plaignant n'ont pas été affectés de manière notable ; d'un point de vue pratique, une telle preuve semble impossible à apporter.

838 Les articles 3, 4, 7, 8 et 9 de l'Accord OTC.

Aucune des dispositions d'apparence spécifique ne remet donc en cause le constat du caractère objectif du mécanisme, au regard des conditions de son accessibilité dans la phase initiale. Cette ouverture sans restriction est inédite dans un mécanisme juridictionnel interétatique et n'ayant pas pour vocation la protection des droits de l'homme. Toutefois, les caractéristiques du régime objectif se brouillent puis se resserrent progressivement, au fur et à mesure de l'avancement du contentieux dans la phase de mise en conformité.

§ 2 Fermeture des procédures de la mise en conformité : une exécution intersubjective

Sous l'angle juridictionnel analysé dans les chapitres précédents, l'organisation de la phase de mise en conformité à l'O.M.C. met en évidence la cohérence et la continuité du contentieux global, par une inclusion inhabituelle du suivi de l'exécution dans la fonction juridictionnelle. Mais le contentieux de l'exécution marque également une rupture : celle entre le régime objectif auquel obéit la phase initiale et le régime de plus en plus manifestement intersubjectif des procédures contentieuses dans la phase de mise en œuvre. On observe en effet que le Mémoire est évasif s'agissant des conditions de recevabilité, et plus largement de l'accès aux procédures des articles 21:3 c) et 21:5, les deux premières dans ce qui nous paraît être la chronologie logique du contentieux de l'exécution. Sans poser explicitement des conditions restrictives de recevabilité de la demande, il ne confirme pas non plus l'ouverture constatée dans la phase initiale (B.). La fermeture du contentieux devient plus manifeste s'agissant de l'arbitrage de l'article 22:6 ; elle paraît résulter d'une nécessité compte tenu de l'objet spécifique de la procédure, mais n'en est pas moins en opposition notable avec le régime objectif auquel obéit la phase initiale (C.). Il reste toutefois la surveillance multilatérale effectuée au sein de l'organe politique, dont le déroulement, d'un bout à l'autre, confirme le choix d'objectivisme du système (A.). C'est par ce décalage entre les piliers politique et juridictionnel qu'on confirme que la fermeture subséquente du contentieux dans la phase d'exécution n'exprime pas un choix délibéré en faveur du subjectivisme, mais est le produit d'une nécessité, conjonction des circonstances particulières dans lesquelles intervient l'arbitrage sur une suspension de concessions et l'objectif de rendre pleinement efficace le mécanisme.

A *Objectivisme dans la surveillance politique*

On trouve dans la procédure de surveillance multilatérale par l'O.R.D. une nouvelle confirmation tant de la nature collective des obligations que de

l'ouverture choisie du mécanisme de règlement des différends. Elle reflète en effet exactement l'absence de condition d'intérêt à agir de la procédure initiale : l'article 21:6 du Mémorandum dispose que la question de la mise en œuvre des recommandations ou décisions « pourra être soulevée à l'O.R.D. par tout Membre à tout moment après leur adoption ». Cette disposition se situe dans la droite ligne du droit *omnium partium* qui opère dans la phase initiale du contentieux, en ce qu'elle est la correspondance (politique) exacte de la possibilité pour n'importe quel Membre de porter une plainte devant le juge de l'O.M.C. Le Mémorandum ne pourrait pas exprimer plus clairement que la bonne exécution du traité est un intérêt collectif, et que la mise en œuvre des recommandations, et par-delà la préservation de la légalité, relève de l'intérêt systémique, et en ce sens collectif, des Membres⁸³⁹. Le choix de l'objectivisme et la cohérence de ce choix apparaissent nettement : si tout et n'importe quel Membre est considéré comme ayant un titre à déclencher une procédure contentieuse, alors tout et n'importe quel Membre possède également un titre à s'enquérir de la mise en œuvre des recommandations adoptées. L'organe politique du mécanisme opère ainsi, même dans la phase d'exécution, dans la continuité de la logique objective selon laquelle opère la phase contentieuse initiale. Elle s'efface toutefois progressivement au profit d'un glissement dans le mode intersubjectif dans la dimension juridictionnelle du mécanisme, comme le révèle en premier lieu l'accès restreint aux procédures disponibles.

B *Resserrement des conditions de recevabilité : procédures des articles 21:3 c) et 21:5*

Le Mémorandum laisse incertaines les conditions de recevabilité s'agissant des procédures des articles 21:3 c) et 21:5. Déterminer avec certitude qui a accès à la procédure de l'article 21:5 est malaisé, du moins si on s'attache à cette seule disposition pertinente, puisqu'elle ne fait pas apparaître explicitement si la recevabilité du recours est ou n'est pas soumise à des restrictions (1.). Il est vraisemblable en revanche que l'arbitrage au sujet du délai d'exécution soit réservé aux seules parties au différend initial (2.).

1 Recevabilité d'une demande de contrôle au fond de l'exécution
L'article 21:5 se contente d'indiquer qu'il sera recouru aux procédures de règlement des différends « [d]ans les cas où il y aura désaccord au sujet de l'existence ou de la compatibilité avec un accord visé de mesures prises pour se

839 V. à ce sujet notamment H. RUIZ FABRI, « *Communautés européennes – Bananes (mise en œuvre)* », *op. cit.*, p. 199, qui souligne l'intérêt général, ou collectif, de l'ensemble des Membres à la mise en œuvre des recommandations de l'O.R.D.

conformer aux recommandations et décisions ». L'imprécision de la disposition laisse ouverte la question de savoir si l'accès à la procédure est réservé aux parties à la procédure initiale ou si au contraire, ici aussi, tout Membre peut saisir le juge. La fonction de la procédure de l'article 21:5 étant le contrôle au fond de l'existence ou de la teneur des mesures de mise en conformité, il va de soi – et la pratique confirme cette tendance – qu'elle intéressera principalement le plaignant initial. Mais, on l'a dit, rien dans le Mémorandum ne réserve explicitement la procédure à l'usage exclusif du plaignant initial. Il est donc (en principe) envisageable que l'établissement d'un groupe spécial soit sollicité par le défendeur initial – nous avons déjà soulevé et traité cette question⁸⁴⁰. Mais plus largement, et c'est cette hypothèse qui nous intéresse particulièrement ici, l'article 21:5 interprété à la lumière de l'ensemble du Mémorandum et de l'objectif du système ne permet-il pas d'envisager que n'importe quel Membre de l'Organisation qui n'aurait pas été partie au différend initial soit recevable à saisir le juge ?

Le mécanisme paraît en effet d'une remarquable élasticité, dans la mesure où rien dans le Mémorandum n'interdit explicitement l'engagement d'une procédure de contrôle de la mise en conformité par un Membre qui n'aurait pas été partie au différend initial. Le texte minimaliste de l'article 21:5 ne s'y oppose pas et l'hypothèse n'est pas absurde : d'une part, l'intérêt général qu'ont les Membres à la bonne exécution des accords est avéré – la surveillance multilatérale le confirme –, et d'autre part, la mesure d'exécution est nouvelle et pourrait donc gêner n'importe quel Membre. La possibilité d'un recours par l'un quelconque des Membres de l'Organisation s'inscrirait ainsi à la fois dans l'esprit d'autonomie dans lequel cette procédure a été conçue, au sens où elle traite d'une nouvelle mesure, et de l'objectif du mécanisme d'ensemble qui vise un règlement définitif des différends⁸⁴¹.

L'un des plus jeunes épisodes de l'affaire *CE – Bananes III* a en outre révélé combien la question de l'accès à la procédure de l'article 21:5 était sensible. Le désaccord (on se souvient qu'une procédure initiale avait déjà eu lieu, suivie d'une première procédure au titre de l'article 21:5) était né du nouveau

840 *Supra*, Première partie, Titre I, Chapitre I, Section II, § 1, A.

841 V. également en ce sens J. E. KEARNS et S. CHARNOVITZ, « Adjudicating Compliance in the WTO : A Review of DSU Article 21.5 », *op. cit.*, p. 343-344. Pour un avis plus nuancé, v. par exemple T.-Y. Lin, « Compliance Proceedings under Article 21.5 of DSU and Doha Proposed Reform », *op. cit.*, spéc. p. 924-925, mais qui observe que l'exclusion de Membres extérieurs à la procédure initiale devrait au minimum être justifiée de manière plus convaincante, alors que la configuration actuelle du système, en principe, n'y est pas défavorable.

système communautaire d'importation des bananes, basé sur le Règlement (CE) n° 1964/2005 du Conseil du 29 novembre 2005⁸⁴² qui accordait un régime préférentiel à certains pays en développement conformément à l'Accord de Cotonou conclu en 2000 par les Communautés européennes. L'Equateur et les Etats-Unis ont contesté ce nouveau régime, les seconds au motif que le contingent tarifaire à droit nul pour les importations de bananes originaires des pays ACP n'était pas accessible aux bananes originaires de pays autres. Ils alléguaient donc que les Communautés n'avaient toujours pas mis en conformité leur régime d'importation des bananes avec les recommandations de l'O.R.D. Les Communautés se sont vivement opposées à la demande d'établissement d'un groupe spécial de la mise en conformité par les Etats-Unis, contestant la qualité pour agir de ceux-ci devant un groupe spécial au titre de l'article 21:5. Elles estimaient que le traitement préférentiel résultant de l'Accord de Cotonou restait sans incidence sur la valeur des importations en provenance des Etats-Unis, et que leur régime ne pouvait donc causer aucun dommage aux Etats-Unis⁸⁴³. En d'autres termes, la recevabilité des Etats-Unis ne serait établie que s'ils prouvaient l'existence d'un dommage individuel. Les Etats-Unis au contraire faisaient valoir qu'exiger d'eux qu'ils démontrent l'existence d'un dommage serait une confusion entre les fonctions respectives des procédures de l'article 21:5 et de l'article 22:6⁸⁴⁴.

En un sens, le (deuxième) groupe spécial de la mise en conformité était là confronté à une divergence de positions qu'il aurait été simple de trancher, sur le fondement de l'absence de condition d'un intérêt à agir et en tout cas d'un intérêt commercial. On sent pourtant son malaise lorsqu'il précise d'emblée qu'il n'y a pas lieu pour lui de prendre position, en général, sur la question de savoir si les groupes spéciaux peuvent être tenus d'apprécier si un Membre a un titre pour engager une procédure de règlement des différends au titre du Mémoire⁸⁴⁵. Et s'il a donné raison aux Etats-Unis, il ne l'a pas fait en

842 Entré en vigueur le 1^{er} janvier 2006. L'accord était au demeurant couvert jusqu'en 2007 par une dérogation accordée par la Conférence ministérielle. Au sujet du mécanisme de dérogation, v. *supra* dans ce Titre, Chapitre I, Section II, § 2, C., 1., b.

843 Rapport du groupe spécial, *CE – Bananes III (21:5 USA)*, *op. cit.*, par. 7.22. V. aussi *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes – Recours des Etats-Unis à l'article 21:5*, WT/DS27/RW/USA, les deux communications écrites des Communautés européennes, par. 75 s'agissant de la première et par. 98 s'agissant de la seconde.

844 *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes – Recours des Etats-Unis à l'article 21:5*, WT/DS27/RW/USA, deuxième communication écrite des Etats-Unis, par. 59.

845 Rapport du groupe spécial, *CE – Bananes III (21:5 USA)*, *op. cit.*, par. 7.34.

tranchant en substance la question de l'intérêt commercial et de la qualité pour agir, mais en arguant que les Communautés n'avaient pas réfuté l'existence de l'intérêt particulier qu'avaient les Etats-Unis, en tant que partie à la procédure initiale, à faire en sorte que la mesure communautaire soit mise en conformité avec les accords de l'O.M.C. Il en a inféré qu'il n'avait pas besoin de procéder à une analyse distincte de la question de savoir si la violation alléguée « affectait » suffisamment les intérêts américains au point de conférer aux Etats-Unis qualité pour agir⁸⁴⁶. Ce raisonnement appelle deux observations. D'abord, on voit ici réapparaître la gêne des groupes spéciaux face à l'incertitude des conditions d'accès à la procédure de l'article 21:5 (si même il y en a). Elle était ici telle que le groupe spécial a cru opportun de justifier sa décision au titre de ce qui serait la continuité d'un intérêt particulier – alors que rien dans le Mémoire ne l'exige, et que l'exiger est même contraire au régime objectif auquel obéit la phase initiale du contentieux⁸⁴⁷. Ensuite, l'approche du groupe spécial revient à établir de fait une sorte de présomption de recevabilité au bénéfice du plaignant de la procédure initiale : si c'est lui qui demande l'établissement d'un groupe spécial de l'article 21:5, alors l'intérêt qu'il avait dans la procédure initiale, et qui devient apparent lorsqu'elle mène à une constatation de dommage, se transpose en quelque sorte à la phase d'exécution, et il est supposé animer également le recours à l'article 21:5. Mais une telle présomption, en admettant qu'elle soit justifiée, ne nous paraît pas exclusive de la possibilité (sans présomption cette fois) pour un *défendeur* initial d'accéder à la procédure, ni même, en toutes rigueur et cohérence avec la phase initiale, à un Membre tiers. Mais dans la pratique, ce sont exclusivement les plaignants initiaux qui font recours à l'article 21:5 (depuis l'affaire *CE – Bananes III*) et c'est bien parce que, de fait, ce sont eux qui ont l'intérêt le plus immédiat à faire contrôler par le juge l'existence ou la teneur de l'exécution ; les presque deux décennies de fonctionnement du mécanisme ne fournissent pas de précédents témoignant des autres possibilités qu'on pourrait puiser dans l'article 21:5. On peut d'ailleurs y voir le témoignage de la discipline effective, en vertu de l'article 3:7, avec laquelle les Membres apprécient l'utilité réelle d'un recours : la pratique le confirme, les Membres n'agissent pas sans avoir un intérêt à le faire.

2 Recevabilité d'une demande d'arbitrage au sujet du délai raisonnable

L'article 21:3 c) est aussi peu explicite que l'article 21:5 s'agissant de la question des conditions de recevabilité d'une demande de fixation du délai d'exécution

⁸⁴⁶ *Ibid.*

⁸⁴⁷ Hormis s'agissant des tierces parties.

par voie d'arbitrage : la formule « le délai raisonnable sera [...] un délai déterminé par arbitrage contraignant » ne donne aucune précision sur l'identité des Membres pouvant le solliciter, ni sur les conditions auxquelles elles doivent satisfaire. La seule indication se trouve dans la note 2, qui règle le cas où « les parties » ne s'entendraient pas au sujet du choix de l'arbitre. Ces « parties » ne sont pas identifiées plus précisément, et elles n'ont pas été mentionnées précédemment ; en toute logique cependant, en combinant l'expression à l'objet particulier de l'arbitrage au titre de l'article 21:3 c), il semble qu'elle devrait viser les parties à la procédure initiale. C'est aussi ce qu'indique la pratique jusqu'à présent, puisque la demande d'arbitrage au titre de l'article 21:3 c) a toujours été faite par l'une ou l'autre des parties, ou les deux conjointement.

Toutefois, il n'est pas explicitement interdit par le Mémorandum qu'un Membre étranger à la procédure initiale sollicite un arbitrage afin de faire fixer le délai raisonnable d'exécution dans une affaire qui ne le concerne pas directement. L'hypothèse construit sur la spéculation et il est par ailleurs improbable qu'elle se réalise, mais nous la formulons tout de même, ne serait-ce que pour mieux faire apparaître une lacune du Mémorandum. La raison qui anime l'idée même d'un arbitrage sollicité par un Membre tiers est double, et elle exige quelques éléments de contexte au sujet de l'article 21:3 c). D'abord, les développements précédents l'ont démontré, l'exécution des recommandations de l'O.R.D. est considérée comme étant une question d'intérêt général, tous les Membres pouvant la soulever lors des réunions de l'O.R.D. Au regard de cet intérêt général, on peut concevoir qu'un Membre extérieur à une affaire, dans le cas où les parties tarderaient à convenir entre elles du délai de mise en œuvre ou de recourir à l'arbitrage pour le faire fixer, souhaite lui-même solliciter l'arbitrage afin d'accélérer l'avancement du processus de mise en œuvre. Ensuite, l'article 21:3 dans sa rédaction actuelle marginalise entièrement les Membres tiers ; il marginalise en réalité l'ensemble du *membership* entendu ici comme le corps constitutif de l'O.R.D., à l'exception des parties au différend. Cette marginalisation apparaît à la fois du texte de l'article 21:3 et du mode de prise de décision à l'O.R.D. Pour rappel, le principe énoncé dans le chapeau de l'article 21:3 est celui de l'exécution immédiate. Le Membre concerné par la recommandation de mise en œuvre peut cependant invoquer une exception à ce principe, lorsque l'exécution immédiate est irréalisable. La condition posée par l'article 21:3 pour que puisse opérer l'exception est l'accord soit de l'O.R.D. (c'est-à-dire du *membership*), soit du plaignant initial. La première hypothèse correspond à l'article 21:3 a), selon lequel le délai proposé par le défendeur initial doit être approuvé par l'O.R.D.; la seconde correspond à l'article 21:3 b), selon lequel les parties initiales peuvent convenir entre elles du délai. Ce n'est que si aucun accord n'est trouvé que la voie de l'arbitrage devient disponible, peu importe, en principe, quel Membre est à l'origine de la situation de blocage.

En réalité cependant, le seul Membre véritablement en mesure de bloquer le processus de fixation d'un délai d'exécution, et dès lors contraindre au recours à l'arbitrage, est le plaignant initial. En effet, dès lors qu'au minimum les parties initiales au différend s'entendent sur le délai, elles sont dans une situation correspondant à l'article 21:3 b) ; elles peuvent alors se dispenser de l'approbation de l'O.R.D., qui ne ferait qu'alourdir le processus. De la même manière, dès lors qu'au minimum ces parties se sont entendues sur le délai, la désapprobation d'un autre Membre représenté à l'O.R.D. n'a plus de conséquence, puisque la base minimale de l'article 21:3 b), l'accord entre les parties, est constituée. Inversement, tant que le plaignant initial ne consent pas au délai proposé, l'O.R.D. ne peut pas l'approuver. L'article 2:4 du Mémorandum dispose en effet que dans les cas où le Mémorandum prévoit que l'O.R.D. doit prendre une décision – et l'article 21:3 a) est un tel cas –, il le fait selon la règle du consensus. Une note à cette disposition précise alors que « [l']ORD sera réputé avoir pris une décision par consensus sur une question dont il a été saisi si aucun Membre, présent à la réunion de l'ORD au cours de laquelle la décision est prise, ne s'oppose formellement à la décision proposée ». En d'autres termes, aucun consensus ne peut se constituer sans la voix favorable du plaignant initial ; ce qui signifie que, par le mode de prise de décision qui le lie, l'O.R.D. n'a aucun moyen d'imposer au plaignant initial d'accepter un délai d'exécution qu'il ne jugerait pas acceptable. De fait, l'alinéa a) de l'article 21:3 est inopérant, puisque tout le processus de fixation du délai de mise en œuvre – hors l'hypothèse de l'arbitrage – ramène vers le consentement du plaignant initial, qui en est entièrement le pivot. Dans la pratique, d'ailleurs, aucun délai de mise en œuvre n'a été déterminé selon le mode de l'approbation par l'O.R.D. Dans ces conditions de marginalisation, auxquelles pourraient s'ajouter des circonstances de « blocage » des parties initiales (qui perdraient par exemple du temps en négociations bilatérales), on peut imaginer qu'un Etat tiers souhaite solliciter l'arbitrage, même si on concède qu'il n'a aucun intérêt subjectif et immédiat à une mise en œuvre rapide.

Cette spéculation mise à part, on sent bien, dès le passage de la phase initiale à ces procédures d'exécution, le tiraillement entre d'un côté un mécanisme voulu objectif, et de l'autre côté la particularité propre à la phase d'exécution : les rapports se resserrent autour des protagonistes initiaux, la bilatéralisation devient plus apparente, le contentieux se subjectivise. Certes, les textes n'y apportent qu'un concours modeste et s'il ne faut évidemment pas faire dire aux mots explicites ce que ils ne disent pas, il ne s'agit pas non plus de faire dire aux silences ce que, justement, ils ne disent pas. On ne peut donc inférer des imprécisions ou lacunes dans les articles 21:3 et 21:5 que le régime objectif auquel obéit la phase initiale vaudrait aussi s'agissant des procédures

contentieuses de la phase d'exécution ; pas plus qu'on peut inférer que les imprécisions et lacunes seraient délibérées, et chercher à leur donner un sens. Plutôt, il faut se contenter de la prudente conclusion qu'elles font apparaître, en toute vraisemblance, que les négociateurs des traités n'ont tout bonnement pas envisagé que ces procédures puissent être déclenchées par des Membres qui n'y auraient aucun intérêt immédiat. Cette quasi-évidence rendait en effet inutile de préciser les conditions de recevabilité de demandes formulées au titre des articles 21:3 c) et 21:5, puisque dans la pratique, il ne fait aucun doute que les recours sont formés par les parties à la procédure initiale. Il reste que le texte du Mémoire, dans sa rédaction actuelle, ne rend pas impossible que l'une de ces procédures soit un jour déclenchée par un Membre parfaitement extérieur à la procédure initiale. Si cette hypothèse, pour improbable qu'elle soit, se réalisait avant que les Membres ne « ferment » toutes les portes laissées ouvertes par le Mémoire dans le cadre de sa réforme, il appartiendrait alors aux organes de jugement de décider s'ils jugent recevable une telle demande. Il pourrait alors pousser à son paroxysme mais aussi sa conséquence logique la dynamique collective et objective qui irrigue la phase initiale et le pilier politique du mécanisme, en étendant leur régime objectif jusque dans la phase d'exécution, ou au contraire consacrer la pratique pragmatique actuelle en resserrant explicitement ce régime autour du mode intersubjectif qui gouverne les rapports.

C *Recevabilité du seul défendeur initial, procédure réservée aux parties initiales : l'arbitrage de l'article 22:6*

On l'a vu, l'accès à l'arbitrage sur le délai raisonnable et à la procédure de contrôle de l'exécution est, dans la pratique, resserré au profit des seules parties à la procédure initiale, mais cette subjectivation ne trouve un fondement explicite dans le Mémoire que dans le cas de l'arbitrage relatif à la suspension de concessions. Les termes de l'article 22:6 font clairement apparaître que la procédure est réservée aux seules parties initiales, puisqu'il fait référence au « Membre concerné [qui] conteste le niveau de la suspension proposée » et à la « partie plaignante [qui] a demandé l'autorisation de suspendre des concessions ». Pour la première fois, on voit explicitement apparaître dans le contentieux l'expression du caractère intersubjectif du rapport juridique. La bilatéralisation du contentieux devient ici exclusive, en ce qu'elle n'est plus susceptible d'exceptions, même spéculatives, telles qu'on a pu les envisager pour les deux autres procédures⁸⁴⁸. Pour l'apercevoir mieux, il faut le concours

848 M. Monnier compare en ce sens le dispositif de compensation et de suspension de concessions à une partie d'échecs qui, en dépit de son « habillage multilatéral mal

de l'article 22:2, qui conditionne la mise en œuvre d'une suspension à l'autorisation préalable de l'O.R.D. Une telle autorisation ne peut en effet être demandée à l'O.R.D. que par « toute partie ayant invoqué les procédures de règlement des différends »⁸⁴⁹. En d'autres termes, cette disposition réserve la faculté de suspendre des concessions à l'égard du défendeur initial aux seuls plaignants dans la procédure initiale. Le juge de l'O.M.C. a confirmé cette lecture, en faisant appel au droit international général pour s'en justifier : « notre préoccupation au sujet de la protection des droits des autres Membres de l'O.M.C. est conforme à deux principes du droit international public, à savoir l'égalité souveraine des Etats et la non-ingérence dans les droits des autres Etats »⁸⁵⁰. Ces principes à l'appui, il a considéré qu'« en vertu du Mémoire d'accord, un Membre de l'O.M.C. n'a pas le droit ni n'a besoin de réclamer une compensation ou de demander l'autorisation de suspendre des concessions pour l'annulation ou la réduction d'avantages subie par un autre Membre de l'O.M.C. en ce qui concerne des marchandises originaires de ce Membre ou des fournisseurs de services détenus ou contrôlés par lui »⁸⁵¹. Il s'ensuit que les Membres ayant participé à la procédure en tant que tierces parties au sens de l'article 10 du Mémoire ne sont pas habilités à demander une telle autorisation à l'O.R.D. ; par la formule employée il apparaît que les négociateurs ont pris le soin, délibérément, d'exclure du mécanisme de suspension de concessions tous les Membres autres que les parties au différend initial. Mais il y a plus : si les Membres visés par l'article 22:6 sont nécessairement identiques aux parties à la procédure initiale, parmi elles, seul le défendeur est habilité à déclencher la procédure. Non seulement les parties à un tel arbitrage sont ainsi clairement identifiées, en amont même d'une procédure, mais en plus la recevabilité du recours tient à un seul Membre, le défendeur initial. Le constat de cette bilatéralisation appelle deux observations.

D'abord, elle révèle l'incohérence entre la fonction particulière que remplit la suspension de concessions à l'O.M.C. et la justification qui en est donnée par

fait [...] repose sur le face à face entre le plaignant et le condamné », in P. MONNIER, « Système de rétorsions de l'Organisation mondiale du commerce : les Membres de l'OMC jouent-ils aux échecs comme des billes ou jouent-ils aux billes comme des nuls ? », *I.L.F. / F.D.I.*, 2003, vol. 5, n° 1, p. 47-61 (citation p. 48). Si nous souscrivons à l'analyse de la bilatéralisation, nous ne partageons pas l'approche adoptée par ailleurs, y compris en ce qu'elle assimile le dispositif à une forme de « réparation » (p. 47).

849 La même idée est déjà présente dans l'article 3:7, qui présente les suspensions de concessions comme étant le dernier recours que le Mémoire ouvre « au Membre qui se prévaut des procédures de règlement des différends ».

850 V. la décision de l'arbitre, *CE – Bananes III (22:6 USA)*, *op. cit.*, par. 6.14.

851 *Ibid.*

le juge, d'une part, et le fonctionnement concret du mécanisme d'autre part. S'agissant d'un côté de leur fonction, le Mémorandum insiste sur ce que les suspensions de concessions ne sont prévues qu'en « dernier recours »⁸⁵², c'est-à-dire en cas d'inexécution persistante, et qu'elles n'ont aucune visée réparatrice ou punitive⁸⁵³. Au contraire, on y reviendra, elles ne sont destinées qu'à inciter le Membre réfractaire à mettre son droit interne en conformité avec le droit de l'O.M.C., ce que la jurisprudence a souligné et confirmé maintes fois. De l'autre côté pourtant, le Mémorandum pose des conditions restrictives au recours à la suspension de concessions, qui bilatéralisent et subjectivent le rapport entre le Membre défaillant et celui habilité à suspendre des concessions. Or, puisque l'objectif d'une suspension de concessions est en priorité l'incitation à la mise en conformité, en d'autres termes la cessation de l'illécite, et par-delà le rétablissement de la légalité, alors n'importe quel Membre devrait se voir offrir la faculté d'y concourir. Dans ces conditions, on ne voit pas pourquoi l'application d'une suspension de concessions revient aux seuls plaignants initiaux, sauf à envisager que le mécanisme intègre bien une dimension réparatoire ou du moins compensatrice qu'il ne revendique pas ouvertement, et en tout cas pas à titre d'objectif principal. En effet, on aperçoit d'ores et déjà que les suspensions de concessions sont bel et bien porteuses d'une dimension compensatrice, et qu'elles se superposent ainsi, dans l'effet qu'elles produisent indirectement, et au moins pour partie, aux compensations proprement dites qu'envisage l'article 22. Si tel n'est pas le cas, alors la restriction du dispositif de suspension de concessions et de l'arbitrage afférent aux seules parties au différend initial qu'impose le Mémorandum ne fait guère de sens.

La seconde observation concerne ce qui ressemble dès le premier abord à une ressemblance entre les suspensions de concessions du droit de l'O.M.C. et les contre-mesures du droit international général⁸⁵⁴, les premières pouvant paraître une variante voire une copie conforme des secondes. En cela, elles ressemblent à une forme de justice privée, si ce n'était que le système de l'O.M.C. est parvenu à les absorber à la fois dans son ensemble normatif, et dans l'appareil institutionnel et juridictionnel qui le garantit : au moyen des conditions de licéité posées par le Mémorandum, dont le respect est susceptible de faire l'objet d'un contrôle juridictionnel, les suspensions de concessions sont

852 Article 3:7 du Mémorandum.

853 V. *infra* dans ce chapitre, Section II. S'agissant de l'absence de fonction punitive, nous y reviendrons dans les développements suivants, Deuxième partie, Titre II, Chapitre II, Section II, § 2.

854 La nature juridique des suspensions de concessions sera étudiée *infra*, Deuxième partie, Titre II, Chapitre I.

objectivées⁸⁵⁵. Dans la conception même de ces mesures apparaît cependant leur caractère bilatéral et intersubjectif, qui demeure sous-jacent bien que l'Organisation parvienne à mettre en échec ce qu'ils tiennent de la justice privée, et même à dépasser et radicalement transformer cette dimension. En posant des conditions fortement restrictives à la mise en œuvre d'une suspension de concessions, le Mémorandum ne fait qu'obéir à cette dynamique bilatérale intrinsèque, qui trouve aussi écho dans le principe d'équivalence auquel elles sont soumises. L'arbitre a ainsi précisé qu'une suspension de concessions adaptée *exactement* au montant correspondant à l'acte illicite initial était en parfaite adéquation avec son objet, en ce sens qu'elle « vise à contester l'acte illicite lui-même »⁸⁵⁶. Il a conclu que cette approche est « parfaitement compatible avec l'essence de la notion de contre-mesures, en ce qu'elle tente de répondre exactement à la violation, dont la persistance engendre le droit à des contre-mesures »⁸⁵⁷.

Mais le caractère bilatéral et subjectif qu'on aperçoit plus nettement soulève alors la question à laquelle l'affaire *Etats-Unis – FSC* avait ouvert la porte. En admettant le postulat ici avancé que les obligations de l'O.M.C. sont de nature multilatérale, que chaque Membre est obligé envers tous les autres, la difficulté est d'identifier le Membre habilité à recourir à la suspension des concessions : puisque celle-ci suppose une quantification du dommage, il faut, en amont, identifier une « victime » de ce dommage. Or, la tâche est malaisée lorsque les obligations sont dues dans leur intégralité à l'ensemble des Membres de l'O.M.C., comme le suggérait dans cette affaire l'arbitre. Car on en infère logiquement un « droit d'agir pour tous », et c'est bien l'impression qu'a véhiculée la décision bien que l'arbitre lui-même se défendît d'une telle interprétation⁸⁵⁸. Elle n'était toutefois que renforcée par le cas de figure d'une pluralité de plai-

855 L'objectivation du mécanisme de suspension de concessions sera développée sous l'angle de la contrainte à l'exécution, à laquelle il participe. V. *infra*, Deuxième partie, Titre II, Chapitre II.

856 Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – FSC* (22:6), *op. cit.*, par. 6.11.

857 *Ibid.*

858 « [L]a conclusion à laquelle nous sommes parvenus ne revient en aucune façon à donner aux Communautés européennes "le droit" d'agir "au nom" de Membres autres qu'elles-mêmes », in décision de l'arbitre, *Etats-Unis – FSC* (22:6), *op. cit.*, par. 6.63. Le même type d'approche dans l'affaire *Brésil – Aéronefs* a cependant conduit certains auteurs à comparer l'habilitation d'un seul Membre pour suspendre des concessions à une désignation de ce Membre comme « policier des subventions », v. en ce sens S. A. ALEXANDROV et T. J. FRIEDBACHER, « Brésil – Programme de financement des exportations pour les aéronefs », in B. STERN et H. RUIZ FABRI (dir.), *La jurisprudence de l'OMC / The Case-Law of the WTO 1999-1*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 264.

gnants qu'a ensuite envisagé l'arbitre, de manière purement théorique. Cette hypothèse est restée ouverte, l'arbitre admettant qu'il ignorait la manière dont il aurait procédé et la décision à laquelle elle l'aurait conduit ; mais il a suggéré, et pas à demi-mots, que les Communautés auraient alors pu « partager » avec ces hypothétiques autres plaignants le droit de suspendre des concessions⁸⁵⁹.

Cependant, une jurisprudence ultérieure a ramené les suspensions de concessions sur des rails plus manifestement intersubjectifs. Dans l'affaire *Etats-Unis – Coton upland*, l'arbitre a refusé de considérer que le niveau approprié des contre-mesures équivaut au montant total de la subvention prohibée en cause dans le différend initial. Par ce revirement, qui sera plus spécifiquement étudié dans les développements consacrés à la contrainte à l'exécution, l'arbitre a, du même coup, signalé une nette rupture avec la multilatéralisation amorcée des suspensions de concessions, et en particulier avec la logique d'un droit d'agir pour tous qui aurait pu se développer à partir de la jurisprudence *Etats-Unis – FSC*. L'approche plus manifestement bilatérale qu'a retenue l'arbitre dans l'affaire *Etats-Unis – Coton upland*, d'un côté, correspond évidemment mieux au fonctionnement réel du mécanisme de suspension de concessions, mais de l'autre côté elle témoigne aussi de la tension entre la dynamique éminemment objective qui irrigue l'ensemble du système, et en particulier son contentieux, et la capacité du système à lui donner corps au stade de l'exécution⁸⁶⁰.

De ces seules jurisprudences apparaît nettement que la cohérence d'ensemble du mécanisme est ébranlée au regard des caractéristiques que revêtent les différentes procédures contentieuses : décalage entre la phase initiale et la phase d'exécution, mais également micro-décalages à l'intérieur d'une même phase, celle de l'exécution. Pour autant, à l'exception du dispositif de suspension de concessions, les rapports entre les Membres ne sont jamais clairement identifiés en termes bilatéraux ou multilatéraux dans le Mémoire, et les traits subjectifs ou objectifs des procédures contentieuses ne se détectent qu'en conjuguant les indications textuelles au fonctionnement pratique du

859 V. la décision de l'arbitre, *Etats-Unis – FSC* (22:6), *op. cit.*, par. 6.28 et 6.63. Nous reviendrons sur cette question dans le cadre des développements consacrés à la suspension de concessions (v. spéc. Deuxième partie, Titre II, Chapitre I, Section I, § 2, A.), mais, à titre de comparaison à la réflexion de cet arbitre, on indique déjà ici la préoccupation de l'arbitre dans l'affaire *CE – Bananes III* de veiller à ce que ne se réalise pas le risque d'un « double comptage », qui mettrait à mal le principe d'équivalence. V. la décision de l'arbitre, *CE – Bananes III* (22:6 USA), *op. cit.*, par. 6.15-6.17.

860 Pour un commentaire critique de cette jurisprudence, et en particulier ses implications en terme de bilatéralisation du litige, v. H. RUIZ FABRI et P. MONNIER, « Chronique du règlement des différends 2009-2010 », *J.D.I.*, 2010, n° 3, spéc. p. 928.

mécanisme. L'arbitre dans l'affaire *Etats-Unis – FSC* a d'ailleurs formulé une précision intéressante : « nous examinons la situation précise en l'espèce. Cette situation précise en l'espèce est que ce sont les Communautés européennes qui ont demandé le droit de suspendre des concessions. Ce faisant, le fait que c'est une affaire entre deux Membres est un facteur pertinent dont nous avons tenu compte »⁸⁶¹. Cette indication est révélatrice de ce que le juge ne fait jamais que composer avec des configurations inédites⁸⁶², qui soulèvent des questions de droit que les textes n'envisagent pas, mais auxquelles il faut bien appliquer le droit ; ce qu'admettait ici l'arbitre, on l'a déjà mentionné, est qu'il aurait peut-être fait une application du droit différente si le nombre des plaignants initiaux avait été autre. A ce stade toutefois, si les questions que soulèvent le mécanisme de suspension de concessions et la procédure d'arbitrage qui y est liée sont bien réelles et pour partie identifiées⁸⁶³, elles n'ont pas encore trouvé de réponse ni satisfaisante, ni définitive. Mais une chose est certaine : si l'approche adoptée dans l'affaire *Etats-Unis – FSC et Brésil – Aéronefs* réapparaît, après avoir été mise à distance par la jurisprudence *Etats-Unis – Coton upland*, ce sera alors un pas de plus vers une plus grande cohérence d'un contentieux objectif. Cependant, il faudra alors plus concrètement envisager de mettre le mécanisme de suspension de concessions en adéquation avec cette approche, notamment en explorant la voie déjà amplement suggérée par les Membres et discutée par la doctrine d'un « principe de responsabilité collective »⁸⁶⁴, matérialisé par un mécanisme collectif de suspensions de concessions. En ce sens, on pense notamment à un droit pour n'importe quel Membre de suspendre des concessions contre un autre Membre en situation d'inexécution persistante (qui correspondrait, en droit international général, à l'hypothèse

861 Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – FSC* (22:6), *op. cit.*, par. 6.63.

862 Sur la prise en compte par le juge international des circonstances de chaque affaire et sur l'opportunité des décisions rendues, v. G. GIRAudeau, *Les différends territoriaux devant le juge international – Entre droit et transaction*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2013, 547 p.

863 Elles seront abordées sous l'angle de la réparation et de la sanction, mais aussi de la fonction particulière qu'elles remplissent dans le contentieux de l'O.M.C., dans le paragraphe puis surtout les chapitres suivants.

864 V. la proposition formulée par le groupe des pays les moins avancés : O.R.D., « Négotiations sur le Mémoire d'accord sur le règlement des différends – Proposition du Groupe des PMA », TN/DS/W/17, 9 octobre 2002, par. 36. V. également la discussion favorable à cette proposition in R. G. S. MEDRADO, « Renegotiating Remedies in the WTO : A Multilateral Approach », *Wisc. I.L.J.*, 2004, vol. 22, n° 2, p. 323-391.

de contre-mesures d'intérêt général⁸⁶⁵), à une action collective et concertée de plusieurs Membres, ou même à rendre « cessible » l'habilitation à suspendre des concessions, si le Membre initialement habilité n'a pas la capacité économique de la mettre utilement en œuvre⁸⁶⁶. Mais pour l'heure, le constat reste celui d'une exclusivité de l'arbitrage au titre de l'article 22:6 au bénéfice des seules parties au différend initial, et de la recevabilité d'un recours par le défendeur initial exclusivement : du régime objectif de la phase initiale et de son droit *omnium partium* d'accéder au juge, il ne reste à ce stade du contentieux que l'incertitude s'agissant du recours aux procédures de contrôle de la mise en conformité et de fixation du délai d'exécution, qui le laissent théoriquement possible, et la certitude que l'article 22:6 au sujet de l'arbitrage sur la suspension de concessions ne l'admet pas.

865 A ce sujet, v. en particulier l'étude du professeur Alland, qui souligne l'absence de référence explicite à un tel mécanisme dans le texte de la C.D.I. et les questions qu'elle soulève, notamment au regard du *jus cogens* et des obligations *erga omnes*, et qui explore la relation que révèle une telle hypothèse de contre-mesures d'intérêt général entre la responsabilité et la légalité dans l'ordre international : D. ALLAND, « Countermeasures of General Interest », *E.J.I.L.*, 2002, vol. 13, n° 5, p. 1221-1239.

866 S'agissant, en particulier, d'un droit de suspension cessible, v. K. BAGWELL, P. C. MAVROIDIS et R. W. STAIGER, « The Case for Auctioning Countermeasures in the WTO », *J. Int. Econ.*, 2008, vol. 73, n° 2, p. 309-332 ; *id.*, « The Case for Tradable Remedies in WTO Dispute Settlement », World Bank Policy Research Working Paper n° 3314, Washington D.C., World Bank, 2004, 52 p. Plus largement en faveur du principe d'un dispositif collectif de suspension de concessions, selon des modalités variables, v. B. M. HOEKMAN et P. C. MAVROIDIS, « WTO Dispute Settlement, Transparency and Surveillance », *W. Econ.*, 2000, vol. 23, n° 4, p. 527-542 ; B. M. HOEKMAN et M. M. KOSTECKI, *The Political Economy of the World Trading System – The WTO and Beyond*, 2^e éd., New York, Oxford University Press, 2001, p. 90 ; J. PAUWELYN, « Enforcement and Countermeasures in the WTO : Rules Are Rules – Towards a More Collective Approach », *A.J.I.L.*, 2000, vol. 94, n° 2, spéc. p. 343-345 ; M. A. Qian, « 'Reasonable Period of Time' in the WTO Dispute Settlement System », *J.I.E.L.*, 2012, vol. 15, n° 1, p. 257-285. Mais v. également R. NORDBLAD, « Enforcement of World Trade Organization Law », *Finn. Yb.I.L.*, 2002, vol. 13, spéc. p. 237 ; J. P. TRACHTMAN, « The WTO Cathedral », *Stan. J.I.L.*, 2007, vol. 43, n° 1, p. 161-163 ; et J. F. COLARES, « The Limits of WTO Adjudication : Is Compliance the Problem ? », *J.I.E.L.*, 2011, vol. 14, n° 2, spéc. p. 429-430, qui mettent en lumière les effets négatifs et même malsains que risquerait d'avoir un système de sanctions collectives. Plusieurs propositions dans le sens d'un dispositif collectif de suspension de concessions ont également été formulées dans le cadre de la réforme du Mémorandum : v. par exemple O.R.D., « Texte des propositions du groupe africain pour les négociations sur le mémorandum d'accord sur le règlement des différends – Communication de la Côte d'Ivoire », TN/DS/W/92, 5 mars 2008, p. 2 (demandant la modification de l'article 22:6 du Mémorandum dans le sens d'une « exécution collective des recommandations et décisions »).

Section II Le contentieux à la lumière de l'obligation de mise en conformité

Le constat précédent de l'objectivisme très prononcé dans le contentieux, sur lequel l'intersubjectivisme ne gagne du terrain que dans la phase d'exécution, témoigne en même temps de ce qu'une identification univoque de la nature du mécanisme est malaisée, en ce qu'il est porteur de curiosités et d'incohérences qui rendent l'entreprise de la qualification incertaine. Ce qui est certain, en revanche, et l'objectivisme de la procédure initiale l'atteste, est que le système tout entier est animé par l'objectif central du maintien de la légalité. Par implication, le règlement des différends s'inscrit dans la dynamique temporelle y correspondant, tournée vers l'avenir et peu intéressée des faits passés. Cette dynamique se révèle le mieux au regard de ce qui est véritablement la charnière entre le contentieux initial et celui de l'exécution : l'obligation de mise en conformité. C'est à sa lumière que le mécanisme dans son ensemble révèle sa nature, car ce qu'elle implique est, en substance, « la “cessation d'un acte illicite”, à l'avenir »⁸⁶⁷. Cette formule concise fait apparaître à la fois le contenu matériel de l'obligation de mise en conformité, en tant qu'obligation résultant de l'engagement de la responsabilité d'un Membre et destinée exclusivement à rétablir la légalité (§ 1), et la portée prospective de l'obligation, impliquée par son contenu (§ 2).

§ 1 Contenu matériel de l'obligation de mise en conformité

Le système de l'O.M.C. vise à protéger les disciplines communes envers lesquelles les Membres se sont engagés, et, puisqu'elles sont soumises à ces disciplines, les concessions négociées. La réalisation de cet objectif est garantie par un appareil juridictionnel permettant d'imputer un comportement illicite allégué à un Membre et qui, en ce sens, est un classique mécanisme de responsabilité (A.). Mais en ce sens seulement, car l'obligation de mise en conformité est la seule qui résulte de la responsabilité d'un Membre : elle ne fait pas naître, comme il est habituel en droit international, une obligation de réparation. Cette obligation de mise en conformité exprime que la seule et même exclusive vocation de ce mécanisme de responsabilité ci est la protection de la légalité (B.).

867 Rapport du groupe spécial, *Inde – Autos*, *op. cit.*, par. 6.58.

A Nature du mécanisme : une responsabilité

En tant que conséquence d'un comportement non conforme aux règles du système⁸⁶⁸, la responsabilité est le « moyen par lequel l'ordre juridique international assure son intégrité normative »⁸⁶⁹. Le règlement des différends de l'O.M.C. est bien un mécanisme permettant d'engager la responsabilité des Membres de l'Organisation (1.). Il reste toutefois cantonné dans sa fonction minimale, qui consiste dans la constatation de la situation juridique de Membre responsable (2.).

1 Mise en jeu de la responsabilité

Au sens large et générique, on peut parler de responsabilité internationale dès lors qu'au manquement par un Etat à ses obligations internationales sont attachées des conséquences juridiques. Toutefois, analyser le mécanisme de règlement des différends sous l'angle de la responsabilité⁸⁷⁰ présuppose que le droit de l'O.M.C. échappe, au minimum dans une certaine mesure, au droit commun de la responsabilité internationale des Etats. Il n'est pas un régime auto-suffisant au sens strict, mais l'ensemble normatif contient bien tant des règles primaires que secondaires. Ses règles primaires, entendues en droit international général de toutes les « règles du droit international qui, dans un secteur ou dans un autre des relations interétatiques, imposent aux Etats des obligations déterminées »⁸⁷¹, sont constituées de l'ensemble des normes contenues dans

868 Au sens large du terme, on pourrait aussi parler de la « sanction » d'un manquement, comme le fait par exemple M. Abi-Saab in G. ABI-SAAB, « De la sanction en droit international – Essai de clarification », in J. MAKARCZYK (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century – Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, La Haye, Londres, Boston, Kluwer Law International, 1996, p. 63. Cependant, dans la mesure où nous traiterons plus loin la « sanction de l'inexécution » de l'obligation de mise en conformité (Deuxième partie, Titre II), la sanction étant donc entendue dans un sens plus étroit, nous préférons ici le terme plus neutre de « conséquence ».

869 S. VILLALPANDO, *L'émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des Etats*, *op. cit.*, p. 229.

870 V. sur cette question la confrontation entre droit de l'O.M.C. et droit de la responsabilité internationale réalisée par M. Lesaffre, dans le cadre de son étude explorant les spécificités du contentieux de l'O.M.C. au regard du droit de la responsabilité, H. LESAFFRE, *Le règlement des différends au sein de l'O.M.C. et le droit de la responsabilité internationale*, *op. cit.*

871 R. AGO, « Deuxième rapport sur la responsabilité des Etats – L'origine de la responsabilité internationale », A/CN.4/233, *Annuaire C.D.I.*, 1970, II, p. 191 par. 11. V. également J. CRAWFORD, « Premier rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, p. 5-6 par. 14-16 ; J. COMBACAU et D. ALLAND, « "Primary" and "Secondary" Rules in the Law of State Responsibility: Categorizing International Obligations », *N.Y.U.J.L.*, 1985, vol. 16, p. 81-109.

les accords de l'O.M.C. et les obligations qui en résultent pour les Membres. Les règles secondaires s'entendent de celles « qui couvrent précisément le domaine de la responsabilité et qui peuvent se définir comme “secondaires” en tant qu'elles s'attachent à déterminer les conséquences d'un manquement aux obligations établies par les premières »⁸⁷².

Le GATT de 1947 prévoyait déjà qu'une Partie Contractante qui s'estimait lésée du fait de l'agissement d'une autre Partie Contractante pouvait lui faire des représentations à ce sujet⁸⁷³. Le déclenchement de l'action ou, en termes de responsabilité, le fait générateur était ainsi tributaire de l'allégation d'un dommage et non de l'allégation de l'illicéité d'un acte ou comportement. L'O.M.C. a poussé bien plus loin l'objectivation du contentieux et sa juridiction, en se dotant d'un mécanisme de règlement des différends qui vise la préservation des droits et obligations des Membres et dont l'objectif prioritaire, en cas de constatation de non-conformité, est le retrait de la mesure non conforme ; celui-ci n'est rien d'autre que ce que le droit international général appelle la cessation de l'illicite, après imputation au Membre qui est l'auteur de la mesure en cause.

Or, c'est bien l'existence de telles règles primaires et secondaires au sein d'un ensemble normatif dont le Rapporteur spécial Riphagen avait fait le critère de définition d'un « sous-système », sous-système qui échapperait ainsi au droit commun de la responsabilité internationale⁸⁷⁴. Si la C.D.I. ainsi que le successeur de M. Riphagen, le Rapporteur spécial Arangio-Ruiz, admettaient sans difficulté le principe selon lequel les Etats pouvaient aménager entre eux les conséquences du manquement à leurs obligations, la notion de sous-système n'avait finalement pas été retenue au motif qu'un recours en dernier ressort au droit international général restait toujours possible, selon une vision qui

872 R. AGO, « Deuxième rapport sur la responsabilité des Etats– L'origine de la responsabilité internationale », *op.cit.*, p. 191 par. 11.

873 Pour rappel, l'article XXIII:1 du GATT 1947, *op. cit.*, dispose ceci : « Dans 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 ; b) ou qu'une autre partie contractante applique une mesure, contraire ou non aux dispositions du présent Accord ; c) ou qu'il existe une autre situation, 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 ».

874 V. W. RIPHAGEN, « Troisième rapport sur le contenu, les formes et les degrés de responsabilité internationale », *op. cit.*, p. 38 par. 75.

assimile la notion de « sous-système » à celle de « régime autosuffisant ». Nonobstant la crainte et la critique de l'« atomisation » du droit international par « la coexistence de “sous-systèmes” disparates et désarticulés »⁸⁷⁵, la C.D.I. avait néanmoins endossé le principe de la priorité des règles spéciales sur les règles générales. Les travaux du Rapporteur spécial Crawford au sujet de la *lex specialis*⁸⁷⁶ trouvent ainsi écho dans l'article 55 du texte de la C.D.I. de 2001, qui dispose que « [l]es présents articles ne s'appliquent pas dans les cas et dans la mesure où les conditions d'existence d'un fait internationalement illicite ou le contenu ou la mise en œuvre de la responsabilité internationale d'un État sont régis par des règles spéciales de droit international ». La réalité d'une telle dérogation aux règles générales doit toutefois être appréciée cas par cas et ne s'infère pas de la seule existence des règles spéciales⁸⁷⁷. En admettant le droit international comme un ordre juridique et qu'il constitue un système⁸⁷⁸, l'existence de normes primaires et secondaires en son sein permet en toute hypothèse d'envisager le système de l'O.M.C. comme étant constitutif d'un sous-système du droit international⁸⁷⁹ et, dans tous les cas, d'une

875 P.-M. DUPUY, « Sur le maintien ou la disparition de l'unité de l'ordre juridique international », in *Harmonie et contradiction en droit international (Rencontres internationales de la Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis)*, Paris, Pedone, 1996, p. 43.

876 V. J. CRAWFORD, « Troisième rapport sur la responsabilité des États », A/CN.4/507 et Add.1 à 4, *Annuaire C.D.I.*, 2000, II-1, p. 28-30 par. 415-421.

877 *Ibid.*, p. 29 par. 420. V également le commentaire de la C.D.I. in « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session », A/56/10, *Annuaire C.D.I.*, 2001, II-2, p. 383-386.

878 Dans les mots du professeur Dupuy, l'ordre juridique désigne l'« organisation d'un système plus ou moins complexe de normes et d'institutions destinées à s'appliquer effectivement aux sujets constitutifs d'une communauté donnée », v. P.-M. DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international – Cours général de droit international public », *op. cit.*, p. 66. Le terme « système », quant à lui, est entendu au sens minimal que lui donne M. Combacau, celui d'un « ensemble dont les éléments ne s'agrègent pas au hasard mais constituent un “ordre” en ce qu'ils sont reliés les uns aux autres et à l'ensemble lui-même par des liens tels qu'on ne peut envisager l'un de ces éléments isolé de son entourage sans l'analyser faussement » : J. COMBAU, « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », *Arch. Phil. Droit*, 1986, vol. 31 (*Le système juridique*), p. 85.

879 V. l'analyse très fouillée de L. GRADONI, « Systèmes juridiques internationaux : une esquisse », in H. RUIZ FABRI et L. GRADONI (dir.), *La circulation des concepts juridiques : le droit international de l'environnement entre mondialisation et fragmentation*, Paris, Pedone, 2009, p. 27-51, qui identifie un système (ou sous-système) d'une part selon un critère normativiste kelsénien tenant à sa constitution en « ordre », sur sa base conventionnelle, puisque « [t]out traité peut encapsuler la norme fondamentale d'un système

*lex specialis*⁸⁸⁰. Cette *lex specialis* abrite bien un mécanisme de responsabilité, dès lors qu'elle est entendue au sens large comme « toutes les formes de relations juridiques nouvelles qui peuvent naître d'un fait illicite d'un Etat – que ces relations se limitent à un rapport entre l'Etat auteur du fait illicite et l'Etat directement lésé ou qu'elles s'étendent à d'autres sujets du droit international »⁸⁸¹. En d'autres termes, on a bien affaire à une procédure d'identification et d'imputation de l'illicite, et le règlement des différends de l'O.M.C. s'analyse en ce sens comme un mécanisme de responsabilité. Mais il reste cantonné, par choix délibéré, dans sa forme la plus souple, qui témoigne en même temps de la manière spécifique dont le système de l'O.M.C. conçoit la responsabilité.

2 Mode d'établissement et teneur de la responsabilité

Comme dans le droit commun de la responsabilité, l'établissement de la responsabilité d'un Membre trouve sa cause dans un fait générateur qui est indé-

juridique international » (p. 35), et d'autre part sur l'idée de la base sociale qui le sous-tend, et qui renvoie à l'existence d'une communauté.

880 Celle-ci ne préjuge toutefois pas la possibilité d'un éventuel retour aux règles générales du droit international, qui ne serait parfaitement exclu que s'il apparaissait univoquement du Mémoire que l'intention des négociateurs, lorsqu'ils concevaient l'ensemble de règles secondaires, était d'exclure toute applicabilité des règles générales. Or, comme l'avait constaté le groupe spécial dans l'affaire *Corée – Marchés publics*, « [l]e droit international coutumier s'applique d'une façon générale aux relations économiques entre les Membres de l'OMC. Il s'applique dans la mesure où les Accords de l'OMC ne contiennent pas de clauses qui les excluent de son champ d'application ». En d'autres termes, « dans la mesure où il n'y a pas de conflit ni d'incompatibilité, ni d'expression dans un accord visé de l'OMC donnant à entendre qu'il en va autrement, nous estimons que les règles coutumières du droit international s'appliquent au traité de l'OMC et au processus d'élaboration des traités à l'OMC », in rapport du groupe spécial, *Corée – Mesures affectant les marchés publics*, WT/DS163/R, 1^{er} mai 2000, par. 7.96 et note 755. La question d'un possible recours aux contre-mesures du droit international général, en dépit de l'existence du dispositif de suspension de concessions, sera brièvement mentionnée *infra*, dans le cadre de la question de savoir à qui, des Membres ou de l'Organisation, sont imputables les suspensions de concessions (v. Deuxième partie, Titre II, Chapitre I, Section II, § 2, B. 2.). Elle dépasse toutefois le cadre de notre étude et doit construire sur une appréciation de l'efficacité du mécanisme mis en place à l'O.M.C. A titre indicatif, on renvoie cependant déjà à ce stade à l'ouvrage de M. Pauwelyn, entièrement consacré à la question, et qui y répond par l'affirmative : J. PAUWELYN, *Conflict of Norms in Public International Law – How WTO Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, 522 p.

881 R. AGO, « Troisième rapport sur la responsabilité des Etats – Le fait internationalement illicite de l'Etat, source de responsabilité internationale », A/CN.4/246 et Add. 1 à 3, *Annuaire C.D.I.*, 1971, II-1, p. 222 par. 44.

pendant de l'existence et de la démonstration d'un dommage (a.). Cependant, à la différence du droit commun, cet établissement de responsabilité n'est exprimé que dans une constatation d'incompatibilité, et le mécanisme de l'O.M.C. apparaît en ce sens comme étant cantonné dans une fonction déclaratoire d'une situation d'illicéité (b.).

a *Cause de la responsabilité*

S'agissant de la source de la responsabilité, le droit de l'O.M.C. correspond parfaitement au droit commun, qui l'entend très largement comme « tout fait imputable à l'État et reconnu susceptible d'entraîner pour lui l'engagement de sa responsabilité internationale »⁸⁸². Dans le mécanisme de l'O.M.C., un tel fait générateur peut tenir à un comportement aussi bien illicite que licite, puisqu'il admet qu'un avantage puisse se trouver annulé ou réduit indépendamment d'une conduite illicite qui en serait l'origine, sous la réserve que le Membre plaignant pouvait légitimement s'attendre à cet avantage (« plaintes en situation de non-violation » de l'article 26 du Mémorandum). Mais ce sont les plaintes en situation de violation qui constituent la vaste majorité des affaires portées devant les organes de jugement de l'O.M.C., et le vocabulaire employé dans ces développements est donc celui qui leur correspond (en particulier dans des expressions telles que mise en *conformité* ou cessation de l'*illicite*, qui sont impropres pour une affaire de non-violation).

Quant au dommage, appelé à l'O.M.C. « réduction ou annulation d'avantages », l'irréfutabilité de la présomption analysée précédemment écarte entièrement la notion du fait générateur de responsabilité. Le Membre mis en cause ne pourra échapper à une condamnation par le juge que par la démonstration de la licéité de son comportement, et non pas par la démonstration de l'absence d'un dommage du fait de ce comportement. Ainsi, le mécanisme de responsabilité à l'O.M.C. ne dévie pas du droit commun de la responsabilité, il se trouve au contraire dans la droite ligne de l'approche endossée par la doctrine contemporaine, qui a progressivement évacué la notion de dommage de la définition du fait générateur⁸⁸³.

882 P.-M. DUPUY, « Le fait générateur de la responsabilité internationale des Etats », *R.C.A.D.I.*, 1984-V, vol. 188, p. 26-27.

883 On peut d'ailleurs considérer que, même écarté, le dommage n'est jamais réellement absent, au sens où, dans les mots d'Anzilotti, « [l]a violation de la règle est toujours un dérangement de l'intérêt qu'elle protège et, par voie de conséquence, aussi du droit subjectif de la personne à laquelle l'intérêt appartient » (D. ANZILOTTI, « La responsabilité des Etats en raison des dommages soufferts par les étrangers », *op. cit.*, p. 13), et où, sa nature pouvant varier, il peut être matériel mais aussi moral ou tout simplement mais

Les lignes entre le droit commun de la responsabilité et la responsabilité à l'O.M.C. cessent toutefois d'être parallèles à ce stade, dans la mesure où la mise à distance du dommage, au moyen de la présomption analysée dans les développements précédents, emporte à l'O.M.C. une conséquence spécifique qui tient à la conception du mécanisme : l'absence de réparation telle qu'elle est entendue dans le droit commun. Si la source de la responsabilité est donc la même dans le droit de l'O.M.C. et le droit commun de la responsabilité internationale, c'est-à-dire un fait internationalement illicite, les deux mécanismes de responsabilité n'ont toutefois pas la même teneur.

b *Déclaration de la responsabilité*

Le contrôle de légalité mené par l'organe de jugement mène, à la fin de son rapport, à la formulation de ses constatations et conclusions (i.) et d'une recommandation (ii.), qui constituent ce qui est habituellement appelé le dispositif de la décision. Typiquement, elles sont exprimées comme suit, ou selon une variante : « le Groupe spécial *conclut* que [le Membre défendeur], par le biais de [la mesure en cause], [a] agi d'une manière incompatible avec [ses] obligations au titre de l'article [...] de l'Accord [...]. [...] Dès lors que l'article 3:8 du *Mémorandum d'accord* dispose que "[d]ans 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", le Groupe spécial conclut que – dans la mesure où [le Membre concerné] [a] agi d'une manière incompatible avec [ses] obligations au titre de l'Accord [visé] – [il a] annulé ou compromis des avantages résultant pour [le Membre plaignant] [...]. À la lumière des conclusions susmentionnées, le Groupe spécial *recommande* que l'Organe de règlement des différends demande [au Membre défendeur] de rendre [la mesure en cause] conforme à [ses] obligations [...] au titre de l'[Accord visé] »⁸⁸⁴.

très largement juridique. Or, cet argument correspond en droit international général à l'intérêt qu'a chaque Etat à ce que tous les autres Etats respectent le droit international, et cet intérêt « n'a pas suffisamment de consistance pour être juridiquement protégé », v. P. WEIL, « Le droit international en quête de son identité – Cours général de droit international public », *op. cit.*, p. 342. Exprimée ainsi, cette idée revient à limiter la responsabilité à la protection des droits individuels de chaque Etat, et à rejeter radicalement l'idée qu'elle puisse viser la protection de la légalité internationale *en tant que telle*.

884 Rapport du groupe spécial, *Communautés européennes – Subventions à l'exportation de sucre – Plainte de l'Australie*, WT/DS265/R, 15 octobre 2004, par. 8.3-8.5.

i Constatations et conclusions : déclaration d'une situation juridique

Le mécanisme de responsabilité, dans sa procédure initiale, consiste à constater la non-conformité de la mesure concernée au droit de l'O.M.C. Cette fonction déclaratoire d'une situation juridique individuelle puise dans un contrôle de légalité, puisque toute mise en jeu de la responsabilité internationale, pour apprécier le fait générateur et établir l'imputabilité, suppose nécessairement un tel contrôle. Elle n'est pas une spécificité du règlement des différends de l'O.M.C. : par sa fonction même, toute juridiction a vocation, par l'application du droit à une question donnée, à déclarer une situation juridique.

Le terme « déclaratoire » exige ici d'être précisé, notamment en raison de son emploi courant, mais parfois ambivalent, pour désigner un jugement qui ne fait « que » déclarer. En effet, la question n'est pas tant celle de la nature de l'acte, *a fortiori* juridictionnel – déclare-t-il une situation juridique existante ou en constitue-t-il une nouvelle ? cette différence est le plus précisément saisie par l'opposition entre le jugement *déclaratif* et le jugement *constitutif* –, que celle de savoir si la déclaration a une *portée pratique* ou non. C'est ce qui apparaissait déjà lorsque la C.P.J.I observait en 1927 que « [l']Arrêt n° 7 de la Cour est de la nature d'un jugement déclaratoire qui, selon son idée, est destiné à faire reconnaître une situation de droit une fois pour toutes et avec effet obligatoire entre les Parties, en sorte que la situation juridique ainsi fixée ne puisse plus être mise en discussion, pour ce qui est des conséquences juridiques qui en découlent »⁸⁸⁵. La nature déclaratoire de l'acte juridictionnel, entendue au sens de la constatation objective d'une situation juridique existante, ne signifie donc pas l'absence d'effets pratiques du jugement, comme en témoignent également les arrêts rendus, par exemple, par la Cour européenne des droits de l'homme. C'est également ce critère des effets pratiques de son jugement, et donc de l'applicabilité de celui-ci, à l'avenir, que la C.I.J. fit apparaître dans l'affaire du *Cameroun septentrional*. L'affaire portait sur un désaccord au sujet de l'interprétation et de l'application d'un traité qui, au moment où la Cour statuait, n'était plus en vigueur. Or, fit-elle valoir, l'expiration du traité signifiait qu'« il n'y a plus aucune possibilité qu'[il] fasse à l'avenir l'objet d'un acte d'interprétation ou d'application conforme à un jugement rendu par la Cour »⁸⁸⁶.

885 C.P.J.I., *Interprétation des arrêts n° 7 et 8 (Usine de Chorzów)*, arrêt du 16 décembre 1927, *Série A*, n° 13, p. 20.

886 C.I.J., *Affaire du Cameroun septentrional* (Cameroun c. Royaume-Uni), exceptions préliminaires, arrêt du 2 décembre 1963, *C.I.J. Recueil 1963*, p. 37. La demande du Cameroun tendait précisément en ce sens : obtenir de la Cour un jugement déclaratoire, qui constaterait seulement la violation par le Royaume-Uni de l'accord de tutelle, *avant* l'expiration

La Cour confirma bien que, naturellement, elle a compétence pour rendre un jugement de nature déclaratoire⁸⁸⁷, mais elle refusa de le faire dès lors que l'arrêt rendu aurait été inapplicable à l'avenir à la situation juridique individuelle, puisque dépourvu d'objet⁸⁸⁸. Selon elle en effet, « il y a une différence entre les cas où la Cour s'occupe de la manière dont sa décision sera exécutée ou de la probabilité de sa mise en œuvre et les cas où elle examine si l'arrêt, une fois rendu, sera susceptible d'application ou d'exécution à un moment quelconque de l'avenir »⁸⁸⁹.

Cette décision, confirmée et appliquée ultérieurement et en particulier plus récemment par l'arrêt relatif à l'*Application de l'accord intérimaire du 13 septembre 1995*, met en évidence que le pivot d'un jugement de nature déclaratoire réside dans sa portée pratique. En effet, en rappelant que sa fonction est « de dire le droit », la Cour insista sur le fait que son « arrêt [...] doit avoir des conséquences pratiques »⁸⁹⁰. En ce sens, « si, dans un jugement déclaratoire, [la Cour] définit une règle de droit international coutumier ou interprète un traité restant en vigueur, l'arrêt qu'elle rend demeure applicable dans l'avenir »⁸⁹¹. C'est une application parfaite de cette décision que fit la Cour plus récemment dans l'affaire entre l'ex-République yougoslave de Macédoine et la Grèce relative à l'*Application de l'accord intérimaire du 13 septembre 1995*, et de manière plus manifeste encore puisque, contrairement à l'affaire du *Cameroun septentrional* où l'accord en question avait expiré, la disposition en cause de l'accord intérimaire n'était ici pas affectée et continuait donc de porter une obligation. La Cour, en citant largement l'arrêt dans l'affaire du *Cameroun septentrional*, rejeta donc l'exception d'irrecevabilité soulevée par la Macédoine et considéra que son « arrêt [...] "demeure[rait] applicable dans l'avenir", étant donné qu'existe la "possibilité que ce traité fasse à l'avenir l'objet d'un acte d'interprétation ou d'application conforme à un jugement rendu par la Cour" (*Cameroun septentrional* (*Cameroun c. Royaume-Uni*), *exceptions préliminaires*, arrêt, C.I.J. Recueil 1963, p. 37-38) », après avoir rappelé, toujours en

de celui-ci. Le Cameroun soutenait même que la Cour, si elle se déclarait compétente au fond, avait l'obligation de rendre un tel jugement déclaratoire (p. 36).

887 *Ibid.*, p. 37. Cependant, la Cour précisait que, même compétente, elle n'était nullement tenue d'exercer cette compétence, et notamment lorsqu'elle était convaincue que statuer sur le fond d'une requête serait « incompatible avec sa fonction judiciaire » (*ibid.*).

888 Cette position a été réitérée dans la deuxième phase des affaires du *Sud-ouest africain* (*op. cit.*, p. 30 et s.), ou encore dans la deuxième phase de l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (*op. cit.*, notamment p. 38 par. 54).

889 C.I.J., *Affaire du Cameroun septentrional*, *op. cit.*, p. 37.

890 *Ibid.*, p. 33-34.

891 *Ibid.*, p. 37.

citant la décision précitée, qu'elle peut, « dans des cas appropriés, prononcer un jugement déclaratoire »⁸⁹². En toute rigueur, le type de jugement désigné dans cette dernière phrase relève du type qualifié ci-dessus de *déclaratif*, en ce qu'il déclare une situation juridique existante à laquelle sont attachées des conséquences pratiques, tandis que le type de jugement que la Cour refuse de rendre relève du jugement proprement *déclaratoire*, dépourvu d'effets pratiques. Cependant, puisque le vocabulaire qui a cours, en particulier au sein même des juridictions concernées, est celui du jugement « déclaratoire », c'est également ce terme que nous employons. En conséquence de ce qui précède, sous la réserve qu'ils soient susceptibles d'application concrète à la situation individuelle concernée, les jugements de la C.I.J. comportent toujours une dimension déclaratoire, puisqu'ils déclarent une situation juridique, au moyen de la détermination de la règle de droit applicable, de l'interprétation d'un texte, ou de la déclaration de l'illicéité et son imputation⁸⁹³. Les constatations et conclusions d'incompatibilité formulées par les groupes spéciaux ou par l'Organe d'appel s'analysent de même comme de tels jugements déclaratoires : ils déclarent la situation juridique individuelle au sujet de laquelle existait un litige, et cette déclaration a bien un effet pratique⁸⁹⁴ ; cet effet pratique que doit avoir le rapport est énoncé dans la recommandation qui clôt le rapport.

892 C.I.J., *Application de l'accord intérimaire du 13 septembre 1995* (ex-République yougoslave de Macédoine c. Grèce), arrêt du 5 décembre 2011, par. 49. La Cour avait par ailleurs écarté la comparaison avec l'affaire des *Essais nucléaires*, faisant valoir que les situations respectives étaient incomparables (*ibid.*, par. 52-53) : dans cette affaire, la Cour avait considéré que les déclarations de la France, en ce qu'elles constituaient un engagement, avaient eu pour effet de faire disparaître le différend ; or, en l'absence de litige, une décision aurait manifestement été dépourvue d'effet pratique (v. C.I.J., *Essais nucléaires* (Australie c. France), *op. cit.*, p. 271 par. 56 ; C.I.J., *Essais nucléaires* (Nouvelle-Zélande c. France), *op. cit.*, p. 476 par. 59). Dans la présente affaire entre la Macédoine et la Grèce, toutefois, aucun fait ou acte avait eu pour effet de faire disparaître le différend, et une décision de la Cour conservait donc pleinement son potentiel d'effet pratique.

893 V. par exemple C.I.J., *Affaire du Détroit de Corfou* (*fond*), *op. cit.* (spéc. p. 35), puis plus tard C.I.J., *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran* : indépendamment de la constatation d'engagement de responsabilité et de l'obligation de réparation, la Cour a déclaré dans la seconde affaire citée que « la République islamique d'Iran a violé à plusieurs égards et continue de violer des obligations dont elle est tenue envers les Etats-Unis d'Amérique en vertu de conventions internationales en vigueur entre les deux pays ainsi que de règles du droit international général consacrées par une longue pratique » (C.I.J., *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran* (Etats-Unis d'Amérique c. Iran), arrêt du 24 mai 1980, *C.I.J. Recueil* 1980, spéc. p. 44 par. 95).

894 On reviendra ci-dessous sur l'approche qu'adoptent les organes de jugement de l'O.M.C. lorsqu'ils sont confrontés à des allégations portant sur une mesure expirée, et sur la

- ii Recommandation de mise en conformité :
cesser l'illicite sans le réparer

La constatation d'incompatibilité de la mesure d'un Membre s'accompagne d'une recommandation de mise en conformité. Alors que « [l]a responsabilité au sens traditionnel est un mécanisme de création, à la charge d'un Etat qui n'a pas su ou pas voulu s'acquitter de son obligation principale, d'une obligation subsidiaire »⁸⁹⁵, qui est l'obligation de réparation, le mécanisme de responsabilité dans le contentieux de l'O.M.C. s'achève au contraire par la déclaration de la situation juridique qu'a permis d'établir le contrôle de licéité, et elle n'emporte d'autre conséquence que celle qui est intrinsèque à toute constatation d'illicéité. La professeure Marceau et Mme Hamaoui soulignent ainsi que « *all panel reports have only a single recommendation, and there is only a single remedy: to bring a WTO inconsistent measure into compliance with WTO law* »⁸⁹⁶. Analysé sous l'angle d'un mécanisme de responsabilité à la lumière du droit commun, le règlement des différends de l'O.M.C. n'est pas développé au-delà d'un contentieux déclaratoire qui se réduit à l'imputation de l'illicite. Or, dans le droit commun, l'engagement de la responsabilité emporte naissance d'une nouvelle obligation, secondaire en ce qu'elle dérive de la violation de l'obligation primaire, celle de réparer le dommage causé. Cette réparation, dans les mots du professeur Combacau, est destinée à « rapprocher autant qu'il est possible l'obligation subsidiaire de réparer de l'obligation principale qu'énonçait la règle primaire »⁸⁹⁷. Elle prend idéalement la forme d'une remise en l'état, qui consiste, comme l'a explicité le C.P.J.I., à « effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et [à] rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis »⁸⁹⁸, ce dont on trouve écho dans les articles 34 et suivants du texte de la C.D.I. Dans l'impossibilité d'une telle *restitutio in integrum* il peut alors s'agir d'une réparation par satisfaction (article 37) ou par indemnisation (article 36). Or, toute forme de réparation matérielle est parfaitement étrangère au droit de l'O.M.C. : les conséquences de la violation ne sont jamais effacées. Le système est animé par le seul le but de protéger la légalité (but *objectif*), et cet but est exclusif de la réparation (but *subjectif*). Le mécanisme

distinction entre l'examen de ces allégations et la formulation de recommandations au sujet de telles mesures. V. Deuxième partie, Titre I, Chapitre II, Section II, § 2, B.

895 J. COMBACAU, intervention in S.F.D.I., *La responsabilité dans le système international*, Colloque du Mans, Paris, Pedone, 1991, p. 308.

896 G. MARCEAU et J. A. HAMAOU, « Implementation of Recommendations and Rulings in the WTO System », *op. cit.*, p. 193-194.

897 J. COMBACAU, in J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 524.

898 C.P.J.I., *Usine de Chorzów (demande en indemnité) (fond)*, *op. cit.*, p. 47.

de responsabilité reste ainsi largement (et délibérément) « inabouti », puisqu'il ne permet que l'engagement de la responsabilité, sans que celle-ci ne consiste, comme dans le droit commun, en un « retour » sur le passé : il se passe du dernier élément de la triade classique fait générateur-imputation-réparation. La seule forme de réparation existante à l'O.M.C., si on accepte d'envisager comme telle la constatation de non-conformité et l'obligation de mise en conformité qui en résulte, est juridique, immatérielle⁸⁹⁹. Envisagée ainsi, elle consisterait en une remise des choses en l'état amputée de sa partie rétroactive ; en cela, elle serait alors une forme de réparation par satisfaction. Il nous semble cependant qu'elle ne peut en être guère plus qu'une « forme », car la mission du juge de l'O.M.C. telle qu'elle ressort du Mémorandum n'est pas purement et simplement d'établir ou de déclarer la responsabilité d'un Membre, comme nous le verrons ci-dessous. La constatation de non-conformité ne constitue donc pas « en elle-même une satisfaction appropriée »⁹⁰⁰, même s'il est incontestable qu'elle participe de ce que cherche à obtenir le plaignant. En effet, toutes les procédures juridictionnelles constituant le mécanisme de règlement des différends, d'une part, et l'encadrement politique auxquelles elles servent de levier, d'autre part, n'ont d'objectif que celui de la cessation de l'illicite, et par-delà la protection de la légalité.

B *Objet de la responsabilité : la protection de la légalité*

L'obligation de mise en conformité fait apparaître au plus clair que le mécanisme de règlement des différends est conçu comme un contentieux objectif destiné à protéger une légalité « objective » (1.). Cette finalité est matérialisée par un contrôle de licéité dont l'issue peut faire naître une obligation qui, dans le droit commun de la responsabilité, correspond à celle de cessation (2.).

1 Protection d'une légalité « objective »

La responsabilité dans son acception classique est une institution à vocation réparatoire des dommages subjectifs, institution réparatoire qui n'est toutefois que contingence tandis que son support est invariablement un contrôle de licéité. Cette « contingence » a néanmoins été placée au cœur de la fonction attribuée au contentieux de la responsabilité⁹⁰¹, ne serait-ce que parce les Etats,

899 Sur l'absence de réparation au sens classique, mais aussi la confusion alimentée par un emploi pas toujours rigoureux du terme, v. *infra* dans cette Section, § 2, A., 1., c.

900 Selon la formule employée par la Cour dans son arrêt rendu au fond dans l'*Affaire du Détroit de Corfou*, *op. cit.*, p. 35.

901 V. par exemple F. V. GARCIA AMADOR, *Principios de derecho internacional que rigen la responsabilidad*, Madrid, Escuela de funcionarios internacionales, 1963, qui traite la

lorsqu'ils mettent en cause la responsabilité d'un autre, demandent habituellement réparation du dommage matériel qu'ils ont subi. Cette dimension réparatoire inscrit alors le mécanisme de responsabilité dans une approche centrée sur des rapports bilatéraux, à dimension intersubjective dominante⁹⁰². Or, l'évolution normative qu'a connue le droit international au cours de dernières décennies, se distanciant du paradigme strictement bilatéral et embrassant celui des obligations multilatérales, et même des normes impératives, a également emporté évolution de l'acception de l'illicite et du dommage ; c'est alors aussi la fonction de la responsabilité qui évolue et se diversifie⁹⁰³, ou, plus précisément, qu'il apparaît mieux que cette fonction comporte diverses facettes. Ainsi, le rétablissement de la légalité a acquis une place plus visible dans le contentieux de la responsabilité, à côté de la fonction réparatoire classique.

Cette dimension est particulièrement perceptible dans le système qui nous occupe, qui cantonne le mécanisme de responsabilité dans une fonction déclaratoire d'une situation d'illicéité. Cette constatation par le juge opère comme un acte-condition, en ce qu'elle déclenche le jeu de la règle qui oblige le Membre défaillant à rectifier son comportement, obligation formulée dans la recommandation de mise en conformité qui lui est adressée. Le contenu matériel de la recommandation correspond, dans le vocabulaire internationaliste généraliste, à l'obligation de cessation de l'illicite que fait naître la déclaration d'illicéité à la suite du contrôle intrinsèque au contentieux de la responsabilité. L'ensemble du contentieux est donc porté vers l'objectif de la mise en conformité et le règlement des différends, s'il permet de constater la

responsabilité essentiellement sous l'angle de son engagement et de la création d'un « *deber para reparar* » (p. 31), le devoir de réparer, réparation qu'il n'envisage au demeurant que dans ses formes traditionnelles, mais aussi dans celle de la sanction (v. spéc. p. 409-501).

902 On retrouve là la conception d'Anzilotti, pour qui les rapports naissant de la responsabilité s'inscrivent dans une dynamique exclusivement bilatérale, réduite à la dialectique entre l'obligation de réparer le dommage causé et le droit de demander réparation du dommage subi, v. par exemple D. ANZILOTTI, *Cours de droit international – Premier volume : Introduction – Théories générales*, op. cit., notamment p. 467 et 517 (respectivement : « Au fait illicite [...] se rattache ainsi la naissance d'un nouveau rapport juridique entre l'Etat auquel est imputable le fait dont il s'agit, qui est tenu à réparation, et l'Etat envers lequel existait le devoir non exécuté, qui peut exiger la réparation », et « du fait illicite naît un rapport juridique qui se concrétise [...] dans le devoir de réparer le tort commis et dans le droit correspondant d'exiger la réparation »).

903 V. sur ce thème P.-M. DUPUY, « Le fait générateur de la responsabilité internationale des Etats », op. cit., spéc. p. 78-98 ; et « Responsabilité et légalité », in S.F.D.I., *La responsabilité dans le système international*, op. cit., p. 263-299.

non-conformité d'une mesure avec le droit de l'O.M.C., vise prioritairement à obtenir le retrait de celle-ci⁹⁰⁴. L'existence même d'un contentieux de l'exécution, composé de diverses procédures destinées à servir de levier dans la réalisation de cet objectif et dont une a même pour objet, tout comme la procédure initiale, un contrôle de licéité au sens le plus classique, témoigne de manière particulièrement puissante de la place centrale qu'occupe la considération de légalité dans le système conçu à l'O.M.C. Cette place centrale est en principe inhérente à tout mécanisme de responsabilité, bien que le rétablissement de la légalité soit, souvent, trop aisément évincé lorsque la restauration du droit implique en priorité, comme c'est habituellement le cas, la réparation matérielle du dommage. La conception du règlement des différends de l'O.M.C. s'en distingue franchement ; Mme Ruiz Fabri a observé en ce sens que la préférence ouvertement affichée dans le Mémoire pour la mise en conformité intégrale, plutôt que pour une formule compensatrice basée sur une compensation proprement dite ou une suspension de concessions, exprime que l'Organisation est imprégnée d'une logique d'ordre public, par opposition à une logique contractualiste⁹⁰⁵.

A l'O.M.C., la légalité est érigée en pivot du système, et la particularité du mécanisme de responsabilité réside précisément dans cet aspect-là : le règlement des différends rend au rétablissement de la légalité la place qu'il occupe naturellement dans tout mécanisme de responsabilité. Cette particularité avait d'ailleurs été soulignée par la C.D.I. dans son commentaire de l'article 30 du Projet d'articles : le mécanisme de l'O.M.C. « s'intéresse beaucoup plus aux problèmes de cessation que de réparation », un constat illustratif de ce que la « cessation est souvent le principal objet de la controverse suscitée par un comportement qui viole une obligation internationale »⁹⁰⁶. D'autres auteurs, dans le même sens mais avec un vocabulaire différent, analysent l'objectif du règlement des différends en termes de « *rule integrity* », qui implique la préservation et le renforcement de l'état de droit, au moyen d'une obligation de cessation mise en exergue⁹⁰⁷. Or, dans la pratique, la cessation a souvent été

904 Cela avait été rappelé avec force dans le rapport du groupe spécial, *Inde – Autos*, *op. cit.*, par. 6.58, qui insistait sur la centralité de la cessation dans le contentieux de l'O.M.C. et sur sa nature prospective. V. les développements *infra*, § 2.

905 H. RUIZ FABRI, « Le contentieux de l'exécution dans le règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce », *op. cit.*, p. 632.

906 Commentaires in *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session*, 2001, *Supplément n° 10*, A/56/10, p. 234 par. 4 et note 459.

907 V. en ce sens R. NORDBLAD, « Enforcement of World Trade Organization Law », *op. cit.*, qui articule l'ensemble de son analyse du suivi de l'exécution à l'O.M.C. autour de la notion

marginalisée par la préoccupation de réparation. On comprend bien, d'ailleurs, pourquoi celle-ci a pris le pas (en apparence en tout cas) sur celle-là dans l'institution de la responsabilité. La réparation repose sur des rapports strictement bilatéraux dont les protagonistes sont identifiables comme « responsable » et « victime ». Faire du rétablissement de la légalité l'objectif central d'un mécanisme de responsabilité, en évacuant incidemment toute vocation réparatoire, suppose d'admettre en amont l'existence d'une légalité objective, par opposition à la conception subjective de la légalité dans laquelle le mécanisme de responsabilité vise la restauration et la réparation des droits subjectifs d'un Etat lésé. Une telle légalité objective n'existe pas actuellement dans le droit international général, non pas parce qu'elle serait inconcevable mais parce qu'elle est irréalisable en l'état. La portée des obligations juridiques devrait pour cela être élargie, en étant revêtue d'une importance cruciale pour l'ensemble des membres d'une communauté déterminée, de laquelle chaque membre tirerait un intérêt objectif à la préservation du droit, et au rétablissement de la légalité si elle est violée⁹⁰⁸.

Le règlement des différends de l'O.M.C. ne s'en révèle que plus singulier : il exprime non seulement la conception d'une légalité objective (dans le système de l'O.M.C.), mais aussi la matérialisation des dispositifs correspondants pour lui donner une existence et une portée réelles⁹⁰⁹. En effet, au-delà de la nature multilatérale des obligations, les développements précédents ont souligné l'effet produit par la présomption de dommage établie par l'article 3:8 du Mémoire, qui est une autre manière d'évacuer la notion, ainsi que l'absence de condition d'un intérêt à agir : autant de techniques qui donnent au concept de légalité objective une véritable existence pratique, et confirment le rétablissement de la légalité comme l'objectif principal du contentieux de l'O.M.C. Une telle légalité se situe dans la droite ligne du constat que la cessation de l'illicite « sert [...] des intérêts qui ne sont pas limités au seul Etat ou Etats lésés »⁹¹⁰.

de « *rule integrity* », à partir du constat que le règlement des différends est entièrement orienté vers la cessation de l'illicite.

908 En ce sens, v. notamment les opinions signalées ci-dessus de MM. Schachter et Gaja, respectivement in O. SCHACHTER, *International Law in Theory and Practice*, op. cit., et G. GAJA, « Do States Have a Duty to Ensure Compliance with Obligations *Erga Omnes* by Other States ? », op. cit.

909 V. en ce sens les développements précédents au sujet de l'absence de condition d'intérêt à agir dans le contentieux initial à l'O.M.C., que nous avons analysée en termes de droit *omnium partium*, supra, Section I, B.

910 G. ARANGIO-RUIZ, « Rapport préliminaire sur la responsabilité des Etats », A/CN.4/416 et Add.1, *Annuaire C.D.I.*, 1988, II-1, p. 13 par. 32.

2 Autonomie et exclusivité de l'obligation de mise en conformité
 On l'a dit, l'obligation de mise en conformité n'est rien d'autre, dans sa nature, que ce que le droit international général appelle l'obligation de cessation, et l'autonomie dont bénéficie celle-ci par rapport à l'obligation de réparation fait mieux apparaître que l'évacuation de toute fonction réparatoire du mécanisme de responsabilité dans le système de l'O.M.C. n'est que la conséquence logique du choix d'ériger un contentieux de la seule légalité (a.). Sa formulation positive, à l'inverse de la formulation négative de l'obligation de cessation, exprime particulièrement bien qu'elle n'est pas une obligation secondaire, mais est intrinsèquement rattachée à la règle primaire (b.).

a *Nature de l'obligation de mise en conformité :
 une obligation de cessation*

La préoccupation centrale de légalité dans le système de l'O.M.C. peut paraître comme une spécificité, par comparaison à d'autres mécanismes juridictionnels centrés davantage sur la réparation. Or, elle n'est que le reflet parfait de la nature intrinsèque de l'obligation de cessation qui naît de l'établissement de la responsabilité, et dont l'obligation de mise en conformité est l'homologue à l'O.M.C.⁹¹¹. Surtout, le rappel paraît aujourd'hui banal, les principales obligations découlant de la responsabilité dans le droit commun – cessation et réparation – sont distinctes. Elles ont pourtant longtemps été assimilées ou placées sur un pied d'égalité en raison d'une mauvaise identification de leur source, et donc de leur nature. L'absorption de l'obligation de cessation dans celle de réparation est flagrante dans les propos de la C.P.J.I. dans l'affaire de *l'Usine de Chorzów*, et le passage mérite d'être cité extensivement : « la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis. Restitution en nature, ou, si elle n'est pas possible, paiement d'une somme correspondant à la valeur qu'aurait la restitution en nature ; allocation, s'il y a lieu, de dommages-intérêts pour les pertes subies et qui ne seraient pas couvertes par la restitution en nature ou le paiement qui en prend la place ; tels sont les principes desquels doit s'inspirer la détermination du montant de l'indemnité due à cause d'un fait contraire au droit international »⁹¹². La formulation fait apparaître que la réparation était alors entendue comme

911 Sur ce point, v. par exemple Sh. SHADIKHOJAEV et N. PARK, « Cessation and Reparation in the GATT/WTO Legal System – A View from the Law of State Responsibility », *J.W.T.*, 2007, vol. 41, n° 6, p. 1237-1258.

912 C.P.J.I., *Usine de Chorzów (demande en indemnité) (fond)*, *op. cit.*, p. 47.

étant constituée de la cessation de l'illicite, ou le rétablissement de la légalité, assorti(e) du versement de dommages-intérêts⁹¹³. La même confusion, ou absorption de l'une dans l'autre, se lit déjà chez Anzilotti, selon lequel « [l]a violation de l'ordre juridique international commise par un Etat soumis à cet ordre donne ainsi naissance à un devoir de réparation, qui consiste en général dans le rétablissement de l'ordre juridique troublé »⁹¹⁴.

Or – le témoignage en est particulièrement fort à l'O.M.C. – l'obligation de cessation est autonome, parfaitement indépendante de celle de réparation : elle existe dès qu'un comportement est constitutif de la violation d'une obligation internationale, sans qu'il soit besoin de la demander⁹¹⁵, et elle peut ou peut ne pas être accompagnée d'une demande de réparation. La raison de l'autonomie de la cessation est que les deux obligations, cessation et réparation, n'ont pas la même source. Pourtant, toutes deux résultent bien de l'établissement de la responsabilité d'un Etat, et font à ce titre partie de la « teneur » de la responsabilité, c'est-à-dire ce en quoi elle consiste. L'obligation de réparation n'a jamais soulevé de difficultés, car sa nature d'obligation secondaire l'associe naturellement aux « conséquences » de l'engagement de responsabilité. Il en va de même pour l'obligation de cessation⁹¹⁶, bien que sa nature apparaisse moins manifestement. Pour cette raison, la notion de cessation s'est située pendant longtemps dans une « zone floue entre les règles primaires et les règles secondaires »⁹¹⁷. C'est la sentence arbitrale dans l'affaire du *Rainbow Warrior* qui a pleinement consacré son autonomie, au moyen d'une démonstration rendue nécessaire par la difficulté que la règle primaire objet de la violation

913 « *Compliance plus damages* », selon la formule employée in E. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, « International Law in the Past Third of a Century », *R.C.A.D.I.*, 1978-I, vol. 159, p. 80. L'auteur explique plus loin que la *restitutio in integrum* consisterait en la « *performance of the obligation which the State failed to discharge : revocation of the wrongful act, return of a property wrongfully removed or abstention from further wrongful conduct* » (p. 285, v. aussi, du même auteur, « International Responsibility », in M. SØRENSEN (ed.), *Manual of Public International Law*, New York, St. Martin's Press, 1968, p. 562-603, spéc. p. 564).

914 D. ANZILOTTI, « La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers », *op. cit.*, p. 13.

915 La formulation de l'article 41 du Projet d'articles sur la responsabilité des Etats de 1996, *op. cit.*, et celle de l'article 30 du texte de la C.D.I. de 2001 sont révélatrices à ce sujet.

916 V. en ce sens notamment M. Forteau, qui souligne que « l'obligation de cessation du fait illicite fait indiscutablement partie aujourd'hui [...] des conséquences juridiques qu'engendre l'engagement de la responsabilité de l'Etat », in M. FORTEAU, *Droit de la sécurité collective et droit de la responsabilité internationale de l'Etat*, Paris, Pedone, 2006, p. 181.

917 C.D.I., « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante et unième session (2 mai-21 juillet 1989) », A/44/10, *Annuaire C.D.I.*, 1989, II-2, p. 84 par. 261.

avait expirée et n'était donc plus en vigueur au moment de la procédure. Le tribunal arbitral avait alors souligné les deux conditions nécessaires pour que puisse naître une obligation de cessation : « que l'acte illicite ait un caractère continu et que la règle violée soit toujours en vigueur au moment de l'émission de [l'ordonnance de cessation]. De toute évidence, le caractère continu d'une violation s'éteint aussitôt que la règle violée cesse d'exister. [...] un ordre de cessation d'acte ou omission illicite ne se justifie qu'en cas de violation continue d'une obligation internationale toujours en vigueur au moment de l'émission de l'ordre judiciaire en question. Si, au contraire, l'obligation primaire violée n'est plus en vigueur, un ordre de cessation de conduite illicite ne peut naturellement remplir aucune fonction utile et ne peut donc être prononcée »⁹¹⁸. La continuité de la violation, condition pour que la cessation ait un sens et donc condition d'existence même de l'obligation, apparaît pleinement dans la formulation de l'article 30 du texte de la C.D.I.

La même condition de continuité (ou actualité) de la conduite illicite existe à l'O.M.C., où elle est même la condition du fait générateur de responsabilité⁹¹⁹ : « [l'article 19:1] envisage [...] une situation dans laquelle il *existe* une violation »⁹²⁰. Cette disposition exprime clairement pourquoi l'obligation de cessation n'est pas et ne peut être contenue dans celle de réparation : elles naissent toutes deux de la responsabilité, mais se distinguent au regard de leur source. L'obligation de réparation est rattachée exclusivement aux conséquences juridiques d'une violation, qu'elle est destinée à purger ; elle implique donc un

918 Tribunal arbitral, *Affaire concernant les problèmes nés entre la Nouvelle-Zélande et la France relatifs à l'interprétation ou à l'application de deux accords conclus le 9 juillet 1986, lesquels concernaient les problèmes découlant de l'affaire du Rainbow Warrior*, sentence arbitrale du 30 avril 1990, *R.S.A.*, vol. XX, p. 215-284 (également publiée à la *R.G.D.I.P.*, 1990, p. 838-878), spéc. par. 114.

919 V. les développements très détaillés à ce sujet in H. LESAFFRE, *Le règlement des différends au sein de l'O.M.C. et le droit de la responsabilité internationale*, op. cit., p. 47-52. Il n'existe que quelques rares cas dans lesquels le juge de l'O.M.C. s'est prononcé sur une mesure qui n'existait plus : v. les rapports du groupe spécial in *Etats-Unis – Mesures affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses en laine tissés en provenance d'Inde*, WT/DS33/R, 6 janvier 1997, par. 6.2 ; *Indonésie – Certaines mesures affectant l'industrie automobile*, WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R, 2 juillet 1998, par. 14.9 ; *Etats-Unis – Mesures à l'importation de certains produits en provenance des Communautés européennes*, WT/DS165/R, 17 juillet 2000, par. 7.1 ; *Inde – Autos*, op. cit., par. 7.26 ; *Canada – Mesures concernant les exportations de blé et le traitement des grains importés*, WT/DS276/R, 6 avril 2004, par. 6.258-6.259 ; *République dominicaine – Mesures affectant l'importation et la vente de cigarettes sur le marché intérieur*, WT/DS302/R, 26 novembre 2004, par. 7.343.

920 Rapport du groupe spécial, *Inde – Autos*, op. cit., par. 8.15.

effet *ex tunc* puisqu'elle réalise un retour sur le passé. En revanche, l'obligation de cessation ou, dans les termes de l'O.M.C., l'obligation de mise en conformité, a la particularité de tenir directement à la norme primaire violée dont elle vise à assurer l'exécution, ou plutôt le retour à son exécution ; son effet joue donc *ex nunc*. En d'autres termes, s'il est correct de les qualifier toutes deux de « conséquences » de l'établissement de la responsabilité, en ce qu'elles en résultent, seule l'obligation de réparation est une obligation secondaire, tandis que « l'obligation de faire cesser le comportement illicite ne relève pas de la responsabilité internationale découlant de la règle dite "secondaire" »⁹²¹. On l'a vu, la jurisprudence s'était déjà tôt saisie de cette distinction et de la question de l'autonomie de la cessation⁹²², et elle a confirmé cette approche par la sentence arbitrale du *Rainbow Warrior*. L'autonomie de la cessation a depuis notablement trouvé écho dans les articles sur la responsabilité de l'Etat adoptés en 2001 par la C.D.I. lequel, au titre des conséquences juridiques de la responsabilité, distingue bien la cessation et la réparation. C'est précisément cette distinction qu'exprime aussi le mécanisme de règlement des différends de l'O.M.C. : la constatation par le juge d'une incompatibilité des mesures examinées avec les accords visés emporte, à l'issue de la procédure initiale, naissance d'une obligation de « mise en conformité », à laquelle renvoie également le juge de

921 G. ARANGIO-RUIZ, « Rapport préliminaire sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, par. 54. Un autre passage, extrait du même rapport, mérite d'être cité, pour l'extrême clarté avec laquelle il expose le type de rapport normatif dans lequel s'inscrivent les obligations nées de la responsabilité : « à l'instar des remèdes que recouvre la notion de réparation, la cessation intervient après qu'un fait international illicite est arrivé à un stade assez avancé, elle en diffère en ce que, contrairement à ces derniers, elle relève plutôt du fait illicite que des ses conséquences juridiques. En ce sens, bien entendu, la cessation n'est pas un des modes généralement admis de réparation ; elle ne ressortit pas davantage au contenu de la responsabilité ou aux conséquences juridiques essentielles du fait illicite (au sens étroit donné habituellement et à juste titre à ces expressions). La cessation doit être, en fait, considérée – en tant qu'obligation et en tant que remède à une violation du droit international – comme relevant non pas de la règle "secondaire", qui ne devient applicable qu'après la survenance du fait illicite, mais de l'application permanente et normale de la règle "primaire" dont le comportement illicite antérieur constituait une violation », *ibid.*, par. 31. V. aussi les développements consacrés à la distinction cessation / réparation in P. Weil, « Le droit international en quête de son identité – Cours général de droit international public », *op. cit.*, p. 352-355 ; et J. COMBACAU, in J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 523-524.

922 On en trouve la démonstration par exemple, s'agissant de la C.I.J., dans l'affaire relative au *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, *op. cit.*, p. 40 par. 95 ; ou dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, fond, *op. cit.*, p. 146 par. 292.

l'article 21:5 à l'issue d'une procédure de contrôle de la mesure d'exécution. On ne peut en douter, cette obligation correspond celle de cessation de l'illicite du droit commun de la responsabilité. L'obligation de mettre la mesure illicite en conformité avec le droit de l'O.M.C. n'est que la formulation renversée, positive en ce qu'elle fait clairement apparaître l'exigence d'un acte positif, de ce qui est formulé négativement dans l'expression « cessation de l'illicite ». Hormis la différence de perspective de la formulation, il n'existe aucune différence substantielle entre les deux : elles visent le rétablissement de la légalité, qui se réalise au moyen de la suppression du comportement illicite et ramène alors à l'exécution de l'obligation primaire.

b *Absence d'obligation secondaire : une obligation « primaire prime »*

La conjonction dans le mécanisme de l'O.M.C. de l'*autonomie* de l'obligation de mise en conformité et de son *exclusivité*, au sens que l'établissement de la responsabilité ne fait naître d'autre obligation que celle-là, met plus franchement en lumière l'une des particularités du mécanisme de responsabilité tel qu'il est conçu à l'O.M.C. : il n'en résulte aucune obligation secondaire. La formulation choisie dans le Mémoire est révélatrice d'une conscience particulièrement vive de l'autonomie de l'obligation de cessation par rapport à celle de réparation, et du rattachement de la première à l'obligation primaire. En effet, la formule même de « mise en conformité » exprime nettement que l'obligation de cessation n'est jamais qu'une sorte de rappel de l'obligation primaire, un « retour à l'obligation initiale »⁹²³. Cette expression rend immédiatement perceptible, bien plus que ne le fait celle de « cessation de l'illicite », que le plaignant ne revendique pas un nouveau droit, qui résulterait d'une règle secondaire et auquel correspond une obligation secondaire, mais simplement le respect de ses droits tels qu'ils résultent des règles primaires, tels qu'ils existaient avant la violation et tels qu'ils demeurent en dépit d'elle – en vertu des seules règles primaires. Comme dans le droit commun de la responsabilité, l'obligation de cessation est ainsi naturellement doublée de son corollaire, dont il n'est cependant jamais fait mention dans le contentieux de l'O.M.C. : l'établissement de la responsabilité emporte en effet *deux* obligations, qui peuvent paraître se confondre mais sont distinctes : celle de *mettre fin* au comportement constitutif de la violation d'une règle primaire, et celle de *continuer* à exécuter l'obligation primaire. Par comparaison, la seconde est explicitement énoncée dans le droit commun de la responsabilité, puisque l'article 29 du

923 V. Ch. DOMINICÉ, « Observations sur les droits de l'Etat victime d'un fait internationalement illicite », in I.H.E.I. de Paris, Cours et travaux, *Droit international* 2, Paris, Pedone, 1982, p. 27.

texte de la C.D.I. dispose que « [l]es conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite prevues dans la présente partie n'affectent pas le maintien du devoir de l'Etat responsable d'exécuter l'obligation violée »⁹²⁴. D'un côté, l'obligation de mise en conformité n'est donc pas une obligation parfaitement nouvelle ; d'un autre côté, elle ne se confond pas non plus avec l'obligation primaire, puisqu'elle tire son énonciation du mécanisme de responsabilité. Celle qui est exprimée dans une recommandation de l'O.R.D. fait apparaître, par sa formulation même, qu'elle se présente en quelque sorte comme une obligation « primaire prime » : être obligé de mettre en conformité une mesure illicite, c'est être obligé de revenir à la bonne exécution de l'obligation primaire. Matériellement, l'obligation de mise en conformité / cessation est donc implicitement contenue dans l'obligation primaire et, contrairement à la réparation dans le droit commun de la responsabilité, elle n'a d'ailleurs pas besoin d'être demandée au juge ; formellement, elle ne peut cependant être énoncée qu'au moyen du mécanisme de responsabilité et de la déclaration d'une violation : c'est d'eux seulement qu'elle tire son existence normative.

En somme, le règlement des différends de l'O.M.C. abrite bien un mécanisme de responsabilité au sens le plus classique, qui met en évidence la place centrale qu'occupe le contrôle de légalité dans tout contentieux de la responsabilité. La particularité de la responsabilité à l'O.M.C. est toutefois de n'y exister qu'au service de la préservation ou restauration de la légalité. C'est cette seule fonction qui se déploie dans son contenu, témoignant à l'O.M.C. de la conception et mise en œuvre d'une « légalité objective », qui est autrement inconnue, du moins à ce degré, dans l'ordre juridique international. De cette légalité objective découle une seconde particularité, qui est que l'établissement de la responsabilité a pour *seule* conséquence de faire naître une obligation de cessation de l'illicite ; celle-ci est naturellement rattachée à l'obligation primaire dont la violation est avérée. Elle ne crée aucune obligation secondaire au sens où celle-ci est habituellement entendue, même si la pratique a donné lieu en quelques rares occasions, on y vient maintenant, à faire naître à charge du Membre responsable une obligation de remboursement ; celle-ci s'apparente alors véritablement à une obligation secondaire de réparation.

924 V. aussi les développements à ce sujet in P. DAILLIER, M. FORTEAU et A. PELLET, *Droit international public*, op. cit., p. 888 ; et J. COMBACAU, in J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, op. cit., p. 523.

§ 2 Portée temporelle de l'obligation de mise en conformité

On l'a dit, le règlement des différends de l'O.M.C. tend à la mise en conformité, et le contentieux de l'exécution vise à en garantir la réalisation effective. L'objectif de protéger le maintien du tissu normatif constitué des disciplines communes et des engagements individuels y soumis emporte alors la conséquence que le système confère une portée exclusivement prospective aux mesures prises en exécution de l'obligation de mise en conformité. Cette obligation ainsi que les moyens prévus par le Mémorandum pour inciter à son exécution impliquent donc une non-rétroaction de principe (A.). Il existe toutefois une exception notable et notoire à cette règle, celle du remboursement des subventions prohibées, mais qui a soulevé des difficultés telles que la solution proposée n'a jamais été réitérée (B.).

A *Principe de non-rétroaction : la dynamique prospective de la cessation*

Le vocabulaire employé, « mise en conformité », fait déjà apparaître que l'exécution des décisions à l'O.M.C. ne tend pas à la « liquidation du passé »⁹²⁵, mais est envisagée dans sa seule dimension prospective, tournée vers l'avenir et se désintéressant des faits passés (1.). Paradoxalement, alors que l'obligation de mise en conformité exprime en ce sens une dynamique positive, elle n'est pas assortie des dispositifs complémentaires à visée prospective, qui pourtant pourraient en renforcer la portée (2.).

1 Contenu prospectif de l'obligation de mise en conformité

Le Mémorandum est elliptique s'agissant de la dimension temporelle dans laquelle s'inscrit la mise en œuvre des recommandations (a.), mais la jurisprudence a fait clairement apparaître la non-rétroaction de l'obligation de mise en conformité : « en substance, [la mise en œuvre] consiste à mettre la mesure considérée comme incompatible avec les obligations du Membre de l'O.M.C. concerné au titre de dispositions particulières d'un accord visé particulier, en conformité avec ces mêmes dispositions »⁹²⁶ (b.). Le contenu prospectif de

925 Ch. DOMINICÉ, cité in P. WEIL, « Le droit international en quête de son identité – Cours général de droit international public », *op. cit.*, p. 353. V. aussi J. PERSONNAZ, *La réparation du préjudice en droit international public*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1939, p. 197-198.

926 Décision de l'arbitre, *Argentine – Mesures visant l'exportation de peaux de bovins et l'importation de cuirs finis – Arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémorandum d'accord sur*

la mise en œuvre implique l'absence de réparation, mais le Mémorandum alimente une confusion à ce sujet et la question exige donc d'être précisée (c.).

a *Indices de la non-rétroaction*

La principale indication que donne le Mémorandum est formulée à l'article 19:1 selon lequel, en cas de constat d'une incompatibilité entre la mesure contestée et un accord visé, le groupe spécial ou l'Organe d'appel recommandera que son auteur « la rende conforme audit accord ». A cela s'ajoute, également en vertu de l'article 19, le pouvoir de l'organe de jugement de suggérer au défendeur « des façons de mettre en œuvres ces recommandations ». Nous reviendrons plus précisément sur l'exercice par le juge de son pouvoir de suggestion, mais signalons dès à présent que les suggestions formulées ne sont pas obligatoires ; elles ne participent donc pas de l'obligation de mise en conformité. Le contenu matériel de la recommandation adressée à un défendeur initial est par conséquent invariable : elle consiste pour lui en l'obligation de mettre en conformité sa mesure incompatible, et il s'agit donc là d'une obligation de résultat déterminée⁹²⁷. S'il apparaît bien que le défendeur dispose d'une marge discrétionnaire s'agissant de la *façon* dont il entend exécuter l'obligation qui lui incombe, sa portée temporelle en revanche n'est pas précisée. En particulier, le Mémorandum ne précise pas explicitement que la mise en œuvre est exclusive de toute dimension rétroactive. Or, l'importance de la réparation en atteste, les mesures correctives rétroactives sont habituelles en droit international. Ainsi, la C.P.J.I. avait déjà souligné dans l'affaire *Usine de Chorzów* que « [c]'est un principe de droit international que la violation d'un engagement entraîne l'obligation de réparer dans une forme adéquate. La réparation est donc le complément indispensable d'un manquement à l'application d'une convention, sans qu'il soit nécessaire que cela soit inscrit dans la convention même »⁹²⁸. L'obligation de réparer le dommage existe donc indépendamment de tout fondement conventionnel.

Dans ces conditions, l'absence de précision dans le Mémorandum ne permet pas à lui seul d'inférer l'existence d'un véritable principe de non-rétroaction, qui ferait obstacle à toute fonction réparatoire, compensatrice ou même

les règles et procédures régissant le règlement des différends, WT/DS155/10, 31 août 2001, par. 40.

927 Le groupe spécial avait particulièrement bien mis en valeur cet aspect et qualifié en ce sens l'obligation de mise en conformité d'« élément fondamental du système » dans son rapport *Etats-Unis – Article 301, Loi sur le commerce extérieur*, *op. cit.*, par. 7.102.

928 C.P.J.I., *Usine de Chorzów (demande en indemnité) (compétence)*, arrêt du 26 juillet 1927, *Série A*, n° 9, p. 21.

punitive. En outre, un examen de la pratique sous le GATT de 1947 révèle plusieurs cas de mesures rétroactives, les panels y ayant recommandé non seulement le retrait de la mesure non conforme mais aussi le remboursement de droits antidumping et des droits compensateurs perçus en violation de l'Accord. La pratique plus communément établie sous le GATT était toutefois celle d'une mise en conformité non rétroactive, au moyen de « mesures correctives [ayant] généralement un caractère prospectif »⁹²⁹. A la lumière de ces éléments, il est peu probable que les négociateurs de l'O.M.C. aient explicitement entendu déroger à la latitude que laisse au juge le silence du Mémoire. La question est d'ailleurs suffisamment importante pour que l'on puisse supposer que s'ils avaient entendu consacrer un refus de la rétroaction, ils l'auraient explicitement exprimé. La pratique sous l'O.M.C. se distingue toutefois sensiblement de celle sous le GATT, en restant plus prudente à l'égard des mesures correctives rétroactives.

Cette approche trouve son origine dans la logique particulière et propre à l'Organisation, plus fermement revendiquée que sous le GATT. Le bon fonctionnement de l'O.M.C. repose sur l'équilibre des concessions négociées par ses Membres, qui implique le respect des disciplines communes. C'est donc vers la préservation de l'équilibre conventionnel que tend le contentieux : il s'agit de protéger les rapports de concurrence et non pas les volumes d'exportation⁹³⁰, et la protection de ces rapports de concurrence tient à celle de la légalité commerciale internationale. Partant de cette prémisse, il ne peut exister aucune réparation matérielle du dommage causé au plaignant initial du fait de la mesure incompatible. L'obligation de mise en conformité, on l'a mentionné, n'est qu'une forme de « réparation » juridique et peut en ce sens n'avoir qu'un effet *ex nunc*.

929 Comme l'a rappelé le groupe spécial dans l'affaire *Etats-Unis – Certains produits en provenance des CE*, *op. cit.*, par. 6.106, « les mesures correctives rétroactives ne font pas partie de la pratique bien établie du GATT/de l'O.M.C. suivant laquelle les mesures correctives ont généralement un caractère prospectif ». Cette pratique sous le GATT avait largement été résumée dans le Mémoire d'accord concernant les notifications, les consultations, le règlement des différends et la surveillance adopté le 28 novembre 1979 (L/4907, B.I.S.D. 26S/210) et son annexe « Description convenue de la pratique habituelle du GATT en matière de règlement des différends », par. 4, desquels découlait que les conséquences attachées à une constatation d'illicéité avaient une portée strictement prospective. V. également à ce sujet E.-U. PETERSMANN, *The GATT/WTO Dispute Settlement System – International Law, International Organizations and Dispute Settlement*, *op. cit.*, p. 77-80.

930 V. en ce sens le rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Taxes sur le pétrole et certains produits d'importation*, L/6175 – 34S/154, 17 juin 1987, spéc. par. 5.1.9.

La seule disposition comportant ce qui pourrait être un révélateur de la temporalité dans laquelle s'inscrit le processus est relative non pas à l'obligation de mise en conformité elle-même, mais aux conséquences de son inexécution. L'article 22 relatif à la compensation et la suspension de concessions précise dans son paragraphe 6 que « le niveau de ladite suspension [doit être] équivalent au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages ». Au premier abord, cette disposition donne l'impression qu'il s'agit d'une forme de compensation ou de réparation par équivalent, sollicitée par le plaignant, et donc d'une mesure corrective rétroactive. Mais cette impression ne correspond pas à la réalité de la conception du mécanisme tel qu'elle est exposée à l'article 3 du Mémorandum : son objectif est la protection du juste équilibre des droits et des obligations des Membres⁹³¹. La pratique consacrée par le contentieux se situe dans la droite ligne de cette logique, en ne prescrivant la mise en conformité qu'à effet *ex nunc*. Cela est particulièrement perceptible au regard du contenu spécifique de l'obligation de mise en conformité, qui consiste habituellement dans le retrait de la mesure incompatible.

b *Confirmation de la non-rétroaction par la pratique du contentieux*

La recommandation de « mise en conformité » reste vague s'agissant de son contenu, qui peut prendre diverses formes mais dont le point commun est qu'elles s'inscrivent dans une logique (presque) invariablement prospective. Les Communautés européennes, en qualité de tierce partie au différend *Etats-Unis – Article 129 c) 1*), URAA, avaient résumé le principe en ces termes : « [l]e système de règlement des différends de l'O.M.C. applique le principe de la non-rétroaction des mesures correctives. Ainsi, le Mémorandum d'accord n'impose pas aux Membres l'obligation de corriger les infractions antérieures ou consommées, mais exige une mise en conformité prospective »⁹³².

Lorsque l'incompatibilité constatée résulte d'une mesure législative ou réglementaire, c'est en principe son retrait qui assurera la mise en conformité. Le Mémorandum l'affiche d'ailleurs comme étant son « objectif premier » (article 3:7), ce principe étant déjà bien établi sous le GATT de 1947⁹³³, et reste ainsi parfaitement cohérent avec la conception de la cessation de l'illicite qui apparaît dans les travaux de la C.D.I. sur la responsabilité internationale

931 Article 3:3, qui doit se lire conjugué à l'article 3:2.

932 Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Article 129 c) 1*) de la Loi sur les Accords du Cycle d'Uruguay, WT/DS221/R, 15 juillet 2002, par. 4.4.

933 V. la Note du Secrétariat, « Décisions et recommandations au titre de l'article XXIII:2 », MTN.GNG/NG13/W/35, 1^{er} décembre 1989, par. 10 pt c).

des Etats⁹³⁴. Mais d'autres manières sont également envisageables selon les circonstances, en particulier la nature et la gravité de la violation⁹³⁵, si bien qu'à côté du retrait de la mesure, sa modification peut parfaitement satisfaire à l'obligation de mise en conformité. Pareille modification peut prendre la forme soit d'une abrogation soit d'une correction de la partie incompatible de la mesure. L'arbitre au titre de l'article 21:3 c) dans l'affaire *Argentine – Peaux et cuirs* avait mis en évidence cette alternative (et l'alternative dans l'alternative) de manière particulièrement limpide : « Il est clair [...] que la mesure non conforme doit être mise en situation de conformité avec des dispositions conventionnelles déterminées soit en *retirant* cette mesure complètement soit en la *modifiant* en retranchant ou en corrigeant la partie constitutive de l'infraction de la mesure en cause »⁹³⁶.

Dans de nombreux cas, la modification de la mesure incompatible sera ainsi largement suffisante pour réaliser la mise en conformité. L'affaire *CE – Préférences tarifaires* en fournit une parfaite illustration. Dans cette affaire, l'Inde mettait en cause le système généralisé de préférences communautaire au motif que l'un des quatre régimes préférentiels mis en place parallèlement au régime général, celui concernant les drogues, avantageait douze pays en développement considérés par les Communautés européennes comme particulièrement concernés, tandis que les autres pays en développement restaient soumis au régime général. L'Inde alléguait notamment que ce régime particulier violait la Clause d'habilitation, selon laquelle les régimes préférentiels doivent être accordés sans discrimination, et revendiquait par conséquent l'application du régime préférentiel concernant les drogues à tous les pays en développement. Le groupe spécial avait reçu l'argument de l'Inde, mais l'Organe d'appel infirma ensuite non pas ses conclusions mais le fondement sur lequel elles reposaient. A l'issue d'un raisonnement interprétatif de la notion de discrimination, sensiblement différent de celui adopté par le groupe spécial⁹³⁷, il s'aligna sur ses conclusions, constatant une violation de la Clause

934 En ce sens, v. notamment J. CRAWFORD, « Troisième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, p. 27 note 97, qui souligne que « dans les cas où l'existence même de dispositions législatives constitue une violation d'une obligation internationale, l'abrogation de ces dispositions serait un aspect de la cessation du comportement illicite ».

935 Ce raisonnement apparaît nettement dans le rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Mesures antidumping visant les tôles d'acier inoxydable en rouleaux et les feuilles et bandes d'acier inoxydable en provenance de Corée*, WT/DS179/R, 22 décembre 2000, par. 7.9.

936 Décision de l'arbitre, *Argentine – Peaux et cuirs* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 40.

937 L'interprétation de l'Organe d'appel l'a conduit à considérer que l'exigence n'est que de traiter de manière identique les bénéficiaires du système généralisé de préférences se trouvant dans une situation semblable ; les pays développés Membres peuvent donc tout

d'habilitation du fait que le régime concernant les drogues n'était pas appliqué à tous les pays dans une situation semblable. Cette application incohérente du régime préférentiel était due à l'utilisation d'une « liste fermée » de douze pays en développement bénéficiaires visés par le règlement communautaire⁹³⁸, et à l'absence de critère objectif pour déterminer l'éligibilité d'un autre pays candidat à la soumission au régime préférentiel. Des lacunes et imperfections identifiées par l'Organe d'appel, il ressortait ainsi que ce n'était pas le régime dans son existence même qui créait une incompatibilité, mais la manière dont il était configuré. En termes de mise en conformité, cela signifiait pour les Communautés européennes qu'elles pouvaient déduire de cette motivation qu'il ne leur était pas nécessaire, pour mettre leur dispositif réglementaire en conformité avec leurs obligations au titre de l'O.M.C., d'abroger radicalement le régime concernant les drogues, mais seulement d'en modifier les aspects qui avaient fait l'objet de critiques de la part de l'Organe d'appel. Ce qui apparaît de cette conception de la mise en conformité est qu'elle est, comme l'a précisé le juge de l'O.M.C., « un concept technique ayant un contenu spécifique »⁹³⁹. Ce contenu spécifique est soit le retrait, soit la modification de la mesure incompatible, ou d'une partie d'elle qui en elle-même ou dans son application est constitutive d'une violation des accords visés. En d'autres termes, il est variable et ne peut être précisé que cas par cas, mais, dans tous les cas, sa portée est prospective exclusivement⁹⁴⁰.

à fait traiter différemment les produits originaires de bénéficiaires du système généralisé de préférences dans des situations différentes, mais sous la réserve que le traitement différencié ne porte pas atteinte aux autres conditions énoncées dans la Clause d'habilitation. V. le rapport de l'Organe d'appel, *Communautés européennes – Conditions d'octroi de préférences tarifaires aux pays en développement*, WT/DS246/AB/R, 7 avril 2004, par. 173.

938 *Ibid.*, par. 187.

939 Décision de l'arbitre, *Argentine – Peaux et cuirs* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 41.

940 L'arbitre au titre de l'article 22:6 a d'ailleurs très tôt donné une interprétation catégorique en ce sens de l'objectif premier du retrait de la mesure illicite : « [c]e principe exige le respect *ex nunc* des recommandations et décisions de l'O.R.D. à l'expiration du délai raisonnable prévu à cet effet. Si nous devons décider que l'attribution de certificats aux fournisseurs de services originaires de pays tiers devait être "corrigée" pour les années allant de 1994 à 1996, nous créerions un effet rétroactif des moyens de recours *ex tunc* », v. la décision de l'arbitre, *CE – Bananes III* (22:6 USA), *op. cit.*, par. 5.45. V. aussi sur ce point H. ASCENSIO, « La portée temporelle des décisions de l'ORD : quelles conséquences pour les bénéficiaires de l'aide considérée comme illicite ? », in J.-M. THOUVENIN (dir.), *Droit international et communautaire des subventions – Le cas de l'aéronautique civile (Le contrôle des aides publiques à l'industrie aéronautique civile : le point sur les réglementations communautaire et internationale)*, Paris, P.U.F., 2001, spéc. p. 168-170.

Au premier abord, le caractère prospectif de la mise en conformité peut paraître moins exigeant, ou moins lourd à porter, pour le Membre mettant en œuvre, mais la pratique a fait apparaître qu'il peut soulever un important problème s'agissant de ce qui, en principe, est la liberté pour le défendeur initial de choisir le moyen par lequel la mise en œuvre sera réalisée. En effet, l'obligation de mise en conformité est interprétée si étroitement que le moyen d'exécution peut s'en trouver, de fait, imposé à lui. Les affaires *CE – Hormones* ou *Australie – Saumon* notamment ont mis en évidence que le mécanisme n'autorise pas un ajustement, au cours de la phase d'exécution, des éléments de preuve desquels dépendait la constatation d'incompatibilité au cours de la procédure initiale⁹⁴¹. Or, dans une affaire où est en cause une mesure sanitaire et phytosanitaire dont la licéité repose sur une évaluation des risques, ou une mesure tombant sous le champ d'une exception générale au titre de l'article XX mais mal argumentée et donc pas utilement justifiée au cours de la procédure, cette approche peut mener à ce qu'un Membre n'ait guère d'autre choix que de retirer la mesure condamnée, alors même qu'elle sert un intérêt reconnu comme étant légitime⁹⁴². L'affaire *CE – Hormones* en particulier avait soulevé la question de savoir en quoi peut consister la mise en conformité, dans ces conditions. Puisque les Communautés n'étaient pas autorisées à produire une nouvelle évaluation des risques, qui aurait pu établir la compatibilité de la

941 V. *supra* sur ce point, Titre I, Chapitre II, Section II, § 1, A., 2. Pour rappel, l'arbitre au titre de l'article 21:3 c) avait refusé de tenir compte dans l'appréciation du délai raisonnable de mise en œuvre accordé aux Communautés du temps nécessaire pour démontrer la licéité d'une mesure dont l'illicéité avait été établie au cours de la procédure initiale.

942 Ainsi par exemple dans la récente affaire *Chine – Matières premières* sur laquelle nous reviendrons plus longuement *infra* (Deuxième partie, Titre I, Chapitre II, Section II, § 2). La Chine s'y est vue refuser le bénéfice de l'article XX du GATT en tant que moyen de défense, au motif que la section 11.3 de son Protocole d'accession ne contient aucun renvoi ou référence explicite à l'article XX du GATT ; cette absence est analysée comme une renonciation au bénéfice de la disposition, qui ne peut donc pas être invoquée : rapport de l'Organe d'appel, *Chine – Mesures relatives à l'exportation de diverses matières premières*, WT/DS394/AB/R, WT/DS395/AB/R, WT/DS398/AB/R, 30 janvier 2012, par. 278-307. La conséquence en est que la Chine n'a pas pu justifier l'application de droits d'exportation aux matières premières au regard de l'article XX g) du GATT, alors qu'elle faisait précisément valoir son droit de réglementer le commerce au regard des objectifs de conservation et de protection de la santé publique. Outre les questions cruciales que soulève l'approche des juges, dont en particulier celle de savoir s'il est acceptable et juridiquement défendable de considérer qu'un Membre puisse renoncer à l'invocabilité de l'article XX du GATT, on y voit bien que dans un tel cas, les moyens d'exécuter l'obligation de mise en conformité se réduisent en réalité à un seul : le retrait de la mesure déclarée illicite.

mesure initial, la question de l'exécution se présentait comme une alternative dont ni l'une ni l'autre branche n'était convaincante ou satisfaisante : maintenir la mesure d'interdiction d'importation de viandes américaines et canadiennes impliquait de faire durer la violation de l'obligation primaire ; la retirer impliquait de renoncer au moins à l'un des points d'une politique de protection de la santé des consommateurs. Nous reviendrons sur cette alternative peu heureuse, soulignons ici seulement qu'une interprétation exigeante (en droit) de l'obligation de mise en conformité entendue dans un sens exclusivement prospectif produit l'effet, dans certains cas, que la mise en œuvre ne peut consister (en fait) que dans le retrait de la mesure incompatible.

c *Exclusion d'une vocation réparatoire de la mise en conformité*

De l'orientation vers l'avenir de l'obligation de mise en conformité, il s'ensuit que le règlement des différends de l'O.M.C. ne connaît pas la réparation au sens où celle-ci est entendue en droit international général. Cependant, la question mérite d'être clarifiée car le Mémorandum alimente une confusion à ce sujet, par l'emploi de termes qui se comprennent dans le vocabulaire spécifique de l'Organisation, mais évoquent autre chose en droit international. En effet, on y trouve plusieurs occurrences des termes « réparation » et de « compensations », notamment à l'article 23:1 : « [l]orsque des Membres chercheront à obtenir réparation en cas de violation d'obligations [...], ils auront recours et se conformeront aux règles et procédures du présent mémorandum d'accord »⁹⁴³. De la même manière, on détecte parfois chez les plaignants initiaux la perception de ce que la suspension de concessions serait une forme de réparation du dommage qu'ils ont subi. Ainsi par exemple dans l'affaire *CE – Hormones*, où les Etats-Unis avaient fait valoir, devant l'inexécution persistante des Communautés, leur « droit d'obtenir réparation au titre de l'article 22 du Mémorandum d'accord »⁹⁴⁴. Par ailleurs, bien que l'objectif affiché des compensations et des suspensions de concessions corresponde à la logique d'ensemble du système, en termes de rétablissement de l'équilibre, et ne soit jamais interprété qu'en ce sens par les arbitres, il n'est pas peu fréquent de lire

943 De la même manière, les organes de jugement ont pu employer le terme de « réparation », v. par exemple la décision de l'arbitre, *CE – Bananes III* (22:6 USA), *op. cit.*, par. 6.14.

944 *Communautés européennes – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (Hormones) – Recours des Etats-Unis à l'article 22:2 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS26/19, 18 mai 1999, p. 1.

dans la doctrine que ces mesures correctives se présenteraient comme une « réparation provisoire »⁹⁴⁵.

Mais il faut alors préciser ce qu'on entend par là et, plus important, ce qui est communément entendu par là. On l'a vu, dans le droit de la responsabilité internationale, les deux principales conséquences pour un Etat de l'engagement de sa responsabilité sont l'obligation de cessation et celle de réparation⁹⁴⁶ ; les modalités de la réparation sont précisées dans les articles 34 à 37. Elles prennent directement appui sur la décision déjà citée de la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire *Usine de Chorzów*⁹⁴⁷, selon laquelle il s'agit, « autant que possible », d'effacer les conséquences de l'illicéité et de rétablir le *statu quo ante*. L'expression « autant que possible » témoigne déjà de ce que le rétablissement exact de la situation antérieure peut s'avérer impraticable ; les formes et modalités de la réparation sont alors susceptibles d'aménagements, et une juridiction internationale, après avoir déclaré l'illicéité du comportement contesté, précisera habituellement les modalités de la réparation⁹⁴⁸.

On l'a vu, rien de tel n'existe à l'O.M.C. et une lecture plus systémique du Mémorandum permet de déterminer mieux le sens que porte la « réparation » dans le droit de l'O.M.C. : compensation et suspension de concessions ne sont pas conçues de manière à endosser une fonction réparatoire ; le Mémorandum est parfaitement univoque sur le fait qu'elles ne sont destinées qu'à suppléer à la mise en conformité, si celle-ci n'intervient pas intégralement dans le délai raisonnable. S'agissant de la suspension de concessions, il s'agit seulement de résoudre la question de sa quantification, son niveau devant être équivalent à celui du dommage subi par le plaignant initial. La logique dans laquelle s'inscrit cette détermination est centrée sur le rétablissement de l'équilibre conventionnel, qui irrigue l'ensemble du mécanisme et est particulièrement présent dans le Mémorandum. L'idée de réparation au sens que revêt la notion dans le droit de la responsabilité internationale en revanche est parfaitement étrangère au mécanisme : « [t]he basic function of dispute settlement is to induce

945 V. par exemple D. LUFF, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce – Analyse critique*, op. cit., p. 979.

946 Respectivement articles 30 et 31 du texte de la C.D.I.

947 C.P.J.I., *Usine de Chorzów (demande en indemnité) (fond)*, op. cit., p. 47. Le passage en question est reproduit *supra*, Section II, § 1, B., 2.

948 V. par exemple C.I.J., *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, op. cit., p. 44-45 : engagement de responsabilité (pt 2), obligation de cessation (pt 3) et obligation de réparation (pt 5) ; ou C.I.J., *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, fond, op. cit., p. 149, pt 12 et 13.

compliance, to bring the sinner back to orthodoxy, not to repair past wrongs »⁹⁴⁹. Elle ne porte donc aucun sens intersubjectif, comme dans le droit de la responsabilité internationale, mais au contraire un sens objectif, en parfaite adéquation avec la légalité objective que protège le mécanisme de règlement des différends. La réparation a toujours une cause et un objet, et c'est d'eux que découle le sens radicalement différent du terme « réparation » à l'O.M.C. : la cause reste, comme dans le droit commun de la responsabilité, la violation de l'obligation primaire ; mais puisque le système met à distance le dommage (jusqu'au stade de la suspension de concessions), il ne saurait être l'objet de la réparation. Les arbitrages au titre de l'article 22:6 confirment bien ce sens particulier de la « réparation », notamment au regard de la fonction spécifique d'une suspension, celle d'inciter à l'exécution de l'obligation qui résulte de la recommandation de l'O.R.D.⁹⁵⁰. Rien dans le Mémoire ni dans la perception qu'en ont les arbitres n'indique qu'il s'agirait de réparer le dommage subjectif subi par le plaignant initial du fait de la violation de l'obligation primaire.

Par conséquent, les avantages que la mesure incompatible peut avoir octroyés ne sont pas remboursés, restitués ou autrement compensés. Dans ces conditions, et puisque le fait générateur est ici généralement un acte dans l'ordre interne en vertu duquel des mesures matérielles, concrètes ont été prises, cela signifie qu'il subsistera toujours une partie du dommage, la partie matérielle. Il n'existe pas d'autre forme de « réparation » qu'une forme de remise en l'état non intégrale, et elle n'est en toute hypothèse jamais que juridique. On en comprend les raisons : indépendamment de la complexité voire de l'impossibilité du calcul établissant avec précision qui a bénéficié de quoi, et raccordant ce bénéfice par un lien de causalité à la mesure illicite, une telle démarche rétrospective porterait atteinte à des droits dans les ordres juridiques internes, avec le risque subséquent d'une multiplication d'actions devant les tribunaux nationaux. Dans la très vaste majorité des affaires les arbitres au titre de l'article 22:6 ont ainsi recommandé des mesures prospectives, considérant qu'il convenait de calculer le niveau de la suspension de concessions à partir de l'expiration

949 P. EECKHOUT, « Remedies and Compliance », in D. BETHLEHEM, D. MCRAE, R. NEUFELD et I. VAN DAMME (eds), *International Trade Law*, New York, Oxford University Press, 2009, p. 449.

950 V. notamment la décision de l'arbitre, *CE – Bananes III (22:6 USA)*, *op. cit.*, par. 6.3. Nous développerons plus spécifiquement la fonction d'incitation à la mise en conformité dans le cadre de l'étude de l'encadrement coercitif de la mise en conformité, Deuxième partie, Titre II, Chapitre II, Section II, § 1.

du délai raisonnable⁹⁵¹. Ce n'est que dans le cas de plaintes en situation de non-violation que la compensation acquiert une certaine automaticité et s'apparente véritablement à une compensation : puisque la mesure (ou le comportement) qui cause un dommage n'est pas constitutive d'une violation, elle n'a pas à être retirée ou modifiée, et dans ces conditions, les compensations négociées remplissent plus manifestement une fonction d'indemnisation. Hormis cette légère atténuation, le principe confirmé est donc bien celui d'une obligation de mise en conformité à portée prospective, et c'est d'ailleurs la seule interprétation qui emporte l'adhésion des Membres de l'Organisation : « l'effet rétroactif des mesures correctives prévues dans le cadre de l'O.M.C. n'est pas acceptable »⁹⁵².

2 Faiblesse des dispositifs et techniques prospectifs accessoires

Sans porter atteinte au choix de non-rétroaction que traduit le règlement des différends, le mécanisme aurait cependant pu renforcer l'obligation de mise en conformité d'autres dispositifs ou techniques à visée prospective. Pourtant, à l'exception du pouvoir de suggestion que le Mémorandum confère aux groupes spéciaux (c.), de tels dispositifs accessoires sont absents ; en particulier, le Mémorandum n'offre pas la possibilité d'accorder des mesures provisoires (a.) et ne consacre pas non plus expressément les garanties de non-répétition (b.).

a Absence de procédure d'urgence

Le constat peut surprendre, aucune procédure d'urgence est mise à la disposition des Membres⁹⁵³. Les articles du Mémorandum, pourtant, témoignent bien de la conscience de l'urgence de certaines situations : ainsi l'article 4

951 V. par exemple la décision de l'arbitre dans les affaires *CE – Hormones* (22:6), *op. cit.*, par. 38 ; et *CE – Bananes III* (22:6 USA), *op. cit.*, par. 4.4.

952 Réponse des Communautés européennes aux questions écrites du groupe spécial, *Australie – Cuir pour automobiles II* (21:5), *op. cit.*, Annexe 3-2, question 1 (1.1 : « Le retrait ne peut être que rétroactif »), pt 2. V. également la ferme prise de position des Etats-Unis in rapports du groupe spécial, *Guatemala – Enquête antidumping concernant le ciment Portland en provenance du Mexique*, WT/DS60/R, 19 juin 1998, par. 5.63 ; et *Guatemala – Mesures antidumping définitives concernant le ciment Portland gris en provenance du Mexique*, WT/DS156/R, 24 octobre 2000, par. 5.174 ; et les Communautés européennes avaient encore rappelé dans l'affaire *Etats-Unis – Article 129 c) 1*), URAA que les « Membres ne sont pas tenus d'effacer les conséquences d'une mesure illicite se produisant avant la fin du délai raisonnable », in rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Article 129 c) 1*), URAA, *op. cit.*, par. 4.7.

953 Pour une analyse de (l'absence de) la prise en compte de l'urgence dans le contentieux de l'O.M.C., v. H. RUIZ FABRI, « L'absence de procédures d'urgence », in H. RUIZ FABRI et

paragraphe 8 et 9⁹⁵⁴, ou encore l'article 12:8 qui dispose qu'« [e]n cas d'urgence, y compris dans les cas où il s'agit de biens périssables, le groupe spécial s'efforcera de remettre son rapport aux parties au différend dans les trois mois » ; l'urgence a par ailleurs bien été invoquée à plusieurs reprises dans le règlement des différends⁹⁵⁵. Cependant, au-delà d'une éventuelle accélération de la procédure, le Mémorandum n'aménage aucun mécanisme dans le contentieux qui tiendrait effectivement compte d'une situation d'urgence, tels que ceux prévus dans les textes fondateurs par exemple pour la Cour internationale de Justice⁹⁵⁶, le Tribunal international du droit de la mer⁹⁵⁷, la Cour de justice de l'Union européenne⁹⁵⁸, ou la Cour interaméricaine des droits

J.-M. SOREL (dir.), *Le contentieux de l'urgence et l'urgence dans le contentieux devant les juridictions internationales : regards croisés*, Paris, Pedone, 2001, p. 165-180.

- 954 Selon Mme Ruiz Fabri, l'article 4:9 est « l'exemple type de la disposition à formulation faiblement contraignante et fortement incitative », v. H. RUIZ FABRI, « L'absence de procédures d'urgence », *op. cit.*, p. 167 Pour une étude de la notion d'urgence dans le contentieux international, y compris une analyse de l'encadrement temporel des procédures dans le règlement des différends de l'O.M.C., v. G. LE FLOCH, *L'urgence devant les juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2008, spéc. p. 42-46.
- 955 V. les différends *Etats-Unis – Imposition de droits d'importation sur les automobiles en provenance du Japon au titre des articles 301 et 304 de la loi de 1974 sur le commerce extérieur*, WT/DS6, demande de consultations du 17 mai 1995 (où le Japon faisait valoir explicitement le « cas d'urgence », in WT/DS6/1, p. 2) ; *République slovaque – Mesure concernant le droit à l'importation du blé en provenance de Hongrie*, WT/DS143, demande de consultations du 19 septembre 1998 ; *Etats-Unis – Certaines mesures visant l'importation de bovins, de porcins et de céréales en provenance du Canada*, WT/DS144, demande de consultations du 25 septembre 1998 ; *Etats-Unis – Certains produits en provenance des CE*, *op. cit.* ; *Etats-Unis – Déterminations préliminaires concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada*, WT/DS236, demande de consultations du 21 août 2001 ; *Roumanie – Prohibition à l'importation de blé et de farine de blé*, WT/DS240, demande de consultations du 18 octobre 2001.
- 956 Article 41 du Statut et articles 73-78 du Règlement.
- 957 Article 290 de la Convention de Montego Bay, article 25 du Statut, et articles 89-95 du Règlement.
- 958 L'article 62 bis du Règlement de la Cour de justice met en place une procédure accélérée qui permet à la Cour de statuer rapidement dans les affaires qui présentent une « urgence particulière » et exigent que la Cour statue « dans les plus brefs délais ». De la même manière, un renvoi préjudiciel peut être soumis à une procédure accélérée en cas d'« urgence extraordinaire » à statuer (art. 104 bis du Règlement). Enfin, le Traité de Lisbonne a créé une procédure préjudicielle d'urgence qui permet à la Cour de statuer dans les plus brefs délais sur les questions les plus sensibles relatives à l'espace de liberté, de sécurité et de justice (art. 23 bis du protocole n° 3 sur le Statut de la Cour de justice de l'Union européenne, et art. 104 ter du Règlement).

de l'homme. On ne détecte pas non plus l'attribution d'un tel pouvoir dans les Procédures de travail pour l'examen en appel, comme il avait été tiré de son seul règlement de procédure pour la C.E.D.H. Comme l'observe Mme Ruiz Fabri, « l'urgence telle qu'elle apparaît dans le droit de l'O.M.C. joue tout au plus comme un facteur accélérateur de la procédure, certainement pas comme un facteur justifiant des mesures provisoires ou conservatoires, qu'elles soient adoptées par voie de recommandation ou sous forme d'injonction ou de décision, etc. »⁹⁵⁹. En d'autres termes, rien à l'O.M.C. n'est prévu pour suspendre les effets dommageables de la mesure mise en cause, ni pour les compenser⁹⁶⁰.

La question ne tient ni de faisabilité, ni à l'opportunité, mais bien plus à l'efficacité d'une procédure d'urgence. La faisabilité de l'aménagement d'une telle procédure ne soulève pas de difficulté particulière, ni au plan conceptuel ni au plan technique. On observe déjà depuis plusieurs années une tendance des organes de jugement à traiter les questions relatives à leur compétence ou à la recevabilité de la plainte dans une partie préliminaire de leur rapport, laquelle pourrait parfaitement absorber la question d'éventuelles mesures d'urgence. L'efficacité d'une telle procédure est en revanche beaucoup plus douteuse, car il faudrait pour cela que les mesures ordonnées le soient sous forme d'injonction. A ce sujet, on se souvient bien de l'effet provoqué par la position adoptée par la C.I.J. dans l'affaire *LaGrand*, lorsqu'elle consacra la force obligatoire des mesures conservatoires, caractéristique qui était jusque là l'exclusivité du T.I.D.M.⁹⁶¹. Pourtant, l'opportunité d'une procédure d'urgence dans le contentieux de l'O.M.C. ne fait pas de doute, au regard du constat de l'absence de

959 H. RUIZ FABRI, « L'absence de procédures d'urgence », *op. cit.*, p. 134.

960 Les compensations au sens de l'article 22 du Mémoire ne peuvent intervenir qu'après une procédure initiale, et en cas d'inexécution de l'obligation de mise en conformité qui résulte pour le Membre de sa responsabilité.

961 C.I.J., *LaGrand*, *op. cit.*, p. 466-517. V. aussi les développements sur ce point, et notamment au sujet de la jurisprudence *LaGrand*, in J.-M. SOREL, « Le contentieux de l'urgence et l'urgence dans le contentieux devant les juridictions interétatiques (C.I.J. et T.I.D.M.), in H. RUIZ FABRI et J.-M. SOREL (dir.), *Le contentieux de l'urgence et l'urgence dans le contentieux devant les juridictions internationales : regards croisés*, *op. cit.*, spéc. p. 17-18 ; B. KEMPEN et Z. HE, « The Practice of the International Court of Justice on Provisional Measures : The Recent Development », *Z.a.ö.R.V.*, 2009, vol. 69, n° 4, p. 919-929 (en particulier sur les critères de l'« irréparabilité » du dommage, p. 921-923). Plus largement, v. également l'étude de Sh. ROSENNE, *Provisional Measures in International Law : The International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea*, Oxford, Oxford University Press, 2005, 241 p.

fonction réparatoire du mécanisme de responsabilité⁹⁶². Pour la même raison toutefois, son absence ne surprend guère. En effet, puisque le contentieux ne vise aucune forme de réparation, l'objet d'éventuelles mesures d'urgence est limité. Au plus il s'agirait dans ces conditions de supprimer de façon anticipée les effets dommageables de la mesure dont l'illicéité est alléguée. La seule procédure d'urgence pertinente à l'O.M.C. serait donc celle permettant d'ordonner des mesures suspensives. Mais à en croire l'arbitre au titre de l'article 21:3 c) dans l'affaire *Etats-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd)*, la prise en compte de l'urgence serait déjà suffisamment garantie par l'obligation d'une mise en œuvre *rapide* qu'énonce l'article 21:1⁹⁶³. Selon cet arbitre, il serait même « surérrogatoire et incongru », au motif d'une urgence particulière à faire cesser le comportement en cause, de prêter une attention particulière au dommage économique subi par les exportateurs au moment de fixer le délai d'exécution qui, en toute hypothèse, doit être le plus court possible⁹⁶⁴.

b *Rareté des garanties de non-répétition*

L'obligation de donner des garanties de non-répétition vise la prévention et le maintien de la légalité. En ce sens, elle est le corollaire de l'obligation de cessation puisque, comme elle, elle tient à l'obligation primaire violée et à l'obligation de continuer à l'exécuter. Le concept n'est toutefois pas dénué d'ambiguïté dans la mesure où l'obligation de donner des garanties de non-répétition peut être exigée au titre de l'obligation secondaire de réparation, sous la forme de la satisfaction. Dans son texte sur la responsabilité des Etats, la C.D.I. a néanmoins choisi de ne pas l'inclure dans les modalités de réparation envisagées et de traiter plutôt la garantie de non-répétition comme rattachée au rétablissement de la légalité, approche qui correspond, d'un point de vue fonctionnel, à sa parenté avec l'obligation de cessation. Deux éléments majeurs la distinguent toutefois de celle-ci. D'abord, les garanties de non-répétition revêtent un caractère exceptionnel, comme on peut le lire à l'article 30 alinéa b) du texte de la C.D.I. ; l'obligation de donner une telle garantie ne naît donc pas automatiquement de l'engagement de sa responsabilité par un Etat, à la différence de

962 Pour une prise de position forte en faveur de l'introduction d'un mécanisme de demande de mesures provisoires, v. G. A. CAVALLIER, « A Call for Interim Relief at the WTO Level – Dispute Settlement and International Trade Diplomacy », *World Comp.*, 1999, vol. 33, n° 2, p. 103-139.

963 Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd)* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 80.

964 *Ibid.*

l'obligation de cessation⁹⁶⁵. Ensuite, l'exigence d'une garantie de non-répétition n'est pas non plus tributaire de l'existence d'un fait illicite continu, mais du risque réel et avéré que celui-ci soit reproduit dans le futur⁹⁶⁶. C'est en cela qu'elle revêt bien une portée prospective, bien qu'elle soit étroitement liée à l'obligation primaire. En ce sens, elle s'inscrirait parfaitement dans la dynamique prospective du règlement des différends de l'O.M.C.

Pourtant, le Mémorandum, tout comme le GATT de 1947, ne contient aucune référence expresse ou même implicite aux garanties de non-répétition. Cette lacune aurait aisément pu être comblée par le juge, qui aurait pu assortir l'obligation de mise en conformité d'une telle exigence. De fait, certains organes de jugement l'ont fait : dans l'affaire *Norvège – Ville de Trondheim*⁹⁶⁷ sous l'empire du GATT de 1947, le groupe spécial avait constaté que la violation en cause était accomplie, en ce qu'elle avait été commise au cours de la passation du marché portant sur du matériel pour la perception des péages destinés à la ville de Trondheim. Il était donc impossible de recommander la cessation de l'illicite⁹⁶⁸. Il avait en revanche recommandé au Comité des marchés publics de « demander à la Norvège de prendre les mesures nécessaires pour que les entités figurant sur la liste annexée par la Norvège à l'Accord [relatif aux marchés publics] se conforment aux constatations qui précèdent dans la passation des marchés publics »⁹⁶⁹, formulation qui correspond bien à l'exigence d'une garantie de non-répétition. Quelques rares affaires sous l'O.M.C. en révèlent également des traces plus ou moins explicites, même si les organes de jugement les enveloppaient d'une certaine prudence. Dans l'affaire *Etats-Unis – Plomb et bismuth II*, les Communautés européennes avaient ainsi implicitement adressé au groupe spécial la demande d'exiger des Etats-Unis une assurance de non-répétition de la violation en cause. « Implicitement », car elles demandaient

965 L'article 30 alinéa b) précise que l'obligation d'offrir une garantie de non-répétition naît « si les circonstances l'exigent ».

966 Dans l'affaire *Avena*, la Cour internationale de Justice avait ainsi rejeté une demande de garantie de non-répétition au motif qu'elle n'avait pas reçu suffisamment d'éléments de preuve lui permettant de conclure qu'il existait bien une pratique américaine de violation récurrente et continue, comme l'alléguait le Mexique, v. C.I.J., *Avena et autres ressortissants américains* (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt du 31 mars 2004, C.I.J. Recueil 2004, par. 149.

967 Rapport du groupe spécial adopté par le Comité des marchés publics, *Norvège – Marché concernant le matériel pour la perception des péages destinés à la ville de Trondheim*, GPR. DS2/R, 13 mai 1992.

968 Le groupe spécial se limita donc à constater que la passation du marché public concerné était constitutif d'une violation de ses obligations par la Norvège, *ibid.*, par. 5.1.

969 *Ibid.*, par. 5.2.

au Groupe spécial d'user de son pouvoir de suggestion pour obtenir la modification de la législation en cause ; or, dans la mesure où celle-ci était une législation dispositive, demander son retrait ou sa modification équivalait à exiger une garantie de non-répétition⁹⁷⁰. Le groupe spécial n'avait pas accédé à la demande européenne, mais avait adressé aux Etats-Unis ce qui n'est pas moins incontestablement identifiable comme une demande de garantie de non-répétition : « [n]ous serions d'avis que les Etats-Unis prennent toutes les mesures appropriées, notamment révisent leurs pratiques administratives, pour éviter que la violation susmentionnée de l'article 10 de l'Accord SMC ne se reproduise à l'avenir »⁹⁷¹. Cela étant, le contexte particulier de cette affaire, celui d'une législation dispositive, ramène bien vers le critère des circonstances particulières du droit commun de la responsabilité, ces circonstances particulières étant l'existence d'un risque réel de réitération de la violation, risque que l'on perçoit particulièrement dans le cas d'une législation dispositive⁹⁷².

De même, il est arrivé au juge de mentionner implicitement le concept de garanties de non-répétition. Ainsi, dans l'affaire *Canada – Aéronefs*, le groupe spécial de la mise en conformité considérait que « nous devons examiner si le Canada a pris ou non des mesures suffisantes pour garantir qu'à l'avenir l'aide accordée par le PTC au secteur des aéronefs de transport régional ne sera pas subordonnée *de facto* aux résultats à l'exportation »⁹⁷³. Cette formulation exprime bien que les organes de jugement peuvent considérer, dans certaines circonstances, que l'obligation d'offrir des garanties de non-répétition participe de l'obligation de mise en conformité. En ce sens, la mise en conformité telle qu'elle est conçue à l'O.M.C. est composée de ce que M. Lesaffre, en emboîtant le pas au Rapporteur spécial Crawford, identifie comme un « aspect négatif » et un « aspect positif »⁹⁷⁴ : le premier est la cessation de l'illicite et, l'obligation

970 V. la déclaration des Communautés européennes en Annexe 1.2 du rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud originaires du Royaume-Uni*, WT/DS138/R, 23 décembre 1999.

971 Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Plomb et bismuth II*, *op. cit.*, par. 8.1.

972 V. à ce sujet la proposition du Japon soumise dans le cadre du réexamen du mécanisme de règlement des différends, qui soulignait précisément la pertinence de telles garanties dans le contexte de législations dispositives, *in* O.R.D., « Négociations sur les améliorations et clarifications à apporter au Mémoire d'accord sur le règlement des différends – Proposition du Japon », TN/DS/W/22, 28 octobre 2002, p. 3, b).

973 Rapport du groupe spécial, *Canada – Aéronefs* (21:5), *op. cit.*, par. 5.12.

974 V. les développements sur ce point *in* H. LESAFFRE, *Le règlement des différends au sein de l'O.M.C. et le droit de la responsabilité internationale*, *op. cit.*, p. 218-237 (« aspect négatif ») et p. 238-251 (« aspect positif »).

naissant automatiquement de la responsabilité, elle est toujours exigée ; le second est constitué des garanties de non-répétition, qui ne sont pas exigées et doivent donc être expressément formulées.

D'une existence implicite ou suggérée, le concept de garanties de non-répétition n'a toutefois jamais véritablement pris corps dans la pratique du contentieux, ni même y est désigné par son nom. La jurisprudence récente a même révélé un mouvement de recul des organes de jugement, qui pourrait révéler un refus de principe qu'il faut alors sans doute relier à la volonté de ne pas porter atteinte à la liberté de principe des Membres dans l'exécution de l'obligation de mise en conformité. Ainsi, dans l'affaire *Etats-Unis – Volaille (Chine)* le groupe spécial était confronté à une mesure qui arrivée à expiration, mais qui avait un caractère annuel en ce qu'elle faisait partie d'un dispositif plus large qui n'était que modifié et actualisé annuellement. Son possible renouvellement avait amené le groupe spécial à formuler des constatations à son sujet malgré son expiration, au motif que ne pas le faire « pourrait priver la Chine d'un examen utile de la compatibilité des mesures des Etats-Unis avec leurs obligations dans le cadre de l'O.M.C., tout en permettant la répétition du comportement potentiellement incompatible avec les règles de l'O.M.C. »⁹⁷⁵. On retrouvait là le problème des « cibles mobiles », déjà absorbées dans la compétence du juge dans des affaires antérieures⁹⁷⁶. En revanche, et conformément au raisonnement déjà établi, le groupe spécial a estimé ne pas avoir à formuler de recommandations, puisque la mesure avait cessé d'avoir un effet juridique⁹⁷⁷. Au terme de son examen, le groupe spécial a bien constaté une série d'incompatibilités entre la mesure et les accords visés mais, face à la demande chinoise explicite de demander aux Etats-Unis une garantie de non-répétition⁹⁷⁸, il s'est montré plus réservé : « [l]e Groupe spécial est d'avis

975 Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Certaines mesures visant les importations de volaille en provenance de Chine*, WT/DS392/R, 29 septembre 2010, par. 7.55.

976 V. le rapport de l'Organe d'appel, *Chili – Système de fourchettes de prix et mesures de sauvegarde appliquées à certains produits agricoles*, WT/DS207/AB/R, 23 septembre 2002, par. 144 ; et le rapport du groupe spécial, *Communautés européennes et leurs Etats membres – Traitement tarifaire de certains produits des technologies de l'information*, WT/DS375/R, WT/DS376/R, WT/DS377/R, 16 août 2010, par. 7.137-7.139.

977 Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Volaille (Chine)*, *op. cit.*, par. 7.56. On retrouve là le raisonnement mené par la Cour internationale de Justice dans l'*Affaire du Cameroun septentrional*, dans laquelle elle avait refusé de rendre un jugement déclaratoire d'une situation d'illicéité dès lors que le traité en cause avait expiré et que, par conséquent, son jugement serait dépourvu d'effets pratiques (v. *supra*, Section II, § 1, A., 2.).

978 V. la déclaration orale finale de la Chine à la deuxième réunion de fond, par. 7. Dans sa première communication écrite, la Chine avait demandé au groupe spécial de suggérer

qu'il ne doit pas formuler de recommandations concernant des mesures autres que l'article 727 lui-même parce que ces autres mesures, y compris les mesures futures, ne relèvent pas de son mandat »⁹⁷⁹. C'est donc dans les limites de sa compétence qu'il a trouvé le moyen de refuser la demande de la Chine, mais on ne perçoit pas bien ce qui le justifiait : il ne s'agissait pas d'examiner une nouvelle mesure, mais seulement d'exiger une garantie de non-répétition à propos de celle en cause dans le différend. Le refus du groupe spécial semble donc plutôt tenir à la réticence générale des organes de jugement à suggérer aux Membres des contraintes supplémentaires et à limiter ainsi leur marge de manœuvre au sein de leur propre système juridique. C'est aussi le refus explicite dans cette affaire qui fait obstacle à ce qu'on interprète comme une garantie de non-répétition le fait pour le juge d'inclure dans son examen une mesure expirée⁹⁸⁰. On comprend pourtant la tentation d'envisager une telle analyse, au regard de l'objectif d'« arriver à une solution positive du différend »⁹⁸¹ : le choix de se prononcer sur une mesure expirée se lirait alors comme une garantie de non-répétition, en quelque sorte déplacée puisque offerte par le juge et non pas le véritable débiteur de l'obligation. Par l'examen qu'il en ferait et les constatations d'illicéité formulées, il enverrait à son auteur le signal qu'une future mesure selon le même modèle sera invariablement condamnée. Cependant, ce qui empêche une telle interprétation est qu'elle diluerait le concept de garantie de non-répétition au point qu'il deviendrait indissociable de tout jugement déclaratoire d'une illicéité, ou serait même inhérent à lui, si bien que le concept n'aurait plus de substance propre. Mais quoi qu'il en soit, l'affaire *Etats-Unis – Volaille (Chine)* fait obstacle à une telle lecture, puisque le groupe spécial y était confronté à deux demandes distinctes : celle de se prononcer sur la licéité d'une mesure expirée, et celle de demander aux Etats-

aux Etats-Unis une mise en œuvre constituée d'une part du retrait de l'article 727 (qui était encore en vigueur au moment de cette communication) et d'autre part de l'assurance qu'aucune mesure future n'aurait un libellé identique ou fondamentalement similaire à celui de cet article (par. 194).

979 Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Volaille (Chine)*, *op. cit.*, par. 8.9.

980 V. en ce sens H. LESAFFRE, *Le règlement des différends au sein de l'O.M.C. et le droit de la responsabilité internationale*, *op. cit.*, spéc. p. 245-251, qui envisage la déclaration d'illicéité elle-même comme une garantie de non-répétition.

981 En ce sens, dans l'affaire *Chili – Système de fourchettes de prix*, le groupe spécial a considéré qu'il ne lui était pas interdit de formuler des constatations (par opposition aux recommandations) au sujet de la licéité d'une mesure de sauvegarde provisoire qui avait expiré au moment de la procédure, si « cela est nécessaire » afin de parvenir à une solution positive du litige. V. le rapport du groupe spécial, *Chili – Système de fourchettes de prix et mesures de sauvegarde appliquées à certains produits agricoles*, WT/DS207/R, 3 mai 2002, par. 7.112.

Unis de fournir une garantie de non-répétition. La première a été acceptée, la seconde refusée, et la manière dont le groupe spécial a raisonné pour justifier ses choix indique bien qu'il ne considérerait pas qu'accepter la première impliquait une réponse favorable à la seconde.

Les garanties de non-répétition pourraient toutefois exister, en filigrane, sous une autre forme : à travers la recommandation du retrait ou de la modification d'une réglementation dispositive, c'est-à-dire une acte de droit interne qui ne serait pas, en lui-même, incompatible avec le droit de l'O.M.C., mais dont l'application serait susceptible de produire une violation. On entrevoit cette possibilité dans l'affaire *Etats-Unis – Plomb et bismuth II*. Les Communautés européennes y demandaient au groupe spécial de suggérer aux Etats-Unis de modifier leur législation en matière de droits compensateurs, qui était en elle-même conforme au droit de l'O.M.C. mais avait mené, dans son application, à une violation. Cette demande était motivée par le but de faire « reconnaître le principe en vertu duquel une privatisation opérée au prix du marché résorbe les subventions »⁹⁸². Si le groupe spécial n'a pas accédé à cette demande spécifique, il a en revanche suggéré une garantie de non-répétition de la violation dont se plaignaient les Communautés. Ainsi, dans le cas particulier de mesures dispositives, une recommandation de mise en conformité reviendrait bien à demander une garantie de non-répétition, puisque la modification de la mesure préviendrait à l'avenir la réunion des conditions qui est susceptible de constituer une violation. Cette hypothèse du retrait de réglementations dispositives est par ailleurs en parfait reflet à « l'abrogation des dispositions législatives qui avaient permis à la violation de se produire », que la C.D.I. avait identifiée comme une forme possible de garantie de non-répétition⁹⁸³.

Il reste que l'impression que laisse la réserve à leur égard emporte s'accompagne d'une autre, celle que les organes de jugement assimilent étroitement l'obligation de donner une garantie de non-répétition à l'obligation de cessation, le critère de la continuité de la mesure illicite, qui conditionne la naissance d'une obligation de cessation, étant en quelque sorte transposé à la naissance d'une obligation de garantir la non-répétition. Si elles tendent

982 Déclaration des Communautés européennes dans l'affaire *Etats-Unis – Plomb et bismuth II*, *op. cit.*, par. 64.

983 V.J. CRAWFORD, « Troisième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, p. 27 par. 55. Sur ce point toutefois, le raisonnement du groupe spécial, lorsqu'il est juxtaposé à celui de la C.D.I., devient circulaire : dans l'affaire *Etats-Unis – Plomb et bismuth II*, il justifia précisément son refus de formuler la suggestion demandée au motif que la mesure en cause était une législation *dispositive* et que la violation n'était dès lors pas automatique, v. le rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Plomb et bismuth II*, *op. cit.*, par. 8.1.

toutes les deux vers la légalité, les deux sont toutefois concernées par une dimension temporelle différente de la légalité : la cessation vise son rétablissement, la garantie de non-répétition son maintien. Les garanties de non-répétition sont ainsi dans le parfait prolongement de l'obligation de cessation, et surtout elles ne sont qu'une manière de réaffirmer l'obligation de continuer à exécuter l'obligation primaire. La réticence du juge de l'O.M.C. à leur égard paraît donc pour le moins curieuse. Signalons cependant l'approche moins timorée d'un récent groupe spécial : dans l'affaire *Chine – Matières premières*, le groupe spécial a en effet recommandé que l'O.R.D. « demande à la Chine de rendre ses mesures conformes à ses obligations dans le cadre de l'O.M.C. de façon à ce que la “série de mesures” n'ait pas pour effet d'entraîner un résultat incompatible avec les règles de l'OMC »⁹⁸⁴. Si elle est respectée, dans ses effets une telle recommandation revient bien à une garantie de non-répétition, qui s'explique ici aussi du fait qu'il s'agissait de mesures annuelles, donc répétées, ce qui permet sans doute à l'organe de jugement de (se) justifier plus aisément sa démarche. En tout cas, la manière dont le groupe spécial l'a formulée verrouille le processus de mise en œuvre de la Chine contre toute tentative de n'apporter qu'une modification « esthétique » aux mesures en cause, qui ne supprimerait pas les aspects susceptibles de conduire à des violations, et une exécution conforme à la recommandation du groupe spécial reviendrait en ce sens bien à offrir une garantie de non-répétition. Mais dans cette recommandation également, on confirme bien l'étroite assimilation entre l'obligation de mise en conformité et la garantie de la non-répétition de l'illicite.

c *Inexploitation du pouvoir de suggestion*

Des développements précédents, il apparaît que l'unique condition pour que le différend soit considéré résolu est la mise en conformité, et qu'elle est entendue au sens de la disparition de la mesure incompatible. Si le Rapporteur spécial Crawford qualifiait la cessation de l'illicite d'« aspect négatif » de l'exécution dans le droit commun de la responsabilité, à l'O.M.C. la mise en conformité est en quelque sorte l'aspect qui « neutralise » la violation, qui se trouve comme rayée du rôle dès la satisfaction de l'obligation d'exécution. Cela révèle le curieux amalgame dont fait preuve le contentieux de l'O.M.C. : amalgame entre l'obligation primaire et l'obligation qui naît de sa violation, puisque l'exécution de celle-ci semble effacer la violation de celle-là⁹⁸⁵. Cette

984 Rapport du groupe spécial, *Chine – Mesures relatives à l'exportation de diverses matières premières*, WT/DS394/R, WT/DS395/R, WT/DS398/R, 5 juillet 2011, par. 8.22.

985 V. aussi en ce sens Y. NOUVEL, « Aspects généraux de la conformité du droit interne au droit de l'O.M.C. », *A.F.D.I.*, 2002, p. 665, qui observe que « tout se passe comme si le manquement à l'obligation initiale était effacé par l'exécution de l'obligation dérivée ».

impression n'est que renforcée par le constat que le pouvoir de suggestion dont le Mémorandum investit les groupes spéciaux (i.) n'est exercé qu'en de rares occasions (ii.).

i Pouvoir de suggestion conféré par le Mémorandum

L'article 19:1 du Mémorandum dispose que « [o]utre les recommandations qu'il fera, le groupe spécial ou l'Organe d'appel pourra suggérer au Membre concerné des façons de mettre en oeuvre ces recommandations ». L'existence d'un tel pouvoir de suggestion, explicitement conféré aux organes de jugement, est en elle-même remarquable, par comparaison à d'autres juridictions internationales. Non autorisées à se prononcer sur les modalités d'exécution d'un jugement, elles sont habituellement scrupuleuses à ne pas dépasser la limite entre leur compétence pour trancher le différend et ce qui relève déjà de l'exécution. L'affaire emblématique à cet égard reste l'*Affaire Haya de la Torre*, où la C.I.J. avait déclaré irrecevables les demandes que lui faisaient tant le Pérou que la Colombie de « dire de quelle manière doit être exécuté par la Colombie et par le Pérou l'arrêt du 20 novembre 1950 »⁹⁸⁶. La Cour considéra que sa fonction judiciaire s'arrêtait à la constatation des rapports de droit s'agissant des questions soumises, et qu'elle ne lui permettait pas de se prononcer sur l'exécution. Elle s'en justifia au motif que toute question liée à la mise en œuvre d'une constatation en droit relèverait de considérations qui ne sont non pas de nature juridique, mais de nature pratique et de l'ordre de l'opportunité politique. Aussi la Cour « ne saurait donner aucun conseil pratique quant aux voies qu'il conviendrait de suivre pour mettre fin à l'asile, car, ce faisant, elle sortirait du cadre de sa fonction judiciaire »⁹⁸⁷. Cette position au sujet de la prescription des moyens d'exécution nonobstant, on remarque plus récemment une tendance de la Cour à avancer plus audacieusement sur le terrain de l'exécution de ses arrêts, et à faire précisément ce qu'elle s'interdisait précédemment, c'est-à-dire « donner [des] conseils » : ainsi, elle a pu introduire dans les considérations finales d'un arrêt des déclarations d'ordre général destinées à apaiser le litige, lesquelles sont de véritables recommandations pour la phase d'exécution, comme par exemple dans l'affaire des *Activités armées sur le*

986 C.I.J., 13 juin 1951, *Affaire Haya de la Torre*, *op. cit.*, p. 78.

987 *Ibid.*, p. 83. Cette jurisprudence sert fréquemment de référence pour les demandes faites à un organe de jugement de se prononcer sur l'exécution d'une décision juridictionnelle. Ainsi par exemple, en 1974, la Commission de recours du Conseil de l'Europe avait refusé une telle demande en renvoyant à l'*Affaire Haya de la Torre* et en arguant, *mutatis mutandis*, de sa fonction judiciaire qui n'aurait pas toléré qu'elle décidât autrement : Tribunal administratif du Conseil de l'Europe, Commission du recours, *Geneviève Artzet c. Secrétaire Général*, recours n° 10/1973, sentence du 23 avril 1974, *I.L.R.*, vol. 51, spéc. p. 450.

*territoire du Congo*⁹⁸⁸ ; de manière plus offensive, il lui arrive même de donner des indications portant nettement sur l'exécution de l'arrêt, et qui s'apparentent à l'exercice que font les groupes spéciaux de l'O.M.C. de leur pouvoir de suggestion (à la différence notable que les suggestions ne sont pas obligatoires alors que le dispositif d'un arrêt de la Cour l'est), comme ce fut notamment le cas dans les affaires *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*⁹⁸⁹ et *Avena*⁹⁹⁰. Mais, dans

988 Ainsi par exemple, dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo* (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda), mesures conservatoires, ordonnance du 10 juillet 2002, *C.I.J. Recueil 2002*, p. 219-251, où la Cour, à l'extrême fin de son arrêt, fit une mise au point d'ordre général en rappelant que les Etats, indépendamment de ce qu'ils ont ou non accepté sa juridiction, sont responsables des actes qui portent atteinte au droit international et qui leur sont imputables, et qu'en particulier ils doivent exécuter leurs obligations en vertu de la Charte des Nations Unies ; visant ensuite plus spécifiquement les parties au différend qui l'occupait et les obligations en cause, elle rappela les nombreuses résolutions adoptées par le Conseil de sécurité concernant la situation dans la région, les demandes répétées de celui-ci que les faits illicites cessent et son rappel que « toutes les parties » et en particulier « toutes les forces présentes sur le territoire de la République du Congo » avaient des obligations concernant la sécurité des populations civiles. Sur la base de ces considérations, la Cour formula l'invitation suivante, dont l'insistance est remarquable : « la Cour tient à souligner la nécessité pour les Parties à l'instance d'user de leur influence pour prévenir les violations graves et répétées des droits de l'homme et du droit international humanitaire encore constatées récemment » (p. 249-250 par. 93). Pour une étude de cette tendance de la Cour, v. notamment J. D'aspremont, « The Recommendations Made by the International Court of Justice », *I.C.L.Q.*, 2007, vol. 56, n° 1, p. 185-198.

989 La Cour dépassa ici le seul jugement déclaratoire et adopta au contraire une démarche nettement plus prescriptive qu'à son habitude, mais on ne peut pas pour autant l'analyser comme une prescription absolue des moyens d'exécution : les parties lui avaient demandé de se prononcer sur les conséquences juridiques des trois premières questions du compromis par lequel le différend avait été soumis à la Cour et, en y répondant, elle leur donnait bien des directives, mais directives à partir desquelles il leur appartenait ensuite de négocier les modalités concrètes d'exécution ; en ce sens, la Cour n'a pas prescrit les moyens d'exécution, mais seulement indiqué la base (y compris juridique, puisque le traité en cause était en vigueur), nécessaire selon elle, à partir de laquelle les parties avaient à en convenir. D'ailleurs, si la Cour a bien dit qu'« un régime opérationnel conjoint doit être établi conformément au traité du 16 septembre 1977 » (italiques ajoutées), cette prescription n'est que dispositive puisqu'elle s'efface « si les Parties en conviennent autrement ». C.I.J., *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (Hongrie c. Slovaquie), arrêt du 25 septembre 1997, *C.I.J. Recueil 1997*, spéc. p. 83 par. 155 pt 2 (mais v. aussi p. 79 par. 144, où le conditionnel est employé et non pas l'impératif : « [la Cour] est d'avis qu'à moins que les Parties n'en disposent autrement un tel régime devrait être rétabli », italiques ajoutées).

990 Comme dans son arrêt dans l'affaire *LaGrand*, la Cour a souligné que, si les décisions prononcées par les juridictions américaines étaient bien encore susceptibles de réexa-

tous les cas, et quand bien même la ligne paraît ténue, la Cour s'abstient de *prescrire* les moyens d'exécution : elle n'en a pas le pouvoir.

Le même constat d'absence d'intrusion dans les modalités de l'exécution vaut pour les groupes spéciaux de l'O.M.C., auquel il faut cependant apporter deux précisions : d'abord, à la différence des autres juridictions internationales et en particulier la C.I.J., le Mémoire leur confère explicitement le pouvoir d'indiquer les moyens d'exécution ; ensuite, ces indications ne sont que des « suggestions ». Pour autant, la réticence déjà observée chez les groupes spéciaux au titre de l'article 21:5 s'impose de même pour les organes de jugement de la procédure initiale. Ils se bornent à recommander au défendeur la mise en conformité de sa mesure illicite et ne formulent que rarement des suggestions, jugées plus intrusives, y compris lorsqu'elles leur sont explicitement demandées. Cette frilosité s'explique par le fait que l'obligation de mise en conformité, puisqu'elle est une obligation de résultat déterminé, laisse au défendeur une vaste marge de manœuvre dans le choix du moyen d'exécution. Ainsi, le juge a précisé que « [l]'exécution de cette obligation doit [...] se faire avec le moins d'ingérence possible. Il faut laisser aux Membres le maximum d'autonomie pour assurer la conformité et, s'il y a plus d'un moyen licite d'y parvenir, ils devraient avoir la faculté de choisir celui qui leur convient le mieux »⁹⁹¹. Dès lors, les groupes spéciaux sont réticents à faire usage de leur pouvoir de suggestion, et, inversement, soucieux de préciser qu'ils n'entendent pas porter

men et de révision, le choix des moyens d'y procéder appartenait entièrement aux Etats (à titre de comparaison, on observe que la formule employée est presque identique à celle employée par les arbitres du délai raisonnable et les juges de la mise en conformité à l'O.M.C., v. en particulier *infra*, Deuxième partie, Titre I, Chapitre I, Section I, § 1, B., 1.). Au-delà de cette reconnaissance initiale de la liberté des Etats du choix du moyen d'exécution, la démarche véritablement notable de la Cour consistait ici à énoncer ensuite les conditions auxquelles doivent satisfaire les différents moyens de réexamen et de révision afin que soit donné plein effet aux droits contenus dans la Convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963, et en particulier afin de tenir compte de la violation desdits droits. En d'autres termes, la Cour n'a pas prescrit les moyens d'exécution, mais les *conditions* auxquelles celui choisi par l'Etat concerné doit obéir ; en obligeant les Etats-Unis à « accorder tout le poids voulu », au moment de l'exécution, à la violation par eux de leurs engagements internationaux, elle a fourni le cadre de licéité de l'exécution, démarche audacieuse mais qui n'empiéter pas de manière prescriptive sur le choix du moyen même d'exécution. V. C.I.J., *Avena et autres ressortissants mexicains* (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique), *op. cit.*, par. 153 pt 9 à 11 (spéc. pt 11).

991 Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Article 301, Loi sur le commerce extérieur*, *op. cit.*, par. 7.102.

atteinte à la liberté dont jouissent les Membres⁹⁹². Ceci alors même que le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire absolu s'agissant de la question de savoir s'il va émettre une suggestion ou non⁹⁹³ et qu'une suggestion n'a pas de valeur contraignante⁹⁹⁴, puisqu'elle correspond davantage à la recommandation du

992 La liberté de choix du moyen d'exécution dont jouit le Membre responsable sera étudiée *infra* au titre de la contrainte à l'exécution exercée dans le cadre des différentes procédures, v. en particulier Deuxième partie, Titre I, Chapitre I, Section I, § 1, B. On peut cependant d'ores et déjà signaler le désir des organes de jugement de ménager la liberté de choix du moyen d'exécution (v. par exemple la décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd)* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 52), avec lequel entre en collision leur ambition d'exercer une pression utile sur le Membre concerné afin de pousser à une exécution dans les plus brefs délais.

993 V. le rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Acier inoxydable*, *op. cit.*, spéc. par. 7.8-7.9, où le groupe spécial soulignait que « [l]e fait d'avoir le pouvoir en vertu de l'article 19:1 du Mémoire d'accord de suggérer l'abrogation d'une mesure antidumping ne signifie pas que nous devons ou devrions le faire dans un cas donné ». Cette interprétation fut consolidée notamment dans le rapport du groupe spécial, *Communautés européennes – Droits antidumping sur les accessoires de tuyauterie en fonte malléable en provenance du Brésil*, WT/DS219/R, 7 mars 2003, par. 8.11, le groupe spécial insistant sur la discrétion dont il jouit en la matière, qui lui permet de refuser de formuler une suggestion dès lors qu'il « ne le juge pas approprié ». V. aussi en ce sens le rapport du groupe spécial, *Communautés européennes – Désignation commerciale des sardines*, WT/DS231/R, 29 mai 2002, par. 8.3.

994 Bien qu'on pourrait inférer d'un raisonnement *a contrario* basé sur l'article 26:1 c) (« ces suggestions ne seront pas contraignantes pour les parties au différend ») que celles au titre de l'article 19 sont bien obligatoires, l'absence de valeur contraignante ressort tant de la formulation employée à l'article 19 que de la jurisprudence. V. par exemple le rapport du groupe spécial, *Guatemala – Ciment I*, *op. cit.*, par. 8.2, que reprend plus tard à son compte le groupe spécial dans l'affaire *Etats-Unis – Mesures antidumping appliquées à certains produits en acier laminés à chaud en provenance du Japon*, WT/DS184/R, 28 février 2001, par. 8.6. La négation du caractère contraignant des suggestions est particulièrement mise en perspective avec la liberté de choix du moyen d'exécution dans l'arbitrage *Etats-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd)* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 52 : « [e]n outre, quand bien même la suggestion du Groupe spécial, en tant que partie du rapport d'un groupe spécial adopté par l'ORD, pourrait contribuer utilement au processus de prise de décisions dans le Membre mettant en œuvre, je ne pense pas que l'existence d'une telle suggestion affecte au bout du compte le principe bien établi selon lequel le "choix du moyen de mise en œuvre est, et doit être, la prérogative du Membre mettant en œuvre" ». Mais en définitive, qu'une suggestion soit contraignante ou non a peu d'implications pratiques, ce qui importe davantage est qu'un Membre qui exécuterait parfaitement la suggestion que lui a adressée le juge est réputé avoir mis sa législation en conformité avec le droit de l'O.M.C. : en d'autres termes, l'exécution d'une suggestion crée une présomption irréfutable de mise en conformité. En ce sens, v. aussi P. C. MAVROIDIS, « Remedies in the WTO Legal System : Between a Rock and a Hard Place », *EJLL*, 2000, vol. 11, n° 4, p. 786.

droit international général. Les rares affaires dans lesquelles une suggestion a été formulée ont révélé trois types de situations dans lesquelles les organes de jugement exercent ce pouvoir. En les systématisant, on peut alors identifier trois catégories de suggestions y correspondant : celles que le juge émet à la demande de l'une ou l'autre partie, celles qu'il formule spontanément, et celles que le droit de l'O.M.C. lui impose.

ii Exercice du pouvoir de suggestion : suggestions sollicitées, spontanées et imposées

Les suggestions demandées par l'une des parties, généralement le plaignant, sont les plus fréquentes. On explique ce phénomène non pas par ce que le juge ressentirait comme étant un devoir de répondre favorablement à une demande explicite d'une partie, mais par le fait que, dans la très vaste majorité des affaires, lorsqu'il consent à formuler une suggestion, son contenu correspond à la seule manière de mise en œuvre possible. En d'autres termes, le juge est alors certain de ne pas porter atteinte à la liberté de choix discrétionnaire du Membre, puisque des circonstances découlent que ce choix discrétionnaire, de toute façon, ne peut s'exercer que d'une seule manière licite. Cette position se perçoit particulièrement dans les affaires *Guatemala – Ciment I*, *Guatemala – Ciment II*, et *Argentine – Droits antidumping sur la viande de volaille*⁹⁹⁵, alors que le groupe spécial avait au contraire rejeté une demande de suggestion dans l'affaire *Etats-Unis – DRAM*, au motif précisément de la pluralité de façons de mettre en œuvre la recommandation⁹⁹⁶. L'affaire *Etats-Unis – Loi de 1916 (Japon)* se distingue d'autant plus sensiblement des précédentes : il s'agit de la

995 Les formulations employées par les groupes spéciaux sont à peu près les mêmes dans chacun de ces cas : « nous suggérons que le Guatemala abroge la mesure antidumping appliquée aux importations de ciment mexicain parce que, à notre avis, c'est le *seul moyen approprié* de mettre en œuvre notre recommandation » (rapport du groupe spécial, *Guatemala – Ciment I*, *op. cit.*, par. 8.6, italiques ajoutés) ; « [c]ompte tenu de la nature et de l'étendue des violations en l'espèce, nous ne voyons pas comment le Guatemala pourrait mettre en œuvre correctement notre recommandation sans abroger la mesure antidumping en cause dans le présent différend » (rapport du groupe spécial, *Guatemala – Ciment II*, *op. cit.*, par. 9.6) ; « [c]ompte tenu de la nature et de l'ampleur des violations dans la présente affaire, nous ne voyons pas comment l'Argentine pourrait dûment mettre en œuvre notre recommandation sans annuler la mesure antidumping en cause dans le présent différend » (rapport du groupe spécial, *Argentine – Droits antidumping définitifs visant la viande de volaille en provenance du Brésil*, WT/DS241/R, 22 avril 2003, par. 8.7).

996 « Compte tenu de l'éventail des possibilités qui, à notre avis, s'offrent aux Etats-Unis pour mettre en œuvre de manière appropriée notre recommandation, nous ne voulons pas faire de suggestion en l'espèce », rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Droit antidumping*

seule affaire à cette date dans laquelle le groupe spécial a formulé une suggestion certes demandée par le plaignant, mais dont le contenu n'était *pas* la seule manière envisageable d'exécuter l'obligation de mise en conformité⁹⁹⁷.

Les groupes spéciaux peuvent également formuler une suggestion spontanée, puisque leur pouvoir à cet égard est discrétionnaire. Cependant, l'affaire *CE – Subventions à l'exportation de sucre* reste à ce jour la seule dans laquelle un groupe spécial l'a exercé sans y avoir été invité par l'une des parties. Sa décision était justifiée d'emblée par l'argument de l'intérêt qu'avaient de nombreux pays en développement à la résolution de l'affaire⁹⁹⁸. Par conséquent, il a décidé de « sugg[érer] que, pour rendre leurs exportations de sucre conformes à leurs obligations [...], les Communautés européennes envisagent des mesures visant à mieux faire concorder leur production de sucre avec la consommation intérieure tout en respectant pleinement leurs engagements internationaux en ce qui concerne les importations, y compris leurs engagements envers les pays en développement »⁹⁹⁹. Mais la suggestion était en réalité de faible portée matérielle, puisqu'elle invitait pour l'essentiel les Communautés à la mise en conformité, déjà contenue dans la recommandation.

La dernière catégorie enfin est constituée des suggestions imposées, « imposées » en ce qu'elles sont prescrites dans le Mémoire¹⁰⁰⁰. L'Accord SMC exige ainsi à son article 4.7 que, lorsqu'il s'avère que la mesure en cause devant le juge est une subvention prohibée, elle soit retirée « sans retard ». La recommandation de mise en conformité que formule l'organe de jugement s'accompagnera alors de cette précision, en indiquant un délai dans lequel la subvention prohibée devra avoir été supprimée. La doctrine majoritaire interprète l'article 4.7 comme obligeant le juge à formuler une *suggestion*, la précision « sans retard » étant entendue fonctionnellement comme une suggestion

sur les semi-conducteurs pour mémoires RAM dynamiques (DRAM) de un mégabit ou plus, originaires de Corée, WT/DS99/R, 29 janvier 1999, par. 7.4.

997 Ainsi, le groupe spécial estimait que les États-Unis « devraient probablement » modifier leur législation illicite, avant de suggérer néanmoins son abrogation, rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Loi antidumping de 1916 (Plainte du Japon)*, WT/DS162/R, 29 mai 2000, par. 6.292.

998 Rapport du groupe spécial, *CE – Subventions à l'exportation de sucre*, *op. cit.*, par. 8.6.

999 *Ibid.*, par. 8.8.

1000 M. Mavroidis les qualifie en ce sens de « legislative suggestions », par exemple in P. C. MAVROIDIS, « Article 19 », in R. WOLFRUM, P.-T. STOLL et K. KAISER (eds), *WTO – Institutions and Dispute Settlement*, *op. cit.*, p. 486 ; M. MATSUSHITA, T. J. SCHOENBAUM et P. C. MAVROIDIS, *The World Trade Organization – Law, Practice, and Policy*, *op. cit.*, p. 153-154.

au sens de l'article 19.¹⁰⁰¹ Cette interprétation n'est toutefois pas convaincante : d'abord, l'Accord SMC n'indique en rien qu'il s'agirait là d'une suggestion, mais l'argument à lui seul n'est pas suffisant. Ensuite et surtout, il s'agit là de la seule prescription impérative de retrait d'une mesure incompatible que contient un accord de l'O.M.C., et faut dès lors tenir compte du statut particulier que révèle sa mention explicite dans l'Accord SMC. La prescription du retrait d'une subvention prohibée correspond en effet à la perception du caractère particulièrement nocif d'une telle subvention, et on ne saurait assimiler l'instruction spécifique adressée à un groupe spécial qui constaterait son existence à son devoir général de recommander la « mise en conformité » d'une mesure illicite. Ce que la doctrine majoritaire lit comme une « suggestion législative » nous semble dès lors relever davantage de l'injonction. Cette dernière interprétation paraît d'ailleurs confirmée par l'affaire *CE – Subventions à l'exportation de sucre* précitée. Le groupe spécial y avait examiné une subvention uniquement au regard de l'Accord sur l'agriculture, refusant de l'examiner au regard de l'Accord SMC et notamment de son article 3, et invoquant pour justifier son refus ce qui, à l'O.M.C., est appelé le principe d'« économie jurisprudentielle »¹⁰⁰², en vertu duquel les groupes spéciaux peuvent discrétionnairement décider de ne pas examiner certaines allégations et se contenter de l'examen de celles nécessaires pour trancher le différend¹⁰⁰³. Cette décision a été réprimandée par

1001 V. en ce sens M. MATSUSHITA, T. J. SCHOENBAUM et P. C. MAVROIDIS, *The World Trade Organization – Law, Practice, and Policy*, op. cit., p. 153 ; P. C. MAVROIDIS, G. A. BERMAN et M. WU, *The Law of the World Trade Organization – Documents, Cases & Analysis*, op. cit., p. 1060 ; M. MAVROIDIS, « Article 19 », in R. WOLFRUM, P.-T. STOLL et K. KAISER (eds), *WTO – Institutions and Dispute Settlement*, op. cit., p. 486.

1002 V. le rapport du groupe spécial, *CE – Subventions à l'exportation de sucre*, op. cit., par. 7.380-7.387.

1003 Le principe d'économie jurisprudentielle appelle quelques précisions. D'abord, celle que l'expression est mal choisie, en particulier l'adjectif, car ce qui est visé n'a rien de juridictionnel : exprimé ainsi, le principe n'évoque rien, alors que l'anglais le désigne par « *judicial economy* », qui fait apparaître que c'est d'économie *juridictionnelle* qu'il s'agit ; en d'autres termes, rien d'autre que ce qui est communément appelé l'économie des moyens. En principe, un groupe spécial est tenu d'examiner toutes les allégations formulées. Mais une même mesure porte dans la plupart des cas plusieurs allégations d'illicéité (au regard de différentes dispositions et accords de l'O.M.C.), et le principe d'économie jurisprudentielle, dont l'exercice relève du pouvoir discrétionnaire du groupe spécial, permet alors à celui-ci de s'affranchir de l'examen de certaines de ces allégations ; sous la réserve toutefois qu'il énonce clairement l'application du principe, et que le non-examen des allégations concernées ne porte pas atteinte aux objectifs fondamentaux du Mémoire et du mécanisme de règlement des différends. En particulier, l'examen de ces allégations ne doit donc pas être indispensable pour parvenir à une solution positive du différend.

l'Organe d'appel, qui a considéré qu'une application du principe était inadmissible s'agissant de subventions dont il était allégué qu'elles relèverait de la catégorie de celles qui sont prohibées en vertu de l'article 3 de l'Accord SMC. Selon lui, il s'agissait d'une « fausse économie jurisprudentielle et [d']une erreur de droit »¹⁰⁰⁴, puisque son application menait à priver le plaignant d'une « voie de recours », en application de l'article 4.7¹⁰⁰⁵. En effet, ne pas examiner la mesure au titre de l'Accord SMC empêchait le plaignant de pouvoir bénéficier d'une recommandation de mise en conformité assortie de l'obligation pour le défendeur de retirer « sans retard » la subvention concernée. Cette position de l'Organe d'appel tend dans le sens du caractère prescriptif de la « suggestion » de l'article 4.7, et même de l'injonction, et en tout cas il ne s'agit pas d'une suggestion non contraignante au sens de l'article 19:1 du Mémorandum.

Les suggestions formulées, qu'elles soient demandées, spontanées ou imposées, confirment le contenu prospectif de l'obligation de mise en conformité, qui n'est jamais autre chose qu'une autre formulation de l'obligation de supprimer l'illicéité, soit en retirant radicalement la mesure non conforme, soit en la modifiant. En ce sens, la configuration actuelle du système tolère incontestablement une forme d'« impunité », qu'on n'entend pas au sens pénal mais seulement comme l'absence de risques pour le Membre responsable. Quand bien même l'idée dérangerait, elle est une fatalité en ce qu'une certaine mesure d'impunité est la contrepartie immédiate de l'objectif de maintien de la légalité, dès lors que cet objectif est poursuivi sans aménagements ni inflexions de subjectivisme : puisqu'il ne s'agit ni de réparer ou d'indemniser le dommage subi, ni de punir un comportement illicite, ni même d'exiger du Membre en situation de non-conformité une garantie de non-répétition, il suffit alors au Membre concerné de retirer sa mesure illicite pour que la légalité soit rétablie, l'équilibre conventionnel restauré, et lui-même à l'abri d'une suspension de concessions. L'absence de dimension rétrospective ou rétroactive du

Par exemple, serait censurée une économie jurisprudentielle par laquelle le rapport ne mènerait qu'à une résolution partielle du différend, sans trancher toutes les allégations au sujet desquelles une constatation est nécessaire pour permettre de formuler des recommandations utiles.

V. à ce sujet notamment A. FRISCHTAK, « Balancing Judicial Economy, State Opportunism, and Due Process Concerns in the WTO », *Mich. J.I.L.*, 2005, vol. 26, n° 3, p. 947-989.

1004 Rapport de l'Organe d'appel, *Communautés européennes – Subventions à l'exportation de sucre*, WT/DS265/AB/R, WT/DS266/AB/R, WT/DS283/AB/R, 28 avril 2005, par. 335.

1005 *Ibid.* La même argumentation avait été présentée par les plaignants devant le groupe spécial, v. le rapport du groupe spécial, *CE – Subventions à l'exportation de sucre*, op. cit., par. 7.384.

contentieux crée ainsi un système dans lequel les Membres comptent bien sur le seul effet *ex nunc* de leur condamnation, et savent qu'ils bénéficient d'une marge de jeu qui leur permet de gagner du temps au cours de la phase d'exécution. Même les comportements d'une certaine mauvaise volonté sont tolérés, et en tout cas irréprochables juridiquement : un défendeur initial peut maintenir sa mesure incompatible sans subir de conséquence jusqu'au moment à partir duquel une suspension de concessions devient possible, c'est-à-dire jusqu'à l'expiration du délai raisonnable de mise en œuvre. Plusieurs exemples témoignent de la manière dont les Membres usent et abusent de cette marge de manœuvre : par exemple, l'Inde avait demandé en mars 1996 l'établissement d'un groupe spécial en alléguant que les Etats-Unis appliqueraient aux produits textiles des mesures de sauvegarde transitoires incompatibles avec l'Accord ATV. L'O.R.D. avait établi un groupe spécial en avril 1996 mais, une semaine plus tard, l'Inde avait demandé de mettre fin à la procédure engagée car les Etats-Unis avaient entretemps décidé l'abrogation des mesures de sauvegarde contestées ; l'affaire a donc été classée « sans suite », alors que les mesures américaines avaient été en vigueur pendant un an et que les Etats-Unis avaient donc pu en bénéficier¹⁰⁰⁶. Dans une autre affaire, l'un des tiroirs de l'affaire *CE – Hormones*, les Communautés avaient mis en cause des mesures américaines prises à partir de 1987 au titre de « compensation » face à la directive communautaire relative aux hormones, et qui avaient pour effet une majoration des droits appliqués à certains produits en provenance des Communautés, ce qui selon les Communautés était contraire à certaines dispositions du Mémoire et du GATT¹⁰⁰⁷. A peine un mois après la demande d'établissement d'un groupe spécial (juin 1996), les Etats-Unis avaient abrogé les mesures en cause (juillet 1996) et les Communautés avaient par conséquent décidé de retirer leur demande de groupe spécial.

Dans la perspective des théories réalistes de la conformité exposées dans l'Introduction, il est évident, dans la configuration actuelle du système, que les Membres ont tout à gagner à prendre des mesures avantageuses mais illicites, puisque dans le pire cas ils sont tôt ou tard obligés à les retirer, au terme d'un plus ou moins long contentieux qui leur permet de bénéficier de leurs effets pendant un certain temps. Du moins n'ont-ils rien à perdre, sinon leur bonne

1006 *Etats-Unis – Mesures affectant les importations de manteaux de laine pour femmes et fillettes*, WT/DS32, demande de consultations reçue le 14 mars 1996, affaire classée le 25 avril 1996.

1007 *Etats-Unis – Majoration de droits sur des produits en provenance des Communautés européennes*, WT/DS39, demande de consultations reçue le 18 avril 1996, demande d'établissement d'un groupe spécial le 19 juin 1996, affaire classée le 16 juillet 1996.

réputation et le soutien des autres Membres¹⁰⁰⁸ ; mais cela peut paraître un faible prix comparé au bénéfice que procure le maintien de la mesure illicite pendant plusieurs années, si toutes les voies procédurales sont exploitées¹⁰⁰⁹. Si cette situation de fait et même de droit est évidemment critiquable, elle repose cependant sur une logique qui est un choix de l'Organisation. Outre que la mise en place d'un système réparatoire sur le modèle des mécanismes classiques de responsabilité se heurterait à la résistance des Membres, elle serait extrêmement lourde et soulèverait des difficultés pratiques que le système pourrait ne pas être en mesure d'absorber. Mais il reste un hiatus dans cette forme minimaliste de mécanisme de responsabilité, qui se borne à considérer qu'une violation constatée doit cesser ; et il y en a également un dans la renonciation à toute forme de réparation, et en toute hypothèse à toute forme de rétroaction. Paradoxalement, la sophistication du système s'accompagne de ce qui paraît être une infirmité. Mais peut-être la sophistication est-elle la contrepartie de cette forme d'infirmité ? Nous laissons pour l'instant cette question en suspens, mais elle trouvera des éléments de réponse dans les développements consacrés à l'encadrement coercitif de l'exécution. Mais on peut d'ores et déjà avancer qu'une réponse univoque paraît improbable, et qu'elle dépend largement de ce que l'on voudrait que le mécanisme soit. A titre d'exemple, dans le cadre des négociations au sujet de la réforme du Mémorandum, le Mexique faisait valoir que « le problème fondamental du système de règlement des différends de l'O.M.C. réside dans le délai pendant lequel une mesure incompatible peut être maintenue sans aucune conséquence »¹⁰¹⁰. Sa critique portait donc précisément sur les difficultés que peut soulever le principe de non-rétroaction de l'obligation de mise en conformité, et en particulier lorsqu'elle n'est pas compensée par des dispositifs suffisants de portée prospective. Dans

1008 Cela dit, la différence entre le retrait d'une mesure au début de la procédure ou seulement à sa fin ne passe pas inaperçue, ni devant l'O.R.D. ni devant les organes de jugement, qui décident même dans certains cas de tenir compte du retard délibéré des démarches en vue de la mise en conformité. On reviendra sur ce point, au titre des comportements dilatoires dont les arbitres tiennent compte dans leur appréciation du délai qu'ils accorderont au Membre déclaré responsable, v. Deuxième partie, Titre I, Chapitre I, Section II, § 2.

1009 M. Bourgeois constatait que le maintien « gratuit » d'une violation pouvait durer jusqu'à trois ans, in J. H. J. BOURGEOIS, « Sanctions and Countermeasures : Do the Remedies Make Sense ? », in D. GEORGIEV et K. VAN DER BORGH (eds), *Reform and Development of the WTO Dispute Settlement System*, op. cit., p. 42.

1010 Le Mexique suggérerait notamment la mise en place de mesures d'urgence, en particulier la possibilité de négocier une compensation dès l'adoption du rapport de la phase initiale : O.R.D., « Améliorations et clarifications à apporter au mémorandum d'accord sur le règlement des différends – Proposition du Mexique », TN/DS/W/91, 16 juillet 2007, spéc. p. 2-4.

le même temps, on va le voir, dans l'unique affaire où l'organe de jugement s'est aventuré à attacher une conséquence « négative » à la violation d'une obligation primaire, en faisant exception à la non-rétroaction de l'exécution, sa décision a déclenché une très vive réaction de la part des Membres.

B *Exception à la non-rétroaction : le cas des subventions prohibées*

Deux domaines sont prédestinés à faire exception au principe de la non-rétroaction, le dumping et les subventions, en rattachant à l'obligation de mise en conformité celle de rembourser les droits indûment prélevés. Sous le GATT de 1947, c'est essentiellement en matière de dumping que l'exception s'était creusée, non sans susciter la controverse (1.). En revanche, la seule affaire de mesures correctives rétroactives sous l'O.M.C. concerne les subventions (2.). La brèche dans le principe, bien que grande ouverte à l'occasion de ce contentieux, n'a cependant jamais été confirmée et consolidée.

1 Mesures correctives rétroactives sous le GATT de 1947 :

une exclusivité des domaines du dumping et des subventions

Tardivement dans son existence, le GATT de 1947 avait connu sept différends dans lesquels le groupe spécial s'était écarté de la pratique habituelle de non-rétroaction et avait recommandé dans son rapport des mesures correctives rétroactives. Seuls trois de ces rapports avaient été adoptés¹⁰¹¹, tandis que l'adoption des quatre autres avait été résolument bloquée par le défendeur¹⁰¹², au moins partiellement au motif de l'inadmissibilité de la nature rétroactive des mesures correctives que proposait le groupe spécial ; le blocage de

¹⁰¹¹ Rapport du groupe spécial, *Nouvelle-Zélande – Importations de transformateurs électriques en provenance de Finlande*, L/5814 – 32S/57, 18 juillet 1985, GATT B.I.S.D. 1986, Supplément 32, p. 55 ; rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Droits compensateurs sur la viande de porc fraîche, réfrigéré et surgelée en provenance du Canada*, DS7/R – 38S/32, 11 juillet 1991, GATT B.I.S.D. 1992, Supplément 38, p. 30 ; rapport du groupe spécial adopté par le Comité des subventions et mesures compensatoires, *Etats-Unis – Mesures affectant les importations de bois de construction résineux en provenance du Canada*, SCM/162, 27 octobre 1993, GATT B.I.S.D. 1995, Supplément 40, p. 358.

¹⁰¹² Rapport du groupe spécial, *Canada – Imposition de droits compensateurs sur les importations de viande de bœuf désossée destinée à la transformation en provenance de la CEE*, SCM/85, 13 octobre 1987 ; rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Imposition de droits antidumping appliqués aux tôles fortes d'acier en provenance de Suède*, ADP/47, 20 août 1990 ; rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Droits antidumping appliqués au ciment Portland gris et au ciment Clinker importés du Mexique*, ADP/82, 7 septembre 1992 ; rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Droits antidumping appliqués aux tôles fortes d'acier en provenance de Suède*, ADP/117, 24 février 1994.

l'adoption de ces rapports est en soi révélateur de la sensibilité du sujet. Toutes ces affaires étaient relatives à des mesures antidumping ou des subventions, et il faut d'emblée préciser une particularité en matière de dumping : les droits antidumping étant perçus directement sur les opérateurs économiques, les actions en remboursement se font devant les juridictions internes. C'est donc un domaine dans lequel il existe des voies de recours pour les particuliers, et cet élément joue certainement un rôle dans la décision des organes de jugement de recommander à l'Etat condamné une mesure corrective rétroactive sous la forme du remboursement des droits prélevés.

La première et la dernière des trois affaires qui ont donné lieu à un rapport adopté sont incontestablement des cas de mesures correctives rétroactives, mais elles nous éclairent peu sur le motif ou le raisonnement du groupe spécial : celui-ci avait recommandé le remboursement, ce qui en soi était remarquable, mais s'en que rien ne justifie ou permette de comprendre son choix de déroger si franchement au principe de non-rétroaction des rapports rendus et des obligations qui en résultent pour les parties¹⁰¹³. La deuxième des trois affaires, *Etats-Unis – Droits compensateurs sur la viande de porc*, s'en distingue, d'abord parce qu'elle concernait cette fois une subvention et ensuite parce qu'elle est la seule à faire apparaître clairement le raisonnement du juge. Le groupe spécial avait formulé sa décision à la lumière des précédents différends où le juge avait recommandé le remboursement, comparaison qui permettait d'établir que les autres décisions avaient presque naturellement conduit à une obligation avec effet rétroactif, en ce qu'il y était manifeste que les droits perçus n'auraient « absolument pas dû » l'être¹⁰¹⁴. Or, l'affaire à laquelle il était confronté ici se présentait très différemment, puisqu'il avait seulement pu constater que la détermination de l'existence d'une subvention accordée à la production de viande de porc – détermination qui est le fondement de l'imposition d'un droit compensateur – n'avait pas été faite conformément à l'article VI:3 du GATT. En d'autres termes, il n'avait *pas* constaté que les droits

1013 Rapport du groupe spécial, *Nouvelle-Zélande – Importations de transformateurs électriques en provenance de Finlande*, *op. cit.*, par. 4.11 ; et rapport du groupe spécial adopté par le Comité des subventions et mesures compensatoires, *Etats-Unis – Mesures affectant les importations de bois de construction résineux en provenance du Canada*, *op. cit.*, par. 415.

1014 Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Droits compensateurs sur la viande de porc fraîche, réfrigérée et surgelée en provenance du Canada*, *op. cit.*, par. 4.11. Dans les deux affaires précédentes où des mesures rétroactives avaient été recommandées, les droits n'auraient « absolument pas dû » être perçus, dans la première affaire parce que le lien de causalité entre les importations faisant prétendument l'objet d'un dumping et le préjudice causé à la branche de production nationale n'avait pas été établi, et dans la seconde parce que la requête n'avait pas été présentée par la branche de production nationale touchée.

compensateurs en cause dans l'affaire n'auraient « absolument pas dû » être perçus ; et il n'était donc *pas exclu* qu'une détermination de l'existence d'une subvention menée conformément à l'article VI:3 aurait amené à conclure que les subventions accordées aux éleveurs de porcs bénéficiaient à la production de viande de porc¹⁰¹⁵, circonstance dans laquelle l'imposition du droit compensateur eût été justifiée. Par conséquent, et compte tenu de l'incertitude que laissait subsister une détermination mal menée, le groupe spécial avait jugé opportun de ne pas demander au défendeur le remboursement immédiat des droits prélevés, et préféré lui présenter une alternative : soit les Etats-Unis remboursaient les droits compensateurs perçus, à hauteur de la fraction des droits destinée à compenser les subventions accordées aux éleveurs de porcs, soit ils effectuaient une détermination de l'existence d'une subvention conforme aux prescriptions de l'article VI:3 et remboursaient alors les droits dans la mesure où ils dépassaient un montant égal à la subvention dont on aurait su qu'elle avait été accordée à la production de viande de porc¹⁰¹⁶.

Le principe de non-rétroaction des obligations qui résultent des rapports n'est donc pas absolu, il connaissait des exceptions, forgées puis creusées par les organes de jugement, lorsque ceux-ci estimaient opportun non seulement de recommander la cessation de l'illicite, mais en plus de préconiser d'effacer les conséquences matérielles du comportement illicite. On le perçoit clairement, en dépit du vocabulaire spécifique employé : ce que visait l'organe de jugement lorsqu'il obligeait le défendeur au remboursement, c'est le rétablissement du *statu quo ante*, en recommandant ce qui est, en substance, la *restitutio in integrum*¹⁰¹⁷. Mais ces affaires relèvent toutes du domaine des droits antidumping et des droits compensateurs, et la mesure corrective envisagée était par conséquent invariablement le remboursement de droits prélevés¹⁰¹⁸.

1015 *Ibid.*

1016 *V. ibid.*, par. 4.11 et 5.2.

1017 Bien qu'il soit évident que la restitution ne puisse jamais, dans les conditions propres à l'O.M.C., être intégrale, et le *statu quo ante* par conséquent jamais parfaitement rétabli : le remboursement permet certes de revenir sur un versement qui n'aurait jamais dû avoir lieu, en remettant en quelque sorte les comptes à zéro et supprimant ainsi l'illicéité, mais les sommes sont reversées à l'entité importatrice qui a payé les droits et non à l'entité exportatrice qui a subi le préjudice. En ce sens, le remboursement ne rétablit jamais les conditions de concurrence qui auraient existé si la violation n'avait pas eu lieu ; au mieux, la réparation ne peut donc jamais être autre chose qu'une satisfaction.

1018 Droits qui ne peuvent être prélevés que sur des produits dont il a préalablement été constaté qu'ils avaient fait l'objet d'un dumping ou d'une subvention, et qui ne peuvent jamais être supérieurs au montant du dumping ou de la subvention qui justifie leur prélèvement.

Elles ont par ailleurs en commun d'être toutes postérieures à l'intégration dans l'appareil normatif du GATT des codes issus du Cycle de Tokyo, qui précisait notamment les règles régissant les matières du dumping et des subventions¹⁰¹⁹. De ces circonstances on infère que l'exception existante était strictement limitée à ces deux matières¹⁰²⁰. On peut confirmer cette compréhension de la pratique habituelle sous le GATT de 1947 et de l'exception de rétroactivité semble au regard de deux observations. La première est que les mesures correctives rétroactives ne sont intervenues dans aucun autre domaine régi par le GATT de 1947 : le principe de non-rétroaction primait systématiquement, y compris lorsque le juge constatait que la mesure corrective habituelle était peu satisfaisante. L'affaire *Norvège – Ville de Trondheim* en est illustrative : la violation était déjà « consommée » au moment où le juge statuait¹⁰²¹ et toute recommandation de mise en conformité aurait alors nécessairement eu un effet rétroactif ; le juge a refusé de formuler une telle recommandation (concrètement, l'exécution d'une telle obligation rétroactive aurait exigé la destruction matérielle du système de péage en cause) et s'est contenté de rendre un jugement déclaratoire de l'illicéité de la mesure passée, du type de celui que la C.I.J. a refusé de rendre dans l'affaire du *Cameroun septentrional*, et d'adresser à la Norvège une demande de garantie de non-répétition¹⁰²². La seconde observation est que la Décision des PARTIES CONTRACTANTES dans l'affaire *Etats-Unis – Restrictions d'importations de produits laitiers* avait conduit les Pays-Bas à demander l'autorisation de suspendre leurs obligations au titre du GATT à

1019 Respectivement l'Accord relatif à la mise en œuvre de l'article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (LT/TR/A/1) et l'Accord relatif à l'interprétation et à l'application des articles VI, XVI et XXIII de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (LT/TR/A/3).

1020 V. en ce sens notamment R. E. HUDEC, « Broadening the Scope of Remedies in the WTO Dispute Settlement », in F. WEISS (ed.), *Improving WTO Dispute Settlement Procedures : Issues and Lessons from the Practice of Other International Courts and Tribunals*, Londres, Cameron May, 2000, p. 369, 379 et 382.

1021 Pour rappel, le groupe spécial y était confronté à la difficulté que le système de péage de la ville de Trondheim, dont le matériel avait été acheté en violation de l'Accord relatif aux marchés publics, était déjà en place au moment de sa décision.

1022 Pour une critique cinglante de cette décision et une discussion de ses implications, v. P. C. MAVROIDIS, « Government Procurement Agreement – The Trondheim Case : The Remedies Issue », *A.W.*, 1993, vol. 48, n° 1, p. 77. V. également R. E. HUDEC, *Enforcing International Trade Law : The Evolution of the Modern GATT Legal System*, Salem, Butterworth Legal Publishers, 1993, spéc. p. 583, qui y voit une justification de resserrer les mesures correctives disponibles sous le GATT ; et M. MATSUSHITA, « Major WTO Dispute Cases Concerning Government Procurement », *Asian J. WTO & Int. H. L. P.*, 2006, vol. 1, n° 2, spéc. p. 307.

l'égard des Etats-Unis, et le rapport du groupe de travail sur la question ainsi que la détermination adoptée le lendemain considérait qu'une mesure corrective rétroactive serait non seulement inappropriée mais aussi une déviation de la pratique du GATT¹⁰²³, qui dépasserait par ailleurs les limites de la compétence d'un groupe spécial.

On ne voit pas d'explication évidente de l'exception pour les domaines du dumping et des subventions¹⁰²⁴, hormis la raison correcte mais peu convaincante en elle-même que ces deux matières étaient particulièrement diabolisées sous le GATT et continuent de l'être sous l'O.M.C. Les mesures relevant de leurs champs sont donc une cible tentante pour une régulation particulièrement ferme. On ne retrouve pas, sous l'O.M.C., cette pratique sinon fréquente mais du moins récurrente du GATT de mesures correctives rétroactives, et le domaine du dumping en tout cas n'a pas été confirmé comme étant le terrain de prédilection pour la rétroaction de l'obligation de mise en conformité. L'unique affaire dans laquelle le juge a recommandé le remboursement des sommes touchées a d'autant plus attiré l'attention.

2 Mesures correctives rétroactives sous l'O.M.C. : le cas isolé des subventions

La règle bien établie sous l'O.M.C. de la non-rétroaction de l'obligation de cessation, conjuguée à l'absence d'obligation secondaire de réparation, signifie

1023 V. le recours des Pays-Bas en vertu de l'Article XXIII:2 en vue de la suspension des obligations à l'égard des Etats-Unis, adopté par les Parties contractantes le 8 novembre 1952, I.B.D.D. 1S/66.

1024 V. aussi la prise de position très fermement opposée aux mesures rétroactives des Etats-Unis, notamment perceptible dans le rapport du groupe spécial, *Guatemala – Ciment I*, *op. cit.*, par. 5.65 : « il ne devrait y avoir aucune différence entre les mesures correctives dans les différends concernant des droits antidumping et compensateurs et celles qui sont recommandées dans d'autres types de différends. Les Etats-Unis estiment que, pour l'essentiel, ces rapports sont "l'exception qui confirme la règle" et que le Groupe spécial devrait s'abstenir de s'en inspirer ». De façon générale, les Etats-Unis se sont rapidement présentés comme les plus farouches opposants à la rétroactivité des mesures correctives, rejoints en 1993 par les Communautés au cours d'un différend dans lequel elles avaient initialement demandé le remboursement des droits prélevés, demande qu'elles avaient ensuite retirée au cours de la procédure (v. le rapport du groupe spécial adopté par le Comité des subventions et mesures compensatoires, *Brésil – Imposition de droits compensateurs provisoires et définitifs sur la poudre de lait et certains types de lait en provenance de la Communauté économique européenne*, SCM/179, 28 avril 1994, par. 200). En 1994, elles s'étaient opposées à une demande de remboursement dans l'affaire *Communautés européennes – Droits antidumping sur les cassettes audio en provenance du Japon*, ADP/136, 28 avril 1995 (rapport non adopté).

que les droits indûment perçus ne sont jamais remboursés (a.). Elle n'a connu à ce jour qu'une seule exception : le remboursement de la « portion prospective » de la subvention (b.).

a *Refus de principe du remboursement des droits perçus*

L'opposition du juge de l'O.M.C. à recommander des mesures rétroactives était déjà devenue nettement visible au cours d'affaires antérieures. Dans l'affaire *Guatemala – Ciment I*, le Mexique avait fait valoir que les conséquences de l'ouverture d'une enquête antidumping non valable devaient être annulées ; il avait donc demandé que groupe spécial recommande au Guatemala d'abroger la mesure antidumping illicite *et* de rembourser les droits déjà prélevés¹⁰²⁵. Si groupe spécial a bien recommandé la mise en conformité et même formulé une suggestion au sujet du moyen adéquat, il a cependant fermement opposé une fin de non-recevoir à la deuxième partie de la demande, relative au remboursement¹⁰²⁶. La suggestion par le groupe spécial d'abroger la mesure antidumping ne peut alors avoir qu'une seule signification : l'abrogation est entendue comme ayant un effet proactif, et non rétroactif. Si le groupe spécial avait entendu qu'elle fût rétroactive, il n'aurait pas rejeté la demande de remboursement, puisque le remboursement des droits indûment payés serait alors le corollaire naturel d'une abrogation avec effet *ex tunc* de la mesure antidumping. Cependant, on reste gêné par le caractère péremptoire de la décision, le groupe spécial n'ayant motivé d'aucune manière la fin de non-recevoir ; en particulier, on est surpris qu'il n'ait pas même invoqué, fût-ce brièvement, le principe de non-rétroaction des mesures correctives. La seule ébauche de justification qu'on détecte dans son raisonnement est l'argument selon lequel les *suggestions* de mise en œuvre ne sont pas partie des recommandations et qu'elles n'imposent aucune obligation au Membre qui en est le destinataire¹⁰²⁷. Mais cela ne suffit pas à expliquer la fin de non-recevoir, puisque le groupe spécial a par ailleurs bien fait une suggestion d'abrogation de la mesure antidum-

1025 Rapport du groupe spécial, *Guatemala – Ciment I*, *op. cit.*, par. 3.1 (le groupe spécial avait également résumé ces deux demandes distinctes mais liées dans le dispositif de son rapport, par. 8.1). Le Mexique arguait que le remboursement des droits antidumping était conforme à l'Accord antidumping, était dans certains cas même prévu par lui et qu'il ne s'agissait pas d'un « concept nouveau » (par. 4.408). Il considérait en particulier que le remboursement des droits perçus était une conséquence logique de l'annulation de l'enquête : celle-ci étant le fondement légal des prélèvements, « si l'enquête est annulée, les droits le sont aussi » (par. 4.407).

1026 Rapport du groupe spécial, *Guatemala – Ciment I*, *op. cit.*, par. 8.1. Pour rappel, la suggestion (par. 8.6) est citée *supra* dans ce développement, A., 2., c., ii.

1027 *Ibid.*, par. 8.2.

ping. L'opposition du juge à recommander et même à suggérer une mesure corrective rétroactive est évidente, mais au minimum elle manque ici de précision¹⁰²⁸.

La même question s'est posée, dans les mêmes termes exactement, dans la séquelle de cette affaire, *Guatemala – Ciment II*¹⁰²⁹. Le groupe spécial s'est montré compréhensif à l'égard de la demande mexicaine et a même suggéré la légitimité du remboursement¹⁰³⁰, et pourtant, il n'a pas moins refusé d'y donner suite. Mais c'est sa justification qui intéresse, en ce qu'elle exprime combien la question de la portée temporelle des mesures correctives est sensible : la demande mexicaine soulevait selon lui « des questions systémiques importantes concernant la nature des actions nécessaires pour mettre en œuvre une recommandation faite conformément à l'article 19:1 du Mémorandum d'accord »¹⁰³¹. Ce retranchement derrière l'argument du caractère systémique d'une question illustre combien le juge de l'O.M.C. est réticent à exercer activement un pouvoir dont pourtant l'article 19:1 l'investit pleinement : dans les limites que prévoit le Mémorandum, ce sont en effet les organes de jugement qui fixent dans leur rapport la nature et le contenu de la mesure corrective recommandée. La même pratique est établie dans le droit commun de la responsabilité, l'article 30 du texte de la C.D.I. imposant à l'auteur de la violation une obligation de cessation qui naît de la seule responsabilité : le juge peut donc la formuler indépendamment de toute demande en ce sens de la part du demandeur. Cependant, la différence avec l'article 19:1 est qu'une formation de jugement à l'O.M.C. qui constate l'illicéité d'un comportement *doit* recommander la cessation, tandis que dans le droit commun de la responsabilité des Etats le juge n'est pas tenu de formuler cette obligation pour qu'elle existe. De

1028 Pour une critique éclairante du rapport du groupe spécial, en particulier au sujet des recommandations et suggestions formulées, v. P. C. MAVROIDIS, « Remedies in the WTO Legal System : Between a Rock and a Hard Place », *op. cit.*, spéc. p. 786-788. L'auteur estime décevante la fin de non-recevoir opposée à la demande de remboursement (et soupçonne le groupe spécial d'avoir indûment appliqué l'économie jurisprudentielle sans en dire le nom), et avance par ailleurs que la suggestion d'abrogation de la mesure antidumping serait ambiguë, car non assortie d'une précision sur son effet *ex tunc* ou *ex nunc*. Or, si le groupe spécial envisageait l'abrogation avec effet *ex nunc*, alors il n'aurait tenu compte d'aucun des arguments mexicains, mais sans s'en justifier ; s'il concevait l'abrogation avec effet *ex tunc*, alors, selon M. Mavroidis, on ne comprend pas pourquoi le juge n'est pas allé au bout de la démarche en faisant jouer toutes les conséquences d'un effet rétroactif.

1029 V. le rapport du groupe spécial, *Guatemala – Ciment II*, *op. cit.*, par. 9.4 ; et la première communication du Mexique, p. 101.

1030 Rapport du groupe spécial, *Guatemala – Ciment II*, *op. cit.*, par. 9.7.

1031 *Ibid.*

même, on l'a vu, dans le droit commun la cessation peut s'accompagner d'une demande de réparation, ou non. Si l'Etat demandeur en fait la demande, il appartient alors au juge de décider de la teneur de la réparation ; la seule règle qui l'oblige dans ce cas est celle du *non ultra petita*, selon laquelle il ne doit répondre qu'à ce qui lui est demandé.

Mais le risque d'une décision *ultra petita* au sujet des mesures correctives est minimal pour les organes de jugement de l'O.M.C., puisqu'ils tiennent prudemment à distance la plupart des demandes qui leur sont faites, y compris lorsqu'elles sont pleinement couvertes par leur pouvoir en vertu de l'article 19. En particulier, leur refus d'accéder à une demande de mesure corrective rétroactive s'exprime d'une manière révélatrice mais singulière dans les affaires ultérieures : soit le groupe spécial ignore franchement la demande, soit il se retranche derrière l'argument de son pouvoir discrétionnaire de formuler une suggestion – pour l'exercer de manière négative. Dans l'affaire *CE – Linge de lit*, où l'Inde demandait le remboursement des droits antidumping versés¹⁰³², il a ainsi tout bonnement ignoré la dimension rétroactive de la demande et simplement recommandé la mise en conformité¹⁰³³. On observe le même choix de passer sous silence la partie embarrassante d'une demande dans l'affaire *Etats-Unis – Bois de construction IV*¹⁰³⁴. Dans l'affaire *Communautés européennes – Accessoires de tuyauterie* en revanche, le groupe spécial avait choisi d'invoquer le pouvoir discrétionnaire dont il dispose en vertu de l'article 19:1 pour formuler une suggestion à l'adresse du défendeur, de rappeler qu'il n'est en aucun cas tenu d'en formuler s'il ne le juge « pas approprié », et, ainsi justifié, d'opposer

1032 Rapport du groupe spécial, *Communautés européennes – Droits antidumping sur les importations de linge de lit en coton en provenance d'Inde*, WT/DS141/R, 30 octobre 2000, par. 3:5.

1033 *Ibid.*, par. 7:5.

1034 Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Détermination finale en matière de droits compensateurs concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada*, WT/DS257/R, 29 août 2003 : v. le par. 3:1 pour la demande du Canada que le groupe spécial recommande le remboursement des droits compensateurs perçus. On y aperçoit incidemment que le Canada comprenait l'obligation de mise en conformité comme comprenant deux dimensions, l'une *ex nunc* et l'autre *ex tunc* (possiblement par alignement sur le régime de l'ALENA, qui contient pour un Etat dont la mesure a été déclarée illicite l'obligation du remboursement des droits indûment perçus) : d'une part, la cessation de l'illicite (par l'abrogation – donc avec effet *ex nunc* – de l'ordonnance en matière de droits compensateurs), et d'autre part une mesure rétroactive consistant dans le remboursement des droits. V. aussi le par. 8:4 pour la recommandation de mise en conformité formulée par le groupe spécial.

une fin de non-recevoir à la demande : « puisque nous sommes libres de suggérer aux Communautés européennes des façons de mettre en œuvre d'une manière que nous jugeons appropriée notre recommandation, nous décidons de ne pas le faire en l'espèce »¹⁰³⁵. Le principe reste donc celui d'une non-rétroaction des mesures correctives, et certaines formations de jugement le soulignent avec insistance, évidence, et un certain désir de pédagogie¹⁰³⁶.

Aussi bien les dérobades des groupes spéciaux que les diverses techniques au moyen desquelles ils tiennent à distance les demandes de remboursement se comprennent mieux au regard de la conception de l'obligation de mise en conformité dans le droit de l'O.M.C. : il s'agit de l'obligation d'atteindre un résultat précis, l'état de conformité des mesures d'un Membre avec ses engagements à l'O.M.C., et il s'ensuit que le choix du moyen de mise en œuvre appartient au Membre. Dans ces conditions, les organes de jugement restent naturellement réservés s'agissant de la question des modalités de l'exécution de l'obligation et, on l'a dit, ne suggèrent la mesure de mise en œuvre que s'ils estiment qu'il n'existe pas d'alternative¹⁰³⁷. A cela, il faut ajouter la tendance plus générale des organes de jugement à la déférence, qu'on peut expliquer pour large partie par la logique de la *member-driven organization*. Le revers en est que lorsqu'une formation de jugement adopte une approche audacieuse, contraire aux principes établis et juridiquement dans une zone grise, elle s'expose à des réactions vives : ce fut le cas de l'affaire *Australie – Cuir pour automobiles II*.

1035 Rapport du groupe spécial, *CE – Accessoires de tuyauterie*, *op. cit.*, par. 8.11.

1036 Dans le rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Article 129 c) 1)*, *URAA*, *op. cit.*, par exemple, le juge a consacré un développement relativement long non pas à justifier le principe, mais à rappeler combien il est enraciné dans le fonctionnement du mécanisme : « Lorsqu'il a été demandé à des groupes spéciaux et à l'Organe d'appel de formuler des recommandations concernant une réparation rétroactive, ceux-ci ont rejeté les demandes, reconnaissant qu'un Membre était tenu au titre du Mémoire d'accord d'accorder une réparation prospective en retirant la mesure incompatible avec un Accord de l'OMC ou en la rendant conforme à l'Accord à la fin du délai raisonnable. Au cours des six années d'existence du système de règlement des différends appliqué au titre des Accords de l'OMC, ni un groupe spécial ni l'Organe d'appel n'ont jamais donné à entendre que la mise d'une mesure antidumping ou compensatoire incompatible avec les règles de l'OMC en conformité avec les obligations contractées par un Membre dans le cadre de l'OMC exigeait le remboursement des droits antidumping ou compensateurs perçus sur les marchandises admises avant la date de mise en œuvre » (par. 3.93).

1037 Pour rappel, ce point est précisé *supra* dans ce développement, A., 2., c., ii.

b Australie – Cuir pour automobiles II : *remboursement*
 de la « portion prospective »

Dans cette affaire, le groupe spécial initial avait condamné le « contrat de don » de trente millions de dollars¹⁰³⁸ passé entre le gouvernement australien et un producteur / exportateur de cuir pour automobiles comme étant une subvention prohibée, et recommandé le retrait de la subvention dans un délai de 90 jours. Le gouvernement australien, tout en invoquant le principe de non-rétroaction pour soutenir qu'aucun remboursement desdites subventions n'était nécessaire pour lui permettre d'exécuter son obligation de mise en conformité, a procédé à la mise en œuvre de la recommandation en deux étapes : d'abord, en mettant fin au contrat en cause, et ensuite en exigeant du producteur le remboursement de 8,065 millions de dollars. Un tel remboursement était, selon l'Australie, une mesure corrective purement prospective, puisque la somme correspondait exclusivement à la « "portion prospective" de la subvention »¹⁰³⁹. En d'autres termes, elle entendait par là la portion de la somme intégrale qui correspondait à la période postérieure à l'expiration du délai de mise en œuvre de 90 jours octroyé par le groupe spécial. Les Etats-Unis, insatisfaits de la mesure de mise en œuvre australienne, ont demandé l'établissement d'un groupe spécial au titre de l'article 21:5, mais curieusement en ne contestant pas l'approche australienne de la dimension temporelle d'une mesure corrective, mais seulement la méthode de calcul de la portion prospective¹⁰⁴⁰.

Le groupe spécial de la mise en conformité aurait aisément pu limiter son examen à la clarification de la méthode de calcul retenue, puisqu'après tout c'était ce que lui demandaient les Etats-Unis, mais il a choisi d'y intégrer l'interprétation du terme « retirer » : il s'agissait là selon lui d'une question qu'il devait traiter pour pouvoir résoudre le différend. Approche audacieuse, on le voit, puisqu'il préférait rendre une décision potentiellement controversée mais fondée sur les règles du Mémoire d'entente telles qu'il les aura interprétées lui-même, plutôt qu'une décision politiquement correcte à laquelle les Etats auraient pu

1038 L'expression « contrat de don » est employée dans le rapport (par opposition au « contrat de prêt »). Le contrat concerné prévoyait la remise de la somme intégrale en trois versements, entre mars 1997 et mai 1998. V. le rapport du groupe spécial, *Australie – Subventions accordées aux producteurs et exportateurs de cuir pour automobiles*, WT/DS126/R, 25 mai 1999.

1039 *Ibid.*, par. 6.16.

1040 Le désaccord portait sur la question de savoir si le calcul de la portion prospective devait prendre comme point de départ l'adoption du rapport initial ou l'expiration du délai de mise en œuvre fixé par l'arbitre.

adhérer sans réticence particulière. Son examen l'amena à construire un raisonnement en quatre étapes¹⁰⁴¹. D'abord – analyse textuelle –, le terme « retirer » ne préjugerait en rien la dimension temporelle de l'action de retrait, et n'exclurait donc pas qu'elle ait des effets rétroactifs¹⁰⁴². Ensuite – analyse contextuelle –, l'article 4.7 de l'Accord SMC permettrait tout à fait une mesure rétroactive, au risque sinon de le rendre redondant par rapport à l'énoncé de l'article 19:1 du Mémoire¹⁰⁴³. Par ailleurs, de l'objet et du but de l'Accord SMC découlerait que la structure globale de l'Accord englobe bien l'hypothèse du remboursement de subventions prohibées, desquelles il s'agit de faire respecter la « prohibition absolue »¹⁰⁴⁴. Enfin, ne pas envisager le caractère rétroactif d'une mesure corrective la rendrait inefficace s'agissant des subventions prohibées déjà accordées : « retirer » une subvention prohibée déjà accordée ne produirait d'effet que si son remboursement peut être exigé¹⁰⁴⁵. Au terme de ce raisonnement, le groupe spécial a considéré que « “retirer la subvention” ne se limite pas à une action purement prospective, mais peut englober le remboursement des subventions prohibées »¹⁰⁴⁶. Rejetant par ailleurs tout bonnement la limite tracée entre portion prospective et portion antérieure de la subvention, il a conclu qu'« un remboursement inférieur au montant intégral [ne] suffirait [pas] à satisfaire à l'obligation de “retirer la subvention” dans un cas où le remboursement est nécessaire »¹⁰⁴⁷. Enfin, le retrait de la subvention tel qu'envisagé par les rédacteurs de l'Accord est selon lui destiné à être une « mesure corrective spécifique et efficace » en cas de violation de la prohibition qu'énonce l'article 3.1 alinéa a). En revanche, et c'est là une précision révélatrice de la perception qu'en a le juge, il ne l'a interprété ni comme une mesure corrective « censée rétablir pleinement le *statu quo ante* », ni comme une mesure corrective « censée offrir une réparation ou une compensation de quelque sorte que ce soit »¹⁰⁴⁸. On y retrouve bien ce qui se dégageait dans les développements précédents : une mesure corrective rétroactive à l'O.M.C., sous la forme du remboursement de droits indûment prélevés, ne correspondra jamais qu'à une réparation par satisfaction et ne saurait s'analyser comme

1041 Pour un examen méticuleusement détaillé du raisonnement du groupe spécial, v. la thèse de N. HÜBSCHEN, *Rückforderung WTO-rechtswidriger Subventionen*, Francfort, Verlag Recht und Wirtschaft, 2005, spéc. p. 29-167.

1042 Rapport du groupe spécial, *Australie – Cuir pour automobiles II* (21:5), *op. cit.*, par. 6.27.

1043 *Ibid.*, par. 6.31.

1044 *Ibid.*, par. 6.34.

1045 *Ibid.*, par. 6.36.

1046 *Ibid.*, par. 6.42 (caractères gras dans l'original remplacés par italiques).

1047 *Ibid.*, par. 6.45.

1048 *Ibid.*, par. 6.49.

une *restitutio in integrum*. Il reste qu'avec cette décision, le groupe spécial a bien dévié, et même sensiblement, du principe établi de non-rétroaction.

Même si ce rapport est intéressant d'un point de vue « idéologique », en ce qu'il révèle une perception différente du modèle de la justice que doit garantir le règlement des différends, ici davantage alignée sur le droit commun de la responsabilité et la fonction réparatoire de celle-ci, il reste un cas isolé, et même un écart. Tant les Membres que la doctrine l'ont accueilli avec réserve et inquiétude, souvent même vive critique et reproches accablants¹⁰⁴⁹ : activisme juridique, déformation de l'esprit du Mémorandum et plus largement de la conception du règlement des différends de l'Organisation, danger pour la sécurité juridique, etc.¹⁰⁵⁰. Tous les acteurs du système sont conscients des

1049 Pour quelques fortes critiques doctrinales de ce rapport, v. par exemple P. GRANÉ, « Remedies Under WTO Law », *J.I.E.L.*, 2001, vol. 4, n° 4, spéc. p. 770 ; G. GOH et A. R. ZIEGLER, « Retrospective Remedies in the WTO After *Automotive Leather* », *J.I.E.L.*, 2003, vol. 6, n° 3, p. 545-564. Pour une approche plus nuancée, v. H. ASCENSIO, « La portée temporelle des décisions de l'ORD : quelles conséquences pour les bénéficiaires de l'aide considérée comme illicite ? », *op. cit.*, qui regrettait, avant cette décision, l'absence de mécanismes réparatoires au bénéfice de l'Etat importateur ou des opérateurs économiques lésés (p. 170-171), observe la motivation convaincante du rapport, et l'analyse comme un témoignage du caractère évolutif du mécanisme (p. 179-180), Pour un accueil favorable de la décision et plus largement d'une rétroactivité des mesures correctives, v. P. C. MAVROIDIS, « Remedies in the WTO Legal System : Between a Rock and a Hard Place », *op. cit.*, spéc. p. 789-790 (qui juge la décision fondée, au regard du droit international général, c'est-à-dire en particulier la traditionnelle obligation secondaire de réparation) ; F. ROESSLER, « The Scope of WTO Law Enforced Through WTO Dispute Settlement Procedures », in M. E. JANOW, V. DONALDSON et A. YANOVICH (eds), *The WTO : Governance, Dispute Settlement & Developing Countries*, *op. cit.*, p. 331-344, spéc. 331-336. Pour des réactions « institutionnelles », v. les déclarations faites à la réunion de l'O.R.D. du 11 février 2000 au cours de laquelle le rapport en question a été adopté, WT/DSB/M/75, 7 mars 2000, p. 5-11.

1050 Au-delà des arguments juridiques, l'approche soulève également des résistances d'ordre politique. On peut les rapprocher des difficultés liées aux aides d'Etat en droit communautaire (v. art. 108-109 T.F.U.E.), où existe une obligation de remboursement lorsque l'aide est illicite. Cependant, lorsque les juges communautaires annulent une décision par laquelle la Commission avait validé l'octroi d'une aide d'Etat, le gouvernement de l'Etat concerné, auquel la somme doit être remboursée, se trouve dans une situation délicate : les aides octroyées le sont dans la plupart des cas pour des motivations politiques (soutien politique, financement, etc.), et, en outre, le remboursement peut affecter sévèrement le destinataire de l'aide. Quand bien même l'aide reçue et, dans le cas de l'O.M.C. visé ici, la subvention, serait illégale, il reste que ce sont les opérateurs économiques qui sont le plus lourdement touchés par le comportement illicite d'un Etat, dès lors que sa responsabilité a une portée rétroactive. V. sur ce thème D. MOULIS et B. O'DONNELL,

enjeux que porte la question, et en particulier de ce que le choix de la portée rétroactive de certaines mesures correctives serait susceptible de modifier radicalement la dynamique, et en réalité même la nature, du règlement des différends¹⁰⁵¹. Qu'elle n'est pas sans ambivalences, et dès lors susceptible de provoquer des réactions ambivalentes, apparaît au regard de la position du Brésil dans l'affaire *Canada – Aéronefs* : alors qu'il avait exprimé sa forte opposition à la rétroaction de l'obligation de mise en conformité dans l'affaire australienne, il demandait ici (à titre subsidiaire) le retrait de l'une des subventions en cause, et suggérait au groupe spécial de se fonder précisément sur l'approche préconisée par le groupe spécial de l'affaire *Australie – Cuir pour automobiles II*¹⁰⁵².

•

Pour l'heure, cette décision est unique quant à sa portée, une déviation notable de la logique prospective du système¹⁰⁵³. La solution préconisée en l'espèce par le groupe spécial semble juridiquement correcte, mais l'Organe d'appel n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer à son sujet et la question reste donc en suspens. La règle établie est et demeure par conséquent celle d'une mise en conformité dont le contenu est conçu en termes exclusivement prospectifs. Si le règlement des différends de l'O.M.C. s'analyse donc bien comme un mécanisme de responsabilité, la préoccupation centrale du contentieux est axée

« Does “Withdraw the Subsidy” Mean “Repay the Subsidy” ? The Implications of the *Howe Leather Case* for Firms in Receipt of Government Subsidies », *I.T.L.R.*, 2000, vol. 6, n° 5, p. 168-173.

1051 V. cependant N. HÜBSCHEN, *Rückforderung WTO-rechtswidriger Subventionen*, *op. cit.*, qui considère que le remboursement d'une subvention prohibée est *exigée* par l'Accord SMC et que l'approche adoptée par le groupe spécial ne heurte ni la conception ni la fonction du règlement des différends de l'O.M.C. En particulier, l'auteur tient que le remboursement de la partie prospective de la subvention est pleinement compatible avec l'obligation de mise en conformité, et avec l'objectif d'assurer la sécurité juridique (v. spéc. p. 113-118), et plaide même le remboursement *intégral* d'une subvention (p. 120-124). D'autres auteurs (peu nombreux) soutiennent de même que la rétroaction des mesures correctives ne serait en rien interdite par le Mémoire et la conception du mécanisme, v. par exemple Sh. SHADIKHOJAEV et N. PARK, « Cessation and Reparation in the GATT/WTO Legal System – A View from the Law of State Responsibility », *op. cit.*, p. 1237-1258.

1052 Rapport du groupe spécial, *Canada – Aéronefs* (21:5), *op. cit.*, par. 5.6.

1053 Le Canada la qualifia même d'« aberration exceptionnelle », v. sa déclaration à la réunion de l'O.R.D. du 11 février 2000, *op. cit.*, p. 9.

exclusivement sur la préservation de la légalité au sein du système. En parfaite cohérence avec cet objectif, les rapports rendus constatent, s'il y a lieu, l'illégalité du comportement en cause, et de cette responsabilité résulte une obligation de cessation entièrement tournée vers le rétablissement de la légalité. L'idée d'une réparation autre que juridique est étrangère au mécanisme, qui ne vise à voir corrigées les irrégularités qu'avec effet prospectif.

• •

Le contentieux de la mise en conformité constitue bien la troisième phase contentieuse d'un règlement des différends structuré à plusieurs niveaux – consultations, groupe spécial, appel, mise en œuvre –, mais l'affaire *Etats-Unis – FSC* a mis en évidence que son analyse ne saurait être utilement menée selon une approche cloisonnée et hermétique. Par nature, la mise en conformité se situe dans la continuité du différend initial, et le contentieux auquel elle donne lieu est donc intrinsèquement rattaché à la procédure initiale, quand bien même les différentes procédures qui le constituent sont autonomes. Ce rapport de continuité ne doit pas être ignoré, au risque sinon de n'avoir qu'une compréhension fragmentée et incomplète du règlement des différends. Le contentieux de la mise en conformité éclaire précisément les incertitudes que laisse subsister la procédure initiale, ou remet en cause ce qui paraissait à ce stade être une certitude. Ces éclairages rétrospectifs permettent alors de prendre la pleine mesure du règlement des différends dans son ensemble, mais aussi plus largement du système de l'O.M.C. Ainsi de la nature des obligations substantielles, question dont l'arbitrage relatif à la suspension de concessions a révélé l'intérêt pratique alors qu'elle semblait jusque là essentiellement matière à débats doctrinaux, et du régime impur dont elles sont assorties. Ce régime impur se révèle le plus manifestement dans le contentieux. La procédure initiale est parfaitement cohérente avec la conception des obligations comme étant dues à chacun des Membres de l'Organisation, et met ainsi en place un véritable contentieux objectif permettant à tout Membre d'exiger le rétablissement de la légalité lorsqu'il l'estime compromise. Cependant, ce droit *omnium partium* se subjectivise au passage dans la phase d'exécution : restriction des conditions de recevabilité, resserrement des protagonistes des procédures juridictionnelles et, surtout, exclusion du dispositif compensatoire de tout Membre non lésé directement, en termes économiques. En revanche, le contentieux de la mise en conformité révèle de nouveau une certaine cohérence entre la nature et le régime objectif des engagements pris à l'O.M.C. au regard de la finalité qu'il a, et par conséquent dans son orientation. Il fait ainsi apparaître que le mécanisme tend à la seule préservation de la légalité ; par

conséquent, l'obligation qui résulte de la responsabilité d'un Membre a une portée prospective. C'est cette obligation de mise en conformité qui témoigne le plus manifestement du choix délibéré contre une approche intersubjective, même si le contentieux ne maintient pas ce choix jusqu'à son achèvement, et qui confirme par là l'identification d'un règlement des différends conçu au service exclusif de la légalité.



Par la configuration exposée dans les développements précédents, le contentieux de la mise en conformité met en évidence un fort attachement au respect du droit de l'O.M.C. et par conséquent à celui des décisions rendues, qui s'exprime dans la mise en place de différentes poches juridictionnelles dans la phase de mise en œuvre. Celles-ci sont destinées à faciliter, accompagner et encadrer le processus d'exécution, et, dans leur diversité et dans leur perfectionnement, elles n'ont pas d'équivalents parmi les juridictions internationales. Chacune de ces poches juridictionnelles considérées individuellement, mais aussi toutes considérées comme un ensemble, témoignent que l'exécution ne relève pas fatalement de la phase post-juridictionnelle. Si, traditionnellement, l'ordre juridique international n'est pas équipé des moyens matériels permettant d'assurer la force exécutoire des décisions rendues par ses juridictions, le phénomène de juridictionnalisation observé à l'O.M.C. dans la phase de mise en œuvre des recommandations de l'O.R.D. exprime de manière singulière et inédite la possibilité d'une exécution envisagée comme partie intégrante de la justice internationale. L'absorption de la mise en œuvre dans la phase juridictionnelle révèle en tout cas un projet ambitieux, d'une ambition du même caractère que celle de la Cour européenne des droits de l'homme lorsqu'elle affirmait, dans son arrêt *Hornsby c/ Grèce* déjà mentionné, que l'exécution doit être considérée comme faisant partie du « procès » entendu au sens de l'article 6 de la C.E.D.H.¹⁰⁵⁴. Si on n'oublie pas que le règlement des différends de l'O.M.C. s'inscrit dans le contexte particulier d'une organisation internationale à vocation commerciale, qui obéit par conséquent à des dynamiques économiques étrangères à d'autres juridictions internationales, il reste que ce contentieux révèle la faisabilité d'une intégration au moins partielle de la fonction exécutive dans la fonction juridictionnelle. Plus largement, cette configuration inédite ouvre la voie à une réflexion sur la fonction exécutive en droit international envisagée sous l'angle de la juridiction, et inversement aussi sur la fonction juridictionnelle sous l'angle de l'exécution.

1054 Cr.E.D.H., *Hornsby c. Grèce*, *op. cit.*

L'encadrement coercitif de la mise en conformité

Par la juridictionnalisation de la phase de mise en œuvre, le contentieux de la mise en conformité donne corps à l'ambition qui s'exprime clairement dans la procédure initiale d'assurer la primauté du droit au sein du système de l'O.M.C. Il en est même le plus puissant garant, puisqu'un dispositif composé d'un ensemble de procédures et voies d'exécution assurant l'effectivité des actes juridictionnels opère comme un mécanisme d'efficacité du droit, et il participe ainsi particulièrement fort au maintien de la légalité, ou à son rétablissement lorsqu'elle est compromise. Plus particulièrement, l'effectivité des recommandations de l'O.R.D. est produite grâce à l'introduction dans l'encadrement de la mise en œuvre de différents degrés de coercition. Dans son sens général, la coercition désigne l'action de contraindre à l'exécution d'une obligation, quelle que soit la forme que prend cette contrainte. En ce sens, mais s'agissant des seules réactions *unilatérales*, la professeure Zoller souligne que « *[b]asically, a unilateral action taken by a state to enforce an international rule is a coercive measure. It consists in exerting pressure on the offender* »¹⁰⁵⁵. C'est ce dernier élément, la pression, qui caractérise spécifiquement la coercition, et elle englobe ainsi tous les « moyens de pression destinés à obtenir par intimidation l'exécution d'une obligation »¹⁰⁵⁶. Précisons que ce qui est visé, c'est l'exécution par le débiteur de l'obligation *lui-même*, et c'est donc sur lui qu'on fait pression, c'est lui qu'on intimide, qu'on contraint. L'illustration la plus célèbre d'une telle coercition est le Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, qui habilite le Conseil de sécurité à décider des mesures qui devront être prises contre un Etat qui n'aurait pas respecté sa décision et dont le comportement menacerait

1055 E. ZOLLER, *Enforcing International Law Through U.S. Legislation*, Dobbs Ferry, Transnational Publishers, 1985, p. 146.

1056 En ce sens, v. G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., v° « Coercition ». V. également P. DAILLIER, M. FORTEAU et A. PELLET, *Droit international public*, op. cit., qui définissent dans un premier temps la contrainte par opposition au recours à la force, ce qui fait participer d'elle « toute forme de pression autre que le recours à la force, d'une gravité suffisante pour pouvoir infléchir la décision de la personne [physique ou morale à laquelle] cette pression est appliquée », mais concluent qu'une telle définition exclusive du recours à la force est « décevante », en ce que la ligne de départage entre les moyens de pression qui ne relèvent pas de la force et ceux qui en sont est malaisée à situer (p. 1025-1026). Cette définition étroite convient cependant bien aux besoins de notre recherche, puisque la notion même de « recours à la force » est étrangère au cadre de l'O.M.C.

ou porterait atteinte à la paix, ou serait constitutif d'un acte d'agression. Une telle mesure sera le plus souvent non militaire (article 41), mais elle peut aussi être « toute action », c'est-à-dire toute mesure militaire que le Conseil de sécurité juge nécessaire, et pour laquelle l'habilité l'article 42. L'O.M.C. ne connaît pas d'équivalent au Conseil de sécurité des Nations Unies, et évidemment il ne saurait être question de mesures militaires ; pour autant, les mécanismes et techniques de coercition y existent bien, soit que, dès l'abord, ils avaient été conçus comme tels par les négociateurs, soit qu'ils ont pris corps par la pratique du contentieux, et pas toujours là où la configuration du système le laissait attendre.

La coercition est ainsi conçue et organisée de façon graduelle par le Mémorandum, et le contentieux de la mise en conformité a fait apparaître, dans la pratique, une véritable échelle de la contrainte¹⁰⁵⁷. Le caractère graduel des dispositifs coercitifs se manifeste dans la dissociation dont les procédures font l'objet : la contrainte exercée sur le défendeur initial est progressivement resserrée, au fur et à mesure que les difficultés deviennent plus lourdes et la résistance à l'exécution plus obstinée. Dans un premier temps, le contentieux de la mise en conformité met ainsi en œuvre une dynamique de seule pression. La pression (en général) repose sur un mécanisme « psychologique » qui intègre le ressenti d'un désagrément, d'une intimidation, et le système de l'O.M.C. a habilement su tirer profit de cette dimension psychologique. Il a ainsi encadré la mise en conformité par des techniques juridictionnelles de suivi et de contrôle de l'exécution qui rendent perceptible la pression, et qui l'ont même considérablement accrue au fil de la pratique, si bien que des recours qui ne le laissaient au premier abord pas deviner se sont révélés être d'efficaces générateurs de pression. Exercée exclusivement par les organes de jugement, la pression prend donc corps à l'intérieur du mécanisme juridictionnel, et il s'agit en ce sens d'une coercition *endogène*. Certes, ni l'une ni l'autre des procédures visées ici n'exerce une coercition matériellement capable, à elle seule, de contraindre un Membre à infléchir sa résistance à l'exécution.

1057 La métaphore de l'échelle est employée également par Mme Footer, mais dans le cadre d'une conceptualisation théorique de la conformité à l'O.M.C., qui fait conclure à l'auteur qu'y seraient essentiellement à l'œuvre le modèle managérial tel que le proposent Mme et M. Chayes et le modèle coercitif tel qu'il est mis en exergue dans les théories réalistes de la conformité (v. *supra*, Introduction générale). L'auteur conclut ainsi à une « *management-enforcement ladder of WTO compliance* », in M. E. FOOTER, « Some Theoretical and Legal Perspectives on WTO Compliance », *op. cit.*, spéc. p. 74-98. Dans le même sens d'une conjonction des modèles managérialiste et coercitif, v. J. TALLBERG, « Paths to Compliance : Enforcement, Management, and the European Union », *I.O.*, 2002, vol. 56, n° 3, p. 609-643, spéc. l'opposition entre les deux modèles p. 611-615.

Cependant, l'encadrement de la fixation du délai raisonnable de mise en œuvre et le contrôle de l'existence ou de la teneur de celle-ci serre l'étau autour du défendeur initial, moyennant une ingérence dans la mise en œuvre des recommandations de l'O.R.D. qui signale au Membre concerné que le système ne lui laisse d'autre choix, à terme, que de revenir à une situation juridique de conformité au droit de l'O.M.C. (Titre I. Pression sur l'exécution : suivi et contrôle de la mise en conformité).

Au renfort de ce signal clair, le mécanisme assortit le dispositif de pression d'un ultime échelon dans l'encadrement de la mise en conformité, voulu comme un mécanisme d'exécution « mordant »¹⁰⁵⁸ : la sanction de l'inexécution, qui n'entre toutefois en jeu que lorsque la pression politique sur l'exécution exercée par l'O.R.D. et celle produite par les procédures juridictionnelles n'ont pas permis de faire céder le défendeur initial, qui persiste dans le manquement à la recommandation de l'O.R.D. Le Mémoire aménage ainsi un dispositif compensatoire¹⁰⁵⁹, véritable voie d'exécution, qui culmine dans la possibilité pour le plaignant initial de suspendre des concessions à l'égard du défendeur et qui crée par là une contrainte matérielle à l'exécution. Les suspensions de concessions relèvent d'une technique dont la mise en œuvre est intertatétique ; elles relèvent donc de la coercition entre seuls Membres et cette forme désigne « toute mesure d'intervention ou de pression destinée

1058 « *With teeth* », selon l'expression employée par M. CHARNOVITZ in S. Charnovitz, « The WTO's Problematic "Last Resort" Against Noncompliance », p. 23 (publié sur le site www.worldtradelaw.net, cet article est la version complétée et actualisée, en 2003, de celui paru in *A.W.*, 2002, vol. 57, n° IV, p. 409-439). Dans le même sens, v. aussi M. L. MOVSESIAN, « Enforcement of WTO Rulings : An Interest Group Analysis », *Hofstra L. Rev.*, 2003, vol. 32, n° 1, p. 1-21 ; et M. MONTAÑA I MORA, « A GATT with Teeth : Law Wins over Politics in the Resolution of International Trade Disputes », *Colum. J.T.L.*, 1993-1994, vol. 31, n° 1, p. 103-180 (qui faisait déjà cette observation au sujet du mécanisme sous le GATT de 1947, au seul regard du renforcement progressif qu'il avait connu et en particulier des négociations au cours du cycle d'Uruguay).

1059 On y reviendra, mais précisons dès à présent que la « compensation » n'a pas le même sens qu'en droit international général. L'expression « dispositif compensatoire » est entendue ici au sens spécifique que le terme revêt dans le langage juridique de l'O.M.C. (*i.e.* négociation de compensations et suspension de concessions, toutes deux temporaires et prospectives), et non pas comme l'une des formes (rétroactives) que peut prendre la réparation du droit international général. Pour une confrontation et distinction entre la compensation du droit de l'O.M.C. et celle du droit international général, v. par exemple C. M. VÁSQUEZ et J. H. JACKSON, « Some Reflections on Compliance with WTO Dispute Settlement Decisions », *L.P.I.B.*, 2002, vol. 33, n° 4, p. 559-560 ; Sh. SHADIKHOJAEV et N. PARK, « Cessation and Reparation in the GATT/WTO Legal System – A View from the Law of State Responsibility », *op. cit.*

à faire infléchir la volonté des gouvernants » d'un autre¹⁰⁶⁰. Mais si le dispositif emprunte au premier abord à un mécanisme typique de justice privée, et qu'on serait alors tenté de le qualifier de coercition *exogène*, cette assimilation est vite mise à distance par le constat qu'il est encadré institutionnellement et peut faire l'objet d'un contrôle juridictionnel. Mise en pratique par les Membres mais entièrement sous le contrôle des organes juridictionnel et politique, l'ultime étape de la contrainte à l'exécution tire profit d'un mélange habile de coercition exogène – puisque le dispositif repose sur la participation du plaignant initial – et endogène – puisque cette participation du plaignant initial doit obéir aux prescriptions du Mémorandum, dont le respect est contrôlé par les différents organes de l'O.M.C. (Titre II. Sanction de l'inexécution : suspension de concessions).

1060 G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., v^o « Coercition ».

Pression sur l'exécution : suivi et contrôle de la mise en conformité

Si elles ne réalisent pas une véritable contrainte à l'exécution au sens d'un mécanisme d'exécution forcée ou d'office tels que ceux que peuvent mettre en place les systèmes juridiques internes, les procédures juridictionnelles de suivi et de contrôle de la mise en œuvre des recommandations de l'O.R.D. n'en remplissent pas moins une *fonction* inédite, et le font d'une *manière* inédite, par rapport aux autres juridictions internationales. La procédure d'arbitrage sur le délai raisonnable d'exécution et le contrôle de licéité en vertu de l'article 21:5 permettent d'encadrer et de contrôler l'existence et la substance de l'exécution. Elles se présentent donc essentiellement comme des mécanismes d'assistance ou de suivi (*monitoring*) de la mise en conformité, puisqu'aucune d'elles n'a, en elle-même, le moyen de contraindre un défendeur initial à exécuter l'obligation qui résulte de la recommandation de l'O.R.D. Elles n'en constituent pas moins les deux premiers niveaux de l'échelle de la contrainte que met en place le mécanisme de règlement des différends, en ce sens que leur objet même, et la manière dont le juge ou l'arbitre s'empare de la procédure qui lui est confiée et l'habite, révèlent leur potentiel d'instrument de pression sur l'exécution. Cette forme de coercition est entièrement endogène, au sens qu'elle est le produit des seuls organes de jugement et qu'elle a donc son origine à l'intérieur de l'institution.

La pression exercée résulte du haut degré d'ingérence que permettent les procédures au titre de l'article 21:3 c) et de l'article 21:5 dans la liberté de choix du Membre concerné. Dans le cadre de l'arbitrage sur le délai raisonnable, la coercition prend la forme d'une pression *temporelle* sur le Membre responsable : l'illicéité doit cesser dans les plus brefs délais, et le délai d'exécution doit donc être le plus court possible. La liberté quant à la mise en œuvre des recommandations de l'O.R.D. est par conséquent rigoureusement encadrée et limitée, par le Mémorandum mais surtout par la manière dont les arbitres l'appliquent aux différends dont ils ont à connaître. Ces arbitrages se sont en effet révélés de plus en plus intrusifs, en plaçant les Membres dans la situation singulière de devoir exposer et expliquer par le menu leurs systèmes juridiques internes afin de justifier le délai de mise en œuvre qu'ils demandent. Il en résulte une ingérence inédite – et en d'autres circonstances contestable – par des organes juridictionnels internationaux dans les affaires intérieures d'un Membre (Chapitre I. Pression temporelle : le délai raisonnable).

Dans un deuxième temps, lors de l'examen par le groupe spécial de la mise en conformité de la substance de l'exécution, la pression exercée sur le Membre responsable s'exprime à travers le jugement porté sur la mesure choisie. Ici aussi, la manière dont les groupes spéciaux ont choisi d'habiter la procédure fait apparaître au plus clair que le mécanisme vise à verrouiller toutes les échappatoires, et qu'il permet de le faire : l'existence même d'un contrôle de la mise en œuvre de la décision initiale et la portée que les organes de jugement donnent à ce contrôle met en évidence la volonté de baliser aussi étroitement que possible la marge de manœuvre d'un Membre responsable, qui n'a alors guère d'autre choix, à plus ou moins long terme, que d'exécuter l'obligation qui résulte de la recommandation de l'O.R.D. (Chapitre II. Pression matérielle : le contrôle au fond de la mise en conformité). Ces deux procédures ont ainsi pour effet non seulement de guider, mais même de pousser le défendeur initial vers la seule issue qu'admet le mécanisme, en ce qu'elle correspond à l'objectif surplombant du système : le maintien (ou le rétablissement) de la légalité.

Pression temporelle : le délai raisonnable

L'article 21:1 du Mémorandum dispose qu'une résolution efficace des différends dans l'intérêt de tous les Membres implique qu'« il est indispensable de donner suite dans les moindres délais aux recommandations ou décisions de l'ORD ». Le Mémorandum énonce ainsi dès l'abord la pression temporelle qui pèse sur le Membre auquel incombe l'obligation de mise en conformité, et l'arbitrage de l'article 21:3 c) est destiné à rendre effectif le principe en matérialisant la pression sur l'exécution. Certes, la procédure est affichée comme permettant la fixation d'un délai de mise en œuvre lorsque les parties ne parviennent pas à en convenir entre elles, mais ce faisant elle vise surtout à poser les bases pour une exécution rapide en énonçant le délai à la fois le plus court et raisonnablement tenable. Ce seul constat mérite en lui-même déjà une attention particulière, car les juridictions internationales refusent habituellement, par principe, d'intervenir dans la phase « post-juridictionnelle » et donc dans les modalités d'exécution¹⁰⁶¹. A titre d'exemple, la C.J.C.E. a observé qu'elle n'a pas le pouvoir de déterminer un délai d'exécution pour ses arrêts en manquement¹⁰⁶².

La pression sur le Membre responsable s'exprime donc en termes de temps, et les arbitres n'ont pas manqué d'appuyer – et ainsi légitimer – leur approche exigeante en rappelant que « le Mémorandum d'accord souligne explicitement l'importance d'une mise en conformité dans les moindres délais »¹⁰⁶³. La pratique de l'arbitrage de l'article 21:3 c) a souligné que, si le principe demeure bien le choix souverain du Membre responsable, la marge d'appréciation discrétionnaire dont il dispose pour exercer ce choix n'est en revanche pas illimitée.

1061 Pour rappel, v. les développements à ce sujet dans l'Introduction.

1062 C.J.C.E., *Commission c. Luxembourg*, aff. C-473/93, arrêt du 2 juillet 1996, *Recueil C.J.C.E.* 1996, I, p. 3207-3263, par. 51-52. Le Luxembourg demandait dans cette affaire, au cas où la Cour conclurait à un manquement de sa part à ses obligations communautaires, qu'elle détermine un long délai d'exécution. De manière moins étayée mais dans l'essence similaire aux demandes de défendeurs initiaux dans le cadre d'un arbitrage sur le délai raisonnable à l'O.M.C., le Luxembourg faisait valoir que la modification des réglementations potentiellement contraires au droit communautaire exigerait de « vastes réformes, tant au niveau constitutionnel que législatif, lesquelles nécessiteraient un temps considérable » (par. 51). La Cour s'est contentée de répondre sommairement que « [c]ette demande ne saurait être accueillie. En effet, l'article 171 du traité CE ne confère pas à la Cour le pouvoir d'accorder des délais pour exécuter ses arrêts » (par. 52).

1063 Décision de l'arbitre, *Canada – Durée d'un brevet (21:3 c)*, *op. cit.*, par. 38.

En effet, les arbitres encadrent l'appréciation du délai de mise en œuvre dans le sens d'une interprétation la plus restrictive possible, y compris et même surtout s'agissant des circonstances particulières que peut avancer le Membre à titre de justification d'un délai plus long (Section II). Mais l'existence d'un tel « contrôle » juridictionnel des conditions et modalités d'exécution, ne serait-ce que temporelles, soulève alors la question de la compétence de l'arbitre. En effet, les décisions rendues font apparaître combien la frontière peut être ténue entre se prononcer sur le délai raisonnable et porter un jugement sur les modalités choisies par le Membre pour mettre en conformité son droit interne avec ses engagements au titre de l'O.M.C. Le caractère de plus en plus manifestement intrusif des arbitrages a rendu particulièrement apparente cette difficulté (Section I).

Section I Le resserrement de la liberté de choix des moyens de mise en œuvre

Les arbitrages au titre de l'article 21:3 c) présentent la difficulté de devoir réaliser une articulation adéquate entre la mission confiée aux arbitres et la marge d'appréciation discrétionnaire dont jouit – et doit jouir – le Membre responsable. La sensibilité de la tâche s'est révélée dès les toutes premières procédures, les arbitres devant « apprendre » à maîtriser la dialectique entre le *moment* où la mise en œuvre devra être accomplie, qu'il leur revient de fixer, et la *manière* dont elle sera matériellement réalisée, qu'il appartient au Membre de choisir (§ 1). Ils ont choisi d'interpréter cette dialectique comme leur accordant une vaste marge d'appréciation, qui réduit proportionnellement la liberté de choix du Membre (§ 2).

§ 1 La dialectique entre le moment et le moyen de mise en œuvre

Toute la difficulté du délai raisonnable se résume dans l'articulation entre le « quand » et le « comment », et donc dans l'organisation à laquelle doit obéir la dialectique entre eux : comment conjuguer au mieux la préoccupation centrale, et objective, du moment de la mise en œuvre intégrale avec celle, non moins centrale mais subjective, du moyen d'exécution choisi ? Le délai raisonnable se présente comme un véritable délai de grâce pour le Membre responsable, en ce qu'il est destiné à relâcher la pression qui pèse sur lui lorsqu'une mise en œuvre immédiate n'est pas réalisable, mais, dans le même temps, l'arbitre doit veiller à ne pas imposer au plaignant de subir le dommage pendant

une durée excessive (A.). Cependant, il est rapidement apparu que lier l'arbitre par une interprétation trop stricte de sa compétence conduit à un résultat peu satisfaisant au regard de l'objectif du système et que, dès lors, la détermination du point d'équilibre est quasiment impossible sans empiéter sur la marge d'appréciation du Membre responsable (B.). Cette tension entre le principe de la liberté du choix appartenant aux Membres et le désir des arbitres de rendre pleinement utile leur mission au regard de l'objectif d'une exécution rapide se perçoit le mieux au moyen d'une approche chronologique.

A *La conception du délai raisonnable comme point d'équilibre*

Le principe est la mise en œuvre *immédiate*, dont l'arbitre avait très tôt souligné l'importance systémique pour les Membres¹⁰⁶⁴. Par conséquent, les options que propose l'article 21:3 ne deviennent disponibles aux parties que dans l'hypothèse où l'exécution immédiate serait « irréalisable ». Le délai raisonnable peut alors être fixé de manière multilatérale, ou bilatérale, ou unilatérale : le premier cas est celui d'une proposition faite par le défendeur et approuvée par l'O.R.D. ; le deuxième cas celui d'un délai convenu entre les parties ; le troisième cas correspond à l'hypothèse d'un désaccord entre elles, qui est résolu par le recours à l'arbitrage. En dépit de l'appellation qui lui est fréquemment donnée, « détermination multilatérale »¹⁰⁶⁵, elle n'a de « multilatéral » que ce qui la différencie d'une fixation unilatérale ou bilatérale respectivement par l'une ou par les deux parties : elle ne serait véritablement multilatérale que si elle était effectuée par l'organe politique. En réalité, il s'agit tout bonnement d'une fixation unilatérale par un tiers impartial. Ces trois possibilités aménagées par l'article 21:3 et les conditions dans lesquelles elles deviennent accessibles mettent en évidence deux choses : la volonté manifeste exprimée dans le mécanisme d'assurer l'effectivité de la décision initiale, en poussant le plus rapidement possible au rétablissement de l'équilibre conventionnel par l'exécution intégrale ; et le fait que, nonobstant cette ambition, les négociateurs ont été raisonnables, en aménageant des voies par lesquelles un délai, lui aussi « raisonnable », peut être accordé lorsque l'exécution immédiate est de toute évidence impossible.

Mais tout raisonnable et pragmatique qu'elle est, la souplesse du mécanisme ne doit pas faire oublier deux choses : d'abord, l'alinéa c) doit toujours être lu dans son contexte, et le plus important élément de contexte est l'obligation

1064 Décision de l'arbitre, *Chili – Boissons alcooliques* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 38.

1065 V. par exemple en ce sens P. C. MAVROIDIS, G. A. BERMAN et M. WU, *The Law of the World Trade Organization (WTO) – Documents, Cases & Analysis*, *op. cit.*, spéc. p. 1061, qui parlent de « *multilateral definition of the RPT* » [*RPT : reasonable period of time*].

posée à l'article 21:1 d'une mise en œuvre « dans les moindres délais »¹⁰⁶⁶ ; ensuite, le terme le plus important dans l'expression « délai raisonnable » est l'adjectif qualificatif. Le « délai » se lit certes pour le Membre responsable comme un délai de grâce¹⁰⁶⁷, mais celui-ci, et c'est essentiel, doit être *raisonnable*. Les arbitres ne s'y sont intéressés que tardivement¹⁰⁶⁸, mais il exprime clairement que le délai en question est conçu comme un point d'équilibre, à partir de considérations tenant d'une part au défendeur initial dont l'intérêt est d'obtenir un délai d'exécution le plus long possible, et d'autre part au plaignant dont l'intérêt est la mise en conformité immédiate. On l'aperçoit également aux revendications formulées, qui sont souvent non seulement opposées mais franchement excessives des deux parts, le Membre responsable demandant un délai extravagant et le plaignant initial revendiquant au contraire une exécution dans un délai si bref qu'il serait manifestement intenable. A titre d'exemple, dans les affaires *CE – Subventions à l'exportation de sucre* et *CE – Morceaux de poulet*, les Communautés européennes demandaient un délai de mise en œuvre respectivement de dix-neuf mois et douze jours et de vingt-six mois, tandis que les plaignants estimaient qu'un délai de six mois et six jours dans le premier cas, et cinq à six mois dans le second cas était suffisant¹⁰⁶⁹. De même, dans l'affaire *Colombie – Bureaux d'entrée*, la différence entre les délais

1066 Cette obligation, qui doit irriguer l'interprétation du caractère « raisonnable » du délai à fixer est particulièrement mise en exergue in P. MONNIER, « The Time to Comply with an Adverse WTO Ruling: Promptness within Reason », *op. cit.*, spéc. p. 825. V. en ce sens également M. A. QIAN, « 'Reasonable Period of Time' in the WTO Dispute Settlement System », *op. cit.*, p. 257-285, qui critique cependant la faiblesse actuelle du mécanisme, dont la configuration ne permettrait pas d'inciter utilement à une mise en conformité dans les plus brefs délais.

1067 Au sujet de ce temps de grâce dont bénéficie le Membre déclaré responsable, v. notamment Sh.-Y. PENG, « How Much Time is Reasonable? The Arbitral Decisions under Article 21.3(c) of the DSU », *Berk. J.I.L.*, 2008, vol. 26, n° 1, p. 324-327.

1068 V. *supra*, Première partie, Titre I, Chapitre II, Section II, § 1, B., 1. Pour rappel, v. l'interprétation faite à ce propos par l'Organe d'appel dans l'affaire *Etats-Unis – Acier laminé à chaud*, *op. cit.*, par. 84-85, citée et reprise ensuite par l'arbitre au cours de l'arbitrage sur le délai raisonnable dans la même affaire, décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Acier laminé à chaud* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 25.

1069 V. la décision de l'arbitre dans les affaires *Communautés européennes – Subventions à l'exportation de sucre – Arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, WT/DS265/33, WT/DS266/33, WT/DS283/14, 28 octobre 2005, par. 8, 24, 25, 35 et 48 ; et *Communautés européennes – Classification douanière des morceaux de poulet désossés et congelés – Arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, WT/DS269/13, WT/DS286/15, 20 février 2006, par. 5, 19 et 33.

proposés par le défendeur et le plaignant était de plus de dix mois (quinze mois demandés par la Colombie, quatre mois et dix-neuf jours par le Panama)¹⁰⁷⁰, tout comme dans l'affaire *Japon – DRAMs (Corée)* (quinze mois demandés par le Japon contre cinq par la Corée)¹⁰⁷¹. Mais les délais les plus spectaculairement longs demandés par un Membre responsable restent à ce jour ceux des toutes premières affaires : dans l'affaire *Japon – Boissons alcooliques*, le Japon demandait pour l'une des modifications de sa législation un délai de cinq ans¹⁰⁷², tandis que dans l'affaire *CE – Hormones*, les Communautés estimaient nécessaire un délai de quatre ans, qu'elles ont réduit au cours de l'audience à trente-neuf mois¹⁰⁷³. La longueur du délai demandé s'explique cependant, au moins pour partie, par ce qu'elles y avaient inclus les deux années qu'elles comptaient consacrer à la nouvelle évaluation des risques, et qui a en pratique mis cinq ans à être accomplie. Bien qu'au regard de ce facteur le délai demandé ne paraisse pas immédiatement excessif, on observe, à titre de comparaison, que le délai que les Etats-Unis et le Canada estimaient raisonnable était de dix mois seulement¹⁰⁷⁴. Ces exemples, en ce qu'ils illustrent le caractère au minimum controversé de la question de ce qu'est un délai *raisonnable*, mettent en évidence l'importance d'une décision arbitrale qui parvienne le plus précisément à réaliser l'équilibre entre des revendications opposées.

La raison d'un tel décalage entre les prétentions des parties tient à leurs intérêts respectifs en cause. Pour le plaignant initial, il s'agit d'obtenir le plus rapidement possible la cessation d'un comportement qui lui porte préjudice, tandis que le Membre responsable a tout à gagner à retarder autant que possible ce moment. En effet, dans une perspective négative (au sens de l'aspect négatif de la mise en conformité, tel qu'identifié précédemment comme l'obligation de cessation du comportement illicite¹⁰⁷⁵), il bénéficiera alors au moins d'un relâchement de pression, puisque l'exécution pas à être immédiate. Dans une perspective positive, il peut continuer pendant l'ensemble de la phase d'exécution, c'est-à-dire depuis la date d'adoption du rapport et jusqu'à l'expiration du délai raisonnable, à appliquer en toute « impunité » la mesure dont l'illicéité a été constatée par le juge. On l'a souligné précédemment, l'absence

1070 Décision de l'arbitre, *Colombie – Prix indicatifs et restrictions relatives aux bureaux d'entrée – Arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, WT/DS366/13, 2 octobre 2009, par. 8 et 34.

1071 V. la décision de l'arbitre, *Japon – DRAMs (Corée)* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 5 et 14.

1072 V. la décision de l'arbitre, *Japon – Boissons alcooliques II* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 8.

1073 V. la décision de l'arbitre, *CE – Hormones* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 5.

1074 *Ibid.*, par. 15 et 19.

1075 V. *supra*, Première partie, Titre II, Chapitre II, Section II, § 2, A., 2.

de mesures correctives rétroactives et de procédure d'urgence en est le principal garant, à quoi s'ajoute que ni la compensation ni l'accès à la suspension de concessions n'est accessible par le plaignant initial avant l'expiration du délai de mise en œuvre. Comme l'a même exprimé le groupe spécial, « [r]ien dans l'article 21:3 ne laisse entendre que les Membres sont tenus, pendant le délai raisonnable, de suspendre l'application de la mesure constitutive de la violation, et encore moins d'accorder une réparation pour les conséquences antérieures »¹⁰⁷⁶. S'agissant en particulier des cas de dumping et de mesures compensatoires, une mesure déclarée illicite et en vertu de laquelle sont prélevés des droits pourra continuer, jusqu'à l'expiration du délai raisonnable, à fonder le prélèvement de droits, qui pourtant sont indus dès lors qu'il est établi que le prélèvement est dépourvu de fondement juridique. En dépit de l'apparence paradoxale de cette situation, c'est bien ainsi que l'a formulé le groupe spécial : « dans le cas de mesures antidumping et de mesures compensatoires, les importations qui ont lieu pendant le délai raisonnable peuvent demeurer passibles de droits »¹⁰⁷⁷. Les paragraphes 1 et 2 de l'article 22 confirment cette approche, et il s'ensuit que « le Mémorandum d'accord n'impose pas aux Membres l'obligation de cesser l'application d'une mesure incompatible avec les règles de l'OMC aux importations se produisant avant la fin du délai raisonnable »¹⁰⁷⁸. Incidemment, on confirme ici toute l'utilité qu'aurait une procédure d'urgence, permettant l'édition d'une mesure suspensive en attendant la constatation définitive du juge. Mais puisqu'une telle procédure n'existe pas, le défendeur a tout intérêt à retarder le moment de l'exécution intégrale, en exploitant au maximum les délais dans lesquels le Mémorandum enferme les diverses procédures, et à demander à l'arbitre au titre de l'article 21:3 c) un délai long et même manifestement excessif. Il veillera simplement à rester dans la limite du raisonnablement déraisonnable, puisqu'il est censé agir de bonne foi. Dans ces conditions, il paraît essentiel que le délai raisonnable fixé constitue en effet un point d'équilibre entre intérêts opposés. Or, le mandat de l'arbitre est particulièrement inadapté pour atteindre effectivement cet équilibre.

B *L'inadaptation du mandat de l'arbitre à l'objectif d'équilibre*

Toute la difficulté de la compétence des arbitres est qu'ils sont tenus de fixer un délai qui soit le plus court possible, tout en étant respectueux de la liberté des Membres de choisir le moyen d'exécution de leur obligation. Cette liberté

¹⁰⁷⁶ Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Article 129 c) 1*), URAA, *op. cit.*, par. 3.90.

¹⁰⁷⁷ *Ibid.*

¹⁰⁷⁸ *Ibid.*, par. 3.91.

de principe est rappelée par les arbitres avec la plus grande prudence et rigueur (1.). La conjonction de ces deux principes cardinaux les conduit alors à entrer dans un délicat jeu d'équilibriste, dont les règles ne sont toutefois pas bien convaincantes au regard de l'objectif visé par la procédure, et qui n'évolueront que progressivement (2.).

1 Principe de liberté de choix du moyen

Dès le troisième arbitrage au titre de l'article 21:3 c), les arbitres ont tous successivement eu à prendre position sur la question de leur compétence. Dans l'affaire *CE – Hormones*, les Communautés souhaitaient bénéficier d'un délai suffisant pour procéder à une nouvelle évaluation des risques, au motif qu'elles seraient désormais en mesure de prouver la licéité de leur mesure d'interdiction. Cette démarche aurait alors en quelque sorte « invalidé » la constatation d'illicéité à laquelle avait mené la procédure initiale, avec la conséquence que l'exécution aurait consisté dans une inaction légitime et justifiée. En définitive, l'arbitre a considéré qu'une étude scientifique pouvait bien faire partie du processus interne de mise en œuvre, mais qu'elle n'était pas une considération pertinente pour la fixation du délai raisonnable¹⁰⁷⁹ ; il a fait précéder ces propos d'une précision importante au sujet de sa compétence : « [i]l n'entre pas dans mon mandat au titre de l'article 21:3 c) du Mémorandum d'accord de suggérer aux Communautés européennes des façons ou des moyens de mettre en œuvre les recommandations et décisions formulées dans le rapport de l'Organe d'appel et les rapports du Groupe spécial. Ma tâche consiste à déterminer le délai raisonnable dans lequel la mise en œuvre doit être achevée »¹⁰⁸⁰. Il a justifié cette limitation de sa compétence par le fait que, bien que le retrait d'une mesure incompatible soit le moyen *préférable* pour exécuter l'obligation qui résulte des recommandations de l'O.R.D., il n'est pas pour autant le *seul* moyen disponible. Au contraire, puisqu'il a considéré qu'un Membre dispose d'« une certaine latitude pour choisir le *moyen* de mise en œuvre », et qu'il peut l'exploiter « pour autant que le moyen choisi soit compatible » avec les recommandations de l'O.R.D. et le droit de l'O.M.C.¹⁰⁸¹.

On comprend aisément les raisons d'une telle précision. La fixation du délai raisonnable est une tâche aux marges de la mesure d'exécution, dont l'examen

1079 Pour rappel : d'autant qu'il s'agissait ici d'une évaluation des risques visant à démontrer la licéité d'une mesure dont le juge avait établi l'illicéité en ce qu'elle ne reposait pas sur une évaluation des risques suffisante. V. la décision de l'arbitre, *CE – Hormones* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 39.

1080 Décision de l'arbitre, *CE – Hormones* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 38.

1081 *Ibid.*

amènerait l'arbitre à s'immiscer indûment dans les affaires intérieures du Membre responsable, en portant une atteinte manifeste à la règle établie en droit international selon laquelle les Etats sont libres de choisir leur système politique et l'organisation constitutionnelle qui le soutient. Toute démarche de la part de l'arbitre du délai raisonnable qui contraindrait un Membre non seulement à faire état de procédures prévues par son système juridique, mais surtout à les justifier devant le juge international, pourrait dès lors être perçue, peut-être à juste titre selon l'approche adoptée par l'arbitre, comme une ingérence dans les affaires intérieures d'un Etat souverain¹⁰⁸². Comme nous le verrons ci-dessous, c'est d'ailleurs précisément une telle ingérence qui se produit. Toute autre technique moins radicale que le retrait, mais qui supprimerait bien l'illicéité, doit également être admise. Le fait que le juge de l'O.M.C n'adresse au défendeur initial qu'une recommandation générale de mise en conformité, qui énonce une obligation de résultat déterminé, confirme que le choix du moyen relève du Membre ; sous la réserve que la mesure d'exécution soit elle-même licite, car dans tous les cas, la limite de la liberté de choix des Membres est et reste le principe général de droit international, consacré à l'article 27 de la Convention de Vienne, selon lequel un Etat ne peut échapper à ses obligations internationales en invoquant son droit interne¹⁰⁸³. Un Membre ne peut donc faire

1082 V. sur ce point H. RUIZ FABRI et P. MONNIER, « Chronique du règlement des différends 2005-2006 », *op. cit.*, p. 1216, qui soulignent la « tension entre l'autonomie de chaque Etat telle que la garantit notamment le principe du libre choix des moyens et l'existence d'un contrôle international qui porte, quoi qu'on le veuille, sur la manière dont cette autonomie est exercée ». V. également N. H. YENKONG, « The Role of Arbitration in Determining Reasonable Period of Time and Retrospective Remedies in WTO Dispute Resolution – Beyond the *Australia – Automotive Leather Panel* », *J.W.I.T.*, 2005, vol. 6, n° 4, p. 611-634 ; et Sh.-Y. PENG, « How Much Time is Reasonable ? The Arbitral Decisions under Article 21.3(c) of the DSU », *op. cit.*, p. 346-347, qui plaide pour une précision du Mémoire visant à établir que la compétence de l'arbitre du délai raisonnable soit entendue restrictivement, et qu'en aucun cas elle ne puisse impliquer un « droit de regard » sur le moyen de mise en œuvre choisi (spéc. p. 347).

1083 Le principe de cette inopposabilité avait été formulé explicitement dans l'arrêt bien connu de la C.P.J.I., *Affaire relative à certains intérêts allemands en haute Silésie polonaise (fond)* (Allemagne c. Pologne), arrêt du 25 mai 1926, *Série A*, n° 7 : « [a]u regard du droit international et de la Cour qui en est l'organe, les lois nationales sont de simples faits, manifestations de la volonté et de l'activité des Etats, au même titre que les décisions judiciaires ou les mesures administratives » (p. 19). V. également C.P.J.I., *Affaire des zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*, arrêt du 7 juin 1932, *Série A/B*, n° 46, p. 167, p. 95-173.

valoir les contraintes de son ordre juridique pour retarder ou refuser la mise en œuvre des recommandations de l'O.R.D.¹⁰⁸⁴.

Compte tenu de son importance, la position affirmée dans l'arbitrage *CE – Hormones* a été reformulée et rappelée dans quasiment tous les arbitrages ultérieurs¹⁰⁸⁵, si bien qu'elle est aujourd'hui considérée comme un « principe bien établi »¹⁰⁸⁶. A titre d'exemple, l'arbitre a jugé utile ou nécessaire d'indiquer que « [s]on mandat dans la présente procédure d'arbitrage consiste *exclusivement* à déterminer le “délai raisonnable” pour la mise en œuvre »¹⁰⁸⁷, ou qu'il est « conscient des limites de [s]on mandat dans le présent arbitrage, notamment du fait qu'il n'entre pas dans [s]on mandat de proposer des façons et des moyens d'assurer la mise en œuvre et que [s]a tâche se borne à déterminer le “délai raisonnable” »¹⁰⁸⁸. De la même manière, c'est au regard de ce principe que l'arbitre dans l'affaire *Etats-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd)* a refusé de suggérer aux Etats-Unis que l'abrogation de leur législation serait le seul moyen efficace de mise en conformité, bien qu'il considérât qu'une suggestion « pourrait contribuer utilement au processus de prise de décisions pour le Membre mettant en œuvre »¹⁰⁸⁹. Mais les arbitres sont unanimes :

1084 Mais on voit alors apparaître la question de la mauvaise foi et c'est elle qui, pour partie, justifie le contrôle de plus en plus intrusif mené par l'arbitre au titre de l'article 21:3.

1085 V. par exemple les décisions de l'arbitre *in Canada – Brevets pour les produits pharmaceutiques* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 40 ; et *Chili – Système de fourchettes de prix* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 32 et 36.

1086 Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd)* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 52.

1087 Décision de l'arbitre, *Indonésie – Autos* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 21. V. aussi les décisions de l'arbitre *Corée – Boissons alcooliques* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 45, qui reprend presque exactement ces mêmes termes ; et *Chili – Système de fourchettes de prix* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 32.

1088 Décision de l'arbitre, *Australie – Saumon* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 35. Cette idée est également reprise dans la décision de l'arbitre, *Corée – Boissons alcooliques* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 45.

1089 *Ibid.*, par. 52. On observe une attitude similaire dans l'affaire *Japon – DRAMs (Corée)*, dans laquelle l'arbitre a observé qu'il avait de la « peine à concevoir » que la mise en œuvre puisse avoir lieu autrement que par la suppression pure et simple de la mesure en cause, mais a concédé que « je ne suis pas obligé d'être sûr que le Japon sera effectivement en mesure de collecter les renseignements qui sont, selon lui, nécessaires », ce qui l'a conduit à accepter l'assertion du Japon ; toutefois, il a contrebalancé cette déférence envers la liberté de choix du moyen en réduisant le délai demandé presque de moitié : décision de l'arbitre, *Japon – DRAMs (Corée)* (21:3 c)), *op. cit.*, spéc. par. 39. V. aussi sur ce point H. RUIZ FABRI et P. MONNIER, « Chronique du règlement des différends 2007-2008 », *op. cit.*, p. 901.

« [l]e choix du moyen de mise en œuvre est, et doit être, la prérogative du Membre mettant en œuvre »¹⁰⁹⁰.

L'articulation de ces deux principes prend ensuite une formulation plus explicite encore, en consacrant la dialectique entre le moment d'entrée en vigueur de la mesure d'exécution et son contenu : le premier aspect relève de la compétence de l'arbitre et en est même l'objet, alors que le second en est exclu et son choix appartient au Membre responsable. Dans l'affaire *Canada – Brevets pour les produits pharmaceutiques*, l'arbitre rappela ainsi qu'« il n'entre à aucun égard dans ma responsabilité de déterminer la *compatibilité* de la mesure de mise en œuvre proposée avec les recommandations et décisions de l'ORD », et précisa que « [c]onformément à l'article 21:3 c), la question sur laquelle il convient qu'un arbitre se penche est celle, non pas de *ce qu'il faut faire*, mais celle du *moment* où le faire »¹⁰⁹¹. D'une part, l'emploi du terme « responsabilité » est curieux, car il véhicule au premier abord l'impression que l'arbitre pourrait, s'il le souhaitait, contrôler la licéité de la mesure d'exécution, alors qu'il s'agit bien plus de ce qu'il a et de ce qu'il n'a pas la compétence d'examiner, en d'autres termes des limites de celle-ci¹⁰⁹². D'autre part et surtout, l'indication qu'il ajoute à ce propos rend limpide qu'il estime n'être autorisé à se prononcer que sur le moment auquel la mise en conformité, par le moyen choisi et exposé par le Membre, devra intervenir. Il considère en tout cas que sa compétence ne saurait s'étendre à la substance de la mesure choisie.

Cette distinction entre le moment et la substance de la mise en œuvre est devenue une sorte de refrain des arbitres, à partir duquel ils ont précisé les limites de leur compétence et explicité encore plus la « sacro-sainte liberté » des Membres de choisir le moyen d'exécution¹⁰⁹³. Cette tendance est particulièrement perceptible dans l'affaire *Etats-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd)*, où l'arbitre ouvrit son raisonnement par la formule désormais consacrée, « [j]e suis particulièrement conscient du fait qu'il n'entre *pas*

1090 Décision de l'arbitre, *Australie – Saumon* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 35. On trouve cette formule ou une variante d'elle dans quasiment tous les arbitrages.

1091 Décision de l'arbitre, *Canada – Brevets pour les produits pharmaceutiques* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 41.

1092 A titre de comparaison, le passage correspondant dans la version anglaise du rapport se lit comme suit : « [m]y responsibility does not, however, include in any respect a determination of the consistency of the proposed implementing measure with the recommendations and rulings of the DSB ». Le terme « responsibility » s'entend ici bien dans le même sens que le terme français « responsabilité », et on peut dès lors être surpris de son emploi par l'arbitre dans ce contexte.

1093 Selon l'expression in H. RUIZ FABRI et P. MONNIER, « Chronique du règlement des différends 2008-2009 », *op. cit.*, p. 930.

dans mon mandat de déterminer ni même de suggérer la manière dont les Etats-Unis doivent mettre en œuvre les recommandations et décisions de l'ORD »¹⁰⁹⁴, qui se présente d'ailleurs moins comme une motivation de son raisonnement que comme une anticipation ou une extrême précaution, si bien qu'on en tire l'impression qu'il cherchait à l'avance à se mettre à l'abri de toute accusation d'*ultra vires*. Il précisa ensuite : « [c]omme moi-même et d'autres arbitres l'avons dit, il n'appartient pas à l'arbitre agissant au titre de l'article 21:3 c) d'imposer un moyen particulier pour mettre en œuvre les recommandations et décisions de l'ORD. [...] M]a tâche ne consiste pas à étudier *comment* la mise en œuvre sera effectuée, mais à déterminer *quand* ce sera le cas »¹⁰⁹⁵. Ainsi, la dialectique entre le « quand » et le « comment » était pleinement consacrée, et c'est en l'appliquant que l'arbitre refusa d'examiner les diverses propositions de mise en œuvre envisagées par les Etats-Unis. L'arbitre fut encore plus explicite dans l'affaire *CE – Morceaux de poulet*, de manière peu élégante mais qui a le mérite de la clarté : « en ce qui concerne la mesure de mise en œuvre, ma tâche porte sur la question de savoir *quand*, et non pas *quoi*. Ce qui m'intéresse, c'est la durée, et non la technique »¹⁰⁹⁶. Les arbitrages successifs n'auraient pas pu préciser avec plus d'insistance le périmètre de mouvement de chacun des acteurs impliqués et la chronologie de leurs interventions respectives : d'abord, le Membre responsable choisit la mesure destinée à accomplir l'exécution ; ensuite, l'arbitre évalue si le délai proposé est raisonnable et, s'il estime qu'il ne l'est pas, procède lui-même à sa fixation. En principe, donc, aucun débordement entre la question du moyen d'exécution, qui relève du Membre, et celle de son moment, qui relève de l'arbitre.

1094 Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd)* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 48.

1095 *Ibid.*, par. 53. Depuis, on retrouve ce passage dans quasiment tous les arbitrages sur le délai raisonnable, antérieurs ou postérieurs, dans cette même formulation ou légèrement modifiée. V. par exemple la décision de l'arbitre in *Chili – Système de fourchettes de prix* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 32 ; *CE – Préférences tarifaires* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 30 ; *Etats-Unis – Réexamens à l'extinction concernant les produits tubulaires pour champs pétrolifères* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 26 ; *Etats-Unis – Jeux* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 33 ; et *CE – Subventions à l'exportation de sucre* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 69.

1096 Décision de l'arbitre, *CE – Morceaux de poulet* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 49. V. aussi la décision de l'arbitre, *Brésil – Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés – Arbitrage au titre de l'article 21:3 c)* du *Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, WT/DS332/16, 29 août 2008, par. 47 ; et décision de l'arbitre, *Colombie – Bureaux d'entrée* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 9.

2 Limites à la liberté de choix du moyen

Dès le premier arbitrage qui avait soulevé la question de la compétence de l'arbitre, la liberté de choix du moyen d'exécution avait été assortie de limites, qui tout en allant de soi méritaient d'être rappelées. Le Membre responsable peut ainsi discrétionnairement choisir le moyen par lequel il entend exécuter l'obligation qui lui incombe, pour autant que ce moyen soit compatible avec les recommandations de l'O.R.D. et avec les accords de l'O.M.C.¹⁰⁹⁷. À l'intérieur de ces limites, le Membre reste libre du choix non seulement du moyen, mais aussi des démarches spécifiques que requiert la mesure envisagée, ainsi que du calendrier pour la confection d'une nouvelle loi ou autre type de mesure¹⁰⁹⁸.

La pratique de l'arbitrage sur le délai raisonnable a cependant révélé un handicap inhérent au mandat de l'arbitre, si celui-ci l'interprète comme lui interdisant tout regard sur le moyen de d'exécution choisi par le Membre. Dans ce cas en effet, son appréciation risquerait d'être fondée moins sur une évaluation objective de données factuelles que sur la confiance subjective dans la pertinence des circonstances avancées. De fait, une approche trop déférente de l'arbitre reviendrait à une forme de présomption du caractère raisonnable du délai demandé par le Membre responsable, et l'équilibre entre les revendications opposées que cherche à atteindre l'arbitre s'en trouverait compromis. L'arbitrage dans l'affaire *Corée – Boissons alcooliques* a été le premier à révéler plus ouvertement cette difficulté, bien qu'on n'y ait senti aucune véritable gêne à cet égard, ni de la part de l'arbitre ni de celle des parties. L'arbitre commença par rappeler le « refrain » portant sur les limites de sa compétence : il ne lui appartenait pas de suggérer des moyens de mise en œuvre. La Corée avait indiqué que l'exécution interviendrait au moyen d'un rehaussement des taux de taxation applicables au soju, ce qui supposait une modification de sa loi relative à la taxe sur les alcools. Elle avait en outre fait valoir que le délai que l'arbitre fixerait devrait également tenir compte du temps nécessaire pour édicter un certain nombre de mesures complémentaires, telles que des modifications connexes aux actes présidentiels et ministériels, aux règlements d'application et aux procédures administratives¹⁰⁹⁹. Ce sont ces mesures complémentaires

1097 Décision de l'arbitre, *CE – Hormones* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 38. Pour les arbitrages suivants rappelant ces limites, v. par exemple la décision de l'arbitre *in Australie – Saumon* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 35 (qui cite le paragraphe pertinent de l'arbitrage *CE – Hormones*) ; *Corée – Boissons alcooliques* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 45 ; *Chili – Système de fourchettes de prix* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 32 ; et *Etats-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd)* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 48.

1098 Décision de l'arbitre, *Chili – Boissons alcooliques* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 42.

1099 Décision de l'arbitre, *Corée – Boissons alcooliques* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 11.

qui avaient attiré l'attention de l'arbitre, qui se trouva toutefois enfermé dans les limites de sa compétence tel qu'il les entendait. En effet, il ne put que constater qu'il n'était « pas approprié » pour lui de se prononcer sur la question de savoir si – et si oui, dans quelle mesure – de telles modifications réglementaires supplémentaires étaient nécessaires avant l'entrée en vigueur de la nouvelle législation fiscale¹¹⁰⁰. Entre les lignes apparaît alors que dans de pareilles conditions, une partie de l'appréciation des circonstances, et par conséquent la fixation du délai à laquelle elle conduit, est inévitablement floue¹¹⁰¹. L'arbitre s'aventura néanmoins à ajouter que « à supposer qu'il soit nécessaire de modifier ces instruments réglementaires », il n'était pas persuadé que ces modifications ne pouvaient être effectuées qu'après la modification de la législation fiscale¹¹⁰². Selon lui, la modification des mesures réglementaires et le processus législatif devaient pouvoir être menés simultanément. Ces considérations appellent deux observations.

La première est celle de la déférence manifeste de l'arbitre – et inévitable, compte tenu de la manière dont il comprenait son mandat –, qui peut alors soulever un problème au regard de sa fonction. En adoptant une approche aussi large de ce qui relève exclusivement du pouvoir discrétionnaire du Membre responsable, la fixation de l'arbitre est fatalement, au moins pour partie, fondée sur l'acceptation comme telles de ses prétentions, tandis que certains éléments factuels, qui pourraient être pertinents pour établir un délai non seulement raisonnable mais aussi proprement équilibré, sont tenus à distance. La deuxième observation est celle de la timide excursion de l'arbitre au-delà des stricts limites de sa compétence qu'on perçoit ici, qui l'a conduit à imaginer que les mesures réglementaires soient véritablement nécessaires et à s'interroger sur les conditions dans lesquelles elles pourraient alors être adoptées. Cette excursion a été menée de manière purement hypothétique (« à supposer ») et elle était ainsi juridiquement irréprochable. Elle a également permis d'entrevoir plus nettement le dilemme auquel l'arbitre est en permanence confronté lorsqu'il effectue son appréciation.

Ce dilemme ne peut trouver de résolution satisfaisante, à moins de reconsidérer les limites de la liberté de choix du Membre mettant en œuvre, et par

¹¹⁰⁰ V. *ibid.*, par. 45.

¹¹⁰¹ A titre de comparaison, l'arbitre indiqua dans l'affaire *Etats-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd)* que l'estimation de la durée de la procédure législative par le Membre concerné n'était pas « une science exacte », et que certaines étapes pouvaient s'avérer particulièrement difficiles à estimer du fait de leur nature même : décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd)* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 66.

¹¹⁰² Décision de l'arbitre, *Corée – Boissons alcooliques* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 46.

conséquent celles de la compétence de l'arbitre¹¹⁰³. C'est ce qu'a prudemment fait l'arbitre dans l'affaire *CE – Subventions à l'exportation de sucre*. Tout en rappelant le principe du choix discrétionnaire du Membre, il en a en effet adopté une approche en quelque sorte négative. Il a ainsi fait valoir qu'un Membre « n'a pas le droit absolu de choisir n'importe quelle méthode de mise en œuvre »¹¹⁰⁴ : non seulement cette mesure doit être compatible avec les obligations au titre de l'O.M.C. – ce n'était là que le rappel de l'arbitrage dans l'affaire *CE – Hormones* –, mais aussi la méthode choisie doit être telle qu'elle puisse être mise en œuvre dans un délai raisonnable conformément aux principes directeurs énoncés dans l'article 21:3 c)¹¹⁰⁵. Au regard de ces considérations, l'arbitre a jugé que les objectifs « dénués de pertinence » pour les recommandations de l'O.R.D. ne sauraient être inclus dans la méthode, si les y inclure impliquait une prolongation de la période de mise en œuvre¹¹⁰⁶. Il a toutefois adouci son propos en concluant que le Membre responsable est supposé agir de bonne foi, mais il n'empêche que cet arbitrage a révélé une approche plus proactive pour résoudre la tension inhérente à son mandat, bien qu'elle fût encore relativement timorée, et donc méticuleusement justifiée.

La déférence de l'arbitre, qui était initialement presque absolue, est ainsi progressivement relativisée, au moyen d'un retournement de perspective par lequel il axe davantage son évaluation sur l'objectif de l'exécution, plutôt que de mettre en exergue la perspective et les intérêts du Membre responsable. Le gain de confiance dans la légitimité de sa démarche est perceptible dans le subtil changement des formulations employées. Là où l'arbitre présentait précédemment la liberté de choix du Membre comme une évidence, il inverse progressivement le point de départ de son raisonnement, ne faisant dorénavant plus que « *reconna[ître]* que le Membre [...] a une certaine marge de manœuvre »¹¹⁰⁷. Dans l'affaire *Etats-Unis – Acier inoxydable (Mexique)*, la dialectique entre le moment et le moyen de mise en œuvre s'est même encore affinée, et surtout resserrée au détriment du Membre mettant en œuvre. L'arbitre a en effet précisé que la latitude dont dispose le Membre devra être exercée de bonne foi, en élaborant une mesure susceptible d'atteindre l'objectif visé ;

1103 Au sujet de la marge d'appréciation de l'arbitre et le refus d'une approche trop déférente à l'égard du Membre mettant en œuvre, v. H. RUIZ FABRI et P. MONNIER, « Chronique du règlement des différends 2005-2006 », *op. cit.*, p. 1215-1216 (ici dans le cadre de l'affaire *Etats-Unis – Jeux*).

1104 Décision de l'arbitre, *CE – Subventions à l'exportation de sucre* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 69.

1105 *Ibid.*

1106 *Ibid.*

1107 Décision de l'arbitre, *CE – Morceaux de poulet* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 49 (italiques ajoutés).

a contrario, il ne devra pas exploiter l'argument de la bonne foi pour retarder la mise en œuvre¹¹⁰⁸. Une lecture chronologique des arbitrages fait ainsi apparaître que la marge de manœuvre du Membre se réduit. Plusieurs affaires ont fait apparaître combien la position de neutralité déférente était délicate, voire impossible à tenir dès lors que l'arbitre visait non seulement l'efficacité mais aussi la justesse – et, dans une certaine mesure, la justice – de sa décision.

§ 2 L'ingérence des arbitres dans le choix du moyen de mise en œuvre

L'arbitre a rapidement pris conscience de ce que, pour examiner quand exécuter l'obligation qui résulte des recommandations de l'O.R.D., il doit nécessairement examiner, au moins partiellement, comment l'exécuter (A.). L'exploitation utile de sa marge d'appréciation élargie est devenue systématique, sa légitimité n'étant pas remise en cause dans la mesure où il a pris le soin de la mettre à l'abri de tout reproche (B.).

A *L'ingérence comme approche nécessaire à la fonction de l'arbitre*

La déférence de l'arbitre envers la liberté de choix du Membre responsable fait naître le risque d'une fixation de délai arbitraire ou approximative, et en toute hypothèse susceptible de ne pas correspondre à l'esprit dans lequel la procédure de l'article 21:3 a été conçue. En ce sens, une approche plus offensive et intrusive de la part de l'arbitre pourrait être la seule manière d'assumer pleinement la fonction que lui confie le Mémoire et les parties. L'arbitre a progressivement pris conscience de cette nécessité, dont témoignent tout particulièrement les plus récents arbitrages (2.). La première affaire révélatrice à cet égard remonte cependant à 2001, et mettait déjà en évidence une remarquable audace de l'arbitre, bien que ce fût alors le Membre responsable qui avait fourni une justification légitime à sa démarche (1.).

1 Ingérence au motif de l'imprécision de la mesure d'exécution

Dans l'affaire *Etats-Unis – Loi de 1916 (CE)*, les Etats-Unis avaient indiqué que la mise en œuvre des recommandations de l'O.R.D. exigeait une action législative, ce que les plaignants n'avaient pas contesté. L'arbitre a confirmé que l'appréciation du délai raisonnable suppose en effet, en premier lieu, de connaître

¹¹⁰⁸ Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Mesures antidumping finales visant l'acier inoxydable en provenance du Mexique – Arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, WT/DS344/15, 31 octobre 2008, par. 41.

la nature de la mesure de mise en œuvre¹¹⁰⁹, c'est-à-dire de savoir en particulier si l'exécution interviendra par la voie législative ou réglementaire. Les Etats-Unis n'avaient toutefois pas précisé la portée et la teneur de la loi envisagée, et donc si elle viserait à abroger purement et simplement la mesure illicite ou seulement à en modifier les aspects illicites. L'approche qu'a adoptée l'arbitre face à une telle imprécision est particulièrement révélatrice de la conscience qu'il a de sa fonction et de la manière dont il estime devoir l'accomplir. Bien qu'il ait indiqué qu'il n'était pas de sa compétence ni de déterminer ni même de suggérer un moyen précis de mise en conformité, il a demandé au cours de l'audience s'il était nécessaire pour lui, afin de pouvoir apprécier le délai qui sera raisonnable dans l'espèce, d'avoir connaissance de la portée et de la complexité de la mesure envisagée par rapport à la complexité du processus législatif américain¹¹¹⁰. Plus précisément, il a cherché à savoir s'il suffisait pour lui de savoir que la mesure en cause prendrait la forme d'une loi, sans autre indication sur sa portée, sa teneur et sa complexité. Ces questions portaient bien, en creux, le constat de ce que le manque d'informations au sujet de la substance et de la portée de la mesure de mise en œuvre embarrassait l'arbitre. Les Etats-Unis ont alors répondu qu'ils avaient depuis très récemment un nouveau Président, une nouvelle Administration et un nouveau Congrès, et que la nouvelle Administration n'avait pas encore élaboré de proposition de loi ; il leur était par conséquent impossible de préciser dès à présent si la teneur de la future loi serait l'abrogation de la mesure incompatible ou « toute autre option valable »¹¹¹¹. Ils ont cependant ajouté que, quelle que soit la formule retenue, les démarches nécessaires seraient celles qu'implique le processus législatif normal, processus qu'ils ont au demeurant détaillé par le menu. En d'autres termes, ils n'ont demandé aucun délai additionnel au regard de la potentielle portée, teneur ou complexité de la loi de mise en œuvre. Cette circonstance était particulièrement avantageuse pour l'arbitre, puisqu'il a ainsi pu mettre de côté l'incertitude au sujet de ces aspects, puisque la seule chose qui l'intéressait désormais à son propos était le processus législatif ordinaire, par rapport auquel il détermina le délai raisonnable. Il reste que l'imprécision des informations concrètes s'agissant de la mesure de mise en œuvre lui avait fourni l'occasion de se montrer inquisiteur et intrusif comme il ne l'avait encore jamais été, bien que sa démarche fût justifiée précisément par l'incertitude ambiante.

Il aurait évidemment été intéressant de savoir comment l'arbitre aurait réagi s'il en avait été autrement, c'est-à-dire soit si les Etats-Unis avaient fourni

1109 Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Loi de 1916* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 34.

1110 *V. ibid.*, par. 36.

1111 *Ibid.*

davantage d'informations, soit s'ils avaient demandé un délai supplémentaire sur la base de facteurs tels que la portée ou la teneur de la loi envisagée. Le propos conclusif de l'arbitre à l'observation que les Etats-Unis ne demandaient pas de délai supplémentaire sur la base de l'une de ces incertitudes semble déjà révéler la tendance : « je n'ai pas à examiner ce point »¹¹¹². On peut donc supposer qu'il aurait autrement examiné ces aspects, et on aurait alors été de nouveau au cœur de la tension que produit la question des limites de sa compétence.

Cette excursion dans les affaires intérieures d'un Membre n'est pas restée un cas isolé, d'autres affaires suivant la tendance avant de la consolider et la développer davantage. Dans l'affaire *Etats-Unis – Jeux*, l'arbitre a ainsi annoncé dès l'abord, avant l'examen des circonstances de l'affaire, qu'« il faudra qu'[il] prenne en considération certains aspects des moyens de mise en œuvre proposés par chacune des parties »¹¹¹³. La justification de la démarche a néanmoins évolué au cours des dernières années, les arbitres osant plus ouvertement manifester leur intrusion dans le système juridique du Membre mettant en œuvre comme étant nécessaire afin d'accomplir utilement leur fonction, au lieu de simplement y être poussés par le comportement du Membre.

2 Ingérence au titre de la fonction de l'arbitre

Dès le début des années 2000, l'examen par les arbitres des systèmes juridiques internes, encore effectué de manière relativement rudimentaire au cours des premiers arbitrages, est devenu plus minutieux. Mais l'arbitre n'évolue jamais seul, et cette nouvelle tendance dans son examen tient donc pour partie aux argumentations des parties, qui deviennent plus précises et techniques. Par conséquent, l'arbitre y répond par la même précision et la même technicité, et elles impliquent inévitablement une plus forte ingérence dans la marge d'appréciation du Membre responsable. L'une des conséquences en a été que les arbitres ont rejeté l'argument selon lequel le délai accordé dans des arbitrages

¹¹¹² *Ibid.*

¹¹¹³ Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Jeux* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 33. A titre de comparaison, soulignons que cette intrusion dans le système juridique interne d'un Etat s'observe aussi, pour des raisons différentes et à un niveau de contrôle différent, dans la démarche de la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Avena* (*op. cit.*) : on l'a dit, le dispositif de l'arrêt reconnaissait certes aux Etats-Unis le choix du moyen d'exécution (c'est-à-dire ici comment procéder au réexamen et à la révision des décisions rendues par les tribunaux nationaux), mais en leur imposant, ce faisant, de tenir compte de la Convention de Vienne sur les relations consulaires, et en particulier des violations de ladite convention dont les Etats-Unis s'étaient rendus responsables. V. *supra*, Première partie, Titre II, Chapitre II, Section II, § 2, A., 2., c., i.

antérieurs serait pertinent pour l'appréciation qu'ils ont eux-mêmes à mener, au motif que ni les mesures d'exécution ni les systèmes juridiques internes ne se ressemblent¹¹¹⁴. Ce constat était certes exact, mais également annonciateur de ce que la tendance à l'ingérence n'allait que prendre de l'ampleur, et rendre par cette occasion la contrainte exercée sur le Membre plus pressante.

Deux ans après l'affaire *Etats-Unis – Loi de 1916 (CE)*, l'arbitre dans l'affaire *Chili – Système de fourchettes de prix* a été le véritable pionnier de l'approche plus contraignante. Il consacra un développement distinct à la justification du dévoilement et de l'explication détaillée du système juridique interne du Chili, considérant qu'il lui fallait autant d'informations que possible au sujet de la mesure concernée. Il expliqua ainsi que, de son point de vue, « le fait qu'un arbitrage au titre de l'article 21:3 c) porte essentiellement sur le délai de mise en œuvre n'a pas pour effet d'enlever toute pertinence à la substance de la mise en œuvre, c'est-à-dire au moyen ou à la manière exacts de procéder »¹¹¹⁵. Son propos était une manière prudente de justifier sa démarche plus intrusive, car on comprend bien qu'il signifie en réalité que la substance de la mise en œuvre peut avoir *toute sa pertinence* dans le cadre de l'examen qu'il effectue. D'ailleurs, c'est bien en ce sens qu'il avança, en faisant valoir que plus le Membre lui fournira des renseignements précis relatifs aux détails concrets de la mesure, « plus l'arbitre disposera d'indications lui permettant de déterminer un délai raisonnable, et plus il est probable que ce délai représentera un juste équilibre entre les besoins légitimes du Membre mettant en œuvre et ceux du Membre plaignant »¹¹¹⁶. Un regard rétrospectif permet d'entrevoir que l'arbitre confirmait par cet argument la raison de l'embarras de l'arbitre dans l'affaire *Etats-Unis – Loi de 1916 (CE)*, qui avait conduit celui-ci à adresser au cours de l'audience les questions indiquées aux Etats-Unis.

S'il a évidemment rappelé la liberté de choix du moyen de mise en œuvre du Membre, la formule employée laissait cependant entendre une nette distanciation de la déférence perceptible dans les premiers arbitrages. En effet, il se contenta ici d'indiquer qu'un arbitre « devrait [...] éviter » de se prononcer sur le moyen de mise en œuvre adéquat¹¹¹⁷. Bien qu'il eût pris la précaution

1114 A titre de comparaison, v. les décisions de l'arbitre dans les affaires *Corée – Boissons alcooliques* (21:3 c)), *op. cit.* ; *Etats-Unis – Article no 5*, *Loi sur le droit d'auteur* (21:3 c)), *op. cit.* ; et *CE – Subventions à l'exportation de sucre* (21:3 c)), *op. cit.*

1115 Décision de l'arbitre, *Chili – Système de fourchettes de prix* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 37.

1116 *Ibid.*

1117 V. aussi la formule plus nuancée dans la décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Mesures anti-dumping appliquées à certains produits en acier laminés à chaud en provenance du Japon* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 30 : « [j]e ne pense pas qu'il soit donné à un arbitre exerçant ses

de faire précéder son propos du rappel que sa compétence ne couvrait que la question du délai et non celle du moyen choisi, on n'en lit pas moins dans cette décision une invitation entre les lignes adressée aux futurs Membres à révéler au maximum le détail de leurs systèmes juridiques internes. La justification donnée ne paraît d'ailleurs pas illégitime, car il s'agissait précisément de l'esprit dans lequel l'arbitrage sur le délai raisonnable a été conçu, c'est-à-dire l'atteinte du juste équilibre entre les intérêts respectifs du plaignant initial et du défendeur. D'un point de vue strictement juridique, la démarche frôlait le contestable, mais on en comprend bien les ressorts : comment en effet fixer un délai raisonnable qui donnerait au terme « raisonnable » le sens visé par l'article 21:3 et consacré par les organes de jugement, par opposition à un délai approximatif et arbitraire, si le moyen de mise en œuvre en lui-même ne peut d'aucune manière être pris en considération ?

La tension entre les deux principes cardinaux d'une mise en œuvre la plus rapide possible et le respect du choix souverain du Membre reste ainsi présente et nécessite d'être traitée par l'arbitre dans chaque nouvelle procédure au titre de l'article 21:3. En effet, l'approche plus ouvertement intrusive n'en est pas pour autant inflexible et peut au contraire être tempérée par l'arbitre, y compris de manière remarquablement stratégique comme dans l'affaire *Etats-Unis – Réexamens à l'extinction concernant les produits tubulaires pour champs pétrolifères*¹¹¹⁸, où il avait habilement tiré profit de l'argumentation développée devant lui pour renverser la situation, et transformer ainsi en contrainte ce que les Etats-Unis avaient espéré être une démonstration de leur bonne volonté. Il reste que la tendance à un examen plus efficace, et par conséquent plus contraignant, est résolument amorcée. L'arbitre Ehlermann dans l'affaire *Etats-Unis – Jeux* est même parvenu à augmenter d'un degré supplémentaire la pression exercée sur le Membre responsable : il a en effet nettement pris ses distances avec les arbitres antérieurs qui, pour rappel, avaient interprété le délai raisonnable comme étant « le délai le plus court possible dans le cadre du système juridique du Membre ». Lui-même a souligné à ce sujet que cette

fonctions au titre de l'article 21:3 c) du Mémorandum d'accord compétence pour faire une détermination concernant la portée et la teneur adéquates d'une législation de mise en œuvre et, partant, je ne me propose pas de me pencher sur la question ».

1118 Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Réexamens à l'extinction des mesures antidumping visant les produits tubulaires pour champs pétrolifères en provenance d'Argentine – Arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, WT/DS268/12, 7 juin 2005. Cette affaire sera précisée *infra* dans les développements consacrés à la légitimation de l'examen approfondi effectué par les arbitres, v. B., 2.

« règle » ne figure pas dans le texte de l'article 21 du Mémorandum, et a considéré que les arbitres précédents n'y avaient eu recours qu'en tant qu'« expression commode » pour décrire leur mission, alors qu'elle ne jouit d'aucune existence autonome dans le Mémorandum¹¹¹⁹. Les principes devant prévaloir et guider son appréciation sont à son avis ceux dont le texte du Mémorandum fait expressément état, à savoir le caractère raisonnable et la nécessité de donner suite dans les moindres délais¹¹²⁰. Or, fonder l'examen trop rigoureusement sur la règle du délai le plus court dans le système juridique du Membre mettant en œuvre aurait pour effet de « [lier] les mains de l'arbitre et [de l'empêcher] de définir et peser correctement les circonstances qui déterminent le "caractère raisonnable" du délai dans chaque affaire prise individuellement »¹¹²¹. La prise de position de l'arbitre est ici très nette : refus de s'aligner sur une approche jugée trop déférente et, par cette déférence même, ineffective quant à la fonction qu'il doit accomplir. L'arbitre dans cette affaire, au contraire, revendiquait la pleine prise de possession de sa marge d'appréciation, et même son élargissement par rapport à celle que s'autorisaient déjà certains des arbitres antérieurs. Cependant, dans la mesure où l'exercice de cette marge d'appréciation touche au cœur même la difficulté d'articuler deux principes essentiels, dont l'un tient au pouvoir discrétionnaire que les Membres sont très défavorables à voir réduit par le juge international, la nécessité de justifier solidement la démarche de l'arbitre est cruciale.

B *Légitimation et systématisation d'un examen de portée élargie*

Les arbitrages successifs, en motivant la démarche consistant à interpréter utilement, et dès lors largement, leur marge d'appréciation ont permis d'établir la légitimité d'un contrôle étendu et l'ont inscrit dans la réalité habituelle des arbitrages sur le délai raisonnable. Deux conséquences en découlent. La première est un possible chevauchement entre l'objet de l'arbitrage de l'article 21:3 et la procédure de l'article 21:5, que l'arbitre est parvenu à neutraliser (1.). La seconde est que, face à une approche plus ouvertement intrusive de la part de l'arbitre, les parties ont pris l'habitude de dévoiler volontairement toutes les informations qu'elles jugent utiles – et elles sont abondantes – au sujet de leur système juridique interne (2.).

1119 Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Jeux (21:3 c)*), *op. cit.*, par. 44.

1120 *V. ibid.*

1121 *Ibid.*

1 Anticipation de la teneur de l'exécution :
 l'articulation des procédures

La revendication de sa marge d'appréciation par l'arbitre soulève nécessairement la question de l'objet des différentes procédures mises à la disposition des parties dans la phase de mise en œuvre, et la possibilité d'un recouplement matériel entre elles. En effet, si l'arbitre tient compte de la portée, de la teneur et de la complexité de la mesure d'exécution, en d'autres termes s'il l'absorbe dans l'appréciation qu'il mène, et qu'il le fait au regard des conditions précisées par les arbitrages antérieurs¹¹²², alors il s'avance là au moins pour partie sur le terrain de la procédure de contrôle de la mise en conformité au titre de l'article 21:5, qui porte précisément sur la substance de la mesure de mise en œuvre, afin de déterminer sa licéité au regard des accords de l'O.M.C. Exceptionnellement, comme dans l'affaire *Canada – Brevets pharmaceutiques*, il est même arrivé que l'arbitre soit explicitement invité à un tel débordement de compétence, le plaignant initial lui demandant de prendre parti sur la nature de la mesure de mise en œuvre avant de fixer le délai, tandis que le Membre déclaré responsable objectait son incompétence¹¹²³. C'est de son côté que se rangea très résolument l'arbitre, prudent face à une demande aussi frontale de sortir des limites de sa compétence ; qu'elle l'ait néanmoins embarrassé s'aperçoit à ce qu'il a consacré huit paragraphes de ses développements à justifier son refus d'accéder à la demande communautaire, mais pas toujours de manière convaincante. Il concluait en tout cas que tout examen substantiel de la mesure de mise en œuvre relevait de la compétence du groupe spécial au titre de l'article 21:5, tandis que la sienne ne portait que sur le moment où la mise en œuvre devra être accomplie, à l'exclusion de toute question liée à la

1122 C'est-à-dire leur compatibilité avec les accords de l'O.M.C. et la possibilité de leur mise en œuvre dans un délai raisonnable. Pour rappel, v. la décision arbitrale pionnière à cet égard in *CE – Hormones* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 38, mais aussi les arbitrages *Australie – Saumon* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 35 ; *Corée – Boissons alcooliques* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 45 ; *Chili – Système de fourchettes de prix* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 32 ; *Etats-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd)* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 48 ; et *CE – Subventions à l'exportation de sucre* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 69.

1123 Les Communautés européennes, convaincues qu'une mesure réglementaire n'était pas suffisante pour mettre en œuvre les recommandations de l'O.R.D. et qu'au contraire l'abrogation devait intervenir par un acte législatif (en vertu de la théorie de l'acte contraire), soutenaient qu'il était « essentiel » que l'arbitre « définisse la nature de la mesure nécessaire », v. la décision de l'arbitre, *Canada – Brevets pour les produits pharmaceutiques* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 27.

nature même de la mesure en cause¹¹²⁴. Il recentrait ainsi l'accomplissement de sa fonction, et partant sa compétence, sur le Membre déclaré responsable, jugeant qu'il ne convenait pas de débattre au fond de la nature de la mise en œuvre, mais seulement d'évaluer si le délai proposé pour le moyen *choisi par le défendeur* initial était raisonnable, « et rien d'autre »¹¹²⁵. On comprend les raisons qui ont animé l'arbitre à écarter radicalement une demande quasiment ouverte visant à obtenir qu'il statue *ultra vires* ; cependant, la manière dont il l'a fait masque en quelque sorte la véritable difficulté : en faisant porter ses considérations sur la seule question de savoir s'il peut ou ne peut pas examiner au fond la mise en œuvre, la seule réponse admissible était évidemment négative, alors que toute la difficulté de la procédure que l'arbitre doit mener est bien plus celle, plus subtile et délicate à trancher, de savoir si et dans quelle mesure l'appréciation du délai raisonnable de mise en œuvre pourrait impliquer, incidemment mais nécessairement, de tenir compte du moyen de mise en œuvre. C'est dans cette question que se révèle le point de friction entre les procédures au titre de l'article 21:3 c) et 21:5.

Ce point de friction est inhérent à l'objet de l'arbitrage et n'est pas tributaire d'une offensive comme celle des Communautés dans l'affaire précitée. Cette circonstance n'a pas échappé aux arbitres, mais ils ont tardé à en faire état et l'arbitre dans l'affaire *Etats-Unis – Jeux*, par exemple, ne s'en est pas préoccupé alors même que les développements qu'il a consacrés à la marge d'appréciation qu'il estimait pouvoir s'arroger étaient particulièrement audacieux. La première décision dans laquelle réapparaissait pleinement et ouvertement la question, et où l'arbitre a jugé opportun d'afficher sa conscience de l'objet et de la fonction de chacune des procédures est intervenue assez tardivement, en 2005. Dans l'affaire *CE – Subventions à l'exportation de sucre*, après avoir rappelé qu'il ne lui appartenait pas de définir ou de choisir une méthode de mise en œuvre, l'arbitre a précisé dans une note qu'il convenait avec les parties de ce que la question de savoir si une mesure de mise en œuvre est conforme aux obligations de son auteur « est une question qui relève de l'article 21:5 du Mémorandum d'accord »¹¹²⁶. Cette mention était évidemment faite à titre préventif et destinée par l'arbitre à le mettre à l'abri du possible reproche qu'il

1124 *Ibid.*, par. 41-43. L'arbitre a même insisté, déclarant qu'il ne formulait « aucun avis, quel qu'il puisse être », sur la substance de la mise en œuvre, et en particulier il refusait d'entrer dans le débat qui opposait les parties au sujet de sa nature réglementaire ou législative (par. 43).

1125 *Ibid.*, par. 43.

1126 Décision de l'arbitre, *CE – Subventions à l'exportation de sucre* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 69 note 133.

empièterait sur le domaine de compétence de celui qu'il n'est pas, à savoir le juge de la mise en conformité ; cependant, sa seule existence témoignait déjà de ce que la possibilité de chevauchement entre les procédures est réelle, qu'elle est perçue et qu'elle exigera tôt ou tard d'être traitée.

Tout en poursuivant la légitimation de sa marge d'appréciation élargie, l'arbitre dans l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés* a également davantage mis en lumière la question de l'objet des procédures respectives, en la tranchant toutefois nettement. Il a ainsi rappelé la dialectique désormais établie entre le « quand » et le « comment », tout en précisant immédiatement, citant à l'appui de son propos l'approche adoptée par l'arbitre dans les affaires *Etats-Unis – Loi de 1916 (CE)* et *Japon – DRAMs (Corée)*, qu'il n'est selon lui pas possible de déterminer le premier de manière parfaitement indépendante du second¹¹²⁷. Les deux parties, qui n'étaient d'accord sur rien et en particulier sur le moyen de mise en œuvre, s'entendaient toutefois pour rappeler à l'arbitre le principe de la latitude revenant au Membre responsable s'agissant du choix du moyen d'exécution de l'obligation qui résulte pour lui des recommandations de l'O.R.D. Il en a pris acte, mais a rappelé immédiatement après la constatation de l'arbitre dans l'affaire *CE – Subventions à l'exportation de sucre*, selon laquelle le Membre ne jouit pas d'un droit absolu de choisir n'importe quel moyen de mise en œuvre, et que l'exercice licite de son choix est au contraire conditionné par certaines considérations¹¹²⁸. Ces développements illustrent particulièrement ce qui s'apparente à un véritable tir à la corde entre l'arbitre et les parties, chacun insistant sur ce qu'il a le droit de faire et sur l'étendue de sa marge d'appréciation, et inversement sur ce que l'autre n'a pas le droit de faire et les limites de sa marge d'appréciation. En tout cas, le raisonnement détaillé et motivé de l'arbitre dans cette affaire a fortement contribué à justifier son approche, et par conséquent à légitimer la large portée qu'il a donnée à son examen.

Toutefois, la limite qu'il doit respecter est celle de l'objet et de la portée de la procédure de l'article 21:5. En effet, l'arbitre a précisé qu'il n'est pas de sa compétence « de déterminer la compatibilité avec le droit de l'O.M.C. de la mesure finalement prise pour se conformer », et que cette question ne pouvait être tranchée que dans le cadre d'une procédure au titre de l'article 21:5¹¹²⁹. Il a ajouté que les moyens de mise en œuvre dont dispose le Membre concerné constituent néanmoins un élément d'appréciation pertinent pour

¹¹²⁷ Décision de l'arbitre, *Brésil – Pneumatiques rechapés* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 47.

¹¹²⁸ *Ibid.*, par. 48.

¹¹²⁹ *Ibid.* V. aussi la décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Acier inoxydable (Mexique)* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 41.

son appréciation. La question cruciale est selon lui de savoir si la mesure de mise en conformité s'inscrit dans le cadre « des actions admissibles qui peuvent être prises »¹¹³⁰ pour exécuter l'obligation qui résulte des recommandations de l'O.R.D. Ce raisonnement révèle la subtilité avec laquelle l'arbitre a non seulement affirmé sa marge d'appréciation, mais surtout résolu la difficulté d'un potentiel chevauchement des procédures : c'est au moyen de la temporalité dans laquelle s'inscrivent les deux procédures concernées que la possibilité d'un recoupement matériel a été exclue. Ainsi, l'arbitrage au titre de l'article 21:3 c) a pour objet la fixation d'un délai raisonnable s'agissant de mesures disponibles pour et envisageables par le Membre responsable, c'est-à-dire *pas encore édictées*, tandis que la procédure de contrôle de la substance de l'exécution a pour objet l'examen de mesures *déjà édictées* et en vigueur. Par conséquent, quand bien même la fixation du délai raisonnable amène l'arbitre à tenir compte du moyen de mise en œuvre, ce n'est pas la compatibilité d'une mesure *déjà prise* au regard du droit de l'O.M.C. qu'il apprécie, mais les moyens dont dispose le Membre au regard de l'objectif de définir un délai raisonnable pour la mesure choisie et à *venir*.

La validité et la solidité de l'argument de l'arbitre dans cette affaire se vérifient par l'adhésion qu'il a emportée. Ainsi, dans l'affaire *Colombie – Bureaux d'entrée*, l'arbitre a procédé à une application conjuguée des considérations des arbitres notamment dans les affaires *CE – Hormones*, *Japon – DRAMs (Corée)*, *Etats-Unis – Jeux* et *CE – Subventions à l'exportation de sucre* pour décider que son appréciation tiendrait compte du moyen de mise en œuvre qu'envisageait la Colombie, qu'elle *devait* même en tenir compte car sa tâche était autrement impossible¹¹³¹. En outre, il a souligné que l'exécution de l'obligation qui résulte des recommandations de l'O.R.D. est une obligation de résultat déterminé, et que le moyen d'exécution choisi par le Membre responsable devait être non seulement compatible avec les accords de l'O.M.C., comme l'avaient précisé d'autres arbitres avant lui, mais aussi approprié quant à la forme, la nature et la teneur pour atteindre l'objectif visé de mise en conformité¹¹³². Enfin, il a

1130 Décision de l'arbitre, *Brésil – Pneumatiques rechapés* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 48. V. aussi la décision de l'arbitre, *Japon – DRAMs (Corée)* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 27.

1131 Décision de l'arbitre, *Colombie – Bureaux d'entrée* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 63.

1132 Comme pour renforcer la pertinence et même l'évidence de son propos, l'arbitre renvoyait ici à une série de décisions antérieures tendant dans le même sens, notamment dans les affaires *CE – Hormones* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 38 ; *Etats-Unis – Acier inoxydable (Mexique)* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 41 ; *Brésil – Pneumatiques rechapés* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 48 ; *Japon – DRAM (Corée)*, *op. cit.*, par. 25 (qui renvoie à l'arbitrage *CE – Morceaux de poulet* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 49, qui renvoie lui-même à la décision *Canada – Brevets pour les produits pharmaceutiques* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 41-43) ; *Chili – Système de fourchettes de prix* (21:3 c)),

appliqué et confirmé par là même le raisonnement de l'arbitre dans l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés* : la question de la compatibilité des mesures « finalement prises » pour se conformer avec les règles de l'O.M.C. relevait de la procédure de l'article 21:5, mais son appréciation au titre de l'article 21:3 c) exigeait qu'il examinât si l'action d'exécution faisait partie des actions admissibles pour mettre en œuvre les recommandations¹¹³³. En quelques mots, la différence fondamentale entre l'appréciation par un groupe spécial de la substance de la mise en conformité et celle par un arbitre du délai raisonnable est que la première porte sur des mesures *déjà* prises tandis que la seconde porte sur les mesures qui *peuvent* être prises.

2 Dévoilement spontané des systèmes juridiques internes

Le constat de l'élargissement de la marge d'appréciation de l'arbitre, avec ce qu'un tel contrôle peut avoir d'intrusif, appelle un autre constat : ce type de contrôle a pour conséquence (mais peut-être aussi partiellement pour cause ?) une attitude particulièrement, parfois même excessivement, coopérative de la part du Membre responsable et du plaignant initial. Dans l'affaire *Etats-Unis – Loi de 1916 (CE)* susmentionnée, les Etats-Unis avaient déjà amorcé la tendance d'une description détaillée des procédures internes. Elle n'a fait que prendre de l'ampleur, à l'initiative tantôt de l'une tantôt de l'autre partie.

La première modalité de cette tendance se manifeste dans les descriptions de plus en plus minutieuses par le Membre responsable de son système juridique interne et des procédures qui en sont parties, afin d'appuyer et de justifier le délai qu'il demande à l'arbitre de juger comme étant raisonnable¹¹³⁴. Particulièrement notables à cet égard sont les affaires *CE – Subventions à*

op. cit., par. 32 ; *CE – Préférences tarifaires (21:3 c)*, *op. cit.*, par. 30 ; *Etats-Unis – Réexamens à l'extinction concernant les produits tubulaires pour champs pétrolifères (21:3 c)*, *op. cit.*, par. 26 ; *Etats-Unis – Jeux (21:3 c)*, *op. cit.*, par. 33 ; et *CE – Subventions à l'exportation de sucre (21:3 c)*, *op. cit.*, par. 69.

1133 Décision de l'arbitre, *Colombie – Bureaux d'entrée (21:3 c)*, *op. cit.*, par. 64. On y voit un témoignage supplémentaire de l'approche offensive des arbitres car, comme le soulignent Mme Ruiz Fabri et M. Monnier, « tout en protestant du contraire, [ils] se montrent de plus en plus intrusifs en remettant en question la manière dont les Membres condamnés doivent se mettre en conformité, alors qu'une telle analyse relève de la compétence d'un Groupe spécial établi au titre de l'article 21:5 du MRD », in H. RUIZ FABRI et P. MONNIER, « Chronique du règlement des différends 2009-2010 », *op. cit.*, p. 922. V. aussi à ce sujet *id.*, « Chronique du règlement des différends 2008-2009 », *op. cit.*, p. 932 (au sujet de l'affaire *Etats-Unis – Acier inoxydable (Mexique)*).

1134 V. sur ce point *id.*, « Chronique du règlement des différends 2005-2006 », *op. cit.*, p. 1216-1217.

l'exportation de sucre et *CE – Morceaux de poulet*, dans lesquelles le système juridique communautaire et le droit communautaire sont exposés de manière plus méticuleuse et pédagogique que ne le fait un ouvrage spécialisé ou un manuel destiné aux étudiants de la discipline¹¹³⁵. Une telle mise à plat du système juridique interne devant l'arbitre peut s'analyser d'un côté comme la volonté du Membre d'étayer au maximum les arguments justifiant sa demande, animé par l'approche plus manifestement intrusive et le contrôle élargi qu'opère depuis peu l'arbitre. Mais d'un autre côté, on peut y voir aussi précisément la cause du caractère intrusif de l'examen effectué par l'arbitre. S'il peut évidemment décider que telle ou telle circonstance ou information n'est pas pertinente, il reste tenu, au minimum, de prendre acte des arguments présentés devant lui, et par conséquent de s'immiscer – même involontairement – dans des aspects qu'on considère traditionnellement comme relevant des affaires intérieures du Membre concerné.

La seconde modalité de la tendance au dévoilement (presque) intégral du système interne et de ses procédures apparaît dans l'attitude des plaignants initiaux. Au fil des arbitrages, les arguments des parties sont devenus de plus en plus longs, ce qui tient à la stratégie argumentative presque exhibitionniste du Membre responsable, mais surtout à ce que les plaignants initiaux semblent désormais faire un principe d'argumenter à propos de *tous* les aspects du système interne dévoilé devant eux. Ainsi par exemple dans l'affaire *Etats-Unis – Réexamens à l'extinction concernant les produits tubulaires pour champs pétrolifères*, dans laquelle le désaccord entre les parties ne portait pas tant sur le délai lui-même que sur la teneur de l'exécution et les délais y attachés, rendant par là d'autant plus délicate l'appréciation par l'arbitre. D'un côté, les Etats-Unis arguaient d'une mise en conformité en deux étapes législatives qui ne pouvaient être réalisées en parallèle¹¹³⁶, ce qui impliquait que la mesure illicite soit maintenue pendant l'intervalle entre les deux étapes. De l'autre côté, l'Argentine affirmait que, puisque la détermination en cause dans la procédure initiale était constitutive d'une violation en raison d'un manque

1135 S'agissant de la première affaire, v. la décision de l'arbitre, *CE – Subventions à l'exportation de sucre* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 11-22 et la communication des Communautés européennes ; s'agissant de la seconde, v. la décision de l'arbitre, *CE – Morceaux de poulet* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 6-18 et la communication des Communautés européennes.

1136 La première consistant à faire modifier par le U.S.D.O.C. les dispositions de sa réglementation en matière de renonciation, et la seconde consistant, une fois la réglementation modifiée promulguée, à procéder à une nouvelle détermination de la probabilité que le dumping subsiste ou se reproduise dans le cadre du réexamen à l'extinction concernant les produits en cause dans le différend initial. V. la communication des Etats-Unis, par. 16, résumée in décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Réexamens à l'extinction concernant les produits tubulaires pour champs pétrolifères* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 9.

de base factuelle, l'exécution ne pouvait intervenir par un autre moyen que le retrait immédiat de la mesure illicite. L'argumentation du plaignant initial était particulièrement offensive dans cette procédure, et c'est peut-être la raison pour laquelle l'arbitre a choisi de procéder plus subtilement, mais en revanche rigoureusement et implacablement¹¹³⁷. D'un point de vue formel, sa décision était construite comme aucune autre avant elle, son examen s'ouvrant par une partie consacrée aux « principes généraux » à suivre dans pareille procédure, avant qu'il n'évalue un à un les faits d'espèce, d'une manière singulière puisqu'il y a tissé davantage les arguments des parties que ses propres considérations, dont il n'a fait état que très sommairement dans sa décision finale. Parmi les principes évoqués, il a insisté en particulier sur la liberté de choix du moyen de mise en œuvre des Etats-Unis ; mais ensuite, par un habile renversement de situation au cours duquel il a tiré profit de l'argumentation remarquablement détaillée des parties, il a réduit le délai raisonnable à douze mois (au lieu des quinze demandés), en s'appuyant précisément sur la flexibilité des procédures dont les Etats-Unis avaient eux-mêmes longuement fait état¹¹³⁸.

La même attitude de la part du plaignant s'observe dans les affaires *CE – Subventions à l'exportation de sucre* et *CE – Morceaux de poulet*. Dans la première, bien que les Communautés eussent exposé et expliqué l'ensemble de leur système juridique, les plaignants étaient allés jusqu'à fournir des données statistiques sur les tendances et moyennes de durée des procédures législatives communautaires¹¹³⁹. Les Communautés n'avaient pas contesté la validité de ces données, dont la production par les plaignants était tout aussi intrusive qu'inhabituelle. Dans la seconde de ces affaires, les plaignants semblaient littéralement mettre un point d'honneur à argumenter sur tous les points présentés par les Communautés, tels que les durées de rédaction, de consultations, de traduction, de publication¹¹⁴⁰. On note par exemple avec une

1137 Au sujet de l'extrême ingérence non seulement que tolère la procédure, mais même à laquelle elle incite, v. H. RUIZ FABRI et P. MONNIER, « Chronique du règlement des différends 2003 », *op. cit.*, spéc. p. 1214, qui soulignent la singulière circonstance que les Membres, par l'objet de la procédure, sont amenés à argumenter et faire des déclarations au sujet des procédures internes d'un autre Membre et de leur efficacité.

1138 Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Réexamens à l'extinction concernant les produits tubulaires pour champs pétrolifères* (21:3 c)), *op. cit.*, spéc. par. 50-51. Pour un commentaire éclairant de la stratégie de l'arbitre, v. *ibid.*

1139 V. la décision de l'arbitre, *CE – Subventions à l'exportation de sucre* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 31-32 et 40, et la communication écrite de l'Australie (spéc. par. 147), où les plaignants établissaient que le délai moyen pour l'adoption d'un règlement du Conseil et de règlements d'application de la Commission établissant une nouvelle organisation commune des marchés pour les produits agricoles était de 11,4 mois, et le chiffre médian de 9,2 mois.

1140 V. la décision de l'arbitre, *CE – Morceaux de poulet* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 28.

pointe d'amusement que la Thaïlande y semblait quasiment donner une leçon de droit communautaire aux Communautés, et se révélait en tout cas remarquablement informée de l'actualité des procédures communautaires¹¹⁴¹. En somme, l'argumentation des plaignants est tout aussi sinon plus détaillée que celle du Membre responsable, et se révèle superbement contestataire et par endroits même agressive¹¹⁴².

Cela conduit au même phénomène que dans la première modalité (consistant dans la simple exposition spontanée de la part du Membre mettant en œuvre), à savoir d'amener l'arbitre à s'intéresser aux aspects présentés, discutés et contestés. Par conséquent, cela le pousse, quand bien même il n'en aurait pas l'intention, à effectuer un contrôle intrusif. Le Membre responsable est ainsi véritablement enserré : de son propre fait, car il est dans son intérêt de fournir une demande aussi motivée que possible ; par les plaignants initiaux qui ont, dans les dernières années, mis une ferveur particulière dans l'argumentation et la contestation des aspects de son système interne ; et par l'arbitre qui a considérablement mais légitimement élargi la marge d'appréciation dont il use pour effectuer la détermination du délai raisonnable. Ces développements contribuent à faire de l'arbitrage sur le délai raisonnable, pourtant discret et par conséquent peu étudié par les auteurs, la procédure la plus intrusive et la plus pressante qui existe dans le règlement des différends de l'O.M.C.

Section II Le resserrement du délai de mise en œuvre

Le deuxième phénomène observé, concomitant au premier mais également conséquence de lui, est le raccourcissement des délais accordés par l'arbitre au Membre mettant en œuvre. Les premières affaires avaient permis de clarifier la référence aux quinze mois mentionnés à l'article 21:3 c)¹¹⁴³. Une fois acquise

1141 Par exemple, la Thaïlande faisait valoir que les Communautés n'avaient pas tenu compte, dans leur calcul du délai nécessaire, des nouvelles règles de procédures régissant les consultations entre la Commission et le Comité des douanes, en vigueur depuis le 1er janvier 2006 et exposées dans la Décision 2005/960/CE de la Commission. Ces nouvelles règles éliminaient en effet une étape que les Communautés avaient pourtant incluse dans leur démonstration, à savoir la consultation avec le Comité du Code des douanes, avant la consultation formelle interservices au sujet du projet de règlement. V. *ibid.*, par. 41.

1142 V. par exemple dans l'affaire *CE – Morceaux de poulet*, les arguments du Brésil : « toute prétendue complexité de la mise en œuvre est illusoire et, par conséquent, ne justifie pas un délai de mise en œuvre plus long » (*ibid.*, par. 26).

1143 V. *supra* l'interprétation qu'en ont fait les arbitres successifs (Première partie, Titre I, Chapitre II). Pour rappel, v. notamment la décision de l'arbitre *in Japon – Boissons*

l'interprétation que le délai raisonnable devait être le plus court possible dans le système juridique du Membre responsable et que le délai de quinze mois n'était pas un délai de principe, au sens d'une obligation qui lierait l'arbitre et d'un droit auquel pourraient prétendre les Membres¹¹⁴⁴, les affaires subséquentes ont précisé que ce sont les circonstances visées à l'article 21:3 c) qui conditionnent sa longueur¹¹⁴⁵. Ce sont elles, par conséquent, qui forment le pivot de l'examen effectué par l'arbitre. Pour rappel, les circonstances pertinentes ont une fonction similaire à celle du caractère « raisonnable ». Dans l'affaire *Etats-Unis – Acier laminé à chaud*, l'arbitre avait ainsi transposé à la procédure de l'article 21:3 le raisonnement appliqué par l'Organe d'appel à l'expression « délai raisonnable » au sens de l'article 6.8 et de l'Annexe II de l'Accord antidumping : « [e]n résumé, l'expression “délai raisonnable” doit être interprétée d'une manière qui ne contredit pas les notions de flexibilité et d'équilibre qui sont inhérentes au concept de “caractère raisonnable” et qui permet de prendre en compte les circonstances propres à chaque affaire »¹¹⁴⁶. La substance même du concept n'est en effet pas différente selon qu'il s'agit de l'Accord antidumping ou du Mémoire, et le raisonnement de l'Organe d'appel est donc pertinent s'agissant du délai d'exécution.

C'est à la lumière de cette considération que l'arbitre évalue les circonstances dont les parties font état devant lui au soutien d'une demande de délai plus ou moins long. Le phénomène de resserrement du délai qu'il fixe tient à l'interprétation dans le sens le plus raisonnablement restrictif possible des circonstances favorables au Membre mettant en œuvre, qui sont visées par

alcoologiques II (21:3 c)), *op. cit.* ; *CE – Bananes III* (21:3 c)), *op. cit.* ; *CE – Hormones* (21:3 c)), *op. cit.* ; *Indonésie – Autos* (21:3 c)), *op. cit.* ; *Australie – Saumon* (21:3 c)), *op. cit.*

1144 On observe toutefois que le Membre déclaré responsable tente parfois, plus ou moins subtilement, de faire revenir l'arbitre sur cette interprétation, en présentant les quinze mois précisément comme un délai de principe auquel il aurait droit. Dans l'affaire *Colombie – Bureaux d'entrée*, la Colombie glissait ainsi au passage le « rappel » que « l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord établit un délai de principe de 15 mois comme délai raisonnable pour la mise en œuvre », décision de l'arbitre, *Colombie – Bureaux d'entrée* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 23. La démarche est plus ostensible encore dans l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés*, où le Brésil s'était aventuré à prétendre que « le délai de 15 mois mentionné à l'article 21:3 c) doit être considéré comme un “principe” plutôt que comme une “limite supérieure” », décision de l'arbitre, *Brésil – Pneumatiques rechapés* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 5.

1145 Par exemple décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd)* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 41 ; décision de l'arbitre, *Canada – Durée d'un brevet* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 36 ; décision de l'arbitre, *Chili – Système de fourchettes de prix* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 34.

1146 Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Mesures antidumping appliquées à certains produits en acier laminés à chaud en provenance du Japon*, *op. cit.*, par. 85.

l'article 21:3 (§ 1), mais également à la cristallisation de circonstances « aggravantes » qui justifient ce qui se dessine distinctement comme un délai à caractère punitif (§ 2). Le resserrement auquel conduit l'examen ainsi effectué témoigne de ce que l'arbitre met utilement sa marge d'appréciation élargie au service de l'effectivité de la procédure de l'article 21:3, et par là à la juridicisation du mécanisme.

§ 1 Interprétation restrictive des circonstances favorables au Membre mettant en œuvre

On distingue parmi les circonstances présentées devant l'arbitre et examinées par lui trois catégories principales : les contraintes qu'imposent au Membre responsable les textes juridiques en vigueur dans son ordre interne (A.), la complexité de la mise en œuvre (B.), et les facteurs économiques (C.).

A *Contraintes imposées par les instruments juridiques*

Au titre des facteurs avancés par le Membre responsable pour justifier le délai qu'il demande, ceux qui découlent des contraintes posées par les instruments juridiques de son ordre interne sont parmi les plus fréquents. Deux lignes d'argumentation principales ont été développées, tenant à des aspects de calendrier (1.) et à la procédure nécessaire pour adopter la mesure de mise en œuvre (2.).

1 Questions de calendrier

Dans un premier temps, la question a principalement été de savoir si le Membre était tenu de recourir à une procédure extraordinaire afin d'accélérer le processus de mise en œuvre (a.). Une récente affaire a également soulevé celle, inédite jusque là, de savoir si un Membre pouvait invoquer des procédures *extérieures* à son système juridique (b.).

a *Procédure extraordinaire ou procédure ordinaire ?*

L'affaire *Corée – Boissons alcooliques* a illustré pour la première fois l'argument des contraintes posées par le calendrier législatif. On l'a déjà mentionné, la Corée entendait mettre en œuvre les recommandations de l'O.R.D. en relevant les taux de taxation applicables au soju et, pour ce faire, une modification de sa loi relative à la taxe sur les alcools était nécessaire. Selon elle, pareille modification législative nécessitait au moins quinze mois car toute loi en rapport avec une modification du budget était examinée et adoptée par l'Assemblée nationale en session ordinaire, et elle impliquait des mesures à la fois du pouvoir

exécutif et de l'Assemblée nationale, ainsi que des mesures administratives additionnelles¹¹⁴⁷. Les parties convenaient de la nécessité d'une mise en œuvre par la voie législative, mais les plaignants arguaient de ce que la Corée pouvait procéder plus rapidement à la modification de sa législation fiscale, en faisant adopter les amendements au cours d'une session extraordinaire de l'Assemblée nationale, accélérant ainsi considérablement la procédure ainsi que l'entrée en vigueur de l'amendement¹¹⁴⁸. Mais l'arbitre a rejeté cet argument : il a au contraire estimé que, quand bien même le délai de mise en œuvre devrait être le plus court possible, cela ne pouvait être compris et appliqué comme exigeant du Membre responsable qu'il recoure à une procédure législative extraordinaire et à des mesures exceptionnelles, plutôt qu'à la procédure législative ordinaire¹¹⁴⁹. Par conséquent, il était raisonnable au sens de l'article 21:3 c) de permettre à la Corée de suivre sa procédure législative normale pour procéder à la modification de sa législation fiscale.

Cette approche a été confirmée et suivie dans toutes les affaires ultérieures¹¹⁵⁰. L'affaire *CE – Subventions à l'exportation de sucre* est la plus explicite et détaillée s'agissant du raisonnement de l'arbitre à ce sujet¹¹⁵¹. Les Communautés avaient appuyé leur demande par la justification de sept ensembles de circonstances pertinentes selon elles, dont quatre étaient d'ordre procédural¹¹⁵². Elles avaient notamment expliqué que la mise en œuvre exigeait l'adoption par le Conseil de l'Union européenne d'un règlement abrogeant, modifiant ou remplaçant le règlement antérieur, suivie de l'adoption de règlements d'application par la Commission européenne. Or, l'adoption d'un tel règlement était soumise à des étapes procédurales complexes : présentation d'une proposition de la Commission au Conseil, avis du Parlement européen et avis du Comité économique et social européen adressés au Conseil, consultations avec les pays ACP, et enfin adoption du règlement par le Conseil. En outre, la procédure normale impliquait que la proposition de la Commission serait examinée par plusieurs commissions du Parlement, que celles-ci émettraient des rapports qui à leur tour feraient l'objet de débats en session plénière du Parlement. Les

1147 Décision de l'arbitre, *Corée – Boissons alcooliques* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 6-7.

1148 *Ibid.*, par. 19 (argument des Communautés européennes) et 30 (argument des Etats-Unis, qui soupçonnaient au demeurant la Corée d'intentions dilatoires).

1149 *Ibid.*, par. 42.

1150 V. notamment les décisions de l'arbitre suivantes : *Etats-Unis – Article no 5*, *Loi sur le droit d'auteur* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 32 ; *Etats-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd)* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 74 ; *CE – Préférences tarifaires* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 42.

1151 Décision de l'arbitre, *CE – Subventions à l'exportation de sucre* (21:3 c)), *op. cit.*, spéc. par. 64.

1152 *Ibid.*, par. 11-20.

consultations que les Communautés incluait dans cette procédure tenaient à l'Accord de Cotonou, qui imposait aux Communautés de consulter les pays ACP lorsqu'elles projetaient de prendre des mesures susceptibles d'affecter leurs intérêts. S'agissant des règlements d'application, les Communautés soulignaient que la Commission devait adopter un ensemble complet de règlements d'application détaillés et qu'elle devait à cet effet suivre une procédure de comitologie. A ces considérations s'ajoutaient des arguments tenant aux prescriptions concernant la publication et l'entrée en vigueur des règlements en cause. Au regard de toutes ces circonstances, les Communautés estimaient qu'un délai de dix-neuf mois et douze jours serait raisonnable¹¹⁵³.

L'arbitre a rappelé les trois principes invoqués par les Communautés : le délai raisonnable doit être le délai le plus court possible dans le cadre du système juridique du Membre mettant en œuvre ; celui-ci doit utiliser toute la flexibilité et tout le pouvoir discrétionnaire dont il dispose dans le cadre de son système juridique et de l'appareil administratif afin de mettre en œuvre les recommandations dans le délai le plus court possible ; et il faut tenir compte des circonstances de l'affaire pour déterminer le délai raisonnable¹¹⁵⁴. Il a ensuite examiné les circonstances avancées par les Communautés, qui avaient notamment souligné avec insistance que la prescription selon laquelle un Membre doit utiliser toute la flexibilité dont il dispose ne devait pas être interprétée comme signifiant qu'il était tenu de recourir à une procédure extraordinaire. Elles avaient ajouté à cela que le délai raisonnable devait inclure le temps qu'exige non seulement le déroulement des étapes procédurales explicitement imposées par les instruments juridiques de son ordre interne, mais aussi celui des étapes procédurales qui constituent les pratiques législatives ou administratives « normales et "courantes" »¹¹⁵⁵. L'arbitre est convenu de cette ligne d'argumentation, que les Communautés avaient pris le soin d'étayer méticuleusement : le Membre responsable n'est pas tenu de recourir à des procédures législatives extraordinaires¹¹⁵⁶.

1153 Ce qui en aurait fait le délai le plus long jamais accordé, mais que les Communautés trouvaient néanmoins « globalement conforme » aux autres délais qu'elles s'étaient vu accordés (v. la communication écrite des Communautés européennes, par. 92), de quinze mois et six jours (*CE – Bananes III*) et de quatorze mois et onze jours (*CE – Préférences tarifaires*). L'Australie n'avait d'ailleurs pas manqué de faire remarquer ce décalage : v. la communication écrite de l'Australie, par. 197.

1154 Décision de l'arbitre, *CE – Subventions à l'exportation de sucre (21:3 c)*, *op. cit.*, par. 61.

1155 *Ibid.*, par. 64.

1156 *Ibid.*, par. 79.

Ces considérations font apparaître que l'arbitre estime que c'est le processus législatif *ordinaire*, par opposition à une procédure *extraordinaire*, qui doit servir de critère à sa fixation du délai raisonnable lorsque la mise en œuvre est réalisée par la voie législative. Par conséquent, il y a inclus également toutes les étapes juridiquement contraignantes du processus¹¹⁵⁷. En d'autres termes, c'est la nature juridiquement contraignante de la procédure de mise en œuvre qui est pertinente, au motif de l'inflexibilité des démarches et étapes qu'elle impose¹¹⁵⁸. Mais au-delà de ces facteurs, on aperçoit que l'arbitre se montre également d'une certaine souplesse, puisqu'il tient compte dans son évaluation des pratiques législatives ou administratives normales ou courantes, en d'autres termes des usages consolidés¹¹⁵⁹.

Si l'arbitre admet ainsi sans difficulté que le calendrier législatif peut être une circonstance pertinente lorsque la mise en œuvre exige un processus législatif¹¹⁶⁰, il refuse en revanche d'en tenir compte lorsque ce calendrier peut aisément être modifié. Concrètement, il rejette l'argument du calendrier législatif lorsque ni la Constitution ni la loi ni aucun autre instrument juridique, ni même aucune pratique habituelle n'impose au Membre des contraintes temporelles : toute approche plus indulgente reviendrait selon lui à donner « au calendrier [actuel de la Chambre des communes du Canada] une valeur juridique et une importance qu'il n'a simplement pas »¹¹⁶¹.

1157 Décision de l'arbitre, *Corée – Boissons alcooliques* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 42 ; décision de l'arbitre, *Canada – Brevets pour les produits pharmaceutiques* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 51 et 54 ; décision de l'arbitre, *Canada – Certaines mesures affectant l'industrie automobile – Arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, WT/DS139/12, WT/DS142/12, 4 octobre 2000, par. 47 et 53 ; décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Article 10 5), Loi sur le droit d'auteur* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 32.

1158 V. en ce sens la décision de l'arbitre, *Canada – Brevets pour les produits pharmaceutiques* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 51.

1159 Ainsi, l'arbitre a « accept[é] [...] que ces étapes, *bien que n'étant pas juridiquement contraignantes*, puissent néanmoins constituer une partie du "délai raisonnable" pour la mise en œuvre. En conséquence, j'ai tenu compte à la fois des étapes juridiquement requises en vertu de la *Loi sur les textes réglementaires* et des étapes et des durées spécifiées dans la Politique de réglementation pour évaluer et calculer comme étant obligatoire un "délai raisonnable" », *ibid.*, par. 54 (italiques ajoutés). V. également la décision de l'arbitre, *CE – Préférences tarifaires* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 42 : « [i]l n'est pas inhabituel que des systèmes juridiques nationaux ou autres respectent des conventions procédurales qui ne sont pas explicitement imposées par des instruments juridiques ».

1160 Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd)* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 70.

1161 Décision de l'arbitre, *Canada – Durée d'un brevet* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 66.

b *Procédures normatives internes et extérieures au système juridique*

En revanche, toute démarche qui se situe à l'*extérieur* des procédures normatives habituelles d'un système juridique est clairement écartée par l'arbitre. Les questions de savoir quelles étapes sont considérées comme propres à une procédure déterminée dans un système juridique, et quelles étapes au contraire lui sont étrangères et s'il convient d'en tenir compte, s'étaient posées dans l'affaire *CE – Morceaux de poulet*. Les Communautés y faisaient valoir que les constatations de l'Organe d'appel étaient diamétralement opposées à la jurisprudence établie de la C.J.C.E. Or, selon la Cour de justice, la Commission n'avait pas le pouvoir de procéder à des modifications s'agissant du champ des positions tarifaires, dès lors que celles-ci étaient fondées sur le Système harmonisé¹¹⁶². En effet, les Communautés avaient pris l'engagement, au titre de la Convention sur le Système harmonisé, de ne pas modifier le champ de leurs positions tarifaires. Dès lors, puisque mettre en œuvre les recommandations de l'O.R.D. supposait de remettre en cause la jurisprudence de la C.J.C.E., les Communautés estimaient ne pouvoir le faire que si elles avaient obtenu préalablement une décision du Comité du Système harmonisé de l'Organisation mondiale des douanes (O.M.D.) en matière de classement tarifaire. L'arbitre s'est montré particulièrement hermétique à cet argument. Il a considéré qu'il pouvait raisonnablement s'attendre à ce que la mise en œuvre soit « ordinairement obtenue par des moyens entrant entièrement dans le cadre des procédures normatives du Membre mettant en œuvre »¹¹⁶³, c'est-à-dire celles que prévoit son système juridique. Lorsque tel était le cas, la prérogative d'un Membre de choisir le moyen de mise en œuvre était particulièrement forte, et dans de pareilles conditions il était approprié de ne pas lui demander de recourir à un autre moyen de mise en œuvre, possiblement plus court¹¹⁶⁴. En l'espèce toutefois, ce qu'avaient l'intention de faire les Communautés était d'exécuter leur obli-

1162 Le Système harmonisé (Système harmonisé de désignation et de codification des marchandises) est une nomenclature internationale élaborée dans le cadre de l'O.M.D. ; son régime est établi dans la Convention internationale sur le Système harmonisé de désignation et de codification des marchandises. Il comprend 5000 groupes de produits, chaque marchandise étant désignée partout dans le monde – pour les Etats participants au système – par un même code ; 98% du commercial international de marchandises est réalisé selon cette nomenclature. Le Système harmonisé facilite ainsi l'élaboration des tarifs douaniers, permet d'harmoniser les régimes douaniers et les procédures commerciales. L'interprétation uniforme du Système harmonisé relève d'un organe spécialisé de l'O.M.D., le Comité du Système harmonisé, qui prend des décisions sur toutes les questions d'interprétation et de classement qui lui sont soumises.

1163 Décision de l'arbitre, *CE – Morceaux de poulet* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 51.

1164 *Ibid.*

gation en y faisant participer des « processus de prise de décisions *extérieurs* à son ordre juridique interne »¹¹⁶⁵. Pour l'arbitre, le recours à de tels processus extérieurs se situe hors de la mise en œuvre *normale* des recommandations de l'O.R.D.¹¹⁶⁶. Dans de pareilles circonstances, il lui semblait impossible de s'en remettre simplement à l'affirmation des Communautés que leur moyen de mise en œuvre *exigerait* le concours de processus extérieurs à leur ordre juridique¹¹⁶⁷. En d'autres termes, il rejette ici la déférence envers les assertions du Membre responsable, déférence qui établirait une sorte de présomption à son bénéfice. Le cadre de la « normalité » dont l'arbitre accepte de tenir compte se trace ainsi plus précisément : à la condition que les démarches avancées relèvent de contraintes juridiques posées par la procédure ordinaire s'ajoute celle que ces contraintes doivent être posées par l'ordre juridique *interne* ; en revanche, celles qui s'y greffent de l'*extérieur* sont considérées comme extraordinaires, et donc non pertinentes. La position de l'arbitre est en quelque sorte l'inversion exacte de ce qu'avait établi la Cour permanente de Justice internationale dans l'*Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise* : un Etat ne peut se prévaloir *que* de ses procédures législatives ou administratives internes, et en aucun cas d'engagements et contraintes extérieurs elles, pour alourdir ou autrement retarder l'exécution de l'obligation qui résulte d'un acte juridictionnel international.

¹¹⁶⁵ *Ibid.*, par. 52.

¹¹⁶⁶ *Ibid.*

¹¹⁶⁷ *Ibid.* V. aussi le commentaire in H. RUIZ FABRI et P. MONNIER, « Chronique du règlement des différends 2005-2006 », *op. cit.*, p. 1256-1257, qui soulignent en particulier que l'arbitre avait bien perçu ce qu'il y avait de stratégie dans la démarche communautaire : une décision de l'O.M.D. aurait pu modifier l'état du droit, dont les Communautés auraient ensuite utilement pu se prévaloir dans le cadre d'un contrôle de licéité par un groupe spécial de la mise en conformité. Cette éventualité a « logiquement suscité la préoccupation de l'arbitre » puisque, au mieux, la décision de l'O.M.D. pouvait ne pas contribuer à la bonne mise en œuvre des recommandations, mais aussi, même, y faire obstacle (p. 1257). A titre de comparaison, v. la décision de l'arbitre, *Brésil – Pneumatiques rechapés* (21:3 c)), *op. cit.*, qui posait une question similaire, à savoir celle d'une mise en conformité qui interviendrait par la renégociation d'un traité international, en l'occurrence le MERCOSUR. L'arbitre a considéré que l'action était admissible dans son principe, mais s'est aligné sur la jurisprudence dans l'affaire *CE – Morceaux de poulet* : la nécessité de sortir du cadre interne dans lequel est normalement élaborée et accomplie la mise en œuvre n'était pas établie. V. également le commentaire à ce sujet in H. RUIZ FABRI et P. MONNIER, « Chronique du règlement des différends 2008-2009 », *op. cit.*, p. 931.

2 Nature de la procédure : législative, administrative et judiciaire
 Pendant plus d'une décennie, les arguments des parties au sujet de questions de procédure ont porté essentiellement sur la question de savoir si la mesure de mise en œuvre exigeait réellement une action législative ou si une mise en œuvre par la voie administrative était suffisante (a.). Plus récemment s'est ajoutée à ces hypothèses celle d'une mise en œuvre par la voie judiciaire (b.).

a *Procédure législative ou procédure administrative ?*

Le deuxième thème d'argumentation le plus fréquemment invoqué est celui de la procédure, législative ou administrative, à laquelle doit recourir le Membre pour mettre en œuvre les recommandations de l'O.R.D. L'idée générale véhiculée par les arguments des parties, et que les arbitres ont confirmée, est presque une évidence : une mise en œuvre qui requiert une action législative nécessitera en moyenne un délai plus long qu'une mise en œuvre par la voie administrative. Plusieurs affaires ont permis de préciser les considérations pertinentes à cet égard et dont l'arbitre accepte par conséquent de tenir compte.

Le premier différend dans lequel l'argument de la procédure a été avancé et accepté est l'affaire *CE – Bananes III*. Les Communautés y avaient évoqué la complexité d'un processus qui faisait intervenir le Parlement européen, la Commission européenne et le Conseil de l'Union européenne¹¹⁶⁸, et l'arbitre a reconnu la complexité démontrée de la procédure et fixé, en partie sur la base de ce facteur, un délai de mise en œuvre de quinze mois et une semaine¹¹⁶⁹. Cette décision, la première dans son genre, est remarquable dans sa brièveté : six pages de texte, dont à peine une consacrée au raisonnement de l'arbitre. On est bien loin encore des décisions dans lesquelles l'arbitre expose longuement son raisonnement, et l'impression d'une décision potentiellement arbitraire et en tout cas péremptoire s'en dégage fortement. En effet, le paragraphe pertinent déclame simplement, avec autorité : « Les parties plaignantes ne m'ont pas convaincu qu'il existe en l'espèce des "circonstances" justifiant un délai plus court que celui prévu en principe à l'article 21.3 c) du Mémorandum d'accord. Par ailleurs, la complexité du processus de mise en œuvre, dont les Communautés européennes ont fait la démonstration, semble militer en faveur du respect du principe, à une légère modification près, de sorte que le "délai raisonnable" pour la mise en œuvre expirerait le 1er janvier 1999 »¹¹⁷⁰.

Au regard de la réussite de leur plaidoirie, les Communautés se sont de nouveau servies de cette ligne d'argumentation dans l'affaire *Indonésie – Autos*,

¹¹⁶⁸ Décision de l'arbitre, *CE – Bananes III* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 7.

¹¹⁶⁹ *Ibid.*, par. 19-20.

¹¹⁷⁰ *Ibid.*, par. 19.

dans laquelle elles étaient l'une des parties plaignantes, mais en renversant cette fois l'argument. Rappelant à l'arbitre qu'il devait tenir compte de la nature de la mesure de mise en œuvre ainsi que de la procédure requise pour l'adopter dans le système interne¹¹⁷¹, elles considéraient que le délai déterminé par l'arbitre devait être plus court, car les mesures concernées relevaient de l'Exécutif indonésien et non pas du corps législatif. Si l'argument était pertinent selon l'arbitre, sa décision a finalement été davantage fonction de la crise économique que traversait alors le pays que de la dichotomie procédure législative / procédure administrative¹¹⁷².

L'idée qu'une mise en œuvre par la voie législative requiert, en général, un délai plus long qu'une mise en œuvre par la voie administrative s'est rapidement établie comme un véritable principe directeur. La décision dans l'affaire *Canada – Brevets pour les produits pharmaceutiques* en a posé le véritable fondement et se révèle particulièrement instructive à cet égard, dans la mesure où l'arbitre y a établi, de façon générale et abstraite, c'est-à-dire sans y être appelé par un argument des parties, plusieurs exemples au titre des circonstances pertinentes pouvant influencer sur la longueur du délai accordé, et parmi lesquels se trouvait la nature de l'action à entreprendre pour réaliser la mise en œuvre. Ainsi, « si la mise en œuvre se fait par un moyen *administratif*, tel qu'un règlement, le "délai raisonnable" sera alors normalement plus court que si elle se fait par un moyen *législatif* »¹¹⁷³. L'arbitre estimait en effet qu'il pouvait raisonnablement présumer qu'un règlement puisse être plus rapidement modifié qu'une loi : quand bien même un processus administratif puisse être long, le processus législatif l'est généralement encore plus¹¹⁷⁴. Le constat ici établi est devenu par la suite un véritable principe déterminant dans le raisonnement de nombreux arbitres¹¹⁷⁵.

Il peut aussi apparaître implicitement, comme dans l'affaire *Etats-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd)*, où il est employé au soutien d'un raisonnement portant sur la flexibilité du processus législatif américain. Les

1171 Décision de l'arbitre, *Indonésie – Autos* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 13.

1172 *Ibid.*, par. 25. V. *infra*, C., au sujet de la prise en compte de facteurs économiques.

1173 Décision de l'arbitre, *Canada – Brevets pour les produits pharmaceutiques* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 49.

1174 *Ibid.*

1175 V. notamment, parmi les plus anciennes décisions approuvant et appliquant ce constat, les décisions de l'arbitre in *Etats-Unis – Article no 5*, *Loi sur le droit d'auteur* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 34 (qui renvoie à la décision de l'arbitre dans l'affaire *Canada – Brevets pour les produits pharmaceutiques*) ; *Canada – Durée d'un brevet* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 41 (même renvoi) ; *Australie – Saumon* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 38 (qui se fonde sur la décision dans l'affaire *CE – Hormones*) ; *Chili – Système de fourchettes de prix* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 38.

Etats-Unis arguaient que les facteurs pertinents pour l'appréciation par l'arbitre étaient la nature juridique de la mesure de mise en œuvre, sa complexité technique et le temps nécessaire conformément au système existant¹¹⁷⁶. S'agissant du premier argument, la loi étant une législation dite impérative, les Etats-Unis étaient d'avis que la mise en œuvre ne pouvait intervenir que par une action législative¹¹⁷⁷. Tout en soulignant la flexibilité du processus législatif américain et que ni les étapes constituant ce processus ni leur durée n'étaient requises ou déterminées par la loi, l'arbitre a souligné que la nécessité d'une intervention législative est une circonstance dont il doit tenir compte¹¹⁷⁸. C'est ce qui l'a amené à admettre l'argument selon lequel, en dépit de sa flexibilité apparente, l'ensemble du processus législatif est en réalité contrôlé exclusivement par le Congrès américain¹¹⁷⁹. En d'autres termes, le critère déterminant est celui de la nécessité du recours à la procédure législative, à l'exclusion de la possibilité d'une mise en conformité par une action simplement administrative. Au regard de ce facteur, l'arbitre a refusé d'admettre la voie législative dans l'affaire *Etats-Unis – Acier inoxydable (Mexique)* – la toute première fois qu'il refusait au Membre responsable la voie législative que celui-ci prônait –, dans la mesure où les Etats-Unis avaient admis ne pas encore savoir s'ils auraient recours à la voie administrative ou à la voie législative, et surtout qu'une action législative n'était en l'occurrence pas indispensable pour se conformer aux recommandations et décisions de l'O.R.D.¹¹⁸⁰.

Si la règle a été appliquée dans de nombreux arbitrages, ce n'est que dans l'affaire *CE – Morceaux de poulet* que l'arbitre en a étayé plus longuement les

1176 Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd)* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 8.

1177 *Ibid.*, par. 9.

1178 *Ibid.*, par. 74.

1179 *Ibid.*

1180 Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Acier inoxydable (Mexique)* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 11 (et communication des Etats-Unis, par. 10), et surtout par. 53 : « je ne suis pas persuadé que les Etats-Unis ne sont pas en mesure d'éliminer la méthode de la réduction à zéro simple dans les réexamens périodiques par une action administrative, ni qu'une mise en œuvre législative serait forcément plus efficace qu'une mise en œuvre administrative. Dans ces circonstances, je m'intéresse maintenant au délai dans lequel une action administrative éliminant la méthode de la réduction à zéro simple dans les réexamens périodiques pourrait être menée à bien ». V. aussi le commentaire de cette décision in H. RUIZ FABRI et P. MONNIER, « Chronique du règlement des différends 2008-2009 », *op. cit.*, p. 932-933. Les auteurs soulignent cependant que l'approche de l'arbitre s'explique pour partie par l'attitude des Etats-Unis, dont la candeur avait donné la latitude pour resserrer les conditions de la mise en œuvre (spéc. p. 932).

raisons. Les Communautés avançaient entre autres que la modification du règlement en cause par la Commission s'analysait comme un processus législatif, dans la mesure où le pouvoir de la Commission était tiré d'une délégation du Conseil de l'Union européenne. L'arbitre ne l'a pas entendu ainsi et a précisé les contours d'une action législative admissible comme circonstance pertinente : « une action administrative peut généralement être accomplie par une seule institution (souvent le pouvoir exécutif) du Membre mettant en œuvre, alors qu'une action législative nécessite généralement la participation d'institutions supplémentaires (généralement au moins le pouvoir législatif – dont le processus sera probablement plus lent et plus délibératif – peut-être aussi en association avec le pouvoir exécutif) »¹¹⁸¹. En appliquant ces considérations, il a constaté que les actions de mise en œuvre proposées par les Communautés étaient censées être accomplies exclusivement par la Commission, sans participation du Conseil ni du Parlement européen. Dans ces conditions, l'arbitre a refusé de les considérer comme étant de nature législative au sens qu'il donne au terme, et a décidé au contraire de traiter le processus de mise en œuvre comme étant de nature administrative¹¹⁸².

Dans le sillage de cet argument principal se trouvent des considérations connexes à la nature juridique de l'action de mise en œuvre requise. Si la procédure nécessaire est législative, on l'a indiqué, l'arbitre prend en considération toutes les étapes contraignantes inhérentes à la procédure, ainsi que de tous les facteurs découlant de ces contraintes. Il a ainsi tenu compte de ce qu'un projet de loi n'avait pu être déposé au Congrès pendant un certain nombre de mois parce que le nouveau Congrès ne s'était pas encore réuni au moment où la procédure d'arbitrage avait été engagée¹¹⁸³. L'argument des étapes préliminaires de consultations entre les parties intéressées est également un facteur pertinent, l'arbitre les estimant légitimes dans une société démocratique¹¹⁸⁴. Un certain nombre d'autres facteurs avancés au titre de la procédure législative ont en revanche été fermement rejetés. A titre d'exemple, l'arbitre a refusé de tenir compte de ce que les vacances d'été intervenaient dans la période de mise en œuvre¹¹⁸⁵, est resté insensible à l'argument de la majorité politique

1181 Décision de l'arbitre, *CE – Morceaux de poulet* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 67.

1182 *Ibid.*

1183 Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Article no 5), Loi sur le droit d'auteur* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 45 ; décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Loi de 1916* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 44.

1184 Décision de l'arbitre, *Chili – Système de fourchettes de prix* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 42 et 49-52.

1185 Décision de l'arbitre, *Canada – Brevets pour les produits pharmaceutiques* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 61. On détecte même dans la décision de l'arbitre Bacchus une pointe d'humour lorsqu'il traite (et expédie) l'argument des vacances d'été.

du moment au sein de l'organe législatif, et par conséquent à celui que ladite majorité serait susceptible de retarder le processus législatif¹¹⁸⁶, et n'a pas tenu compte de ce qu'un nombre élevé de lois étaient soumises au législateur, ni du nombre élevé de projets de lois qui n'aboutissaient pas¹¹⁸⁷. De même, dans le cas d'une mise en œuvre par la voie législative, l'arbitre a refusé d'accorder un délai supplémentaire pour l'adoption de mesures réglementaires d'exécution, dont il a considéré qu'elles avaient à être élaborées simultanément au processus d'amendement législatif¹¹⁸⁸. Il n'a pas non plus tenu compte de potentielles difficultés à déterminer le contenu de la loi d'amendement envisagée au titre de la mise en œuvre, considérant au contraire qu'il s'agissait là d'une étape normale de tout processus législatif¹¹⁸⁹. L'impression qu'on en tire est celle d'une souplesse raisonnable de l'arbitre, qui accepte de tenir compte de tous les facteurs qui s'imposent juridiquement au Membre mettant en œuvre, tandis que tous les inconvénients relevant de l'ordre du prévisible sont rejetés, notamment tous ceux tenant aux aléas de la vie politique.

b *Mise en conformité par voie judiciaire*

L'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés* a attiré l'attention à plus d'un égard. L'un d'eux, et parmi les plus innovants, était la méthode de mise en œuvre proposée par le Brésil. Pour rappel, le différend entre le Brésil et les Communautés européennes était né de ce que le Brésil, pays « importateur » de déchets (en l'occurrence des pneumatiques usagés) mais victime des conséquences sanitaires et environnementales de sa politique d'importation, avait interdit à partir de 2000 l'importation de pneus rechapés. Cette démarche avait entraîné de vives réactions : d'une part, des entreprises brésiliennes avaient attaqué les mesures d'application de la prohibition et obtenu des injonctions judiciaires qui leur permettaient de poursuivre leurs importations ; d'autre part, l'Uruguay avait attaqué les mesures d'interdiction devant le tribunal arbitral du MERCOSUR, qui avait déclaré illicites les mesures brésiliennes¹¹⁹⁰. Suite à cette condamnation, le Brésil avait décidé d'exempter les pays du MERCOSUR de l'interdiction

1186 *Ibid.*, par. 60.

1187 Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Loi de 1916* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 38.

1188 Décision de l'arbitre, *Corée – Boissons alcooliques* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 46.

1189 Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Article 10 5), Loi sur le droit d'auteur* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 42.

1190 On note avec intérêt et surprise que le Brésil n'avait alors pas fait valoir l'argument sanitaire et environnemental qui aurait permis de justifier la violation de ses engagements au titre du MERCOSUR. Il corrigea ce défaut au cours du contentieux devant le juge de l'O.M.C., mais avec un succès très relatif, puisque limité à la justification provisoire de sa mesure au titre de l'alinéa b) de l'article XX du GATT.

à partir de 2004. C'est dans ce contexte que les Communautés avaient contesté les mesures d'interdiction, au motif qu'elles seraient incompatibles avec les engagements du Brésil au titre de l'O.M.C. (notamment les articles XI:1 et III:4 du GATT), et que l'exemption pour les pneus rechapés originaires des pays du MERCOSUR était incompatible avec les articles I:1 et XIII:1 du GATT de 1994. Le Brésil avait cette fois-ci bien invoqué les exceptions générales de l'article XX du GATT, plus précisément ses alinéas b) et d), mais l'Organe d'appel avait confirmé l'illicéité de la prohibition constatée par le groupe spécial. Le Brésil, soumis à l'obligation de mise en conformité, se trouvait alors dans une situation impossible, faisant face aux obligations contradictoires qui résultaient de deux décisions contradictoires, issues de mécanismes juridictionnels internationaux différents. Résoudre ce dilemme n'était possible qu'en abrogeant son interdiction d'importation. En d'autres termes, il lui aurait fallu renoncer à sa politique sanitaire et environnementale, c'est-à-dire ouvrir son marché aux déchets du monde entier.

Au titre de la mise en œuvre des recommandations, le Brésil a indiqué qu'il comptait notamment arrêter les importations de pneus usagés en vertu d'injonctions judiciaires, et c'est à ce sujet que l'affaire présentait une nouveauté. Rappelant que le Membre responsable dispose d'une certaine latitude pour choisir le moyen d'exécution dans son système interne, le Brésil exposait une mise en œuvre par la voie judiciaire. En effet, pour arrêter effectivement les importations de pneus usagés en vertu d'injonctions judiciaires, le gouvernement avait engagé une procédure devant la Cour suprême fédérale (plus précisément une procédure d'allégation de violation d'un principe fondamental) : le Président demandait à la Cour suprême d'établir que les importations de pneus rechapés constituaient une violation du droit constitutionnel fondamental à un environnement équilibré¹¹⁹¹. Le Brésil faisait valoir devant l'arbitre au titre de l'article 21:3 c) qu'une décision favorable de la Cour suprême (constatant la constitutionnalité de l'interdiction d'importation) aurait pour effet d'abroger les injonctions existantes, d'interdire l'octroi d'injonctions futures, et permettrait en ce sens au Brésil d'aligner sa législation sur ses obligations au titre de l'O.M.C. En quelques mots, le Brésil entendait procéder à la mise en conformité au moyen d'une décision de la Cour suprême qui confirmerait la constitutionnalité de la mesure en place, déclarée illicite par le juge international.

L'arbitre a souligné qu'il lui était impossible d'apprécier la date à laquelle la mise en œuvre devait être accomplie sans tenir compte du moyen choisi, et tout particulièrement sans examiner s'il faisait partie des actions admissibles au titre de l'exécution. Selon lui, le Brésil s'était trouvé devant une alternative :

1191 Communication du Brésil, par. 40.

soit il levait purement et simplement l'interdiction d'importer des pneus rechapés et supprimait ainsi l'illicéité, soit il modifiait l'interdiction d'importer existante d'une manière qui remédiait aux incompatibilités avec l'article XX s'agissant des importations de pneus usagés en vertu d'injonctions judiciaires et de l'exemption de la prohibition d'importer des pneus usagés accordée aux pays du MERCOSUR¹¹⁹². Et c'était bien cette deuxième voie que le Brésil avait choisie, présentée à l'arbitre et motivée. L'arbitre, confronté pour la première fois à une telle hypothèse, a alors envisagé que la mise en œuvre puisse effectivement intervenir par la voie judiciaire ; ou plutôt, il a refusé de considérer qu'elle « puisse être exclue *a priori* du cadre des actions admissibles » au titre de la mise en œuvre des recommandations¹¹⁹³. Il a justifié sa position au motif que le degré de contrôle exercé par le gouvernement pouvait être différent selon qu'il s'agit du pouvoir exécutif, du pouvoir législatif ou du pouvoir judiciaire. Dans ces conditions, une action de mise en œuvre, par la voie législative ou judiciaire, pouvait très bien ne pas être exécutée telle que l'envisageait le gouvernement. Il reste que « la possibilité qu'il n'y ait pas la mise en œuvre recherchée n'a pas été considérée par les précédents arbitres comme une raison pour mettre en question l'admissibilité de la mise en œuvre par voie législative, pas plus, selon moi, qu'elle n'exclut l'action judiciaire des divers moyens de mise en œuvre admissibles »¹¹⁹⁴. Quoiqu'elle fût inédite, sa décision était logique, et elle était peut-être confortée par l'indication du Brésil que plusieurs décisions récentes de la Cour suprême permettaient de s'attendre à une décision favorable, en d'autres termes une solution juridique conforme aux obligations du Brésil au titre de l'O.M.C. En revanche, l'arbitre a rejeté le délai de vingt-et-un mois proposé par le Brésil : la Cour suprême pouvait parfaitement procéder à un examen prioritaire de l'affaire concernée, examen prioritaire qui n'a rien selon lui d'une procédure extraordinaire¹¹⁹⁵.

B *Complexité de la mesure de mise en œuvre*

Une circonstance fréquemment invoquée à titre complémentaire est la complexité de la mise en œuvre. Celle-ci peut prétendument tenir soit à des aspects formels (1.), à des facteurs politiques (2.) ou aux engagements internationaux qui obligent par ailleurs le Membre responsable (3.).

1192 Décision de l'arbitre, *Brésil – Pneumatiques rechapés* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 58.

1193 *Ibid.*, par. 68. V. également le commentaire sur ce point in H. RUIZ FABRI et P. MONNIER, « Chronique du règlement des différends 2008-2009 », *op. cit.*, p. 930-931.

1194 Décision de l'arbitre, *Brésil – Pneumatiques rechapés* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 68.

1195 *Ibid.*, notamment par. 73.

1 Complexité formelle

Les Membres font valoir dans de nombreux cas, souvent à titre subsidiaire, la complexité formelle de la mesure de mise en œuvre, au soutien d'une demande de délai relativement long. Les arbitres se montrent néanmoins peu enclins à leur accorder une quelconque valeur pour leur décision. Ils avaient pourtant, dès les tout débuts de la pratique de l'arbitrage de l'article 21:3, établi que la complexité de la mise en œuvre pouvait être un facteur pertinent, et par conséquent laissé entendre – ou du moins c'est ce que les Membres ont entendu – qu'une argumentation bien construite pouvait influencer sur la fixation d'un délai plus long. Certes, dans l'affaire *CE – Bananes III*, l'arbitre n'y avait consacré qu'une phrase : « la complexité du processus de mise en œuvre, dont les Communautés européennes ont fait la démonstration, semble militer en faveur du respect du principe [des quinze mois de l'article 21:3] »¹¹⁹⁶, mais partant d'elle, les Membres ont inféré que l'argument était pertinent et l'ont considérablement développé dans des arbitrages ultérieurs.

Cette tendance a incité un arbitre à consacrer un développement distinct et plus explicite à la question. Dans l'affaire *Canada – Brevets pour les produits pharmaceutiques*, il a ainsi expliqué qu'une mise en œuvre qui ne pouvait être effectuée qu'au moyen de nouveaux règlements de vaste portée, ayant une incidence sur de nombreux secteurs d'activité, exigerait un temps suffisant pour la rédaction des changements, les consultations avec les parties concernées et les modifications consécutives qu'impliquaient ces changements ; par opposition, une mise en œuvre au moyen de l'abrogation d'une disposition courte et peu complexe pouvait être réalisée très rapidement¹¹⁹⁷. L'arbitre convenait certes que la « complexité » alléguée n'était pas simplement une question de nombre de pages, mais il estimait néanmoins qu'on pouvait raisonnablement supposer que la complexité d'un projet de règlement était, dans la plupart des cas, fonction de sa longueur¹¹⁹⁸. C'est sur la base de ces considérations qu'il a rejeté les arguments canadiens, précisément parce que la complexité alléguée

1196 Décision de l'arbitre, *CE – Bananes III* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 19.

1197 Décision de l'arbitre, *Canada – Brevets pour les produits pharmaceutiques* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 50.

1198 *Ibid.* L'observation de l'arbitre dans l'affaire *CE – Subventions à l'exportation de sucre* (21:3 c)), *op. cit.*, spéc. par. 88, tendait dans le même sens : « [j]e ne suis pas persuadé que le critère de la "complexité" soit rempli, comme semblent le suggérer les Communautés européennes, chaque fois que la mise en œuvre des recommandations et décisions de l'ORD exige plus que "simplement... réécrire une disposition juridique isolée ou... tout simplement abroger toute la mesure en cause" » (par. 45 de la communication écrite des Communautés européennes).

paraissait factice : il s'agissait de modifier *une* phrase figurant dans un projet de règlement, « [r]ien de plus »¹¹⁹⁹.

2 Complexité politique

Dans l'affaire précitée, le Canada avait par ailleurs fait valoir que la mesure concernée était « une question politique très délicate »¹²⁰⁰, ce qui avait suscité une réaction vive mais aussi amusée de l'arbitre. Le caractère contentieux de la mesure n'avait selon lui aucune pertinence dès lors que rien dans l'article 21:3 ne lui permettait de supposer qu'il devait en avoir, et, comme il l'a ironiquement remarqué, parce que « tous les différends portés devant l'O.M.C. sont "contentieux" sur le plan intérieur du moins jusqu'à un certain point ; s'ils ne l'étaient pas, les Membres de l'O.M.C. n'auraient pas besoin de recourir à la procédure de règlement des différends »¹²⁰¹. Cette position a été maintes fois réitérée, les Membres ne se décourageant pas d'invoquer l'argument de la complexité politique, alors même qu'il a jusqu'ici emporté peu de succès.

Pourtant, l'intransigeance manifestée dans cette affaire avait été amorcée dès l'affaire *Japon – Boissons alcooliques*, et ne s'est ensuite que consolidée et précisée. Le Japon y avait fait état de la complexité de la mise en œuvre¹²⁰², déclenchant incidemment une vague de protestations de la part des États-Unis. Ceux-ci étaient en effet d'avis que les difficultés de caractère économique et/ou social et les tensions politiques étaient inévitables lorsqu'un gouvernement projetait de mettre fin à la protection accordée jusque là à une branche de production nationale, et ajoutaient que « [p]our l'arbitre, la question est de savoir quel est le délai le plus court dans lequel la mise en œuvre est réalisable et non pas si un délai plus long rendrait la mise en œuvre moins pénible et moins difficile pour le Membre concerné »¹²⁰³. La décision de l'arbitre, aussi peu motivée que l'étaient toutes celles de la période de démarrage du mécanisme, n'a rien révélé de son opinion propre au sujet de l'argument avancé, sinon qu'il y était parfaitement insensible. Quel que soit la partie qui l'avance, d'ailleurs, puisqu'il a indiqué que les circonstances invoquées par le Japon ne l'avaient pas convaincu – mais qu'il avait tout aussi peu été convaincu par celles exposées par

1199 Décision de l'arbitre, *Canada – Brevet pour les produits pharmaceutiques* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 60.

1200 Communication du Canada, par. 28, reproduit dans la décision de l'arbitre, *Canada – Brevet pour les produits pharmaceutiques* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 20.

1201 Décision de l'arbitre, *Canada – Brevet pour les produits pharmaceutiques* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 60.

1202 Décision de l'arbitre, *Japon – Boissons alcooliques II* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 18.

1203 *Ibid.*, par. 13.

les Etats-Unis. Par conséquent, il a préféré se tenir prudemment aux quinze mois qu'indique l'article 21:3¹²⁰⁴.

Mais cela ne signifie pas que l'arbitre refuse systématiquement, en quelque sorte par principe, l'argument de la complexité politique de la mesure d'exécution¹²⁰⁵. Il se montre au contraire sensible à l'argument des choix législatifs qu'elle implique et de leur impact, notamment de ce que la mise en conformité d'une mesure illicite suppose la révision entière du système législatif. L'affaire *Chili – Système de fourchettes de prix* illustre le plus notablement cette inclination. Le seul fait qu'une question est controversée n'est pas une circonstance pertinente dont l'arbitre estime devoir tenir compte¹²⁰⁶, mais il a considéré que les faits présentaient des caractéristiques allant bien au-delà de la simple controverse. Le système de fourchettes de prix était en effet « intégré si profondément » dans les politiques chiliennes que toute modification soulevait une opposition qui n'était pas seulement celle de groupes d'intérêts concernés par une perte de protection, mais qui témoignait plus largement d'un débat sérieux au sein et à l'extérieur du corps législatif au sujet des moyens d'exécuter l'obligation qui résulté des recommandations de l'O.R.D.¹²⁰⁷. Les circonstances déterminantes étaient ici la durée d'existence du système de fourchettes de prix, que ledit système était situé « au cœur même de la politique agricole du Chili », et qu'il y tenait lieu de mécanisme de régulation des prix¹²⁰⁸. Ces considérations ont fait observer à l'arbitre que le système en cause jouait un rôle unique et qu'il avait un retentissement dans la société chilienne dont il se devait de tenir compte dans sa fixation du délai raisonnable¹²⁰⁹.

1204 *Ibid.*, par. 27.

1205 L'arbitre a par exemple estimé nécessaire de tenir compte de l'élargissement de l'Union européenne, qui passait de quinze à vingt-cinq Etats membres, une circonstance qu'il a jugée pertinente aux fins de sa détermination en ce qu'il était probable qu'elle allongeaient le délai nécessaire pour mener à bien certaines étapes du processus de mise en œuvre, v. la décision de l'arbitre, *CE – Préférences tarifaires* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 53. En revanche, il rejeta l'argument selon lequel l'élection d'un nouveau président pouvait avoir une incidence sur la capacité du Membre à accomplir dans des conditions normales les démarches en vue de la mise en œuvre (l'argument a été présenté à trois reprises par les Etats-Unis, dans les affaires *Etats-Unis – Loi sur la compensation* (Amendement Byrd), *Etats-Unis – Article no 5*), *Loi sur le droit d'auteur*, et *Etats-Unis – Loi de 1916*), in décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Loi de 1916* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 40.

1206 Décision de l'arbitre, *Chili – Système de fourchettes de prix* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 47.

1207 *Ibid.*, par. 48.

1208 *Ibid.*

1209 *Ibid.*

Le succès dans l'affaire chilienne de l'argument du caractère contentieux de la mesure d'exécution reste toutefois un cas unique, ce qui témoigne bien de ce que l'arbitre en fait une appréciation prudente et restrictive. Par exemple, dans l'affaire *CE – Subventions à l'exportation de sucre*, les Communautés ont invoqué cette jurisprudence mais l'arbitre a jugé tout à fait inopportun la comparaison avec le cas chilien. Elles faisaient notamment valoir, en recourant stratégiquement aux mêmes expressions que celles employées par l'arbitre dans l'affaire chilienne, que l'incidence des mesures de mise en œuvre sur la société européenne exigeait un « débat sérieux » au motif que le régime communautaire applicable au sucre avait un « caractère ancien », qu'il était « profondément intégré » dans les politiques communautaires, et qu'il remontait dans certains cas « aux guerres napoléoniennes du début du XIX^e siècle »¹²¹⁰. Mais l'arbitre est resté intransigeant face à ces arguments, quoiqu'il l'ait exprimé de façon quelque peu laconique par comparaison à l'emphase de la plaidoirie communautaire. Il a simplement constaté ne pas être « persuadé » de ce que les subventions en cause présenteraient un caractère politiquement contentieux qui les distinguerait fondamentalement de toute autre mesure susceptible de faire l'objet d'un différend dans le cadre de l'O.M.C. ; la mise en œuvre, selon lui, ne soulevait pas des préoccupations comparables à celles qu'avait reconnues l'arbitre dans l'affaire chilienne¹²¹¹.

3 Complexité tenant aux engagements internationaux

Toujours selon la même approche étroite, la complexité que représentait l'obligation d'exécuter simultanément tous les engagements internationaux pris ne convainc pas les arbitres. Ainsi, ils n'admettent pas l'argument selon lequel la mise en œuvre serait particulièrement complexe en raison de l'articulation délicate qu'elle devait opérer entre ensembles normatifs différents, par exemple comme dans l'affaire *CE – Bananes III* entre les accords de l'O.M.C. et la Convention de Lomé¹²¹². De même, l'exigence d'élaborer une mesure de mise en œuvre compatible avec les obligations découlant des accords O.M.C. ne peut en aucun cas être considérée comme un facteur de complexité qui mériterait une prise en considération particulière. On en comprend aisément

¹²¹⁰ Communication écrite des Communautés européennes, par. 81.

¹²¹¹ Décision de l'arbitre, *CE – Subventions à l'exportation de sucre* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 90.

¹²¹² Décision de l'arbitre, *CE – Bananes III* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 19. Les Communautés européennes y avaient fait valoir l'« équilibre délicat » que devait respecter la modification de leur régime d'importation des bananes, entre les obligations qui résultent d'un côté de leur qualité de Membre de l'O.M.C., et de l'autre côté de leur participation au régime instauré par la quatrième Convention de Lomé ACP-CEE (spéc. par. 6).

la raison, car si un seul arbitre se montrait sensible à l'argument, rien ne justifierait que les arbitres ultérieurs le rejettent : chaque Membre est confronté à la difficulté de faire concorder son droit interne avec ses engagements internationaux, qui peuvent en effet constituer un tissu complexe, mais la difficulté n'est pas propre aux Membres responsables qui doivent mettre fin à leur mesure illicite, tout comme elle n'est plus largement pas propre au système de l'O.M.C. Elle est commune à l'ensemble des Etats dans l'ordre international, dès lors qu'ils s'obligent au plan international, et l'argument de la complexité qui en résulte dans l'ordre interne est en ce sens parfaitement banal. La nécessité d'élaborer une loi de mise en conformité avec le droit international, et de le faire d'une manière qui soit, précisément, conforme au droit international ne peut en aucun cas être considérée comme un facteur de complexité : chaque mesure interne édictée en vue de la mise en œuvre des recommandations de l'O.R.D. (et n'importe quelle autre mesure interne aussi, au demeurant) doit être conçue et rédigée en tenant compte des obligations résultant pour le Membre concerné des accords de l'O.M.C.¹²¹³. On détecte même un certain amusement chez l'arbitre lorsqu'il ajoutait que si la notion même de mise en œuvre tolérerait une distinction entre les mesures conformes au droit de l'O.M.C. et celles non conformes, et que le caractère conforme de la mesure était admis, en lui-même, comme un facteur de complexité justifiant un délai plus indulgent, alors toute mesure de mise en œuvre licite, puisqu'elle serait plus exigeante et donc incommoderait davantage le Membre, devrait être considérée comme complexe ; dans ces conditions, la complexité ne serait plus une « circonstance » au sens de l'article 21:3, elle serait le sort normal de toute mise en œuvre¹²¹⁴. On comprend bien le sens du raisonnement presque par l'absurde que souligne l'arbitre, tant il paraît curieux qu'un Membre demande une « récompense » parce qu'il exécuterait ses obligations internationales de manière licite et non pas illicite. Quelques années plus tard, l'arbitre s'est montré tout aussi intraitable devant l'argument, mais en l'exprimant plus sévèrement. Dans l'affaire *CE – Subventions à l'exportation de sucre*, il a en effet considéré que l'objectif de la mesure, c'est-à-dire l'exécution d'une obligation résultant de sa responsabilité pour comportement illicite, était précisément un élément qui justifiait un dévouement particulier à l'édicter le plus rapidement possible, en usant de toute la flexibilité et de tout le pouvoir discrétionnaire disponibles dans son système juridique¹²¹⁵.

1213 Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd)* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 60.

1214 *Ibid.*

1215 Décision de l'arbitre, *CE – Subventions à l'exportation de sucre* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 85.

C *Considérations économiques*

Une dernière catégorie de circonstances concerne les considérations d'ordre économique, et l'arbitre est ici susceptible d'assouplir sa rigueur. En effet, les facteurs dont il se montre le plus enclin à tenir favorablement compte (pour le Membre mettant en œuvre) sont la situation économique (1.), et le statut de pays en développement (2.).

1 Situation de crise économique

La seule affaire dans laquelle la situation économique du pays semble avoir joué un rôle déterminant, se surajoutant au statut de pays en développement du Membre mettant en œuvre et rendant ce statut particulièrement pertinent, est l'affaire *Indonésie – Autos*. La décision de l'arbitre se révèle intéressante, y compris s'agissant des arguments très variés présentés par les parties. En phase initiale, le groupe spécial avait constaté que certaines mesures indonésiennes, notamment les prescriptions relatives à la teneur en éléments d'origine locale, étaient constitutives d'une discrimination au sens de l'article III:2 du GATT¹²¹⁶. Après l'adoption des recommandations de mise en conformité le 23 juillet 1998, l'Indonésie avait immédiatement (début août) entamé les démarches en ce sens et fait savoir qu'elle avait l'intention d'abroger les mesures illicites existantes et d'élaborer de nouvelles règles conformes à ses engagements au titre de l'O.M.C. Sa nouvelle politique devait selon elle être prête à être rendue publique fin janvier 1999, soit six mois après l'adoption du rapport du groupe spécial. Elle avait par ailleurs indiqué que sa procédure législative n'était ni particulièrement complexe ni longue, et que dans une situation normale, une mesure du type de celle qu'elle envisageait de prendre entrerait en vigueur à la date à laquelle elle était rendue publique. Or, avançait-elle, il ne s'agissait pas ici d'une « situation normale ». En effet, elle traversait à l'époque une grave crise économique, qu'elle présentait dans le premier paragraphe simplement comme des « difficultés sociales et économiques »¹²¹⁷, mais dont on prenait ensuite la mesure : une économie « près de s'effondrer », des entreprises et branches de production « paralysé[es] », des sociétés en « faillite » et « lourdement endettées »¹²¹⁸. L'Indonésie exposait que dans ces conditions, et compte tenu de ce que la construction automobile était l'une des industries les plus sévèrement touchées par la crise, elle avait besoin d'une période transitoire pour édicter et mettre en œuvre sa nouvelle mesure, afin d'empêcher une aggravation de la crise et de permettre aux constructeurs automobiles

¹²¹⁶ V. le rapport du groupe spécial, *Indonésie – Autos*, *op. cit.*

¹²¹⁷ Décision de l'arbitre, *Indonésie – Autos* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 7.

¹²¹⁸ *Ibid.*, par. 8.

de procéder aux ajustements structurels nécessaires leur permettant de survivre aux changements¹²¹⁹. Elle demandait donc un délai de mise en œuvre de quinze mois, c'est-à-dire six mois pour élaborer sa nouvelle mesure, et neuf mois additionnels à titre de période transitoire.

Les réactions des parties plaignantes étaient surprenantes, à la fois parce qu'elles étaient diversifiées et parfois contradictoires, ce qui en soi exprimait déjà que l'argument de la crise économique était sensible, et parce que certaines d'entre elles étaient sévères. Les Communautés européennes faisaient ainsi valoir que les seules circonstances pertinentes pour l'arbitre étaient la teneur de la mesure de mise en œuvre, ainsi que sa nature juridique et les procédures qu'elle impliquait. Les conséquences politiques, économiques ou sociales d'une mesure de mise en œuvre n'étaient selon elles d'aucune pertinence pour l'arbitre, et décider autrement revenait à démultiplier l'effet protectionniste de mesures illicites¹²²⁰. Elles estimaient donc que le délai raisonnable ne devait pas dépasser six mois. Les Etats-Unis étaient plus intransigeants encore. Selon eux, la mise en œuvre devait intervenir immédiatement, comme l'exige le Mémorandum lorsque cela est possible, et l'Indonésie n'avait présenté aucune « justification juridiquement pertinente » d'une véritable impossibilité d'exécuter immédiatement¹²²¹. Mais puisque l'arbitre était saisi et qu'on ne pouvait donc espérer une mise en œuvre immédiate, la fixation d'un délai d'un mois était amplement raisonnable et suffisante¹²²². Les Etats-Unis avançaient comme seuls facteurs pertinents la forme juridique de la mise en œuvre, le délai dans lequel elle pouvait être matérialisée, et la nature des modifications législatives ou réglementaires à apporter. Ils excluaient en revanche l'instabilité politique, les difficultés économiques, les coûts de l'ajustement et

1219 *V. ibid.*, par. 9-10.

1220 *Ibid.*, par. 13.

1221 *Ibid.*, par. 16. Les Etats-Unis accusaient au demeurant implicitement l'Indonésie de mauvaise foi, paradoxalement en se montrant eux-mêmes de pas très bonne foi : « il ne suffit pas à l'Indonésie de se prévaloir de ses problèmes économiques bien connus pour retarder le moment où elle se conformera à ses obligations dans le cadre de l'OMC. L'Indonésie n'a pas montré que la prolongation de son Programme de 1993, incompatible avec les règles de l'OMC, améliorerait sa situation économique globale. En fait, il est également plausible que l'élimination rapide des distorsions inhérentes à ce programme améliore sa situation économique » (par. 19).

1222 Cela dit, les Etats-Unis faisaient démarrer ce délai à partir de la date de la décision de l'arbitre et non pas, comme il est habituel, à partir de l'adoption du rapport du groupe spécial ou de l'Organe d'appel, ce qui amenait le délai à expirer fin janvier, soit à peu près à la même date que le délai demandé par les Communautés et celui exposé par l'Indonésie comme étant tenable dans une « situation normale ».

les troubles sociaux associés à la mise en œuvre, estimant que leur survenance était inévitable chaque fois qu'un gouvernement mettait fin à une mesure protectionniste et qu'il s'agissait par conséquent du sort commun à tous les Membres dont une mesure protectionniste s'était vue condamner par le juge de l'O.M.C.¹²²³. Le Japon en revanche a adopté une position de prudence et de retrait. Il se montra compréhensif des difficultés économiques de l'Indonésie et refusa dans ces conditions de proposer un délai raisonnable et motivé, s'estimant incapable de donner une opinion spécifique. Il attira toutefois l'attention de l'arbitre et des autres plaignants sur le statut de pays en développement de l'Indonésie, et appela à donner tout son sens à l'article 21:2.

C'est sur la base de l'argument tenant à l'article 21:2 que l'arbitre tempéra ses considérations initiales, qui l'avaient notamment conduit à refuser comme une circonstance pertinente l'ajustement structurel avancé par l'Indonésie pour permettre aux constructeurs automobiles de s'adapter à la nouvelle mesure¹²²⁴. Mais il releva ensuite son statut de pays en développement, soulignant en particulier l'importance de tenir compte de l'article 21:2, comme l'avait également souligné le Japon. Par ailleurs, il observa lui-même que l'Indonésie ne se trouvait pas dans une « situation normale », et que son économie était « près de s'effondrer ». C'est cette situation qui justifiait selon lui qu'il donnât toute leur importance aux questions susceptibles d'affecter les intérêts de l'Indonésie en tant que pays en développement. Il souligna en effet qu'elle n'était pas seulement un pays en développement, mais au surplus un pays en développement qui se trouvait alors dans une situation économique et financière « catastrophique »¹²²⁵. Pour donner tout son sens à l'article 21:2, il décida d'accorder à l'Indonésie un délai additionnel de six mois, ce qui amenait le délai raisonnable à expiration le 22 juillet 1999.

Cette décision fait apparaître que ce n'est pas à lui seul le statut de pays en développement du Membre mettant en œuvre qui a fait pencher l'arbitre vers un délai additionnel, mais que ce statut l'a rendu particulièrement attentif et sensible aux circonstances économiques avancées. Ce n'était pas non plus la seule circonstance d'une situation économique difficile qui était déterminante pour l'arbitre. C'est bien plus la combinaison de ces deux facteurs que l'arbitre a considérée comme pertinente, en ce qu'ils s'aggravent lourdement l'un l'autre. Son appréciation de la situation est cependant rigoureuse : lorsque le même argument fut avancé dans une affaire ultérieure, l'Argentine faisant valoir une « situation budgétaire [...] fortement détériorée » et qu'elle était un pays en

1223 Décision de l'arbitre, *Indonésie – Autos* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 17.

1224 *Ibid.*, par. 23.

1225 *Ibid.*, par. 24.

développement, l'arbitre se montra hésitant s'agissant de l'impact négatif réel de la mise en conformité sur les conditions économiques, et réitéra que la nécessité d'un ajustement structurel de la branche de production pour laquelle la mesure illicite avait été édictée et appliquée ne pouvait pas avoir d'incidence sur la fixation d'un délai raisonnable de mise en œuvre¹²²⁶. Le caractère sensible de l'argument, et par conséquent d'un maniement délicat pour l'arbitre, est manifeste lorsqu'on observe qu'il consacra plus loin un développement à la question plus vaste, et abstraite, de la conjonction des conditions économiques ou sociales difficiles du Membre mettant en œuvre et de l'obligation de mise en conformité à laquelle il est soumis. Inclure dans la notion de délai raisonnable le temps pour gérer des conditions économiques ou sociales pré-existantes peut en effet revenir à « différer à un avenir toujours plus lointain le devoir de mise en conformité »¹²²⁷. L'arbitre ajouta que les incidences d'une telle interprétation sur le système commercial multilatéral étaient « évidentes, considérables et inquiétantes »¹²²⁸. On le comprend, car ce que met en cause une telle interprétation est l'obligation fondamentale de mise en œuvre *immédiate* d'un Membre dont une mesure cause un dommage à un autre, et à plus forte raison lorsque la mesure en cause est constitutive d'une violation de ses engagements. L'approche des arbitres fait apparaître qu'ils craignent que cette obligation ne se dilue sous l'effet de la souplesse que permet le Mémorandum en cas d'impossibilité réelle, et qu'elle ne devienne guère plus qu'une figure de style conventionnelle si les circonstances particulières sont entendues de manière trop empathique.

2 Statut de pays en développement

L'article 21:2 dispose qu'« une attention particulière devrait être accordée aux questions qui affecteraient les intérêts des pays en développement Membres pour ce qui est des mesures qui auraient fait l'objet des procédures de règlement des différends ». Dans le cadre d'un arbitrage au titre de l'article 21:3 et des circonstances qu'il convient pour l'arbitre de prendre en considération, plusieurs cas de figure sont envisageables : ce statut peut être avancé soit par le Membre mettant en œuvre (a.), soit par les deux parties (b.), soit par le seul plaignant initial face à un Membre responsable qui est un pays développé (c.).

¹²²⁶ Décision de l'arbitre, *Argentine – Peaux et cuirs* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 41. Cette position avait déjà été affirmée par l'arbitre dans sa décision *Canada – Brevet pour les produits pharmaceutiques* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 52.

¹²²⁷ Décision de l'arbitre, *Argentine – Peaux et cuirs* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 49.

¹²²⁸ *Ibid.*

a *Le Membre mettant en œuvre est un pays en développement*

L'argument de son statut de pays en développement a été soulevé à plusieurs reprises par le Membre mettant en œuvre devant l'arbitre du délai raisonnable. Ainsi par exemple dans l'affaire *Chili – Boissons alcooliques*, où le Chili avait fait valoir ce statut et appelé l'arbitre à tenir compte de ses intérêts spécifiques pour lui accorder un délai plus long. Ce qui est sous-entendu par le Membre responsable lorsqu'il invoque son statut particulier est qu'il s'agirait là d'une « circonstance » au sens de l'article 21:3 c), qui serait donc pertinente pour l'appréciation du délai raisonnable par l'arbitre. Les développements qu'a consacrés l'arbitre à cette question indiquent toutefois que si l'article 21:2 doit bien avoir un sens, il n'implique pas pour autant que l'appréciation des circonstances doive ou puisse être plus relâchée pour un Membre responsable qui serait un pays en développement. En effet, l'arbitre a observé tout d'abord que le Chili n'avait d'aucune manière fait état des « intérêts particuliers » qu'il invoquait, et qu'il n'avait pas exposé d'arguments étayant la nécessité d'un délai plus long au regard du statut qu'il faisait valoir¹²²⁹. En outre et plus important, l'arbitre a estimé que rien ne donnait à penser que l'application de l'article 21:2 devait prendre la forme de critères d'appréciation différents en termes qualitatifs selon le statut du Membre mettant en œuvre¹²³⁰. Il ne peut évidemment pas purement et simplement ignorer l'article 21:2, mais il s'est contenté de considérer très généralement que cette disposition lui imposait de prêter une attention particulière aux difficultés spécifiques que peuvent rencontrer les pays en développement, sans qu'il existe pour autant un double standard d'appréciation pour les pays développés et les pays en développement¹²³¹. Cela ne l'a pas empêché d'accorder au Chili un délai relativement long de quatorze mois et neuf jours, ce qui indique bien qu'il a tenu compte du statut de pays en développement. La décision rendue ne fait toutefois pas apparaître selon quels critères, dans quelles conditions et de quelle manière l'arbitre a pris en considération ce statut.

Cette même situation s'est reproduite quelques années plus tard dans l'affaire *Argentine – Peaux et cuirs* : l'Argentine n'avait pas étayé son argument fondé sur son statut particulier, et l'arbitre a essentiellement renvoyé au raisonnement de l'arbitre dans l'affaire chilienne précitée. Sa propre position ne se dégage toutefois pas clairement, dans la mesure où il a également fait référence à la décision de l'arbitre dans l'affaire *Indonésie – Autos*, ce qui donne l'impression qu'il a confondu et/ou assimilé deux considérations pourtant distinctes : le

1229 Décision de l'arbitre, *Chili – Boissons alcooliques* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 44.

1230 *Ibid.*, par. 45.

1231 *Ibid.*

statut de pays en développement d'un Membre mettant en œuvre, et la situation de crise économique grave dans laquelle il peut se trouver. Il a en effet observé qu'il peut être tenu compte de ce que le Membre concerné est « un pays en développement aux prises avec de graves problèmes économiques et financiers »¹²³². En tout cas, on en tire l'impression d'une interprétation étroite des conditions d'application de l'article 21:2, en posant comme critères pour une prise en considération des intérêts spécifiques des pays en développement non seulement leur statut, mais aussi le constat avéré d'une situation économique particulièrement sévère. Une telle interprétation est contestable, en ce qu'elle mêle deux aspects distincts, mais il manifeste que l'arbitre dans cette affaire était désireux de plaquer au plus près sa décision sur celle de l'arbitre dans l'affaire *Indonésie – Autos*. Il poussa d'ailleurs le mimétisme jusqu'à souligner qu'il était selon lui discutable que l'économie de l'Argentine fût « près de s'effondrer », comme l'arbitre l'avait formulé dans l'affaire indonésienne – comme si l'effondrement de l'économie avait été consacré en tant que critère déterminant.

b *Les deux parties sont des pays en développement*

La situation se complique lorsque tant le plaignant initial que le Membre mettant en œuvre sont des pays en développement. Il est alors difficile de départager les intérêts, et de décider parmi eux lesquels sont plus légitimes et pressants : une mise en conformité dans les plus brefs délais peut être particulièrement lourde à supporter pour un pays en développement, mais inversement il est tout aussi lourd pour un pays en développement « victime » de continuer à subir la violation. L'appréciation du délai raisonnable est alors une question concernant les « intérêts spécifiques » des deux parties, dilemme que l'arbitre a eu à traiter pour la première fois dans l'affaire *Chili – Système de fourchettes de prix*¹²³³. L'Argentine (plaignant initial) s'est dite « étonnée » de ce que le Chili ait soulevé l'argument de son statut, dans la mesure où les deux parties étaient convenues en phase initiale devant l'Organe d'appel que leur statut respectif n'était en l'occurrence pas pertinent¹²³⁴. En d'autres termes, l'approche qui semblait avoir été adoptée était celle de « neutralisation » mutuelle de deux statuts identiques. Mais puisque le Chili avait décidé de faire valoir son statut devant l'arbitre du délai raisonnable, cet accord avait perdu sa validité ; l'Argentine a donc considéré que son propre statut méritait tout autant

¹²³² Décision de l'arbitre, *Argentine – Peaux et cuirs* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 51.

¹²³³ Il souligna d'ailleurs les « circonstances inhabituelles de l'espèce » : décision de l'arbitre, *Chili – Système de fourchettes de prix* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 56.

¹²³⁴ *Ibid.*, par. 30.

l'« attention particulière » de l'arbitre en vertu de l'article 21:2, et a contre-attaqué en contestant que le Chili se trouvait dans une situation économique comparable à celle de l'Indonésie dans l'affaire *Indonésie – Autos*.

L'arbitre a choisi de ne pas résoudre le dilemme apparent, mais au contraire de s'en distancier en le neutralisant à sa manière. Il a tout d'abord noté que le Chili n'avait pas fait état d'autres obstacles spécifiques auxquels il se heurterait en tant que pays en développement, et qu'il n'était pas aux prises actuellement avec des difficultés similaires à celles qui existaient dans l'affaire indonésienne. La situation se présentait donc selon l'arbitre fort différemment. Il a en revanche souligné que « le poids du fardeau » de l'Argentine en tant que pays en développement plaignant se trouvait actuellement alourdi du fait de « redoutables tribulations financières »¹²³⁵. Ces propos pouvaient laisser penser que l'arbitre était tenté de porter davantage son « attention particulière » du côté des intérêts argentins. Mais au contraire, son approche l'a conduit à neutraliser les difficultés du Membre responsable par celles du plaignant initial : après avoir reconnu que le Chili pouvait effectivement se heurter à des obstacles tenant à son statut lorsqu'il s'agissait pour lui de mettre en œuvre les recommandations de l'O.R.D., il a fait valoir la difficulté symétrique de l'Argentine en tant que pays en développement à continuer de subir les effets du système de fourchettes de prix chilien, dont l'illicéité était établie. Dans ces conditions, il a fait savoir que « l'« attention particulière » qu'il accorde aux intérêts des pays en développement ne [l]e fait pencher ni en faveur d'un délai plus long, ni en faveur d'un délai plus court »¹²³⁶. La même solution, quoique selon un autre raisonnement, a été adoptée dans l'affaire *Colombie – Bureaux d'entrée*, où l'arbitre a considéré que la question de l'équivalence des statuts ne peut être tranchée que par la démonstration par l'une des parties qu'elle se trouve plus gravement affectée que l'autre. A défaut d'une telle démonstration, l'article 21:2 reste inopérant¹²³⁷.

c *Le plaignant initial est un pays en développement*

Comme l'a démontré la précédente hypothèse, l'argument du statut de pays en développement est potentiellement réversible. Cela soulève la question de savoir si, à l'inverse de ce que peut décider l'arbitre lorsque le Membre mettant en œuvre est un pays en développement, le délai raisonnable pourrait

¹²³⁵ *Ibid.*, par. 56.

¹²³⁶ *Ibid.*

¹²³⁷ Décision de l'arbitre, *Colombie – Bureaux d'entrée* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 106. V. également sur ce point le commentaire in H. RUIZ FABRI et P. MONNIER, « Chronique du règlement des différends 2009-2010 », *op. cit.*, spéc. p. 922.

être plus *court* s'il était un pays développé et le plaignant initial un pays en développement. Cette hypothèse n'est pas un cas d'école mais bien plus la suite logique du raisonnement au sujet de l'article 21:2, et l'arbitre n'a par conséquent pas tardé à rencontrer cette ligne d'argumentation. Dans l'affaire *Etats-Unis – Réexamens à l'extinction concernant les produits tubulaires pour champs pétrolifères*, le plaignant initial (l'Argentine) invoquait ainsi en tant qu'élément de « contexte » son statut de pays en développement en demandant à l'arbitre de tenir compte de ce statut particulier dans son appréciation du délai qu'il accorderait au Membre responsable qui, lui, n'était pas un pays en développement¹²³⁸. L'arbitre a pu se dispenser de résoudre la question de savoir si l'article 21:2 incluait cette hypothèse, et si oui comment il convenait d'en tenir compte : le processus de mise en œuvre était ici de nature législative. En d'autres termes, il n'y avait pas lieu de considérer que le statut de pays en développement avait une quelconque incidence sur le déroulement normal de la procédure législative, et par conséquent le délai raisonnable n'était d'aucune manière affecté par le statut de pays en développement de l'Argentine¹²³⁹.

Cela ne signifie pas pour autant que l'argument ne peut être utilement invoqué par un plaignant initial. L'article 21:2 ne l'interdit pas, et l'article 21:7¹²⁴⁰ pour sa part s'applique expressément aux pays en développement Membres ayant introduit l'affaire. On sent toutefois combien l'arbitre reste hésitant à baliser le champ d'application personnel de l'article 21:2. Dans l'affaire *Etats-Unis – Jeux*, Antigua-et-Barbuda avait fait valoir son statut de pays en développement en appelant l'arbitre à exiger des Etats-Unis qu'ils fassent spécialement diligence. Indirectement, c'était là lui demander de fixer un délai plus court qu'il ne le ferait si les circonstances étaient différentes. Les Etats-Unis au contraire contestaient l'applicabilité de l'article 21:2 à une situation où le pays en développement était le plaignant initial, considérant que la disposition ne visait qu'un Membre responsable qui aurait ce statut¹²⁴¹. L'arbitre a rejeté cette interprétation, estimant que rien dans l'article 21:2 ne permettait de conclure à pareille limitation de son champ d'application¹²⁴². En outre, et pour la première fois, l'arbitre a procédé à un examen minutieux des termes

1238 V. la décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Réexamens à l'extinction concernant les produits tubulaires pour champs pétrolifères* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 19.

1239 *Ibid.*, par. 52.

1240 Article 21:7 du Mémoire : « S'il s'agit d'une affaire soulevée par un pays en développement Membre, l'O.R.D. étudiera quelle suite il pourrait en outre y donner, qui soit appropriée aux circonstances ».

1241 V. la décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Jeux* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 57.

1242 *Ibid.*, par. 59.

de l'article 21:2¹²⁴³, qui l'a amené au constat que l'article envisage « un lien clair entre les intérêts du pays en développement invoquant la disposition et les mesures en cause dans le différend, ainsi qu'une démonstration des effets défavorables de telles mesures sur les intérêts du ou des pays en développement Membres concernés »¹²⁴⁴.

C'est précisément par les exigences de l'article 21:2 que l'arbitre a rejeté la revendication antiguaise, considérant qu'Antigua n'avait pas satisfait aux critères expressément mentionnés. En effet, Antigua avait certes fait valoir son statut de pays en développement, mais avait négligé une démonstration plus explicite des raisons, liées à ce statut, qui rendraient excessivement difficile de subir plus longtemps la mesure américaine incompatible. Elle n'avait notamment pas fourni à l'arbitre des données spécifiques à l'appui de ses arguments (impact de la violation américaine sur les ressources du pays, emplois dans le secteur des jeux et paris, etc.), et n'avait pas non plus cherché à démontrer l'existence d'une relation claire entre le déclin de son secteur des jeux et paris et les mesures américaines en cause. C'est sur l'absence d'éléments de preuve précis ou d'informations supplémentaires sur les intérêts d'Antigua et leur relation avec les mesures illicites que l'arbitre s'est appuyé pour constater qu'Antigua n'avait pas rempli les conditions de l'article 21:2¹²⁴⁵. Il a au passage reconnu qu'il n'avait donc pas à trancher la question de l'articulation entre les paragraphes 2 et 3 de l'article 21, ni celle de savoir si l'article 21:2 visait également un plaignant initial¹²⁴⁶.

Cette décision a néanmoins apporté des précisions importantes sur les conditions d'application de l'article 21:2 : il ne suffit pas d'invoquer le statut de pays en développement, il faut au surplus prouver que ce statut rend plus difficile de subir le maintien de la violation pendant un délai plus long. Et ce sont les enseignements tirés de cette décision qui ont permis au Brésil de faire utilement valoir son statut de pays en développement devant l'arbitre dans l'affaire *CE – Subventions à l'exportation de sucre*. Tout en notant que les arbitres antérieurs n'avaient pas tranché la question, l'arbitre s'est montré ici moins timide : il a considéré que l'article 21:2 doit être interprété comme ordonnant à un arbitre d'accorder une « attention particulière » aux « questions qui affecteraient les intérêts » d'un ou de pays en développement Membre(s) « aussi bien

1243 Qui lui a notamment fait observer que les articles 21:7 et 21:8 visent expressément les pays en développement ayant introduit l'affaire, alors que l'article 21:2 ne contient pas de telle précision.

1244 Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Jeux (21:3 c)*, *op. cit.*, par. 60.

1245 *Ibid.*, par. 62.

1246 *Ibid.*, par. 63.

*mettant en oeuvre que plaignant(s) »*¹²⁴⁷. S'agissant des conditions posées par l'article 21:2, il s'est dit convaincu par la démonstration de la part des plaignants initiaux. Le Brésil et la Thaïlande avaient en effet fourni de nombreuses informations visant à établir le nombre d'emplois en cause dans l'industrie nationale du sucre, industrie à laquelle les subventions accordées par les Communautés étaient fortement dommageables en raison de la réduction des opportunités d'exportation qu'elles entraînaient¹²⁴⁸. Il a donc décidé de tenir compte du statut de pays en développement du Brésil et de la Thaïlande, et a jugé raisonnable un délai de douze mois et trois jours, alors que les Communautés avaient demandé un délai de dix-neuf mois et douze jours.

La confirmation de cette interprétation de l'article 21:2 est intervenue à peine quelques mois plus tard, dans l'affaire *CE – Morceaux de poulet*, qui opposait (l'Australie en moins) les mêmes Membres. L'arbitre y a affirmé sans hésitation que l'article 21:2 n'établit aucune distinction entre les affaires selon que les pays en développement Membres étaient les Membres plaignants plutôt que les Membres mettant en œuvre¹²⁴⁹. Le Brésil, rôlé depuis l'affaire *CE – Subventions à l'exportation de sucre* dans la démonstration des preuves nombreuses et convaincantes, est ici aussi parvenu à convaincre l'arbitre de ses intérêts en tant que pays en développement. Toutefois, on revient alors au principe surplombant tous les autres dans l'appréciation du délai raisonnable : celui que le délai doit être le plus court possible dans le système juridique du Membre responsable. L'arbitre a rappelé qu'il était en tout premier lieu guidé par cette exigence, bien qu'il reconnût que le Brésil était un pays en développement et qu'il fallût en principe en tenir compte. Mais il a considéré que cette circonstance ne pouvait pas, en l'espèce, avoir une incidence supplémentaire sur son appréciation, car le délai auquel l'avait mené son examen était de toute façon le délai de mise en œuvre le plus court possible auquel il pouvait parvenir¹²⁵⁰. Cette décision confirme bien que, quelque attention que l'arbitre soit enclin à porter aux circonstances, il n'en oublie pas l'objectif fondamental d'une mise en conformité dans les plus brefs délais.

1247 Décision de l'arbitre, *CE – Subventions à l'exportation de sucre* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 99. En revanche, il a souligné explicitement, comme l'arbitre dans l'affaire *CE – Préférences tarifaires* (v. la décision de l'arbitre, *CE – Préférences tarifaires* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 59), qu'il n'a pas à résoudre la question de savoir si l'article 21:2 vise également les intérêts des pays en développement Membres qui ne sont pas parties à l'arbitrage (par. 104). Cette question est toujours en attente d'une clarification conventionnelle ou jurisprudentielle.

1248 Décision de l'arbitre, *CE – Subventions à l'exportation de sucre* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 100-101.

1249 Décision de l'arbitre, *CE – Morceaux de poulet* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 82.

1250 *Ibid.*

§ 2 **Prise en compte des circonstances « aggravantes » donnant lieu à une réduction du délai**

Si les arbitrages successifs révèlent une interprétation de plus en plus étroite non seulement de la marge de manœuvre du Membre mettant en œuvre, mais aussi des circonstances pouvant jouer à son profit, une tendance parallèle mais plus rare s'est dégagée, qui s'exerce cette fois au détriment du Membre responsable. En effet, devant la multiplication des comportements dilatoires, certains arbitres ont mis en garde contre l'inaction prolongée du Membre soumis à l'obligation de mise en conformité (A.). Du constat de la possibilité d'un tel comportement, il n'y avait qu'un pas à faire pour les arbitres pour tenir compte de cette circonstance et déterminer un délai qui revêt ouvertement une dimension punitive (B.). La pression qui est faite sur le Membre responsable n'en est qu'augmentée, puisqu'il est désormais établi qu'il a à témoigner immédiatement de ses efforts pour mettre sa mesure illicite en conformité avec ses engagements, et que tout comportement en sens contraire pourrait lui valoir ce qui se dessine comme une pénalité.

A *Risque de comportements dilatoires*

La conjonction de l'existence d'une phase d'exécution juridictionnalisée, d'un échafaudage sophistiqué de recours disponibles, et de l'absence de conséquence rétroactive à l'engagement de sa responsabilité par un Membre comporte un risque inhérent, celui de la marge ainsi créée pour des comportements dilatoires. Mais encore fallait-il percevoir le problème et, une fois perçu, le traiter adéquatement. L'arbitre dans l'affaire *Etats-Unis – Article 110 5*), *Loi sur le droit d'auteur* s'en chargea, d'office car le moyen n'avait pas été soulevé, et sa manière d'aborder la question annonçait déjà la tendance qui s'est développée par la suite. Dans cette affaire, après l'adoption du rapport du groupe spécial, dont les défendeurs avaient décidé de ne pas faire appel, les Etats-Unis avaient communiqué à l'O.R.D. leur intention s'agissant de la mise en conformité, comme l'exige l'article 21:6 du Mémorandum. La communication était brève et vague, les Etats-Unis se contentant d'indiquer qu'ils avaient l'intention de mettre en œuvre les recommandations adoptées, et qu'ils avaient commencé à évaluer les options à ce sujet¹²⁵¹. Cela n'avait en soi rien qui méritait qu'on s'en étonnât puisqu'après tout, ils avaient fait savoir l'essentiel, c'est-à-dire l'intention d'exécuter leur obligation. Il est d'autant plus remarquable que l'arbitre ait choisi de consacrer un long développement au comportement du Membre

¹²⁵¹ V. la communication des Etats-Unis, *Etats-Unis – Article 110 5*), *Loi sur le droit d'auteur*, WT/DS160/9, 31 août 2000.

obligé à la mise en conformité, alors que rien dans l'affaire telle qu'elle était présentée devant lui n'appelait une telle mise au point¹²⁵².

Il inséra son propos à l'extrême fin de sa décision, alors qu'il avait déjà reconnu que le processus législatif d'élaboration de la mesure d'exécution comprenait des étapes laborieuses et complexes et qu'il avait pour cette raison rejeté le délai étroit demandé par les Communautés européennes. Son développement prit donc véritablement l'allure d'une mise au point d'ordre général¹²⁵³, destinée à l'ensemble des Membres de l'O.M.C. et pas seulement aux parties dans l'espèce. Il rappela tout d'abord qu'il découlait clairement de l'article 21:3 c) que le délai raisonnable était calculé à partir de la date d'adoption du rapport du groupe spécial ou de l'Organe d'appel, et l'impératif énoncé à l'article 21:1 d'y donner suite dans les moindres délais, qu'il souligna comme étant dans l'intérêt de tous les Membres. Il en tira que « [m]anifestement, il est essentiel d'agir en temps opportun »¹²⁵⁴. Il estimait par conséquent que le Membre responsable devait tirer parti du temps dont il dispose dès après l'adoption du rapport pour commencer le processus de mise en œuvre. Il ajouta ce qui s'entend presque comme une menace, et à tout le moins comme un avertissement contre toute tentation de la part d'un Membre de rester inerte au moins quelque temps : les arbitres examineront avec la plus grande attention les mesures que le Membre aura prises pendant la période entre l'adoption du rapport initial et le déclenchement de l'arbitrage relatif au délai, et « [s]i l'arbitre a le sentiment que le Membre concerné n'a pas dûment entrepris la mise en œuvre après l'adoption du rapport de manière à donner suite "dans les moindres délais" aux recommandations ou décisions, il faut s'attendre à ce qu'il en tienne compte lorsqu'il décidera du "délai raisonnable" »¹²⁵⁵.

1252 Cela dit, cette mise au point était en quelque sorte prémonitoire, au sens où elle anticipait les difficultés de mise en conformité que ce contentieux a révélées par la suite. En effet, il s'agit là de l'une des affaires dont l'exécution fut et est encore parmi les plus houleuses qu'ait connues le règlement des différends. Après un arbitrage au titre de l'article 25, examiné *supra*, les Communautés européennes avaient envisagé de recourir à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 afin de suspendre des concessions à l'égard des Etats-Unis. Cet arbitrage n'eut pas lieu, les parties se trouvant alors au milieu de tractations diplomatiques qui laissaient entrevoir la possibilité d'une solution mutuellement satisfaisante. La mise en conformité est actuellement toujours en suspens.

1253 Il l'annonça d'ailleurs comme telle : « j'aimerais formuler une observation de nature générale concernant la mise en œuvre », *in* décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Article no 5*, *Loi sur le droit d'auteur* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 46.

1254 *Ibid.*

1255 *Ibid.*

Par cette mise au point, le ton était donné : le Membre déclaré responsable ne peut se permettre de laisser s'écouler du temps après l'adoption du rapport et tarder à organiser la mise en œuvre. Ce qui apparaît ainsi clairement est que la possibilité de recourir à l'arbitrage pour fixer le délai d'exécution ne doit pas s'entendre comme donnant au Membre responsable une sorte de « délai d'inertie », qui lui permettrait de n'entamer le processus de mise en œuvre qu'au moment où l'arbitrage serait effectivement déclenché. Au contraire, puisqu'un Membre qui choisit d'ignorer l'impératif d'une mise en œuvre « dans les moindres délais » doit s'attendre à ce que son comportement ait des conséquences : l'arbitre pourra tenir compte de son inaction lorsqu'il fixera le délai raisonnable. Ce qui est clairement impliqué par cette mise au point est que les arbitres sont tout à fait disposés à *réduire* la longueur du délai s'ils détectent un comportement dilatoire ; du moins l'arbitre dans l'affaire *Etats-Unis – Article no 5*), *Loi sur le droit d'auteur*, M. Lacarte-Muró, l'était-il, mais d'autres ont progressivement confirmé ce qu'il annonçait en 2000.

Ainsi, dans l'affaire *Chili – Système de fourchettes de prix*, l'Argentine faisait observer qu'il s'était écoulé plus de quatre mois depuis l'adoption des rapports du groupe spécial et de l'Organe d'appel et que le Chili avait réalisé peu de progrès substantiels pendant cette période¹²⁵⁶. Le Chili quant à lui faisait valoir l'étape pré-législative qu'impliquaient l'ampleur et l'impact de la modification à effectuer, et qui était selon lui loin d'être achevée. L'arbitre s'aligna entièrement sur la mise au point de l'arbitre Lacarte-Muró, qu'il cita extensivement, et rappela que le processus de mise en œuvre ne devait pas être prolongé du fait ni de l'inaction d'un Membre, ni de l'insuffisance de son action au cours de la période suivant l'adoption du rapport de la phase initiale¹²⁵⁷. Il distingua en outre la question de savoir si le Membre était en mesure ou non d'achever la mise en œuvre dans les moindres délais de celle de savoir s'il avait entrepris des démarches en ce sens, et considéra sur la base de cette distinction qu'il devait à tout le moins entreprendre rapidement la mise en œuvre et accomplir des démarches concrètes à cette fin. La raison en est que « l'inaction ou le comportement dilatoire »¹²⁵⁸ du Membre aggraverait sinon le dommage causé. Ce constat fait écho au rétablissement de l'équilibre conventionnel que doit produire l'exécution de l'obligation de cessation, et à la raison mais aussi à la conséquence de l'impératif central de la cessation dans le contentieux de l'O.M.C., à savoir l'absence de toute dimension rétroactive de l'obligation de

¹²⁵⁶ Décision de l'arbitre, *Chili – Système de fourchettes de prix* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 43.

¹²⁵⁷ *Ibid.*

¹²⁵⁸ *Ibid.*

mise en conformité¹²⁵⁹. Bien que l'arbitre reconnût que l'étape pré-législative dont faisait état le Chili, constituée de consultations, débats et délibérations, avait par nature une durée indéterminée et qu'on ne pouvait lui imposer des délais arbitraires, il était d'avis que ces activités pouvaient être assorties de limites raisonnables¹²⁶⁰. Sans aller jusqu'à reprocher au Chili de n'avoir pas encore achevé l'étape pré-législative, il considéra qu'elle aurait dû être plus avancée qu'elle ne l'était. L'arbitre n'eut toutefois pas l'occasion d'en tirer les conséquences annoncées par l'arbitre Lacarte-Muró, ni celles que ses propres développements pouvaient laisser supposer, puisque les autres circonstances de l'affaire, exposées ci-dessus, justifiaient qu'il accordât en fin de compte au Chili un délai de mise en œuvre de 14 mois¹²⁶¹.

B Fixation d'un délai à caractère punitif

Depuis l'affaire *Etats-Unis – Article no 5*, *Loi sur le droit d'auteur*, les arbitres tiennent pour principe que le Membre doit entamer les démarches nécessaires à la mise en œuvre dès l'adoption du rapport du groupe spécial ou de l'Organe d'appel, et de manière prioritaire¹²⁶², estimant qu'il n'a pas à attendre d'être

1259 V. *supra*, Première partie, Titre II, Chapitres I et II.

1260 Au sujet de la question des limites « raisonnables » données à une étape préliminaire, en l'occurrence une étape de « rédaction préalable », v. la décision de l'arbitre, *Canada – Autos* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 49.

1261 Il reste que l'argument tenant au comportement du Membre déclaré responsable a rapidement connu un certain succès, en particulier auprès des plaignants initiaux qui semblent désormais guetter tout faux pas, ou plutôt l'absence de pas, de la part du Membre mettant en œuvre. Ainsi dans l'affaire *CE – Subventions à l'exportation de sucre*, où le Brésil soutenait au sujet d'un aspect spécifique du régime communautaire (les règles régissant le report du sucre C sur la campagne de commercialisation suivante) que sa modification n'était pas complexe et ne supposait qu'une intervention mineure de la Commission, qui pourrait être réalisée en quatre semaines. Or, dans sa communication écrite le Brésil avançait que les Communautés n'avaient pas pris les dispositions nécessaires pour une mise en œuvre dans le délai le plus court possible (par. 78). Mais, alors qu'il considérait que sur la base du pouvoir existant de la Commission, les Communautés auraient pu procéder à la mise en œuvre dans un délai de vingt-huit jours à compter de l'adoption du rapport de l'Organe d'appel, il a proposé « à titre exceptionnel et pour faire un geste » en faveur des Communautés européennes, que le délai expire vingt-huit jours après la date de distribution de la décision rendue par l'arbitre. V. la décision de l'arbitre, *CE – Subventions à l'exportation de sucre* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 41.

1262 V. notamment en ce sens, par ordre chronologique, la décision de l'arbitre dans les affaires *Canada – Brevets pour les produits pharmaceutiques* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 64; *Etats-Unis – Loi de 1916* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 39; *Chili – Système de fourchettes de prix* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 43-45.

invité à entreprendre le processus par le déclenchement de l'arbitrage. La disposition peu favorable de l'arbitre, lorsque l'inaction du Membre est manifeste, à lui accorder le délai qu'il revendique comme étant raisonnable peut toutefois s'exprimer de manière particulièrement mordante, lorsque l'arbitre la revêt d'une dimension incontestablement punitive.

L'affaire *CE – Morceaux de poulet* a illustré pour la première fois ce cas. Le rapport de l'Organe d'appel avait été adopté le 27 septembre 2005 et à la réunion de l'O.R.D. du 18 octobre, les Communautés avaient fait connaître leur intention de mettre en œuvre les recommandations de l'O.R.D., tout en précisant qu'elles auraient besoin d'un délai raisonnable¹²⁶³. Les plaignants regrettaient que les Communautés excluent une mise en œuvre immédiate, tout particulièrement le Brésil qui estimait que, les mesures illicites ayant été édictées par la Commission, une mise en œuvre prenant idéalement la forme du retrait immédiat de ces mesures était simple¹²⁶⁴. Au cours de la procédure d'arbitrage au titre de l'article 21:3 c), les deux plaignants, le Brésil et la Thaïlande, s'accordaient pour observer que les Communautés n'avaient entrepris aucune action en vue de la mise en œuvre après l'adoption des rapports du groupe spécial et de l'Organe d'appel. La première démarche visible des Communautés avait été l'envoi d'une lettre datée du 6 janvier 2006 à l'Organisation mondiale des douanes, sollicitant une décision de sa part qui confirmerait notamment l'interprétation qu'avait donnée le juge de l'O.M.C. du Système harmonisé, et lui demandant d'inscrire cette question à l'ordre du jour de la prochaine réunion du Comité du Système harmonisé. Le Brésil et la Thaïlande étaient donc d'avis que les Communautés avaient négligé d'engager la moindre démarche immédiate en vue de la mise en œuvre¹²⁶⁵, bien que la Thaïlande s'en montrât peu surprise, dans la mesure où les Communautés estimaient que la décision de l'O.M.D. était une condition préalable à la procédure communautaire interne d'élaboration d'un nouveau règlement. La Thaïlande considérait néanmoins, en prenant appui sur la décision de l'arbitre Lacarte-Muró dans l'affaire *Etats-Unis – Article no 5), Loi sur le droit d'auteur*, que l'arbitre devait tenir compte de l'inaction des Communautés, et en toute hypothèse ne pas lui accorder un délai de mise en œuvre plus long¹²⁶⁶. Le Brésil se montrait un peu plus mordant, faisant valoir l'exigence d'une mise en conformité dans les moindres

1263 V. O.R.D., « Compte rendu de la réunion du 18 octobre 2005 », WT/DSB/M/199, 11 novembre 2005, par. 30.

1264 *Ibid.*, par. 31.

1265 V. la décision de l'arbitre, *CE – Morceaux de poulet* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 22 (Brésil) et 40 (Thaïlande).

1266 *Ibid.*, par. 40.

délais et considérait par conséquent qu'une absence d'initiative aussi manifeste que celle des Communautés devait être « prise en compte de façon défavorable »¹²⁶⁷. On avait donc ici clairement affaire à la demande d'une réduction du délai que l'arbitre jugerait « raisonnable » en situation normale.

A l'audience, les Communautés ont sans difficulté reconnu que, quatre mois après l'adoption des rapports par l'O.R.D., elles n'avaient encore engagé aucune action concrète en vue de la mise en œuvre des recommandations. Tout ce qui avait eu lieu jusque là était des discussions internes. Dans la décision rendue, on perçoit nettement l'agacement de l'arbitre devant cette inertie manifeste et manifestée, et peut-être tout particulièrement devant la candeur et le sentiment de légitimité avec lequel les Communautés en faisaient état. En effet, c'est une chose (au demeurant presque banale) de constater qu'un Membre condamné cherche à gagner du temps avant de devoir retirer ou modifier sa mesure illicite, mais c'en est une autre qu'il témoigne son inaction de manière aussi ostensible. L'arbitre constata sommairement que de simples discussions n'étaient pas constitutives d'une mise en œuvre et qu'« [i]l faut quelque chose de plus pour montrer qu'un Membre progresse sur la voie de la mise en œuvre »¹²⁶⁸. Il conclut en donnant raison aux plaignants, et consacra ainsi l'inaction après l'adoption du rapport par l'O.R.D. comme un facteur pertinent dans son appréciation. Au-delà de la dimension punitive qui est ici nettement perceptible, cette décision confirme aussi qu'un Membre ne peut demeurer inactif, ou même seulement n'entreprendre que des efforts tièdes, tant qu'aucune demande d'arbitrage n'a été faite. Dès le commencement de la phase de mise en conformité, c'est-à-dire dès l'adoption du rapport de la phase initiale, il doit entamer de sérieuses démarches de mise en œuvre. C'est également dans ce contexte et en écho à cette obligation que s'inscrit, deux ans plus tard, la déclaration de l'arbitre selon laquelle un Membre responsable sera censé agir de bonne foi dans l'élaboration d'une mesure de mise en œuvre, et que ce principe de bonne foi ne devait pas être détourné pour retarder la mise en œuvre¹²⁶⁹.

¹²⁶⁷ Communication du Brésil, par. 158.

¹²⁶⁸ Décision de l'arbitre, *CE – Morceaux de poulet* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 66.

¹²⁶⁹ Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Acier inoxydable (Mexique)* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 41. V. également le commentaire in H. RUIZ FABRI et P. MONNIER, « Chronique du règlement des différends 2005-2006 », *op. cit.*, p. 1257-1258. Au sujet de l'affaire *CE – Morceaux de poulet*, les auteurs observent que le fait que « la Communauté "joue la montre" [...] est certes une attitude habituelle des Membres de l'OMC perdants mais encore faut-il, sans doute, qu'elle ne soit pas trop ostensible et, surtout, qu'elle ne bénéficie pas d'une complète impunité » (p. 1257).

C *Ajustement des arbitres aux faiblesses du mécanisme*

L'augmentation progressive de la pression temporelle sur le Membre responsable s'explique également, au moins pour partie, par un facteur conjoncturel et pragmatique avec lequel les arbitres ont dû composer. Ce facteur résulte directement des comportements dilatoires des Membres, ou du moins de leur tendance à traiter avec désinvolture les délais imposés par le Mémorandum, auxquels s'ajoute l'incapacité pratique du mécanisme à sanctionner ce non-respect. Les arbitres ont alors dû s'accommoder de cette faille, et ont ajusté leurs appréciations à cette circonstance.

Le point de départ de cette observation est l'article 21:3 c), qui inscrit la procédure d'arbitrage dans des délais stricts, et donc incidemment les négociations bilatérales ou plurilatérales qui se déroulent avant le recours à l'arbitre : la procédure doit en principe se dérouler dans les 90 jours au plus après la date d'adoption des rapports de la phase initiale ; les parties ont dix jours après le recours à l'arbitrage pour désigner par commun accord un arbitre ; si elles n'y parviennent pas, le Directeur général dispose lui-même de dix jours pour le faire. Ces délais sont cruciaux car ils correspondent à la période d'« impunité » dont jouit le Membre responsable avant de s'exposer à une procédure contraignante ; inversement, ils limitent donc au strict minimum la période d'inaction tolérée. En théorie, le mécanisme est judicieusement conçu pour réduire autant que possible le temps toléré par le système pendant lequel un comportement dommageable (et la plupart du temps constitutif d'une violation) peut être maintenu. Or, ces délais ne sont plus respectés depuis longtemps : les arbitres ont besoin presque systématiquement de bien plus longtemps que les 90 jours que leur accorde le Mémorandum à partir de l'adoption du rapport, et la pratique qui s'est mise en place est que les parties conviennent alors de proroger ce délai. Mais, il faut le préciser, si le délai pour la procédure n'est pas respecté, c'est parce que, en amont, la demande d'arbitrage n'est faite souvent que bien après les dix jours que prévoit le Mémorandum. Dans ces conditions, le temps de grâce et d'inaction tolérée s'allonge pour le Membre responsable, et cette circonstance de fait est à contre-courant de l'objectif que le Mémorandum souligne, en droit.

Tous les acteurs du mécanisme ont conscience de cette faille et, au soutien de l'objectif d'une exécution dans les plus brefs délais, le non-respect du délai de recours à l'arbitrage devrait naturellement être sanctionné¹²⁷⁰. Mais

1270 V. plus largement sur la sanction des retards dans l'exécution G. N. HORLICK, « The WTO Dispute Settlement Mechanism – Compliance With WTO Rules and Other Procedural Problems », *J.W.I.P.*, 2001, vol. 4, n° 1, spéc. p. 288, qui souligne que « *you have to re-think not only the time periods but the incentive structures. You don't reward delay, you penalize it* ».

la difficulté pratique est alors de déterminer quelle forme donner à pareille sanction. Juridiquement, la sanction la plus logique consisterait pour l'arbitre à déclarer irrecevable une demande d'arbitrage qui n'aurait pas été présentée dans les délais. Or, l'irrecevabilité d'une demande tardive équivaldrait, dans la pratique, à une autorisation à validité illimitée du maintien de la violation, puisque la question du délai de mise en œuvre ne serait pas résolue. Par ailleurs et surtout, l'arbitrage au titre de l'article 21:3 c) a été conçu pour offrir aux parties un recours lorsque leurs négociations bilatérales au sujet du délai sont dans une impasse. La sanction juridique la plus évidente du non-respect des délais serait donc également la plus contre-productive dans la pratique, puisqu'elle consisterait à se désintéresser des parties et de l'exécution, alors qu'il s'agit précisément de les assister et de leur fournir une réponse d'autorité lorsqu'elles n'en trouvent pas de consensuelle. Dans le même temps cependant, il faut bien tenir compte des situations de dépassement des délais prévus. Et c'est pour cette raison également que les arbitres ont pris le parti, ces dernières années, de resserrer la contrainte temporelle qu'ils exercent sur le Membre responsable au moyen du délai qu'ils fixent. Devant l'impossibilité de sanctionner le non-respect des délais par l'irrecevabilité de la demande d'arbitrage, les arbitres intègrent alors implicitement ce retard dans l'appréciation qu'ils mènent. Le résultat est un choix non ouvertement revendiqué comme tel d'appliquer une plus grande pression sur le Membre qui a le plus immédiatement intérêt à retarder la procédure.

•

Par la conjonction d'une marge d'appréciation que les arbitres ont progressivement revendiquée plus utilement et d'une interprétation aussi restrictive que raisonnablement possible des circonstances pertinentes pour la fixation du délai de mise en œuvre, le « délai de grâce » accordé dans la pratique fait apparaître que les arbitres n'entendent pas faire céder l'objectif d'une prompte résolution des différends. Là où ils tendaient initialement à rester déferents et à opter de préférence pour une solution de compromis, située à mi-chemin entre la revendication du plaignant et celle du Membre responsable¹²⁷¹, une

¹²⁷¹ Par exemple dans les affaires *Etats-Unis – Loi de 1916 (CE)* ; *Canada – Durée d'un brevet* ; *Etats-Unis – Acier laminé à chaud* ; *Chili – Système de fourchettes de prix* ; *Etats-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd)* ; *Etats-Unis – Réexamens à l'extinction concernant les produits tubulaires pour champs pétrolifères* ; *Etats-Unis – Jeux*.

tendance à accorder un délai plus proche de la demande du plaignant s'est progressivement développée¹²⁷².

D'un côté, la rigueur des arbitres peut avoir pour effet de limiter les options des parties, puisque le moyen de mise en œuvre le plus aisément praticable dans un délai strict est dans bien des cas le retrait pur et simple de la mesure illicite. La possibilité de la modifier, en la rendant conforme au droit de l'OMC mais en en conservant l'essence, exigerait souvent un délai bien plus long. On perçoit aisément ce qu'il y a de contestable dans cet état de fait, tout particulièrement lorsque sont concernées des mesures qui poursuivent un objectif reconnu comme légitime par l'O.M.C., telles que des mesures sanitaires et phytosanitaires ou des mesures de protection de l'environnement¹²⁷³. L'affaire *CE – Hormones* notamment a mis en évidence le sens unique dans lequel peut mener une exigence trop stricte envers l'exécution de l'obligation de mise en conformité. Lorsque la seule manière d'y satisfaire est le retrait de la mesure, l'obligation de mise en conformité est une obligation de moyen spécifiquement déterminé, et non pas l'obligation de résultat déterminé qu'elle devrait être. Dans un tel cas, elle entre en collision avec le principe du libre choix du niveau de protection (de l'environnement, de la santé des consommateurs, etc.) qu'un Membre peut légitimement souhaiter établir dans son ordre interne¹²⁷⁴.

1272 Par exemple dans les affaires *Etats-Unis – DRAMs (Corée)*; *Argentine – Peaux et cuirs*; *CE – Subventions à l'exportation de sucre*; *CE – Morceaux de poulet*; *Brésil – Pneumatiques rechapés*.

1273 Sur la difficulté d'articuler une réglementation interne poursuivant un objectif légitime de protection avec une obligation d'exécution dans l'ordre international, v. notamment A. P. THOMSON, « *Australia – Salmon and Compliance Issues Surrounding the SPS Agreement: Sovereign Acceptance and Measure Adaptation* », *L.P.I.B.*, 2002, vol. 33, n° 4, p. 717-740.

1274 La faculté de choisir librement le niveau de protection découle explicitement, par exemple, du paragraphe introductif de l'article XX du GATT et du critère de nécessité qu'il pose, ainsi que du préambule de l'Accord SPS (« aucun Membre ne devrait être empêché d'adopter ou d'appliquer des mesures nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux »), de son article 2.1 (« Les Membres ont le droit de prendre les mesures sanitaires et phytosanitaires qui sont nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux »), et en particulier de son article 3.3, en vertu duquel « [l]es Membres pourront introduire ou maintenir des mesures sanitaires ou phytosanitaires qui entraînent un niveau de protection sanitaire ou phytosanitaire plus élevé que celui qui serait obtenu avec des mesures fondées sur les normes, directives ou recommandations internationales pertinentes s'il y a une justification scientifique ou si cela est la conséquence du niveau de protection sanitaire ou phytosanitaire qu'un Membre juge approprié ».

Lorsque celui-ci est invariablement amené à céder devant celle-là, sinon en principe du moins en pratique, il s'est érodé au point de ne plus pouvoir être utilement invoqué, et est donc inopérant. Dans le même temps, protéger le principe du libre choix du niveau de protection soulève aussi la difficulté de trouver une ligne d'équilibre entre ce qui est une protection légitime et ce qui est en réalité une forme de protectionnisme¹²⁷⁵.

D'un autre côté, on ne peut que constater que les impulsions qui ont donné naissance à la rigueur des arbitres se sont révélées être d'importants facteurs d'efficacité de la pression temporelle exercée sur le Membre responsable, et qu'elles ont en ce sens fait une contribution cruciale à l'encadrement coercitif de la mise en conformité. L'arbitrage au titre de l'article 21:3 c), fréquemment utilisé dans les premières années de fonctionnement du mécanisme au cours desquelles la jurisprudence des arbitres s'est développée et consolidée, est devenu moins automatique ces dernières années, les parties semblant souvent beaucoup plus désireuses de, mais aussi disposées à, fixer le délai par accord

1275 Nous avons cité l'affaire *CE – Hormones* car elle a été, dans ce domaine, la plus médiatisée. Mais d'autres affaires posent le même type de question, en particulier lorsque sont en cause des mesures de quarantaine comme dans les affaires *Australie – Saumon*, *Japon – Produits agricoles II* (DS76) et *Japon – Pommes*. La question a récemment ressurgi avec une particulière acuité dans les discussions qu'a suscitées l'affaire relative aux organismes génétiquement modifiés, *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*. Mais v. aussi certaines positions très critiques des politiques dites de « protection », qui ne seraient qu'un masque pour ce qui serait en réalité une politique de protectionnisme. En ce sens, le professeur Messerlin notamment dénonce que l'interdiction communautaire de viande aux hormones n'était que faiblement liée à des considérations de sécurité alimentaire, et bien plus à des choix de politique agricole communautaire : v. par exemple P. MESSERLIN, *Measuring the Costs of Protection in Europe : European Commercial Policy in the 2000s*, Washington D.C., Institute for International Economics, 2001, spéc. p. 117-118. Sur la question de la liberté de choix du niveau de protection, v. en particulier M. MING DU, « Autonomy in Setting Appropriate Level of Protection under the WTO Law : Rhetoric or Reality ? », *J.I.E.L.*, 2010, vol. 13, n° 4, p. 1077-1102. Sur la difficulté d'articulation de la protection de la santé et des disciplines communes de l'O.M.C., et ses implications sur la réalité du libre choix par les Membres de leur niveau de protection, v. R. HOWSE, « The WTO/WHO Study on Trade and Public Health : A Critical Assessment », *Risk Analysis*, 2004, vol. 24, n° 2, p. 501-507. Plus largement, on touche là à la difficulté d'articuler les préoccupations commerciales avec d'autres, non commerciales mais non moins légitimes, et auxquelles les premières sont inextricablement rattachées (ce thème est communément appelé « *trade and...* ») : v. par exemple J. P. TRACHTMAN, « Trade and... Problems, Cost-Benefit Analysis and Subsidiarity », *E.J.I.L.*, 1998, vol. 9, n° 1, p. 32-85, qui examine l'articulation entre « *trade values and other values ("trade and... problems")* » (p. 32).

entre elles¹²⁷⁶. Difficile de ne pas relier cette disposition à négocier à l'inclination défavorable de l'arbitre à tolérer la moindre circonstance retardant indûment la mise en conformité. Les deux dernières années illustrent parfaitement cette tendance, et sont même exceptionnelles à cet égard : pas un seul arbitrage au titre de l'article 21:3 c) n'est intervenu depuis le 9 octobre 2009¹²⁷⁷. Si ce phénomène témoigne bien de l'efficacité de la pression exercée par la voie juridictionnelle sur le Membre responsable, en un sens elle se situe aussi parfaitement dans l'esprit du mécanisme de règlement des différends, qui n'est conçu qu'à titre subsidiaire et qui prône la priorité d'une solution mutuellement satisfaisante pour les parties.

La disposition récemment confirmée des arbitres à fixer des délais à dimension punitive n'est pas étrangère à celle des parties à privilégier le processus diplomatique pour convenir du délai. Toutefois, cette pénalité infligée par l'arbitre n'est pas une sanction de la violation initiale constatée, qui fait naître l'obligation de mise en conformité. Il s'agit davantage d'une forme de répression, de nature *temporelle*, non pas du comportement illicite initial mais du comportement consistant à ne pas avoir entrepris de supprimer immédiatement l'illicite. Si on peut parler de répression, c'est bien parce que les arbitres, dans certains cas, non seulement n'accordent pas au Membre le délai qu'il demande, non seulement déterminent celui-ci en fonction de toutes les circonstances dont ils estiment devoir tenir compte et arrivent ainsi la plupart du temps à un délai plus court, mais aussi peuvent encore *retrancher* du temps à ce délai, en infligeant au Membre une pénalité temporelle. La pratique de l'arbitrage au titre de l'article 21:3 témoigne combien cette procédure contribue à la juridicisation de la phase de mise en conformité et plus largement

1276 V. par exemple dans les affaires *Etats-Unis – Tubes et tuyaux de canalisation*, *op. cit.* ; *Etats-Unis – Réduction à zéro (CE)*, *op. cit.* ; *Communautés européennes – Mesure antidumping visant le saumon d'élevage en provenance de Norvège* (DS337) ; *Etats-Unis – Directive sur les cautions en douane* (DS345) ; *Etats-Unis – Crevettes (Thaïlande)* (DS343) ; *Etats-Unis – Maintien de la réduction à zéro*, *op. cit.* De même, une procédure d'arbitrage déjà en cours peut être interrompue et prendre fin si les parties conviennent entretemps d'un délai entre elles, comme par exemple dans l'affaire *Etats-Unis – Bois de construction V* : v. la décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Détermination finale de l'existence d'un dumping concernant les bois d'œuvre résineux en provenance du Canada – Arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, WT/DS264/13, 13 décembre 2004, par. 5 ; et la lettre conjointe adressée à l'O.R.D., « Accord au titre de l'article 21:3 b) du Mémoire d'accord sur le règlement des différends », WT/DS264/12, 8 décembre 2004.

1277 La dernière décision à ce jour est celle rendue dans l'affaire *Colombie – Bureaux d'entrée*, *op. cit.*

du règlement des différends de l'O.M.C., en exerçant sur le Membre soumis à l'obligation de cessation une pression inconnue dans d'autres mécanismes juridictionnels. Bien qu'elle ne le contraigne pas en elle-même à exécuter l'obligation qui lui incombe, elle constitue néanmoins le premier niveau d'une échelle de la coercition exercée par les organes de jugement, qui ne fait que se révéler plus ouvertement comme telle au fil des procédures.

Pression matérielle : le contrôle au fond de la mise en conformité

La procédure au titre de l'article 21:5 se situe au cœur du contentieux de l'exécution en ce sens qu'elle concerne l'examen, au fond, de la substance de la mise en conformité. On l'a vu, le principe directeur est la liberté de choix du moyen de mise en œuvre dont jouit le défendeur initial¹²⁷⁸, mais les développements précédents ont fait apparaître que cette liberté est fortement encadrée, et même réduite par les arbitres du délai raisonnable. D'un côté, plus la marge de manœuvre du défendeur est grande s'agissant de la mise en œuvre, plus il lui sera aisé de prendre des mesures de mise en conformité ; mais d'un autre côté, plus il sera probable aussi que son choix n'emportera pas l'adhésion du plaignant initial¹²⁷⁹. C'est alors qu'apparaît tout l'intérêt de la procédure de contrôle de la mise en conformité, qui assortit la pression temporelle sur l'exécution, produite par l'arbitrage de l'article 21:3 c), d'une pression matérielle.

La partie pertinente de l'article 21:5 dispose que « [d]ans les cas où il y aura désaccord au sujet de l'existence ou de la compatibilité avec un accord visé de mesures prises pour se conformer aux recommandations et décisions, ce différend sera réglé suivant les présentes procédures de règlement des différends [...] ». C'est peu dire, mais il apparaît dans tous les cas que deux types de désaccords peuvent justifier le recours à un groupe spécial au titre de l'article 21:5 : ceux qui concernent l'existence même des mesures de mise en conformité, et ceux qui concernent leur licéité au regard du droit de l'O.M.C.¹²⁸⁰, et peut-être une combinaison des deux lorsque le plaignant initial allègue que les mesures prises, par suite d'omissions ou pour d'autres raisons, n'aboutiraient qu'à une

1278 Le chapitre précédent a traité cette question dans son rapport avec la détermination du délai raisonnable (Section I), et l'approche des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel est développée *supra*, Première partie, Titre I, Chapitre I, Section I. A titre de comparaison, v. notamment la position prise par la C.I.J. dans l'*Affaire Haya de la Torre* (*op. cit.*, p. 79, ou v. *supra*, Chapitre I, Section I, § 2, C., 1.).

1279 V. sur ce point T.-Y. LIN, « Compliance Proceedings under Article 21.5 of DSU and Doha Proposed Reform », *op. cit.*, p. 917.

1280 C'est également ce qu'a précisé le groupe spécial dès la deuxième affaire qui le faisait intervenir au titre de l'article 21:5, v. le rapport du groupe spécial, *Australie – Saumon* (21:5), *op. cit.*, par. 7.10 pt 8.

mise en conformité partielle¹²⁸¹. Le juge du fond, qu'on appelle dans le jargon de l'Organisation « groupe spécial de la mise en conformité » ou « *compliance panel* », opère donc un double niveau de contrôle. Cette idée a été explicitée dans l'affaire *Etats-Unis – Mesures compensatoires sur certains produits en provenance des CE* : « [l]e mandat d'un groupe spécial établi au titre de l'article 21:5 est [...] de déterminer (i) si des *mesures* ont été *prises pour se conformer* et, dans l'affirmative, (ii) si ces mesures sont pleinement *compatibles* avec les accords visés, comme cela est contesté par les *allégations juridiques* figurant dans la demande d'établissement d'un groupe spécial »¹²⁸². Dans cette affirmation, et en particulier les italiques, est concentré ce qui constitue le pivot de la procédure, et qui se révèle être un important levier à l'exécution : le domaine de compétence d'un groupe spécial au titre de l'article 21:5.

Dans le vocabulaire juridique de l'O.M.C. en général et du Mémoire en particulier, la notion de « compétence » n'apparaît que rarement, et lorsque le terme est employé, ce n'est généralement pas de compétence juridictionnelle qu'il s'agit¹²⁸³. Celle-ci est habituellement désignée sous le terme de « mandat », notamment à l'article 7 du Mémoire qui est tout entier consacré à celui des groupes spéciaux. Le mandat-type y est décrit comme étant d'« 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'O.R.D. par (nom de la partie) dans le document... ; faire des constatations propres à aider l'O.R.D. à formuler des recommandations ou à statuer sur la question, ainsi qu'il est prévu dans ledit (lesdits) accord(s) ». C'est bien de leur compétence qu'il s'agit, ici et à l'article 21:5, celle-ci étant entendue au sens le plus classique qu'elle connaît en droit processuel, à savoir « ce dont une

1281 V. en ce sens notamment le rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – FSC* (21:5 (2)), *op. cit.*, par. 60. Dans l'affaire *Brésil – Aéronefs* par ailleurs, le groupe spécial a eu à traiter à la fois des questions liées à l'existence des mesures de mise en conformité et des questions de compatibilité d'autres mesures de mise en œuvre, v. le rapport du groupe spécial, *Brésil – Programme de financement des exportations pour les aéronefs – Recours du Canada à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS46/RW, 9 mai 2000, par. 7.1.

1282 Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Mesures compensatoires concernant certains produits en provenance des Communautés européennes – Recours des Communautés européennes à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS212/RW, 17 août 2005, par. 7.1.

1283 Les articles 2:2, 3:6, 4:4, 4:11 note 4, 8:7, et 22:3 e) mentionnent ainsi les « Conseils et Comités compétents », ou les « organes compétents ». Dans un autre sens encore, l'article 8:4 et l'Appendice 4 par. 2 visent la compétence au sens de la qualification professionnelle que doivent avoir les membres des groupes spéciaux.

juridiction peut connaître »¹²⁸⁴, qui amène dans un second temps à la question de l'exercice qu'en font les groupes spéciaux.

Les groupes spéciaux de la mise en conformité ont vite compris qu'il s'agissait là de la clé de l'effectivité de la procédure qui leur est confiée. L'originalité de cette procédure ne tient pas seulement à son existence même, dont on a déjà souligné qu'elle est remarquable dans l'ordre international, mais également et surtout au potentiel qu'elle renferme d'exercer sur le Membre responsable une véritable pression matérielle à l'exécution. Cependant, la réalisation de ce potentiel dépend de la réponse à deux questions, et la jurisprudence produite fait apparaître que les groupes spéciaux en ont compris les enjeux, en tirant utilement profit de la brièveté et de l'imprécision de l'article 21:5. La première question est celle du domaine de compétence du juge de la mise en conformité, dont les groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont tracé les limites très généreusement (Section I). La seconde question concerne la manière dont les groupes spéciaux « habitent » effectivement le contrôle qu'ils sont amenés à mener, en d'autres termes la manière dont ils exercent leur compétence et connaissent au fond de la demande qui leur est faite (Section II).

Section I Délimitation de la compétence du juge de l'exécution : l'identification des « mesures prises pour se conformer »¹²⁸⁵

Le domaine de compétence des groupes spéciaux de la mise en conformité est le premier niveau à partir duquel peut s'exercer une pression sur l'exécution par le Membre mettant en œuvre : il détermine ce dont le juge pourra ou au contraire ne pourra pas connaître au fond, et par conséquent ce que le Membre pourra ou ne pourra pas faire échapper au contrôle juridictionnel. La notion centrale autour de laquelle s'articule le contrôle exercé au fond est celle de « mesures prises pour se conformer » employée à l'article 21:5 : que le désaccord porte sur leur existence ou leur substance, l'examen par le groupe spécial de la mise en conformité suppose en amont de déterminer ce qu'elles sont. L'identification de ces mesures trace alors les limites du domaine de compétence du juge.

Or, rien dans le Mémoire en général et dans l'article 21:5 en particulier n'éclaire cette notion. Cependant, il est un principe établi et inhérent au pouvoir juridictionnel qu'une juridiction internationale, sauf disposition contraire

¹²⁸⁴ C. SANTULLI, *Droit du contentieux international*, op. cit., p. 137 n° 238.

¹²⁸⁵ L'expression est celle de l'article 21:5. Les guillemets ne seront plus employés dans la suite, sauf lorsqu'il s'agit d'attirer une attention particulière sur la notion.

dans ses statuts, est juge de sa compétence¹²⁸⁶. Le mécanisme de règlement des différends de l'O.M.C. n'y fait pas exception, bien que le Mémoire ne contienne pas de disposition expresse comparable à l'article 36 paragraphe 6 du Statut de la Cour internationale de Justice¹²⁸⁷ : la compétence pour une juridiction de statuer sur sa propre compétence impliquant en premier lieu celle d'interpréter les textes qui établissent sa compétence, ce sont donc les organes de jugement qui ont précisé ce que le Mémoire n'indique pas, par un important travail d'interprétation de l'article 21:5. L'identification des « mesures prises pour se conformer » suppose de clarifier deux aspects. D'une part, il faut en déterminer la teneur : on trace ainsi les limites de la compétence *ratione materiae* des groupes spéciaux (§ 1). D'autre part, ces mesures doivent être encadrées dans le temps : n'importe quelle mesure, édictée à n'importe quel moment, ne peut être réputée avoir été prise pour se conformer. Cet

1286 V. en particulier C.I.J., *Affaire relative à certains emprunts norvégiens (France c. Norvège)*, arrêt du 6 juillet 1957, opinion individuelle du juge Sir Hersch Lauterpacht, *C.I.J. Recueil 1957*, p. 34-66, qui souligna avec force « l'un des principes les plus fondamentaux du droit international – et national – d'après lequel il rentre dans le pouvoir inhérent d'un tribunal d'interpréter le texte qui établit sa compétence » (p. 44) ; ou encore C.P.J.I., *Interprétation de l'accord gréco-turc du 1^{er} décembre 1926*, avis du 28 août 1928, *Série B*, n° 16, p. 20 ; et C.I.J., *Affaire Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, Exception préliminaire, arrêt du 18 novembre 1953, *C.I.J. Recueil 1953*, p. 119 (la Cour considérait que le principe prenait même une « force particulière » lorsque la juridiction n'est pas un tribunal arbitral mais une « institution préétablie par un acte international »).

1287 La compétence pour le juge international de statuer sur sa propre compétence est inscrite dans les statuts de nombreuses juridictions : ainsi notamment à l'article 36 paragraphe 6 du Statut de la C.I.J. ou à l'article 32 paragraphe 2 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui disposent tous deux qu'« [e]n cas de contestation sur le point de savoir si la Cour est compétente, la Cour décide » ; ou encore à l'article V paragraphe 3 de la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international du 21 avril 1961 (*R.T.N.U. 1963-1964*, vol. 484, p. 349-355). A titre de comparaison, signalons l'article 41 paragraphe 2 de la Convention de Washington pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États : « [l]e Tribunal peut, de sa propre initiative et à tout moment de l'instance, examiner si le différend ou toute demande accessoire qui lui est soumis ressortit à la compétence du Centre et à sa propre compétence ». La différence entre cette disposition et les trois précédentes est que celles-ci ne donnent compétence au juge pour juger de sa compétence qu'en cas de *contestation* par une partie au différend, tandis que celle-là donne compétence aux tribunaux CIRDI pour statuer d'*office* sur sa compétence. Pour une discussion approfondie du thème, et en particulier une critique opportune de l'opinion répandue de l'origine prétendument allemande d'un principe nommé « *Kompetenz-Kompetenz* », v. E. GAILLARD et J. SAVAGE (eds), *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, op. cit., spéc. p. 395-401 par. 650-660, et p. 396-397 par. 651.

encadrement, tiré du Mémorandum et interprété par les organes de jugement, correspond alors aux limites de la compétence *ratione temporis* des groupes spéciaux (§ 2).

§ 1 Compétence *ratione materiae* : la teneur des « mesures prises pour se conformer »

Toute la difficulté pour un groupe spécial de la mise en conformité est de déterminer les mesures qu'il est compétent pour examiner. Or, dans la mesure où il s'agit certes d'un nouveau désaccord mais pas d'une nouvelle affaire, la tentation est grande pour les parties de formuler des allégations qui ne tiennent pas aux nouvelles mesures proprement dites, celles de mise en œuvre, mais aux mesures initiales. Les groupes spéciaux doivent donc effectuer un rigoureux tri parmi les mesures que leurs soumettent les plaignants ou les allégations formulées, et tracer la limite de leur domaine de compétence peut s'avérer malaisé¹²⁸⁸. Dans le cadre d'une procédure au titre de l'article 21:5, un groupe spécial peut être confronté à deux cas de figure, celle où le défendeur initial n'a pris aucune mesure de mise en œuvre, et celle où il en a pris. L'existence des mesures de mise en conformité constitue en toute logique la première étape du contrôle, puisqu'il s'agit d'abord de déterminer si le Membre déclaré responsable a réellement pris des mesures au sens de l'article 21:5, avant de vérifier leur conformité au droit de l'O.M.C.¹²⁸⁹. Un certain nombre de mesures peuvent ainsi d'emblée être éliminées du champ de la procédure parce qu'elles ne relèvent pas de son objet (A.). Quant aux deux cas de figure envisageables, ils font à leur tour apparaître deux constats. Le premier est que le juge, pour

1288 Tant et si bien qu'une récente publication titrait, au sujet des mesures prises pour se conformer, « *catch me if you can* », en allusion à la difficulté que rencontrent les groupes spéciaux à cerner les véritables mesures de mise en œuvre afin que le contrôle qu'ils effectuent soit utile : B. KUNOY, « Catch Me if You Can : An Analysis of "Measures Taken To Comply" under the WTO Dispute Settlement Understanding », *Chin. J.I.L.*, 2007, vol. 6, n° 1, p. 43-66.

1289 Cette dissociation n'a été opérée que progressivement, dans la mesure où il a fallu préciser que les mesures examinées à ce stade du contentieux étaient entièrement nouvelles et donc différentes des mesures initiales. Antérieurement à cette précision, le contrôle de l'existence des mesures ne se dissociait pas de celui de leur contenu, produisant ainsi une inversion dans la méthode du contrôle : nombre de procédures ne traitaient pas les deux questions de manière successive, si la partie demanderesse ne contestait pas l'existence des mesures de mise en conformité, mais seulement leur compatibilité avec les recommandations. Elles sont néanmoins intrinsèquement liées, au sens qu'un contrôle de la seule licéité des mesures est une reconnaissance implicite de leur existence.

considérer qu'une mesure « existe » au sens de l'article 21:5, exige que le Membre ait au minimum entrepris une action positive pour matérialiser la mise en œuvre (B.). Au-delà de cette exigence minimale, il faut ensuite tracer le contour des mesures relevant de la compétence du juge du fond. On aperçoit alors que les organes de jugement ont progressivement construit une conception très étendue de la notion de « mesures prises pour se conformer », qui assure la plus grande utilité possible de la procédure tout en créant, par cette approche, des zones grises et des confusions (C.).

A *Objet de la procédure : ce que les mesures prises pour se conformer ne sont pas*

La définition matérielle des mesures de mise en conformité appelle une observation préliminaire, sans laquelle sa détermination repose sur des bases flottantes. En effet, s'intéresser à la teneur qui peut légitimement être considérée comme étant celle d'une mesure de mise en conformité suppose en amont de s'entendre sur l'objet même de la procédure au titre de l'article 21:5. Cette approche permet incidemment d'évacuer d'emblée certaines mesures du champ de la procédure.

C'est un désaccord au sujet des « mesures prises pour se conformer » qui justifie le recours à un groupe spécial au titre de l'article 21:5, ce point est incontesté. Toutefois, la détermination de l'objet de la procédure peut soulever des difficultés et créer des équivoques, on le voit à la fréquence avec laquelle le groupe spécial doit préciser les mesures qu'il est compétent pour examiner. Le postulat de départ a été énoncé dès la toute première affaire dans laquelle la procédure de l'article 21:5 s'est prolongée en appel, et il mérite d'être cité extensivement car il concentre l'essentiel à partir duquel les organes de jugement ont ensuite précisé la notion. L'Organe d'appel y a affirmé que « ces procédures [au titre de l'article 21:5] ne concernent plutôt que les “mesures *prises pour se conformer* aux recommandations et décisions” de l'O.R.D. À notre avis, le membre de phrase “mesures prises pour se conformer” désigne les mesures qui ont été ou auraient dû être adoptées par un Membre pour faire en sorte d'observer les recommandations et décisions de l'O.R.D. En principe, une mesure qui a été “prise pour se conformer aux recommandations et décisions” de l'O.R.D. *ne sera pas* la même que celle qui a fait l'objet du différend initial, de sorte que, en principe, il y aura deux mesures différentes et distinctes : la mesure initiale qui *a donné lieu* aux recommandations et décisions de l'O.R.D., et les “mesures prises pour se conformer” qui ont été – ou auraient dû être – adoptées pour *mettre en œuvre* ces recommandations et décisions »¹²⁹⁰. Clairement énoncé, ce « mode d'emploi » n'est pas aussi évident à appliquer qu'il paraît au premier

¹²⁹⁰ Rapport de l'Organe d'appel, *Canada – Aéronefs* (21:5), *op. cit.*, par. 36 (note supprimée).

abord, car après tout, le cas d'une affaire parvenue jusqu'au stade de l'exécution mais qui serait très proche d'une autre affaire dans le cadre de laquelle une nouvelle plainte a été présentée n'est pas un cas d'école¹²⁹¹. Cependant, cette précision ne fournit en réalité que peu d'éclairages, sinon de manière en quelque sorte négative ou éliminatoire.

Ce qui découle le plus immédiatement de ce postulat est que l'objet du contrôle au titre de l'article 21:5 est dans tous les cas *autre* que celui de la procédure initiale. Par conséquent, le juge de la mise en conformité ne doit pas être encombré de questions qui se rattachent au différend initial, à plus forte raison lorsqu'elles ont été tranchées par le juge. Pourtant, la tentation est grande de lui en soumettre, compte tenu de la continuité entre les deux phases du contentieux et du lien étroit entre les mesures en cause à leur niveau d'examen respectif. L'Organe d'appel a apporté un soin particulier à exclure que ce type de demandes soit accueilli. Ainsi, dans l'affaire *Etats-Unis – Crevettes*, il a interdit le détournement de la fonction spécifique de la procédure de l'article 21:5 en une forme plus ou moins subtilement déguisée d'appel (ou même en appel de l'appel), en rappelant que les rapports adoptés à l'issue de la procédure initiale sont la résolution définitive de ce différend¹²⁹², et que les parties doivent l'accepter sans condition¹²⁹³. De même, le groupe spécial et l'Organe d'appel ont refusé que la procédure de l'article 21:5 permette au plaignant ou au défendeur initial d'obtenir ce qu'ils ont appelé une « deuxième chance » : deuxième chance ni pour le plaignant de faire admettre une allégation qu'il

1291 Cette hypothèse fut notamment illustrée par la forme de croisement contentieux occasionné par l'affaire *Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs*. Le Canada y avait notamment soulevé des objections s'agissant de la compétence du groupe spécial, faisant valoir que certaines des allégations dans cette affaire relèveraient en réalité de la mise en œuvre dans l'affaire *Canada – Aéronefs* qui la précédait. V. aussi l'affaire *Inde – Autos*, développée *infra* dans cette section, § 2, B., 1., c.

1292 Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Crevettes* (21:5), *op. cit.*, par. 97.

1293 V. sur ce point H. RUIZ FABRI, « Chronique du règlement des différends (2001) », *op. cit.*, p. 884, qui souligne que bien que l'expression ne fût pas employée, c'est bien d'une application du principe d'autorité de la chose jugée qu'il s'agissait. V. également, dans le même sens que cette jurisprudence, le rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Jeux* (21:5), *op. cit.*, par. 6.57, où le groupe spécial considéra que la ligne d'argumentation des Etats-Unis s'analyse comme une « acceptation de la décision initiale à condition de conserver le droit de solliciter une conclusion plus favorable dans une procédure ultérieure », ce qu'interdit l'obligation qu'ont les parties au titre de l'article 17:4 du Mémoire d'accepter sans condition les rapports adoptés.

avait présentée mais pas maintenue dans la procédure initiale¹²⁹⁴, ni pour le défendeur de prouver ce qu'il n'avait pas réussi à prouver au cours de la procédure initiale, c'est-à-dire la licéité de sa mesure telle qu'elle était alors¹²⁹⁵. En d'autres termes, il est impossible dans une procédure de l'article 21:5 de faire réexaminer une question qui a déjà été tranchée en phase initiale, « même lorsque le défendeur a employé de meilleurs arguments sans qu'il y ait eu de changement pertinent pour les faits sous-jacents au cours de la période intérimaire »¹²⁹⁶. Cela paraît une évidence, au regard de l'autorité de chose jugée dont sont revêtus les rapports adoptés, mais il n'en a pas moins été nécessaire de le rendre explicite pour les Membres – sans pour autant désigner le principe appliqué par son nom, puisque ni « *res judicata* » ni « autorité de chose jugée » ne font partie du vocabulaire habituel des organes de jugement¹²⁹⁷. Il n'est pas non plus question de demander au juge de la mise en conformité une interprétation du rapport initial, bien que les groupes spéciaux soient parfois amenés, incidemment, à examiner les raisonnements et constatations du juge de la procédure initiale¹²⁹⁸. Un groupe spécial de la mise en conformité n'est donc pas compétent pour examiner des allégations identiques au sujet d'un aspect inchangé de la mesure de mise en œuvre, déjà rejetées en phase initiale, pas plus que pour examiner de nouvelles allégations au sujet

1294 Rapports du groupe spécial et de l'Organe d'appel, *Communautés européennes – Droits antidumping sur les importations de linge de lit en coton en provenance d'Inde – Recours de l'Inde à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, respectivement WT/DS141/RW, 29 novembre 2002, par. 6.43, et WT/DS141/AB/RW, 8 avril 2003, par. 74 et 96.

1295 V. la ligne d'argumentation développée par les Etats-Unis dans l'affaire *Etats-Unis – Jeux et paris*, examinée *infra*. Une déclinaison moins excessive de cet argument a été employée dans les affaires *CE – Hormones* et *Australie – Saumon* déjà mentionnées, mais dans le cadre de l'arbitrage de l'article 21:3 c) : l'arbitre y refusa de tenir compte du temps nécessaire au Membre mettant en œuvre pour effectuer l'évaluation des risques qui démontrerait la licéité de la mesure jugée illicite par le juge de la procédure initiale. V. les arbitrages *CE – Hormones* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 39, et *Australie – Saumon* (21:3 c)), *op. cit.*, par. 36.

1296 Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Jeux* (21:5), *op. cit.*, par. 6.53.

1297 Au sujet de l'application par le groupe spécial du principe d'autorité de chose jugée dans l'affaire *CE – Linge de lit* (21:5), v. H. RUIZ FABRI et P. MONNIER, « Chronique du règlement des différends 2002 », *op. cit.*, p. 918.

1298 Ces cas révèlent la proximité, dans une certaine mesure, entre la procédure au titre de l'article 21:5 et une demande d'interprétation comme la connaît par exemple la C.I.J. Nous précisons cependant *infra* que si la procédure de contrôle de la mise en conformité peut certes impliquer une forme d'interprétation, la portée de la procédure n'est pas la même que celle de l'instance dans le cadre d'une demande d'interprétation, v. Section II, § 1, A. 2., a.

d'un aspect inchangé de la mesure de mise en œuvre¹²⁹⁹. Admettre l'inverse dénaturerait la procédure de contrôle de la mise en conformité, et par ailleurs porterait atteinte au principe du règlement rapide des différends, et surtout à celui de la chose jugée¹³⁰⁰.

Si n'importe quelle mesure édictée par le Membre responsable ne peut donc être considérée comme une mesure « prise pour se conformer »¹³⁰¹, à l'inverse faut-il également veiller à ne pas resserrer la définition si étroitement que la satisfaction de ses critères – qu'il reste à déterminer plus précisément – devienne déraisonnablement difficile. La pente est vite prise lorsque les mesures prises pour se conformer sont rattachées à une conception réductrice ou biaisée. Ainsi par exemple, dans l'affaire *Australie – Saumon*, le groupe spécial a considéré « qu'un nouveau régime de mesures de mise en œuvre "existe" quand ce régime énonce toutes les prescriptions et tous les critères auxquels il faut satisfaire pour que le produit visé *puisse* pénétrer sur le marché du Membre concerné ». La possibilité d'un commerce effectif exigeait selon lui que les mesures énonçant ces prescriptions et critères fussent entrées en vigueur et applicables au regard de l'objectif visé¹³⁰². Par conséquent, un simple règlement-cadre n'était pas suffisant car trop incertain, mais il n'importait pas non plus que le produit eût réellement pénétré le marché : ce qui était déterminant était qu'aucun obstacle juridique ne l'empêchât de le faire. En d'autres termes, le critère retenu en l'espèce par le groupe spécial était l'existence effective de possibilités commerciales, et on y voit combien le juge se fondait sur une approche économique axée sur le marché¹³⁰³. Or, une telle approche révèle une confusion. En effet, la condition d'existence d'une nouvelle mesure que posait en ces termes le juge relève déjà davantage de la question de sa conformité au droit de l'O.M.C. que de son existence. L'approche économique

1299 Au sujet des éventuels empiètements sur la décision initiale, v. *infra*.

1300 L'autorité de chose jugée des rapports adoptés par l'O.R.D. (mais aussi des décisions arbitrales) a été démontrée *supra*, v. Première partie, Titre I, Chapitre I, Section I, § 1, A. 1. a. Par ailleurs, on entrevoit également l'application du principe *non bis in idem* dans l'affaire *Corée – Certains papiers*, bien que le groupe spécial n'en fit pas expressément mention : rapport du groupe spécial, *Corée – Certains papiers* (21:5), *op. cit.*, par. 6.64. V. le commentaire in H. RUIZ FABRI et P. MONNIER, « Chronique du règlement des différends 2007-2008 », *op. cit.*, p. 848-849, sur la difficulté que peut représenter le cas où la mesure incompatible aurait été corrigée, mais serait suivie de l'édition d'une nouvelle mesure en substance identique. V. également B. KUNOY, « Catch Me if You Can : An Analysis of "Measures Taken To Comply" under the WTO Dispute Settlement Understanding », *op. cit.*, spéc. p. 52-56.

1301 Selon l'expression de l'Organe d'appel in *Canada – Aéronefs* (21:5), *op. cit.*, par. 36.

1302 Rapport du groupe spécial, *Australie – Saumon* (21:5), *op. cit.*, par. 7.28.

1303 V. en ce sens A. STEINMANN, « Article 21 DSU », *op. cit.*, p. 513 par. 52.

dépasse ainsi le cadre des seules exigences au regard desquelles on peut considérer qu'une mesure *existe*, et amalgame improprement deux considérations distinctes : une mesure peut bel et bien exister, même si ce n'est à ce stade que d'une manière incomplète, qui ne crée pas encore pleinement les possibilités commerciales visées ultérieurement. Aucun groupe spécial, ni l'Organe d'appel, n'a d'ailleurs repris le critère ainsi formulé, ce qui témoigne bien de ce qu'une telle approche était intenable. Le champ étant ainsi balisé, du moins dans sa zone initiale, il reste alors à déterminer, dans une approche positive et inclusive cette fois, quelles mesures peuvent être considérées comme des « mesures prises pour se conformer » aux recommandations de l'O.R.D. issues d'une procédure initiale¹³⁰⁴.

B *Existence d'une mesure : l'exigence minimale d'une action positive*

Par une forme de renversement de perspective, la question de l'« existence » de mesures prises pour se conformer dont peut avoir à connaître un groupe spécial au titre de l'article 21:5 soulève celle de savoir si l'*absence* de telles mesures pourrait réaliser la mise en œuvre des recommandations de l'O.R.D. Plusieurs procédures de contrôle de la mise en conformité s'inscrivaient en effet dans le contexte d'un Membre qui affirmait avoir exécuté son obligation, alors qu'il n'avait ni retiré ni modifié sa mesure déclarée illicite (1.). L'affaire *Etats-Unis – Jeux* a poussé cette hypothèse à son extrême, et les observations formulées par le groupe spécial de la mise en conformité font apparaître au moins une certitude : les mesures « prises pour se conformer » sont *autre chose* que les mesures initiales illicites ; il s'ensuit que pour réaliser la mise en œuvre, le Membre déclaré responsable doit avoir entrepris *quelque chose*, un quelque chose entendu très largement (2.).

1 Hypothèse : une mesure initiale restée intacte peut réaliser la mise en œuvre

Dès l'affaire *Canada – Aéronefs*, l'Organe d'appel avait envisagé abstraitement l'hypothèse qu'un défendeur initial, en principe tenu d'édicter des mesures d'exécution, n'entreprene aucune action tendant à la mise en œuvre. Il avait ainsi précisé, dans une note, que « lorsqu'il est allégué qu'*aucune* "mesure [n'a été] prise pour se conformer", un groupe spécial peut constater qu'il n'existe *aucune* nouvelle mesure »¹³⁰⁵. Mais cela n'épuise pas l'éventail des configurations possibles et, plus concrètement, ne résout pas la question de savoir ce qu'est tenu de faire le Membre concerné afin qu'on puisse considérer qu'il a

1304 V. la question posée en ces termes dans le rapport de l'Organe d'appel, *CE – Linge de lit* (21:5), *op. cit.*, par. 78.

1305 Rapport de l'Organe d'appel, *Canada – Aéronefs* (21:5), *op. cit.*, par. 36 note 34.

pris des mesures pour se conformer. Au lieu d'un défendeur qui revendique ouvertement son inaction, le juge peut ainsi également avoir affaire à l'absence de mesure d'exécution alors que le Membre affirme pourtant avoir réalisé la mise en oeuvre, et/ou que celle-ci a effectivement eu lieu : c'est l'hypothèse de l'identité (presque) parfaite entre la mesure dont a connu le juge de la procédure initiale et celle dont connaît le juge de la mise en conformité, ou du moins l'identité d'une partie de cette mesure. Cette situation peut survenir dans un cas où ce n'était pas la mesure initiale en tant que telle qui avait été condamnée par le juge de la phase initiale, mais la manière dont elle était appliquée. L'affaire *Etats-Unis – Crevettes* l'illustre : elle concernait l'article 609 de la Loi générale n° 101-162 des Etats-Unis, sur la base de laquelle avait été prise l'interdiction d'importer des crevettes qui n'avaient pas été pêchées selon une technique qui assurait la protection des tortues marines¹³⁰⁶. Soumis à l'obligation de mise en conformité, les Etats-Unis ont laissé inchangé l'article 609 qui, en lui-même, n'était constitutif d'aucune violation, et n'ont révisé que quelques-unes des directives d'application prises sur son fondement. Ces directives ont toutefois continué d'imposer unilatéralement les conditions d'importation de crevettes, et elles maintenaient par conséquent l'interdiction. En d'autres termes, le juge de la mise en conformité avait affaire à la même mesure exactement, l'article 609, que celle dont avait connu le juge initial. L'Organe a donné raison au groupe spécial d'avoir inclus cette mesure dans l'examen qu'il menait,

1306 Cette interdiction, fondée sur l'article 609 qui donnait lieu à des directives d'application, avait été jugée constitutive d'une restriction quantitative au commerce incompatible avec l'article XI du GATT, et n'était pas justifiée au titre de son article XX (l'article 609 n'avait pas résisté au test du chapeau, bien qu'il fût provisoirement justifié au titre de l'alinéa g)), v. le rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Crevettes*, *op. cit.* Le juge avait par ailleurs observé que l'article 609 en lui-même n'était pas problématique, les incompatibilités étant uniquement créées par les directives de mise en œuvre de cet article, et par la manière dont les Etats-Unis les appliquaient aux autres Membres de l'O.M.C. Cette application revenait de fait à un embargo visant à imposer à tous les partenaires commerciaux des Etats-Unis d'adopter le même type de dispositif de protection des tortues marines que le leur. L'actuel différend *Etats-Unis – Thon II (Mexique)*, qui oppose les parties au sujet de la pêche du thon (v. le rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon*, WT/DS381/AB/R, 16 mai 2012) soulève les mêmes difficultés, en termes de ce qu'on pourrait qualifier de « législation coercitive » : les Etats-Unis imposent par leur législation une technique de pêche qui vise la protection des dauphins, mais crée de fait une restriction au commerce, condamnée par les organes de jugement dans la procédure initiale. La mise en conformité s'annonce d'ores et déjà difficile, et il est vraisemblable que le Mexique soumettra toute mesure américaine prise en guise de mise en œuvre à un contrôle par un groupe spécial au titre de l'article 21:5.

au motif précisément que l'article 609 était la base des directives d'application et que, même inchangé, il faisait donc partie de la nouvelle mesure¹³⁰⁷.

2 Rejet : la correction de l'illicéité suppose une modification
Mais, cas extrême, le juge peut également être confronté à une ligne d'argumentation consistant pour le Membre responsable à affirmer qu'il serait désormais en conformité avec ses engagements au titre de l'O.M.C. alors qu'aucune mesure de mise en œuvre n'a été prise, parce que cette inaction même serait constitutive de l'exécution. La difficulté de la définition matérielle des mesures prises pour se conformer s'exprime ici de manière inédite, surprenante mais pas invraisemblable puisque c'est ainsi que les Etats-Unis ont plaidé leur cas dans le différend qui les opposait à Antigua-et-Barbuda au sujet de la législation américaine relative aux jeux et paris en ligne.

a *Postulat avancé : les mesures initiales illicites
sont les mesures prises pour se conformer*

Lors de la procédure initiale, la législation américaine avait été jugée illícite au regard du GATS dans la mesure où elle empêchait les sites étrangers de jeux et paris d'exercer leur activité aux Etats-Unis, ce qui constituait une discrimination entre les fournisseurs de services étrangers et nationaux. A la réunion suivant l'adoption des rapports de l'Organe d'appel et du groupe spécial, les Etats-Unis avaient fait savoir leur intention de mettre en œuvre les recommandations de l'O.R.D. puis avaient indiqué, dans leur premier rapport de situation, que « l'Administration des Etats-Unis travaille en consultation avec le Congrès en vue de prendre les mesures appropriées pour résoudre la question »¹³⁰⁸. Un mois plus tard déjà, ils ont déclaré dans un addendum qu'ils considéraient avoir exécuté leur obligation de mise en conformité¹³⁰⁹, et

1307 Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Crevettes* (21:5), *op. cit.*, par. 91. Une approche similaire a été adoptée dans l'affaire *Japon – Pommes* : la mesure initiale phytosanitaire destinée à protéger le Japon du feu bactérien, jugée illícite, avait fait l'objet de quelques modifications cosmétiques, mais le Japon avait surtout mené une nouvelle étude scientifique la justifiant, moyennant quoi il ne considéra pas opportun d'en modifier la substance. Le groupe spécial de la mise en conformité a néanmoins considéré que tous les éléments de la mesure actuellement en place devaient être traités comme des mesures « prises pour se conformer », même si la plupart de ces éléments existaient déjà dans la mesure initiale, *in* rapport du groupe spécial, *Japon – Pommes* (21:5), *op. cit.*, par. 8.32. V. également à ce sujet H. RUIZ FABRI et P. MONNIER, « Chronique du règlement des différends 2005-2006 », *op. cit.*, p. 1220.

1308 Rapport de situation des Etats-Unis, WT/DS285/15, 7 mars 2006.

1309 Rapport de situation des Etats-Unis, Addendum, WT/DS285/15/Add.1, 11 avril 2006.

ont informé les autres Membres de ce qu'ils étaient désormais en mesure de démontrer que leur législation n'établissait aucune discrimination contre les fournisseurs étrangers de paris à distance. Cette démonstration, estimaient-ils, signifiait que leur législation était en conformité avec les recommandations de l'O.R.D.¹³¹⁰.

L'argument américain était parfaitement original, en ce qu'il assimilait les mesures initiales déclarées illicites et les mesures de mise en œuvre : la preuve de ce que les Etats-Unis n'étaient pas parvenus à démontrer au cours de la procédure initiale réaliserait la mise en conformité, et cela sans même que les mesures initiales eussent été amendées, complétées ou modifiées d'une quelconque manière. En d'autres termes, les Etats-Unis présentaient non pas de nouvelles mesures mais de nouvelles preuves¹³¹¹. L'argument confrontait le groupe spécial à la question inédite de savoir si de « vieilles » mesures¹³¹² pouvaient être considérées comme des « mesures prises pour se conformer » au sens de l'article 21:5.

b *Les « mesures prises pour se conformer » au regard de l'article 21:5*
Pour traiter l'argument, le groupe spécial a ouvert un vaste chantier d'interprétation de l'article 21:5, dont une partie au moins manque de raison d'être, mais qui a cependant le mérite d'une remarquable structure. Tout d'abord, le groupe spécial a observé que si les mesures présentées devant lui sont inchangées, c'est-à-dire qu'elles sont identiques à celles déjà déclarées illicites (et sous la réserve que les obligations au titre de l'O.M.C. soient également restées les mêmes), alors en toute logique elles restent illicites¹³¹³. Dans un raisonnement rigoureusement exposé, il a considéré au moyen d'une interprétation littérale de l'article 21:5 que rendre licite une mesure initiale illicite suppose nécessairement d'y apporter certains changements¹³¹⁴. Après tout, « [l]a recomman-

1310 O.R.D., « Compte rendu de la réunion du 21 avril 2006 », WT/DSB/M/210, 30 mai 2006, par. 33-35.

1311 Pour rappel, l'argument consistant à justifier la mise en conformité par la démonstration, *a posteriori*, de ce que l'illicéité initiale n'en serait pas une avait déjà été rejeté dans l'affaire *CE – Hormones*, quoique dans un contexte différent (v. *supra*, Deuxième partie, Titre I, Chapitre I).

1312 Selon l'expression employée par les Communautés dans leur communication écrite en tant que tierce partie, O.R.D., « Compte rendu de la réunion du 21 avril 2006 », *op. cit.*, par. 25.

1313 Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Jeux (21:5)*, *op. cit.*, par. 6.11.

1314 *Ibid.*, par. 6.14.

dation de l'ORD était que les Etats-Unis rendent leurs *mesures* conformes, et non pas de rendre conforme l'*évaluation* de la conformité de ces mesures »¹³¹⁵.

Le groupe spécial s'est ensuite intéressé aux formes que peut prendre la mise en conformité avec les recommandations de l'O.R.D. et a pris appui sur l'affirmation de l'Organe d'appel dans l'affaire *Canada – Aéronefs*, selon laquelle des mesures prises pour se conformer seraient, en principe, des mesures « nouvelles »¹³¹⁶. Cependant, le critère de la nouveauté semble s'entendre très largement puisque le groupe spécial a envisagé à ce titre l'hypothèse susmentionnée dans laquelle ce n'est pas la mesure elle-même qui crée l'incompatibilité mais son application¹³¹⁷, ou encore celle d'une mise en conformité réalisée par une évolution du contexte factuel ou juridique de la mesure. Dans ces deux cas, la mise en conformité n'exigerait aucune modification de la substance de la mesure elle-même¹³¹⁸. Le groupe spécial semblait en effet envisager la mise en conformité bien plus sous l'angle du but poursuivi par le Membre déclaré responsable, c'est-à-dire de son intention, que sous un angle formel. La marge de manœuvre du Membre concerné s'en trouve élargie, puisque une mesure pourrait satisfaire au critère de nouveauté dès lors qu'elle serait assortie d'une manifestation d'intention de mise en conformité, et alors se qualifier de « mesure prise pour se conformer ». Mais, puisque le pivot est la volonté de mise en conformité, le groupe spécial a disqualifié les mesures dont les Etats-Unis prétendaient pouvoir désormais démontrer la licéité, licéité qui selon eux aurait toujours existé¹³¹⁹. Dans ces conditions, auxquelles s'ajoutait l'incohérence manifeste entre d'un côté l'affirmation d'une mise en conformité accomplie et d'un autre côté la demande américaine en vue d'obtenir un délai raisonnable d'exécution¹³²⁰, il a considéré qu'il n'existait pas de mesures « prises pour se conformer »¹³²¹.

¹³¹⁵ *Ibid.*, par. 6.15.

¹³¹⁶ *Ibid.*, par. 6.19. V. aussi le rapport de l'Organe d'appel, *Canada – Aéronefs* (21:5), *op. cit.*, par. 86.

¹³¹⁷ Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Jeux* (21:5), *op. cit.*, par. 6.21.

¹³¹⁸ *Ibid.*, par. 6.21 et 6.27.

¹³¹⁹ *Ibid.*, par. 6.28.

¹³²⁰ Selon le groupe spécial, « si les mesures visées par les recommandations et décisions de l'ORD avaient déjà été conformes, il n'aurait pas été irréalisable de se mettre immédiatement en conformité » (*ibid.*, par. 6.31). On y lit, en filigrane, la conscience qu'avait le groupe spécial d'une certaine dose de mauvaise foi de la part des Etats-Unis, mais il n'a pas explicité l'observation faite.

¹³²¹ *Ibid.*, par. 6.38.

c *Les « mesures prises pour se conformer »
au regard des constatations initiales*

Le groupe spécial aurait pu se tenir à cette constatation, en invoquant l'économie jurisprudentielle, et il aurait été plus prudent de clore ainsi son examen car tout regard au-delà l'attirait dans la stratégie argumentative des Etats-Unis. Or, cette stratégie reposant sur le postulat hardi que l'inaction était constitutive de la mise en conformité, en examinant point par point l'argument le groupe spécial lui donnait du crédit, et au minimum aux Etats-Unis la satisfaction d'une forme d'efficacité, quand bien même ce fût pour le rejeter¹³²². Et en effet, le groupe spécial a entrepris un périlleux examen des constatations spécifiques formulées dans la procédure initiale, afin de vérifier si, comme le prétendaient les États-Unis, elles « imposent ou autorisent une conclusion différente »¹³²³. En d'autres termes, ce dont il s'agissait ici était la possibilité de faire réexaminer certaines questions tranchées par l'Organe d'appel au regard d'éléments de preuve nouveaux, et par conséquent un possible retour sur la chose jugée. Le groupe spécial était alors entraîné sur le terrain d'une analyse et interprétation des conclusions de l'Organe d'appel qui, qu'il le voulût ou non une fois le pied dans la porte, l'ont conduit à justifier le raisonnement et les constatations formulés au cours de la procédure initiale. La procédure de contrôle de la mise en conformité porte en elle, inhérente à sa fonction, une part de la fonction accomplie dans le cadre d'une demande d'interprétation ; cependant, le procédé suivi ici dépassait largement le cadre de l'interprétation et ouvrait la porte à ce qu'un Membre déclaré responsable bénéficie d'une « deuxième chance » de démontrer que sa responsabilité n'avait *pas* été engagée, alors que le groupe spécial et l'Organe d'appel avaient expressément mis en garde contre une telle approche et l'avaient même proscrite¹³²⁴. En définitive, cet examen laborieux a amené le groupe spécial à constater qu'il ne décelait rien dans les constatations initiales qui « perturberait sa conclusion préliminaire » de l'inexistence

1322 Pour un commentaire critique de l'approche du groupe spécial et de ses risques, v. H. RUIZ FABRI et P. MONNIER, « Chronique du règlement des différends 2006-2007 », *J.D.I.*, 2007, n° 3, spéc. p. 1026-1027.

1323 Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Jeux* (21:5), *op. cit.*, par. 6.38.

1324 Pour rappel, s'agissant du refus de voir détournée la procédure au titre de l'article 21:5 en une forme d'appel de l'appel, v. les rapports du groupe spécial et de l'Organe d'appel, *CE – Linge de lit* (21:5), *op. cit.*, respectivement par. 6.43 et par. 74 et 96. A titre de comparaison, la demande d'interprétation au sens de l'article 60 du Statut de la C.I.J. ne le permet pas non plus (v. *infra*, Section II, § 1, A., 2, a.). L'articulation de la procédure au titre de l'article 21:5 avec celle de la phase initiale, et les débordements auxquels peut donner lieu une procédure de contrôle de la mise en conformité seront examinés *infra*, Section II.

de mesures prises pour se conformer¹³²⁵ ; on n'en reste pas moins sur l'impression peu heureuse que le groupe spécial s'était avancé sur un terrain miné qu'il n'a pas osé contourner en opposant plus péremptoirement aux Etats-Unis une fin de non-recevoir, ce qui pourtant aurait été facile au moyen de l'économie jurisprudentielle.

En effet, bien que le groupe spécial s'en défendît, il s'était laissé dicter sa démarche par une argumentation qui ne pouvait que l'entraîner dans un exercice de justification hasardeux, dès lors qu'il accordait tant soit peu de légitimité à l'argument américain. Mais on sent dans son attitude très distinctement deux choses. La première est son décontentement face à un argument invraisemblable mais soutenu avec la plus grande ferveur, qu'il a été trop hésitant à tout simplement rejeter à la première occasion que le justifiait. La seconde est l'emprise qu'ont le Secrétariat et l'Organe d'appel sur les groupes spéciaux, ou au moins le pouvoir que les groupes spéciaux leur prêtent : ils sont si soucieux de se mettre à l'abri de la censure et de la réprimande par l'Organe d'appel, notamment celle d'une fausse économie jurisprudentielle¹³²⁶, qu'ils répondent à tous les arguments que font valoir les parties, y compris dans les cas où se mettre à l'abri de la censure consisterait à ne pas y répondre. Dans cette affaire en effet, à partir du moment où le groupe spécial acceptait d'examiner l'argument selon lequel « il y a des “mesures prises pour se conformer” parce que les mêmes mesures qui étaient en cause dans la procédure initiale peuvent aussi être des “mesures prises pour se conformer” »¹³²⁷, il n'avait guère plus d'autre choix que d'aller au bout de la démarche, en construisant un raisonnement étoffé qui lui permettait de sortir de l'impasse.

De ce rapport, sinon de la démarche, est toutefois ressortie une précision importante. Le groupe spécial a en effet insisté sur l'observation que l'incompatibilité d'une mesure signifie qu'elle n'est pas conforme au droit de l'O.M.C. : il en découle en toute logique qu'il faut que certains changements y soient

1325 Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Jeux* (21:5), *op. cit.*, par. 6.85.

1326 C'est-à-dire du reproche qu'ils n'auraient pas satisfait au critère d'examen que leur impose l'article 11 du Mémoire, en vertu duquel « un groupe spécial devrait procéder à une évaluation objective de la question dont il est saisi, y compris une évaluation objective des faits de la cause, de l'applicabilité des dispositions des accords visés pertinents et de la conformité des faits avec ces dispositions, et formuler d'autres constatations propres à aider l'ORD à faire des recommandations ou à statuer ainsi qu'il est prévu dans les accords visés ».

1327 Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Jeux* (21:5), *op. cit.*, par. 6.8 (prétention des Etats-Unis).

apportés pour corriger l'incompatibilité¹³²⁸. L'existence de mesures prises pour se conformer dépend donc d'une action positive de la part du Membre mettant en œuvre, et au minimum d'une absence d'inaction. L'exigence inhérente à la mise en conformité est celle d'une modification (formelle, factuelle ou contextuelle) des mesures initiales, car les mesures prises pour se conformer visées dans la procédure au titre de l'article 21:5 sont des événements postérieurs à l'adoption des recommandations. Cette exigence apparaissait déjà, constatée de manière presque incidente, dans l'affaire *CE – Bananes III*, où le groupe spécial dans la première procédure au titre de l'article 21:5 l'avait établie comme une évidence, et c'est d'ailleurs ainsi qu'il l'avait qualifiée : « il est évident en l'espèce que les deux mesures indiquées par l'Equateur [...] ont été “prises [...] pour se conformer” aux recommandations de l'ORD, car elles modifient les aspects du régime communautaire [...] qui [...] sont incompatibles avec les obligations des CE dans le cadre de l'OMC »¹³²⁹.

La liberté dont dispose le Membre responsable dans le choix des modalités de la mise en conformité est par conséquent encadrée à la fois par l'exigence qu'il entreprenne positivement une action, et par la manifestation de son intention d'exécuter son obligation. A tout le moins ne peut-il pas rester passif tout en prétendant être en conformité au regard de ses engagements, mais doit-il, au contraire, témoigner d'efforts réels, fussent-ils d'abord modestes, afin de réaliser la mise en conformité. L'Organe d'appel a confirmé cette interprétation dans une affaire ultérieure, en indiquant que « le membre de phrase “mesures prises pour se conformer” semble désigner les mesures prises *dans le sens d'une mise en conformité* ou *dans le but de parvenir à la mise en conformité* »¹³³⁰. Toutefois, la valeur à donner à la pertinence d'une mesure prise « dans le sens » d'une mise en conformité doit être sévèrement nuancée. En effet, lui accorder un crédit déterminant reviendrait *a contrario* à disqualifier d'emblée des mesures n'allant pas dans ce sens, qu'on peut appeler des mesures aggravantes¹³³¹. Une telle approche mènerait à un résultat absurde, comme n'a pas manqué de le relever un groupe spécial, en distinguant de manière peu

1328 *Ibid.*, par. 6.13-6.14. Sur ce sujet, v. également les développements in T.-Y. LIN, « Compliance Proceedings under Article 21.5 of DSU and Doha Proposed Reform », *op. cit.*, p. 925-926.

1329 Rapport du groupe spécial, *CE – Bananes III* (21:5 ECU), *op. cit.*, par. 6.8.

1330 Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Bois de construction IV* (21:5), *op. cit.*, par. 66.

1331 Signalons que nous n'employons pas l'expression « mesures aggravantes » dans le même sens que MM. Kearns et Charnovitz, qui qualifient comme telles toutes les mesures prises pour se conformer, afin de les distinguer des mesures initiales. V. J. E. KEARNS et S. CHARNOVITZ, « Adjudicating Compliance in the WTO : A Review of DSU Article 21.5 », *op. cit.*, p. 345.

heureuse entre un Membre qui aurait pris une mesure « meilleure » (c'est-à-dire allant « dans le sens » d'une mise en conformité) et serait alors attiré dans une procédure accélérée au titre de l'article 21:5, et un Membre qui aurait pris une mesure « pire » (c'est-à-dire maintenant ou aggravant l'illicéité initiale) et bénéficierait ainsi d'une procédure de règlement des différends entièrement nouvelle¹³³².

C *Effet utile de l'interprétation de la compétence du groupe spécial*

L'imprécision de l'expression « prises pour se conformer » s'agissant des mesures visées par l'article 21:5 fait de leur définition matérielle un enjeu hautement controversé de la phase d'exécution, et par conséquent de la définition du champ de compétence du groupe spécial une œuvre prétorienne. Les précisions y sont apportées au fur et à mesure des litiges, quasiment chaque affaire soulevant la question et ajoutant un élément nouveau à l'édifice de la définition. Au premier abord, le juge de la mise en conformité reste toutefois prudent et préfère témoigner une certaine déférence au plaignant : les mesures de mise en conformité sont en premier lieu celles qu'il a désignées dans la demande d'établissement d'un groupe spécial (1.). Parallèlement s'est vite développée une approche plus inclusive, et par là plus effective, en prenant appui sur la connexité entre différentes mesures (2.).

1 « Compétence liée » : la déférence du juge envers la demande d'établissement de groupe spécial

L'article 6:2 du Mémorandum dispose que la demande d'établissement d'un groupe spécial doit préciser, entre autres, les mesures spécifiques mise en cause par le plaignant et donner un aperçu du fondement juridique de la plainte, de manière à « énoncer clairement le problème ». C'est donc la demande d'établissement qui trace en priorité le contour de la compétence matérielle d'un groupe spécial, en indiquant les mesures en cause. S'agissant d'un groupe spécial de la mise en conformité, et dans le silence de l'article 21:5, c'est également ce principe qui a été suivi. En effet, dans la droite ligne de la banalisation générale de la procédure de l'article 21:5 observée ci-dessus¹³³³, l'emploi dans cette disposition de l'expression « les présentes procédures de règlement des différends » indique que les procédures visées englobent également l'article 6:2. Sans s'interroger sur la portée précise de l'expression, l'Organe d'appel dans

¹³³² Rapport du groupe spécial, *Australie – Saumon* (21:5), *op. cit.*, par. 7.10 pt 23. Cette position a été confirmée par l'Organe d'appel dans une affaire ultérieure, v. son rapport, *Etats-Unis – Bois de construction résineux IV* (article 21:5 – Canada), par. 67.

¹³³³ V. *supra*, Première partie, Titre I, Chapitre I, Section II, § 1.

l'affaire *Etats-Unis – FSC* a sans difficulté considéré que l'article 6:2 est « d'une manière générale » applicable à une demande d'établissement de groupe spécial de la mise en conformité¹³³⁴. Tout comme dans la procédure initiale, il incombe donc au Membre qui déclenche la procédure d'indiquer précisément dans sa demande les mesures spécifiques en cause¹³³⁵. Ce qui est clair également est que l'article 6:2 doit être interprété à la lumière de l'article 21:5, ce qui signifie que ses prescriptions doivent être adaptées à une demande d'établissement de groupe spécial de la mise en conformité¹³³⁶. La demande doit ainsi faire clairement état des mesures dont il est allégué qu'elles ont été prises pour se conformer aux recommandations de l'O.R.D., ainsi que des omissions et lacunes qu'elles comportent, ou indiquer qu'aucune mesure de mise en conformité n'a été prise¹³³⁷. C'est donc en identifiant expressément les mesures qu'il souhaite soumettre à l'examen du juge que le plaignant donne un contenu

1334 Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – FSC* (21:5 (2)), *op. cit.*, par. 59 (v. aussi le par. 62), appliqué tel quel par le groupe spécial in *Etats-Unis – Réduction à zéro (CE)* (21:5), *op. cit.*, par. 8.25. V. également le commentaire in Ph. MADDALON, « Les rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'OMC (2006) », *A.F.D.I.*, 2006, p. 524, qui y voit un témoignage de la construction d'une véritable jurisprudence par l'Organe d'appel, au soutien de l'unité du droit de l'O.M.C.

1335 L'Organe d'appel a par ailleurs précisé à cet égard que la tolérance par le groupe spécial d'un défaut d'identification de la mesure spécifique en cause était constitutive d'une violation de l'article 6:2 : rapport de l'Organe d'appel, *Guatemala – Enquête antidumping concernant le ciment Portland en provenance du Mexique*, WT/DS60/AB/R, 2 novembre 1998, par. 69-80. En étroit rapport avec cette question, l'Organe d'appel a indiqué en particulier que « la question portée devant l'ORD » aux fins de l'article 7 du Mémoire d'accord [...] doit être la « question » indiquée dans la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée au titre de l'article 6:2 du Mémoire d'accord. Cette disposition exige que la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par un Membre plaignant « [indique] les mesures spécifiques en cause et [contienne] un bref exposé du fondement juridique de la plainte qui doit être suffisant pour énoncer clairement le problème ». La « question portée devant l'ORD » consiste donc en deux éléments : les mesures spécifiques en cause et le fondement juridique de la plainte (ou les allégations) » (*ibid.*, par. 72).

1336 Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – FSC* (21:5 (2)), *op. cit.*, par. 59.

1337 *Ibid.*, par. 62. Dans cette affaire, l'Organe d'appel a admis que les prescriptions de l'article 6:2 avaient été satisfaites, mais il souligna cependant qu'il eût été préférable d'être plus précis que les Communautés européennes ne l'avaient été. Mme Ruiz Fabri et M. Monnier soulignent cet appel à la vigilance des parties, en observant qu'il se justifie par la fréquence des « contestations relatives à la précision [...], alors que leur taux d'aboutissement est quasi nul. On sent bien que le juge voudrait éviter d'avoir à y perdre du temps », in H. RUIZ FABRI et P. MONNIER, « Chronique du règlement des différends 2005-2006 », *op. cit.*, p. 1232.

concret à son mandat. Cette approche se situe par ailleurs dans la droite ligne de celle adoptée en phase initiale, où il a été établi que « conformément à l'article 7 du Mémoire d'accord, le mandat d'un groupe spécial est déterminé par la demande d'établissement d'un groupe spécial »¹³³⁸.

C'est sur cette base que le juge adopte au premier abord une attitude de déférence envers le plaignant initial, considérant son mandat comme dicté par les mesures qu'il avait indiquées dans la demande d'établissement¹³³⁹. L'affaire *Australie – Cuir pour automobiles II* illustre particulièrement bien cette tendance. Pour rappel, après que le groupe spécial initial avait constaté que les versements effectués au titre du contrat de don à la société Howe étaient constitutifs d'une subvention à l'exportation au sens de l'article 3.1 de l'Accord S.M.C., il avait recommandé, en vertu de l'article 4.7 du même accord, le retrait de ladite subvention et avait accordé à cet effet à l'Australie un délai de 90 jours. Le gouvernement australien avait effectivement retiré la subvention, et en outre exigé de la société le remboursement de ce qu'il appelait la partie « prospective » de la somme totale, soit 8,065 millions de dollars australiens. Cependant, et c'est ce qui avait fait réagir les Etats-Unis, il avait parallèlement accordé un prêt à la société mère de Howe, la société ALH, d'une somme de 13,65 millions de dollars (appelé « le prêt de 1999 »). Difficile de ne pas voir ce nouveau prêt comme une forme de compensation de la perte de la subvention, et les Etats-Unis s'en plaignirent évidemment auprès d'un groupe spécial de la mise en conformité. L'Australie a alors prétendu que le prêt de 1999 n'était pas une mesure de mise en œuvre, et fait remarquer qu'elle ne l'avait d'ailleurs pas notifié à l'O.R.D. dans son rapport de situation¹³⁴⁰. Elle considérait par conséquent que le prêt de 1999 ne relevait pas de l'examen que justifie le mandat du groupe spécial, limité aux mesures de mise en œuvre des recommandations, qu'en l'occurrence celles-ci visaient exclusivement le retrait de la subvention versée à la société Howe¹³⁴¹, et que dans ces conditions, les seules mesures de mise en œuvre contestables étaient le retrait de la subvention et le remboursement de sa partie prospective. Les Etats-Unis au contraire insistaient sur l'idée

1338 Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Droits compensateurs sur certains produits plats en acier au carbone traité contre la corrosion en provenance d'Allemagne*, WT/DS213/AB/R, 28 novembre 2002, par. 124.

1339 V. J. E. KEARNS et S. CHARNOVITZ, « Adjudicating Compliance in the WTO : A Review of DSU Article 21.5 », *op. cit.*, spéc. p. 345-346, qui qualifient cette attitude de « *deferential approach* ».

1340 V. le document WT/DS126/7.

1341 V. la première communication de l'Australie, 3 novembre 1999, Annexe 2-1 du rapport du groupe spécial, *Australie – Cuir pour automobiles II* (21:5), *op. cit.*, par. 50-51.

que le retrait partiel de la subvention avait été « compensé », ou neutralisé, par l'octroi d'un nouveau prêt. Ils faisaient notamment valoir que, puisque le mandat du groupe spécial était entre autres de déterminer l'« existence » d'une mesure prise pour se conformer, il avait également compétence pour établir si la mesure prise pour se conformer avait été rendue inexistante¹³⁴².

Le groupe spécial était du même avis. Il a rappelé que la règle dans le contentieux de l'O.M.C. est que le plaignant détermine, par sa demande d'établissement du groupe spécial, la portée des mesures et des allégations dont celui-ci est saisi, et a appuyé son propos de la position d'autorité prise en ce sens par l'Organe d'appel dans l'affaire *Guatemala – Ciment* I³⁴³. La demande d'établissement des Etats-Unis faisait ici état d'un communiqué de presse dans lequel le gouvernement australien avait annoncé avoir accimpro la mise en conformité, et ajouté plus loin qu'elle avait accordé un nouveau prêt à la société ALH. L'outrecuidance de l'Australie, à tout le moins son manque de subtilité et de discrétion, n'avait pas manqué d'agacer non seulement les Etats-Unis mais aussi le groupe spécial, qui manifesta clairement qu'il n'avait pas l'intention de donner du crédit à son argument désinvolte et par ailleurs non motivé. Il a ainsi fait deux observations.

La première est qu'un groupe spécial ne peut se laisser imposer les limites de sa compétences par ce qu'un Membre déclaré responsable aurait discrétionnairement choisi, de bonne ou aussi de mauvaise foi, de considérer comme une mesure de mise en œuvre, et par conséquent de consigner dans ses rapports de situation¹³⁴⁴. Il suffirait autrement à un Membre de notifier ou de ne

1342 V. la communication présentée à titre de réfutation des Etats-Unis, 15 novembre 1999, Annexe 1-2 du rapport du groupe spécial, *Australie – Cuir pour automobiles II* (21:5), *op. cit.*, par. 30.

1343 Rapport du groupe spécial, *Australie – Cuir pour automobiles II* (21:5), *op. cit.*, par. 6.4.

1344 En ce sens, v. *ibid.* Ce type de difficulté n'est pas propre au contentieux de l'O.M.C. mais est au contraire bien connu en droit international général : sous une autre forme, c'est là la question qui s'était posée devant la C.I.J. notamment dans l'*Affaire relative à certains emprunts norvégiens*. Certes, ce qui y était en cause était une clause dite automatique de compétence nationale, insérée à titre de réserve dans la déclaration d'acceptation de juridiction obligatoire, par laquelle un Etat entend se réserver la possibilité de soustraire discrétionnairement un litige à la compétence de la Cour au motif qu'il relèverait de ses tribunaux internes. Mais l'élément déterminant est le même : la compétence de la juridiction est soumise au choix discrétionnaire d'un Etat, privant par là la juridiction de l'un de ces pouvoirs inhérents. V. C.I.J., *Affaire relative à certains emprunts norvégiens* (France c. Norvège), arrêt du 6 juillet 1957, *C.I.J. Recueil 1957*, p. 9-28 ; et v. surtout l'opinion individuelle du juge Sir Hersch Lauterpacht, *C.I.J. Recueil 1957*, p. 34-66, spéc. p. 43-47, qui place au cœur de son analyse ce que la Cour n'avait pas examiné, c'est-à-dire la validité de ce

pas notifier certaines mesures à l'O.R.D. pour élargir ou au contraire réduire la compétence de l'organe de jugement saisi ultérieurement. Le groupe spécial observait ainsi que s'il donnait raison à l'Australie en décidant qu'il convenait d'exclure le prêt de 1999 de son examen, son pouvoir pour déterminer si l'Australie avait en effet pris des mesures de mise en œuvre en serait gravement compromis. Pareille attitude priverait également de son utilité la procédure au titre de l'article 21:5 et obligerait le plaignant initial à déclencher une nouvelle procédure de règlement des différends, avec la perte de temps que cela impliquerait, et le caractère potentiellement cyclique de certains contentieux. Par conséquent, le groupe spécial a refusé d'exclure de l'examen au titre de son mandat une mesure expressément indiquée dans la demande d'établissement, ajoutant qu'il n'avait aucune « raison impérieuse » de le faire¹³⁴⁵. Sa position était renforcée par un renvoi au premier groupe spécial de la mise en conformité dans l'affaire *CE – Bananes III* (recours de l'Équateur), qui avait établi qu'il avait à examiner « la question portée devant l'ORD par l'Équateur, laquelle consiste dans les mesures et allégations indiquées par l'Équateur dans le document WT/DS27/41 [c'est-à-dire la demande d'établissement du groupe spécial] »¹³⁴⁶. La même approche apparaît par ailleurs dans l'affaire *Etats-Unis – Mesures compensatoires sur certains droits produits en provenance des CE*, qui avait soulevé des controverses entre les parties au sujet de ce qui constituait ou ne constituait pas une mesure prise pour se conformer. Le groupe spécial l'a tranchée en considérant qu'en toute hypothèse, « [d]écider de ce qui constitue une “mesure prise pour se conformer” dans une procédure au titre de l'article 21:5 est une décision qui appartient au groupe spécial, non aux parties »¹³⁴⁷. Sous une autre forme, c'était là l'affirmation du principe bien établi qu'une juridiction a compétence pour statuer sur sa propre compétence, ce qui devint plus clair encore lorsque l'Organe d'appel dans une autre affaire insista : « [c]'est plutôt au groupe spécial lui-même qu'il revient de déterminer l'étendue de sa compétence »¹³⁴⁸.

type de réserve, et en démontre la nullité, notamment en ce qu'elle est contraire au Statut qui confère explicitement à la Cour la compétence de juger de sa propre compétence.

1345 Rapport du groupe spécial, *Australie – Cuir pour automobiles II* (21:5), *op. cit.*, par. 6.5.

1346 Rapport du groupe spécial, *CE – Bananes III* (21:5 ECU), *op. cit.*, par. 6.7.

1347 Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Mesures compensatoires sur certains produits en provenance des CE* (21:5), *op. cit.*, par. 7.8. Pour un commentaire de l'approche adoptée par le groupe spécial, v. H. RUIZ FABRI et P. MONNIER, « Chronique du règlement des différends 2005-2006 », *op. cit.*, p. 1223-1224.

1348 Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Bois de construction IV* (21:5), *op. cit.*, par. 73. A titre de comparaison, v. la formulation par la C.P.J.I. in *Interprétation de l'accord gréco-turc du 1^{er} décembre 1926*, *op. cit.*, p. 20 : « tout organe possédant des pouvoirs juridictionnels a

La deuxième observation du groupe spécial dans l'affaire *Australie – Saumon* est que le prêt de 1999 était « inextricablement lié » aux mesures prises par l'Australie comme suite à la décision initiale, « tant en raison du moment choisi pour accorder ledit prêt et de sa nature »¹³⁴⁹. On aperçoit déjà ici, bien que l'argument principal ait tenu à la déférence que le juge estimait devoir témoigner à la demande d'établissement du plaignant, se dessiner une approche plus fonctionnelle et inclusive de sa compétence et des mesures qu'il considère comme étant « prises pour se conformer » et choisit à ce titre d'examiner.

2 Compétence « dynamique » : le critère de connexité

Afin d'optimiser l'utilité de la procédure au titre de l'article 21:5, les groupes spéciaux incluent dans les mesures prises pour se conformer, dont l'examen relève de leur compétence, toutes celles étroitement liées au différend initial (a.). Progressivement, ils ont même élargi la conception du lien étroit qui conditionne leur approche inclusive (b.).

a *Principe : toute mesure étroitement liée au différend initial est une mesure prise pour se conformer*

Toute la pertinence mais aussi la nécessité d'une définition plus inclusive des mesures prises pour se conformer tient à la difficulté inhérente à l'application de l'article 6:2 aux procédures de l'article 21:5, que la tendance du juge de la mise en conformité à la déférence envers les mesures désignées dans la demande d'établissement ne fait qu'exacerber. Dans ces conditions en effet, on l'a vu, certaines mesures pourraient échapper à son contrôle, pour la seule raison qu'elles n'auraient pas été indiquées – délibérément ou non – dans la demande d'établissement. L'Organe d'appel a ainsi précisé, dans l'un de ses tout premiers rapports, que « la “question” portée devant un groupe spécial pour examen consiste dans les allégations spécifiques formulées par les parties au différend dans les documents pertinents spécifiés dans le mandat » ; de même, « une question, qui comprend les allégations la composant, ne relève du mandat d'un groupe spécial que si ces allégations sont définies dans les documents auxquels il est fait référence ou qui sont contenus dans ledit mandat »¹³⁵⁰. En transposant ces circonstances à la procédure de l'article 21:5, et comme l'indiquaient déjà les développements précédents, le Membre engageant un tel recours bénéficie donc d'une certaine latitude dans la définition des mesures prises pour se

le droit de se prononcer en premier lieu lui-même sur l'étendue de ses attributions dans ce domaine ».

1349 Rapport du groupe spécial, *Australie – Cuir pour automobiles II* (21:5), *op. cit.*, par. 6.5.

1350 Rapport de l'Organe d'appel, *Brésil – Noix de coco desséchée*, *op. cit.*, p. 23-24.

conformer, et par conséquent dans la configuration du mandat du groupe spécial. Mais cette liberté ne s'exprime qu'au premier abord, puisqu'il appartient en dernier ressort au groupe spécial de décider quelles sont les mesures qui ont été prises pour se conformer et qui relèvent par conséquent de sa compétence, ou qui doivent au contraire être exclues de son examen¹³⁵¹. Qu'il estime avoir un « rôle à jouer dans la définition de la portée de son mandat »¹³⁵² et entend bien le jouer devient manifeste au regard de l'approche dynamique et inclusive qu'il a progressivement adoptée à cet égard.

La pratique du contentieux a bientôt révélé que les groupes spéciaux peuvent choisir d'inclure dans l'examen au titre de leur mandat des mesures non identifiées comme étant des mesures prises pour se conformer dans la demande d'établissement, au motif de leur lien étroit avec les mesures de mise en conformité indiquées. Le même phénomène se produit déjà dans la phase initiale : les organes de jugement incluent parfois dans leur examen des mesures non indiquées dès lors qu'ils considèrent qu'elles sont des mesures d'application de celles expressément visées¹³⁵³, ou des mesures annexes ou si évidemment liées à celles visées que l'on peut raisonnablement considérer que la partie défenderesse a pu prendre connaissance de la portée des allégations du plaignant avec un préavis suffisant¹³⁵⁴. La prudence est évidemment de rigueur, dans la mesure où une bonne délimitation du domaine de compétence du groupe spécial est essentielle afin de garantir une procédure régulière. Il reste que pour ne pas priver de son utilité la procédure de l'article 21:5, la déférence précédemment constatée du groupe spécial envers le plaignant doit être tempérée et, par conséquent, la latitude dont dispose le Membre engageant la procédure ne pas être illimitée.

C'est dans cet esprit que le juge de la mise en conformité dans l'affaire *Australie – Saumon* a développé une approche fondée sur la connexité entre

1351 Le groupe spécial l'a rappelé dans son rapport in *CE – Linge de lit* (21:5), *op. cit.*, par. 6.15.

1352 *Ibid.*, par. 6.17.

1353 Rapport du groupe spécial, *CE – Bananes III* (21:5 ECU), *op. cit.*, par. 7.27 ; rapport de l'Organe d'appel, *CE – Bananes III*, *op. cit.*, par. 140.

1354 V. le rapport du groupe spécial, *Japon – Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs*, WT/DS44/R, 22 avril 1998, par. 10.8 ; rapport du groupe spécial, *Australie – Mesures visant les importations de saumons*, WT/DS18/R, 12 juin 1998, par. 8.17-8.18 (cette position avait d'ailleurs par la suite été sanctionnée par l'Organe d'appel, v. son rapport, WT/DS18/AB/R, 20 octobre 1998, par. 90-105) ; rapport du groupe spécial, *Argentine – Mesures de sauvegarde à l'importation de chaussures*, WT/DS121/R, 25 juin 1999, par. 8.23-8.46.

mesures¹³⁵⁵. Pour rappel, le groupe spécial et l'Organe d'appel avaient, au cours de la procédure initiale, déclarée illicite la prohibition australienne d'importation de saumons canadiens, mise en place en vertu d'une réglementation quarantenaire. Les rapports avaient été adoptés le 6 novembre 1998 et le délai raisonnable de mise en œuvre accordé à l'Australie par l'arbitre expirait le 6 juillet 1999. Le Canada avait sollicité l'établissement d'un groupe spécial de l'article 21:5 à la réunion de l'O.R.D. des 27 et 28 juillet 1998, et le groupe spécial ainsi établi s'était trouvé face à une situation paradoxale : l'Australie affirmait avoir exécuté son obligation de mise en conformité et paraissait en effet avoir pris un certain nombre de mesures de mise en œuvre, mais avait également mis en place une nouvelle interdiction, identique dans ses effets aux mesures initiales illicites. En effet, cette nouvelle mesure avait été édictée par le gouvernement de Tasmanie, déclarant une grande partie de la Tasmanie zone protégée. Le Canada était d'avis qu'une telle mesure était en substance un rétablissement de l'interdiction précédente pour cette partie spécifique de l'Australie, et que l'Australie était juridiquement responsable de la mesure tasmanienne¹³⁵⁶. Or, la difficulté provenait de ce que cette mesure avait été prise le 20 octobre 1999, soit largement après l'expiration du délai raisonnable de mise en conformité. L'Australie soutenait que dans ces conditions, il ne pouvait s'agir d'une mesure « prise pour se conformer » et qu'elle ne relevait donc pas de l'examen au titre du mandat du groupe spécial. Le Canada en revanche estimait « absurde » que les effets d'une mesure prise par un niveau de gouvernement qui contrevient à une mesure prise par un autre niveau de gouvernement ne puissent être examinés par un groupe spécial au titre de l'article 21:5, au seul motif qu'il ne s'agirait là pas en soi d'une mesure prise pour se conformer¹³⁵⁷.

Le groupe spécial convenait du bien-fondé de cette opinion. D'une part, il a indiqué que le Canada avait porté à son attention la mesure tasmanienne dans une lettre du 27 octobre 1998, dans laquelle le Canada demandait au groupe spécial de l'autoriser à déposer un supplément à sa première communication, traitant spécifiquement de cette nouvelle interdiction imposée par la

1355 La doctrine anglophone l'appelle parfois « *clearly connected approach* » (v. notamment J. E. KEARNS et S. CHARNOVITZ, « Adjudicating Compliance in the WTO : A Review of DSU Article 21.5 », *op. cit.*, p. 346-347), « *inextricably-linked test* » ou « *nexus-based test* » (v. B. KUNOY, « Catch Me if You Can : An Analysis of "Measures Taken To Comply" under the WTO Dispute Settlement Understanding », *op. cit.*, spéc. p. 57 et 58). Également sur ce point T.-Y. LIN, « Compliance Proceedings under Article 21.5 of DSU and Doha Proposed Reform », *op. cit.*, spéc. p. 926-927.

1356 En vertu de l'article 13 de l'Accord SPS et de l'article 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

1357 Rapport du groupe spécial, *Australie – Saumon (21:5)*, *op. cit.*, par. 4.28.

Tasmanie, ce que le groupe spécial avait autorisé. D'autre part, et bien qu'il précisât ne pas fournir de définition des « mesures prises pour se conformer » qui serait applicable dans tous les cas, il a estimé que dans le contexte de l'affaire, « toute mesure quarantenaire introduite par l'Australie après l'adoption [...] des recommandations et décisions de l'ORD concernant le différend initial – et dans un délai plus ou moins limité après cette date – qui s'applique aux importations de saumons canadiens [...] est une “mesure prise pour se conformer” à ces recommandations et décisions »¹³⁵⁸. L'interdiction tasmanienne étant une telle mesure quarantenaire, il s'agissait selon lui d'une mesure prise pour se conformer au sens de l'article 21:5. Mais c'est dans la justification de sa décision que résidait la véritable originalité. En effet, le groupe spécial a qualifié ces mesures de « *si évidemment liées* aux rapports pertinents du groupe spécial et de l'Organe d'appel, tant dans le temps que du point de vue du sujet, que tout observateur impartial les considérerait comme des mesures prises pour se conformer »¹³⁵⁹. Il apparaît donc que c'est la *connexité* entre les mesures qui l'a conduit à ne pas exclure la mesure tasmanienne du champ de sa compétence, un critère qu'on a déjà pu voir jouer notamment chez la Cour internationale de Justice, et dans un cas dans des termes presque identiques à ceux employés par le juge de l'O.M.C.¹³⁶⁰. Décider autrement reviendrait en effet à laisser au

1358 *Ibid.*, par. 7.10 pt 22.

1359 *Ibid.* (italiques ajoutées).

1360 Mais, alors que pour le juge de l'O.M.C. la question se pose toujours au regard de sa compétence pour connaître d'une mesure, elle peut se poser sous l'angle de la recevabilité d'une demande devant la C.I.J. Il arrive alors à celle-ci de se libérer du sens étroit des termes de la question qui lui est soumise ou, plus spectaculairement et en particulier dans le cadre d'avis consultatifs, de la reformuler. Ainsi par exemple dans l'affaire du *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes*, où l'une des demandes du Costa Rica portait sur la pêche de subsistance de ses ressortissants sur le fleuve San Juan, demande que le Nicaragua estimait irrecevable au motif qu'elle ne « figur[ait] pas, même implicitement, dans la requête », et qu'elle ne découlait pas non plus directement de la question qui faisait l'objet de la requête ; la Cour au contraire considéra que, « compte tenu de la relation que les riverains entretiennent avec le fleuve et du libellé de la requête, il existe un *lien suffisamment étroit* entre la demande relative à la pêche à des fins de subsistance et la requête, dans laquelle le Costa Rica invoque, outre le traité de 1858, “d'autres règles et principes applicables du droit international” », v. C.I.J., *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (Costa Rica c. Nicaragua), arrêt du 13 juillet 2009, C.I.J. Recueil 2009, p. 264 par. 137 (italiques ajoutées). S'agissant des avis consultatifs, la démarche est perceptible notamment dans celui portant sur la *Procédure de vote applicable aux questions touchant les rapports et pétitions relatifs au Territoire du Sud-ouest africain* (avis consultatif du 7 juin 1955, C.I.J. Recueil 1955, p. 67-79), et dans celui portant sur l'*Admissibilité de l'audition de pétitionnaires par le Comité du Sud-ouest africain* (avis

Membre une latitude intolérable dans la définition des mesures prises pour se conformer, qui aurait pour effet de lui permettre de faire délibérément échapper certaines mesures au contrôle juridictionnel. Or, au contraire, le juge a ici nettement resserré l'étau autour du Membre mettant en œuvre, en verrouillant aussi bien la définition des mesures prises pour se conformer que son mandat contre une telle possibilité.

b *Extension du « lien étroit » : les effets d'une mesure*

Les formations de jugement ultérieures se sont très vite saisies de cette approche, la développant et la précisant davantage. L'Organe d'appel dans l'affaire *Etats-Unis – Bois de construction IV* a ainsi confirmé que certaines mesures ayant un « rapport particulièrement étroit » avec la mesure présentée comme prise pour se conformer et avec les recommandations et décisions de l'O.R.D. peuvent être examinées par un groupe spécial au titre de l'article 21:5, y compris, comme c'était le cas ici, lorsque le Membre prétendait qu'elle n'était pas une mesure de mise en œuvre¹³⁶¹. Il a ensuite mis un soin particulier à apporter des précisions importantes s'agissant des critères dont un groupe spécial doit tenir compte dans son appréciation d'un tel lien étroit : il a invité les groupes spéciaux à examiner non seulement les faits particuliers, mais aussi la nature et les effets des diverses mesures, ainsi que le moment choisi pour les adopter¹³⁶². En d'autres termes, un groupe spécial est tenu d'examiner le contexte factuel et juridique de l'édition de la mesure dont le Membre prétend qu'elle a été prise pour se conformer, et peut également, afin de déterminer si une mesure prise pour se conformer « existe », avoir à tenir compte des « faits et des circonstances qui ont une incidence ou qui influent sur cette

consultatif du 1^{er} juin 1956, *C.I.J. Recueil 1956*, p. 23-34), où la question que lui posait l'Assemblée générale était ainsi formulée : « [l]e Comité du Sud-Ouest africain, créé par la résolution 749 A (VIII) de l'Assemblée générale, en date du 28 novembre 1953, se conformerait-il à l'avis consultatif rendu par la Cour internationale de Justice, le 11 juillet 1950, en accordant des audiences à des pétitionnaires sur des questions relatives au Territoire du Sud-Ouest africain ? » (p. 24) ; la Cour l'interpréta comme ayant en réalité pour objet de faire déterminer si l'Assemblée générale était habilitée en droit à autoriser le Comité à accorder des audiences à des pétitionnaires ; au regard de cette interprétation, elle élargit la question à laquelle elle avait à répondre : « [l]a Cour doit par conséquent examiner la question plus large portant sur le point suivant : l'Assemblée générale se conformerait-elle à l'avis consultatif du 11 juillet 1950 en autorisant le Comité du Sud-Ouest africain à accorder des audiences à des pétitionnaires ? » (p. 26).

¹³⁶¹ Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Bois de construction IV* (21:5), *op. cit.*, par. 77.

¹³⁶² *Ibid.*

existence »¹³⁶³. A défaut d'une telle approche globale, estimait l'Organe d'appel, un groupe spécial n'est pas en mesure de déterminer si un lien étroit existe réellement¹³⁶⁴.

C'est dans le domaine du dumping que l'approche de la connexité entre mesures est le plus utilisée et développée : il s'y prête particulièrement bien, dans la mesure où s'y enchaînent rapidement enquêtes initiales et réexamens administratifs, et l'approche y démontre donc toute sa pertinence, mais révèle aussi ses difficultés. Les affaires concernant la pratique dite de la réduction à zéro (« *zeroing* »)¹³⁶⁵ en sont particulièrement illustratives et ont permis d'apporter d'importantes précisions à l'approche fondée sur la connexité. Ainsi, dans l'affaire *Etats-Unis – Réduction à zéro (CE)*, quinze enquêtes initiales et seize réexamens administratifs étaient en cause dans la procédure initiale, et y avaient été déclarés illicites en ce qu'y avait été appliquée la méthode de la réduction à zéro. A l'expiration du délai raisonnable de mise en œuvre, les Etats-Unis ont indiqué qu'ils avaient pleinement mis en œuvre les recommandations de l'O.R.D. : concernant d'une part les quinze enquêtes antidumping en cause dans la procédure initiale, trois avaient déjà été annulées et s'agissant des douze autres, onze déterminations avaient été publiées (sur la base

1363 *Ibid.*, par. 67. Egalement sur ce point, v. B. KUNOY, « Catch Me if You Can : An Analysis of "Measures Taken To Comply" under the WTO Dispute Settlement Understanding », *op. cit.*, spéc. p. 60-62, qui distingue cependant cette approche de celle précédemment étudiée, et la qualifie de « *effects approach* » (p. 60), là où nous la considérons comme un élargissement du critère de connexité.

1364 *Ibid.*, par. 77. V. aussi le commentaire du raisonnement mené par l'Organe d'appel in H. RUIZ FABRI et P. MONNIER, « Chronique du règlement des différends 2005-2006 », *op. cit.*, p. 1227-1228, qui observent notamment que l'Organe d'appel, bien qu'il ait en définitive considéré que la compétence d'un groupe spécial au titre de l'article 21:5 ne pouvait être limitée par ce que le Membre mettant en œuvre désignait comme étant une mesure d'exécution, a jugé nécessaire ou utile d'examiner la manière dont d'autres formations de jugement avaient tracé une large délimitation de leur compétence (spéc. p. 1227).

1365 La réduction à zéro est une pratique employée en matière de dumping, dans le calcul de la marge de dumping. Cette marge est habituellement calculée en établissant la moyenne des différences entre les prix à l'exportation et les prix sur le marché intérieur d'un produit donné. La « réduction à zéro » est une pratique qui consiste à réduire la marge à zéro dans les cas où le prix à l'exportation est supérieur au prix sur le marché intérieur, et par conséquent, au moyen de cet artifice, à ne pas avoir à en tenir compte. La difficulté que crée cette méthode est qu'elle gonfle artificiellement les marges de dumping en ne tenant pas compte de chiffres négatifs qui, habituellement, auraient pour effet de la baisser. La conséquence d'une marge artificiellement gonflée peut être considérable, puisque c'est sur sa base qu'est déterminée l'existence d'un dommage. Cette pratique, utilisée avec un goût particulier par les Etats-Unis, a donné naissance à un prolifique contentieux à tiroirs.

d'une méthode sans réduction à zéro) tandis que s'agissant de la quinzième, les Etats-Unis avaient corrigé une erreur matérielle dans la détermination ; concernant d'autre part les seize réexamens administratifs en cause dans la procédure initiale, les résultats avaient été remplacés par les réexamens ultérieurs¹³⁶⁶. Les Communautés européennes, tout en saluant les efforts de mise en œuvre des Etats-Unis, étaient d'avis que la pleine mise en conformité avec les recommandations de l'O.R.D. n'avait pas été réalisée et ont saisi un groupe spécial au titre de l'article 21:5. La question de la définition des mesures prises pour se conformer se posait en particulier s'agissant des réexamens ultérieurs visés dans la demande d'établissement du groupe spécial. Concrètement, le juge avait à décider s'il tiendrait compte, dans son mandat au titre de l'article 21:5 et en tant que mesures prises pour se conformer, de toutes les déterminations issues des réexamens administratifs, des réexamens pour changement de circonstances et des réexamens à l'extinction ultérieurs qui avaient suivi les quinze enquêtes initiales et les seize réexamens administratifs initiaux, ou si au contraire ces réexamens étaient des mesures distinctes qui appelaient l'engagement d'une nouvelle procédure initiale. Les Communautés militaient évidemment en faveur de la première approche, considérant que de tels réexamens ultérieurs étaient soit des « modifications » des enquêtes initiales et des réexamens administratifs en cause dans la procédure initiale, soit des « omissions » ou « lacunes » dans la mise en œuvre des recommandations de l'O.R.D.¹³⁶⁷. A titre subsidiaire, elles insistaient sur le lien étroit entre ces réexamens ultérieurs, les mesures en cause dans la procédure initiale et les recommandations de l'O.R.D.¹³⁶⁸.

S'agissant de l'argument principal, le groupe spécial et l'Organe d'appel ont rejeté l'affirmation des Communautés, considérant qu'il ne s'agissait pas de simples modifications des mesures initiales mais bien de mesures distinctes. C'est ensuite vers le terrain de l'argument subsidiaire du lien étroit qu'ils ont déplacé leur analyse, et ont à cette occasion mis en évidence combien l'effet jurisprudentiel est fort à l'O.M.C. En effet, tous deux ont procédé à une parfaite application du raisonnement de l'Organe d'appel dans l'affaire *Etats-Unis – Bois de construction IV*, à la différence près que le groupe spécial a commis une erreur de raisonnement (ou une fausse déduction logique) dans une

1366 V. l'addendum au rapport de situation des Etats-Unis, WT/DS294/20/Add.2, 13 avril 2007 ; v. aussi O.R.D., « Compte rendu de la réunion du 24 avril 2007 », WT/DSB/M/230, 25 mai 2007, par. 31.

1367 Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Réduction à zéro (CE)* (21:5), *op. cit.*, par. 5.47 et 5.49.

1368 *Ibid.*, par. 5.52.

application sinon sans originalité propre. L'Organe d'appel a ainsi rappelé qu'il ne suffisait pas qu'un Membre désigne une mesure comme étant prise pour se conformer pour limiter la compétence du groupe spécial, et qu'au contraire les mesures ayant un rapport particulièrement étroit avec la mesure indiquée comme prise pour se conformer pouvaient aussi relever d'une procédure de l'article 21:5¹³⁶⁹. La détermination de ce « rapport étroit », quant à elle, dépend du contexte factuel et juridique particulier et exige que le groupe spécial procède à un examen de la chronologie, de la nature et des effets des diverses mesures qui lui sont soumises. Sur la foi de quoi le groupe spécial avait émis la constatation préliminaire qu'au regard de leur nature et des effets des réexamens ultérieurs, ceux-ci révélaient en effet un tel rapport de connexité¹³⁷⁰. En revanche, il avait commis une erreur dans l'application d'un détail particulier de la jurisprudence précitée, qu'il s'était pourtant efforcé de suivre à la lettre : il s'agissait de la relation temporelle entre les mesures, à laquelle il accordait une valeur déterminante alors qu'elle n'est qu'un facteur parmi d'autres, et son importance variable en fonction des autres. Il avait ainsi séparé les mesures dont il avait à connaître en deux catégories : celles prises avant l'adoption des recommandations de l'O.R.D. et celles prises après, moyennant quoi il avait considéré que les réexamens ultérieurs intervenus avant l'adoption des rapports de la procédure initiale n'avaient pas de lien suffisamment étroit, du point de vue de la chronologie, avec les mesures initiales en cause et avec les recommandations de l'O.R.D., et les avait par conséquent exclus de son examen¹³⁷¹. Ce raisonnement l'avait fait retenir seulement neuf réexamens administratifs et cinq réexamens à l'extinction des cinquante-six déterminations ultérieures contestées. D'un point de vue strictement chronologique, en effet, son raisonnement se tient : difficile, au premier abord, de considérer une mesure prise avant l'adoption des recommandations de l'O.R.D. comme étant une mesure prise pour se conformer avec ces mêmes recommandations, au sens de l'article 21:5.

Mais l'Organe d'appel a censuré le raisonnement trop formaliste du groupe spécial, qui l'avait entraîné dans une erreur de logique. Il l'a infirmé au motif de l'hypothèse de ce qu'il appelait le « retrait préalable » : rien n'exclut en effet que la mise en conformité intervienne avant même l'adoption des recommandations de l'O.R.D.¹³⁷². Par conséquent, la chronologie d'une mesure ne peut pas être le facteur *déterminant* (elle reste en revanche un facteur *pertinent*)

1369 Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Réduction à zéro (CE)* (21:5), *op. cit.*, par. 204.

1370 Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Réduction à zéro (CE)* (21:5), *op. cit.*, par. 8.104.

1371 *Ibid.*, par. 8.114-8.116 et 8.119.

1372 Les Etats-Unis avaient déjà souligné ce point dans l'affaire *Etats-Unis – Jeux*, v. le rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Jeux* (21:5), *op. cit.*, par. 5.11.

pour décider si une mesure présente un lien suffisamment étroit avec la mise en œuvre pour entrer dans le champ d'une procédure de l'article 21:5, et les groupes spéciaux peuvent avoir à examiner des mesures antérieures à l'adoption des recommandations¹³⁷³. En d'autres termes, la question essentielle n'est pas de savoir si des mesures ont été prises dans l'intention de se conformer aux recommandations de l'O.R.D., car le facteur temporel serait alors le critère décisif et exclurait de fait toutes les mesures prises avant l'adoption des rapports ; elle est bien plus de savoir si, bien qu'elles soient intervenues avant l'adoption des recommandations, ces mesures présentent néanmoins un lien suffisamment étroit, *du point de vue de la nature, des effets et de la chronologie*, avec elles et avec les mesures déclarées comme prises pour se conformer, pour entrer dans le champ de compétence d'un groupe spécial au titre de l'article 21:5¹³⁷⁴.

Le raisonnement rigoureusement construit et minutieusement étayé dans cette affaire ainsi que l'approche plus « mordante » dont il est le soutien, au moyen d'une conception holistique et effective de la connexité entre différentes mesures, ont produit des effets largement positifs et quasiment immédiats. En effet, dans le sillage direct de cette affaire arrivait une autre, concernant également la pratique américaine de la réduction à zéro, cette fois sur une plainte du Japon ; l'occasion parfaite pour le juge de la mise en conformité de mettre immédiatement à profit les éclairages apportés par l'affaire précédente (identique mais sur la base d'une plainte des Communautés), qui restait manifestement un désagréable souvenir pour les Etats-Unis, tant et si bien que l'application du critère du lien étroit ne souleva cette fois aucune difficulté majeure. Les Etats-Unis n'y ont d'ailleurs opposé qu'une résistance relativement faible et ont davantage centré leurs efforts argumentatifs sur des questions de procédure, tant le signal envoyé par le juge dans l'affaire précédente avait été clair en ce que son approche leur était défavorable, et leur serait défavorable dans ce contentieux également.

¹³⁷³ Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Réduction à zéro (CE)* (21:5), *op. cit.*, par. 224.

¹³⁷⁴ En ce sens, v. *ibid.*, par. 226. Suivant cette approche, l'Organe d'appel a conclu que le critère de la nature était bien satisfait (par. 230). Celui des effets en revanche ne l'était pas, puisque les Etats-Unis avaient appliqué une méthode de détermination différente dans laquelle la réduction à zéro n'intervenait pas (par. 231-232). S'agissant cependant des cinq réexamens à l'extinction qui avaient conduit au maintien des ordonnances en matière de droits antidumping pertinentes, qui avaient à leur tour fourni le fondement juridique du maintien des taux d'imposition et des dépôts en espèces calculés avec réduction à zéro, dont les effets avaient continué après l'expiration du délai raisonnable de mise en œuvre, l'Organe d'appel a considéré établi leur lien suffisamment étroit avec les recommandations de l'O.R.D., du point de vue des effets (par. 233).

C'est bien la tournure qu'a prise cette affaire : alors qu'au cours de la procédure initiale dans l'affaire *Etats-Unis – Réduction à zéro (Japon)*, l'Organe d'appel avait condamné aussi bien la pratique américaine de la réduction à zéro en tant que telle que son application dans le cadre de mesures qui visaient certains produits japonais¹³⁷⁵, le Japon contestait devant le groupe spécial au titre de l'article 21:5 neuf réexamens. Les Etats-Unis prétendaient pour quatre d'entre eux qu'ils n'étaient pas des mesures prises pour se conformer et qu'ils ne devaient par conséquent pas faire partie de l'examen au titre du mandat du groupe spécial. Concernant les trois premiers, il s'agissait de savoir s'il existait un lien suffisamment étroit avec les recommandations de l'O.R.D., ce que les Etats-Unis niaient en se prévalant notamment de ce que la chronologie entre deux de ces réexamens et le différend initial aurait été rompu, dans la mesure où ils avaient été menés bien avant l'adoption des recommandations de l'O.R.D.¹³⁷⁶. Mais le groupe spécial a sans difficulté rejeté cet argument, que l'Organe d'appel avait déjà tranché dans le différend impliquant les Communautés. Par une application successive et combinée des jurisprudences *Australie – Saumon*, *Australie – Cuir pour automobiles II* et *Etats-Unis – Bois de construction IV*, il a au contraire établi un lien étroit avec le différend, bien qu'il le fit au détour d'une longue démonstration presque pédante¹³⁷⁷. S'agissant de l'aspect temporel des mesures en cause, on se rappelle que l'argument des Etats-Unis est exactement identique à celui qu'ils faisaient valoir dans le différend sur la plainte des Communautés. Par conséquent, les Etats-Unis n'ont pas fait appel de la décision du groupe spécial dans la mesure où l'Organe d'appel a tranché exactement cette question à peine trois semaines plus tard dans

1375 V. le rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Mesures relatives à la réduction à zéro et aux réexamens à l'extinction*, WT/DS322/AB/R, 9 janvier 2007, par. 190-191.

1376 Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Mesures relatives à la réduction à zéro et aux réexamens à l'extinction – Recours du Japon à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS322/RW, 24 avril 2009, par. 7:37. Les Etats-Unis avaient d'ailleurs, en vain, tenté de remettre en cause l'affirmation de l'Organe d'appel dans le différend impliquant les Communautés européennes. Ils avaient insisté sur ce que des mesures prises par un Membre avant l'adoption d'un rapport ne sont normalement pas prises dans le but de la mise en conformité et qu'elles n'entrent par conséquent pas dans le champ d'une procédure au titre de l'article 21:5 ; cela alors que l'Organe d'appel avait clairement indiqué que l'intention de mise en conformité n'était pas déterminante, et que l'antériorité aux rapports initiaux n'excluait en aucune cas qu'il pût s'agir d'une mesure prise pour se conformer.

1377 Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Réduction à zéro (Japon)* (21:5), *op. cit.*, par. 7:50-7:83.

le différend porté devant l'O.M.C. par les Communautés, ce qui opposait en quelque sorte, d'avance et de fait, une fin de non-recevoir aux Etats-Unis.

Le dernier des quatre réexamens soulevait un problème plus intéressant, dans la mesure où le Japon n'y avait pas fait spécifiquement référence dans sa demande d'établissement de groupe spécial, ni même formulé d'allégation à son propos dans ses mémoires adressés au groupe spécial. La raison en était que les Etats-Unis n'avaient publié les résultats de ce réexamen que cinq mois après l'établissement du groupe spécial. Le Japon avait alors immédiatement réagi, demandant l'autorisation de déposer un mémoire complémentaire, puis y alléguait l'incompatibilité du réexamen avec l'Accord antidumping, en ce qu'il avait fait application de la réduction à zéro si vivement contestée. Les Etats-Unis pour leur part faisaient valoir que l'expression « mesure ultérieure étroitement liée » que le Japon avait employée dans sa demande d'établissement n'était pas suffisamment précise pour pouvoir englober ce réexamen spécifique, et que cette mesure n'existait de toute façon pas encore au moment de la saisine du groupe spécial¹³⁷⁸. L'Organe d'appel n'a ici non plus éprouvé aucune difficulté dans l'application du critère de la connexité entre les mesures : il a constaté que l'expression « mesure ultérieure étroitement liée » désignait, en contexte, les mesures qui seraient adoptées après les huit réexamens périodiques indiqués par le Japon dans sa demande et qui se rapporteraient à ces huit réexamens¹³⁷⁹. Or, les six premiers réexamens en cause faisaient partie d'un ensemble de réexamens périodiques se remplaçant les uns les autres, qui visait le processus continu de fixation des droits antidumping dus au titre de la même ordonnance en matière de droits antidumping, et l'Organe d'appel a observé que le réexamen ultérieur spécifique en cause y faisait immédiatement suite¹³⁸⁰. Par conséquent, il s'agissait bien d'une « mesure ultérieure étroitement liée » au sens de la demande d'établissement du groupe spécial¹³⁸¹.

La même approche vaut encore pour une mesure qui fait l'objet d'une allégation dans le cadre d'une procédure de l'article 21:5 alors que le juge de la procédure initiale s'était estimé incapable d'achever l'analyse à son sujet. L'affaire

1378 Cette deuxième question relève du cadre temporel des mesures prises pour se conformer et sera examinée *infra*, § 2.

1379 Rapport du l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Mesures relatives à la réduction à zéro et aux réexamens à l'extinction – Recours du Japon à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS322/AB/RW, 18 août 2009, par. 112.

1380 V. le rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Réduction à zéro (Japon)* (21:5), *op. cit.*, par. 7.116 : dans les mots du groupe spécial, ces réexamens consécutifs formaient une « chaîne de mesures ou un ensemble, dans lequel chaque nouveau réexamen remplaçait le réexamen précédent ».

1381 Rapport du l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Réduction à zéro (Japon)* (21:5), *op. cit.*, par. 113.

Brésil – Coton upland a été la première – et la seule pour l'instant – à traiter cette hypothèse. L'Organe d'appel avait récemment connu de circonstances similaires, à savoir une allégation relative à un aspect d'une mesure à l'égard duquel le groupe spécial initial avait appliqué le principe d'économie jurisprudentielle, et avait estimé qu'elle entraînait dans le champ de l'article 21:5¹³⁸². Guidé par cette approche, le groupe spécial a encore étendu l'approche centrée sur la connexité entre mesures, en considérant qu'« une allégation relative à une mesure qui a un lien suffisamment étroit avec la mesure prise pour se conformer ou avec les recommandations et décisions de l'ORD dans la procédure initiale peut entrer dans le champ de l'article 21:5 même lorsque cette mesure elle-même n'a pas fait l'objet de recommandations et décisions de l'ORD dans la procédure initiale »¹³⁸³.

Ces décisions successives font apparaître deux choses. La première est que pareille approche centrée sur la connexité entre mesures (y compris dans ses effets), pour audacieuse et contraignante qu'elle soit, est d'une évidence presque banale puisqu'elle tire sa justification de l'esprit même du Mémoire et de l'architecture des procédures. Elle repose sur le lien manifeste de rattachement qu'établissent les termes de l'article 21:5 entre les mesures de mise en conformité et les recommandations de l'O.R.D. Ce lien est inhérent à l'essence de la procédure de l'article 21:5, car les mesures de mise en conformité tirent leur existence de ce qu'elles sont censées corriger l'illicéité des mesures initiales¹³⁸⁴. Ce critère de rattachement a même été consacré par l'Organe d'appel, qui en a déduit que les mesures en cause sont toutes celles qui ont une *incidence sur la mise en conformité* avec les recommandations de l'O.R.D.¹³⁸⁵, bien que les recommandations ne servent en toute hypothèse que de point de départ¹³⁸⁶. Cependant, on aperçoit de nouveau ici, comme l'a précédemment fait apparaître l'affaire *Etats-Unis – Jeux* sur laquelle on reviendra, la possibilité d'une superposition des niveaux de contrôle juridictionnel. En effet, puisque les recommandations tiennent aux mesures initiales, cela signifie

1382 V. le rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Réexamens à l'extinction des mesures anti-dumping visant les produits tubulaires pour champs pétrolifères en provenance d'Argentine*, WT/DS268/AB/RW, 12 avril 2007, par. 148-152.

1383 Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Coton upland* (21:5), *op. cit.*, par. 9.26.

1384 V. en ce sens A. STEINMANN, « Article 21 DSU », *op. cit.*, p. 514 par. 55.

1385 Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – FSC* (21:5 (2)), *op. cit.*, par. 60. V. aussi le rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Bois de construction IV* (21:5), *op. cit.*, par. 68, qui emploie la notion de « lien exprès » entre les mesures de mise en conformité et les recommandations de l'O.R.D.

1386 Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Subventions concernant le coton upland*, WT/DS267/AB/RW, 2 juin 2008, par. 202.

par extension que l'examen effectué par le groupe spécial de la mise en conformité pourrait impliquer celui des mesures initiales. On voit dès lors apparaître le spectre d'une atteinte à la chose jugée, et il appartient alors au groupe spécial d'être particulièrement rigoureux au regard de sa compétence, si besoin en usant utilement et prudemment du principe de l'économie jurisprudentielle.

La seconde observation tient à l'efficacité de cette approche, qu'il faut situer dans le contexte d'un mécanisme juridictionnel qui offre, en l'absence de dispositif d'exécution forcée au sens strict, des moyens de pression plus modestes mais dont les acteurs se saisissent pleinement, si besoin avec inventivité et audace, pour contraindre un Membre en situation de manquement. En effet, définir les mesures prises pour se conformer selon un critère de connexité augmente la pression que subit le Membre déclaré responsable, et elle encadre même doublement la latitude des parties : d'une part, elle pose une limite à la règle initiale selon laquelle le Membre recourant à l'article 21:5 détermine la compétence du groupe spécial dans sa demande d'établissement¹³⁸⁷ ; d'autre part, elle empêche le Membre mettant en œuvre de choisir librement celles de ses mesures qu'il qualifie comme ayant été prises pour se conformer. En outre et surtout, cette conception large des mesures prises pour se conformer est d'une efficacité augmentée au regard de l'un des objectifs, mais aussi des effets principaux de la procédure de l'article 21:5 : faire obstacle à toute forme de détermination unilatérale. La procédure de contrôle de la mise en conformité telle qu'elle est habitée par le juge est en ce sens un important outil de prohibition de l'unilatéralisme.

Bien qu'il faille évidemment rester prudent dans l'application de cette approche, il apparaît nettement que les groupes spéciaux de la mise en conformité ont une conception fonctionnelle de la procédure qu'ils mènent, et qui serait privée de son plein effet si des mesures certes lointaines mais pour autant liées aux mesures principales de mise en conformité échappaient à son contrôle¹³⁸⁸. L'interprétation qu'ils donnent à la notion de « mesures prises pour se conformer » répond en effet au principe de l'effet utile, en ce que la définition des mesures de mise en conformité qui sont absorbées dans le

1387 Pour rappel, v. le rapport du groupe spécial, *Australie – Cuir pour automobiles II* (21:5), *op. cit.*, par. 6.5 ; v. aussi le rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Crevettes* (21:5), *op. cit.*, par. 87.

1388 Sur ce point, v. également P. C. MAVROIDIS, G. A. BERMAN et M. WU, *The Law of the World Trade Organization (WTO)*, *op. cit.*, spéc. p. 1071, qui observent que « [t]he rationale for this approach is that WTO adjudicating bodies understand the function of compliance panels more geared towards resolution of the dispute, rather than akin to (probably excessive) formalism ».

champ de compétence du groupe spécial au titre de l'article 21:5 non seulement permet à celui-ci d'accomplir au mieux sa fonction, mais aussi « serre » le Membre responsable. Les groupes spéciaux s'efforcent de respecter un certain équilibre : d'un côté, il s'agit d'obtenir un règlement définitif du différend, ce qui suppose qu'ils disposent de la latitude nécessaire pour effectuer un contrôle complet de la mise en œuvre ; en même temps, le recours à l'article 21:5 est conçu comme une procédure accélérée censée encourager un règlement rapide, en évitant précisément aux Membres de devoir recourir à une nouvelle procédure de règlement des différends. Alors que le champ d'une procédure de contrôle de la mise en conformité paraît intuitivement plus étroit que celui d'une procédure initiale, puisqu'elle ne concerne « que » l'exécution de l'obligation qui résulte de l'acte juridictionnel initial, et que les Membres ne peuvent donc y contester n'importe quelle mesure qui serait selon eux illicite, la pratique qu'en font les groupes spéciaux atteste au contraire combien il est vaste, mais aussi susceptible de prêter à confusion¹³⁸⁹. Les groupes spéciaux étendent ainsi au maximum leur champ de compétence, en interprétant largement la notion de « mesures prises pour se conformer » de l'article 21:5, à la lumière du contexte et de l'objectif particulier de la procédure dans laquelle prendra place leur examen.

§ 2 Compétence *ratione temporis* : l'encadrement temporel des « mesures prises pour se conformer »

Si les mesures absorbées matériellement dans le champ d'application de l'article 21:5 sont ainsi identifiées ou identifiables, encore faut-il – en premier lieu pour pouvoir considérer qu'elles existent – qu'elles se traduisent dans la réalité. Il faut donc s'entendre sur la « date critique » pour le juge de la mise en conformité, car il en découle quelles mesures il est compétent pour examiner. La question de la dimension temporelle des mesures prises pour se conformer se pose sous deux angles correspondants à deux aspects temporels distincts. Avant même de s'intéresser aux conditions temporelles d'existence des

¹³⁸⁹ Pour rappel, la procédure de l'article 21:5 concerne des mesures *nouvelles* : elle porte donc sur un désaccord *nouveau*, et est en ce sens une procédure *nouvelle*. Cependant, ce n'est pas une nouvelle *affaire*. Le désaccord en cause ici s'inscrit dans la continuité du différend initial, et est même une conséquence directe du résultat de la procédure initiale, mais cette continuité, ou suite, n'enlève pas leur nouveauté aux mesures examinées. Sur ce point, v. B. KUNOY, « Catch Me if You Can : An Analysis of "Measures Taken To Comply" under the WTO Dispute Settlement Understanding », *op. cit.*, p. 65.

mesures en cause dans cette procédure, il s'agit en effet de déterminer la limite maximale de la portée temporelle de l'obligation de mise en conformité (A.). Cette question est le préalable de la suivante : ce n'est que si les mesures en cause relèvent bien de l'obligation de mise en conformité qu'il s'agit alors de préciser les conditions temporelles auxquelles elles doivent satisfaire afin que le groupe spécial soit compétent pour connaître d'elles (B.).

**A *Durée de vie de l'obligation de mise en conformité :
la date butoir de l'expiration du délai raisonnable***

Les limites de la portée temporelle de l'obligation de mise en conformité se déduisent clairement des termes du Mémorandum (1.), mais exige des précisions dans un domaine dans lequel ont cours des pratiques à effets rétroactifs (2.).

1 Délimitation temporelle par le Mémorandum

Le Mémorandum établit sans équivoque que dans les cas où la mise en œuvre immédiate est irréalisable, elle devra être intervenue au plus tard à l'expiration du délai raisonnable. Cette règle est incontestée, si bien que le juge la déclare désormais sans même la justifier : « [e]n vertu du Mémorandum d'accord, la mise en conformité doit être réalisée au plus tard à compter de la fin du délai raisonnable avec effet prospectif »¹³⁹⁰. L'obligation de mise en conformité naît, on l'a vu, avec le jugement déclaratoire d'incompatibilité prononcé par le juge de la phase initiale et les recommandations de mise en conformité adoptées par l'O.R.D. ; elle ne s'éteint que par son exécution intégrale, qui doit être réalisée à l'expiration du délai raisonnable. Puisque le Membre responsable peut obtenir un délai lorsque la mise en œuvre immédiate est irréalisable, cela signifie que l'exécution de l'obligation de cessation ne doit pas être immédiate : elle est une obligation dont l'exécution peut être différée. Le délai raisonnable produit en quelque sorte un « délai de latence » pendant lequel l'obligation de mise en conformité existe et oblige bien, mais sans que son inexécution soit constitutive d'un manquement auquel serait attaché une conséquence. Ce moment-là est retardé à l'expiration du délai raisonnable.

On aperçoit déjà les difficultés pouvant surgir de ces circonstances. La durée de vie de l'obligation est juridiquement conditionnée par, et même intrinsèquement liée à, la durée du délai raisonnable, variable d'une affaire à l'autre.

¹³⁹⁰ Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Réduction à zéro (CE)* (21:5), *op. cit.*, par. 305. Autrement dit, « l'article 21:3 prescrit que l'obligation de mettre pleinement en œuvre les recommandations et décisions de l'ORD soit respectée au plus tard à la fin du délai raisonnable et, par conséquent, que le comportement incompatible avec les règles de l'OMC doit cesser au plus tard à ce moment-là », *ibid.*, par. 158.

Or, d'une part, l'existence même d'un contentieux de la mise en conformité, et à plus forte raison son abondance, indiquent bien que l'expiration du délai raisonnable ne coïncide que rarement avec l'extinction de l'obligation de mise en conformité : le Membre concerné ne l'a souvent pas intégralement exécutée au moment où elle aurait dû l'être. D'autre part, et alors qu'en vertu de la non-rétroaction de l'obligation de mise en conformité, la mesure illicite peut en principe être maintenue jusqu'à l'expiration du délai raisonnable, il est des cas dans lesquels les conditions de continuation de la violation pendant la durée de ce délai sont constitutifs d'une violation même après son expiration. On rencontre ces cas de figure notamment dans le domaine du dumping, où les droits antidumping peuvent être prélevés pendant toute la durée du délai raisonnable, bien qu'ils le soient en vertu d'une mesure déclarée illicite et qu'il est donc établi qu'ils sont dépourvus de fondement légal. Les deux plus récentes affaires de *zeroing* américain, la première sur la plainte des Communautés européennes et la seconde sur celle du Japon, que nous avons déjà abordées sous un autre angle, illustrent bien l'extrême complexité des difficultés que peut susciter cette circonstance.

2 Difficultés pratiques en matière de dumping : les systèmes rétrospectifs de fixation des droits

La jurisprudence a fait apparaître que les groupes spéciaux entendent l'obligation de mise en conformité et le moment à partir duquel elle s'impose au Membre dans un sens étroit (a.). Dès lors, ils sont intransigeants face à une argumentation justificative d'un manquement (b.).

a *Refus de la prise en compte de la date d'importation*

Dans l'affaire *Etats-Unis – Réduction à zéro (CE)*, la difficulté provenait du système américain de fixation des droits. Dans un tel système dit « rétrospectif », les droits ne sont calculés, fixés et recouverts qu'après que les importations ont été admises. En l'espèce, cela impliquait que les Etats-Unis avaient continué d'appliquer la réduction à zéro s'agissant de mesures prises *après* l'expiration du délai raisonnable. La question controversée était donc celle de la date à laquelle l'obligation de mise en conformité s'applique aux décisions et actions du Membre lié par elle. Selon les Etats-Unis, la date pertinente serait celle d'importation et l'obligation de conformité ne jouerait donc que s'agissant des importations effectuées après l'expiration du délai de mise en œuvre¹³⁹¹. Les Communautés en revanche retenaient comme la date celle de l'action du Membre déclaré responsable : après l'expiration du délai de mise en œuvre,

¹³⁹¹ Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Réduction à zéro (CE)* (21:5), *op. cit.*, par. 8.165.

aucun acte positif (réexamen administratif, instruction à recouvrer des droits antidumping, etc.) ne pouvait selon elles être pris d'une manière incompatible avec l'Accord antidumping pour les importations qui n'avaient pas fait l'objet d'une liquidation à l'expiration du délai. L'enjeu de la controverse résidait donc dans la possible dimension rétrospective et rétroactive des mesures correctives : certes, le Mémoire n'impose pas la rétroaction des mesures correctives ; mais qu'implique concrètement l'obligation de mise en conformité prospective dans une affaire de dumping, lorsque le Membre responsable applique un système de fixation rétrospective des droits¹³⁹² ? La question était inédite¹³⁹³ et comportait deux aspects : il s'agissait de savoir, d'une part, si les déterminations qui avaient été établies *après* l'expiration du délai raisonnable mais qui concernaient des importations effectuées *avant* cette date devaient être compatibles avec les recommandations de l'O.R.D. ; et d'autre part, si des actions menées *après* la fin du délai raisonnable pour liquider les déclarations en douane et recouvrer les droits pour les importations effectuées *avant* cette date devaient être compatibles avec les recommandations de l'O.R.D., même si le montant des droits dus avait possiblement été calculé *avant* la fin du délai raisonnable. On le voit, ces deux questions sont intrinsèquement rattachées à celle de la compétence du groupe spécial : selon la réponse apportée à l'une et à l'autre, il sera ou non compétent pour examiner les mesures concernées. Combien la question est délicate s'aperçoit aux longs développements qui ont consacré les formations de jugement, et aux conclusions auxquelles ils les ont conduites.

Le groupe spécial a considéré que la date pertinente dans le contexte d'un système rétrospectif est celle de la détermination du montant *final* des droits antidumping à acquitter¹³⁹⁴. En d'autres termes, les Etats-Unis avaient au minimum l'obligation, après l'expiration du délai raisonnable, de ne plus utiliser la méthode déclarée illicite de la réduction à zéro, non seulement s'agissant

1392 Les Etats-Unis estimaient que la position préconisée par les Communautés européennes reviendrait à imposer une mesure corrective rétroactive.

1393 Cette question n'avait encore jamais examinée au fond. Elle s'était posée dans l'affaire *Etats-Unis – Article 129 c) 1*), URAA, mais le plaignant n'était pas parvenu à démontrer que le système américain de fixation des droits antidumping ou compensateurs *imposait* à l'U.S.D.O.C. une fixation rétrospective des droits, et le groupe spécial avait pu de ce fait écarter la difficulté : rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Article 129 c) 1*), URAA, *op. cit.*, par. 6.77.

1394 Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Réduction à zéro (CE)* (21:5), *op. cit.*, par. 8.174. Concrètement, cela signifiait la date de la détermination finale dans la procédure de réexamen administratif (la date de la publication des résultats du réexamen) ou la date à laquelle le droit de demander un tel réexamen s'éteignait.

des importations admises *après* la fin du délai raisonnable, mais aussi dans le calcul des marges de dumping *après* l'expiration du délai raisonnable mais concernant des importations admises *avant* cette date. Le groupe spécial était par ailleurs d'avis que cette approche ne dérogeait pas au principe général de la non-rétroactivité des mesures correctives¹³⁹⁵, en ce qu'elle correspondait pleinement à « l'obligation de cesser d'accomplir des actes incompatibles avec les règles de l'OMC à la fin du délai raisonnable », qui « est [...] de nature éminemment prospective »¹³⁹⁶. S'agissant du deuxième point, concernant les actions visant à recouvrer ou liquider des droits résultant de réexamens administratifs achevés avant la fin du délai raisonnable, le groupe spécial a réitéré ses constatations précédentes et retenu la date de la détermination finale des droits à acquitter¹³⁹⁷ : les actions ayant lieu après l'expiration du délai raisonnable ne sont pas constitutives d'un manquement à l'obligation de mise en conformité¹³⁹⁸, puisqu'elles résultent de réexamens administratifs achevés avant la fin du délai raisonnable.

En appel, les parties ont maintenu les mêmes positions, les Etats-Unis plaçant pour la date d'importation et les Communautés pour l'expiration du délai raisonnable. L'Organe d'appel a souligné que le délai accordé au Membre pour exécuter son obligation de mise en conformité signifiait que l'inexécution, entière ou partielle, ne pouvait être constitutive d'un manquement *avant* la fin de ce délai¹³⁹⁹, mais il a confirmé que la portée temporelle de l'obligation n'était pas liée à la date d'importation. Ainsi, les Etats-Unis auraient dû ne plus pratiquer la méthode de la réduction à zéro au plus tard à l'expiration du délai raisonnable. Sa position allait même plus loin, s'agissant cette fois de la portée matérielle de l'obligation de mise en conformité qui s'étend non seulement au

1395 Le groupe spécial a employé le terme « rétrospective », mais c'est en réalité de *rétroaction* qu'il s'agit ici.

1396 Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Réduction à zéro (CE)* (21:5), *op. cit.*, par. 8.175.

1397 *Ibid.*, par. 8.191.

1398 Il s'agit par exemple des instructions pour la fixation des droits données par l'U.S.D.O.C. au Bureau des douanes, des instructions pour la liquidation données par le Bureau des douanes aux autorités locales des bureaux d'entrée, ou encore des actions visant à recouvrer ou liquider des droits.

1399 Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Réduction à zéro (CE)* (21:5), *op. cit.*, par. 299. L'Organe d'appel apporta cette précision dans le contexte d'un raisonnement du groupe spécial auquel il n'adhérait pas : le groupe spécial avait entre autres appuyé ses observations au sujet de la non-rétroactivité des mesures correctives par la construction d'une analogie avec l'article 28 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (« Non-rétroactivité des traités ») (par. 8.170 de son rapport), que les parties mais aussi l'Organe d'appel les parties estimèrent injustifiée (par. 298 de son rapport).

calcul des taux d'imposition mais aussi, « par implication, [...] aux mesures liées et résultantes qui ne font que découler “mécaniquement” des résultats d'un réexamen aux fins de la fixation des droits et sont appliquées au cours du déroulement normal du processus d'imposition des droits antidumping »¹⁴⁰⁰. C'est aussi ce qu'a réitéré l'Organe d'appel dans l'affaire *Etats-Unis – Réduction à zéro (Japon)*. En réplique à l'insistance avec laquelle les Etats-Unis plaidaient la pertinence de la date d'importation, l'Organe d'appel pour sa part a insisté sur l'obligation du Membre responsable de cesser ses comportements illicites au plus tard à la fin du délai raisonnable, quelle que soit la date d'admission des importations sur le territoire : *tous les aspects illicites doivent avoir été corrigés à cette date pour que le Membre soit considéré comme ayant pleinement exécuté son obligation*¹⁴⁰¹.

S'agissant des déterminations effectuées après l'expiration du délai raisonnable, l'Organe d'appel dans l'affaire *Etats-Unis – Réduction à zéro (CE)* a commencé par rejeter l'argument des Etats-Unis selon lequel il faudrait tenir compte du régime juridique en vigueur au moment de l'importation, puisque c'était à ce moment là qu'était née l'obligation d'acquitter des droits antidumping. Selon lui, une détermination qui certes avait été publiée après la fin du délai raisonnable mais dans le cadre de laquelle le montant des droits avait été fixé pour des importations admises avant cette date avait aussi « une incidence sur les importations ayant lieu après la fin du délai raisonnable parce que cette détermination établit les taux de dépôt en espèces applicables à l'avenir aux futures importations »¹⁴⁰². L'Organe d'appel, dans cette affaire tout comme dans celle arrivant dans son sillage, s'est par ailleurs parfaitement aligné sur l'opinion du groupe spécial : l'obligation de cesser de pratiquer la réduction à zéro au plus tard à l'expiration du délai raisonnable est de nature « éminemment prospective »¹⁴⁰³.

En outre, dans le déroulement normal du processus d'imposition des droits antidumping, il existe des mesures qui découlent mécaniquement de la fixation des droits ; elles sont en quelque sorte connexes, et en tout cas automatiques.

1400 *Ibid.*, par. 306.

1401 Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Réduction à zéro (Japon)* (21:5), *op. cit.*, par. 160.

1402 Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Réduction à zéro (CE)* (21:5), *op. cit.*, par. 309.

1403 *Ibid.* Dans l'affaire *Etats-Unis – Réduction à zéro (Japon)*, l'Organe d'appel a même balayé l'objection des Etats-Unis de manière particulièrement vive, peut-être las de voir les mêmes arguments surgir à répétition au sujet des mêmes questions : il ne saurait être « question de “réparation rétroactive” lorsque le comportement d'un Membre de l'OMC est examiné à la fin du délai raisonnable, qui constitue le point de référence approprié », *in* rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Réduction à zéro (Japon)* (21:5), *op. cit.*, par. 167.

L'Organe d'appel a considéré que fonder de telles mesures sur la réduction à zéro et les appliquer après la fin du délai raisonnable, même si elles résultaient d'un réexamen administratif publié avant la fin de ce délai, serait constitutif d'un manquement à l'obligation de mise en conformité¹⁴⁰⁴.

Ce que cette décision a martelé avec insistance est qu'en matière antidumping, dans le contexte d'un système rétrospectif de fixation des droits, la date d'importation n'a aucune pertinence ; seule compte la date de fixation du montant final des droits antidumping à acquitter, ou celle d'édition des mesures qui résultaient mécaniquement de la fixation de ces droits, et ces dates sont mesurées à celle du délai raisonnable. Dans tous les cas, l'obligation de mise en conformité qui résulte du jugement initial implique que la méthode alors déclarée illicite, *en tant que telle* et *telle qu'appliquée*, ne doit plus être utilisée *après* l'expiration de la période de grâce que représente le délai raisonnable. La date d'importation du produit concerné ne saurait en aucun cas être déterminante, car le système permettrait sinon au Membre déclaré responsable de choisir habilement le moment où il fixerait les droits pour proroger, de fait, le délai raisonnable et ainsi retarder le moment où il devra avoir exécuté son obligation de mise en conformité. Les principes établis sont en effet les seuls qui garantissent que la notion de délai raisonnable de mise en œuvre au sens de l'article 21:3 ait un sens, et les organes de jugement veillent scrupuleusement à le préserver, alors que les tentatives de contournement ou de justification de la part des Membres responsables pour assouplir son exigence sont fréquentes.

b *Caractère absolu de l'obligation : le refus de la justification
d'un manquement lié au système interne du Membre responsable*

En effet, la question de la portée de l'obligation de mise en conformité peut se décliner d'une autre manière encore : l'inexécution peut-elle être justifiée par une circonstance qui échapperait au contrôle du Membre mettant en œuvre ? L'affaire *Etats-Unis – Réduction à zéro (Japon)* était une nouvelle fois dans le sillage du différend qui avait opposé les Etats-Unis aux Communautés européennes, et l'argumentation des Etats-Unis a amené l'Organe d'appel à statuer sur la question, ce qu'il n'avait pas fait dans l'affaire précédente. Les Etats-Unis invoquaient en effet une procédure judiciaire interne, qui aurait retardé le recouvrement de certains droits antidumping jusqu'à après l'expiration du délai raisonnable. En d'autres termes, il s'agissait de savoir si la portée de l'obligation de mise en conformité englobait également les importations admises sur le territoire *avant* l'expiration du délai raisonnable, alors que des aspects techniques liés n'avaient pas été réglés à cette date. Les Etats-Unis raccrochaient

1404 Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Réduction à zéro (CE)* (21:5), *op. cit.*, par. 311-312.

leur argument à la constatation faite par l'Organe d'appel dans le différend impliquant les Communautés au sujet des mesures découlant « mécaniquement » de la fixation de droits : selon eux, ces mesures automatiques devaient échapper à l'obligation de mise en conformité lorsque la suspension prononcée par un tribunal interne avait pour conséquence que les droits n'avaient pu être fixés que longtemps après l'importation du produit. L'Organe d'appel avait donc à trancher si des actions ou omissions intervenues *après* l'expiration du délai raisonnable en raison de procédures judiciaires internes sont exclues de la portée de l'obligation de mise en conformité ; s'ils le sont, il s'ensuit qu'ils n'entrent pas non plus dans la compétence d'un groupe spécial au titre de l'article 21:5.

Dans un premier temps, il a observé que l'article 13 de l'Accord antidumping, invoqué par les Etats-Unis au soutien de leur argument, n'apporte pas de réponse. La disposition exige certes que chaque Membre disposant d'une législation antidumping mette en place des procédures judiciaires, arbitrales ou administratives afin de permettre la révision de toutes les mesures prises dans le cadre d'une action antidumping, mais il n'indique d'aucune manière que ces procédures internes pourraient justifier une absence de mise en conformité à la fin du délai raisonnable. Dans ces conditions, l'obligation pour les Membres de l'O.M.C. de prévoir et de maintenir des procédures de révision indépendantes pour les actions administratives antidumping « ne les exempte pas de l'obligation de se conformer aux recommandations et décisions de l'ORD dans le délai raisonnable »¹⁴⁰⁵. Clairement, l'Organe d'appel rejetait une approche qui aurait pour effet de vider de son sens la notion de délai raisonnable de mise en conformité. Il a alors appliqué scrupuleusement à l'espèce sa jurisprudence dégagée dans l'affaire précédente, cette approche étant seule était compatible avec les objectifs généraux d'une mise en conformité « dans les moindres délais » et « immédiate » énoncés aux paragraphes 1 et 3 de l'article 21. Sans surprise, les retards dans la mise en œuvre liés à des procédures internes ne peuvent donc pas exempter un Membre de son obligation de mise en conformité.

Mais les Etats-Unis faisaient valoir en outre qu'une liquidation ne pouvait pas être considérée comme découlant « mécaniquement » des examens périodiques contestés dans le cadre de la présente procédure lorsqu'elle était retardée par une procédure judiciaire interne. Selon eux, une telle révision judiciaire « rompt tout lien dit “mécanique” entre la fixation du montant des droits à acquitter dans la détermination issue du réexamen initial et les ins-

1405 Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Réduction à zéro (CE)* (21:5), *op. cit.*, par. 175.

tructions pour la liquidation »¹⁴⁰⁶. Leur argument était construit sur une interprétation *a contrario* du raisonnement du juge dans le différend impliquant les Communautés : si les actions en matière de liquidation ne découlaient *pas* mécaniquement des réexamens contestés, alors elles n'entreraient pas dans le champ de leur obligation de mise en conformité. Mais l'Organe d'appel a franchement rejeté cette approche : qu'elles découlent mécaniquement ou non des réexamens périodiques contestés, les actions en cause ne sauraient être exemptées de l'obligation de mise en conformité à laquelle doivent satisfaire les Etats-Unis¹⁴⁰⁷.

En définitive, toute l'argumentation des Etats-Unis culminait dans l'argument de l'indépendance du pouvoir judiciaire : ils cherchaient par ce moyen à faire concéder au juge de l'O.M.C. que le moment de la liquidation leur échappait parfaitement. Avec une pointe d'humeur, qu'on avait déjà observée chez les arbitres du délai raisonnable devant des arguments semblables (qui, rappelons-le, sont des membres de l'Organe d'appel), l'Organe d'appel a rappelé l'évidence déjà observée dans l'affaire *Etats-Unis – Crevettes*, qui correspond à l'approche en droit international général : « un Membre de l'OMC "assume [...] la responsabilité des actions de l'ensemble des pouvoirs publics, y compris le pouvoir judiciaire" » ; il a ajouté que le pouvoir judiciaire est un organe de l'Etat et que ses actes ou omissions restent par conséquent imputables à l'Etat¹⁴⁰⁸. Il a conclu que le retard ne pouvait constituer une justification valable pour le manquement des Etats-Unis à leur obligation de mise en conformité à l'expiration du délai raisonnable. Cette décision, en un sens, ne fait que confirmer les constatations émises dans le contentieux parallèle, mais le refus catégorique d'une possible justification du manquement à l'obligation de mise en conformité y apporte une pièce supplémentaire, et renforce le caractère absolu de l'obligation. La pression sur l'exécution par le Membre s'en trouve renforcée, puisqu'une telle approche réduit les possibles échappatoires, et inversement élargit la compétence des organes de jugement.

B *Date critique d'existence d'une mesure prise pour se conformer*

Les éclairages au sujet de la date critique à laquelle la mesure prise pour se conformer doit être en vigueur n'ont été apportés que cas par cas, resserrant ou au contraire élargissant la condition temporelle selon les circonstances de

1406 *Ibid.*, par. 179.

1407 *Ibid.*, par. 181.

1408 *Ibid.*, par. 182. Pour l'affaire *Etats-Unis – Crevettes*, v. le rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Crevettes*, *op. cit.*, par. 173. V. également le commentaire à ce sujet in H. RUIZ FABRI et P. MONNIER, « Chronique du règlement des différends 2009-2010 », *op. cit.*, p. 925.

l'affaire (1.). Dans la mesure où l'Accord SMC impose le retrait sans retard des subventions prohibées, celles-ci font exception aux règles progressivement établies du droit commun (2.).

1 Appréciation de la « vigueur » d'une mesure

Pour exister au sens de l'article 21:5, une mesure doit être en vigueur. Mais tout est question du moment où doit s'apprécier cette « vigueur ». De manière étroite, on considérera naturellement que la nouvelle mesure doit impérativement être en vigueur à l'expiration du délai raisonnable (a.). La résolution effective du différend peut cependant justifier une approche plus souple, tenant compte d'une date postérieure à la fin du délai raisonnable (b./c.).

a *Interprétation étroite : la date d'expiration du délai raisonnable*

Dans un premier temps, le juge avait penché pour une approche exigeante et de ce fait contre-productive au regard de l'objectif visé, qui avait cependant pour elle la rigueur juridique sur laquelle elle reposait. Dans l'affaire *Australie – Saumon*, le groupe spécial a en effet raisonné strictement à partir de la date d'expiration du délai raisonnable, en l'occurrence le 6 juillet 1999. Or, bien que les mesures de mises en œuvre eussent fini par entrer en vigueur (de manière échelonnée), elles l'avaient toutes fait à des dates postérieures au 6 juillet 1999. Le juge a conclu que, dans la mesure où l'Australie était tenue d'exécuter son obligation de mise en conformité dans un délai strictement encadré, le fait que ses mesures n'étaient entrées en vigueur qu'à une date postérieure à l'expiration du délai imparti avait pour conséquence qu'aucune d'entre elles ne pouvait être réputée exister, au sens de l'article 21:5, à la date critique¹⁴⁰⁹.

On comprend aisément la raison d'une telle approche, qui est non seulement la plus rigoureuse au regard de la recommandation de mise en conformité et du délai dont elle a été assortie, mais aussi juridiquement la plus exacte. L'exigence que l'exécution soit réalisée à l'expiration du délai raisonnable découle explicitement et logiquement de l'idée même d'un délai raisonnable de mise en œuvre, qui serait factice si on admettait que la mise en conformité pouvait intervenir quand bon semble au Membre responsable. Mais elle découle aussi implicitement des paragraphes 1 et 2 de l'article 22 : le premier renvoie les parties à la négociation d'une compensation si l'exécution n'est pas réalisée à l'expiration du délai raisonnable, et le second permet au plaignant initial de demander l'autorisation de suspendre des concessions si une telle négociation n'aboutit pas. Mais elle n'est pas sans soulever une diffi-

1409 Rapport du groupe spécial, *Australie – Saumon* (21:5), *op. cit.*, par. 7.30.

culté pratique et contre-productive selon une approche plus systémique de la procédure de l'article 21:5.

Cette difficulté est liée précisément à ce qu'implique l'article 22:2, à savoir la possibilité de suspendre des concessions en cas d'inexécution, et ce *dès* l'expiration du délai raisonnable. En suivant strictement cet article, il pourrait arriver que la suspension de concessions intervienne avant que le groupe spécial de la mise en conformité ait statué, et en tout cas alors même que la mise en conformité aurait pu intervenir jusqu'à son établissement. D'un côté, il ne faut évidemment pas exploiter abusivement les marges que laisse le Mémorandum, qui plus est *contra legem*, mais d'un autre côté il faut aussi que les procédures mises en place aient tout leur sens et remplissent utilement leur fonction. Dans ces conditions, et pour factice qu'en devienne à cet égard le délai raisonnable, un peu de factice peut être nécessaire pour une réalisation effective de l'objectif visé.

b *Interprétation consacrée sous le GATT de 1947 :
la date de la demande d'établissement du groupe spécial*

Le juge accepte, dans certaines circonstances, d'examiner des mesures qui pourtant n'étaient pas mentionnées dans la demande d'établissement du groupe spécial car leur entrée en vigueur lui était postérieure. Cette approche n'est d'ailleurs pas propre à la procédure de l'article 21:5, puisqu'il est arrivé au juge de la procédure initiale de tenir compte de faits survenus seulement au cours de la procédure, et donc nécessairement absents de la demande d'établissement. Au regard de sa mission d'effectuer une évaluation objective de la question, il estime devoir prendre en considération ces éléments, dans la mesure où ils ont une incidence sur l'existence ou la persistance de la violation¹⁴¹⁰. On observe le même phénomène dans le cadre des procédures au titre de l'article 21:5, dont l'affaire *Etats-Unis – Crevettes* s'est faite la première illustration. Dans cette affaire, le délai raisonnable était venu à expiration le 6 décembre 1999, alors que le groupe spécial de la mise en conformité n'avait été établi que près d'un an plus tard, le 23 octobre 2000. Le groupe spécial avait alors à résoudre la question de savoir s'il pouvait tenir compte des mesures entrées en vigueur seulement après l'expiration du délai, mais avant son établissement. Son premier constat, et il est important, a été que « le Mémorandum d'accord est muet concernant la date qui doit être retenue pour examiner l'existence ou la compatibilité de la mesure de mise en œuvre »¹⁴¹¹. Le juge peut donc puiser dans ce silence une certaine latitude. Il a alors mis en balance les arguments pesant

1410 V. notamment le rapport du groupe spécial, *Inde – Autos*, *op. cit.*, par. 8.27-8.28.

1411 Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Crevettes* (21:5), *op. cit.*, par. 5.12.

pour chacune des approches : d'un côté, la date critique devrait correspondre logiquement au jour suivant l'expiration du délai raisonnable mentionné à l'article 21:3 ; d'un autre côté, selon l'article 3:3, le règlement rapide des différends est « indispensable au bon fonctionnement de l'OMC et à l'existence d'un juste équilibre entre les droits et les obligations des Membres », et il peut donc être approprié pour un groupe spécial de tenir compte d'événements postérieurs à l'expiration du délai¹⁴¹². C'est cette considération qui a fait pencher la balance en faveur de la seconde approche : le groupe spécial a considéré « qu'il devrait tenir compte de tous les faits pertinents qui se sont produits jusqu'à la date à laquelle il a été saisi de la question »¹⁴¹³.

Cette approche peut sembler plus laxiste et juridiquement approximative, mais elle illustre déjà combien le juge cherche à exploiter utilement la marge de manœuvre que lui donne la procédure, afin qu'elle contribue à la réalisation effective de l'objectif du mécanisme¹⁴¹⁴. Or, tout particulièrement à ce stade du contentieux, cet objectif n'est pas d'accabler un Membre responsable en constatant l'inexistence d'une mesure d'exécution, ce qui renverrait alors les parties à un deuxième cycle de mise en conformité (et potentiellement d'autres). L'objectif est bien plus de parvenir à une résolution définitive et effective du différend¹⁴¹⁵. Une approche plus élastique permet en ce sens d'éviter que soient ignorées des mesures qui, de toute évidence, referont apparition devant le juge (initial) parce qu'elles existent bien, mais qui n'« existaient » pas selon une acception étroite de cette condition au sens de l'article 21:5. Et c'est bien de cela qu'il s'agit, car la fixation de la date critique conduit à mettre

¹⁴¹² *Ibid.*

¹⁴¹³ *Ibid.*, par. 5.12-5.13, confirmé par l'Organe d'appel. Également en ce sens, v. le rapport du groupe spécial, *CE – Linge de lit* (21:5), *op. cit.*, par. 6.23-6.29, qui énonce déjà de manière péremptoire le principe dans l'intitulé de la section traitant de la question : « la date pertinente pour évaluer la compatibilité des mesures “prises pour se conformer” est la date d'établissement du Groupe spécial ».

¹⁴¹⁴ Pour rappel, cette approche est également perceptible dans l'affaire *Etats-Unis – Réduction à zéro* (CE), lorsque l'Organe d'appel a observé que le groupe spécial n'avait pas outrepassé les limites de sa compétence mais avait au contraire agi conformément à l'objectif d'arriver à une solution positive du différend, en tenant compte dans son examen de mesures américaines prises jusqu'à l'établissement du groupe spécial (y compris de mesures prises avant même l'adoption par l'O.R.D. des rapports issus de la procédure initiale) : v. le rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Réduction à zéro* (CE) (21:5), *op. cit.*, par. 411.

¹⁴¹⁵ C'est d'ailleurs dans ces termes que le groupe spécial dans l'affaire *Etats-Unis – Crevettes* avait justifié l'approche : elle peut permettre à un groupe spécial de la mise en conformité de parvenir à une décision qui « favorise le règlement rapide du différend », *in* rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Crevettes* (21:5), *op. cit.*, par. 5.13.

en balance deux intérêts contradictoires : donner son plein sens – et en toute rigueur – à l'obligation de mise en conformité, et régler rapidement et utilement les différends. En s'attachant au premier, on doit retenir le jour suivant l'expiration du délai raisonnable, puisque l'obligation de mise en conformité est liée à cette date ; en donnant la priorité à l'objectif d'un règlement rapide, le groupe spécial doit pouvoir tenir compte d'événements postérieurs à cette date, puisqu'il s'agit d'effectuer un examen complet de la mise en conformité et éviter ainsi que ne survienne ultérieurement la nécessité d'un nouveau recours au juge.

C'est ce facteur qui explique, d'un point de vue pragmatique, l'approche large adoptée par les juges de la mise en conformité. Il faut en effet garder à l'esprit que, bien que le Mémoire ne le précise pas, la pratique a consacré qu'il peut y avoir, dans le cadre d'un même différend, plusieurs recours successifs à l'article 21:5. Or, des formulations de l'article 21:5 et de l'article 22 découlent qu'une seule de ces procédures de contrôle de la mise en conformité, la première, peut être liée temporellement à l'expiration du délai raisonnable, puisque c'est dans son cadre qu'un plaignant initial peut alléguer que la mise en conformité n'est pas intervenue quand elle l'aurait dû. Si ce recours ne permet pas de clore le différend, que de nouvelles mesures de mise en conformité sont prises, et que le plaignant initial les estime de nouveau insatisfaisantes, il pourra recourir une nouvelle fois à l'article 21:5. Un tel second recours, après un premier cycle complet de cette procédure (groupe spécial et Organe d'appel), sera nécessairement bien postérieur à l'expiration du délai raisonnable, et même postérieur à tel point que la question de savoir si la mise en conformité était réalisée à l'expiration du délai raisonnable ne s'y posera plus : la réponse sera forcément négative, comme l'aura déjà établi le premier cycle de procédures au titre de l'article 21:5. En d'autres termes, c'est bien à l'expiration du délai raisonnable qu'un manquement à l'obligation de mise en conformité peut être constitué, et ce manquement (ou son allégation) servira de fondement à un recours à l'article 21:5, mais l'expiration de ce délai ne saurait pas à elle seule limiter le champ des mesures qui relèvent de la compétence d'un groupe spécial de la mise en conformité. Il reste qu'on perçoit bien, dans l'affaire précitée, que le groupe spécial était particulièrement conscient de ce que signifie l'obligation de mise en conformité, et qu'elle aurait dû être accomplie avant l'expiration du délai raisonnable. Mais il n'en estimait pas moins, à juste titre selon nous, que son approche était conforme à l'esprit de l'article 3:3 du Mémoire. Paradoxalement, c'est donc en quelque sorte en relâchant la pression temporelle sur l'entrée en vigueur d'une mesure qu'il augmente celle de son contrôle au fond, et qu'il parvient dès lors à exercer le plus utilement une pression matérielle sur l'exécution.

c *Interprétation large : la prise en compte de mesures postérieures à l'établissement du groupe spécial*

L'approche du juge de la mise en conformité peut encore être étendue dans certaines circonstances. Dès l'affaire *Australie – Saumon*, en effet, l'hypothèse avait été envisagée que le groupe spécial puisse avoir de bonnes raisons de tenir compte de mesures qui n'étaient intervenues qu'après son *établissement*. Cette pratique avait déjà cours dans la procédure initiale, sous la réserve que les nouvelles mesures ne modifiaient pas la substance, mais seulement la forme juridique de la mesure initiale explicitement mentionnée dans la demande d'établissement¹⁴¹⁶. Le groupe spécial était d'avis que dans le cadre d'une procédure de l'article 21:5, les raisons d'examiner une mesure introduite en cours d'instance pouvaient être différentes et « peut-être encore plus impératives »¹⁴¹⁷. Il a ainsi observé que la mise en œuvre pouvait être un « processus permanent ou continu », et qu'une fois indiquée dans la demande d'établissement, toute mesure prise pour se conformer pouvait être présumée relever de la compétence du groupe spécial, « à moins que l'on puisse montrer qu'il y a véritablement eu absence de préavis »¹⁴¹⁸. On sent que la préoccupation est davantage celle de procédure régulière que d'efficacité de la procédure et de réalisation de l'objectif visé. Quoi qu'il en soit, le juge a adopté ici une approche empathique, estimant que puisque c'était précisément l'*existence* des mesures de mise en conformité qui était contestée, on pouvait difficilement s'attendre à ce que toutes ces mesures dont l'existence était douteuse fussent identifiées dès la demande d'établissement. Par conséquent, des

1416 Rapport du groupe spécial, *Argentine – Chaussures (CE)*, *op. cit.*, par. 8.40-8.46. La validité de cette pratique a été confirmée par l'Organe d'appel, notamment dans l'affaire *CE – Morceaux de poulet* dans laquelle il observa que l'article 6:2 n'interdit pas que le groupe spécial examine des mesures qui n'avaient été adoptées qu'après la demande d'établissement ; au contraire, « des mesures promulguées postérieurement à l'établissement du groupe spécial peuvent, dans certaines circonstances limitées, relever du mandat du groupe spécial », rapport de l'Organe d'appel, *Communautés européennes – Classification douanière de morceaux de poulet désossés et congelés*, WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R, 12 septembre 2005, par. 156. S'agissant de la prise en compte d'éléments postérieurs à l'établissement du groupe spécial en tant qu'éléments de preuve, cette démarche n'est aujourd'hui même plus contestée. Dans l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés*, l'Organe d'appel a ainsi observé qu'« [i]l est un fait bien admis qu'un groupe spécial peut prendre en considération un élément de preuve qui est postérieur à la date à laquelle il a été établi » : rapport de l'Organe d'appel, *Brésil – Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés*, WT/DS332/AB/R, 3 décembre 2007, par. 193.

1417 Rapport du groupe spécial, *Australie – Saumon (21:5)*, *op. cit.*, par. 7.10 pt 28.

1418 *Ibid.*

mesures prises après l'établissement du groupe spécial ne pouvaient être d'emblée exclues de son mandat.

On sent toutefois combien cette approche exige d'être appliquée avec précaution et de reposer sur une justification solide, tant elle soulève des réactions vives et des contestations. L'affaire *Inde – Autos* a illustré la controverse que peut susciter l'approche souple du groupe spécial. Il s'agit certes d'un cas de procédure initiale, mais il est utile de le considérer à ce stade car l'affaire était liée à une autre, elle-même arrivée à la phase d'exécution, mais aussi parce que les questions qu'elle a soulevées ne sont pas propres à la procédure initiale et peuvent survenir également au cours de la mise en œuvre. La difficulté provenait de la proximité de l'affaire avec une autre, antérieure mais très proche de la nouvelle, tant dans le temps qu'en termes d'objet. Dans l'affaire *Inde – Restrictions quantitatives* en effet, les mesures indiennes avaient été jugées illicites et l'Inde était par conséquent tenue par une obligation de mise en conformité. Dans le cadre de la mise en œuvre des recommandations de l'O.R.D., elle avait alors édicté un certain nombre de mesures, dont la suppression des prescriptions en matière de licences d'importation qui étaient également appliquées aux produits en cause dans la nouvelle affaire. En d'autres termes, les mesures dont l'illicéité était alléguée dans la nouvelle affaire avaient évolué au cours de la procédure, et il en résultait un changement de la situation juridique. Le groupe spécial était convenu avec l'Inde qu'il n'avait pas compétence pour examiner des mesures hypothétiques, qui pourraient mais pourraient aussi ne pas être édictées par l'Inde à l'avenir en vertu de son nouveau système¹⁴¹⁹. Cependant, le groupe spécial s'inquiétait manifestement de ce que les constatations et recommandations qu'il formulerait dans le présent différend pourraient ne plus être d'actualité en raison des faits nouveaux, et il choisit ainsi d'examiner l'incidence que les changements intervenus au cours de la procédure pouvaient avoir sur l'examen des mesures en cause dans le présent différend. Cet examen lui a permis de s'assurer que ses recommandations de mise en conformité n'étaient pas affectées par les changements intervenus entretemps, dans la mesure où les prescriptions en vertu du nouveau système maintenaient l'illicéité constatée précédemment¹⁴²⁰.

L'Inde avait dans un premier temps fait appel de ce rapport, avant de se désister. En revanche, elle protestait vivement contre la démarche du groupe spécial consistant à examiner l'incidence de faits postérieurs à son établissement sur les mesures en cause dans l'affaire. Elle considérait cette analyse dénuée de fondement tant factuel que juridique, et faisait valoir les implications

1419 Rapport du groupe spécial, *Inde – Autos*, *op. cit.*, par. 7.34.

1420 *Ibid.*, par. 8.36-8.61.

systémiques dommageables d'une telle approche. Par conséquent, elle demandait que l'O.R.D. n'adopte le rapport du groupe spécial que dans une version réduite, amputée du raisonnement du groupe spécial sur cette question¹⁴²¹. Le débat au sein de l'O.R.D. s'est alors déplacé vers la question de savoir si l'adoption entière des rapports était impérative ou si au contraire les rapports pouvaient n'être adoptés que partiellement. Le Président de l'O.R.D. l'a tranchée en rappelant que les articles 16:4 et 17:14 du Mémoire disposent que les rapports doivent être acceptés sans condition, et a observé subsidiairement qu'il n'existait aucun précédent dans le sens d'une adoption partielle. Le seul moyen d'empêcher l'adoption de la partie controversée du rapport était de rejeter par consensus l'adoption du rapport tout entier. Cette hypothèse étant quasiment impossible à réaliser, l'adoption du rapport est autrement celle du texte intégral¹⁴²², et c'est bien ce qui s'est produit. La question intéressante mais délicate à laquelle la démarche du groupe spécial avait cependant ouvert la porte était de savoir la position qu'adopterait le juge si le nouveau système indien faisait l'objet d'une *nouvelle* plainte dans le cadre d'un autre différend. Puisque les conclusions du groupe spécial au sujet de la nouvelle politique de l'Inde étaient partie intégrante d'un rapport adopté, un nouveau groupe spécial dans une nouvelle affaire se trouverait sur le terrain de la chose jugée : dans ces conditions, pourrait-il examiner toutes les mesures prises dans une affaire donnée, y compris lorsqu'elle déborde sur une autre ? ou devrait-il au contraire se déclarer incompétent ? On retrouve ainsi la difficulté déjà signalée de tracer avec netteté la ligne de séparation, en termes de compétence d'un juge de la mise en conformité, entre la phase initiale et la phase d'exécution.

Mais c'est dans l'affaire *Etats-Unis – Réduction à zéro (Japon)* que le juge a fait apparaître le plus manifestement que la date critique qu'il retient est beaucoup moins une question de formalité (entrée en vigueur formelle) qu'une question de pragmatisme, et surtout d'effet utile de la procédure. L'une des mesures en cause n'existait pas encore à la date d'établissement mais l'Organe d'appel a surmonté sans difficulté l'inconvénient, en appuyant sa démarche par un développement très argumenté au sujet de la fonction de la procédure au titre de l'article 21:5. Le point de départ en était le constat que l'élaboration d'une mesure, engagée avant la saisine du groupe spécial au titre de l'article 21:5

1421 O.R.D., « Compte rendu de la réunion du 5 avril 2002 », DSB/M/122, 23 avril 2002, par. 15-18. La démarche du groupe spécial impliquait que les recommandations faisaient naître une obligation de mise en conformité pour des mesures hypothétiques ; cette question sera examinée plus précisément *infra* au titre de l'articulation des phases contentieuses, en particulier au regard de l'affaire *Chine – Matières premières*, Section II, § 2, B.

1422 O.R.D., « Compte rendu de la réunion du 5 avril 2002 », *op. cit.*, par. 25.

et achevée seulement au cours de la procédure, peut avoir une incidence sur la question de savoir si la mise en conformité a eu lieu ou non¹⁴²³. Par exemple, si la même pratique que celle condamnée au cours de la procédure initiale est reproduite dans la nouvelle mesure, la mise en conformité ne sera manifestement pas réalisée. Ne pas considérer une telle mesure comme étant prise pour se conformer, en raison d'un attachement excessif aux processus internes d'élaboration des mesures et d'entrée en vigueur, emporterait la conséquence qu'elle ne relève pas de la compétence du juge de la mise en conformité, et cette restriction aurait des implications plus larges. L'Organe d'appel l'a clairement fait apparaître : dans ces conditions, le désaccord qui est le fondement même du recours au groupe spécial de la mise en conformité ne serait pas réglé, et un nouveau recours à l'article 21:5 deviendrait nécessaire pour régler ce désaccord. L'Organe d'appel n'aurait pu être plus clair et insistant, et à juste titre, lorsqu'il déclarait que l'exclusion « *a priori* » de mesures achevées seulement après l'établissement du groupe spécial « pourrait compromettre la fonction d'une procédure de mise en conformité »¹⁴²⁴. Plus largement, et dans une perspective à la fois systémique et « quasi téléologique »¹⁴²⁵, une telle approche serait en outre incompatible avec les objectifs du Mémorandum, dont les articles 3:3 et 3:7 disposent que le mécanisme vise à permettre le règlement rapide d'une situation de désaccord, et d'arriver à une solution positive des différends¹⁴²⁶.

2 Règles spéciales : les conditions resserrées en matière de subventions

Les subventions échappent au droit commun dans la mesure où l'Accord SMC prévoit lui-même deux hypothèses particulières de mise en conformité, qui apparaissent à partir de l'obligation de retrait de la subvention en cause. D'une part, l'article 4.7 dispose qu'un groupe spécial qui constate l'existence d'une subvention prohibée recommandera son retrait « sans retard » et indiquera à cet effet un délai spécifique ; d'autre part, s'agissant des subventions pouvant donner lieu à une action, l'article 7.8 prévoit que la constatation par le juge initial d'un dommage (« effets défavorables ») pour le plaignant initial entraîne pour le Membre responsable l'obligation de retirer la subvention. La question est donc celle de la portée de l'obligation de « retirer » la subvention. Elle

1423 Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Réduction à zéro (Japon)* (21:5), *op. cit.*, par. 122.

1424 *Ibid.*

1425 H. RUIZ FABRI et P. MONNIER, « Chronique du règlement des différends 2009-2010 », *op. cit.*, p. 924.

1426 Sur ce point, v. *ibid.*, p. 924-925. Les auteurs observent que l'approche de l'Organe d'appel revient à « conjurer[r] la mauvaise volonté grâce à la flexibilité et à la téléologie » (p. 925).

apparaît notamment dans l'affaire *Brésil – Aéronefs*, dans laquelle il s'agissait de savoir si le fait que le Brésil continuait à émettre des obligations en vertu d'engagements contractés avant l'expiration du délai raisonnable, et dans des conditions dont le juge de la procédure initiale avait constaté qu'elles étaient constitutives d'une subvention prohibée, était compatible avec son obligation de retirer les subventions sans retard en vertu de l'article 4.7 de l'Accord SMC. Selon le groupe spécial au titre de l'article 21:5, « [i]l suffit de conclure [...] qu'un Membre ne peut pas être réputé avoir retiré des subventions prohibées s'il n'a pas cessé d'agir d'une manière incompatible avec l'Accord sur l'OMC en ce qui concerne ces subventions ». En ce sens, la recommandation de l'O.R.D. au Brésil de retirer les subventions prohibées « inclut indéniablement l'obligation pour lui de cesser d'enfreindre l'Accord SMC à la fin de la période de mise en œuvre concernant les mesures en question »¹⁴²⁷.

La question spécifique qui se pose devant un groupe spécial au titre de l'article 21:5 n'est donc pas de savoir si les mesures prises pour se conformer réalisent effectivement la mise en conformité, elle est bien plus précise : le Membre a-t-il *retiré* la subvention dans le délai qui lui avait été accordé ? Tant que ce retrait n'a pas eu lieu, il ne peut être réputé avoir exécuté l'obligation de mise en conformité qui lui incombe. Le groupe spécial l'avait rappelé avec insistance : « [e]n ce qui concerne les différends portant sur une subvention prohibée, cela exige le retrait de la subvention prohibée. L'obligation faite à un Membre de retirer une subvention prohibée est une constante. Elle subsiste jusqu'à ce que la mise en œuvre *intégrale* des recommandations et décisions de l'ORD soit achevée »¹⁴²⁸. Dans la plupart des cas, la question sera essentiellement de compatibilité, lorsque la mise en œuvre des recommandations intervient au moyen d'une modification complexe de la législation contestée ; elle appelle alors fréquemment une allégation de la part du plaignant initial selon laquelle la modification laisserait subsister, même partiellement, la violation initiale ou en produit une nouvelle. Mais le juge de l'O.M.C. est conscient de ce risque et de sa réalisation fréquente. Il a ainsi explicité ce qui n'est *pas* un retrait constitutif d'une exécution parfaite de l'obligation de mise en confor-

1427 Rapport du groupe spécial, *Brésil – Aéronefs* (21:5), *op. cit.*, par. 6.8. V. aussi l'affirmation presque identique dans le contentieux croisé, *Canada – Aéronefs* : « un Membre ne peut pas être considéré comme ayant retiré une subvention prohibée s'il n'a pas cessé d'accorder cette subvention, car alors ce Membre n'aurait pas cessé de manquer à ses obligations au regard de l'OMC en ce qui concerne une telle subvention », rapport du groupe spécial, *Canada – Aéronefs* (21:5), *op. cit.*, par. 5.10 et 5.63.

1428 Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – FSC* (21:5 (2)), *op. cit.*, par. 7.31.

mité : « [s]i un Membre retire une subvention prohibée en partie seulement, il ne se conforme pas *complètement* à son obligation dans le cadre de l'OMC et la recommandation formulée au titre de l'article 4.7 reste applicable à l'égard de la partie de la subvention qui n'a pas été retirée »¹⁴²⁹ ; en outre, « le *retrait* complet d'une subvention prohibée au sens de l'article 4.7 de l'Accord SMC ne peut pas être effectué par une "mesure prise pour se conformer" qui remplace la subvention initiale par une autre subvention dont il est constaté qu'elle est prohibée »¹⁴³⁰. Bien entendu, il ne s'agit là que d'une transposition du droit commun concernant la portée de l'obligation de mise en conformité. Cependant, la différence est que dans le cas des subventions, la portée de l'obligation de mise en conformité est considérablement resserrée : le Membre responsable n'a le choix ni du délai, ni du moyen, ceux-ci lui sont au contraire imposés par le groupe spécial au moyen de ce qui s'apparente à une véritable injonction, et le groupe spécial lui-même est obligé par l'Accord S.M.C. qui ne lui laisse pas la même latitude que le Mémorandum aux groupes spéciaux dans des affaires ordinaires. D'une certaine manière, ces conditions resserrées simplifient pour le groupe spécial la question dont il a à connaître – la subvention a-t-elle été retirée ou pas ? –, alors que dans le droit commun, le contrôle au fond qu'il doit mener, en d'autres termes l'exercice substantiel de sa compétence, qu'il s'agit maintenant d'examiner, peut le confronter à des difficultés matérielles complexes et le conduire à des acrobaties procédurales.

Section II Exercice de la compétence du juge de l'exécution : la licéité des mesures prises pour se conformer

Les limites de la compétence du juge étant tracées largement, le deuxième niveau de la pression exercée sur le Membre mettant en œuvre se situe dans la manière dont le juge connaît de la demande qui lui est soumise et remplit sa mission au fond. L'exercice de leur compétence par les groupes spéciaux au titre de l'article 21:5 fait apparaître qu'ils sont conscients du rôle singulier que joue la procédure de contrôle de la mise en conformité, et du potentiel qu'elle serve de véritable aiguilleur vers une mise en conformité pleine et entière avec les recommandations de l'O.R.D. En ce sens, l'examen auquel ils soumettent les mesures prises pour se conformer est entendu dans le sens d'un contrôle intégral de leur compatibilité : elles doivent être licites au regard de l'ensemble

¹⁴²⁹ Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – FSC* (21:5 (2)), *op. cit.*, par. 83.

¹⁴³⁰ *Ibid.*

du droit de l'O.M.C. (§ 1). La pratique démontre que la procédure de l'article 21:5 se révèle ainsi être un puissant outil de résolution effective des litiges, et par là de rétablissement de la légalité. Mais l'exercice d'un tel contrôle intégral a également des implications systémiques, qui se sont révélées en termes d'articulation des procédures. Ce qui est en cause, plus précisément, est le possible recoupement matériel entre l'examen effectué au titre de la procédure de contrôle de la mise en conformité et l'examen effectué au titre de la procédure initiale (§ 2).

§ 1 Un contrôle intégral : exigence d'une compatibilité pleine et entière

L'article 21:5 dispose seulement que la procédure de contrôle de la mise en conformité porte sur l'examen de la « compatibilité avec un accord visé de mesures prises pour se conformer aux recommandations et décisions ». Mais cette mention n'élucide pas la question de savoir par rapport à quelles règles de référence doit s'apprécier cette compatibilité, et c'est donc au juge au titre de l'article 21:5 qu'est revenue la tâche, au fil des procédures, de pallier les silences du Mémoire (A.). A la lumière de l'objectif d'un règlement définitif des différends, il apparaît que ces règles de référence ne peuvent être que celles qui lui permettent d'effectuer un contrôle *intégral* de licéité. L'examen ainsi mené conduit alors le juge à l'une de trois conclusions : soit la pleine mise en conformité est réalisée, ce qui signifie que les mesures prises sont licites au regard de l'ensemble du droit de l'O.M.C. ; soit la mise en conformité n'est que partielle, dans la mesure où elle laisse subsister d'anciennes illicéités ou en crée de nouvelles ; soit la mise en conformité fait entièrement défaut. Dans les deux derniers cas, le différend n'est de toute évidence pas résolu, et le Mémoire attache à cette situation des conséquences juridiques (B.).

A *Règles de référence pour l'examen au fond*

L'imprécision de la référence dans l'article 21:5 aux recommandations de l'O.R.D. a fait naître chez les défendeurs initiaux l'espoir et la prétention que l'obligation de mise en conformité n'impliquerait que la seule compatibilité avec ces recommandations, formulées sur la base des constatations d'incompatibilité avec certaines dispositions identifiées dans la procédure initiale (1.). Mais il est vite apparu que l'exigence de conformité suppose plus largement la licéité intégrale au regard du droit de l'O.M.C., augmentant par là le poids de l'obligation de mise en conformité qui pèse sur le Membre déclaré responsable (2.).

1 Examen étroit : l'insuffisance d'une compatibilité
mesurée aux seules recommandations de l'O.R.D.

Le premier cercle des règles de référence pour l'examen effectué par le groupe spécial de la mise en conformité découle de l'article 21:5 et est tracé par la mention des recommandations de l'O.R.D. C'est donc à elles que le juge mesurera en premier lieu la conformité des mesures dont l'examen relève de sa compétence. La recommandation étant de corriger les incompatibilités constatées par le juge de la procédure initiale avec les accords visés, le contrôle confié au groupe spécial au titre de l'article 21:5 consistera donc, en tout premier, en une confrontation entre les mesures de mise en œuvre et les dispositions au regard desquelles l'illicéité avait été constatée dans la procédure initiale. Toute la question est alors de savoir si ce sont là les règles de référence *exclusives* pour un groupe spécial au titre de l'article 21:5. L'enjeu pratique de la question est celle de la marge de manœuvre des Membres. Elle s'élargit ou au contraire se réduit considérablement s'agissant des mesures de mise en conformité qu'il leur est loisible d'adopter : elle s'élargit s'il suffit qu'ils corrigent les incompatibilités initiales, mais en en créant potentiellement de nouvelles ; elle se réduit s'ils sont au contraire tenus de prendre des mesures qui ne constituent aucune violation, du moins pas une violation dont la constatation relèverait de la compétence d'un groupe spécial au titre de l'article 21:5. On devine déjà par les termes même de ces questions les réponses qu'y ont apportées les groupes spéciaux, puisque c'est précisément pour éviter le renouvellement d'une violation, ou la constitution d'une nouvelle violation, que la procédure de l'article 21:5 a été créée.

Dans l'affaire *CE – Bananes III*, les Communautés européennes avaient milité avec ferveur pour la première approche. La procédure initiale avait conduit à constater l'illicéité du régime communautaire au regard du GATT, du GATS et de l'Accord sur les procédures de licences d'importation. Devant le premier groupe spécial établi au titre de l'article 21:5 sur la demande de l'Equateur, les Communautés européennes (soutenues par la Colombie et le Costa Rica, tierces parties à la procédure) estimaient que certaines allégations équatoriennes ne relevaient pas de la procédure au titre de l'article 21:5¹⁴³¹. Selon elles, un groupe spécial de la mise en conformité devait examiner exclusivement les questions qui avaient fait l'objet de constatations de la part du juge de la procédure initiale et à propos desquelles l'O.R.D. avait adopté des recommandations. En d'autres termes, sa compétence serait limitée par celle du groupe spécial dans la procédure initiale : il serait compétent uniquement pour vérifier si les mesures prises pour donner suite aux recommandations, et elles seules, sont

1431 V. le rapport du groupe spécial, *CE – Bananes III* (21:5 ECU), *op. cit.*, par. 3.2.

bien compatibles, tandis que d'autres allégations d'incompatibilité seraient hors de sa compétence.

Le groupe spécial avait donc à résoudre la question de savoir si son « mandat [...] [était] limité par l'article 21:5 du Mémoire d'accord aux "questions" au sujet desquelles l'ORD a adopté ses recommandations ou décisions en se fondant sur les rapports du groupe spécial initial et de l'Organe d'appel dans la présente affaire »¹⁴³². La formule n'est pas très heureuse car elle peut prêter à confusion (notamment en ce qui concerne les « questions »). Il s'agissait donc de déterminer si l'article 21:5 contraignait le groupe spécial de n'exercer sa juridiction que par référence aux dispositions dont la violation avait été établie au cours de la procédure initiale, ou s'il lui permet, voire lui impose de mener son examen au regard de l'ensemble des dispositions des accords de l'O.M.C., comme l'affirmait l'Equateur. Le groupe spécial a attentivement examiné l'article 21:5, mais conclu que rien dans ses termes n'indiquait « que seules certaines questions relatives à la compatibilité des mesures peuvent être examinées. Rien ne laisse croire non plus que le terme "mesures" a un sens spécial à l'article 21:5 qui impliquerait que seuls certains aspects d'une mesure peuvent être examinés »¹⁴³³. Cette considération était étayée par le contexte, l'objet et le but du Mémoire d'accord, qui visent une mise en œuvre « dans les moindres délais » (article 21:1) et un « règlement rapide » (article 3:3). Admettre l'argument des Communautés aurait en effet conduit le groupe spécial à donner à la procédure une fonction contre-productive au regard des objectifs visés, puisque le plaignant initial serait alors contraint de déclencher une nouvelle procédure initiale s'agissant des allégations dont le juge de la mise en conformité aurait refusé de connaître. C'est également ce qu'il a fait valoir, observant qu'accepter l'argument des Communautés impliquerait, dans de nombreux cas, le recours à deux procédures distinctes : « une procédure accélérée de groupe spécial pour vérifier si les mesures fautives ont été supprimées, et une seconde procédure normale de groupe spécial pour examiner la compatibilité globale de la nouvelle mesure avec les obligations découlant de l'Accord sur l'OMC »¹⁴³⁴. Considérant qu'une telle approche serait incompatible avec le règlement rapide des différends que vise le système, il a décidé ne pas limiter les règles de référence pour son contrôle de licéité aux articles I et XIII du GATT et aux articles II et XVII du GATS. Cette solution paraît en effet la seule qui soit fondée au regard des objectifs du mécanisme, car toute

¹⁴³² *Ibid.*, par. 6.3.

¹⁴³³ *Ibid.*, par. 6.8.

¹⁴³⁴ *Ibid.*, par. 6.9. L'expression « mesures fautives » est peu heureuse et il faut plutôt y lire « mesures illicites » ou « incompatibles ».

approche plus souple pour le Membre responsable conduirait à une fragmentation matérielle du litige en deux procédures dissociées, et alourdirait temporellement la résolution définitive.

Si on se réfère d'ailleurs au mandat-type du groupe spécial, défini à l'article 7:1 du Mémoire, la ligne d'argumentation minimaliste des Communautés, militant pour un examen étroit du juge de la mise en conformité, est erronée. Ce mandat-type impose au groupe spécial d'« [e]xaminer, à la lumière des dispositions pertinentes [du ou des accord(s) visé(s) cité(s) par les parties au différend], la question portée devant l'ORD par [la partie demanderesse] dans le document [...] ; faire des constatations propres à aider l'ORD à formuler des recommandations ou à statuer sur la question, ainsi qu'il est prévu dans ledit (lesdits) accord(s) » ; et la « question » visée par cet article est celle indiquée dans la demande d'établissement du groupe spécial, telle que le juge de l'O.M.C. en a élargi la portée. Or, limiter l'étendue de l'examen aux seules recommandations, le limiter donc à la question de savoir si le défendeur initial a ou n'a pas mis en œuvre les recommandations, irait manifestement à l'encontre de l'objet et du but du Mémoire au regard d'une interprétation téléologique de l'article 21:5. De la même manière, par rétroaction, l'approche étroite aurait pu conduire à réaliser un risque inhérent au principe même de l'économie jurisprudentielle¹⁴³⁵. En effet, admettons que le juge dans la procédure initiale ait fait de l'économie jurisprudentielle : le Membre déclaré responsable pourrait alors modifier sa mesure illicite seulement au regard des constatations formulées, tout en maintenant d'autres aspects illicites qui tiendraient aux allégations que le juge initial n'aurait pas examinées¹⁴³⁶. Un contrôle de fond restreint au cours de la procédure de l'article 21:5 n'aurait alors pas permis de détecter ces incompatibilités.

1435 V. sur ce point H. RUIZ FABRI, « Chronique du règlement des différends (2000) », *op. cit.*, p. 908.

1436 Que les Membres sont devenus conscients de ce risque apparaît dans l'affaire *CE – Saumon (Norvège)*, dans laquelle la Norvège regrettrait de confronter le groupe spécial à autant d'allégations, mais soulignait qu'elle l'estimait nécessaire pour un règlement positif et définitif, et ne souhaitait que ses allégations ne restent pas « en suspens » : « [s]i le Groupe spécial devait appliquer le principe d'économie jurisprudentielle à l'égard de certaines allégations, cela pourrait avoir des répercussions importantes lorsque les CE procéderont à la mise en œuvre. C'est pourquoi la Norvège prie instamment le Groupe spécial de faire des constatations concernant chacune des allégations qu'elle a formulées », in rapport du groupe spécial, *Communautés européennes – Mesure antidumping visant le saumon d'élevage en provenance de Norvège*, WT/DS337/R, 16 novembre 2007, par. 4.11. V. également à ce sujet Ph. MADDALON, « Les rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'OMC (2007) », *op. cit.*, p. 715-716.

2 Examen étendu : la conformité
mesurée à l'ensemble du droit de l'O.M.C.

De l'exigence d'une mise en conformité « de fond » suit que les mesures prises pour se conformer doivent être licites au regard de l'ensemble des engagements au titre de l'O.M.C. qui obligent le Membre responsable (a.). Cette obligation appelle un examen particulièrement rigoureux en matière de subventions prohibées, et la portée de cet examen doit être précisée en termes d'articulation entre l'article 21:5 du Mémorandum et l'article 4.7 de l'Accord SMC (b.).

a *Obligation d'une mise en conformité « de fond »*¹⁴³⁷

L'approche du groupe spécial semble la seule justifiée au regard à la fois des termes et du contexte de l'article 21:5, mais aussi de l'objet et du but du Mémorandum : l'identification des règles de référence a un enjeu pratique immédiat tant pour le Membre responsable que pour le plaignant initial, mais aussi un enjeu systémique. S'agissant du Membre responsable, on comprend qu'il cherche à limiter la portée matérielle de son obligation de mise en conformité aux dispositions dont la violation avait été constatée dans la procédure initiale. En effet, un groupe spécial de la mise en conformité n'émet souvent pas de recommandation de mise en conformité s'il conclut à l'illicéité des mesures de mise en œuvre, il ne fait que la constater. Il s'agit donc d'un jugement déclaratoire de l'existence d'une illicéité, mais qui a la particularité de ne pas faire naître à proprement parler une nouvelle obligation ; plutôt, il renvoie à l'obligation de mise en conformité qui résulte de la constatation d'illicéité de la procédure initiale. Il s'ensuit aussi que le Membre responsable ne se verra pas accorder un nouveau délai de mise en œuvre, et qu'il est au contraire même susceptible de voir le plaignant initial suspendre des concessions à son égard.

Quant à l'enjeu pratique pour le plaignant initial et l'enjeu systémique pour le mécanisme, ils se révèlent au regard du caractère abusif que revêtirait une limitation des règles de référence aux dispositions en cause dans la procédure initiale. En effet, elle reviendrait implicitement à autoriser qu'un Membre adopte des mesures de mise en œuvre qui seraient illicites au regard du droit de l'O.M.C., sous la réserve qu'il s'agisse d'illicéités *nouvelles*. Cette approche tolérerait, et même encouragerait l'abus du mécanisme de responsabilité : il suffirait que le Membre concerné supprime les incompatibilités « anciennes »

¹⁴³⁷ L'expression est empruntée à l'Organe d'appel dans les affaires relatives au maintien de la suspension de concessions dans l'affaire *CE – Hormones*, que nous citerons plus précisément ci-dessous (rapports de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Maintien de la suspension et Canada – Maintien de la suspension*, op. cit., par. 308).

par la substitution de nouvelles incompatibilités ; celles-ci devraient alors être contestées dans le cadre d'une nouvelle procédure ; elles feraient l'objet d'une constatation d'illicéité ; elles seraient ensuite corrigées par une modification minimaliste mais suffisante au regard de l'examen restreint mené au titre de l'article 21:5, et qui constituerait une nouvelle illicéité, et ainsi de suite. On voit là réapparaître le danger d'un rallongement du contentieux puisque, on l'a vu, cette approche impliquerait deux procédures distinctes¹⁴³⁸. Or, la procédure de l'article 21:5 est prévue précisément pour contribuer au règlement rapide d'un différend, et limiter l'exercice de la juridiction du groupe spécial aux recommandations de l'O.R.D. la dépouillerait manifestement d'une large partie de son utilité. En termes de cohérence du mécanisme et de pression au rétablissement de la légalité, la seule approche admissible consiste donc pour un groupe spécial à identifier les règles de référence comme étant composées de l'ensemble du droit de l'O.M.C. : les mesures de mise en œuvre, pour passer le « test » de cette procédure, doivent alors assurer une compatibilité intégrale avec l'ensemble des engagements du Membre. C'est bien ce que le groupe spécial avait très tôt, sommairement mais explicitement, fait valoir. Dans l'affaire *Australie – Saumon*, il a rappelé que la procédure de l'article 21:5 répond à la « prescription fondamentale » d'une mise en œuvre dans les moindres délais énoncée aux articles 3:3 et 21:1, et qu'elle vise en ce sens à éviter à un plaignant initial de déclencher une procédure de règlement des différends entièrement nouvelle s'il estime que le Membre responsable a violé ses obligations au titre d'autres dispositions que celles en cause dans la procédure initiale¹⁴³⁹. En outre, l'approche large paraît également la plus logique au regard de la portée générale, dans son énoncé, de l'obligation de mise en conformité. La simple suppression de la mesure incompatible ne saurait dès lors satisfaire le juge de la mise en conformité : « [l]es prescriptions de l'article 21:5 imposant d'examiner si des mesures de mise en conformité existent et si les mesures prises pour se conformer sont compatibles avec les accords visés donnent [...] à penser que la mise en conformité sur le fond est exigée, plutôt que l'élimination formelle de la mesure incompatible »¹⁴⁴⁰.

Ces deux considérations réunies justifient pleinement l'approche adoptée par le juge de la mise en conformité dans l'affaire *Australie – Saumon*, qui a examiné la portée de l'article 21:5 et observé que rien ne limite sa compétence à

1438 Pour rappel, v. l'argumentation des Communautés européennes et du groupe spécial sur ce point *in* rapport du groupe spécial, *CE – Bananes III* (21:5 ECU), *op. cit.*, par. 6.3-6.9.

1439 Rapport du groupe spécial, *Australie – Saumon* (21:5), *op. cit.*, par. 7.10 pt 9.

1440 Rapports de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Maintien de la suspension* et *Canada – Maintien de la suspension*, *op. cit.*, par. 308.

examiner les mesures prises pour se conformer seulement au regard (1) de leur compatibilité avec les recommandations de l'O.R.D. à la suite d'une procédure initiale ; (2) de leur compatibilité avec les accords visés ou les dispositions spécifiques couverts par le mandat du groupe spécial dans la procédure initiale ; et (3) de leur compatibilité avec les dispositions spécifiques dont le groupe spécial initial avait constaté la violation¹⁴⁴¹. De cette approche, le groupe spécial ne pouvait tirer qu'une seule conclusion : un groupe spécial au titre de l'article 21:5 doit être considéré comme étant habilité à examiner la compatibilité d'une mesure prise pour se conformer « à la lumière de n'importe quelle disposition de n'importe quel accord visé »¹⁴⁴².

La justification d'une telle approche tient non seulement à la fonction (et l'utilité) de la procédure de l'article 21:5, mais aussi à la nature de la mesure en cause dans une telle procédure : bien qu'elle reste nécessairement liée à l'ancienne mesure, puisqu'elle se présente comme une correction de celle-ci, il s'agit d'une mesure entièrement nouvelle. Sa nouveauté implique que les allégations, arguments et éléments de fait avancés à son propos peuvent être différents de ceux qui se rapportaient à la mesure initiale. Bien entendu, ces allégations, arguments et éléments de fait en rapport avec la mesure initiale peuvent avoir une certaine pertinence pour un groupe spécial de la mise en conformité, précisément parce que l'ancienne et la nouvelle mesure ont un lien de parenté indéniable, mais ils ne peuvent en aucun cas être compris comme limitant la portée du contrôle mené au titre de l'article 21:5.

C'est en cela que la procédure de contrôle de la mise en conformité se distingue le plus sensiblement d'une demande d'interprétation, au sens par exemple de l'article 60 du Statut de la C.I.J. Une demande en interprétation vise à obtenir une clarification sur le sens d'une première décision : c'est là son unique objet et elle est par conséquent limitée par la portée de ce qui avait été soumis au juge dans l'instance initiale et fait l'objet d'une décision¹⁴⁴³. On l'a déjà mentionné, la procédure de contrôle de la mise en conformité à l'O.M.C. porte en creux, au moins pour partie, la même fonction que celle qu'exerce un

1441 V. le rapport du groupe spécial, *Australie – Saumon* (21:5), *op. cit.*, par. 7.10 pt 9.

1442 *Ibid.*

1443 Ainsi, la C.P.J.I. avait observé que « [l']interprétation n'ajoute rien à la chose jugée et ne peut avoir effet obligatoire que dans les limites de la décision de l'arrêt interprété », in C.P.J.I., *Interprétation des arrêts n° 7 et 8 (Usine de Chorzów)*, *op. cit.*, p. 21. Sur l'objet d'une demande en interprétation, v. par exemple C. SANTULLI, *Droit du contentieux international*, *op. cit.*, p. 358-359 n° 613-615 et en particulier p. 361-364 n° 617-620, qui souligne qu'une action en interprétation est destinée à « “expliquer” ce qui a été jugé, et non à le “modifier” » (p. 361 n° 618).

juge dans le cadre d'une action en interprétation : examiner si les mesures de mise en œuvre sont conformes aux recommandations de l'O.R.D. suppose de s'entendre sur le contenu du jugement initial, et en particulier sur le sens du raisonnement qui avait alors conduit l'organe de jugement à constater l'illicéité de la mesure initiale. Les limitations des deux instances ne sont cependant pas les mêmes, et la procédure au titre de l'article 21:5 est bien plus qu'une action en interprétation. Compte tenu de son objet, une telle action ne peut en principe porter que sur le dispositif d'un arrêt et ne doit pas être détournée afin d'obtenir une décision sur des questions nouvelles¹⁴⁴⁴ ; la juridiction accepte cependant que les motifs soient également invoqués, mais sous la réserve qu'ils le soient afin d'obtenir une interprétation du dispositif¹⁴⁴⁵, ou afin de faire déterminer si une question a effectivement été tranchée avec force obligatoire dans la décision qui fait l'objet de l'action en interprétation¹⁴⁴⁶. Tant que le groupe spécial de la mise en conformité n'avait pas établi qu'il n'était pas limité aux allégations d'illicéité tenant exclusivement aux recommandations de l'O.R.D. à l'issue de la procédure initiale, la portée de la procédure n'apparaissait ainsi pas délimitée de manière fondamentalement différente de celle d'une demande en interprétation. L'approche adoptée par le groupe spécial dans l'affaire *Australie – Saumon*, en revanche, fait apparaître au plus clair qu'au regard de la fonction spécifique de la procédure, sa portée comprend certes pour partie l'interprétation, mais qu'elle dépasse les limites que pose l'objet d'une action en interprétation. En particulier, il faut garder à l'esprit la différence essentielle tenant à ce que la Cour internationale de Justice, devant une demande en interprétation, n'est *pas* confrontée à la question de savoir « ce que le tribunal devrait maintenant décider à la lumière de faits ou d'arguments nouveaux »¹⁴⁴⁷, tandis qu'un groupe spécial n'est que cela, puisque l'objet de son examen est une mesure *nouvelle* qui a fait naître un désaccord

1444 V. par exemple C.P.J.I., *Interprétation des arrêts n° 7 et 8 (Usine de Chorzów)*, *op. cit.*, p. 11 ; et C.I.J., *Demande en révision et interprétation de l'arrêt du 24 février 1982 en l'affaire du Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)* (Tunisie c. Jamahiriya arabe libyenne), arrêt du 10 décembre 1985, *C.I.J. Recueil 1985*, p. 223.

1445 V. en ce sens Tribunal arbitral, *Affaire de la délimitation du plateau continental entre Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et République française*, décision du 14 mars 1978, *R.S.A.*, vol. XVIII, p. 365 par. 28, qui souligne « que l'objet de la demande d'interprétation [doit] porte[r] réellement sur la question de savoir ce qui a été tranché avec force obligatoire dans la décision, c'est-à-dire dans le dispositif [...] ; on ne saurait donc invoquer les motifs pour obtenir une décision sur un point qui n'a pas été ainsi tranché par le dispositif ».

1446 V. par exemple C.P.J.I., *Interprétation des arrêts n° 7 et 8 (Usine de Chorzów)*, *op. cit.*, p. 11-12.

1447 Tribunal arbitral, *Délimitation du plateau continental (mer d'Iroise)*, *op. cit.*, p. 366 par. 29.

nouveau. Les deux se rejoignent cependant en un point essentiel : ni un groupe spécial dans le cadre d'un contrôle de licéité des mesures d'exécution, ni une juridiction dans le cadre d'une demande en interprétation ne sont autorisés à porter atteinte à la chose jugée, c'est-à-dire à la modifier¹⁴⁴⁸. Ce point commun, cependant, ne tient pas à ce qui serait une proximité de nature des deux types d'action, mais simplement à la portée du principe de l'autorité de la chose jugée, qui ne tolère pas d'autre approche¹⁴⁴⁹. Hormis cette limite, valable pour toute instance dans laquelle est en cause, indirectement ou directement, une décision revêtue de force obligatoire, la portée de l'examen mené par un groupe spécial au titre de l'article 21:5 n'est pas limitée par la décision initiale¹⁴⁵⁰.

Combien le juge de la mise en conformité trouve justifié d'effectuer un contrôle intégral des mesures d'exécution est devenu apparent lorsque l'Organe d'appel a souligné que l'utilité du contrôle mené par le juge au titre de l'article 21:5 serait gravement compromise s'il était limité à l'examen de la mesure au regard des allégations, arguments et éléments de fait se rapportant à la mesure initiale : il ne serait alors pas « en mesure d'examiner de façon *approfondie* la "compatibilité avec un accord visé de[s] mesures prises pour se conformer", comme il est tenu de le faire aux termes de l'article 21:5 du Mémoire d'accord »¹⁴⁵¹. Pareil contrôle intégral n'est pas seulement logique, il s'impose même à l'organe de jugement, puisque « la tâche d'un groupe spécial pour ce qui est d'une question qui lui a été soumise par l'ORD en vue d'une procédure au titre de l'article 21:5 consiste à examiner la nouvelle mesure dans son *intégralité* »¹⁴⁵². Il lui incombe donc à la fois de déterminer sa licéité en tant que

1448 En ce sens, le Tribunal arbitral dans l'affaire précitée a précisé que « [l']"interprétation" est un processus purement auxiliaire » : il ne peut donc modifier la chose jugée, *ibid.*

1449 On y voit d'ailleurs que l'expression « recours en interprétation » qui a cours n'est pas adéquate et peut induire en erreur. L'expression pourrait en effet mener à classer cette instance parmi les voies de recours ; or, celles-ci sont des contestations d'une décision tendant à la voir réformée ou annulée (appel, action en nullité) : tant qu'une décision est susceptible de recours, elle n'est pas revêtue d'autorité de la chose jugée. Une demande d'interprétation, qui vise à éclaircir le sens et la portée de la chose jugée, au contraire, est une *nouvelle* action portant sur une affaire antérieure, close et ayant donné lieu à une décision définitive.

1450 Contrairement à la Cour devant une demande d'interprétation, qui a en ce sens clairement établi que « [l']interprétation ne saurait en aucun cas dépasser les limites de l'arrêt telles que les ont tracées d'avance les conclusions des Parties », in C.I.J., *Demande d'interprétation de l'Arrêt du 20 novembre 1950 en l'affaire du droit d'asile* (Colombie c. Pérou), arrêt du 27 novembre 1950, C.I.J. Recueil 1950, p. 403.

1451 Rapport de l'Organe d'appel, *Canada – Aéronefs* (21:5), *op. cit.*, par. 41 (italiques ajoutées).

1452 Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Crevettes* (21:5), *op. cit.*, par. 87 (italiques ajoutées).

telle (« la mesure proprement dite », dans les termes de l'Organe d'appel) et dans son application. En revanche, l'exercice de sa juridiction ne doit évidemment pas conduire un groupe spécial à outrepasser les limites de sa compétence, au motif de l'intégralité du contrôle. Si les règles de référence auxquelles il *peut* confronter la nouvelle mesure comprennent l'ensemble des dispositions contenues dans les accords de l'O.M.C., l'examen du groupe spécial est ainsi limité aux accords *visés*. En d'autres termes, un groupe spécial au titre de l'article ne peut exercer sa juridiction qu'au regard des allégations particulières que le plaignant initial a formulées à l'encontre de la nouvelle mesure¹⁴⁵³, mais ne peut en aucun cas mener un contrôle d'office au regard de dispositions dont la violation n'aurait pas été alléguée.

b *Articulation entre obligation de mise en conformité
et obligation de retrait de la subvention*

L'inadéquation d'une interprétation étroite et réductrice des règles de référence, qui bornerait l'obligation de mise en conformité aux recommandations de l'O.R.D., est particulièrement perceptible en matière de subvention prohibée. En effet, on l'a déjà signalé, l'obligation de mise en conformité consiste alors matériellement en l'obligation de retirer la subvention en cause¹⁴⁵⁴. Or, dans la pratique, la mise en œuvre ne prend souvent pas la forme d'une suppression pure et simple de la mesure illicite, dont la réalité serait simple à vérifier pour le juge de la mise en conformité, mais plutôt d'une modification. Dans ces conditions, si le plaignant initial souhaitait contester l'illicéité de la mesure ainsi modifiée, et que la compétence du juge de la mise en conformité le limitait à un examen de la licéité des mesures de mise en œuvre au regard des seules recommandations de l'O.R.D., le plaignant initial n'aurait alors d'autre choix que de porter ses allégations devant un groupe spécial initial, dans le cadre d'une procédure entièrement nouvelle. En effet, la recommandation de l'O.R.D. étant de retirer la subvention, il va de soi que l'obligation ne peut porter que sur la mesure illicite et qu'en tout cas elle ne saurait viser une nouvelle mesure, dont le retrait ne peut être exigé qu'une fois que, dans un premier temps, son illicéité aurait été constatée. L'affaire *Canada – Aéronefs* en fournit une illustration particulièrement vive. Le groupe spécial y avait considéré que la portée d'une procédure de l'article 21:5 est strictement limitée à la « question de savoir si le Canada a ou n'a pas mis en œuvre la recommandation de

1453 En ce sens, v. *ibid.*, par. 88.

1454 Cela découle des considérations de l'Organe d'appel dans son rapport *Etats-Unis – FSC* (21:5 (2)), *op. cit.*, par. 84. V. aussi *supra*, Section I, § 2.

l'ORD »¹⁴⁵⁵. Mais l'Organe d'appel a censuré cette approche étroite : l'examen de la mesure canadienne, à savoir le programme initialement en cause mais entretemps révisé, ne pouvait se borner à une confrontation aux recommandations de l'O.R.D., mais aurait dû chercher à déterminer si la nouvelle mesure était constitutive d'une *nouvelle* subvention prohibée¹⁴⁵⁶.

La question se complique toutefois lorsque le groupe spécial de la mise en conformité adopte bien une approche étendue des règles de référence, mais est peu rigoureux dans la description de l'examen mené. C'est l'erreur commise dans l'affaire *Etats-Unis – FSC*, où le deuxième groupe spécial de la mise en conformité avait présenté la procédure comme permettant de déterminer si le Membre concerné a « réglé le problème »¹⁴⁵⁷. La formule n'est pas heureuse : on comprend des développements suivants que « régler le problème » signifiait selon le groupe spécial le retrait effectif des subventions en cause ; seulement, on s'en doute, nulle part dans l'article 21:5 ni dans aucune autre disposition la mission d'un groupe spécial n'est décrite comme consistant à vérifier si le « problème » a été « réglé ». Les Etats-Unis n'ont pas manqué de raccrocher leur appel à ce manque de rigueur : la tâche d'un groupe spécial au titre de l'article 21:5 ne serait pas d'examiner si le Membre a bien « réglé le problème », mais si les mesures de mise en œuvre sont conformes aux recommandations de l'O.R.D. On reste cependant surpris devant la réaction peu tonique de l'Organe d'appel, qui s'est contenté d'observer que le groupe spécial « aurait pu utiliser des termes plus précis que “régler le problème” pour décrire sa tâche au titre de l'article 21:5 ». Mais on est encore plus surpris en lisant qu'il a considéré, nonobstant, que le groupe spécial avait « décrit sa tâche d'une manière adéquate ». Certes, il a confirmé que l'examen par le groupe spécial des mesures de mise en œuvre ne le limite pas aux seules recommandations de l'O.R.D., et lui impose au contraire d'examiner « l'éventail complet des mesures visées par ces recommandations et décisions »¹⁴⁵⁸ ; sa bienveillance à l'égard du laxisme linguistique du groupe spécial n'en laisse pas moins perplexe, en particulier alors qu'était ici en cause une question aussi cruciale que sa compétence, dont la délimitation exige la plus grande rigueur et clarté.

L'acception désormais établie des règles de référence auxquelles le juge au titre de l'article 21:5 mesure la conformité de la mise en œuvre augmente inévitablement la pression sur l'exécution par le Membre responsable. On constate

1455 Rapport du groupe spécial, *Canada – Aéronefs* (21:5), *op. cit.*, par. 5.17.

1456 Rapport de l'Organe d'appel, *Canada – Aéronefs* (21:5), *op. cit.*, par. 40 et 42.

1457 Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – FSC* (21:5 (2)), *op. cit.*, par. 7. 54.

1458 Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – FSC* (21:5 (2)), *op. cit.*, par. 93.

ici aussi l'optimisation de la procédure, dont l'existence même est destinée à déjouer la tentation d'éluder la mise en conformité, comme cela était bien trop facile à faire sous le GATT de 1947. Non seulement le mécanisme place ainsi entre les mains du juge la question de savoir si ce qu'il avait déclaré illicite a bien été corrigé ; en outre, celui-ci resserre lui-même les possibles échappatoires pour le Membre responsable et réduit, ce faisant, le risque de contentieux cycliques. Cependant, et c'est plus surprenant, l'examen du juge de la mise en conformité peut également avoir pour effet d'atténuer la fermeté de la condamnation initiale. Une telle situation peut se produire lorsque l'examen mené par le groupe spécial ou l'Organe d'appel suit un raisonnement que ne laissait pas attendre la procédure initiale¹⁴⁵⁹. Les affaires *Etats-Unis – Crevettes* et *Canada – Produits laitiers* en sont particulièrement illustratives, et ce résultat pourrait témoigner d'une certaine tendance conciliatrice de la part du juge de la mise en conformité¹⁴⁶⁰. Cette tendance (ou cette tentation ?) se comprend d'autant mieux dans le contexte de contentieux à tiroirs, ou dans des affaires dans lesquelles la bonne volonté du Membre déclaré responsable est manifeste, d'autant que l'objectif primordial du mécanisme reste de régler définitivement le différend¹⁴⁶¹. En ce sens, si l'examen intégral conduit à constater

1459 Ainsi dans l'affaire *Canada – Produits laitiers*, où l'Organe d'appel dans le cadre de la procédure au titre de l'article 21:5 a introduit un nouveau critère pour déterminer si la mesure en cause conférait un avantage au sens de l'Accord SMC, celui du coût moyen de production.

1460 V. en ce sens Mme Ruiz Fabri, qui parle d'un « contentieux de plus en plus “conciliateur” », in H. RUIZ FABRI, « Chronique du règlement des différends (2001) », *op. cit.*, p. 870 et spéc. 878-879.

1461 Quelques affaires sont particulièrement illustratives de la succession et de l'emboîtement des contentieux, y compris dans leur phase d'exécution. L'affaire *CE – Bananes III* (sous l'O.M.C.) est la plus célèbre ; elle fait suite à un contentieux porté dès 1991 devant le GATT de 1947 et y ayant fait l'objet de deux rapports de groupe spécial, avant d'être poursuivie pendant près de quinze ans sous l'O.M.C. et conduire à la conclusion d'un accord global seulement le 15 décembre 2009. De la même manière, l'affaire *Etats-Unis – FSC* sous l'O.M.C., qui n'est pour l'instant pas achevée, se situe dans la continuité du désaccord au sujet du programme DISC sous le GATT, programme que la législation sur les sociétés de vente à l'étranger n'a fait que remplacer. Enfin, et c'est l'un des plus longs contentieux, il faut signaler les multiples ramifications du différend relatif au bois de construction entre le Canada et les Etats-Unis (connu sous l'appellation « *lumber wood* »). Le désaccord a été traité par les autorités nationales compétentes, puis les juridictions américaines, les organes de jugement de l'ALENA, ceux du GATT de 1947, et enfin ceux de l'O.M.C. ; c'est cette dernière qui a vu les parties parvenir à un accord global en 2006, soit un quart de siècle après les premières manifestations contentieuses du litige. Pour une présentation

la licéité des nouvelles mesures, alors le Membre a pleinement exécuté son obligation de mise en conformité ; dans le cas contraire, et dans les mots maladroits mais expressifs du groupe spécial dans l'affaire précitée, le problème n'est pas réglé.

B *Conséquences juridiques d'une constatation de non-conformité*

Une constatation d'illicéité à l'issue de l'examen au titre de l'article 21:5 emporte deux conséquences juridiques : elle renvoie automatiquement aux recommandations de l'O.R.D. formulées à l'issue de la procédure initiale (1.), et ouvre la voie d'accès au dispositif compensatoire de l'article 22 (2.).

1 Renvoi aux recommandations de l'O.R.D.

Une constatation d'inexistence ou d'illicéité des mesures prises pour se conformer renvoie, dans un mouvement quasi circulaire, aux recommandations de l'O.R.D., puisque celles-ci conservent leur valeur obligatoire jusqu'au règlement définitif du litige, c'est-à-dire jusqu'à l'exécution parfaite de l'obligation de mise en conformité (a.). En un sens, il s'agit là d'un retour au point de départ de la phase de mise en œuvre, à la différence près que l'obligation de mise en conformité née à l'issue de la procédure initiale se trouve intensifiée du fait de la circonstance aggravante de l'inexécution, et qu'elle évolue au fil des constatations d'illicéité relatives aux mesures prises pour se conformer (b.).

a *Permanence de la valeur obligatoire de la recommandation*

Le contrôle intégral des mesures d'exécution permet une appréciation globale de l'état de la mise en œuvre, et l'hypothèse de l'absence de mise en conformité peut revêtir deux formes : soit les nouvelles mesures sont intégralement incompatibles avec le droit de l'O.M.C., si elles créent une nouvelle violation ou laissent entièrement subsister l'ancienne ; soit elles n'assurent qu'une mise en œuvre partielle des recommandations, lorsqu'elles laissent subsister des fragments de la violation initiale tout en corrigeant d'autres aspects. Lorsqu'une telle non-conformité est constatée, il s'ensuit que les recommandations que l'O.R.D. a adoptées à l'issue de la procédure initiale conservent leur validité, puisque l'obligation qui en résulte ne s'est pas « éteinte » du fait de son exécution. En effet, nonobstant sa relative autonomie, la procédure

de l'enchaînement des procédures dans cette affaire depuis le GATT jusqu'à l'O.M.C., v. H. RUIZ FABRI et P. MONNIER, « Chronique du règlement des différends 2002 », *op. cit.*, p. 910-917 ; de même, s'agissant de l'affaire *CE – Bananes III*, v. H. RUIZ FABRI et P. MONNIER, « Chronique du règlement des différends 2007-2008 », *op. cit.*, p. 858-861, spéc. p. 858-859.

de l'article 21:5 n'est pas complètement détachée de la procédure initiale. Son objet est ainsi tributaire d'une réaction au jugement initial, et les différentes mesures et procédures s'inscrivent donc dans une « suite d'événements »¹⁴⁶². Le mandat du groupe spécial de la mise en conformité apparaît alors sous une nouvelle lumière : puisqu'il s'agit de savoir si les recommandations ont été mises en œuvre, ce qui implique la licéité des mesures prises en ce sens¹⁴⁶³, une réponse négative opère nécessairement une sorte de rétrogradation, par un renvoi à l'étape antérieure. C'est bien ce qu'a fait apparaître le juge, lorsqu'il soulignait que tant que les mesures de mise en œuvre sont elles-mêmes illicites, « [l]es recommandations et décisions de l'ORD restent en vigueur »¹⁴⁶⁴ et « exécutoires »¹⁴⁶⁵. Précisons ici qu'au premier abord, l'emploi de l'adjectif « exécutoires » peut sembler impropre, car ce dont il s'agit juridiquement est la conservation de la valeur *obligatoire* des recommandations, en ce qu'elles créent une obligation. Le Membre concerné reste donc obligé : il est tenu d'exécuter l'obligation qui lui est faite, mais cette obligation ne signifie pas que la recommandation qui lui donne naissance est exécutoire au sens strict où le terme est habituellement entendu, et notamment dans l'ordre juridique interne¹⁴⁶⁶. Cependant, c'est celui qui exprime le mieux la conception, dans le

1462 Rapport de l'Organe d'appel, *Mexique – Sirop de maïs* (21:5), *op. cit.*, par. 121. Pour rappel, v. les développements relatifs à l'inclusivité de la fonction juridictionnelle, *supra*, Première partie, Titre I, Chapitre I, Section I, § 2, A.

1463 L'Organe d'appel a ainsi formulé la question qui se pose à un groupe spécial : il s'agit de savoir « si les recommandations et décisions issues du différend initial ont été mises en œuvre d'une manière compatible avec les accords visés », v. le rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Bois de construction IV* (21:5), *op. cit.*, par. 103.

1464 Rapports du groupe spécial et de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Réduction à zéro (Japon)* (21:5), *op. cit.*, respectivement par. 8.2 et par. 214.

1465 Rapports du groupe spécial et de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Réduction à zéro (CE)* (21:5), *op. cit.*, respectivement par. 9.2 et par. 470. Presque exactement la même formule a été employée par les organes de jugement dans les affaires *Etats-Unis – FSC*, *Etats-Unis – Maintien de la suspension* et *Canada – Maintien de la suspension* : rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – FSC* (21:5 (2)), *op. cit.*, par. 7.36 ; rapports de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Maintien de la suspension*, *op. cit.*, et *Canada – Maintien de la suspension*, *op. cit.*, par. 737. De même, v. le rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Coton upland* (21:5), *op. cit.*, par. 15.2, qui est cité et ainsi souligné aussi bien par l'Organe d'appel dans son rapport (*op. cit.*, par. 12) que par l'arbitre dans ses décisions rendues au titre de l'article 22:6 du Mémoire et de l'article 4.11 de l'Accord SMC et au titre de l'article 22:6 du Mémoire et de l'article 7.10 de l'Accord SMC (*op. cit.*, tous deux par. 1.9).

1466 C'est également ce qui apparaît dans le rapport de l'Organe d'appel, auquel avait donné lieu ensuite cette affaire, l'Organe d'appel préférant la formule suivante : la « recommandation au titre de l'article 4.7 reste applicable jusqu'à ce que le Membre concerné se soit

système de l'O.M.C., qui sous-tend l'obligation de mise en conformité et que nous avons déjà précisée : juridiquement, elle oblige son destinataire, et au surplus son exécution effective est garantie par des dispositifs mis en place à cet effet dans le règlement des différends ; ce sont eux qui permettent de parler du caractère exécutoire des recommandations, en ce qu'ils matérialisent des procédures et voies d'exécution. On pourrait même avancer que le terme a plus de sens que jamais dans une procédure de l'article 21:5 : lorsqu'un groupe spécial de la mise en conformité constate l'inexécution, cette constatation fait naître chez le plaignant initial un titre à demander l'autorisation de suspendre des concessions, qui s'apparente au plus près à l'O.M.C. à une forme d'exécution « forcée » ; par comparaison, une recommandation initiale ne peut pas y donner lieu, puisque le délai raisonnable produit un temps de latence entre la naissance de l'obligation de mise en conformité et le moment où elle est due, c'est-à-dire où des conséquences seront attachées à son inexécution. Cependant, en admettant cette interprétation dans son principe, on pourrait alors objecter que la source de l'impropriété ne fait que se déplacer : le juge estime que les recommandations *restent* exécutoires, ce qui suggère qu'elles l'auraient été dès leur formulation à l'issue de la procédure initiale, alors qu'il ne saurait être question d'exécution « forcée » au sens strict à ce stade.

Le renvoi vers les recommandations initiales est particulièrement perceptible dans le différend *CE – Bananes III* : tant que les régimes communautaires successifs maintenaient ou reproduisaient une violation du droit de l'O.M.C., l'O.R.D. rappelait l'obligation de mise en conformité. En matière de subventions, l'Organe d'appel a par ailleurs précisé que dans l'hypothèse où la procédure au titre de l'article 21:5 amenait un groupe spécial à conclure que la mesure prise pour se conformer aux recommandations de l'O.R.D. n'avait pas pour effet le retrait complet de la subvention prohibée, alors « le Membre mettant en œuvre continue d'être soumis à l'obligation de retirer complètement la subvention »¹⁴⁶⁷. On voit ici apparaître la dynamique circulaire du mécanisme, et plus particulièrement de la troisième phase du contentieux, qui renvoie invariablement vers son point de départ – lequel correspond au point d'arrivée de la procédure initiale – lorsque l'exécution n'est pas parfaite. Ce point de départ étant la recommandation de mise en conformité adoptée par l'O.R.D., tant que

acquitté de son obligation en retirant *complètement* la subvention prohibée », in rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – FSC (21:5 (2))*, *op. cit.*, par. 83. Au sujet de la portée d'une obligation de mise en conformité (ou de retrait de la subvention prohibée), v. H. RUIZ FABRI et P. MONNIER, « Chronique du règlement des différends 2005-2006 », *op. cit.*, p. 1232-1233.

1467 Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – FSC (21:5 (2))*, *op. cit.*, par. 84.

les mesures prises en ce sens se révèlent elles-mêmes illicites le Membre sera ramené à l'obligation de mise en conformité qui résulte des recommandations, et ce jusqu'à ce qu'à son exécution intégrale et parfaite.

b *Intensification et évolution de l'obligation de mise en conformité*

Dans ces conditions, on voit bien se dessiner la possibilité de cycles successifs de mise en conformité, comme en témoignent des affaires à multiples épisodes tels que *CE – Bananes III*, *Etats-Unis – FSC*, *Canada – Produits laitiers*¹⁴⁶⁸. Cette dynamique est par ailleurs en adéquation avec la surveillance continue qu'exerce l'O.R.D., qui maintient la question de l'exécution à son ordre du jour jusqu'à l'achèvement complet de la mise en conformité. On l'a déjà dit, les organes de jugement au titre de l'article 21:5 ne formulent pas de *nouvelle* recommandation, et cela ne porte pas atteinte à l'obligation qui résulte de la recommandation initiale : l'absence de nouvelle recommandation ne saurait être interprétée comme « *providing [the] defendant with a "green light" to keep in place WTO-inconsistent measures* »¹⁴⁶⁹. Au contraire, puisque le renvoi aux recommandations de la phase initiale produit une sorte de superposition de deux obligations de mise en conformité distinctes, et par cette superposition une intensification de la première. En effet, puisque dans le cadre d'une procédure de l'article 21:5 il s'agit d'une mesure nouvelle qui ne se confond pas avec celle initiale dont l'illicéité est avérée, en principe une constatation d'illicéité de la nouvelle mesure devrait faire naître une nouvelle obligation de mise en conformité¹⁴⁷⁰. Selon la mesure en cause et la violation constituée, il devrait alors y avoir deux obligations de mise en conformité se superposant,

1468 L'Organe d'appel est d'ailleurs parfaitement conscient de ce potentiel de circularité, puisqu'il observait avec insistance dans l'affaire *Etats-Unis – FSC* que « [l']obligation de se conformer à une recommandation au titre de l'article 4.7 reste applicable même s'il s'avère que plusieurs procédures au titre de l'article 21:5 sont nécessaires jusqu'à ce que la subvention prohibée soit complètement retirée », v. *ibid.*

1469 P. C. MAVROIDIS, G. A. BERMANN et M. WU, *The Law of the World Trade Organization (WTO)*, *op. cit.*, p. 1072.

1470 V. par exemple la recommandation de l'Organe d'appel formulée dans le différend *CE – Linge de lit* : « L'Organe d'appel recommande que l'ORD demande aux Communautés européennes de rendre leur mesure, dont il a été constaté dans le présent rapport qu'elle était incompatible avec leurs obligations au titre de l'Accord antidumping, conforme audit accord », *in* rapport de l'Organe d'appel, *CE – Linge de lit (21:5)*, *op. cit.*, par. 184. La formulation choisie par l'Organe d'appel met hors de doute que c'est bien de la mesure de mise en œuvre qu'il s'agit.

en raison de leur proximité matérielle¹⁴⁷¹ : bien que la mesure initiale puisse ne plus exister à ce stade, du moins pas dans sa forme initiale, l'obligation de mise en conformité qu'avait fait naître son illicéité se maintient, au regard de sa formulation générale et absolue, elle reste en ce sens en vigueur et donc « active » jusqu'à la correction parfaite de l'illicéité ; la deuxième obligation serait celle qui naîtrait de l'engagement de la responsabilité du fait de l'illicéité de la mesure de mise en œuvre. Une telle approche s'observe notamment chez la C.J.C.E., qui considère que l'inexécution d'un de ses arrêts constitue une violation manifestement caractérisée du droit communautaire, qui justifie elle-même la mise en cause de la responsabilité de l'Etat Membre. Ainsi, dans les affaires jointes *Brasserie du Pêcheur* et *Factortame*, dans lesquelles le *Bundesgerichtshof* allemand et le *High Court of Justice* du Royaume-Uni sollicitaient de la Cour une décision à titre préjudiciel sur l'interprétation du principe de la responsabilité de l'Etat pour des dommages causés aux particuliers par des violations du droit communautaire qui lui sont imputables, la Cour a précisé qu'« une violation du droit communautaire est manifestement caractérisée lorsqu'elle a perduré malgré le prononcé d'un arrêt constatant le manquement reproché, d'un arrêt préjudiciel ou d'une jurisprudence bien établie de la Cour en la matière, desquels résulte le caractère infractionnel du comportement en cause »¹⁴⁷².

S'agissant du règlement des différends de l'O.M.C., la conception théorique d'un engagement de responsabilité dédoublé, et par conséquent d'une obligation de mise en conformité dédoublée, semble toutefois difficile à soutenir de manière convaincante. La raison en est la proximité matérielle entre la mesure initiale et celle de mise en œuvre : celle-ci vise à corriger celle-là, qu'elle se substitue à certains de ses aspects illicites, et il semble dès lors plus juste de considérer que l'*objet* de l'obligation de mise en conformité *évolue*,

¹⁴⁷¹ On l'imagine par exemple lorsqu'une mesure de mise en œuvre non seulement ne corrige pas la violation initiale mais est même constitutive d'une nouvelle violation.

¹⁴⁷² C.J.C.E., *Brasserie du Pêcheur* et *Factortame*, aff. jointes C-46/93 et C-48/93, arrêt du 5 mars 1996, *Recueil* 1996, I (p. 1031-1163), p. 1150 par. 57. Pour rappel, le défaut d'exécution d'un arrêt de la Cour de justice est constitutif d'un manquement pouvant donner lieu à un recours spécifique, le recours en manquement sur manquement, v. *supra*, Introduction générale, § 4, 2., a. Mais v. aussi l'approche restrictive adoptée en cas de dommages causés aux particuliers du fait de l'inexécution, non pas d'un arrêt de la C.J.C.E. mais d'une décision de l'O.M.C. L'arrêt *Fedon* du Tribunal (de première instance) en est emblématique, en ce qu'il fait apparaître la réticence à obliger l'Union européenne à compenser les particuliers pour les dommages subis du fait de l'inexécution par elle de son obligation de mise en conformité dans le cadre de l'O.M.C. v. à ce sujet P. C. MAVROIDIS, « It's alright ma, I'm only bleeding (A Comment on the *Fedon* jurisprudence of the Court of First Instance) », STALS Research Paper n° 11/2008, 17 p. (publié sur le site www.stals.sssup.it).

au lieu d'argumenter sa continuité. Cette évolution est implicite et se réalise automatiquement, au gré des mesures successives de mise en œuvre : chaque nouvelle constatation d'illicéité est surajoutée et intégrée à l'obligation de mise en conformité initiale.

Dans ces conditions, la formulation de suggestions à l'adresse du Membre responsable se révélerait particulièrement utile¹⁴⁷³. Paradoxalement, alors que les organes de jugement au titre de l'article 21:5 revendiquent pour eux ce pouvoir, on l'a vu, ils restent réticents lorsqu'il s'agit de l'exercer. Parfois, cette réticence peut s'expliquer par le souci de régler définitivement les différends : ainsi par exemple dans les affaires croisées relatives aux subventions pour les aéronefs canadiens et brésiliens, où le groupe spécial a paru embarrassé lorsque les plaignants lui ont demandé d'exprimer son encouragement et son soutien de la mise en place de dispositifs internes de vérification des mesures d'exécution¹⁴⁷⁴. Les plaignants avaient souligné que ces dispositifs ne l'impliqueraient pas, ce qui signifiait indirectement qu'ils ne déclencheraient pas des procédures à répétition de l'article 21:5 ; on sentait alors nettement chez le groupe spécial la réticence à paraître donner son approbation à des mécanismes internes de surveillance qui non seulement doubleraient la surveillance multilatérale et juridictionnelle dont la mise en conformité fait déjà l'objet à l'O.M.C., mais aussi la concurrenceraient, puisqu'ils échapperaient au contrôle tant juridictionnel que politique de l'O.M.C. Derrière sa réticence, on perçoit bien le refus de voir apparaître des mécanismes qui, d'une manière ou d'une autre, permettraient d'établir des déterminations unilatérales de licéité.

Pas de suggestion, donc, et pas non plus de nouvelle recommandation : le Mémoire n'interdit pas au juge au titre de l'article 21:5 d'en formuler, et après tout la mesure en cause est différente, mais elle pourrait être contre-productive et au minimum inutile dès lors que la première conserve sa vigueur¹⁴⁷⁵.

1473 Les organes de jugement en sont d'ailleurs conscients : « vu la nécessité de régler rapidement les différends, il semblerait utile de faire plus souvent usage de ce pouvoir dans les affaires relevant de l'article 21:5 que dans d'autres », *in* rapport du groupe spécial, *CE – Bananes III (21:5 ECU)*, *op. cit.*, par. 6.11. Le pouvoir de suggestion des groupes spéciaux au titre de l'article 21:5 est développé *supra*, Première partie, Titre I, Chapitre I, Section II, § 2, B., 1.

1474 V. les rapports du groupe spécial, *Brésil – Aéronefs (21:5)*, *op. cit.*, par. 7.3, et *Canada – Aéronefs (21:5)*, *op. cit.*, par. 6.3. Dans la première affaire, il s'est néanmoins aventuré à observer que « tout accord que des Membres de l'OMC pourraient conclure pour améliorer la transparence en ce qui concerne la mise en œuvre des obligations au regard de l'OMC ne peut être qu'encouragé ».

1475 Toujours dans l'affaire *Etats-Unis – FSC*, et sans trancher la question, l'Organe d'appel a cependant précisé que la question de savoir si le groupe spécial de la mise en conformité pouvait formuler une nouvelle recommandation n'était « pas déterminante pour savoir

La conséquence directe du renvoi à celle-ci est que le Membre concerné ne peut solliciter et obtenir un nouveau délai raisonnable pour exécuter son obligation. En d'autres termes, une nouvelle recommandation de mise en conformité n'annule donc pas la précédente, elle peut au mieux s'y substituer en la confirmant et en l'incorporant, et ce faisant l'intensifier. Dans ces conditions, la formule type ressemble à celle employée dans une procédure initiale¹⁴⁷⁶ ; mais souvent, le juge se contentera de renvoyer simplement aux recommandations de formulées à l'issue de la procédure initiale, en précisant même qu'il est inutile d'en formuler d'autres¹⁴⁷⁷. La continuité entre les deux phases contentieuses apparaît ici au plus fort : une nouvelle violation ne crée pas un nouveau rapport de responsabilité, mais n'est en quelque sorte qu'ajoutée au « passif » qui constitue déjà la responsabilité du défendeur initial ; l'obligation de mise en conformité initiale est intensifiée par la constatation de l'illicéité d'une mesure qui aurait dû en réaliser l'exécution. On peut même parler d'une aggravation : puisque l'obligation de mise en conformité intègre les violations successives et les obligations qui en résultent, l'urgence de l'exécuter n'est que plus manifeste. Que le système, en effet, conçoit de cette manière l'inexécution se révèle dans la conséquence qu'emporte le manquement continu à l'obligation de mise en conformité, à savoir le titre qu'acquiert le plaignant initial à accéder au dispositif compensatoire.

Dans le même temps, précisons que tel que le Mémorandum est conçu, ce titre du plaignant initial naît fatalement du passage du temps, puisqu'il suffit d'attendre l'expiration du délai raisonnable, sans qu'il soit besoin qu'un juge de la mise en conformité constate l'inexécution et ajoute par là à l'obligation de mise en conformité un caractère de gravité particulière : en l'état actuel du Mémorandum, la procédure de l'article 21:5 n'est pas une condition préalable au recours à la suspension des concessions. Il reste qu'elle est conçue comme une procédure-fusible, dont le contrôle au fond est destiné à réaliser un premier désamorçage des tensions. En effet, lorsqu'elle est employée utilement, en tant que préalable à une demande d'autorisation de suspension de conces-

si la recommandation initiale au titre de l'article 4.7 reste applicable jusqu'à ce qu'une pleine mise en conformité soit obtenue », *in* rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – FSC* (21:5 (2)), *op. cit.*, par. 89.

1476 Par exemple « [n]ous recommandons que l'Organe de règlement des différends demande à [...] de rendre ses mesures conformes à ses obligations au titre du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends et de l'Accord [...] », ici dans le rapport groupe spécial, *Australie – Saumon* (21:5), *op. cit.*, par. 8.4.

1477 V. par exemple le rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Réduction à zéro (Japon)* (21:5), *op. cit.*, par. 9.2.

sions, et en toute hypothèse avant l'arbitrage de l'article 22:6, elle conduit à atténuer voire effacer le sentiment de la nécessité de suspendre des concessions. Si elle n'y parvient pas, au minimum elle permet alors d'établir objectivement la situation juridique de laquelle le plaignant tire son titre à agir.

2 Accès au dispositif compensatoire

La seconde conséquence de l'inexécution à l'expiration du délai raisonnable, mais qui n'est pas juridiquement conditionnée par une procédure au titre de l'article 21:5, est de rendre accessible le double dispositif prévu à l'article 22. Celui-ci dispose que « [l]a compensation et la suspension de concessions ou d'autres obligations sont des mesures temporaires auxquelles il peut être recouru dans le cas où les recommandations et décisions ne sont pas mises en œuvre dans un délai raisonnable ». Il est donc clair que l'inexécution est la condition sans laquelle ni la compensation ni la suspension n'est juridiquement fondée. On l'a déjà signalé, la compensation n'a pas le même sens qu'en droit international général, et en particulier elle n'a pas de vocation rétroactive. C'est elle qui est prioritaire, puisque l'autorisation de suspendre des concessions ne peut être demandée que si les négociations au sujet d'une compensation sont restées infructueuses vingt jours après l'expiration du délai raisonnable d'exécution. Elles le resteront en effet, dans la quasi-totalité des cas : à l'inverse d'une suspension de concessions, la négociation d'une compensation (qui prendrait typiquement la forme de l'octroi de nouvelles concessions) est soumise aux disciplines communes des accords de l'O.M.C.¹⁴⁷⁸, et c'est en particulier le principe de non-discrimination qui la rend peu attrayante. Ainsi, toute compensation négociée entre les parties ne s'effectue pas sur une base strictement bilatérale, mais obéit à la multilatéralisation qui résulte du jeu du principe de la nation la plus favorisée. La concession d'un abaissement de droits de douane pour certains produits, par exemple, devra être étendue à l'ensemble des Membres de l'O.M.C.¹⁴⁷⁹, et l'inconvénient pratique majeur du dispositif est alors évident : la multilatéralisation rend les compensations excessivement coûteuses. Le Membre responsable n'a donc aucun intérêt à

1478 L'article 22:1 du Mémorandum précise en ce sens que « [l]a compensation est volontaire et, si elle est accordée, elle sera compatible avec les accords visés ».

1479 V. sur ce point B. MCGIVERN, « Implementation of panel and Appellate Body rulings : an overview », *op. cit.*, p. 104, qui souligne que, dans ces conditions, le plaignant initial tirerait un véritable avantage d'une compensation seulement s'il parvenait à convenir avec le défendeur initial de concessions supplémentaires s'agissant de marchandises ou de services pour lesquels il se trouve être l'exportateur ou le fournisseur principal auprès du défendeur.

s'efforcer au cours de la négociation pour convenir d'une compensation, qui reviendrait à lui faire octroyer, à l'échelle multilatérale, des concessions qu'il n'avait jusque là nullement l'intention d'octroyer¹⁴⁸⁰. Le mécanisme n'a d'ailleurs opéré avec succès qu'une seule fois, dans l'affaire *Etats-Unis – Article 110 5*), *Loi sur le droit d'auteur*¹⁴⁸¹.

¹⁴⁸⁰ Pour une critique du mécanisme de compensation, v. K. ANDERSON, « Peculiarities of Retaliation in WTO Dispute Settlement », *W.T. Rev.*, 2002, vol. 1, n° 2, p. 126. De nombreuses propositions ont cependant été formulées, tant par la doctrine que par les Membres dans le cadre de la réforme du Mémoire, afin de renforcer le dispositif de l'article 22, et en particulier de remédier au manque d'efficacité des suspensions de concessions par l'introduction d'une *obligation* de compensation (la compensation devant alors être entièrement revue, notamment en la rendant rétroactive ou en la détachant des disciplines communes, et en particulier de la clause de la nation la plus favorisée), ou d'une compensation pécuniaire. V. par exemple P. C. MAVROIDIS, « Money talks the talk (but does it walk the walk ? », in Ch. P. BOWN et J. PAUWELYN (eds), *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, *op. cit.*, p. 355-359 ; C.-D. EHLERMANN, « Reflections on the Process of Clarification and Improvement of the DSU », in F. ORTINO et E.-U. PETERSMANN (eds), *The WTO Dispute Settlement System 1995-2003*, *op. cit.*, p. 112-113 ; M. BRONCKERS et N. VAN DEN BROEK, « Financial Compensation in the WTO – Improving the Remedies of WTO Dispute Settlement », *J.I.E.L.*, 2005, vol. 8, n° 1, p. 107-109 ; R. NORDBLAD, « Enforcement of World Trade Organization Law », *op. cit.*, p. 238-240 ; N. H. YENKONG, « World Trade Organization Dispute Settlement Retaliatory Regime at the Tenth Anniversary of the Organization : Reshaping the “Last Resort” Against Non-compliance », *J.W.T.*, 2006, vol. 40, n° 2, spéc. p. 381 ; D. COLLINS, « Efficient Breach, Reliance and Contract Remedies at the WTO », *J.W.T.*, 2009, vol. 43, n° 2, p. 225-244. Certains envisagent même de remplacer entièrement les suspensions de concessions par un mécanisme de compensation opérationnel ; pour une discussion détaillée des avantages, inconvénients et possibles difficultés qu'il présenterait, v. par exemple A. DAVIES, « Reviewing dispute settlement at the World Trade Organization : a time to reconsider the role/s of compensation ? », *W.T. Rev.*, 2006, vol. 5, n° 1, p. 31-67. Mais v. aussi la critique de la suggestion d'un mécanisme de compensation pécuniaire in A. O. SYKES, « Optimal sanctions in the WTO : the case for decoupling (and the uneasy case for the *status quo*) », in Ch. P. BOWN et J. PAUWELYN (eds), *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, *op. cit.*, p. 339-354, qui doute de l'opportunité d'un tel dispositif, en ce qu'il serait inévitablement un mécanisme de compensation des exportateurs lésés, et soulève des objections pragmatiques mais aussi conceptuelles contre sa réalisation.

¹⁴⁸¹ Il faut cependant mitiger même ce constat modeste, car les parties ne sont convenues de la compensation que par le biais de l'arbitre, puisque les Etats-Unis et les Communautés européennes, d'accord sur le principe de la compensation, ont eu recours à l'arbitrage au titre de l'article 25 pour faire déterminer le montant du dommage, afin qu'il serve de base à l'accord sur la compensation (v. *supra*, Première partie, Titre I, Chapitre II, Section I, § 1., B.). Pour une appréciation, v. B. O'CONNOR et M. DJORDJEVIC, « Practical Aspects of Monetary Compensation – The US – Copyright Case », *J.I.E.L.*, 2005, vol. 8, n° 1, p. 127-142.

L'échelon supérieur est alors la suspension de concessions et l'arbitrage y relatif. On l'a dit, l'articulation entre la procédure de contrôle au fond de l'exécution et celle qui réagit à l'inexécution est longtemps restée incertaine, faute de chronologie expressément indiquée dans le Mémoire. La pratique des accords bilatéraux de chronologie, qui s'est mise en place par défaut, a quasi systématiquement donné la priorité à la procédure de l'article 21:5 sur le déroulement de l'arbitrage de l'article 22:6¹⁴⁸². Cependant, pour rappel, l'Organe d'appel dans les deux différends transatlantiques relatifs au *Maintien de la suspension* dans l'affaire *CE – Hormones* s'est prononcé sur la phrase introductive de l'article 21:5, selon laquelle les différends qui relèvent de cette procédure sont ceux relatifs à l'existence ou à la compatibilité des mesures prises pour se conformer aux recommandations de l'O.R.D. Il en a inféré qu'« aux termes de l'article 21:5, la procédure de groupe spécial prévue par cette disposition doit constituer la procédure qu'il faut suivre pour se prononcer sur le motif d'action tel qu'il est énoncé dans sa clause introductive »¹⁴⁸³. Qu'elle soit imposée ou non par le Mémoire en tant que condition préalable, il s'ensuit que lorsqu'une telle procédure a effectivement eu lieu, l'inexécution constatée fonde en tout cas le recours du plaignant initial au dispositif compensatoire.

Deux choses se confirment ainsi, qu'on a déjà signalées ailleurs : la procédure au titre de l'article 21:5 est conçue comme un mécanisme de pression sur l'exécution, et elle est destinée, dans une perspective plus systémique, à faire obstacle à une détermination unilatérale d'inexécution¹⁴⁸⁴. En toute logique, l'article 23 implique qu'un plaignant initial ne devrait pas être habilité à demander à l'O.R.D. l'autorisation de suspendre des concessions à l'égard du Membre responsable sur la seule base de son appréciation subjective de la situation juridique¹⁴⁸⁵. *A contrario*, et en parfaite adéquation avec l'article 22, si une constatation multilatérale a eu lieu, et qu'elle a établi que le défendeur initial est en situation de manquement, alors le plaignant initial a automatiquement un titre à recourir aux mécanismes compensatoires prévus à l'article 22. La constatation d'illicéité par un groupe spécial de la mise en conformité

1482 Pour rappel, la difficulté du « *sequencing* » et sa résolution sont développées *supra*, Première partie, Titre I, Chapitre II, Section II, § 2, B.

1483 Rapports de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Maintien de la suspension d'obligations*, *op. cit.*, et *Canada – Maintien de la suspension*, *op. cit.*, tous deux par. 336. V. aussi le par. 338 de ces deux rapports.

1484 Pour rappel, v. l'article 23 du Mémoire et les développements consacrés *supra* à l'interdiction de l'unilatéralisme, Première partie, Titre I, Chapitre I, Section I, § 2, B.

1485 V. aussi sur ce point P. C. MAVROIDIS, G. A. BERMAN et M. WU, *The Law of the World Trade Organization (WTO) – Documents, Cases & Analysis*, *op. cit.*, p. 1067-1068.

devrait donc valoir présomption que la condition d'inexécution qu'exige l'article 22:2, et qui constitue le fondement juridique d'une suspension, est établie. A l'inverse, tel qu'est rédigé le Mémoire, l'absence de recours préalable à l'article 21:5 avant de demander l'autorisation de suspendre des concessions n'apparaît pas en contradiction manifeste de l'article 23. Les termes de cet article ne font pas état de cette hypothèse qui, au sens strict, n'est donc pas constitutive d'une violation en ce qu'elle est unilatérale.

§ 2 **Articulation entre les niveaux d'examen au fond**

La fonction même de la procédure de l'article 21:5, par le lien de causalité entre les mesures concernées par cette procédure et celles qui l'étaient par la procédure initiale, présageait inévitablement une articulation ambiguë entre les deux phases contentieuses, et en particulier des possibles recoupements entre les contrôles effectués au titre de l'une et de l'autre procédure. La question de leur articulation se manifeste de deux manières, l'une par rétroaction et l'autre à partir d'une projection. L'hypothèse qui vient le plus immédiatement à l'esprit, et qui a déjà été mentionnée, est celle d'un débordement matériel de l'examen effectué au titre du contrôle de la mise en conformité sur la substance de la chose jugée en phase initiale. Mais un cas de figure a récemment révélé une dimension inédite de cette articulation : la procédure de l'article 21:5, par sa seule existence, peut jouer un rôle en quelque sorte anticipé dès la procédure initiale, par l'absorption prospective dans l'obligation de mise en conformité de mesures qui n'existent pas encore ; en d'autres termes, si ces mesures de mise en œuvre venaient à exister, elles relèveraient alors automatiquement de la compétence du juge au titre de l'article 21:5. Il apparaît ainsi que le contrôle effectué au titre de la procédure de l'article 21:5 peut produire une rétrospection, voire une rétroaction, sur la procédure initiale (A.), mais qu'il peut également déclencher une projection, en ce que son existence même peut justifier que soit projetée à partir la procédure initiale une obligation de mise en conformité de portée virtuelle (B.).

A *Rétroaction du contrôle au fond de l'exécution*

L'originalité majeure du règlement des différends de l'O.M.C. résidant dans la juridictionnalisation de la phase d'exécution, elle implique que l'adage *lata sententia, judex desinit esse judex* ne s'applique manifestement pas. Dans ces conditions, des débordements entre niveaux d'examen, et des rétroactions du contrôle ultérieur sur le contrôle antérieur se produisent quasi fatalement : la procédure au titre de l'article 21:5 amène le juge à connaître de mesures certes

nouvelles et de ce fait distinctes des mesures initiales, mais néanmoins inextricablement liées à elles par leur ressemblance matérielle, puisqu'elles en sont des corrections, corrections dont le juge doit déterminer si elles sont licites. Or, entre déterminer si ce qui a été fait pour corriger la violation initiale est licite et déterminer ce qui aurait dû être fait pour être licite, au moyen d'une interprétation des constatations initiales, la ligne est ténue. On aperçoit alors de nouveau distinctement les ressemblances fonctionnelles entre la procédure de l'article 21:5 et l'action en interprétation, et cette proximité entre les deux est porteur de fortes ambivalences. En effet, l'exercice de leur compétence par les groupes spéciaux a pu conduire non seulement à des regards rétrospectifs sur les constatations formulées au cours de la procédure initiale (1.), mais aussi, et c'est plus délicat, à des débordements quasi rétroactifs sur la chose jugée (2.).

1 Ajouts à l'examen initial par le contrôle de la mise en conformité

Le rôle d'un groupe spécial dans une procédure initiale est d'examiner si le défendeur s'est acquitté ou non de ses obligations substantielles au titre de l'O.M.C., celui d'un groupe spécial au titre de l'article 21:5 d'examiner s'il s'est acquitté de l'obligation née de l'établissement de sa responsabilité *et* s'il l'a fait en respectant ses engagements au titre de l'O.M.C. L'exercice de sa juridiction par un groupe spécial se présente donc sensiblement de la même manière dans les deux cas, bien que les procédures n'aient pas les mêmes finalités et n'emportent pas les mêmes conséquences juridiques en cas de constatation de manquement. Le contrôle intégral des mesures de mise en œuvre accentue encore la ressemblance avec le contrôle effectué au titre de la procédure initiale. Dans ces conditions de proximité il existe naturellement de potentielles zones de chevauchement, et le recoupement se produit presque fatalement lorsque qu'un groupe spécial initial avait eu recours à l'économie jurisprudentielle. Or, on se souvient que l'Organe d'appel avait dès l'affaire *Australie – Saumon* fait une importante observation au sujet de l'usage de ce principe : le recours à l'économie jurisprudentielle ne doit pas compromettre la résolution positive du différend¹⁴⁸⁶. Toutes les fois qu'un groupe spécial au titre de l'article 21:5 est amené à examiner une question, ou un aspect d'une question, qui avait fait l'objet d'une économie jurisprudentielle au cours de la procédure initiale, la possibilité d'un débordement sur les constatations initiales se profile ; de même toutes les fois où les allégations du plaignant amènent le juge à pousser plus loin son examen que celui qui avait été mené au cours de la procédure initiale. Le groupe spécial au titre de l'article 21:5 doit alors choisir l'une de deux voies, dont aucune n'est pleinement satisfaisante : soit il applique lui

1486 V. le rapport de l'Organe d'appel, *Australie – Saumon*, *op. cit.*, par. 223.

ausi l'économie jurisprudentielle, en prenant le risque que son examen ne soit pas complet et ne permette pas de résoudre définitivement le différend, soit il effectue pleinement le contrôle de licéité pour lequel il a compétence, et prend le risque de déborder sur la substance du contrôle par le juge initial.

Le juge de la mise en conformité a manifestement fait prévaloir la fonction spécifique de la procédure de l'article 21:5 et l'objectif fondamental du Mémoire auquel elle concourt : à plusieurs reprises, il a choisi d'écarter l'économie jurisprudentielle appliquée dans la procédure initiale afin de pouvoir mener son propre examen, approfondi et complet. Ainsi, dans l'affaire *Japon – Pommes*, le groupe spécial avait décidé d'appliquer la jurisprudence établie en matière d'économie jurisprudentielle depuis l'affaire *Etats-Unis – Chemises et blouses de laine*¹⁴⁸⁷, en limitant son examen « à ce qui est strictement nécessaire pour déterminer si la mesure en cause constitue un manquement aux obligations du Membre dans le cadre de l'OMC »¹⁴⁸⁸. Toutefois, ce pouvoir discrétionnaire doit être mis en balance avec le contexte particulier de l'exécution dans lequel s'inscrit la procédure de l'article 21:5 : compte tenu de ce que le Membre avait disposé d'un délai raisonnable pour corriger son manquement, il aurait dû normalement édicter de nouvelles mesures¹⁴⁸⁹. Ainsi, le groupe spécial a estimé que « l'absence de mise en conformité peu[t] obliger un groupe spécial au titre de l'article 21:5 à formuler des constatations plus complètes que celles du Groupe spécial initial afin d'aider la partie concernée »¹⁴⁹⁰. Il a donc choisi d'examiner minutieusement chaque élément de la mesure révisée, alors même qu'elle était substantiellement identique à la mesure initiale. En particulier, il a statué sur une allégation à laquelle le groupe spécial initial avait appliqué l'économie jurisprudentielle, jugeant qu'il était « en droit [...] de ne pas appliquer [ce principe] toutes les fois que nous estimons que la formulation d'une constatation spécifique faciliterait une mise en conformité

1487 En particulier, l'Organe d'appel avait établi que « l'article 3:2 du Mémoire d'accord [n']est [pas] censé encourager ni les groupes spéciaux ni l'Organe d'appel à "légiférer" en clarifiant les dispositions existantes de l'Accord sur l'OMC hors du contexte du règlement d'un différend particulier. Un groupe spécial ne doit traiter que les allégations qui doivent l'être pour résoudre la question en cause dans le différend », *in* rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Chemises et blouses de laine*, *op. cit.*, p. 20. Au sujet de l'examen par un groupe spécial de la mise en conformité d'une allégation qui avait fait l'objet d'une économie jurisprudentielle par le juge initial, v. H. RUIZ FABRI et P. MONNIER, « Chronique du règlement des différends 2005-2006 », *op. cit.*, p. 1221.

1488 Rapport du groupe spécial, *Japon – Pommes* (21:5), *op. cit.*, par. 8.4.

1489 *Ibid.*

1490 *Ibid.*, par. 8.5.

rapide et complète »¹⁴⁹¹. Cette observation justifie rétrospectivement – ou au minimum apporte des éclairages rétrospectifs sur – l'approche adoptée par le groupe spécial dans la première procédure de l'article 21:5, dans l'affaire *Brésil – Aéronefs*. Le groupe spécial de la mise en conformité y a observé qu'au cours de la procédure initiale, le groupe spécial et l'Organe d'appel n'avaient examiné que l'un des trois critères énoncés au premier paragraphe du point k) de la Liste exemplative et permettant d'établir si la mesure en cause est une subvention à l'exportation. Le groupe spécial au titre de l'article 21:5 a cependant décidé d'examiner tous les éléments de la défense du Brésil, ce qui englobait également les deux autres aspects du point k) au sujet desquels le juge de la phase initiale n'avait pas formulé de constatations. Le groupe spécial en a justifié précisément au motif de cette absence de constatation, son « approche plus générale » était plus à même de guider le Membre responsable dans la mise en œuvre¹⁴⁹².

Dans ces deux affaires, l'approche du juge de la mise en conformité ne consistait qu'à *compléter* les constatations initiales¹⁴⁹³. Tout en étant délicate, la démarche se justifie si elle permet au groupe spécial d'effectuer un examen intégral de la licéité des mesures de mise en œuvre, et l'attitude inverse priverait même la procédure d'une grande partie de son utilité¹⁴⁹⁴. Cependant, on perçoit déjà que le juge de la mise en conformité, en procédant ainsi, s'approche d'un examen de ce qui *aurait dû* être fait ; il porterait alors un jugement sur les modalités de la mise en œuvre choisies par le Membre, alors que sa

1491 *Ibid.*, par. 8.6.

1492 Rapport du groupe spécial, *Brésil – Aéronefs* (21:5), *op. cit.*, par. 6.23.

1493 La même approche s'observe, par exemple, dans l'affaire *Etats-Unis – Réduction à zéro (CE)*. L'Organe d'appel avait à déterminer si le groupe spécial était tenu de prendre en compte « une nouvelle allégation en ce qui concerne un aspect *inchangé* de la mesure initiale, à savoir la détermination établie dans l'enquête initiale, allégation que les Communautés européennes *auraient pu formuler, mais n'[avaient] pas formulée, dans le différend initial* » (considération qui avait fait répondre par la négative au groupe spécial, v. son rapport, *Etats-Unis – Réduction à zéro (CE)* (21:5), *op. cit.*, par. 8.239). L'Organe d'appel a censuré le refus du groupe spécial, au motif suivant : bien qu'il ne doive pas s'agir de donner au plaignant une deuxième chance de plaider ce qu'il avait omis de plaider dans la procédure initiale, la seule question qui se posait au groupe spécial était celle de savoir si l'erreur arithmétique alléguée faisait partie intégrante de la mesure de mise en conformité ou si elle en était distincte. V. le rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Réduction à zéro (CE)* (21:5), *op. cit.*, par. 434.

1494 V. en ce sens également le rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Coton upland* (21:5), *op. cit.*, spéc. par. 9.26 : le groupe spécial y a procédé au même type d'examen, complétant celui de la phase initiale au sujet d'allégations qui n'avaient pas fait l'objet de constatations et recommandations en phase initiale.

compétence ne couvre que l'examen de la licéité de ce qui *a été* fait. En un sens, le règlement effectif des différends serait certainement optimisé si le mécanisme tolérait des « corrections » au détour de telles excursions rétrospectives, et admettait donc une véritable rétroaction au lieu de la seule rétropection. Cependant, un tel glissement substantiel ne peut se justifier juridiquement : indépendamment même de considérations relatives à la chose jugée, ne serait-ce que parce que les mesures en cause ne sont pas les mêmes. Cela étant, la difficulté de ce type d'approche, qui porte atteinte au caractère définitif des constatations initiales, peut au moins formellement être nuancée au regard de l'identité des formations de jugement entre les deux phases contentieuses. Elle est particulièrement perceptible dans l'affaire *Brésil – Aéronefs* précitée, où le groupe spécial de la mise en conformité, sans doute par simple inadvertance ou facilité de langage, a révélé la confusion à laquelle peut mener l'identité de la composition des organes de jugement¹⁴⁹⁵. De plus, en toute rigueur, les affaires ne sont pas les mêmes, si bien qu'on ne peut pas exactement y voir une remise en cause de la chose jugée.

2 Atteinte à la chose jugée par le contrôle de la mise en conformité
L'hypothèse précédente met déjà en évidence que la fonction de la procédure de l'article 21:5, conjuguée à l'exercice effectif de sa juridiction par le groupe spécial, peut mener à des rétroactions sur la phase initiale. La question est donc de savoir jusqu'où peut ou doit aller le contrôle : que le juge de la mise en conformité formule des constatations plus complètes que celles formulées par le juge initial n'est pas nécessairement problématique, mais qu'il élargisse son examen des mesures d'exécution au degré de porter atteinte à la chose jugée le devient. Pourtant, c'est bien ce que lui demandent parfois les plaignants. Dans l'affaire *Etats-Unis – Crevettes* par exemple, la Malaisie demandait au groupe spécial au titre de l'article 21:5 qu'il examine, au titre de l'intégralité de son contrôle de la licéité de la mesure de mise en œuvre, certains aspects qui avaient fait partie de la mesure initiale, qui avaient fait l'objet de constatations finales, dont l'Organe d'appel avait établi qu'ils étaient pleinement *compatibles* avec le droit de l'O.M.C. et qui se retrouvaient inchangés dans la nouvelle mesure¹⁴⁹⁶. Il est révélateur que la formule employée par la Malaisie était « réexaminer », mais il n'en fallait pas autant pour s'apercevoir que c'était

1495 Dans son rapport *Brésil – Aéronefs* (21:5), *op. cit.*, alors qu'il effectuait des sauts temporels entre ce qu'avait fait le groupe spécial initial et ce que lui-même comptait faire, il a ainsi écrit « nous » au sujet du groupe spécial initial : « [n]ous n'avons pas examiné les deux autres éléments nécessaires à la défense du Brésil » (par. 6.23).

1496 V. en ce sens le rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Crevettes* (21:5), *op. cit.*, par. 89.

bien d'une demande visant à faire revenir le juge de la mise en conformité sur la chose jugée qu'il s'agissait là. Et c'est ainsi que l'Organe d'appel l'a entendue, bien qu'il n'employât pas l'expression de « chose jugée », qui semble intimider les organes de jugement (ou plus probablement déplaire aux Membres, d'où la retenue des juges) si bien qu'ils l'éluent dans la mesure du possible. Mais, rappelant l'article 17:14 du Mémoire qui implique que le rapport de l'Organe d'appel d'une procédure initiale est la résolution définitive du différend, il a rejeté l'argument malaisien et confirmé que le groupe spécial avait eu raison de limiter son examen à la seule application de la mesure en cause, sans examiner sa licéité en tant que telle, qui avait déjà été constatée au cours de la procédure initiale¹⁴⁹⁷. En ce sens, MM. Kearns et Charnovitz avancent qu'il se développerait dans le règlement des différends de l'O.M.C. un équivalent de la doctrine du « *law of the case* » des juridictions dans les systèmes de *common law*, qui consiste à considérer que « *determinations of questions of law will generally be held to govern a case throughout all its subsequent stages where such determinations have already been made on a prior appeal to a court of last resort* »¹⁴⁹⁸. Si on constate en effet une véritable tendance en ce sens, qui correspond également à l'observation de la cohérence substantielle de la *jurisdictio* formulée précédemment, son appréciation appelle des nuances.

En effet, si l'Organe d'appel dans l'affaire précitée a implicitement condamné toute atteinte à la chose jugée, d'autres formations de jugement ont davantage glissé sur les ambiguïtés d'articulation entre les deux phases contentieuses. L'affaire *Etats-Unis – Jeux* les a fait apparaître le plus visiblement. Pour rappel, le groupe spécial au titre de l'article 21:5 y était confronté à l'argument que la mise en conformité pouvait être réalisée en l'absence de toute mesure de mise en œuvre, au motif que les mesures initiales étaient en réalité licites, que les Etats-Unis disposaient de nouvelles preuves en ce sens, et que la mise en conformité était ainsi réalisée¹⁴⁹⁹. C'était l'occasion pour le groupe spécial de clarifier au moins certaines des ambivalences que porte l'articulation des phases contentieuses, mais à la condition qu'il rejette l'argument américain après avoir constaté l'inexistence de mesures prises pour se conformer. Au lieu de cela, son refus de le faire a rendu plus apparent les dangers que portent les ambivalences existantes. Il a ainsi estimé « approprié », « [e]n tant que seul juge des faits dans la présente procédure de la mise en conformité [...] »

1497 *Ibid.*, par. 97-99.

1498 J. E. KEARNS et S. CHARNOVITZ, « Adjudicating Compliance in the WTO : A Review of DSU Article 21.5 », *op. cit.*, p. 350.

1499 Pour un exposé plus détaillé des faits et arguments ainsi que du raisonnement du groupe spécial, v. *supra*, Section I, § 1, B.

de faire certaines constatations factuelles *au-delà de celles qui sont strictement nécessaires* pour régler le différend, qui pourront aider l'Organe d'appel s'il devait être appelé ultérieurement à compléter l'analyse »¹⁵⁰⁰. Les Etats-Unis faisant valoir que leurs mesures initiales étaient licites et constitutives à elles seules de la mise en conformité, un examen de licéité entraînait nécessairement le groupe spécial sur le terrain des constatations formulées au cours de la procédure initiale, au sujet des mesures initiales, c'est-à-dire sur le terrain de la chose jugée. La démarche reste incompréhensible, d'autant que le groupe spécial n'aurait pas même eu à invoquer l'économie jurisprudentielle pour court-circuiter l'argument : il suffisait de faire valoir l'incohérence d'un examen de licéité dès lors que l'objet dont la licéité devait prétendument être examinée n'existait pas. La faible justification de l'approche tenait à la nouveauté des éléments de *fait*, qui démontreraient la permanence de la licéité des mesures initiales américaines¹⁵⁰¹. Mais on voit immédiatement qu'admettre un nouvel examen de mesures identiques au motif que le dossier *factuel* à l'appui de la démonstration serait plus « complet », plus « convaincant » et en toute hypothèse « différent »¹⁵⁰² ne revient pas, en réalité, à un examen de licéité de mesures prises pour se conformer, mais à un réexamen de mesures initiales dont l'Organe d'appel avait pourtant constaté l'incompatibilité. En d'autres termes, ce qui émergeait dans cette procédure était la possibilité, au moyen d'une ligne d'argumentation qui n'avait aucune chance de succès sinon celui de faire perdre pied au groupe spécial¹⁵⁰³, de faire rejuger le litige initial.

Mais l'atteinte à la chose jugée avait déjà été constituée à un autre niveau, au moyen d'une approche différente et au cours de l'examen de l'existence des mesures prises pour se conformer. Le groupe spécial avait annoncé, après une constatation « préliminaire » de l'inexistence de telles mesures, qu'il allait « à présent examiner les constatations et conclusions spécifiques formulées dans la procédure initiale afin de déterminer si, comme le font valoir les Etats-

1500 Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Jeux* (21:5), *op. cit.*, par. 6.94 (italiques ajoutés).

1501 V. l'argument des Etats-Unis en ce sens, qui faisaient valoir que le présent groupe spécial était « saisi d'un dossier factuel beaucoup plus complet [...] que ne l'était le Groupe spécial initial », et demandaient par conséquent des constatations et conclusions différentes, c'est-à-dire de licéité de leur législation, *in* rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Jeux* (21:5), *op. cit.*, par. 6.92.

1502 C'est ainsi que les Etats-Unis ont qualifié les nouveaux éléments versés au dossier, v. le rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Jeux* (21:5), *op. cit.*, par. 6.92 et 6.95.

1503 Mme Ruiz Fabri et M. Monnier ont résumé l'impasse dans laquelle s'était manœuvré le groupe spécial en observant « qu'à vouloir en dire suffisamment, on peut aisément en dire trop », v. H. RUIZ FABRI et P. MONNIER, « Chronique du règlement des différends 2006-2007 », *op. cit.*, p. 1027.

Unis, elles imposent ou autorisent une conclusion différente »¹⁵⁰⁴, c'est-à-dire si elles permettent de considérer que la mise en conformité peut être réalisée en n'apportant que des éléments de preuve supplémentaires, mais pas de changements formels aux mesures initiales elles-mêmes. Ici aussi, on perçoit nettement les implications systémiques que portait l'approche : d'abord, elle conduisait le groupe spécial à examiner la substance même de la chose jugée ; ensuite, et pour reformuler les propos du groupe spécial, il s'arrogeait ainsi le pouvoir de vérifier s'il y avait une faille dans les constatations du juge initial, qui permettrait d'envisager, s'agissant d'un rapport adopté, des effets juridiques différents de ceux habituellement admis. Par cette approche, le groupe spécial a mené une vaste analyse et interprétation du raisonnement qui avait conduit aux conclusions de l'Organe d'appel, exposées dans un développement de quarante-sept paragraphes, et dont la conclusion était que les constatations de l'Organe d'appel ne contenaient rien qui « perturberait » sa propre conclusion préliminaire¹⁵⁰⁵. Le possible glissement fonctionnel que peut exiger la procédure de l'article 21:5 se révèle ici très visiblement, celle-ci s'apparentant alors à la fonction du juge dans le cadre d'une demande en interprétation. Apprécier la licéité de ce qui a été fait et énoncer ce qui aurait dû être fait ou ce qu'il aurait été possible de faire au regard de la décision initiale peuvent aisément se confondre, et par son objet même, la procédure de l'article 21:5 porte la fonction d'interprétation en elle.

Cela étant, la forme d'interprétation que menait ici très perceptiblement le juge de la mise en conformité s'étendait bien au-delà de la fonction que revêt habituellement une action en interprétation, et son approche a révélé un double paradoxe. D'abord, le groupe spécial a lui-même, sans la nommer ainsi, affirmé l'autorité de la chose jugée que revêt tout rapport adopté par l'O.R.D.¹⁵⁰⁶, ce qui ne l'empêcha pas d'y porter atteinte à plusieurs reprises. Ensuite, l'une des possibles raisons qui l'ont entraîné dans cette démarche peu heureuse peut tenir à sa crainte de la censure par l'Organe d'appel ; si tel était bien le cas, on peut trouver maladroit qu'il ait entrepris une vérification de l'exactitude des constatations précisément dudit Organe d'appel. On peut d'ailleurs supposer que celui-ci aurait effectivement censuré l'approche, s'il avait été saisi de la question.

1504 Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Jeux (21:5)*, *op. cit.*, par. 6.38.

1505 *Ibid.*, par. 6.85.

1506 Une minutieuse interprétation de l'article 17:14 l'a en effet conduit à constater que le rapport adopté se présentait comme la résolution définitive du différend, dont les parties ne peuvent pas soumettre l'acceptation à des conditions. V. *ibid.*, par. 6.46-6.57.

B *Portée virtuelle d'une obligation de mise en conformité*

L'intérêt et l'efficacité de la procédure au titre de l'article 21:5 tiennent à ce que des mesures prises afin d'exécuter l'obligation de mise en conformité puissent faire l'objet d'un contrôle juridictionnel qui accroît la pression sur l'exécution. Mais son efficacité comporte également une dimension prospective, insoupçonnée jusqu'alors et révélée par la très récente affaire *Chine – Matières premières*. L'obligation de mise en conformité semble en effet pouvoir faire l'objet d'une forme de projection, au sens d'une qualification anticipée et automatique des mesures tombant sous son champ, et qui relèveront par conséquent de la compétence d'un futur groupe spécial de la mise en conformité. On trouve déjà très tôt déjà dans la jurisprudence le premier indice d'un renvoi hypothétique et futur à la procédure de l'article 21:5 : dans l'affaire *Etats-Unis – Crevettes*, le groupe spécial avait formulé sa constatation de licéité de la mesure de mise en œuvre sous la réserve de la satisfaction *continue* de certaines conditions¹⁵⁰⁷. Il ajouta que « si l'une ou l'autre des conditions mentionnées [...] cessait d'être remplie, les recommandations de l'ORD pourraient ne plus être respectées. [...] E]n pareille circonstance, l'une ou l'autre des parties plaignantes dans l'affaire initiale pourrait être habilitée à avoir de nouveau recours à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord »¹⁵⁰⁸. Il s'agissait donc ici d'une constatation de mise en conformité *conditionnelle*, qui impliquait la possibilité qu'une obligation de mise en conformité en principe éteinte soit « réactivée », avec la conséquence d'un renvoi devant un groupe spécial au titre de l'article 21:5. De la même manière, mais sans mentionner l'article 21:5, le groupe spécial dans l'affaire *Etats-Unis – Section 301* avait formulé une constatation conditionnelle avec engagement unilatéral¹⁵⁰⁹. Mais la récente affaire *Chine – Matières premières* est allée plus loin encore : les mesures annuelles adoptées *après*

1507 Notamment la condition de « la poursuite d'efforts sérieux de bonne foi en vue de parvenir à un accord multilatéral », v. le rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Crevettes* (21:5), *op. cit.*, par. 6.1.

1508 *Ibid.*, par. 6.2.

1509 Le groupe spécial avait précisé que « toutes ces conclusions [de compatibilité des articles 301 à 310 de la Loi américaine sur le commerce extérieur] reposent en totalité ou en partie sur les engagements de l'Administration des Etats-Unis mentionnés plus haut. Il s'ensuit donc que les constatations de conformité figurant dans les présentes conclusions ne seraient plus justifiées si ces engagements étaient reniés ou rompus d'une manière ou d'une autre par l'Administration des Etats-Unis ou une autre branche du gouvernement des Etats-Unis », rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Article 301, Loi sur le commerce extérieur*, *op. cit.*, par. 8.1. Cette observation signifiait que la naissance d'une obligation de mise en conformité était conditionnée par un manquement aux engagements grâce auxquels les mesures américaines avaient été jugées licites au regard du droit de l'O.M.C. ; si

l'établissement du groupe spécial ne relevaient pas de son examen (1.), mais le groupe spécial n'en a pas moins formulé des recommandations qui absorbaient, de manière prospective, des mesures futures dans le champ de l'obligation de mise en conformité (2.). La complexité et la nouveauté de l'hypothèse qu'a révélée cette affaire en justifient une présentation détaillée.

1 Mesures annuelles et compétence au fond du groupe spécial

Dans cette affaire, les plaignants (Etats-Unis, Communautés européennes et Mexique) avaient mis en cause les contingents d'exportation et les droits d'exportation imposés par la Chine sur plusieurs matières premières, restrictions qui résultaient de l'application conjuguée de plusieurs mesures, certaines permanentes et d'autres annuelles¹⁵¹⁰. Un groupe spécial a été établi le 21 décembre 2009, mais une controverse est rapidement née au sujet des limites de sa compétence *ratione materiae*. La Chine avait en effet, au cours de la procédure, adopté une centaine de nouvelles mesures (appelées « mesures de 2010 »), tandis que celles indiquées dans la demande d'établissement (les « mesures de 2009 ») étaient venues à expiration ou avaient été remplacées. Le désaccord entre les parties portait sur la question de savoir si le groupe spécial devait examiner la série de mesures – en vigueur – telle qu'elle existait en 2010 ou plutôt la série de mesures – expirées – telle qu'elle existait au moment de l'établissement du groupe spécial en 2009. La Chine estimait que le groupe spécial ne devait examiner que les mesures de 2010, un examen des mesures de 2009 étant inutile au sens où, ayant cessé d'exister, elles ne pouvaient plus être constitutives d'une violation. L'enjeu pour elle était important : elle n'avait pas présenté de moyen de défense ni de justification pour les restrictions à l'exportation imposées par les mesures de 2009 et qui n'étaient pas imposées par les mesures de 2010 ; il s'agissait donc pour elle de pouvoir faire valoir l'exception au titre de l'article XX au détour des mesures de 2009. Les plaignants en revanche estimaient que la compétence du groupe spécial était liée à la situation juridique qui existait à la date de son établissement ; ils avaient donc indiqué dans la demande d'établissement l'ensemble des mesures de 2009, mais également inclus expressément les mesures de « remplacement ». Au cours de la

ces engagements n'étaient plus respectés, les mesures seraient illicites et les constatations du groupe spécial perdraient leur validité.

1510 La conception du système législatif chinois était telle que pour chaque produit, une série de mesures comprenait une loi-cadre permanente et des règlements d'application, auxquels s'ajoutai(en)t un ou plusieurs instrument(s) juridique(s) spécifique(s) indiquant les contingents d'exportation ou les droits d'exportation individuels imposés sur chaque produit déterminé pour une durée déterminée, généralement d'un an.

procédure, ils demandèrent soudainement au groupe spécial de n'examiner que les mesures de 2009¹⁵¹¹. Le groupe spécial avait donc à trancher la question de savoir si son examen devait porter sur les mesures en vigueur au moment de son établissement ou sur les mesures de remplacement promulguées au cours de la procédure et actuellement en vigueur.

Dans un premier temps, il porta son attention sur les dispositions pertinentes s'agissant du mandat d'un groupe spécial et de la demande d'établissement. Il rappela ainsi l'importance du mandat visé à l'article 7, dans la mesure où celui-ci énonce « les paramètres de [l]a compétence [d'un groupe spécial] et précise quelles mesures spécifiques doivent faire l'objet de constatations et recommandations »¹⁵¹². En principe, on l'a vu, la demande d'établissement doit indiquer avec précision les « mesures spécifiques en cause », qui doivent exister au moment de la demande d'établissement¹⁵¹³ ; l'approche centrée sur la connexité entre mesures permet toutefois à un groupe spécial de tenir compte d'une mesure édictée même *après* son établissement, sous la réserve qu'elle ne modifie pas l'essence de la mesure indiquée dans la demande d'établissement¹⁵¹⁴. Cependant – et l'observation était importante en l'espèce –, une telle approche ne doit pas légitimer une pratique qui consisterait pour le défendeur à modifier systématiquement ses mesures au cours de la procédure, à la seule fin de les soustraire au contrôle par le juge¹⁵¹⁵. Cette mise en garde

1511 Demande à laquelle la Chine reprochait, si elle était acceptée, de compromettre l'équité et l'équilibre du règlement des différends, et qu'elle interprétait en outre comme une stratégie visant à empêcher le groupe spécial de se prononcer sur son moyen de défense, notamment l'article XX g). Les Etats-Unis ont retourné l'« accusation », considérant que par ses actions, la Chine avait mis en place « une matrice de restrictions et de moyens de défense pour maximiser sa capacité à trouver la formule unique qui lui fournira une feuille de route pour justifier *toutes* ses restrictions à l'exportation – à la fois celles qui sont en cause dans le présent différend et la myriade de restrictions à l'exportation ne relevant pas du présent différend qu'elle impose ». V. le résumé analytique de la deuxième communication écrite des Etats-Unis, annexe A-4 au rapport du groupe spécial, par. 20.

1512 Rapport du groupe spécial, *Chine – Matières premières*, *op. cit.*, par. 7.10.

1513 Ces précisions ont été apportées par l'Organe d'appel dans des affaires antérieures, v. notamment ses rapports *in CE – Morceaux de poulet*, *op. cit.*, par. 156 ; et *Communautés européennes – Certaines questions douanières*, WT/DS315/AB/R, 13 novembre 2006, par. 184.

1514 Rapport de l'Organe d'appel, *Chili – Système de fourchettes de prix*, *op. cit.*, par. 139. Pour rappel, l'approche centrée sur la connexité entre mesures est présentée *supra* dans ce chapitre, Section I, § 1, C., 2.

1515 Rapport du groupe spécial, *Chine – Matières premières*, *op. cit.*, par. 7.13. Cette précision est directement tirée du rapport de l'Organe d'appel, *Chili – Système de fourchettes de prix*, *op. cit.*, par. 144.

s'explique par le souci de régularité de la procédure, qui rend inadmissibles des mesures prenant la forme de « cibles mobiles », obligeant ainsi le plaignant à ajuster sans arrêt son argumentation pour s'adapter aux modifications apportées aux mesures¹⁵¹⁶.

La question de la modification des mesures initiales surgit avec une pertinence aiguë s'agissant de mesures annuelles. L'affaire *CE – Produits des technologies de l'information* a servi ici d'aiguille : les faits avaient permis à ce groupe spécial de considérer que les limites de sa compétence étaient suffisamment étendues pour qu'il pût examiner à la fois la mesure en vigueur au moment de son établissement et les versions ultérieures telles qu'elles résultaient des modifications¹⁵¹⁷. En l'espèce, la demande d'établissement mentionnait, en plus des mesures spécifiquement identifiées, « toutes modifications ou prorogations, mesures connexes, mesures de remplacement, mesures de reconduction et mesures de mise en œuvre », et le groupe spécial en a inféré qu'il était compétent pour examiner toutes les modifications et mesures de remplacement édictées même après son établissement, sous la réserve qu'elles fussent de la même essence que les mesures initiales indiquées dans la demande d'établissement¹⁵¹⁸. Il a ensuite procédé à une transposition et extension de la justification s'agissant des modifications de mesures, qu'il a considérée comme applicable aux mesures de remplacement de même essence que les mesures initiales indiquées dans la demande d'établissement¹⁵¹⁹. Restait donc à déterminer le sort des mesures annuelles « correctives ». La question était de savoir si une nouvelle mesure annuelle qui corrigeait la violation constituée par la mesure qu'elle remplaçait pouvait être considérée comme étant de la même essence. Le juge était d'avis que la *licéité* d'une mesure participe naturellement de son essence ; or, les mesures de 2010 corrigeaient des incompatibilités créées par les mesures de 2009, et elles ne pouvaient dès lors pas être de même essence que des mesures constitutives d'une violation : il a conclu que

1516 Les États-Unis avaient d'ailleurs fait valoir cet argument, considérant que ne pas examiner les mesures de 2009 créerait une « cible mobile » à la fois pour les plaignants et pour le groupe spécial, v. le résumé analytique de la déclaration orale liminaire des plaignants à la première réunion de fond, annexe A-2 au rapport du groupe spécial dans l'affaire *Chine – Matières premières*, par. 8.

1517 Rapport du groupe spécial, *CE – Produits des technologies de l'information*, op. cit., par. 7.141, 7.142 et 7.146. V. aussi le rapport du groupe spécial, *Chine – Matières premières*, op. cit., par. 7.13.

1518 V. la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par les États-Unis, *Chine – Mesures relatives à l'exportation de diverses matières premières*, WT/DS394/7, 9 novembre 2009, p. 4 ; et le rapport du groupe spécial, *Chine – Matières premières*, op. cit., par. 7.15.

1519 Rapport du groupe spécial, *Chine – Matières premières*, op. cit., par. 7.16.

les limites de sa compétence ne pouvaient être élargies au point d'y inclure l'examen de ces mesures de remplacement¹⁵²⁰.

Ces considérations devaient toutefois être nuancées au regard d'une circonstance additionnelle. En effet, alors que le groupe spécial avait considéré, dans une première décision préliminaire au sujet de son mandat, que les mesures de remplacement faisaient partie de celui-ci¹⁵²¹, les plaignants lui avaient explicitement demandé, dans leur réponse à la première communication écrite de la Chine, de n'examiner que les mesures de 2009. Le groupe spécial percevait manifestement cette demande comme une restriction de son mandat, mais il n'avait guère d'autre choix que de s'y plier : en vertu des articles 6:2 et 7 du Mémoire lus conjointement, ce sont les plaignants qui maîtrisent la portée du mandat, du moins en ce qui concerne leurs allégations. Ils décident de celles qu'ils souhaitent soumettre à un groupe spécial, tout comme ils peuvent aussi unilatéralement en retirer une ou plusieurs, voire la plainte dans sa totalité. En toute rigueur, la demande des plaignants signifiait ici qu'ils avaient retiré au groupe spécial le pouvoir d'examiner les allégations au sujet des mesures de 2010, et qu'il n'était donc compétent que pour examiner celles de 2009¹⁵²².

2 Mesures annuelles et pouvoir de formuler des constatations ou recommandations

Une fois établi que l'examen par le groupe spécial peut porter sur des mesures expirées, une autre question est de savoir s'il peut formuler à leur propos des constatations et recommandations. De nouveau, l'affaire *Chine – Matières premières* a apporté des éclairages inédits sur une question qui ne l'était pas tout à fait. La difficulté était la suivante : si le groupe spécial ne formulait pas de recommandation, la Chine aurait eu, de fait sinon de droit, la possibilité de rétablir à tout moment les mesures constitutives d'une violation. Le risque de comportements abusifs est manifeste, si le mécanisme laisse aux défenseurs la latitude de retirer au cours d'une procédure une mesure dont ils savent pertinemment qu'elle est incompatible, à la seule fin d'échapper à une recommandation à son propos (et donc d'une obligation juridique d'y mettre fin), puis de la rétablir aussitôt la procédure achevée. Sans surprise, la Chine soutenait que le groupe spécial ne pouvait pas formuler une recommandation au sujet

¹⁵²⁰ *Ibid.*, par. 7.17.

¹⁵²¹ Communication du groupe spécial, décision préliminaire, WT/DS394/9, WT/DS395/9, WT/DS398/8, 18 mai 2010, par. 20.

¹⁵²² Pour les développements à ce sujet, v. le rapport du groupe spécial, *Chine – Matières premières*, *op. cit.*, par. 7.20-7.24.

de mesures expirées, puisque de toutes les façons elle ne pouvait rien faire de plus pour mettre en conformité des mesures qui n'avaient plus d'existence juridique ; et sans recommandation, elle ne s'estimait pas tenue d'adopter des « mesures prises pour se conformer »¹⁵²³. On aperçoit bien à ses arguments que la Chine sentait l'étau se resserrer, et on peut même supposer qu'elle voyait d'ores et déjà se profiler la possibilité d'une procédure de l'article 21:5 contre elle. Elle soutenait d'ailleurs que les plaignants ne pouvaient pas choisir de ne faire examiner que les mesures de 2009, priver de ce fait la Chine de son moyen de défense, puis recourir à une procédure de contrôle de la mise en conformité concernant les mesures de 2010 (ou d'autres mesures annuelles ultérieures) : selon elle, tout désaccord relatif aux mesures de 2010 relevait dans ces conditions d'une procédure initiale¹⁵²⁴.

Le groupe spécial avançait ici en terre (presque) inconnue, et en tout cas disposait d'une marge d'appréciation considérable puisque le Mémoire est muet sur la question. Plusieurs affaires avaient déjà donné l'occasion d'aborder, sous un angle ou un autre, la question des recommandations s'agissant de mesures expirées, mais aucun juge n'avait avancé aussi loin que le groupe spécial devait le faire ici. Dans l'affaire *Etats-Unis – Certains produits en provenance des CE* par exemple, le groupe spécial avait bien formulé une recommandation de mise en conformité au sujet d'une mesure qui était arrivée à expiration – mais l'Organe d'appel l'a ensuite censuré, soulignant qu'il était impossible de rendre conforme une mesure qui avait cessé d'exister¹⁵²⁵. Sur un terrain très voisin de la présente affaire, et qui aida considérablement le groupe spécial, l'Organe d'appel dans la récente affaire *Etats-Unis – Maintien*

1523 V. le résumé analytique de la déclaration orale finale de la Chine à la première réunion de fond, annexe D-3 au rapport du groupe spécial dans l'affaire *Chine – Matières premières*, par. 12 ; et le résumé analytique de la deuxième communication écrite de la Chine, annexe D-4 au rapport du groupe spécial dans l'affaire *Chine – Matières premières*, par. 3.

1524 Résumé analytique de la déclaration orale finale de la Chine à la première réunion de fond, annexe D-3, *op. cit.*, par. 11-16. V. aussi le résumé analytique de la déclaration orale finale de la Chine à la deuxième réunion de fond, annexe D-5 au rapport du groupe spécial dans l'affaire *Chine – Matières premières*, par. 1.

1525 V. le rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Mesures compensatoires concernant certains produits en provenance des Communautés européennes*, WT/DS212/AB/R, 9 décembre 2002, par. 81. L'affaire *Etats-Unis – Volaille (Chine)* est à cet égard encore plus intéressante, car plus proche de la demande faite en l'espèce au groupe spécial. Le groupe spécial y avait choisi de formuler des *constatations* sur une mesure arrivée à expiration, mais avait en revanche considéré qu'il ne serait pas approprié de formuler des *recommandations* au sujet d'une mesure illicite mais qui avait entretemps été abrogée : v. le rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Volaille (Chine)*, *op. cit.*, par. 7.56.

de la réduction à zéro a eu à décider s'il pouvait formuler une recommandation pour une mesure qui n'existait pas encore au moment de l'établissement du groupe spécial. Celui-ci avait estimé que l'examen d'une telle mesure était hors de sa compétence, puisqu'il ne pouvait pas faire de *constatations* au sujet d'événements susceptibles de se produire à l'avenir¹⁵²⁶. Mais l'Organe d'appel l'a censuré, considérant au contraire que des mesures qui, comme dans le cas de la pratique continue de la réduction à zéro, « sont constantes et ont une application prospective et une durée de vie qui peut s'étendre dans l'avenir » pouvaient sans difficulté faire l'objet d'une procédure de règlement des différends¹⁵²⁷. Dans l'affaire chinoise, le problème ne se posait pas très différemment : quelle approche adopter face à une mesure qui expirera dans un an, mais dont il est à peu près certain qu'elle aura une réelle application dans le futur parce qu'elle sera remplacée par une mesure identique ? C'est à la lumière de l'efficacité du mécanisme de règlement des différends que le groupe spécial a alors développé son raisonnement.

Il a considéré que l'examen des mesures de 2010 était d'une pertinence particulière puisqu'il lui permettrait de déterminer si les mesures de 2009 ont véritablement une application future¹⁵²⁸. Sous-entendue était évidemment la question d'une *violation* future. S'agissant des *constatations*, il a décidé l'approche suivante : d'abord, et puisque les plaignants lui ont expressément demandé de ne pas formuler de constatations au sujet des mesures de 2010, elles ne porteront que sur les mesures de 2009. Ensuite, lorsqu'il apparaît qu'une mesure de remplacement corrige la violation créée par une mesure de 2009 (donc d'essence différente et hors de son mandat), il ne formulera ni constatation ni recommandation. Cependant, déterminer si la nouvelle mesure est de la même essence que l'ancienne et a donc une application prospective suppose nécessairement de déterminer si elle supprime ou maintient la violation. Enfin, et pour éviter que les mesures renouvelées annuellement n'échappent à son examen pour cause d'expiration due à leur caractère annuel, il formulera des constatations sur toute la série de mesures (permanentes et annuelles) en vigueur au moment de son établissement¹⁵²⁹. S'agissant en

1526 Ne serait-ce que parce que des mesures prospectives ne pouvaient avoir été identifiées avec précision dans la demande d'établissement. V. le rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Maintien en existence et en application de la méthode de réduction à zéro*, WT/DS350/R, 1^{er} octobre 2008, par. 7.59.

1527 Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Maintien en existence et en application de la méthode de réduction à zéro*, WT/DS350/AB/R, 4 février 2009, par. 170 et 171.

1528 Rapport du groupe spécial, *Chine – Matières premières*, *op. cit.*, par. 7.31.

1529 *Ibid.*, par. 7.33.

revanche des *recommandations*, le groupe spécial a choisi de n'en formuler aucune pour l'ensemble des mesures de 2009 et pour toutes les mesures qui avaient cessé d'exister au 15 décembre 2010 ; mais lorsque l'allégation portait sur une mesure annuelle, il estimait justifié de formuler des recommandations pour toutes celles mesures en vigueur à la date de son établissement¹⁵³⁰. Les recommandations formulées sur la base de cette approche sont singulières et au minimum inédites, mais ce qui retient tout particulièrement l'attention est la dernière phrase, qui est le pivot de ces développements et de l'hypothèse que nous avançons : « le Groupe spécial recommande que l'Organe de règlement des différends demande à la Chine de rendre ses mesures conformes à ses obligations dans le cadre de l'OMC de façon à ce que la "série de mesures" n'ait pas pour effet d'entraîner un résultat incompatible avec les règles de l'OMC »¹⁵³¹. C'est sur ce point aussi que se concentra une large partie de la controverse au cours de l'appel.

En appel, la Chine a fait valoir que les recommandations au sujet des droits d'exportation et des contingents d'exportation portaient sur des mesures annuelles de remplacement, alors que les plaignants les avaient explicitement retirées du mandat du groupe spécial et que celui-ci avait donc dépassé le cadre de sa compétence. On comprend que ce qui contrariait surtout la Chine était la portée prospective des recommandations, en ce qu'elles visaient une « série de mesures » dont la durée de vie prospective était prolongée par leur caractère annuel qui garantissait la survenance régulière de mesures de remplacement ; celles-ci tombaient alors toutes, potentiellement, dans la portée des recommandations et de l'obligation de mise en conformité qui en résulte. Mais l'Organe d'appel a validé le raisonnement et les conclusions du groupe spécial en tous points relatifs à la compétence de celui-ci : les mesures pouvant faire l'objet des recommandations se limitent à celles dont l'examen est

1530 *Ibid.* Concrètement, cela impliquait toutes les mesures imposant des droits d'exportation et des contingents d'exportation.

1531 Rapport du groupe spécial, *Chine – Matières premières*, *op. cit.*, par. 8.8, 8.15 et 8.22. Le début des recommandations se lit ainsi : « [L]e Groupe spécial recommande que l'Organe de règlement des différends demande à la Chine de rendre les mesures existantes en cause conformes à ses obligations au titre du GATT de 1994, de son Protocole d'accession et du rapport du Groupe de travail de l'accession de la Chine. Il ne formule pas de recommandation au sujet des mesures venues à expiration, à savoir les mesures de 2009 en cause et les mesures relatives au PME antérieures à 2009. En ce qui concerne les constatations relatives aux droits d'exportation et aux contingents d'exportation, le Groupe spécial a constaté que la série de mesures opérant collectivement avait abouti à l'imposition de droits d'exportation ou de contingents d'exportation qui étaient incompatibles avec les obligations de la Chine dans le cadre de l'OMC ».

couvert par le mandat du groupe spécial¹⁵³². Or, dans sa constatation le groupe spécial avait mentionné une « série de mesures », qui posait la question de l'objet précis de la contestation des plaignants. Mais l'Organe a observé qu'ils avaient formulé des allégations au sujet de *toutes* les mesures par lesquelles des droits et contingents d'exportation étaient imposés au moment de l'établissement du groupe spécial en 2009¹⁵³³. Par conséquent, le groupe spécial avait à bon droit formulé des recommandations au sujet de ce qu'il identifiait comme une « série de mesures » en vigueur à la date de son établissement. S'agissant des mesures de 2010, le groupe spécial a eu raison de procéder avec la plus prudence dans la formulation de ses recommandations, puisque l'Organe d'appel a conclu qu'il n'avait fait « aucune recommandation expresse » au sujet de mesures hors de son mandat, c'est-à-dire celles de 2010¹⁵³⁴.

Partant, la question cruciale était de savoir si les recommandations du groupe spécial emportaient des conséquences pour toutes les mesures, *existantes et futures*, qui imposaient ou imposeraient des droits et des contingents d'exportation sur les produits concernés. La clé de la réponse reposait sur la distinction entre le fondement et les effets d'une recommandation. Les plaignants initiaux faisaient valoir que « le fait qu'une recommandation peut avoir une application temporelle dans l'avenir (en ce sens qu'elle oblige le Membre concerné à s'assurer qu'il s'est conformé à la recommandation) ne contredit pas le fait qu'elle est nécessairement formulée sur la base d'une constatation dont l'application temporelle se situe dans le passé »¹⁵³⁵. La situation était plus simple dans l'opinion de la Chine et, sans y adhérer, on en comprend les raisons : une recommandation au sujet d'une mesure de 2009 ne peut pas avoir d'effet pour une mesure de 2010. L'Organe d'appel a apporté ici un important éclairage sur la distinction entre la portée temporelle d'une constatation et celle d'une recommandation. Une *constatation* concerne une mesure *telle qu'elle existait au moment de l'établissement* du groupe spécial, alors qu'« une recommandation a un caractère prospectif » en ce sens qu'elle a un effet sur, ou des conséquences pour, les obligations de mise en œuvre des Membres de l'OMC qui découlent de l'adoption du rapport d'un groupe spécial et/ou de l'Organe d'appel par l'ORD »¹⁵³⁶. Le facteur déterminant était l'interconnexion de toutes les mesures composant la pyramide législative chinoise : l'illicéité des droits ou contingents d'exportations n'était produite que par l'action conju-

1532 Rapport de l'Organe d'appel, *Chine – Matières premières*, *op. cit.*, par. 251.

1533 *Ibid.*, par. 254.

1534 *Ibid.*, par. 255.

1535 *Ibid.*, par. 259.

1536 *Ibid.*, par. 260 (italiques ajoutés).

guée de toutes ces mesures¹⁵³⁷. L'Organe d'appel a confirmé sans hésitation l'analyse du groupe spécial, considérant qu'il avait à juste titre recommandé que la Chine mette ses mesures en conformité avec ses obligations au titre de l'OMC « de façon à ce que la "série de mesures" n'ait pas pour effet d'entraîner un résultat incompatible avec les règles de l'OMC »¹⁵³⁸. Et, pour qu'il n'y eût aucun doute, il appuya ses propos en observant que le fait que les constatations et recommandations étaient fondées sur la situation juridique de 2009 n'impliquait pas que la Chine n'avait aucune obligation de mise en conformité en ce qui concerne les constatations¹⁵³⁹. En d'autres termes, et là réside la l'apport radicalement nouveau de cette affaire, ce que portent en creux ces deux rapports est qu'une obligation de mise en conformité peut être *virtuelle*, et ne naître qu'au moment où les mesures qui relèvent d'elles existeront réellement. Plus largement, cela implique une portée anticipée et également virtuelle de la procédure de l'article 21:5, puisqu'elle « récupérerait » alors toutes les mesures tombant dans la portée de l'obligation de mise en conformité.

Pourtant, l'idée n'est pas apparue seulement avec cette récente affaire. Dans l'affaire *Etats-Unis – Coton upland*, l'Organe d'appel avait déjà établi une distinction entre, d'une part, la possibilité pour un groupe spécial d'examiner des *allégations* et formuler une *constatation* au sujet d'une mesure expirée, et, d'autre part, la possibilité pour une mesure expirée d'être l'objet d'une *recommandation*¹⁵⁴⁰. En outre, de l'affaire *Etats-Unis – Maintien de la réduction à zéro* mentionnée ci-dessus à l'approche adoptée dans l'affaire chinoise, il n'y avait qu'un pas à faire. Il fallait que l'occasion s'en présente, et les mesures annuelles (tout comme d'autres pratiques répétées ou constantes, telle que la réduction à zéro) s'y prêtent particulièrement bien. Mais l'Organe d'appel ne s'est pas contenté de valider l'approche du groupe spécial : il l'a justifiée par l'objectif même du Mémorandum et du règlement des différends, et l'a rendue par là quasiment inébranlable. On comprend que l'absence de recommandation dans l'espèce était pour lui inconcevable, puisqu'elle impliquerait qu'une constatation d'illicéité puisse ne pas conduire à faire naître une obligation de mise en conformité ; selon l'Organe d'appel, la décision serait alors seulement déclaratoire, alors que le mécanisme tout entier vise à parvenir à une solution positive des différends¹⁵⁴¹. On comprend qu'il entendait ici « déclaratoire »

1537 V. le rapport du groupe spécial, *Chine – Matières premières*, op. cit., par. 7.68 et 7.224.

1538 V. les recommandations du groupe spécial, citées ci-dessus.

1539 Rapport de l'Organe d'appel, *Chine – Matières premières*, op. cit., par. 262.

1540 V. le rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Subventions concernant le coton upland*, WT/DS267/AB/R, 3 mars 2005, par. 272.

1541 Rapport de l'Organe d'appel, *Chine – Matières premières*, op. cit., par. 264.

dans son sens strict, désignant le type de jugements déclaratoires que la C.I.J. refuse elle aussi de rendre, c'est-à-dire ceux dépourvus d'effets pratiques¹⁵⁴².

Lorsque les deux formations de jugement demandent ici à la Chine de faire en sorte que sa « série de mesures » ne constitue pas d'illicéité, c'est évidemment d'une demande de garantie de non-répétition qu'il s'agit. Mais elle revêt une dimension supplémentaire, puisqu'elle est doublée de l'annonce d'une obligation de mise en conformité future, dont la naissance est conditionnée par l'apparition d'un manquement certes futur mais identifié d'avance. Les éclairages rétrospectifs qu'apporte le contentieux de la mise en conformité sur les caractéristiques du mécanisme d'ensemble ont déjà fait apparaître la nature strictement prospective et proactive de l'obligation de mise en conformité. Ces deux décisions y ajoutent encore, en ce qu'elles permettent d'envisager qu'elle soit revêtue d'une forme de « super-proactivité » : l'obligation de mise en conformité peut agir sur des mesures hors de la compétence du juge initial, mais dont la mise en conformité est anticipée dès la phase initiale, et qui pourraient par conséquent faire l'objet de contestations devant le juge au titre de l'article 21:5. C'est donc également de l'anticipation d'un futur contrôle de la mise en conformité qu'il s'agit ici. Les implications plus larges de ces décisions sont considérables, puisqu'elles renforcent l'importance de la procédure de l'article 21:5 : sa seule existence porte une force dissuasive jusque là non identifiée. Que la décision initiale puisse faire naître une obligation de mise en conformité dont partie de la portée n'est que virtuelle et ne deviendrait réelle qu'avec la survenance d'une violation prévue emporte une conséquence inédite : des mesures futures sont d'avance absorbées dans le domaine de compétence d'un (futur) groupe spécial au titre de l'article 21:5. La procédure en gagne encore en efficacité, mais celle-ci n'est pas imputable à la procédure en elle-même et découle plutôt de l'approche novatrice consacrée ici. En effet, donner à une obligation de mise en conformité une portée partiellement virtuelle est susceptible de rendre les Membres plus prudents avec l'adoption de mesures annuelles : puisqu'elles relèvent automatiquement de l'obligation de mise en conformité, un plaignant initial qui en serait insatisfait n'aura pas à porter une

1542 On l'aperçoit bien dans la formule employée par le juge : « [l']absence de recommandation en pareil cas signifierait en effet qu'une constatation d'incompatibilité concernant ces mesures n'aboutirait pas à des obligations de mise en œuvre pour un Membre défendeur et qu'elle serait, en ce sens, simplement déclaratoire », *ibid.* V. aussi sur ce point H. RUIZ FABRI et P. MONNIER, « Chronique du règlement des différends 2007-2008 », *op. cit.*, p. 853. Pour un rappel au sujet du caractère déclaratoire des rapports des organes de jugement de l'O.M.C., v. *supra*, Première partie, Titre II, Chapitre II, Section II, § 1, A., 2., b.

nouvelle affaire devant l'O.M.C., il lui suffira de déclencher une procédure de l'article 21:5 ; en tant que « mesures prises pour se conformer » identifiées par avance, elles relèveront automatiquement de la compétence du groupe spécial de la mise en conformité.

•

La procédure de l'article 21:5 est la clé de voûte de l'architecture du contentieux de la mise en conformité. La raison évidente est qu'elle porte le contrôle, au fond, des mesures d'exécution. Mais la raison principale du caractère unique de la procédure est conjoncturelle : son efficacité réside dans la manière dont les groupes spéciaux choisissent d'interpréter la compétence que leur confère l'article 21:5, afin que l'examen qu'elle les habilite à effectuer encadre le plus utilement les Membres au regard de l'objectif du mécanisme. Initialement prudents et déférents, les groupes spéciaux sont progressivement devenus plus audacieux. On identifiait déjà dès l'abord l'intérêt de la procédure pour fournir une évaluation objective des mesures d'exécution. Mais c'est dans les dernières années qu'elle a véritablement révélé l'ampleur de son potentiel en tant qu'instrument de pression sur les Membres. Cette pression est réalisée au moyen d'un encadrement étroit de la marge dont disposent ceux-ci pour configurer leurs mesures de mise en œuvre. Aussi bien les conditions matérielles auxquelles doit répondre une mesure pour être considérée comme étant prise pour se conformer au sens de l'article 21:5, que sa portée temporelle, ont été interprétées très largement par les groupes spéciaux, si bien qu'ils sont progressivement allés jusqu'à absorber dans leur examen des mesures non désignées comme étant prises pour se conformer, mais étroitement liées au différend initial, ou des mesures entrées en vigueur seulement après leur établissement, voire à considérer que leurs constatations d'illicéité et l'obligation de mise en conformité qui en découle peuvent avoir une portée virtuelle. De même, ils ont interprété la fonction spécifique de la procédure comme leur permettant de vérifier la compatibilité intégrale des mesures sous examen. Que ce type de contrôle est étroitement lié au rapport issu de la procédure initial est manifeste : certes, les mesures sont nouvelles, mais elles sont avant toute chose de mise en œuvre et peuvent n'être qu'une modification mineure de la mesure initiale. Dans ces conditions, les recoupements entre les niveaux d'examen sont probables, et les groupes spéciaux de la mise en conformité doivent veiller à trouver la ligne d'équilibre, compatible avec leur compétence au titre de l'article 21:5, entre un examen des nouvelles mesures qui porterait atteinte à la chose jugée, et un examen trop prudent qui ne tiendrait pas compte des éclairages utiles apportés par la chose jugée.

• •

Le Mémorandum pose le principe d'une exécution dans les plus brefs délais et, si la mise en œuvre immédiate s'avère souvent impossible et si certaines affaires connaissent des retards considérables, l'arbitre du délai raisonnable et le juge de la mise en conformité concourent tous deux à ce que ce principe ne reste pas lettre morte. L'un comme l'autre ne se contentent pas de déterminer le délai raisonnable et de vérifier la licéité de la mesure de mise en œuvre au regard du seul principe cardinal de la liberté de choix des moyens d'exécution qui appartient au Membre responsable. Au contraire, ils cherchent bien plus à l'articuler de manière équilibrée mais efficace avec l'objectif d'une résolution rapide et positive des différends et du principe d'une exécution dans les plus brefs délais ; et même de manière si utile que s'est développée chez eux la tendance à faire céder la liberté de choix des Membres devant l'exécution rapide de l'obligation de mise en conformité qui leur incombe. Dans les deux cas, la clé de la pression exercée sur le Membre réside dans la compétence de l'organe de jugement et, dans les deux cas, l'interprétation de son domaine de compétence a fait l'objet d'un important renversement de perspective de la part des organes de jugement : d'une approche initiale centrée sur la liberté du Membre, consistant à déterminer en quelque sorte de manière négative les limites de leur compétence, ils ont évolué vers une approche centrée sur ce qui est la raison d'être du contentieux de l'exécution : l'obligation de mise en conformité. Progressivement, leur démarche a pris comme point de départ leur propre compétence et la manière dont elle doit être entendue pour pouvoir être utilement exercée, ce qui les a conduits à envahir davantage la liberté du Membre responsable. L'arbitrage du délai raisonnable, en particulier, s'est révélé au fil de la pratique une procédure surprenante : alors qu'il se présentait, à ses débuts, comme une procédure certes commode mais en elle-même peu intéressante, elle a révélé tout son intérêt lorsque les arbitres se sont emparés davantage de leur mission. D'arbitres entre seuls intérêts individuels opposés, ils sont devenus de véritables garants de la réalisation des objectifs et principes du système de l'O.M.C. Ce basculement d'approche s'est manifesté de nombreuses manières : une plus forte ingérence dans la liberté de choix des Membres, une plus grande exigence envers les circonstances présentées présentées à titre de justification, une plus faible disposition à tolérer des comportements de non-coopération, et, en définitive, une tendance plus prononcée à resserrer les délais de mise en œuvre autant que les arbitres peuvent raisonnablement l'imposer aux Membres responsables. De la même manière, les groupes spéciaux de la mise en conformité ont témoigné de leur conscience de ce que, tout en respectant le sens, la portée et le contexte de l'article 21:5,

l'interprétation de leur domaine de compétence est le plus puissant vecteur de pression sur l'exécution dans le cadre de la procédure dont ils ont la charge. Les contours larges qu'ils ont ainsi tracés ne laissent qu'une marge réduite aux Membres car, si l'article 21:5 porte également les limites de leur compétence, les organes de jugement tiennent que, comme l'a formulé l'Organe d'appel dans l'affaire *Etats-Unis – Bois de construction IV*, elles « ne devraient pas permettre le contournement par les Membres, en leur permettant de se conformer au moyen d'une mesure, tout en réduisant à néant la mise en conformité au moyen d'une autre mesure »¹⁵⁴³. L'approche des organes de jugement dans ces deux procédures fait apparaître que, telle qu'est entendue la finalité du règlement des différends, le mécanisme ne doit pas seulement servir à encadrer les comportements des Membres en leur fournissant une simple assistance à l'exécution : l'encadrement juridictionnel doit être coercitif et, pour autant qu'ils y soient habilités, les groupes spéciaux, l'Organe d'appel et les arbitres du délai raisonnable participent à cette forme de contrainte endogène. L'observation tient peut-être largement à des éléments conjoncturels, et seulement dans une moindre mesure à l'efficacité de la pression que produisent l'existence et le déroulement des procédures des articles 21:3 c) et 21:5, mais dans les deux cas, ces deux dernières années, le nombre de recours à l'arbitre et aux groupes spéciaux de la mise en conformité a sensiblement diminué.

¹⁵⁴³ Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Bois de construction IV* (21:5), *op. cit.*, par. 71.

Sanction de l'inexécution : suspension de concessions

L'ultime singularité du règlement des différends de l'O.M.C. réside dans la technique de coercition de dernier recours aménagée au sein du mécanisme, qui couronne l'architecture juridictionnelle d'encadrement de la mise en conformité. Lorsque la pression à la mise en œuvre des recommandations de l'O.R.D. ne s'est pas avérée suffisante et que le Membre responsable résiste à l'obligation qui lui incombe, soit en refusant tout bonnement de prendre des mesures de mise en œuvre soit en s'obstinant dans la non-conformité en adoptant des mesures elles-mêmes illicites, le Mémorandum prévoit la possibilité pour un Membre soit de négocier avec lui une compensation, soit de suspendre à son égard des concessions ou d'autres obligations. Nous écartons cependant le mécanisme de compensation de l'analyse du dispositif comme une technique coercitive : il est intrinsèquement inopérant, comme nous l'avons établi dans le chapitre précédent, le régime auquel il est soumis ayant conduit à ce qu'il soit marginalisé dans le mécanisme. Arrivé à ce stade du différend, la coercition repose donc entièrement sur la suspension de concessions¹⁵⁴⁴.

C'est là l'une des spécificités du règlement des différends de l'O.M.C. : il prévoit son propre mécanisme de réaction à l'illicite, au lieu de renvoyer vers ceux du droit international général. L'article 22:2 dispose ainsi que « [s]i le Membre concerné ne met pas la mesure jugée incompatible avec un accord visé en conformité avec ledit accord ou ne respecte pas autrement les recommandations et décisions dans le délai raisonnable déterminé conformément au paragraphe 3 de l'article 21 [...] aucune compensation satisfaisante n'a été convenue dans les 20 jours suivant la date à laquelle le délai raisonnable sera venu à expiration, toute partie ayant invoqué les procédures de règlement des différends pourra demander à l'ORD l'autorisation de suspendre, à l'égard du Membre concerné, l'application de concessions ou d'autres obligations au titre des accords visés ». L'Accord SMC contient une disposition quasiment

¹⁵⁴⁴ M. Wilson souligne en ce sens, compte tenu de la marginalité de la compensation, que le règlement des différends de l'O.M.C. opère selon un « *“compliance-retaliation” model rather than a “compliance-compensation-retaliation” model* », v. B. WILSON, « Compliance by WTO Members With Adverse WTO Dispute Settlement Rulings : The Record To Date », *op. cit.*, p. 399.

identique¹⁵⁴⁵, dont la différence majeure est cependant d'employer le terme de « contre-mesures ». L'emploi de ces deux expressions pour désigner ce qui semble être un même mécanisme appelle une précision terminologique. Les régimes qu'attachent les deux accords aux mesures visées sont différents, mais les mesures elles-mêmes sont identiques par leur nature et leur possible contenu : étant entendu qu'il s'agit dans les deux cas de types de mesures prises à l'intérieur de l'ensemble normatif de l'O.M.C., et que l'article 3:7 du Mémorandum précise qu'un Membre pourra en dernier recours « suspendre l'application de concessions ou l'exécution d'autres obligations au titre des accords visés », on ne voit pas ce que les contre-mesures au titre de l'Accord SMC pourraient être d'autre que des suspensions de concessions ou d'autres obligations¹⁵⁴⁶. Dans les développements suivants, on fera donc généralement usage de l'expression « suspension de concessions » sans distinction entre les mesures visées par le Mémorandum et les contre-mesures visées par l'Accord SMC ; on ne recourra au terme « contre-mesure » que lorsqu'il s'agira spécifiquement d'une mesure prise dans le contexte d'une subvention prohibée, afin de souligner les différences de régime. Mais qu'il s'agisse de « suspension de concessions » ou de « contre-mesures », la lecture des dispositions pertinentes dans le Mémorandum et l'Accord SMC évoque intuitivement les réactions unilatérales du droit international face à une situation d'illicéité : les accords de l'O.M.C. admettent, comme le fait le droit international général, et sous la réserve du respect de certaines conditions, qu'une illicéité préalable exclue l'illicéité d'une mesure prise en réaction¹⁵⁴⁷. Cette association intuitive appelle quelques constats et précisions préliminaires, qui justifieront également l'orientation de l'analyse menée dans les chapitres suivants.

Partons de constats factuels, car la réflexion théorique qui sous-tend le chapitre suivant prend son origine dans l'arithmétique élémentaire, en confron-

1545 L'article 4.10 de l'Accord SMC dispose que « [d]ans le cas où il ne sera pas donné suite à la recommandation de l'ORD dans le délai spécifié par le groupe spécial, qui courra à compter de la date à laquelle le rapport du groupe spécial ou le rapport de l'Organe d'appel aura été adopté, l'ORD accordera au Membre plaignant l'autorisation de prendre des contre-mesures appropriées ».

1546 V. aussi en ce sens P. C. MAVROIDIS, « Remedies in the WTO Legal System : Between a Rock and a Hard Place », *op. cit.*, p. 805 : « [*i*]t is striking that Article 4(10) SCM uses the term "countermeasures" and not "suspension of concessions". It is submitted, however, that the substance does not change ».

1547 V. par exemple l'article 22 du texte de la C.D.I., qui dispose que « [l]'illicéité du fait d'un Etat non conforme à l'une de ses obligations internationales à l'égard d'un autre Etat est exclue si, et dans la mesure où, ce fait constitue une contre-mesure prise à l'encontre de cet autre Etat conformément au chapitre II de la troisième partie ».

tant les montants des suspensions demandées par les plaignants initiaux aux montants effectivement fixés par les arbitres. Le constat est simple : à l'exception de l'affaire *Etats-Unis – FSC*, qui était à l'origine de notre interrogation au sujet de la nature des obligations résultant des accords de l'O.M.C., où les Communautés européennes ont obtenu le droit de suspendre des concessions à la hauteur annuelle qu'ils avaient demandée, soit 4,043 milliards de dollars¹⁵⁴⁸, tous les arbitres ont évalué à la baisse le niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages qui sert de base à la fixation du montant de la suspension correspondante. Quelques exemples illustrent particulièrement ce phénomène : dans l'affaire *CE – Hormones*, les Etats-Unis et le Canada ont respectivement demandé d'être autorisés à suspendre des concessions à hauteur de 202 millions de dollars par an et de 75 millions de dollars par an, mais l'arbitre a déterminé que l'annulation ou la réduction d'avantages était de 116,8 millions de dollars par an pour les Etats-Unis et de 11,3 millions de dollars par an pour le Canada ; dans l'affaire *CE – Bananes III*, les Etats-Unis et l'Equateur ont respectivement fait valoir un montant de 520 millions de dollars et de 450 millions de dollars, mais l'arbitre a fixé un montant annuel de 191,4 millions de dollars pour les Etats-Unis et de 201,6 millions de dollars pour l'Equateur ; dans l'affaire *Brésil – Aéronefs*, le Canada a fait valoir un montant de 700 millions de dollars par an, mais l'arbitre l'a réduit de plus de moitié en le ramenant à 344,2 millions de dollars ; dans l'affaire *Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs*, le Brésil souhaitait prendre des contre-mesures à hauteur de 3,36 milliards de dollars, mais l'arbitre a estimé le caractère approprié des contre-mesures à 247 796 766 dollars (et encore : seulement après avoir appliqué au montant du dommage une majoration de 20%, destinée à pénaliser le Canada pour son refus ouvertement revendiqué de retirer la subvention) ; dans l'affaire *Etats-Unis – Jeux*, Antigua avait soumis une proposition de suspension à hauteur annuelle de 3,4434 milliards de dollars, que l'arbitre a réduite à la somme spectaculairement modeste de 21 millions de dollars par an. Ces arbitrages sont révélateurs d'une tendance systématique des arbitres à rejeter le montant que fait valoir le plaignant initial, et souvent même à le réduire drastiquement. Mais les affaires les plus intéressantes à cet égard, en particulier par comparaison à la décision prise dans l'affaire *Etats-Unis – FSC*, sont *Etats-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd)* et *Etats-Unis – Coton upland* : dans la première, les six plaignants initiaux revendiquaient,

¹⁵⁴⁸ Et à l'exception de l'affaire *Etats-Unis – Loi de 1916 (CE)*, mais qui n'est pas comparable aux autres affaires puisqu'elle posait la question d'une équivalence qualitative et non quantitative. Nous reviendrons sur cet aspect ci-dessous dans ce Titre, Chapitre II, Section I, § 2, A., 2.

chacun pour lui, le droit de suspendre des concessions à hauteur d'un montant à déterminer annuellement par rapport au montant des versements effectués par les Etats-Unis en vertu de la mesure controversée, mais l'arbitre a individualisé l'évaluation, en se fondant sur l'effet économique de la mesure pour chacun des plaignants séparément, ce qui l'a amené à fixer le montant pour chacun des plaignants initiaux exclusivement par rapport à ses propres exportations. Dans l'affaire *Etats-Unis – Coton upland*, le Brésil a vu ses espérances de 1,122 milliard de dollars et de 1,037 milliard de dollars (contre-mesures réagissant à deux types différents de subventions) réduites à 147,4 millions de dollars et 147,3 millions de dollars – soit un total cumulé de 294,7 millions de dollars par an, alors que la valeur totale des importations brésiliennes en provenance des Etats-Unis est de 18,7 milliards. La réduction drastique dans cette dernière affaire tient à ce que l'arbitre a rejeté l'approche adoptée dans l'affaire *Etats-Unis – FSC* et a explicitement refusé au Brésil d'agir au titre du dommage subi par des producteurs non Brésiliens. Nous reviendrons en détail sur ces différentes affaires, mais d'ores et déjà, le décalage observé peut surprendre.

Pour partie, on peut l'expliquer par la tentation inévitable des Membres de surestimer le dommage qu'ils auraient subi. Mais cette tentation, elle non plus, ne doit pas être surestimée. d'une part, le Mémorandum ne permet pas aux Membres de proposer des montants fantaisistes : les montants qu'ils proposent sont établis sur la base de chiffres qui existent bel et bien ; même s'ils sont souvent gonflés, ils ne sont en tout cas pas entièrement fictifs. D'autre part, et quand bien même les Membres gonfleraient excessivement les montants en y intégrant des facteurs trop lointains pour pouvoir être considérés comme contribuant à leur dommage, il est invraisemblable qu'ils le fassent au-delà de toute raison : rappelons qu'une suspension de concessions consiste dans la mise en place d'obstacles à un commerce précédemment libéralisé, qui prennent la plupart du temps la forme d'un relèvement des droits de douane ; or, cet outil est un obstacle non seulement pour le Membre qui subit la suspension, mais également pour celui qui l'impose, puisqu'il « ferme » ainsi son marché intérieur, avec la conséquence que les produits frappés par la suspension deviennent plus chers, voire indisponibles à ses consommateurs. La démonstration menée avec ferveur par le professeur Leben de la force nuisible des contre-mesures du droit international général, qui « déstabilisent le système alors qu'elles devraient le conforter »¹⁵⁴⁹, se vérifie naturellement aussi à l'O.M.C. On y observe peut-être même avec une acuité particulière l'« effet

1549 Ch. LEBEN, « Les contre-mesures inter-étatiques et les réactions à l'illicite dans la société internationale », *A.F.D.I.*, 1982, p. 39 (v. plus largement les développements à ce sujet p. 39-58 et 72-73).

“pervers” » dénoncé par M. Leben, dans la mesure où l'inégalité économique y révèle le plus immédiatement ses implications : hormis pour des puissances économiques telles que les Etats-Unis, l'Union européenne, et probablement bientôt la Chine, mais même dans une certaine mesure pour ces Membres-là, suspendre des concessions revient souvent à s'infliger à eux-mêmes un mal plus grand que celui qu'ils infligent¹⁵⁵⁰.

En l'absence de réponse évidente aux décalages observés ci-dessus, on revient alors à l'interrogation initiale, qui est alimentée par le constat d'une seconde tendance : celle, dans les dernières années de fonctionnement du règlement des différends, d'une plus grande inclination des arbitres à admettre, en principe, le recours aux suspensions « croisées »¹⁵⁵¹, bien qu'ils se montrent, en pratique, très exigeants dans le contrôle de leur licéité. Ces deux tendances laissent l'observateur incertain du choix qu'elles expriment, et par-delà de la logique qui sous-tend les suspensions de concessions. Elles appellent en effet la question de l'objet auquel réagissent véritablement les suspensions : s'agit-il du dommage ? ou plutôt du manquement ? S'il s'agit uniquement du *dommage* subi, alors on est bien en présence d'un mécanisme à visée compensatrice. Mais s'il s'agit davantage de réagir au *manquement* en lui-même, alors la suspension de concessions est bien plus une sanction juridique d'un comportement que le système a choisi de ne pas tolérer, plutôt qu'une

1550 De nombreux auteurs ont relevé le paradoxe qu'il y a pour un Membre qui suspend des concessions à l'égard d'un autre, et lui inflige donc un dommage (autorisé), à devoir, ce faisant, s'infliger à lui-même un dommage – au nom du rétablissement de la légalité. V. à ce sujet M. BRONCKERS et N. VAN DEN BROEK, « Financial Compensation in the WTO – Improving the Remedies of WTO Dispute Settlement », *op. cit.*, p. 102 ; J. H. JACKSON, *Sovereignty, the WTO and Changing Fundamentals of International Law*, *op. cit.*, p. 198 ; G. HORLICK, *WTO and NAFTA Rules and Dispute Resolution*, Londres, Cameron May, 2003, p. 383 ; *id.*, « The WTO Dispute Settlement Mechanism – Compliance With WTO Rules and Other Procedural Problems », *op. cit.*, p. 288. De la même manière, M. McGivern souligne que « *retaliatory measures work backwards* », puisque, en réaction au dommage qu'a subi le plaignant initial en termes d'*exportations*, la suspension de concessions cause un dommage au défendeur initial en termes d'*importations* de produits ou services en provenance de son marché intérieur : v. B. MCGIVERN, « Implementation of panel and Appellate Body rulings : an overview », *op. cit.*, p. 107.

1551 C'est-à-dire des suspensions au titre d'un secteur ou, surtout, d'un accord différend de celui au titre duquel avait été constaté, au cours de la procédure initiale, l'annulation ou la réduction d'avantages. Les suspensions croisées consistent par exemple à suspendre des concessions dans le commerce des services (GATS), ou de suspendre des droits de propriété intellectuelle (Accord ADPIC), alors que le dommage initial concernait le commerce des marchandises. Elles seront plus spécifiquement examinées *infra*, Section I, § 1, B., 2., b.

technique à portée essentiellement économique. Cette question porte en creux celle de la nature juridique de la suspension de concessions à l'O.M.C., question dont la pertinence est par ailleurs confirmée par le vocabulaire qui a cours pour parler des suspensions de concessions : alors qu'il n'en est nulle part fait mention dans le Mémoire, les acteurs de l'Organisation parlent avec constance de « sanctions ». Si le vocabulaire juridique n'est pas toujours employé rigoureusement dans le langage courant, il reste que l'appellation de sanction donnée par l'Organisation même à la suspension de concessions peut être révélatrice du fait que c'est bien ce qu'elles sont, et au minimum de ce que c'est ainsi qu'elles sont perçues à l'intérieur du système¹⁵⁵².

C'est à partir de ces observations pratiques que sera menée la recherche dans les chapitres suivants. Elle sera irriguée par une réflexion théorique sur la nature juridique des suspensions de concessions à l'O.M.C., réflexion dont la nécessité n'est apparue que par la pratique du contentieux de la mise en conformité, et dont la question qu'elle soulève exige désormais une clarification afin de comprendre la perspective dans laquelle le système de l'O.M.C. inscrit ce dispositif. Les articulations de la démonstration sont les deux originalités de la suspension de concessions, qui sont d'emblée annoncées dans l'article 22 du Mémoire et que les arbitres ont considérablement développées et précisées. La première se situe par rapport à la conception globale du règlement des différends : l'arrivée au stade de la suspension de concessions marque le glissement du mécanisme dans un mode bilatéral, en faisant apparaître la forte dimension subjective des rapports que dessine l'accès à ce dispositif (Chapitre I. Accès à la suspension de concessions : la subjectivation du litige). Cependant – et c'est là la seconde originalité, qui tient au dispositif lui-même – la conception du mécanisme est telle que le caractère « privé » de ce qui semblait relever de la justice privée est parfaitement neutralisé. Les suspensions de concessions sont en effet entièrement absorbées dans la mécanique institutionnelle, qui les assortit de la possibilité d'un contrôle juridictionnel de leur licéité au regard de certaines conditions de procédure et de forme ; en outre, dans tous les cas elles sont soumises à la condition d'une autorisation préa-

1552 En ce sens, la dimension davantage psychologique du phénomène de sanction, tenant à la conviction qu'il s'agit bien de cela et donc à la conscience de ce que le manquement qui l'a appelée est connu, a été souligné par Brierly, pour qui la cause de la conformité au droit international « *is simply the force of opinion [...] the conviction of all states, that obedience to law is not a matter for individual choice, but is obligatory. Sanctions, however highly organized, can never be stronger than this conviction upon which they rest, which, indeed, is the only force which gives them their organized form* », J. L. BRIERLY, « Sanctions », *op. cit.*, p. 202.

lable accordée par l'organe politique, qui s'analyse comme une habilitation du Membre qui agira effectivement. Les suspensions de concessions font ainsi l'objet d'un double mouvement d'internalisation et d'objectivation (Chapitre II. Mise en œuvre de la suspension de concessions : l'objectivation d'un rapport de forces bilatéral) : internalisation, en ce sens que les Membres sont en quelque sorte dépossédés d'une technique de réaction qu'ils sont pourtant les seuls à pouvoir mettre en œuvre – ce qui la distingue d'un mécanisme d'exécution forcée ou d'office – mais que l'Organisation s'approprie en vertu d'un pouvoir de sanction qui n'appartient qu'à elle seule ; objectivation, ensuite, dans la mesure où cette internalisation permet d'évacuer de la coercition toute dimension unilatérale et arbitraire qu'elle revêt habituellement dans l'ordre juridique international¹⁵⁵³. Ainsi, ce double mouvement à la fois marque la rupture avec le resserrement autour d'un rapport bilatéral et intersubjectif de la réaction à l'illicite, et élève le dispositif de coercition au niveau multilatéral, où les intérêts subjectifs sont évincés au profit de l'objectif systémique du rétablissement de la légalité.

¹⁵⁵³ Bien que cette recherche porte sur un objet que traite ni l'un ni l'autre de ces auteurs, elle se situe inévitablement dans l'ombre de deux travaux majeurs consacrés aux sanctions dans le cadre des organisations internationales, sur lesquels elle prendra largement appui dans les développements suivants : les études de MM. Combacau et Leben, portant respectivement sur le pouvoir de sanction des Nations Unies, et les sanctions dans les organisations internationales spécialisées (dont le GATT de 1947) : J. COMBACAU, *Le pouvoir de sanction de l'O.N.U. – Etude théorique de la coercition non militaire*, Paris, Pedone, 1974, 394 p. ; Ch. LEBEN, *Les sanctions privatives de droits ou de qualité dans les organisations internationales spécialisées*, Bruxelles, Bruylant, 1979, 402 p.

Accès à la suspension de concessions : la subjectivation du litige

La suspension de concessions ou d'autres obligations est l'ultime conséquence et le dernier recours que prévoit le Mémorandum au manquement à une recommandation de l'O.R.D. après l'expiration du délai de mise en œuvre imparti¹⁵⁵⁴. L'accès au dispositif repose sur deux éléments, l'un objectif et l'autre subjectif, et dont la conjonction fait apparaître le glissement du contentieux dans un mode intersubjectif tenu à distance jusque là. L'élément objectif du mécanisme réside dans le motif de la suspension de concessions, l'inexécution de l'obligation qui résulte de la recommandation de l'O.R.D. (Section I). La recommandation de l'O.R.D. est en effet invariablement rattachée à l'évaluation objective de la situation juridique par un groupe spécial. Par ailleurs, si le manquement à la recommandation peut, en théorie, échapper à une constatation objective par le juge, la pratique des Membres s'agissant de la chronologie des procédures fait obstacle à une telle hypothèse. Dans la droite ligne de l'existence dans l'ordre juridique de l'O.M.C. d'une légalité objective, et de l'analyse de son règlement des différends comme un contentieux de la légalité, on pourrait alors imaginer un mécanisme inédit de voie d'exécution multilatérale : dans la correspondance parfaite au droit *omnium partium* d'engager une procédure initiale pourrait exister un droit pareillement *omnium partium* de réagir à l'inexécution des recommandations de l'O.R.D. Mais c'est ici que le mécanisme révèle notablement ses impuretés, puisqu'au contraire il n'attache pas à la légalité objective initiale le régime objectif correspondant s'agissant du recours au dispositif de suspensions. Le mécanisme fait ici apparaître une bilatéralisation du contentieux, qui se manifeste dans la place centrale du dommage : celui-ci constitue la condition subjective du recours (Section II).

1554 La suspension de concessions est qualifiée de mécanisme de « dernier recours » par l'article 3:7 du Mémorandum : « [L]e dernier recours que le présent mémorandum d'accord ouvre au Membre qui se prévaut des procédures de règlement des différends est la possibilité de suspendre l'application de concessions ou l'exécution d'autres obligations au titre des accords visés, sur une base discriminatoire, à l'égard de l'autre Membre, sous réserve que l'ORD l'y autorise ».

Section I Condition objective de l'accès : l'illicite

L'accès au dispositif de suspension de concessions (et par conséquent sa mise en œuvre) est motivé par le manquement à la recommandation de l'O.R.D. (§ 1). Sur la base de cet élément central, le régime des suspensions de concessions de l'O.M.C. s'inscrit parmi les réactions à l'illicite que connaît le droit international général. L'identification de la nature du mécanisme propre à l'O.M.C. suppose alors une confrontation à ces autres réactions du droit international avec lesquelles existent les parallèles les plus évidents, afin de tracer des délimitations entre elles ou au contraire de conclure à l'identité de leur nature juridique (§ 2).

§ 1 L'illicite comme motif de la suspension de concessions : le manquement à la recommandation de l'O.R.D.

En droit international, une réaction à l'illicite, individuelle, collective ou institutionnelle, tire sa licéité de ce qu'elle repose sur le motif d'un fait illicite préalable, celui-ci étant entendu comme incluant tant les actes que les omissions. L'affirmation la plus générale de ce principe se lit dans la sentence arbitrale dans *l'Affaire concernant l'accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les Etats-Unis et la France* : « [e]n présence d'une situation qui comporte [...] la violation d'une obligation internationale par un autre Etat, [l'Etat lésé] a le droit, sous la réserve des règles générales du droit international relatives aux contraintes armées, de faire respecter son droit par des "contre-mesures" »¹⁵⁵⁵. S'agissant du droit de la responsabilité internationale, l'existence d'un fait internationalement illicite comme pré-requis de la licéité d'une contre-mesure apparaît dans l'article 49 paragraphe 1 du texte de la C.D.I. qui vise « l'Etat responsable du fait internationalement illicite ». La Cour a également fait apparaître cette condition, notamment dans l'affaire *Gabčíkovo-Nagymaros* : « [p]our pouvoir être justifiée, une contre-mesure doit satisfaire à certaines conditions [...]. En premier lieu, elle doit être prise pour riposter à un fait internationalement illicite d'un autre Etat »¹⁵⁵⁶. Cette condition préalable a deux implications. D'abord, un Etat qui apprécie unilatéralement le comportement d'un autre Etat, considère à tort que ce comportement est constitutif d'une violation, mais recourt néanmoins à des contre-mesures sur

¹⁵⁵⁵ Tribunal arbitral, *Accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les Etats-Unis d'Amérique et la France* (France c. Etats-Unis), sentence arbitrale du 9 décembre 1978, R.S.A., 1978, vol. XVIII, p. 483 par. 81.

¹⁵⁵⁶ C.I.J., *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (Hongrie c. Slovaquie), *op. cit.*, p. 55 par. 83.

la base de son appréciation unilatérale pourra lui-même voir sa responsabilité engagée pour fait internationalement illicite¹⁵⁵⁷. Ensuite, toute réaction anticipée, c'est-à-dire antérieure à l'illicite, est inadmissible car dénuée de motif. Le mécanisme de suspension de concessions à l'O.M.C. se situe dans la quasi-continuité de ces principe, mais seulement « quasi » puisqu'il procède à certains aménagements. Ainsi, le Mémorandum pose comme condition *sine qua non* de la demande d'autorisation de suspendre des concessions le manquement à la *recommandation* formulée par l'O.R.D. (A.). La nuance est importante, car on observe souvent dans la perception commune des suspensions de concessions de l'O.M.C. ce court-circuit par lequel elles sont comprises comme la réaction à la violation initiale. Or, comme dans le droit commun de la responsabilité des Etats, ce n'est pas elle qui motive la suspension de concessions, mais l'inexécution de l'obligation de cessation (ou de l'obligation secondaire, lorsqu'il en existe). De cette nuance suit que l'accès au dispositif de suspension de concessions n'est pas réservé aux affaires de violation, qu'il est au contraire disponible également dans les affaires de non-violation¹⁵⁵⁸ (B.).

A *Localisation de l'illicite : le manquement à l'obligation de mise en conformité*

De la configuration particulière du règlement des différends de l'O.M.C., qui assortit la procédure initiale d'une procédure juridictionnelle de suivi et de contrôle de l'exécution, il résulte que la suspension de concessions n'est en aucun cas conçue comme une réaction à l'infraction initiale constatée à l'issue de la procédure initiale. Le Mémorandum ne laisse aucun doute à cet égard : l'illicite auquel réagit une suspension de concessions n'est pas situé dans les obligations primaires, mais en aval de la situation juridique en cause dans la procédure initiale, c'est-à-dire dans l'obligation née de la responsabilité. En ce sens, l'arbitre dans l'affaire *CE – Bananes III* avait clairement établi que « l'autorisation par l'ORD de la suspension de concessions ou d'autres obligations présuppose qu'il y ait inobservation des recommandations ou décisions contenues dans les rapports du groupe spécial et/ou de l'Organe d'appel adoptés par

1557 V. en ce sens J. CRAWFORD, *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat – Introduction, texte et commentaires, op. cit.*, p. 339-340 spéc. par. 3 (commentaire de l'article 49).

1558 Signalons cependant que, si la rigueur juridique impose ces observations, et par conséquent l'inclusion des situations de non-violation, les développements qui leur sont consacrés restent largement théoriques : la quasi-totalité des affaires portées devant les organes de jugement de l'O.M.C. sont des plaintes en situation de violation ; mais, nous le verrons, le fondement juridique d'une suspension de concessions interdit de ne pas tenir compte de l'hypothèse des plaintes en situation de non-violation.

l'ORD »¹⁵⁵⁹. Le non-respect de l'obligation de mise en conformité est donc la condition préalable à tout recours au dispositif coercitif. Il ne peut d'ailleurs en être autrement, car considérer que l'illicite préalable à la mesure de réaction serait la violation initiale aurait des implications que le mécanisme n'autorise pas, ni même tolère : si la suspension de concessions était conçue comme une réaction à la violation initiale, alors tant l'arbitrage sur le délai raisonnable de mise en conformité que la procédure de l'article 21:5 perdraient largement de leur sens. Les plaignants initiaux n'auraient en effet aucune raison de chercher à s'entendre avec le défendeur initial sur un délai de mise en œuvre, ni de solliciter un contrôle par le groupe spécial au titre de l'article 21:5 lorsque la mise en œuvre ne les satisfait pas. Au minimum le recours à la suspension de concessions se présenterait alors comme une alternative disponible immédiatement après la constatation d'illicéité formulée par le juge de la procédure initiale. Or, il est explicitement prévue comme solution de « dernier recours », et l'article 22:1 dispose que ce n'est que dans l'hypothèse où le Membre responsable n'aurait pas mis en œuvre la recommandation de l'O.R.D. dans le délai raisonnable que le dispositif devient accessible au plaignant initial¹⁵⁶⁰. L'arbitre dans l'affaire *Canada – Aéronefs* renforça encore cette lecture lorsqu'il observa que « la non-mise en conformité est le fait même qui justifie l'adoption de contre-mesures »¹⁵⁶¹. En somme, la suspension de concessions n'intervient pas en réaction à l'illicite que constitue le comportement initial (ce qui exclurait au demeurant une suspension de concessions dans une affaire de non-violation), mais au *maintien* de cet illicite par le manquement à l'obligation de mise en conformité. L'illicéité que crée ce maintien relève bien de l'obligation qui incombe au défendeur initial en vertu de sa responsabilité.

Situer l'illicite ainsi n'est pas une originalité du droit de l'O.M.C. mais se retrouve au contraire de manière parfaitement identique dans le droit commun de la responsabilité. Les conditions cumulatives de procédure auxquelles les contre-mesures doivent satisfaire, pour être licites, imposent en effet à

1559 Décision de l'arbitre, *CE – Bananes III* (22:6 USA), *op. cit.*, par. 4.4.

1560 V. *supra*, Deuxième partie, Titre I, Chapitre II, Section II, § 1, B., 2. On retrouve la même proposition du « dernier recours » fondé sur le manquement à l'obligation de mise en conformité se retrouve dans l'analyse menée in P. ECKHOUT, « Remedies and Compliance », *op. cit.*, p. 453.

1561 Décision de l'arbitre, *Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs* (22:6), *op. cit.*, par. 3.103. Incidemment, on y trouve la confirmation que la même approche vaut en matière de contre-mesures dans le cadre de l'Accord SMC. C'est aussi ce que fit apparaître l'arbitre dans l'affaire *Etats-Unis – FSC* : « les contre-mesures [dans le cadre de l'Accord SMC] sont prises en réaction au non-respect [de la recommandation de l'O.R.D.] », v. la décision de l'arbitre, *Etats-Unis – FSC* (22:6), *op. cit.*, par. 5.52.

l'Etat une obligation de mise en demeure. Dans la sentence arbitrale *Naulilaa* déjà, le tribunal arbitral avait établi que « la représsaille n'est licite que lorsqu'elle a été précédée d'une sommation restée infructueuse »¹⁵⁶². L'article 52 paragraphe 1 alinéa a) du texte de la C.D.I. prévoit en ce sens que l'Etat lésé doit « demander à l'Etat responsable, conformément à l'article 43, de s'acquitter des obligations qui lui incombent en vertu de la deuxième partie », c'est-à-dire des obligations qui résultent de sa responsabilité. L'Etat auteur de la violation doit donc être sommé de s'acquitter de son obligation de cessation de l'illicite ; par ailleurs, depuis que la Cour internationale de Justice et la Commission du droit international se sont saisis de l'idée, il est admis que la demande de réparation s'analyse comme une telle mise en demeure¹⁵⁶³. Quoi qu'il en soit de la forme que prend la sommation, l'essentiel est que l'Etat en situation de manquement doit avoir reçu un préavis suffisant : il s'agit de laisser passer un certain laps de temps avant la mise en œuvre de contre-mesures, temps qu'idéalement l'Etat mettra à profit pour cesser son comportement. Cette même idée de préavis se retrouve dans le règlement des différends de l'O.M.C., dans le délai raisonnable de mise en œuvre de la recommandation de l'O.R.D. De plus, et bien que le Mémoire ne rende pas le recours préalable à la procédure de contrôle de la mise en conformité obligatoire avant toute demande d'autorisation de suspendre des concessions, la pratique qu'en font les Membres, en lui donnant systématiquement la priorité sur une demande d'arbitrage au titre de l'article 22:6, rend également, de fait, un recours à l'article 21:5 équivalent à une sommation : après tout, cette procédure a pour fonction de constater l'exécution ou l'inexécution de l'obligation de mise en conformité. La sommation qu'elle incarne serait évidemment plus manifeste si la chronologie entre les

1562 Tribunal arbitral, *Responsabilité de l'Allemagne à raison des dommages causés dans les colonies portugaises du Sud de l'Afrique (sentence sur le principe de la responsabilité)* (Portugal c. Allemagne), sentence du 31 juillet 1928, R.S.A., 1928, vol. II, p. 1027. L'obligation de sommation est également affirmée et particulièrement développée dans la sentence arbitrale rendue dans l'affaire de l'*Accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les Etats-Unis d'Amérique et la France*, *op. cit.*, p. 444 par. 85-87, et dans l'arrêt de la C.I.J. dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, *op. cit.*, p. 56 par. 84.

1563 V. en ce sens par exemple C.I.J., *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, *op. cit.*, par. 84. Les rapports successifs de la C.D.I. reprennent également cette idée dès le troisième rapport du Rapporteur spécial Ago. Egalement sur ce point, v. Ch. DOMINICÉ, « Observations sur les droits de l'Etat victime d'un fait internationalement illicite », *op. cit.*, p. 45-55, spéc. p. 54. Pour une position critique envers cette approche, v. D. ALLAND, *Justice privée et ordre juridique international – Etude théorique des contre-mesures en droit international public*, *op. cit.*, qui observe qu'une demande de réparation « n'aurait aucun sens » (p. 385), en particulier dans les cas où la réparation n'est pas ce que cherche à obtenir l'Etat lésé.

procédures de l'article 21:5 et de l'article 22:6 était conventionnellement établie et obligeait les Membres. Il reste que le seul recours à l'article 21:5 signale au Membre responsable que le plaignant initial « s'impatiente », et est un fort indice de ce qu'il ne sera pas disposé, dès l'adoption d'un rapport qui constaterait l'inexécution, à en subir la continuation.

Par ailleurs, si l'Etat auteur de la violation ne réagit pas à la mise en demeure, le texte de la C.D.I. impose à l'Etat lésé l'obligation de lui notifier son intention de mettre en œuvre des contre-mesures et d'offrir d'entrer en négociation avec lui¹⁵⁶⁴. Cette obligation de notification et de négociation se trouve sous forme équivalente, quoiqu'inversée, dans le règlement des différends de l'O.M.C. D'une part, le Mémorandum prévoit une période de négociations entre les parties afin de parvenir à une compensation mutuellement satisfaisante¹⁵⁶⁵. Le plaignant initial ne peut évidemment pas obliger un Membre récalcitrant de mauvaise foi à entrer en négociation avec lui, mais cette condition procédurale est destinée à vérifier, au minimum, qu'un réel effort en vue de la résolution définitive du différend est entrepris, et à signaler au Membre concerné que le plaignant pourra à partir de ce moment recourir aux mesures de réaction. D'autre part, pour pouvoir exercer ce recours, le plaignant initial devra encore en demander l'autorisation préalable à l'O.R.D. C'est donc bien un mécanisme de sommation, de notification et de négociations préalables fonctionnellement identique à celui du droit commun de la responsabilité qui existe à l'O.M.C., à ceci près qu'il comporte ici (de fait sinon de droit) une intervention d'un organe tiers que le droit commun ignore.

En d'autres termes, dans le droit commun de la responsabilité, les contre-mesures ne sont licites que si les étapes procédurales préalables, et tout particulièrement la tentative de négociation, échouent. Dans le contentieux de l'O.M.C., l'O.R.D. n'accordera de même son autorisation que si les conditions susmentionnées ont été respectées. Dans les deux cas, c'est donc l'échec des efforts *non coercitifs d'invitation* à la cessation de l'illicite qui autorise l'Etat lésé à prendre des mesures cette fois *coercitives d'incitation* à la cessation de l'illicite¹⁵⁶⁶. En toute hypothèse, ces conditions de procédure, tant dans le droit commun de la responsabilité que dans le système de l'O.M.C., mettent en évidence que l'illicite qui motive le recours à la réaction n'est pas l'infraction à une obligation internationale primaire, mais l'obstination de l'Etat responsable à la faire perdurer. Ce comportement, pour sa part, relève d'un manquement à

¹⁵⁶⁴ Article 52 paragraphe 1 alinéa b) du texte de la C.D.I.

¹⁵⁶⁵ Article 22:2 du Mémorandum.

¹⁵⁶⁶ La fonction coercitive de la suspension de concessions sera développée *infra*, Chapitre II, Section I.

l'obligation que nous avons qualifiée de « primaire prime », celle qui résulte de sa responsabilité et l'oblige à la mise en conformité.

B *Identification du manquement en situation de violation et de non-violation*

Une telle localisation de l'illicite soulève la question de savoir si, dans ces conditions, le recours à la suspension de concessions serait exclu s'agissant d'affaires de non-violation. Les plaintes en situation de non-violation reposent sur l'idée qu'un Membre peut avoir subi un dommage du fait d'un comportement qui n'est pas illicite au regard des accords de l'O.M.C., ni en tant que telle ni dans son application, ou que l'un des objectifs de l'Accord sur l'O.M.C. s'en trouve compromis. Un Membre peut donc voir sa responsabilité engagée et un jugement déclaratoire du dommage prononcé sans que son comportement soit constitutif d'une violation. Le GATT de 1947 l'admettait déjà¹⁵⁶⁷ et permettait même aux Parties Contractantes de prendre dans un tel cas des mesures unilatérales, à la (seule) condition que les « circonstances [fussent] suffisamment graves pour [les] justifier »¹⁵⁶⁸. Or, si on admet avec M. Leben que le mécanisme de sanction de la plupart des organisations internationales économiques repose sur « la conjonction d'une infraction et d'un préjudice avec souvent la prédominance de ce dernier élément sur le premier »¹⁵⁶⁹, les situations de non-violation pourraient soit ouvrir une brèche dans cette parité entre le dommage et l'illicite, soit être exclues du mécanisme de suspension de concessions. Dans le premier cas, il s'agirait d'un bouleversement important du fondement juridique de la mise en œuvre de la mesure de réaction, dont

¹⁵⁶⁷ Pour rappel, l'article XXIII:1 du GATT de 1947 dispose 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 [...] b) [...] qu'une autre partie contractante applique une mesure, contraire ou non aux dispositions du présent Accord ». Que la seconde hypothèse correspond bien à la plainte en situation de non-violation de l'actuelle O.M.C. est apparu très tôt dans le fonctionnement du règlement des différends du GATT de 1947 : dans une affaire opposant le Chili à l'Australie, le panel avait confirmé que le plaignant pouvait légitimement recourir à l'article XXIII même dans une situation où il n'existait aucune violation du GATT (au motif, en l'espèce, des attentes légitimes que pouvait avoir le Chili de conserver ses avantages, v. *I.B.D.D.*, vol. 2, p. 188).

¹⁵⁶⁸ Article XXIII:2 du GATT de 1947.

¹⁵⁶⁹ Ch. LEBEN, *Les sanctions privatives de droits ou de qualité dans les organisations internationales spécialisées*, op. cit., p. 154.

l'unique élément serait alors le dommage¹⁵⁷⁰. L'article 26 du Mémorandum et avant lui l'article XXIII du GATT de 1947 pourraient alors remettre en cause la constitution de l'illicéité en condition préalable d'une suspension de concessions ; et dans ce cas, en toute rigueur, la suspension de concessions ne serait pas une réaction à l'illicite.

Cet obstacle a été surmonté, contourné, voire gommé par la doctrine de manière peu convaincante. D'une part, en analysant pour partie l'article XXIII du GATT de 1947 comme une clause de sauvegarde puis en faisant prévaloir les situations de violation sur celles de non-violation, en d'autres termes en faisant des situations de non-violation une exception dans la qualification de réaction à l'illicite¹⁵⁷¹. L'article XXIII ne semble pourtant pas autoriser une telle différenciation de qualification de la réaction selon la nature de la mesure initiale. Rien dans cette disposition ne distingue ou sépare une situation de violation d'une situation de non-violation, pas même une virgule qui pourrait justifier qu'on range les secondes à part et leur cherche un régime différent : le fait générateur est simplement identifié comme l'application d'« une mesure, contraire ou non aux dispositions du présent Accord ». D'autre part, la gêne que représentent les situations de non-violation, et bien qu'il en soit tenu compte, a été dépassée quelque peu légèrement en qualifiant les mesures correctives auxquelles elles peuvent donner lieu de « mesures en réaction *sui generis* »¹⁵⁷² et de « contre-mesures *sui generis* », dont l'exercice « n'est rendu possible que par le jeu de dispositions conventionnelles qui prévoient un recours à de semblables mesures lors de situations spécifiques »¹⁵⁷³. En d'autres termes, on invoquerait là l'idée que le GATT aurait pu, au titre de la *lex specialis*, avoir prévu pour tout comportement duquel résulterait un dommage un dispositif de réaction, *sui generis* et dans tous les cas dérogeant au droit commun de la responsabilité.

1570 M. Leben les envisage comme des conditions « alternatives » et non plus « cumulatives », et soulève la question de savoir si les mesures correctives prises dans de telles conditions sont encore des sanctions (non) ou si elles ne seraient que des mesures de sauvegarde (oui), v. *ibid.*, p. 154.

1571 M. Leben, tout en relevant bien les « ambiguïtés » de l'article XXIII GATT (*ibid.*), conclut néanmoins que « cet article inclut également dans son texte la réaction à une infraction à l'Accord général » et que dans la pratique, l'article a bien opéré comme une sanction institutionnelle (p. 157).

1572 L. BOISSON DE CHAZOURNES, *Les contre-mesures dans les relations internationales économiques*, Genève, Paris, Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales, Pedone, 1992, p. 59.

1573 *Ibid.*, p. 141.

Il nous semble toutefois que l'obstacle n'en est pas un, ou plus justement que l'apparence d'une absence d'illicite comme condition préalable à la réaction prévue n'est précisément qu'une apparence. Mais déconstruire cet obstacle n'est possible qu'en gardant à l'esprit la localisation de l'illicite précédemment opérée : dans la mesure où la suspension de concessions n'intervient pas en réaction à la violation initiale mais en réaction à l'inexécution de l'obligation qui résulte de la recommandation de l'O.R.D., l'illicite reste alors bien le fondement d'une suspension de concessions, y compris dans une situation de non-violation (et il l'était également sous le GATT de 1947). En effet, si l'organe de jugement constate une annulation ou une réduction d'avantages sans que le comportement en cause soit illicite au regard du droit de l'O.M.C., il ne peut de toute évidence pas recommander la mise en conformité (ce dont l'article 26:1 b) fait état) ; il recommandera en revanche que le Membre concerné « procède à un ajustement mutuellement satisfaisant ». Celui-ci se voit donc bien imposer une obligation à l'issue de la procédure, une obligation de résultat déterminé puisqu'un ajustement mutuellement satisfaisant implique que les parties entrent en négociations ; mais le résultat déterminé reste, comme s'agissant de l'obligation de mise en conformité, la cessation : le Membre concerné doit mettre fin au comportement qui, sans être illicite, cause un dommage à un autre Membre ou porte atteinte à la réalisation des objectifs de l'Accord sur l'O.M.C. Cette recommandation d'ajustement mutuellement satisfaisant l'oblige donc tout autant qu'une recommandation de mise en conformité dans une affaire de violation ; il s'ensuit que s'il ne procède pas à l'ajustement recommandé, il sera en situation de manquement. C'est ce manquement qui ouvre la voie à une réaction, et c'est dès lors bien à l'illicite qu'elle réagit, constitué par l'inexécution de l'obligation¹⁵⁷⁴. Cette lecture est corroborée de différentes manières dans le Mémoire. En particulier, la formule employée à l'article 22:2 est révélatrice : « [s]i le Membre concerné ne met pas la mesure jugée incompatible avec un accord visé en conformité avec ledit accord ou ne

1574 V. en ce sens H. ASCENSIO, « La portée temporelle des décisions de l'ORD : quelles conséquences pour les bénéficiaires de l'aide considérée comme illicite ? », *op. cit.*, p. 173 [s'agissant spécifiquement d'une affaire de subvention prohibée] : « [i]l doit être bien clair que l'acte illicite en cause n'est pas la subvention qui a été considérée comme non conforme au droit de l'O.M.C., mais le fait que l'Etat mis en cause n'applique pas la décision de l'O.R.D. ». De même, v. J. H. JACKSON, *Sovereignty, the WTO and Changing Fundamentals of International Law*, *op. cit.*, p. 196 (qui observe que « the WTO through explicit clauses in the DSU recognize[s] two types of measures which could result in countermeasures, namely a "breach" or violation of the treaty norms, and in a few circumstances a "non-violation" situation ») ; et H. LESAFFRE, *Le règlement des différends au sein de l'O.M.C. et le droit de la responsabilité internationale*, *op. cit.*, p. 457-458.

respecte pas autrement les recommandations et décisions dans le délai raisonnable déterminé »¹⁵⁷⁵. Deux variantes sont ainsi posées : d'une part, le manquement à l'obligation de mise en conformité d'une mesure illicite, et d'autre part toute autre forme de non-respect des recommandations et décisions de l'O.R.D. Par ces deux variantes, il apparaît que les rédacteurs ont expressément inclus tant les situations de non-violation que les situations de violation dans le mécanisme de suspensions de concessions. La même chose apparaît au regard de l'article 22:3, qui organise la hiérarchie des secteurs et accords au titre desquels une suspension peut être demandée. En particulier, l'alinéa a) énonce que la suspension doit en priorité intervenir dans le(s) même(s) secteur(s) « que celui (ceux) dans lequel (lesquels) le groupe spécial ou l'Organe d'appel a constaté une violation *ou autre annulation ou réduction d'avantages* »¹⁵⁷⁶. Cette indication confirme que la violation *initiale* n'est pas le pivot de la suspension, puisque tout autre dommage constaté par l'organe de jugement est également pris en considération. Les affaires de non-violation pourraient donc bien, en théorie, conduire à une suspension de concessions, dans la mesure où la décision initiale peut faire l'objet d'un manquement et où l'article 22:3 n'envisage pas seulement le parallélisme des mesures (initiale et suspension) au regard de la violation initiale, mais également au regard de tout dommage – que peut incontestablement causer une mesure même licite. Ce n'est donc pas la violation initiale qui conditionne le recours à la suspension, mais bien le non-respect des recommandations de l'O.R.D. que le Mémoire pose comme la condition *sine qua non* sans laquelle l'accès au mécanisme de suspension de concessions ne s'ouvre pas.

§ 2 L'illicite comme fondement de la suspension de concessions : délimitation des réactions à l'illicite du droit international général

La suspension de concession a non seulement pour motif mais aussi pour fondement le fait illicite. En effet, alors que l'expression même de « suspension de concessions » évoque fortement la réciprocité, celle-ci ne permet pas de justifier une suspension de concessions (A.)¹⁵⁷⁷. Cette première exclusion étant

¹⁵⁷⁵ Italiques ajoutés.

¹⁵⁷⁶ Italiques ajoutés.

¹⁵⁷⁷ La réciprocité est ici traitée hors du droit de la responsabilité, alors que certains auteurs tiennent que « *the guiding principle of reciprocity has been crystallized into the sanctioning mechanisms of retorsion, reprisals and the non-performance of treaties due to breach* » (B. SIMMA, « Reciprocity », in R. BERNHARDT (ed.), *E.P.I.L.*, vol. 7, Amsterdam, North-

acquise, le fait illicite se révèle plus manifestement comme fondement de la suspension et fait ainsi apparaître des ressemblances avec d'autres réactions à l'illicite que connaît le droit international général¹⁵⁷⁸ (B.). On trace alors plus aisément la délimitation ou au contraire l'assimilation entre la suspension de concessions du droit de l'O.M.C. et d'autres techniques qui lui ressemblent. Une telle mise en perspective est utile puisque, au-delà du constat qu'elles sont motivées par et fondées sur l'illicite, la qualification de suspensions de concessions devient malaisée et le nominalisme n'est d'aucun secours : dans le vocabulaire courant de l'Organisation, le dispositif de suspension est appelé « sanction », mais ce premier indice est troublé par la diversité des expressions qui ont cours dans la jurisprudence, la doctrine et parmi les Membres, et qui manquent de cohérence, et parfois de rigueur¹⁵⁷⁹. Ainsi, le Mémorandum

Holland, 1984, p. 403), et que toutes les réactions visées pourraient alors être déclinées à partir d'elle. Cependant, nous l'envisageons ici comme possible fondement autonome de la suspension de concessions, tandis que les réactions prévues dans le droit de la responsabilité, dans le droit des traités et au titre de sanctions institutionnelles sont fondées sur l'illicite. Cette dialectique justifie que la réciprocité soit traitée séparément.

1578 On ne tiendra compte ici que des réactions non militaires à l'illicite, dès lors que la suspension de concessions ou d'autres obligations au titre des accords de l'O.M.C. exclut de toute évidence le recours à la force armée. Par conséquent, et bien qu'il existe à l'O.M.C. des mécanismes appelés de « défense commerciale », on évacue d'emblée la légitime défense au sens du droit international général, qui relève du *jus ad bellum* et consiste en une réaction unilatérale armée à une agression armée, autorisée exceptionnellement par le droit international comme moyen de défense. V. notamment sur ce sujet G. ARANGIO-RUIZ, « Troisième rapport sur la responsabilité des Etats », A/CN.4/440 et Add. I, *Annuaire C.D.I.*, 1991, II-1, p. 9 par. 10 ; L.-A. SICILIANOS, *Les réactions décentralisées à l'illicite – Des contre-mesures à la légitime défense*, op. cit., p. 291-335, spéc. p. 292-295 ; Y. DINSTEIN, *War, Aggression and Self-defence*, Cambridge, Grotius, 2001, spéc. p. 157-191 ; J. COMBACAU, « The Exception of Self-Defence in United Nations Practice », in A. CASSESE (ed.), *The Current Legal Regulation of the Use of Force*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1986, p. 9-38 ; S. M. SCHWEBEL, « Aggression, Intervention and Self-Defence in Modern International Law », *R.C.A.D.I.*, 1972-II, vol. 136, p. 411-498.

1579 Notons cependant que, parmi la doctrine, M. Charnovitz est parmi les premiers à s'être intéressé à la nature juridique de la suspension de concessions, et qu'il a systématiquement démontré la qualification de sanction : v. par exemple S. CHARNOVITZ, « The Enforcement of WTO Judgments », *Yale J.I.L.*, 2009, vol. 34, n° 2, p. 558-587 ; « The World Trade Organization – Sanctions for non-compliance », in P. WALLENSTEEN et C. STAIBANO (eds), *International Sanctions : Between Words and Wars in the Global System*, Londres, New York, Frank Cass, 2005, p. 159-164 ; « Should the teeth be pulled ? An analysis of WTO sanctions », in D. L. M. KENNEDY et J. D. SOUTHWICK (eds), *The Political Economy of International Trade Law – Essays in Honour of Robert E. Hudec*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p. 602-635 ; « Rethinking WTO Trade Sanctions », *A.J.I.L.*, 2001,

emploie presque exclusivement le vocabulaire propre à l'O.M.C. et ne fait mention que de « suspension de concessions et d'autres obligations qui résultent des accords visés »¹⁵⁸⁰, ou plus simplement de « suspension de concessions ou d'autres obligations »¹⁵⁸¹ ; les organes de jugement en revanche ont été plus audacieux, sans pour autant appuyer la qualification choisie par une vérification systématique des critères correspondants. Cela mène à des confusions et ambiguïtés, voire à des erreurs : tantôt appelées rétorsions¹⁵⁸², représailles¹⁵⁸³ ou contre-mesures¹⁵⁸⁴ – et quand bien même nous n'adhérons en fin de compte à aucune de ces qualifications¹⁵⁸⁵ –, le vocabulaire disparate employé pour qualifier les suspensions de concessions témoigne de ce que la frontière entre elles et les réactions à l'illicite prévues dans d'autres domaines du droit international est souvent ténue.

vol. 95, n° 4, p. 792-832 ; « The WTO's Problematic "Last Resort" Against Noncompliance », *op. cit.*, p. 409-439. Sans pour autant procéder à une vérification de la qualification, de nombreux auteurs qualifient le dispositif compensatoire de « sanction » ; ainsi notamment MM. Mavroidis, Schoenbaum et Matsushita, qui observent que le système prévoit « [t]wo sanctions [...] : compensation and retaliation », dont le fondement est « failure to comply », in M. MATSUSHITA, T. J. SCHOENBAUM et P. C. MAVROIDIS, *The World Trade Organization – Law, Practice, and Policy*, *op. cit.*, p. 119.

1580 Article 2:1 du Mémoire.

1581 Article 22:1 du Mémoire.

1582 V. le rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Certains produits en provenance des CE*, *op. cit.*, dans lequel le groupe spécial estima que la suspension de concessions « a essentiellement un caractère de rétorsion » (par. 6.23). Il ajouta toutefois une note peu heureuse à cette observation (par. 6.23 note 100), dans laquelle il assimila et confondit rétorsion, représailles et contre-mesures (« la rétorsion (également appelée représailles ou contre-mesures) »), et assortit les rétorsions d'un régime juridique qu'elles n'ont pas : « [e]n droit international, ces types de contre-mesures [les rétorsions] sont maintenant soumis à des règles ». Or, les rétorsions, actes licites *per se*, ne connaissent aucun régime spécifique puisqu'elles relèvent, par leur licéité même, du domaine de ce que l'Etat a le pouvoir de faire librement. Plus loin, le groupe spécial ajouta qu'« à l'OMC, les contre-mesures, les mesures de rétorsion et les représailles sont strictement réglementées », comme si ces termes désignaient tous un type différent de réaction et qu'ils avaient tous une existence distincte dans le système de l'O.M.C.

1583 Par exemple *ibid.*, la note insérée dans le rapport du groupe spécial dans l'affaire *Etats-Unis – Certains produits en provenance des CE*.

1584 V. les décisions de l'arbitre *CE – Bananes III* (22:6 USA), *op. cit.*, par. 6.3 ; *Etats-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd)* (22:6 CE), *op. cit.*, par. 4.25 ; décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Jeux* (22:6), *op. cit.*, par. 3.71.

1585 V. *infra*, Section II.

A *Suspension de concessions et réciprocité : exclusion préliminaire de la réciprocité comme fondement de la suspension*

Il n'est guère original de constater que les relations internationales sont pour large partie animées par la réciprocité, et que le principe irrigue par conséquent de nombreuses branches du droit international public. Partant de ce constat, l'idée a été avancée que la réciprocité, en tant que concept juridique autonome, pourrait fonder certains types de réactions à l'illicite¹⁵⁸⁶. Selon le Rapporteur spécial Riphagen, ces réactions symétriques (ou mesures de réciprocité) consisteraient alors dans l'inexécution par l'Etat lésé « de ses obligations à l'égard de l'Etat qui a commis un fait internationalement illicite, si lesdites obligations correspondent ou sont directement liées à l'obligation qui a été violée »¹⁵⁸⁷. Certains auteurs ont affiné la définition en distinguant parmi les mesures de réciprocité celles qui le sont par identité, qui consistent en une réaction dans des conditions exactement identiques pour les deux parties, et celles qui le sont par équivalent, qui interviendraient lorsque l'identité des conditions est impossible du fait que les Etats ne sont pas soumis aux mêmes obligations¹⁵⁸⁸. Le Rapporteur spécial Riphagen avait proposé d'entériner formellement la distinction dans son projet d'articles sur la responsabilité des Etats, en soutenant que les mesures se distingueraient des représailles par leur

1586 En ce sens, v. E. ZOLLER, *Peacetime Unilateral Remedies : An Analysis of Countermeasures*, New York, Transnational Publishers, 1984, p. 15 ; *Enforcing International Law Through U.S. Legislation*, *op. cit.*, p. 14-30.

1587 Article 8 du projet d'articles sur la responsabilité des Etats présenté par W. RIPHAGEN, « Contenu, formes et degrés de la responsabilité internationale (deuxième partie du projet d'articles », in *Compte rendu analytique des séances de la trente-sixième session, Annuaire C.D.I.*, 1984, I ; v. aussi le commentaire p. 269 par. 33.

1588 V. E. ZOLLER, *Peacetime Unilateral Remedies : An Analysis of Countermeasures*, *op. cit.*, p. 19 (pour les mesures de réciprocité par identité) et p. 20 (pour les mesures de réciprocité par équivalent, parmi lesquelles l'auteur range notamment les mesures prises en vertu de l'article XXIII du GATT de 1947 ; v. aussi spéc. p. 23-30 in *Enforcing International Law Through U.S. Legislation*, *op. cit.*) ; et M. L. FORLATI PICCHIO, *La sanzione nel diritto internazionale*, Padoue, CEDAM, 1974, p. 93 note 116 (qui distingue les « *sospensione della prestazione reciproca* » – prestation réciproque, c'est-à-dire réciprocité par identité – et les « *sospensione della prestazione corrispettiva* » – prestation correspondante, c'est-à-dire réciprocité par équivalent).

objet¹⁵⁸⁹ et par leur fondement¹⁵⁹⁰. La pertinence des critères de distinction entre représailles et réciprocité n'avait toutefois pas convaincu, la seule véritable distinction tenant en fin de compte à leur finalité dans la manière dont elles sont appliquées : leur application peut soit tendre à la cessation de l'illécite et la satisfaction de l'obligation secondaire de réparation, soit « entraîner une modification de l'obligation primaire liant les Etats en cause, modification qui se traduit[t] par une norme différente de l'obligation initiale »¹⁵⁹¹. La distinction fut par conséquent rejetée, la Commission du droit international s'accordant pour considérer que les mesures de réciprocité ne sont en réalité que des contre-mesures d'un caractère symétrique, une application particulière de

1589 Cet objet, s'agissant des mesures de réciprocité, serait exclusivement le rétablissement de l'équilibre entre les parties et, s'agissant des représailles, la pression exercée sur l'Etat auteur de la violation afin qu'il satisfasse à l'obligation subsidiaire née de l'engagement de sa responsabilité. V. en ce sens W. RIPHAGEN, « Sixième rapport sur le contenu, les formes et les degrés de la responsabilité internationale (deuxième partie du projet d'articles) ; et "Mise en œuvre" de la responsabilité internationale et règlement des différends (troisième partie du projet d'articles) », A/CN.4/389, *Annuaire C.D.I.*, 1985, II-1, p. 11 (commentaire de l'article 8). Toutefois, le Rapporteur spécial admettait dans la foulée que « le but ultime de ces deux types de mesures doit être le rétablissement de l'"ancienne" relation juridique primaire » (*ibid.*) et on voit alors déjà combien les lignes se brouillent.

1590 Le fondement des mesures de réciprocité serait la relation synallagmatique (ou l'échange de prestations) entre les parties, tandis que les représailles interviendraient en l'absence de tout lien juridique entre l'obligation violée et les obligations dont l'Etat lésé suspend l'exécution. Sous une autre forme, le même argument fut avancé par Mme Zoller : ce qui distinguerait les représailles des mesures de réciprocité serait que, là où celle-ci viserait une obligation symétrique, la violation provoquée par les représailles toucherait une obligation différente de celle initialement violée. En d'autres termes, la réciprocité donnerait naissance à la non-exécution d'une obligation analogue (par identité ou équivalence) à l'obligation violée, tandis que les représailles consisteraient dans la non-exécution d'une règle différente. En effet, « [w]here states are parties to a treaty, the non-performed rule by way of reprisals is usually outside the treaty. [...] Reprisals are no more than a form of response to wrongful acts beyond the scope of equivalence », in E. ZOLLER, *Peacetime Unilateral Remedies : An Analysis of Countermeasures*, *op. cit.*, p. 43.

1591 C.D.I., *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-quatrième session*, A/47/10, « Chapitre III – Responsabilité des Etats », *Annuaire C.D.I.*, 1992, II-2, p. 24 par. 151. Pour une critique de la distinction opérée entre les mesures de réciprocité et les représailles, et contre une interprétation trop étroite de l'exigence de réciprocité, v. P. REUTER, *Introduction au droit des traités*, *op. cit.*, p. 158-159 par. 281 ; P. MALANCZUK, « Zur Repraisal im Entwurf der International Law Commission zur Staatenverantwortlichkeit », *Z.a.ö.R.V.*, 1985, vol. 45, p. 315-316. D'avis contraire, v. par exemple B. SIMMA, « Reciprocity », *op. cit.* ; M. VIRALLY, « Le principe de réciprocité dans le droit international contemporain », *op. cit.*, notamment p. 52.

celles-ci, et qu'elles n'exigent dès lors pas de régime distinct¹⁵⁹². Mais puisque la nature juridique de la suspension de concessions dans le cadre de l'O.M.C. reste incertaine, il n'est pas inutile de la confronter à la notion de réciprocité.

Une telle confrontation est même intuitivement appelée, du fait bien connu que la réciprocité trouve une application particulièrement forte dans le système commercial multilatéral. Nous avons analysé précédemment les disciplines communes contenues dans les accords O.M.C. comme étant intrinsèquement multilatérales¹⁵⁹³, avec la particularité que le tissage des concessions qui leur sont soumises produit, par le principe de l'accord unique et surtout le principe de la nation la plus favorisée, une sur-réciprocité que rompt toute situation de fait ou de droit qui porte atteinte à l'équilibre conventionnel ou cause autrement un dommage à un Membre. Dans ces conditions, auxquelles s'ajoutent celles posées par l'article 22 sur lesquelles nous reviendrons, une suspension de concessions ou d'autres obligations revêt bien au premier abord l'allure d'une mesure de réciprocité. Mais l'hypothèse s'efface vite devant deux obstacles. D'abord, celui de la finalité d'une suspension : celle-ci a certes pour effet de rétablir l'équilibre des concessions, au moyen d'une forme primitive de réciprocité consistant à réagir à un mal par un mal, mais il ne s'agit pas là de sa *finalité*. Celle-ci est, on y reviendra, d'amener le Membre récalcitrant à exécuter la recommandation de l'O.R.D., c'est-à-dire d'inciter au rétablissement de la légalité¹⁵⁹⁴. Le second obstacle est impliqué dans le premier : pour qu'il y ait réciprocité, la mesure de réaction et le comportement qui la motive doivent viser des obligations relevant du même ordre dans la chaîne normative, obligations primaires ou obligations secondaires, la réciprocité stricte ne paraissant pas tolérer le croisement. Or, la suspension de concessions consiste en la violation d'obligations primaires qui obligent, en situation « normale » de légalité, celui qui en a pris l'engagement ; en revanche, le comportement auquel elle réagit est le manquement à l'obligation d'exécuter la recommandation de l'O.R.D., qui n'est pas une obligation primaire, bien qu'elle y soit rattachée. En d'autres termes, la réciprocité proprement dite n'existerait que

1592 V. C.D.I., *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-quatrième session*, op. cit., p. 24 par. 151. Également en ce sens, R. PISILLO MAZZESCHI, « Termination and Suspension of Treaties for Breach in the ILC Works on State Responsibility », in M. SPINEDI et B. SIMMA (eds), *United Nations Codification of State Responsibility*, New York, Oceana, 1987, p. 794, et les remarques d'A. PELLET in J. CRAWFORD, « Responsabilité des Etats (suite) – Deuxième rapport du Rapporteur spécial (fin) », 2600^e séance, in *Comptes rendus analytiques des séances de la cinquante-et-unième session*, A/CN.4/SER.A/1999, *Annuaire C.D.I.*, 1999, I, p. 255 par. 39.

1593 V. *supra*, Première partie, Titre II, Chapitre I.

1594 V. *infra*, Section II, § 2, A.

si la suspension de concessions, *i. e.* la violation d'obligations primaires, était la réaction à la violation produite par la mesure en cause dans la procédure initiale, *i. e.* la violation d'une obligation également primaire. Or, pareille réciprocité ne permettrait pas de tenir compte des situations de non-violation, puisqu'il n'existerait alors pas d'atteinte à une obligation primaire à laquelle un Membre lésé pourrait réagir symétriquement. Par ailleurs, la localisation du fait illicite ci-dessus a établi que la suspension de concessions réagit au manquement à la recommandation de l'O.R.D. et est destinée à contraindre le Membre déclaré responsable à corriger ce manquement. Il existe donc un décalage entre l'objet de la mesure de réaction, ce en quoi elle consiste, et son fondement ; ou, autrement dit, décalage entre les ordres auxquelles appartiennent les obligations qu'elle vise et le manquement auquel elle réagit ; et dit encore autrement, décalage entre obligation primaire et obligation « primaire prime » : c'est ce décalage qui empêche d'analyser la suspension de concessions comme une véritable mesure de réciprocité. Il nous semble d'ailleurs que le manquement qui motive la réaction *n'a pas* et ne peut avoir de reflet parfaitement symétrique. La mesure qui présenterait le mieux une telle symétrie consisterait dans l'inexécution par le Membre lésé d'une recommandation de l'O.R.D. à laquelle il serait lui-même soumis, dans le cadre d'un différend parfaitement croisé avec le Membre contre lequel il réagit, qui implique le même type de mesure initiale et les mêmes violations¹⁵⁹⁵. Ne pas entendre la réciprocité ainsi, dans un sens strict, reviendrait à diluer la notion au point que toute réaction prenant la forme d'une inexécution à l'intérieur du traité qui contient également l'obligation violée serait une mesure de réciprocité. La suspension de concessions, en tout cas, ni n'est une telle mesure de réciprocité, ni même n'a pour fondement la réciprocité.

**B *Suspension de concessions et réactions décentralisées à l'illicite :
l'illicite comme fondement de la suspension***

En tirant son fondement de l'illicite, la suspension de concessions présente d'importantes ressemblances avec des mesures de réaction aussi diversifiées que celles prévues dans le droit des traités (1.) ou le droit de la responsabilité (2.), ou encore avec les sanctions institutionnelles prises dans le cadre d'une

¹⁵⁹⁵ On s'approche également de l'hypothèse d'une symétrie plus ou moins pure dans une affaire telle qu'*Etats-Unis – Loi de 1916*, où les Communautés européennes avaient proposé, à titre de suspension de concessions ou d'autres obligations, de prendre un règlement en parfaite symétrie à la loi antidumping américaine (l'affaire sera analysée *infra*, Section II, § 1, B.). Cependant, la réciprocité échoue ici aussi à l'obstacle que la réaction n'est symétrique qu'à la violation initiale, mais pas au fait illicite qui constitue son motif.

organisation internationale (3.)¹⁵⁹⁶. Si cette confrontation permet de procéder à plusieurs exclusions, elle met cependant en évidence que le seul rattachement à l'illicite n'est pas suffisant pour identifier la nature juridique de la suspension de concessions de l'O.M.C.

1 Suspension de concessions et droit des traités

En ce qu'elle s'apparente au premier abord à un mécanisme d'exception pour inexécution (a.), la suspension de concessions du droit de l'O.M.C. doit être distinguée de la suspension du traité pour violation substantielle de celui-ci que prévoit la Convention de Vienne de 1969 (b.).

a L'« exception d'inexécution »

Un parallèle intuitif s'établit entre la suspension de concessions du droit de l'O.M.C. et ce qui dans certains droits internes est qualifié d'exception d'inexécution. Cette exception, qui ne peut se transposer parfaitement depuis le droit interne, est exprimée dans le droit international par la formule *inadimplenti non est adimplendum*, selon laquelle « on n'est pas tenu d'exécuter envers qui n'exécute pas »¹⁵⁹⁷. Cette proposition générale sous-tend l'*exceptio non adimpleti contractus*, exception que peut faire valoir une partie envers laquelle une autre n'exécute pas ou plus un engagement conventionnel, cette inexécution « l'autoris[ant] à ne pas appliquer à son tour tout ou partie de cet engagement conventionnel »¹⁵⁹⁸. C'est bien la même cause de la réaction – inexécution préalable par une autre partie – et la même forme de réaction – inexécution d'obligations conventionnelles – qui caractérisent au premier abord la suspension de concessions de l'O.M.C. Cependant, *inadimplenti non est adimplendum* ni ne se définit ni ne se délimite ni même ne s'identifie (dans son application) aisément en droit international. La difficulté tient à la formule même, qui semble indiquer qu'elle s'appliquerait à n'importe quelle obligation internationale, indépendamment de sa source conventionnelle ou coutumière¹⁵⁹⁹.

1596 Nous distinguons contre-mesures et sanctions, bien que certains auteurs soient d'avis que les secondes ne seraient qu'une application, ou une forme, des premières. Si le terme « sanction » peut au premier abord sembler générique, il est néanmoins le seul qui se prête à être envisagé sous l'angle institutionnel ; le mot paraît d'ailleurs aujourd'hui employé presque unanimement pour désigner les mesures décidées dans le cadre d'une organisation internationale, par opposition aux mesures individuelles des Etats, et c'est à cette perception que nous nous rallions (v. aussi *infra* dans ce développement, 3.).

1597 J. COMBACAU, *Le droit des traités*, Paris, P.U.F., Coll. « Que sais-je ? », 1991, p. 119.

1598 J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, op. cit., p. 470.

1599 Pourtant, comme l'a observé le Rapporteur spécial Arangio-Ruiz, dans la pratique il n'est invoqué qu'en rapport avec des obligations conventionnelles. V. G. ARANGIO-RUIZ,

Cependant, il est incontestable que la formule est directement puisée dans le principe de réciprocité et en constitue une application¹⁶⁰⁰. Ainsi, lorsque le Rapporteur spécial Fitzmaurice envisageait, au titre de la non-exécution justifiée *ab extra* par l'application d'une règle générale de droit international, l'hypothèse de la non-exécution préalable par une partie¹⁶⁰¹, il considérait simultanément que le principe de réciprocité donne aux autres Etats à un traité « le droit de recourir à une non-exécution correspondante » vis-à-vis de l'Etat qui n'exécuterait pas ses obligations internationales. Selon lui, il était par conséquent préférable, au lieu de l'inscrire explicitement dans le traité, de considérer la condition de réciprocité comme une condition implicitement inhérente à tous les traités de type réciproque ou interdépendant¹⁶⁰². Dans le même sens, la Cour internationale de Justice a considéré dans son avis consultatif de 1971 que le droit de mettre fin au traité comme conséquence de sa violation est un « principe juridique général », qui doit être « présumé exister pour tous les traités »¹⁶⁰³.

Les deux hypothèses prévues par l'article 60 de la Convention de Vienne correspondent à cette exception d'inexécution : la violation substantielle par une

« Troisième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, p. 13 par. 33, citant à l'appui de son propos le mémoire des Etats-Unis dans l'affaire des *Services aériens* de 1978. *Inadimplenti non est adimplendum* et *exceptio inadimplenti contractus* sont d'ailleurs souvent employés de manière interchangeable, la seconde étant le nom du principe tandis que la première est son énoncé / contenu. V. également en ce sens J. CRAWFORD, « Deuxième rapport sur la responsabilité des Etats », A/CN.4/498 et Add. 1 à 4, *Annuaire C.D.I.*, 1999, I-2, p. 58 par. 217 note 410.

1600 Sur la limitation de l'application du principe *inadimplenti non est adimplendum* aux obligations synallagmatiques, v. J. CRAWFORD, « Troisième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, p. 95 par. 364.

1601 V. l'insertion de l'article 17 bis intitulé « Non-exécution préalable par une autre partie » dans la partie du texte sur le droit des traités consacrée à la non-exécution justifiée *ab extra* par l'application d'une règle générale de droit international, présenté et commenté in G. FITZMAURICE, « Quatrième rapport sur le droit des traités », A/CN.4/120, *Annuaire C.D.I.*, 1959, II, p. 37-83. L'emplacement possible de l'article n'était toutefois que signalé, alors que son contenu, se recoupant avec les hypothèses de non-exécution justifiée *ab intra* par une condition implicitement contenue dans le traité du fait du droit international, a été basculé vers l'article 20 intitulé « Conditions implicites dans tous les traités : condition de réciprocité ou de non-cessation d'exécution par l'autre partie ou les autres parties » (v. le commentaire *ibid.*, p. 71-72 par. 102).

1602 G. FITZMAURICE, « Quatrième rapport sur le droit des traités », *op. cit.*, p. 72 par. 102.

1603 C.I.J., *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, *op. cit.*, p. 47 par. 96.

partie au traité peut être le motif de l'extinction du traité, ou de la suspension de son application dans les relations avec l'Etat auteur de la violation¹⁶⁰⁴. Une telle suspension (ou extinction) est bien une réaction, en ce sens qu'elle réagit à la violation par un Etat de ses obligations conventionnelles, dans la forme d'une suspension de l'application du traité (ou son extinction) dont le motif et fondement est la violation par un Etat de ses obligations substantielles. L'article 60 de la Convention de Vienne et l'article 22 du Mémorandum (et l'article 4.10 de l'Accord SMC) sont en ce sens des outils destinés à répondre à la même difficulté. En cela, les mesures prises en application de l'article 60 de la Convention de Vienne se distinguent en revanche des contre-mesures interétatiques du droit commun de la responsabilité, qui peuvent répondre à n'importe quel type de violation et pas seulement à celle d'un traité. Mais plus largement, la ressemblance entre la réaction prévue dans le droit des traités, sous la forme d'une suspension au sens de l'article 60 de la Convention de Vienne, et celle prévue par le droit de la responsabilité, sous la forme de contre-mesures, est importante. La relation entre les deux et par conséquent leur nature juridique respective peuvent soulever des controverses, et au minimum être malaisées à identifier¹⁶⁰⁵. Selon certains, les deux relèveraient conceptuellement de registres différents qui empêchent toute assimilation¹⁶⁰⁶. Selon d'autres, la suspension au sens de l'article 60 ne serait qu'une sous-catégorie de la

1604 Pour rappel, l'article 60 paragraphe 2 de la Convention de Vienne de 1969 dispose qu'« [u]ne violation substantielle d'un traité multilatéral par l'une des parties autorise [...] b) une partie spécialement atteinte par la violation à invoquer celle-ci comme motif de suspension de l'application du traité en totalité ou en partie dans les relations entre elle-même et l'Etat auteur de la violation ; c) toute partie autre que l'Etat auteur de la violation à invoquer la violation comme motif pour suspendre l'application du traité en totalité ou en partie en ce qui la concerne si ce traité est d'une nature telle qu'une violation substantielle de ses dispositions par une partie modifie radicalement la situation Convention de Vienne de chacune des parties quant à l'exécution ultérieure de ses obligations en vertu du traité ».

1605 Il suffit de penser au caractère vague et incertain des développements à ce sujet dans les rapports du Rapporteur spécial Riphagen, que son successeur, le Rapporteur spécial Arangio-Ruiz, remet entièrement en cause, tout en étant conscient que la question était controversée et exigeait davantage de réflexion. V. par ailleurs l'étude de M. Sicilianos, qui souligne les similarités et différences entre les deux mécanismes et fait apparaître que la frontière entre eux est loin d'être radicale, in L.-A. SICILIANOS, « The Relationship Between Reprisals and Denunciation or Suspension of a Treaty », *E.J.I.L.*, 1993, vol. 4, n° 1, p. 341-359.

1606 V. par exemple B. SIMMA, « Reflections on Article 60 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and its Background in General International Law », *O.Z.ö.R.V.*, 1970, vol. 20, p. 5-83 ; B. SIMMA et Ch. TAMS, « Reacting against Treaty Breaches », in D. B. HOLLIS

catégorie générique des contre-mesures (ou représailles, dans le vocabulaire alors employé)¹⁶⁰⁷. Selon encore d'autres, les deux seraient des applications du principe de la responsabilité, le premier dans le droit des traités et le second dans le droit international général¹⁶⁰⁸.

D'emblée, on est tenté de rapprocher la suspension au sens de l'O.M.C. et celle au sens de la Convention de Vienne, ne serait-ce que parce qu'elles produisent le même effet sur le lien conventionnel, et obéissent en ce sens à la même « technique ». En effet, l'une comme l'autre n'a aucun effet sur l'*existence* de la concession ou de l'obligation visée : les deux types de suspension ne font qu'en suspendre l'*effet*, au sens d'une suspension de l'*applicabilité* de l'obligation (et, inversement, de l'invocabilité du droit dont est titulaire l'autre partie). Mais l'obligation suspendue, en elle-même, continue d'exister en tant que virtualité : le lien conventionnel sous-jacent n'est pas affecté dans son existence, seulement dans l'effet qu'il produit – il est en quelque sorte « désactivé »¹⁶⁰⁹.

(ed.), *The Oxford Guide to Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2012, spéc. p. 580-582 et 603 (on reviendra sur les arguments développés par ces auteurs).

1607 V. en ce sens M. AKEHURST, « Reprisals by Third States », *B.Y.B.I.L.*, 1970, vol. 44, p. 6 ; P. PISILLO MAZZESCHI, *Risoluzione e sospensione dei trattati per inadempimento*, Milan, Giuffrè, 1984, p. 313 ; J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, op. cit., p. 259.

1608 V. par exemple M. VIRALLY, « Le principe de réciprocité dans le droit international contemporain », op. cit., p. 5-213, qui fait ce constat au sujet de l'*exceptio non adimplenti contractus* et des contre-mesures ; Ch. LEBEN, *Les sanctions privatives de droits ou de qualité dans les organisations internationales spécialisées*, op. cit., p. 66.

1609 D'autres auteurs, s'agissant de la suspension au sens de la Convention de Vienne, ont parlé de l'« élimination » temporaire ou définitive de la norme, et même de sa « destruction » (par exemple, v. L. BOISSON DE CHAZOURNES, *Les contre-mesures dans les relations internationales économiques*, op. cit., p. 26), mais ces termes nous paraissent impropres : la norme qui porte l'obligation (et inversement un droit) n'est ni éliminée ni détruite, c'est seulement son application qui est suspendue, et donc l'effet qu'elle aurait autrement dans les rapports conventionnels entre les parties concernées. Dans le même sens, v. P. DAILLIER, M. FORTEAU et A. PELLET, *Droit international public*, op. cit., p. 332-347 : dans l'hypothèse de la suspension, « l'instrument subsiste ; seules les normes qu'il contient cessent provisoirement de produire leurs effets. Elles reviendront à la vie juridique dès que prendra fin cette suspension puisque le traité demeure » (p. 332). Il existe cependant une difficulté avec une telle suspension : si elle signifie que le lien conventionnel cesse de produire son effet, alors son existence même est « dans les limbes ». L'expression est empruntée au Rapporteur spécial Crawford, selon qui « [t]he suspension of a treaty (or of a severable part of a treaty), if it is legally justified, places the treaty in a sort of limbo ; it ceases to constitute an applicable legal standard for the parties while it is suspended and until action is taken to bring it back into operation », in J. CRAWFORD, « Troisième rapport sur la responsabilité des Etats », op. cit., p. 86-87 par. 324. En effet, la suspension

Cela explique notamment pourquoi la suspension de concessions du droit de l'O.M.C., aussi longtemps qu'elle est mise en œuvre, doit maintenir la justification de sa licéité, en obéissant aux conditions de procédure et de fond qu'imposent le Mémoire et l'Accord SMC¹⁶¹⁰. En dehors de cette technique commune, et au-delà des autres ressemblances apparentes¹⁶¹¹, la suspension prévue dans le droit de l'O.M.C. se distingue en plusieurs points cruciaux de celle au sens de la Convention de Vienne.

b *Suspension de concessions pour manquement à la recommandation de l'O.R.D. et suspension du traité pour violation substantielle de celui-ci*

La première différence tient à la technique juridique dont relèvent la suspension de concessions du droit de l'O.M.C. et la suspension du traité pour violation substantielle de celui-ci prévue par la Convention de Vienne. L'une et l'autre sont des mesures de réaction, cela est hors de cause si on entend la réaction dans son sens large de réponse à un événement préalable, et donc nécessairement postérieure à celui-ci. Mais la première est une réaction *offensive*, au sens où elle *vise* à obtenir une action positive de la part de l'Etat qui subit la réaction, le contraindre à un retour à la légalité. L'inexécution pour violation substantielle du traité en revanche est une réaction *défensive* : elle repose sur la double idée, rattachée à celle de réciprocité, qu'il est inadmissible pour un Etat envers lequel un autre (conventionnellement lié à lui) n'exécute plus de rester

soulève plusieurs questions auxquelles la Convention de Vienne ne répond pas : par quel moyen la partie suspendue du traité ou le traité suspendu dans son intégralité peut-il être « réactivé » ? En d'autres termes, comment le lien conventionnel peut-il être restauré et reprendre effet ? Faut-il pour cela un accord entre les deux parties concernées, ou un acte unilatéral de l'Etat ayant suspendu l'application du traité suffit-il ? Et dans quelles conditions l'un et l'autre devraient-ils intervenir ?

1610 L'encadrement procédural et juridictionnel dont font l'objet ces conditions prend à cet égard aussi une importance particulière, puisqu'il garantit la licéité de la mesure de réaction. Cet encadrement sera développé *infra*, Chapitre II.

1611 Dans la droite ligne de sa perception des obligations des accords de l'O.M.C. comme établissant des relations bilatérales, et bien qu'il prône une approche plus collective tant des obligations que des voies d'exécution, M. Pauwelyn estime que lorsque la mesure d'un Membre est mise en cause dans une procédure de règlement des différends, la raison en est qu'il a rompu l'équilibre négocié avec un autre Membre spécifique et non pas qu'il aurait violé une obligation multilatérale. Il associe cette approche à une interprétation contractuelle des rapports entre Membres de l'O.M.C., qui renvoie dès lors à l'exception d'inexécution. Sur cette base, l'auteur trace un parallèle avec l'article 60 de la Convention de Vienne. V. J. PAUWELYN, « Enforcement and Countermeasures in the WTO : Rules are Rules – Toward a More Collective Approach », *op. cit.*, p. 340.

tenu d'exécuter ses propres engagements envers l'Etat perturbateur, et qu'il est de même inadmissible pour le système et la communauté juridiques que crée le traité multilatéral concerné de le laisser sans moyen de réagir, légitime et licite, dans pareille situation. En ce sens, la brèche ouverte dans le principe cardinal *pacta sunt servanda* au motif de la violation substantielle préalable du traité est une *exception* : la non-exécution par la partie envers lequel l'application du traité est suspendue est invoquée au titre d'un moyen de défense contre une allégation d'illicéité de la part de l'autre partie. Dans la logique qui anime sa conception, la suspension de concessions du droit de l'O.M.C. s'apparente bien plus à une voie d'exécution et relève donc d'une technique de coercition.

La deuxième différence réside dans la fonction respective des deux techniques. La suspension de concessions au sens du Mémorandum et de l'Accord SMC a pour fonction d'inciter le Membre défaillant à l'exécution de l'obligation qui résulte de la recommandation de l'O.R.D., et donc à un retour au respect de ses engagements¹⁶¹². C'est une mesure coercitive qui s'inscrit dans l'échelle de la contrainte qu'organise l'O.M.C. pour garantir la légalité, à laquelle tend l'ensemble du mécanisme de règlement des différends. La suspension au sens de l'article 60 de la Convention de Vienne, en revanche, tire sa raison d'être du principe surplombant *pacta sunt servanda* et de la considération d'équilibre entre les droits et obligations des cocontractants¹⁶¹³ : elle répond à l'idée qu'un Etat doit pouvoir se libérer de ses obligations lorsqu'il n'a plus d'intérêt à les exécuter, compte tenu de la défaillance de son cocontractant. Elle est en ce sens un mécanisme de défense au moyen duquel un Etat peut se soustraire à ses obligations, si leur exécution devait créer un déséquilibre des positions juridiques¹⁶¹⁴. La conséquence en est que la suspension obéit, du moins en

¹⁶¹² La fonction de la suspension de concessions sera examinée *infra*, Chapitre II, Section II.

¹⁶¹³ L'opinion individuelle du juge De Castro dans l'affaire relative à l'*Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI* exprimait de manière concise ce rapport : « [l']article 60 est un complément et la sanction du principe *pacta sunt servanda*. C'est la violation des droits ou des obligations ayant leur source dans le pacte qui est à l'origine de l'*exceptio non adimpleti* », in C.I.J., *Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI* (Inde c. Pakistan), arrêt du 18 août 1972, opinion individuelle du juge De Castro, *C.I.J. Recueil 1972*, p. 129.

¹⁶¹⁴ V. en ce sens B. SIMMA, « Reflections on Article 60 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and its Background in General International Law », *op. cit.*, vol. 20, p. 20-21. On retrouve là l'idée sous-jacente à la distinction opérée par le Rapporteur spécial Riphagen entre les mesures de réciprocité et les contre-mesures (et on y voit combien la frontière entre différentes réactions à l'illicite peut être délicate à tracer) : selon lui, les mesures de réciprocité « ont pour objet de rétablir l'équilibre entre les positions respectives de

théorie, à la condition d'un étroit rapport synallagmatique entre les obligations concernées¹⁶¹⁵. Le dispositif de l'O.M.C., au contraire, permet à un Membre de choisir la nature des concessions à suspendre, sous la réserve qu'il respecte certaines conditions¹⁶¹⁶ : rien ne lui interdit, par exemple, d'augmenter les droits de douane sur des produits qui ne sont pas identiques ou similaires à ceux dont les producteurs nationaux ont subi le dommage initial. On y voit apparaître cette distinction fondamentale : la technique de l'article 60 de la Convention de Vienne peut avoir pour effet incident l'incitation au retour au droit, mais elle n'est pas sa fonction principale. La différence conceptuelle entre les deux mécanismes se répercute alors dans la dynamique fonctionnelle à laquelle ils obéissent respectivement : celui de l'O.M.C. est tourné vers le Membre récalcitrant et répond à la question de savoir comment le contraindre à se conformer aux règles qui l'obligent ; celui de l'article 60 de la Convention de Vienne est « replié » sur l'Etat lésé et répond à la question de savoir ce qu'il peut faire pour protéger ses intérêts lorsque le lien conventionnel, du fait d'un cocontractant défaillant, n'est plus fiable. Cette différence apparaît également au regard de la condition quantitative à laquelle n'est pas explicitement soumis celui-ci, alors que celui-là l'est : la suspension au sens de l'O.M.C. est soumise à l'exigence

l'Etat auteur et de l'Etat lésé » alors que les représailles ont « pour objet de faire pression sur l'Etat auteur pour qu'il s'acquitte de ses ("nouvelles") obligations », v. W. RIPHAGEN, « Sixième rapport sur le contenu, les formes et les degrés de la responsabilité internationale (deuxième partie du projet d'articles) ; et "Mise en œuvre" de la responsabilité internationale et règlement des différends (troisième partie du projet d'articles) », *op. cit.*, p. 11.

1615 V. sur ce point B. SIMMA et Ch. TAMS, « Reacting Against Treaty Breaches », *op. cit.*, spéc. p. 582, qui parlent de « *synallagmatic pairs of obligations* » (v. aussi en ce sens *id.*, « Article 60 », in O. CORTEN et P. KLEIN (dir.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités – Commentaire article par article*, vol. III, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 2136 par. 4). Virally avait cependant fait valoir la possibilité d'une « réciprocité globale », qui pourrait jouer dans le cadre de l'article 60 de la Convention de Vienne lorsque les Etats concernés sont simultanément ou consécutivement parties à plusieurs traités multilatéraux, in M. VIRALLY, « Le principe de réciprocité dans le droit international contemporain », *op. cit.*, p. 44-45.

1616 V. *infra*, Chapitre II, Section I, § 1, B., 2. Il faut y ajouter également la réserve que la suspension de concessions à l'égard du Membre auteur du manquement implique déjà nécessairement un certain degré de synallagmatisme. Cependant, l'article 22:3 impose certes une hiérarchie des secteurs et accords dans lesquels le Membre peut demander l'autorisation de suspendre des concessions ou d'autres obligations, mais les conditions dans lesquelles peut être recouru à une suspension intersectorielle mettent en évidence que la fonction même de la suspension est l'incitation à la mise en conformité. On est là ramené vers la différence conceptuelle entre les deux mécanismes.

de l'équivalence de la réaction ou de son caractère approprié. Mais rien dans l'article 60 ne fait apparaître une telle condition¹⁶¹⁷, bien qu'il soit généralement admis que le principe de proportionnalité serait applicable à toutes les réactions à l'illicite¹⁶¹⁸.

La troisième différence enfin, la plus importante car elle justifie à elle seule l'impossible assimilation de la suspension au sens de l'O.M.C. au mécanisme de l'article 60 de la Convention de Vienne, est que les deux mécanismes ont des champs d'application différents, et leurs régimes juridiques sont donc distincts. Cette différence tient à ce que les deux ne réagissent pas au même type de rapport, ce qui apparaît distinctement dans l'arrêt *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* rendu par la C.I.J. : droit des traités et droit de la responsabilité ont, « à l'évidence, des champs d'application distincts. C'est au regard du droit des traités qu'il convient de déterminer si une convention est ou non en vigueur, et si elle a ou non été régulièrement suspendue ou dénoncée. C'est en revanche au regard du droit de la responsabilité des Etats qu'il y a lieu d'apprécier dans quelle mesure la suspension ou la dénonciation d'une convention qui serait incompatible avec le droit des traités engage la responsabilité de l'Etat qui y a

¹⁶¹⁷ Au cours des travaux de la C.D.I., le débat s'était en particulier articulé autour de la question d'une proportionnalité *qualitative*, dont la mention expresse a en définitive été écartée de la rédaction de l'article 60 (v. sur ce point G. ARANGIO-RUIZ, « Troisième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, p. 25 par. 77). Que la question de la proportionnalité (*quantitative*, cette fois) continue de soulever des controverses apparaît par exemple au regard de l'argumentation opposée des deux parties dans l'affaire relative à l'*Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI*, *op. cit.*, p. 46-75 : le Pakistan faisait valoir que l'extinction ou la suspension d'un traité en vertu de l'article 60 de la Convention de Vienne est soumise à la condition de proportionnalité ; dans sa réplique, l'Inde niait que le principe de proportionnalité s'appliquât à une suspension ou extinction au sens de l'article 60. V. respectivement le contre-mémoire déposé par le Gouvernement du Pakistan, *I.C.J. Pleadings*, p. 384 par. 38 ; et la réplique déposée par le Gouvernement de l'Inde, *I.C.J. Pleadings*, p. 422 par. 50.

¹⁶¹⁸ Selon le Rapporteur spécial Riphagen, « une "règle de proportionnalité" devrait, en principe, régir toutes [l]es conséquences juridiques [d'un fait internationalement illicite] », *in* W. RIPHAGEN, « Rapport préliminaire sur le contenu, les formes et les degrés de la responsabilité internationale (deuxième partie du projet d'articles) », doc. A/CN/4/330, *Annuaire C.D.I.*, 1980, vol. II-1, p. 110 par. 27. Le juge Simma et M. Tams considèrent également que la proportionnalité est impliquée dans l'article 60 de la Convention de Vienne, dès lors qu'elle a selon eux valeur de « *overriding principle* », tout en reconnaissant que rien dans l'article 60 ne corrobore expressément cet avis : B. SIMMA et Ch. TAMS, « *Reacting against Treaty Breaches* », *op. cit.*, p. 587 ; *id.*, « Article 60 », *op. cit.*, p. 2169-2172, spéc. par. 65.

procédé »¹⁶¹⁹. En quelques mots, que nous préciserons ensuite : la suspension au sens de l'article 60 de la Convention de Vienne réagit à la violation d'une obligation primaire, celle prévue par le droit de l'O.M.C. à l'inexécution d'une obligation qui *résulte* de la violation d'une telle obligation primaire. En effet, le droit des traités traite principalement du contenu des obligations primaires et des possibles mutations qu'elles peuvent subir. Le règlement des différends de l'O.M.C., en tant que mécanisme de responsabilité, repose sur le pré-requis de l'existence d'obligations primaires. Par conséquent, il est entièrement orienté vers la question de savoir dans quelle mesure un comportement incompatible avec ces obligations primaires peut être justifié (on pense notamment au mécanisme des exceptions générales de l'article XX du GATT) et, si l'incompatibilité est injustifiable, quelles en sont les conséquences. Celles-ci ont été examinées dans les chapitres précédents. Partant de là, la nature du rapport dont relèvent les deux mécanismes de suspension se révèle plus manifestement : la suspension de l'article 60 de la Convention de Vienne n'est applicable que dans le droit des traités, elle est fondée dans les règles primaires énoncées par le traité ; la suspension du droit de l'O.M.C. est un moyen de contrainte, qui puise son fondement dans le rapport de responsabilité établi entre le Membre auteur du comportement mis en cause et le Membre qui en a subi un dommage. Ce rapport de responsabilité tient bien à la violation d'une obligation primaire, mais celle-ci est mise à distance : la suspension de concessions est rattachée aux *conséquences* de l'établissement de la responsabilité, en ce qu'il est fondé sur la violation de l'obligation résultant du rapport de responsabilité, c'est-à-dire celle de mise en conformité ou d'ajustement mutuel. La suspension prévue par le droit de l'O.M.C. et celle en vertu de l'article 60 de la Convention de Vienne sont donc bien rattachées à deux types de rapports fondamentalement

1619 C.I.J., *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, *op. cit.*, p. 38 par. 47. Sur ce point, v. également P. DAILLIER, M. FORTEAU et A. PELLET, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 321-322, où les auteurs observent que si les mesures « port[a]nt atteinte à la "vie" du traité » relèvent incontestablement du droit des traités, elles « ne sont pas, pour autant, dépourvues de tout lien avec le droit de la responsabilité internationale en ce sens que si ces opérations ne sont pas menées conformément à ce droit des traités, la responsabilité de leur auteur [...] se trouvera engagée ». De même, v. l'analyse menée par M. Weil, qui examinait à partir de la sentence rendue dans l'affaire relative au *Rainbow Warrior* les rapports entre le droit des traités et le droit de la responsabilité, autour de la notion pivot de *breach of treaty*, in P. WEIL, « Droit des traités et droit de la responsabilité », in P. WEIL, *Ecrits de droit international*, Paris, P.U.F., 2000, spéc. p. 196-202, où l'auteur fait apparaître leurs champs d'application respectifs.

différents¹⁶²⁰, et soumises à des régimes distincts : celle-ci tient aux obligations primaires contenues dans un traité et est fondée sur leur violation ; celle-là tient au rapport de responsabilité qui naît de la violation d'une obligation primaire et est fondée sur la violation de l'obligation qui découle de la responsabilité¹⁶²¹.

1620 S'agissant de la distinction entre les contre-mesures interétatiques et l'article 60 de la Convention de Vienne, qui a ici servi de matrice à la délimitation entre la réaction à l'illicite du droit de l'O.M.C. et le droit des traités, v. notamment J. CRAWFORD, « Troisième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, p. 87 par. 325 ; *id.*, *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat – Introduction, texte et commentaires*, *op. cit.*, p. 336 par. 4 (introduction au Chapitre II consacré aux contre-mesures) ; B. SIMMA et Ch. TAMS, « Reacting against Treaty Breaches », *op. cit.* ; B. SIMMA, « Reflections on Article 60 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and its Background in General International Law », *op. cit.* V. aussi l'opinion individuelle du juge Simma dans l'affaire de l'*Application de l'Accord intérimaire du 13 septembre 1995* (C.I.J., *Application de l'Accord intérimaire du 13 septembre 1995* (ex-République yougoslave de Macédoine c. Grèce), arrêt du 5 décembre 2011) : regrettant que la Cour n'ait pas saisi l'occasion pour établir clairement que l'*exceptio non adimpleti contractus* ne se distingue pas de l'article 60 de la Convention de Vienne, il souligne qu'à son sens l'article 60 doit être compris comme impliquant l'exception, et par conséquent comme épuisant le droit de suspendre l'application d'un traité pour violation de celui-ci. Au sujet de la distinction entre ce mécanisme et les contre-mesures interétatiques, il souligne ainsi fermement que « Article 60 has nothing to do with State responsibility, and State responsibility has nothing to do with the maxim *inadimplenti non est adimplendum* or the *exceptio non adimpleti contractus*. The functional synallagma attached to treaties embodying reciprocal obligations finds its (not necessarily Latin) expression entirely in the primary rules of the law of treaties. On the other hand, it is in the law on State responsibility where countermeasures have found their place, and it is justified, indeed necessary, therefore to deal with them separately [...], even though countermeasures resorted to as a consequence of the breach of a treaty may also lead to suspension of provisions of that same treaty, that is, they may "look alike" for practical purposes while being subjected to a different legal régime » (par. 20 de son opinion individuelle).

1621 Dans le cadre d'une discussion au sujet de la force majeure et de son rattachement au droit des traités ou plutôt au droit de la responsabilité, Reuter avait ainsi fait valoir les « points de rencontre » entre les deux, l'article 61 de la Convention de Vienne sur le droit des traités en particulier en étant un, et souligné à cette occasion que « [l']article 60 examine bien certains effets d'un fait illicite, mais uniquement en ce qui concerne les mécanismes conventionnels, sans aborder l'ensemble des problèmes de responsabilité », P. REUTER in C.D.I., *Comptes rendus analytiques des séances de la trente-deuxième session*, 1585^e séance, « Questions des traités conclus entre Etats et organisations internationales ou entre deux ou plusieurs organisations internationales », *Annuaire C.D.I.*, 1980, I, p. 3 par. 8.

2 Suspension de concessions et droit de la responsabilité internationale

L'emploi par la jurisprudence de l'O.M.C. et la doctrine d'un vocabulaire disparate exige quelques précisions terminologiques relatives au droit de la responsabilité internationale. Nous renvoyons cependant à des développements ultérieurs une confrontation plus précise du régime des suspensions de concessions aux contre-mesures du droit de la responsabilité : les parallèles déjà identifiés avec les contre-mesures visées par le texte de la C.D.I. sont importants, et ce texte nous servira donc de point de comparaison tout au long de l'analyse de la suspension du droit de l'O.M.C.

Ecarter les rétorsions du champ des possibles qualifications des suspensions de concessions est le plus simple. Les rétorsions sont en effet des « réactions d'un Etat à un acte illicite ou inamical qui sont elles-mêmes inamicales mais non illicites »¹⁶²². La caractéristique principale des rétorsions est donc leur licéité intrinsèque : elles n'ont besoin d'aucune justification pour établir leur licéité. La suspension de concessions ou d'autres obligations au sens du Mémoire et de l'Accord SMC ne peut par conséquent relever de cette catégorie : si c'est une obligation qui est suspendue, il s'agit là de l'action inverse de sa réalisation et elle est donc nécessairement contraire aux engagements pris par le Membre qui la suspend ; s'il suspend des concessions, il contrevient pareillement à ses engagements puisque les concessions sont partie intégrante des obligations des Membres¹⁶²³. Dans les deux cas, la suspension telle qu'elle est envisagée à l'O.M.C. implique donc une mesure intrinsèquement illicite. Si elle est souvent appelée « rétorsion », il ne s'agit là que d'une approximation ou commodité¹⁶²⁴, mais l'appellation est juridiquement inadéquate.

¹⁶²² G. ARANGIO-RUIZ, « Troisième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, p. 10 par. 16. V. aussi K. J. PARTSCH, « Retorsion », in R. BERNHARDT (ed.), *E.P.I.L.*, vol. 9, Amsterdam, North-Holland, 1986, p. 335.

¹⁶²³ V. en ce sens le rapport de l'Organe d'appel, *Communautés européennes – Classement tarifaire de certains matériels informatiques*, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R, 5 juin 1998, par. 84, qui avait établi qu'« [u]ne liste [de concessions] devient partie intégrante du GATT de 1994 en vertu de l'article II:7 du GATT de 1994. En conséquence, les concessions reprises dans cette liste font partie des termes du traité ».

¹⁶²⁴ Cette approximation pourrait au moins pour partie s'expliquer par la prescription d'équivalence de l'article 22:4 du Mémoire : la fixation d'un montant en reflet parfait au dommage subi est en effet caractéristique des rétorsions. En ce sens, v. en particulier les professeurs Verdross et Simma, qui emploient le terme « *spiegelbildlich* » in A. VERDROSS et B. SIMMA, *Universelles Völkerrecht*, 3^e éd., Berlin, Duncker & Humblot, 1984, p. 66.

Les représailles en revanche impliquent l'illicéité intrinsèque de l'acte¹⁶²⁵. Selon la définition formulée par l'Institut de Droit International en 1934, sous l'impulsion du Rapporteur Politis, elles sont des « mesures de contrainte, dérogoires aux règles ordinaires du Droit des Gens, prises par un Etat à la suite d'actes illicites commis à son préjudice par un autre Etat et ayant pour but d'imposer à celui-ci, au moyen d'un dommage, le respect du droit »¹⁶²⁶. L'illicéité intrinsèque des représailles n'est donc gommée que parce qu'elles réagissent à un fait internationalement illicite préalable, et qu'elles ont une fonction coercitive qui tend à astreindre l'Etat auteur de l'illicite au retour à la légalité¹⁶²⁷. Au premier abord, elles partagent bien cette caractéristique avec la suspension dans le droit de l'O.M.C., mais parler de la seconde en termes de représailles serait maladroit pour une raison strictement terminologique : le terme a fait l'objet d'un glissement sémantique, si bien que dans le vocabulaire internationaliste actuel, les représailles ne désignent plus que celles qui étaient autrefois appelées représailles belligérantes¹⁶²⁸.

1625 Pour une analyse comparative des rétorsions et représailles, sous l'angle de leur possible mise en œuvre en vertu du droit allemand, v. Ch. TOMUSCHAT, « Reprassalie und Retorsion – Zu einigen Aspekten ihrer innerstaatlichen Durchführung », *Z.a.ö.R.V.*, 1973, vol. 33, n° 1, p. 179-222.

1626 I.D.I., « Régime des représailles en temps de paix » (Rapporteur Politis), *Annuaire I.D.I.*, 1934, vol. 38, p. 708 (art. 1^{er}). La résolution exclut expressément les mesures de rétorsion de la catégorie des représailles, au motif « qu'elles ne dérogent pas aux règles ordinaires du droit des gens » (art. 2 paragraphe 1).

1627 Une conception presque identique des représailles émergeait déjà chez Vattel, selon qui « [l]es représailles sont usitées de nation à nation, pour se faire justice soi-même, quand on ne peut pas l'obtenir autrement. Si une nation s'est emparée de ce qui appartient à une autre, si elle refuse de payer une dette, de réparer une injure, ou d'en donner une juste satisfaction, celle-ci peut se saisir de quelque chose appartenant à la première, et l'appliquer à son profit, jusqu'à concurrence de ce qui lui est dû, avec dommages et intérêts, ou la tenir en gage, jusques à ce qu'on lui ait donné une pleine satisfaction », in E. de VATTEL, *Le droit des gens – ou Principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, tome I, Londres, 1758, p. 531 par. 342 (« Des Représailles », in Livre II Chapitre XVIII), ici dans l'édition de 1775, Amsterdam, van Harreveld (p. 291). La seule distinction immédiatement perceptible est la dimension manifestement punitive dont sont revêtues les représailles selon Vattel.

1628 La C.D.I. et certains auteurs avaient en effet déjà mis en garde contre le terme « représailles », au regard des connotations de violence, de punition, de vengeance et de recours à la force dont il est porteur. V. notamment G. ARANGIO-RUIZ, « Troisième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, p. 12 par. 25 ; E. ZOLLER, *Peacetime Unilateral Remedies : An Analysis of Countermeasures*, *op. cit.*, p. 16 ; Ch. DOMINICÉ, « Observations sur les droits de l'Etat victime d'un fait internationalement illicite », *op. cit.*, p. 33 ; D. ALLAND,

Simultanément, le terme « contre-mesures » a glissé d'un emploi qui englobait tant les rétorsions que les représailles vers un emploi qui ne couvre aujourd'hui plus que la partie des représailles non associées au conflit armé¹⁶²⁹. C'est donc également ce terme qui s'est imposé dans le vocabulaire de la responsabilité internationale. Le professeur Alland les entend de la pratique pacifique « qui consiste, pour un Etat, à méconnaître, de son propre chef, les obligations qui lui incombent normalement en réaction à un manquement initial de la part d'un autre Etat »¹⁶³⁰. Cette définition met déjà bien en évidence l'élasticité de l'expression, et c'est précisément la raison pour laquelle elle avait suscité jadis une certaine hostilité¹⁶³¹. Mais par la proximité délicate entre

Justice privée et ordre juridique international – Etude théorique des contre-mesures en droit international public, op. cit., p. 24. Cette perception s'est imposée, si bien que le terme « représailles » n'est employé plus que pour désigner certaines réactions en situation de conflit armé.

1629 En ce sens, v. par exemple J. CRAWFORD, *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat – Introduction, texte et commentaires, op. cit.*, p. 335 par. 3 (introduction au Chapitre II consacré aux contre-mesures) ; D. ALLAND, *Justice privée et ordre juridique international – Etude théorique des contre-mesures en droit international public, op. cit.*, p. 24. V. aussi la sentence du tribunal arbitral dans l'affaire concernant l'Accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les Etats-Unis d'Amérique et la France, *op. cit.*, p. 416 par. 80 ; et les affaires suivantes devant la Cour internationale de Justice : C.I.J., *Personnel consulaire et diplomatique des Etats-Unis à Téhéran, op. cit.*, p. 27 par. 53 ; C.I.J., *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, fond, op. cit.*, p. 106 par. 201 ; C.I.J., *Projet Gabčíkovo-Nagymaros, op. cit.*, p. 55 par. 82.

1630 D. ALLAND, *Justice privée et ordre juridique international – Etude théorique des contre-mesures en droit international public, op. cit.*, p. 25.

1631 Selon Reuter, le terme « ne veut rien dire », sinon que les contre-mesures sont en toute hypothèse postérieures à une action préalable : v. les remarques de P. REUTER in W. RIPHAGEN, « Contenu, formes et degrés de la responsabilité internationale (deuxième partie du projet d'articles) – Quatrième rapport du Rapporteur spécial », 1771^e séance, in *Comptes rendus analytiques des séances de la trente-cinquième session*, A/CN.4/SER.A/1983, *Annuaire C.D.I.*, 1983, vol. I, p. 104 par. 23 ; P. REUTER in W. RIPHAGEN, « Contenu, formes et degrés de la responsabilité internationale (deuxième partie du projet d'articles) [fin] », 1684^e séance, in *C.D.I., Comptes rendus analytiques des séances de la trente-troisième session, Annuaire C.D.I.*, 1981, vol. I, p. 201 par. 25. L'imprécision du terme est évidente si on se rappelle que la même définition, large et diluée, est parfois donnée des sanctions. D'un point de vue sémantique (mais aussi syntaxique) d'ailleurs, dire qu'une mesure prise par un Etat est une contre-mesure est une impropriété, même si cet usage a cours et qu'il sera, par commodité et par alignement sur la pratique courante, également employé ici ; la formule correcte serait qu'un Etat a pris telle mesure en contre-mesure.

mesures de réciprocité et représailles qui les rend difficiles à distinguer¹⁶³², les contre-mesures se sont imposées dans le vocabulaire juridique : d'abord dans la sentence arbitrale dans l'*Affaire concernant l'accord relatif aux services aériens entre les Etats-Unis d'Amérique et la France*¹⁶³³, puis dans l'*Affaire du Personnel diplomatique et consulaire à Téhéran* devant la Cour internationale de Justice¹⁶³⁴. La C.D.I. a de même considéré que l'expression est « celle qui rend le mieux compte de l'ensemble des mesures auxquelles on peut avoir recours pour obtenir la cessation d'un fait internationalement illicite ou la réparation de ce fait »¹⁶³⁵, et c'est donc elle qui est employée dans son texte sur la responsabilité des Etats. Les contre-mesures y sont caractérisées par les éléments suivants : elles sont prises contre l'auteur responsable d'un fait internationalement illicite, elles consistent en l'inexécution temporaire d'obligations internationales envers cet Etat, laquelle inexécution est soumise à l'exigence de proportionnalité, et elles ont pour finalité de ramener l'Etat récalcitrant au respect de ses engagements. Sans les analyser davantage pour l'instant, les développements précédents permettent d'ores et déjà de percevoir d'importantes ressemblances avec les caractéristiques des suspensions dans le droit de l'O.M.C.

3 Suspension de concessions et sanction institutionnelle

a *Préalable : la « sanction », concept théorique ou notion opératoire ?*

Au sens le plus dilué, en droit international la sanction peut être n'importe quelle conséquence attachée à un fait internationalement illicite¹⁶³⁶ ; un peu plus étroitement elle est « tout procédé susceptible d'assurer le respect du droit

1632 V. à ce sujet E. ZOLLER, *Peacetime Unilateral Remedies : An Analysis of Countermeasures*, *op. cit.*, spéc. p. 19-20 et 42-44.

1633 Tribunal arbitral, *Accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les Etats-Unis d'Amérique et la France*, *op. cit.*, par exemple p. 482 par. 80.

1634 C.I.J., *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, *op. cit.*, p. 3.

1635 G. ARANGIO-RUIZ, « Troisième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, p. 12 par. 27.

1636 En ce sens v. par exemple M. L. FORLATI PICCHIO, *La sanzione nel diritto internazionale*, Padoue, CEDAM, 1974, p. 40, selon qui la sanction est « toute conduite contraire aux intérêts de l'Etat en faute, susceptible de servir à des fins de réparation, à des fins punitives ou éventuellement à des fins de prévention, et prévue ou simplement non interdite par le droit international » (traduit et cité in G. ARANGIO-RUIZ, « Troisième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, p. 10 par. 14) ; et M. GARCIA RUBIO, « Unilateral Measures as a Means of Forcible Execution of WTO Recommendations and Decisions », in L. PICCHIO FORLATI et L.-A. SICILIANOS (dir.), *Les sanctions économiques en droit international / Economic Sanctions in International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers,

et la répression de ses violations »¹⁶³⁷. Quand bien même ces contours sont larges, il en apparaît déjà qu'une sanction est un procédé réagissant à un comportement contraire à une obligation, qu'elle vise la cessation de la situation qui résulte de ce manquement, et qu'elle le fait au moyen d'un « mal » infligé à son auteur, ce mal étant entendu d'une altération négative de la situation « normale » dans laquelle l'Etat auteur de l'infraction se trouverait s'il n'avait pas eu la conduite reprochée. Compte tenu de ces éléments, et bien qu'ils restent encore diffus, on peut s'étonner de ce que le terme de « sanction », fréquemment employé en droit international, ne l'est quasiment jamais par les organes de jugement de l'O.M.C., pourtant peu portés à une qualification juridique exacte de la suspension de concessions. C'est que la notion de sanction est un concept certes central dans la question du phénomène juridique même, à ce titre largement étudiée et discutée, mais il n'en reste pas moins entouré d'une indétermination endémique qui paraît faire obstacle à ce que la notion soit véritablement opératoire¹⁶³⁸ : concept de théorie du droit, elle n'a toutefois aucune existence autonome en tant que catégorie juridique du droit positif. Il est révélateur à cet égard qu'en dehors d'une tentative infructueuse dans le cadre des travaux de la C.D.I. sur la responsabilité des Etats, aucun texte juridique majeur n'y recourt explicitement. Les définitions proposées manquent de précision, si bien que ce qui distinguerait la sanction – si elle était une catégorie juridique – d'autres réactions à l'illicite identifiées ci-dessus n'apparaît pas nettement¹⁶³⁹. Ce qui apparaît en revanche est que, quasi unanimement, les auteurs et les praticiens dans le cadre des organisations internationales concernées emploient le terme et le traitent *comme s'il* constituait une catégorie juridique autonome ; cette « catégorie », inconnue du droit positif mais qui paraît avoir une existence de fait, est celle des réactions à l'illicite qui, au lieu d'être individuelles, horizontales, sont décidées, voire édictées dans le

2004, p. 438, selon qui le terme sanction « constitue l'ensemble des garanties et moyens dont dispose le système juridique pour assurer le respect de ses règles ».

1637 A. MESTRE, L. LE FUR et G. SCALLE, *Les sanctions internationales – Trois opinions de juristes*, Paris, Hartmann, 1936, p. 41. La même conception se lit également, presque au même moment, chez Cavaré, in L. CAVARÉ, « L'idée de sanction et sa mise en œuvre en droit international public », *R.G.D.I.P.*, 1937, p. 388.

1638 Pour une présentation synthétique du concept, qui dépasse son indétermination en concentrant l'analyse sur la pratique, v. J. COMBACAU, « Sanctions », in R. BERNHARDT (ed.), *E.P.I.L.*, vol. 9, Amsterdam, North-Holland, 1986, p. 337-341 ; et G. ABI-SAAB, « De la sanction en droit international – Essai de clarification », *op. cit.*, p. 63.

1639 On rejoint là l'exacte même observation que celle faite par Reuter au sujet de l'expression de « contre-mesures », entachée selon lui du même défaut, v. *supra*.

cadre d'une organisation internationale¹⁶⁴⁰. Nous adhérons à cette perception et c'est donc en ce sens que nous parlons de « sanction ».

En toute hypothèse, la sanction, entendue comme l'une ou l'autre des deux formes qu'on a dites (concept théorique ou catégorie juridique autonome et opératoire), est la conséquence normative attachée à la violation d'une obligation ; à ce seul titre, elle mérite donc d'être confrontée à la suspension de concessions au sens du Mémorandum et de l'Accord SMC. Plus précisément, on peut s'interroger sur le caractère institutionnel de cette dernière. En effet, puisque la suspension de concessions est la réaction à un manquement, qu'elle s'inscrit dans le cadre d'une organisation internationale, laquelle a non seulement prévu le recours mais l'a assorti d'un régime spécifique dont le respect est largement soumis à un double contrôle institutionnel et juridictionnel, on perçoit bien qu'elle pourrait être une sanction, *a fortiori* institutionnelle, sans égard pour la frilosité dont font preuve à l'égard de l'expression les organes de jugement de l'Organisation¹⁶⁴¹. Mais avant d'examiner le fonctionnement concret du dispositif de suspension et la pratique qui apparaît à travers les procédures contentieuses, plusieurs aspects théoriques relatifs à la notion et au concept de sanction internationale doivent d'être traités¹⁶⁴². En effet, si ces

1640 A titre d'exemple célèbre, l'emploi du terme « sanction » dans le projet d'articles sur la responsabilité des Etats, proposé par le Rapporteur spécial Ago, avait fait débat à la C.D.I. : la première version de l'article 30 était intitulée « exercice légitime d'une sanction » (R. AGO, « Huitième rapport sur la responsabilité des Etats – Le fait internationalement illicite de l'Etat, source de responsabilité internationale (*suite*) », *Annuaire C.D.I.*, 1979, II-1, p. 49) mais le mot controversé fut remplacé par celui de « contre-mesures », la Commission souhaitant réserver le terme « sanction » aux mesures décidées par les organisations internationales, et en premier lieu l'O.N.U., et en distinguer plus clairement les réactions dites « horizontales », d'Etat à Etat. Egalement en ce sens, v. les propos introductifs de M. Sicilianos in L.-A. SICILIANOS, « Bilan de recherches de la section de langue française du Centre d'étude et de recherche de l'Académie », in L. PICCHIO FORLATI et L.-A. SICILIANOS (dir.), Centre d'étude et de recherche de droit international et de relations internationales (2000), *Les sanctions économiques en droit international / Economic Sanctions in International Law*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 2002, p. 19-22, qui réserve le terme « aux mesures coercitives adoptées contre une entité défaillante (en principe un Etat) par un "organe social compétent", c'est-à-dire un organe d'une organisation internationale, conformément au traité constitutif de celle-ci » (p. 20-21).

1641 V. aussi à ce sujet Cassese, qui traitait les mesures adoptées dans le cadre d'une organisation internationale sous l'angle du « *collective enforcement* », dispositif qu'il qualifiait de « *sanctions properly called* », in A. CASSESE, *International Law*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 310-313, spéc. p. 310.

1642 Certains d'entre eux, comme la question de sa juridicité, auraient également eu leur place dans les observations formulées au sujet d'autres réactions à l'illicite. Dans la mesure où

considérations théoriques amènent à une conclusion négative, c'est-à-dire qui disqualifie dès l'abord le dispositif prévu à l'O.M.C. de la qualité de sanction institutionnelle, l'étude pourra se détacher de cette perspective, mais devra alors trouver ailleurs la réponse aux questions que soulèvent les tendances des arbitres identifiées dans l'introduction du présent Titre. Une conclusion positive impliquera au contraire que la notion de sanction devra irriguer l'étude pratique du mécanisme de suspensions de concessions.

b *Détachement de l'élément pénal de la « sanction »*

La première précision concerne l'association quasiment instinctive mais biaisée de la sanction à la punition, qui renvoie plus largement à l'assimilation de la sanction en droit international à une sanction pénale. Ago notamment faisait valoir l'idée, sans infléchissement pendant plus de trente ans, qu'une sanction revêtirait invariablement un caractère pénal¹⁶⁴³. Cette approche a des implications en termes de la nature de la responsabilité des Etats : si on adhère à la conception que la commission d'un fait internationalement illicite rend l'Etat qui en est l'auteur passible d'une sanction entendue au sens de peine, il faut alors admettre que le droit international connaît une forme de responsabilité pénale. L'idée a eu un certain succès à partir des années 1920, construite sur l'identification des infractions les plus graves à l'ordre juridique

la sanction est ici abordée en particulier sous l'angle de son rattachement institutionnel, mais également en général en tant que conséquence normative d'une violation, nous avons préféré différer ces observations jusqu'à ce stade.

1643 Déjà dans son cours général professé à La Haye en 1939, Ago n'entendait par sanctions que les actes répressifs, ce qui impliquait leur caractère nécessairement pénal, v. R. AGO, « Le délit international », *R.C.A.D.I.*, 1939-II, vol. 68, p. 527. Plusieurs décennies plus tard, cette acception est reflétée dans ses travaux en qualité de Rapporteur spécial de la C.D.I. : « par "sanction" l'on veut entendre ici l'application d'une mesure qui, tout en n'étant pas nécessairement un acte de contrainte et n'impliquant pas nécessairement l'emploi de la force, est néanmoins caractérisée par le fait d'avoir – en partie du moins – pour finalité d'infliger un châtiment », in R. AGO, « Troisième rapport sur la responsabilité des Etats – Le fait internationalement illicite de l'Etat, source de responsabilité internationale », A/CN.4/246 et Add. I à 3, *Annuaire C.D.I.*, 1971, II-1, p. 219 par. 36. Par une assimilation des représailles à la sanction, celles-là étaient également revêtues d'un caractère pénal, au détriment de leur fonction coercitive : ainsi, « c'est bien à tort qu'on [...] considère parfois [les représailles] comme des moyens de contraindre l'Etat coupable à accorder la réparation ou la satisfaction que d'autres moyens sont impuissants à obtenir de lui » ; selon Ago, les représailles n'ont qu'un « caractère afflictif et répressif, un caractère indéniable de peine », v. R. AGO, « Le délit international », *op. cit.*, p. 527-528.

international¹⁶⁴⁴, ou dérivée de la finalité afflictive des réactions à l'illicite, et en particulier de la notion de dommages-intérêts punitifs qui se superposeraient à la réparation¹⁶⁴⁵ ; toutefois, elle a progressivement été mise à distance à partir des années 1950, y compris plus tard par Ago, qui lui reprochait une assimilation arbitraire de la réalité de l'ordre juridique international à celle des ordres internes¹⁶⁴⁶. Sans que les ambiguïtés à son sujet soient parfaitement éclaircies, on s'aligne ici sur l'avis du professeur Sicilianos, qui a fait valoir l'impraticabilité d'une responsabilité pénale des Etats d'un point de vue *relationnel*¹⁶⁴⁷. L'argument est construit à partir de l'observation, déjà formulée par le président Basdevant, de la nature intrinsèquement différente de la construction des rapports dans les ordres interne et international : le droit pénal est un « droit de hiérarchie et de subordination » tandis que le droit international est un « droit d'égalité et de coordination »¹⁶⁴⁸ ; la transposition à l'ordre international d'une responsabilité pénale se heurte donc à l'obstacle de la structure des relations juridiques.

La perception de ce que la sanction revêtirait par nature une dimension pénale n'en reste pas moins largement répandue, et on la sent notamment chez les organes de jugement de l'O.M.C. : la jurisprudence fait apparaître qu'ils retiennent de la sanction seulement la dimension répressive, en délaissant ou même ignorant qu'elle est avant toute autre chose une mesure de coercition, appliquée afin de contraindre l'auteur du fait illicite à y renoncer.

1644 V. par exemple Q. SALDANA, « La justice pénale internationale », *R.C.A.D.I.*, 1925-V, vol. 10, p. 227-429.

1645 V. notamment en ce sens Lauterpacht qui, dans la réédition du traité d'Oppenheim, commente et critique l'approche théorique habituelle selon laquelle la responsabilité emporterait comme unique conséquence juridique la réparation intégrale, entendue comme étant exempte de toute dimension additionnelle punitive. Il superpose ainsi à la réparation une forme de pénalité, ou « *penal damages* », dont la fonction afflictive apparaît mieux encore dans leur désignation comme « *vindictive damages* ». V. sur ce point L. OPPENHEIM, *International Law Treatise, Vol. 1 Peace*, 8^e éd., éd. H. LAUTERPACHT, Londres, Longman, Greens & Co., 1955, p. 353-354 par. 156a (ces vues se retrouvent pour l'essentiel dans la 9^e éd. du traité par R. JENNINGS et A. WATTS (eds), New York, Oxford University Press, 2008, p. 533 par. 156).

1646 Par exemple, v. R. AGO, « Cinquième rapport sur la responsabilité des Etats – Le fait internationalement illicite de l'Etat, source de responsabilité internationale (*suite*) », *op. cit.*, p. 49 par. 137.

1647 L.-A. SICILIANOS, *Les réactions décentralisées à l'illicite – Des contre-mesures à la légitime défense*, *op. cit.*, p. 55-56.

1648 Plaidoirie du président Basdevant dans l'affaire des *Phosphates du Maroc* (C.P.J.I., *Phosphates du Maroc*, arrêt du 14 juin 1938, *Série A/B*, n° 74, p. 9-30), C.P.J.I., 1938, *Série C*, n° 85, p. 1061.

Nous y reviendrons, il est établi que « [s]anctions are not intended to be directly repressive or punitive as it is generally stated, but rather “coercive” »¹⁶⁴⁹, mais les organes de jugement de l'O.M.C. n'en restent pas moins méfiants à l'égard du concept même, et l'assortissent ainsi systématiquement de la punition. Dans l'affaire *Brésil – Aéronefs* par exemple, l'arbitre au titre de l'article 22:6 considéra qu'« une contre-mesure devient *punitive* dès lors que non seulement elle est destinée à assurer que l'Etat qui manque à ses obligations rende sa conduite conforme à ses obligations internationales, mais qu'elle contient aussi une dimension additionnelle censée *sanctionner* l'action de cet Etat »¹⁶⁵⁰. Puisque les arbitres ont précisément établi que le Mémoire n'autorise d'aucune manière qu'une suspension de concessions ou une contre-mesure soit mise en œuvre de manière punitive¹⁶⁵¹, leur acception du concept de sanction les conduit à évacuer le terme de leur vocabulaire, bien qu'il soit par ailleurs celui qui a cours dans le vocabulaire courant au sein l'Organisation, et notamment du Secrétariat¹⁶⁵². On note cependant une exception dans la pratique du contentieux : dans l'affaire *Etats-Unis – Mesures compensatoires sur certains produits en provenance des CE*, le groupe spécial a employé à plusieurs reprises le terme « sanctions » ou « sanctions commerciales »¹⁶⁵³, s'agissant

1649 J. COMBACAU, « Sanctions », *op. cit.*, p. 339. V. aussi en particulier l'analyse des sanctions à l'O.N.U. in *id.*, *Le pouvoir de sanction de l'O.N.U. – Etude théorique de la coercition non militaire*, *op. cit.*, p. 17-24. L'auteur observe ainsi qu'« il ne s'agit pas pour l'O.N.U. de punir, mais de faire cesser le trouble à l'ordre que provoque la prolongation de la situation » (p. 18). Dans le même sens, v. par exemple L.-A. SICILIANOS, « The Relationship Between Reprisals and Denunciation or Suspension of a Treaty », *op. cit.*, p. 344.

1650 Décision de l'arbitre, *Brésil – Aéronefs* (22:6), *op. cit.*, par. 3:55 (italiques ajoutés). On peut observer la même assimilation parmi la doctrine ou les praticiens : par exemple, M. Bourgeois s'interroge sur l'adéquation du terme « sanction » et fait notamment valoir que l'O.M.C. ne connaît pas de dommages-intérêts punitifs, in J. H. J. BOURGEOIS, « Sanctions and Countermeasures : Do the Remedies Make Sense ? », *op. cit.*, p. 40.

1651 Par exemple, v. la toute première décision de l'arbitre au titre de l'article 22:6 in *CE – Bananes III* (22:6 USA), *op. cit.*, par. 6.3. La dimension punitive de la suspension de concessions sera examinée *infra*, Chapitre II, Section II, § 2.

1652 V. par exemple WTO, *WTO Policy Issues for Parliamentarians* (accessible sur le site de l'O.M.C.), 2001, p. 7. M. Charnovitz recense par ailleurs un vaste recours au terme « sanction » parmi les journalistes, les O.N.G. et les juristes spécialisés dans le droit de l'O.M.C., faisant valoir que la suspension de concessions doit s'analyser comme une sanction ne serait-ce que parce que la communauté internationale la perçoit et l'accepte comme telle : S. CHARNOVITZ « The WTO's Problematic “Last Resort” Against Noncompliance », *A.W.*, 2002, vol. 57, n° IV, p. 424-426.

1653 Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Certains produits en provenance des CE*, *op. cit.*, par. 5.4, 5.11, 5.13 et 5.14. Par exemple, on lit dans le rapport que « [1]es éléments de preuve

des mesures américaines prises en réaction à l'inexécution dans le différend *CE – Bananes III*. Cependant, la qualification pourrait n'avoir été qu'aléatoire et, puisque le groupe spécial n'envisageait pas dans ces passages la fonction coercitive des mesures en cause, il est possible qu'il ne donnait pas au terme « sanction » le même sens que nous.

c *Identification du fondement juridique : la juridicité
de la suspension de concessions*

L'appréciation unilatérale par les Etats d'une situation juridique, corollaire d'un ordre international décentralisé, soulève la question de la juridicité de la réaction à l'illicite (i.), qui amène à celle de la localisation du fondement juridique de la sanction. On peut alors considérer que l'auto-appréciation devrait être mise en échec et par conséquent conditionner la juridicité de la sanction par l'intervention préalable d'une autorité habilitée à établir objectivement la violation (ii.). Si cette thèse est séduisante, au moins d'un point de vue moral, il nous semble qu'elle cherche la réponse dans un lien artificiel ; la juridicité de la sanction paraît bien plus résulter d'un lien inhérent à l'obligation juridique, logé dans le rapport normatif entre elle et la sanction attachée à sa violation (iii.).

i Auto-appréciation par les Etats : disqualification
de la « juridicité » de la sanction ?

La décentralisation de l'ordre juridique international implique que, bien souvent, les Etats se font juges dans leur propre cause. Le tribunal arbitral dans l'affaire des *Services aériens* avait déjà souligné que « [d]ans l'état actuel du droit international général, abstraction faite des engagements spécifiques découlant de traités particuliers et notamment des mécanismes institués dans le cadre des organisations internationales, chaque Etat apprécie pour lui-même sa situation juridique au regard des autres Etats. En présence d'une situation qui comporte à son avis la violation d'une obligation internationale par un autre Etat, il a le droit, sous la réserve des règles générales du droit international relatives aux contraintes armées, de faire respecter son droit par des "contre-mesures" »¹⁶⁵⁴. C'est dire que, si le fondement juridique de la réaction est bien la violation, ce n'est pas d'une violation objectivement avérée qu'il s'agit mais de sa seule allégation, nécessairement subjective. Les risques qui

dont nous disposons montrent que les Etats-Unis cherchaient à imposer des sanctions commerciales contre les Communautés européennes » (par. 5.13).

1654 Tribunal arbitral, *Accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les Etats-Unis d'Amérique et la France*, *op. cit.*, p. 483 par. 81.

résultent d'un ordre juridique se contentant de voir alléguer un fait illicite pour considérer justifiée l'inexécution de certains engagements ont fortement été soulignés par M. Alland, qui mettait également en garde contre le phénomène qui lui emboîte fatalement le pas, à savoir la « dissolution du motif dans l'allégation », ou l'« ensevelissement du motif sous le prétexte »¹⁶⁵⁵. Que l'ordre international soit, par nature, propice à une pratique d'auto-appréciation dérange et soulève depuis longtemps des inquiétudes. On observe déjà cette gêne ainsi que la volonté de canaliser les situations d'appréciation subjective par les Etats dans les travaux du Rapporteur spécial Fitzmaurice, lorsqu'il estimait que le recours aux représailles exige préalablement que « la violation du traité ou la mesure illicite qui provoque les représailles a[it] été dûment établie ou [soit] manifeste »¹⁶⁵⁶. Cela étant, cette affirmation n'exprime rien de plus, et en particulier elle ne précise pas selon quel critère une violation serait « dûment établie » ou « manifeste ». Selon certains, la juridicité de la sanction serait conditionnée par l'intervention d'un tiers impartial, juge ou arbitre, qui constaterait objectivement la violation de l'obligation. A l'inverse ne seraient donc pas « juridiques » les réactions à l'illicite qui reposeraient sur une auto-appréciation par l'Etat. En d'autres termes, le fondement juridique de la réaction, et *a fortiori* de la sanction, serait localisé dans le contrôle de légalité qu'opèrerait une autorité habilitée à cet effet. Selon une analyse différente, on peut aussi localiser le fondement juridique de la sanction dans la violation d'une obligation juridique. Les deux hypothèses seront successivement confrontées au mécanisme de suspension à l'O.M.C.

- ii Approche légaliste : la constatation objective de la violation
d'une obligation comme fondement juridique de la sanction /
suspension de concessions

M. Leben a poussé par-delà une interprétation restrictive de la thèse kelsénienne l'analyse de la sanction juridique en droit international¹⁶⁵⁷ et identifié

¹⁶⁵⁵ D. ALLAND, *Justice privée et ordre juridique international – Etude théorique des contre-mesures en droit international public*, *op. cit.*, respectivement p. 86 et p. 93.

¹⁶⁵⁶ G. FITZMAURICE, « Quatrième rapport sur le droit des traités », *op. cit.*, p. 46 (par. 3 du commentaire de l'article 18).

¹⁶⁵⁷ Il n'est pas besoin de présenter longuement la thèse bien connue de Kelsen, qui tenait qu'« on ne peut dire qu'une conduite donnée est objectivement prescrite en droit et qu'elle peut par suite être considérée comme faisant l'objet d'une obligation juridique, que si une norme juridique attache à la conduite contraire la sanction d'un acte de contrainte. [...U]n ordre juridique prescrit une conduite en attachant à la conduite contraire, à titre de sanction, un acte de contrainte », v. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, Bruxelles, Paris, Bruylant, L.G.D.J., 1999, p. 123-125, spéc. p. 123.

deux paires d'attributs auxquels une mesure qualifiée de sanction doit, selon lui, répondre : légalité et légitimité, d'une part, efficacité et effectivité, d'autre part¹⁶⁵⁸. L'attribut de la légalité revêt une importance cruciale dans sa thèse, l'auteur considérant qu'« une sanction juridique est [...] une sanction dont la légalité est assurée par l'organisation d'une certaine procédure qui permet de se prononcer sur la conformité de son déclenchement avec le droit »¹⁶⁵⁹. Comme l'observe M. Alland, l'intervention d'un tiers habilité à connaître de la légalité du recours à la réaction se dessine alors non seulement comme critère de distinction, parmi les mesures juridiques, entre une sanction et d'autres réactions à l'illicite, mais comme condition de la juridicité même de la mesure¹⁶⁶⁰. En d'autres termes, la caractéristique cruciale du phénomène juridique ne serait alors pas la sanction mais le critère de sa « décidabilité »¹⁶⁶¹. Selon M. Leben en effet, « si une sanction est définie comme tout acte [...] venant réprimer une violation du droit, il s'ensuit que le fait de cette violation du droit doit être

Transposée au droit international, dans son ouvrage *Principles of International Law*, *op. cit.*, spéc. p. 20-25, sa conception lui faisait admettre que celui-ci est du droit, en ce qu'il prévoit la sanction de sa violation : « *the decisive question as to the nature of international law may be formulated as follows : [...] does international law determine a certain conduct of states as the condition for certain enforcement actions, and thus make this conduct an international delict, the enforcement actions having the character of sanctions ?* » (p. 22). La sanction devant être coercitive, les représailles en sont et, par conséquent, qualifient le droit international comme un ordre juridique (p. 23-25). L'obligation de réparation en revanche n'était analysée que comme une obligation substitutive, en ce qu'elle se substitue à l'obligation violée et n'a dès lors pas, selon lui, le caractère de sanction, « *[f]or a sanction is a coercive act, not an obligation* » (p. 20).

1658 Ch. LEBEN, *Les sanctions privatives de droits ou de qualité dans les organisations internationales spécialisées*, *op. cit.*, p. 22-26.

1659 *Ibid.*, p. 48 note 31. La même idée est déjà présente chez le Rapporteur Politis : l'article 8 de la résolution de l'I.D.I. de 1934 sur les représailles, *op. cit.*, dispose ainsi que « [l]'usage des représailles reste toujours soumis au contrôle international. Il ne peut, en aucun cas, échapper à la discussion des autres Etats, ni, entre Membres de la Société des Nations, être soustrait à l'appréciation des organes de la Société ».

1660 En ce sens, M. Leben tient que « cette intervention n'est pas seulement liée à la sanction mais à tout le phénomène juridique dont elle est peut-être la caractéristique propre », in Ch. LEBEN, *Les sanctions privatives de droits ou de qualité dans les organisations internationales spécialisées*, *op. cit.*, p. 43 note 19. V. plus largement l'analyse de la thèse soutenue par M. Leben in D. ALLAND, *Justice privée et ordre juridique international – Etude théorique des contre-mesures en droit international public*, *op. cit.*, p. 99-100.

1661 M. Leben emprunte l'expression de « décidable » et « indécidable » à Gödel : v. sur ce point Ch. LEBEN, « Les contre-mesures inter-étatiques et les réactions à l'illicite dans la société internationale », *op. cit.*, p. 20-33, spéc. p. 20 note 38.

décidable par les organes que le système juridique lui-même charge de cette fonction. Cela signifie que la sanction doit être édictée par ces organes selon les conditions prévues dans le système, et seulement dans ces conditions »¹⁶⁶².

Le rôle central dans cette conception revient donc à l'autorité habilitée à effectuer un tel contrôle de légalité¹⁶⁶³. A l'O.M.C., incontestablement, le principe *nemo iudex in causa sua* bat son plein, dans la mesure où le système est tout entier construit à partir de l'idée directrice que les déterminations unilatérales par les Membres sont intolérables ; tous les litiges entrant dans le champ d'application de l'un de ses accords sont par conséquent absorbés dans le mécanisme de règlement des différends interne à l'Organisation. Si la suspension de concessions était une mesure de réaction au manquement initial,

¹⁶⁶² *Ibid.*, p. 20.

¹⁶⁶³ V. aussi sur ce thème le professeur Tomuschat, qui constate le « *trend towards formalized dispute settlement procedures* » mais souligne l'ambivalence des régimes existants, en ce qu'aucun ne rend *obligatoire* le recours préalable au juge. Au terme d'une analyse critique des effets que produirait l'obligation d'une intervention juridictionnelle avant tout recours aux contre-mesures, au regard des effets préjudiciables pour l'Etat lésé qui souhaite agir en contre-mesures, l'auteur conclut que « *[a] stringent requirement of ex ante recourse to third party settlement should not be sustained* », in Ch. TOMUSCHAT, « Are Counter-measures Subject to Prior Recourse to Dispute Settlement Procedures ? », *E.J.I.L.*, 1994, vol. 5, n° 1, p. 77-88 (citations p. 81 et 87). On se souvient que l'argument des effets déraisonnablement lourds pour l'Etat lésé avait déjà été amplement développé dans le cadre des discussions à la C.D.I. sous l'impulsion du Rapporteur spécial Arangio-Ruiz. En particulier, le professeur Bowett avait souligné que le recours préalable à une procédure de règlement des différends ne devait pas être une précondition au droit de prendre des contre-mesures, en ce qu'elle irait à l'encontre des considérations temporelles qui, dans une telle situation, sont cruciales. Ainsi, il faut admettre que « l'existence préalable d'un fait illicite est certes une condition essentielle, mais [...], au moment où l'Etat lésé envisage de recourir à des contre-mesures, cette existence n'est établie par aucune constatation objective : seule joue la conviction de bonne foi de l'Etat qui applique les contre-mesures » (v. les remarques de D. BOWETT in « Responsabilité des Etats », 2266^e séance, in C.D.I., « Comptes rendus analytiques des travaux de la quarante-quatrième session », *Annuaire C.D.I.*, 1992, I, p. 85 par. 41). C'est également en ce sens que le juge Simma appelait à un équilibre différent entre les droits et intérêts d'un Etat lésé et ceux d'un Etat visé par une contre-mesure, et considérait que « *the basic principle determining the procedural relationship, so to say, between the States involved as well as between dispute settlement and counter-measures, ought to be reversed* ». La seule exception que rappelle cet auteur est l'existence d'un engagement juridictionnel de la part des Etats concernés ; dans ce cas, ceux-ci sont naturellement tenus à se soumettre préalablement à la juridiction à laquelle ils ont donné compétence pour trancher leur(s) différend(s). V. B. SIMMA, « Counter-measures and Dispute Settlement : A Plea for a Different Balance », *E.J.I.L.*, 1994, vol. 5, n° 1, p. 102-105 (citation p. 103).

on percevrait bien son rattachement (mais pas normatif) à la constatation d'illicéité formulée à l'issue d'une procédure initiale. Mais, on l'a dit, elle réagit au manquement à l'obligation qui résulte pour le Membre de l'établissement de sa responsabilité et de la recommandation de l'O.R.D. Pour être juridique selon la thèse de M. Leben, elle devrait alors reposer elle-même sur un contrôle de légalité des mesures de mises en œuvre par rapport à cette obligation, contrôle qui fait défaut à l'O.M.C., du moins en ce qu'il n'est pas automatique et obligatoire¹⁶⁶⁴. Si la jurisprudence a clarifié qu'un litige concernant le maintien ou la cessation d'une suspension de concessions devait être réglé dans le cadre d'une procédure de l'article 21:5, il reste que rien dans le Mémorandum ne conditionne expressément le recours au dispositif coercitif par le recours préalable à un groupe spécial, qui établirait objectivement si la mise en conformité est intervenue ou si au contraire le Membre responsable a manqué à son obligation. L'absence de succession chronologique entre la procédure de l'article 21:5 et le recours au dispositif de l'article 22, conventionnellement imposée par le Mémorandum, semble donc ouvrir une brèche dans le principe d'interdiction à l'auto-appréciation qui opère autrement à tous les niveaux du contentieux à l'O.M.C. Sans revenir sur les observations formulées ci-dessus au sujet du « *sequencing* », rappelons simplement que cette difficulté ne pourra être dépassée tant que la réforme du Mémorandum ne sera pas achevée. En adoptant une interprétation restrictive de la thèse selon laquelle la légalité d'une sanction suppose que la mesure soit décidée et mise en œuvre selon des conditions prévues par l'ordre juridique et soumises au contrôle d'un tiers impartial¹⁶⁶⁵, la juridicité du mécanisme de suspension de concessions pourrait donc ne pas être garantie. Cette thèse peut toutefois être réfutée à partir d'arguments théoriques, mais aussi de considérations pratiques.

Ainsi, et bien qu'il indique d'emblée que le maintien de la juridicité des contre-mesures du droit international général « n'est ni dogmatique ni confortable pour l'esprit »¹⁶⁶⁶, M. Alland a réfuté la pertinence de l'intervention d'un tiers impartial en tant que critère de la nature juridique des contre-mesures, au fil d'une démonstration d'une systématité et rigueur remarquables. Après une remise en cause, il rétablit la juridicité des contre-mesures en relevant les

1664 V. les observations au sujet du « *sequencing* », *supra*, Première partie, Titre I, Chapitre II, Section II.

1665 Pour rappel, v. en ce sens Ch. LEBEN, *Les sanctions privatives de droits ou de qualité dans les organisations internationales spécialisées*, *op. cit.*, p. 22 ; « Les contre-mesures inter-étatiques et les réactions à l'illicite dans la société internationale », *op. cit.*, p. 20.

1666 D. ALLAND, *Justice privée et ordre juridique international – Etude théorique des contre-mesures en droit international public*, *op. cit.*, p. 100.

contradictions de la proposition inverse et en s'appuyant sur la logique propre, largement subjective, du droit international. Il commence ainsi par faire valoir l'impossible application du paradigme du droit interne au droit international : à l'inverse du droit interne, « hors l'institution et ses garanties "verticales", le droit est livré au probable »¹⁶⁶⁷. Si cet argument est valable pour l'ensemble du droit international, qui subit trop souvent la tentation des juristes de plaquer sur l'analyse de ses modes de fonctionnement le modèle idéal que serait le droit interne, il reste qu'il est trop dilué pour convaincre à lui seul de la juridicité de la sanction internationale. Au lieu d'un argument « négatif », l'auteur propose alors un argument « positif » : le parallogisme de l'exigence de l'intervention d'un organe juridictionnel comme condition de la juridicité des contre-mesures. Selon M. Alland, « imposer en tant que condition d'existence et d'admissibilité des contre-mesures, qu'un tiers, juge ou arbitre, se soit prononcé sur la validité de l'allégation d'illicéité pour que le fait illicite soit certain, revient à nier le principe même du recours aux contre-mesures. La condition d'existence du phénomène est sa suppression. En cela réside le parallogisme de la thèse : ce qui est exigé suppose résolu le problème que les contre-mesures doivent résoudre »¹⁶⁶⁸. Au premier abord, cet argument paraît étanche et surprend par le renversement intellectuel sur lequel il repose, mais on peut lui opposer deux objections, l'une théorique et l'autre d'ordre pragmatique.

L'objection théorique tient au décalage entre le niveau d'intervention du tiers et celui de la contre-mesure. Le tiers applique et dit le droit lorsque sont opposées deux contestations s'agissant d'une obligation primaire, et constate par ce moyen l'illicéité qui emporte alors les conséquences prévues par l'ordre juridique ; l'intervention du juge ou de l'arbitre est donc rattachée aux obligations primaires dont la violation est alléguée. Une réaction à l'illicite en revanche est rattachée aux conséquences de l'illicéité, et donc à l'obligation qui résulte de la responsabilité, ce qui devient apparent au regard de la condition d'une sommation préalable. En d'autres termes, la constatation d'illicéité par un juge ou arbitre est liée au contenu des obligations primaires, là où la réaction à l'illicite cherche à imposer le respect d'une obligation née d'un manquement préalable à l'obligation primaire. Pour cette raison, et bien que les deux tendent en fin de compte au rétablissement de la situation juridique telle qu'elle était avant la commission de l'illicite, l'intervention juridictionnelle préalable et le principe même des contre-mesures ne s'annulent pas mutuellement.

D'un point de vue pragmatique cette fois, et c'est la seconde objection, l'argument de l'auteur semble faire abstraction de la réalité du contentieux

¹⁶⁶⁷ *Ibid.*, p. 101.

¹⁶⁶⁸ *Ibid.*, p. 103.

international et plus largement des relations internationales. Considérer que l'intervention d'un tiers supprimerait le phénomène des contre-mesures repose sur la perception que les Etats exécuteraient spontanément et en toutes circonstances une décision juridictionnelle rendue contre eux. Or, le seul thème de la présente recherche indique qu'il n'en est rien, bien que le bilan d'exécution spontanée soit par ailleurs largement positif, et on ne saurait donc adhérer à l'argument selon lequel la constatation préalable d'illicéité par un juge effacerait le principe même du recours aux contre-mesures : celles-ci permettant d'obtenir par la contrainte ce que l'Etat récalcitrant peut ne pas être disposé à faire spontanément, et qu'une juridiction internationale n'a pas les moyens de lui imposer. Cet argument nous semble déjà sous-tendu dans l'observation formulée par le tribunal arbitral dans l'affaire *Rupture des charges*, lorsqu'il considéra que « si la procédure en cause prend place dans un ensemble d'institutions assurant une certaine garantie d'exécution des obligations, la licéité des contre-mesures disparaîtra sans doute, mais plus par suite de l'existence de cette garantie que du seul fait de l'existence d'une procédure juridictionnelle »¹⁶⁶⁹. Le principe même des contre-mesures ne paraît donc pas remis en cause par l'intervention d'une autorité habilitée à connaître d'un différend, il ne le serait que si cette même autorité disposait par ailleurs des moyens de garantir l'exécution. Or, à l'exception du mécanisme ici étudié, ce sont précisément ces moyens de garantie qui font défaut à la plupart des juridictions internationales, et en tout cas à celles à vocation universelle. On y voit bien la confirmation de ce que le tiers impartial et les réactions à l'illicéité n'interviennent pas au même niveau : en schématisant, la première est un mécanisme de garantie de la légalité, tandis que la technique coercitive dont relèvent les secondes se présente en quelque sorte comme un mécanisme de garantie du mécanisme de garantie.

Par ailleurs, le défaut d'intervention préalable d'un organe juridictionnel pour constater la violation d'une obligation juridique, et qui serait prévue par l'ordre juridique à cet effet, doit pouvoir être dépassé par la pratique. On l'a déjà indiqué, à l'O.M.C. la brèche qu'ouvre le Mémorandum dans l'interdiction de l'auto-appréciation, dès son identification au cours des premiers « galops d'essai » du mécanisme, a systématiquement été comblée par la pratique des Membres, qui concluent des accords bilatéraux de séquençement des procédures. Le résultat en est qu'un recours en suspension de concessions est, de fait, systématiquement précédé d'un contrôle de licéité des mesures d'exécution. Bien qu'il ne soit pas expressément inscrit dans le Mémorandum, le

1669 Tribunal arbitral, *Accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les Etats-Unis d'Amérique et la France*, op. cit., p. 485 par. 94.

fait que les accords sur la succession chronologique des procédures, conclus cas par cas par les Membres, le prévoient systématiquement devrait suffire à considérer que la suspension de concessions est bien précédée d'une constatation de violation par le juge. De même, avant la généralisation des accords de *sequencing*, l'affaire *CE – Bananes III* avait mis en évidence que lorsqu'un arbitre était saisi avant qu'un groupe spécial au titre de l'article 21:5 ait statué, il effectuait lui-même le contrôle au fond, pour contestable que fût cette approche. En pratique (même si pas en théorie), il est donc impossible qu'une suspension soit autorisée sans qu'un organe de jugement se soit préalablement prononcé sur l'état de l'exécution. On peut alors faire valoir l'argument formulé par M. Alland, qui souligne la nécessité de tenir compte de la logique propre du droit international : il n'y a pas lieu de disqualifier un procédé que les Etats eux-mêmes reconnaissent et acceptent¹⁶⁷⁰. En outre et surtout – car cet élément-là est pratiquement comme théoriquement invariable –, une suspension de concessions est conditionnée par l'autorisation préalable de l'O.R.D. On devrait donc pouvoir considérer que cette intervention appose le sceau de la légalité à la mesure, et que le Membre qui souhaite suspendre des concessions est en ce sens parfaitement déresponsabilisé, quoi qu'il en soit par ailleurs d'une intervention du juge. Ceux qui soutiennent la thèse que la légalité d'une réaction à l'illicite est tributaire d'un contrôle de légalité, qui serait le fondement juridique de la réaction, devraient donc trouver cette condition satisfaite à l'O.M.C., dans la pratique sinon dans son droit. Soulignons que cette thèse est étanche dans la logique propre sur laquelle elle repose. Cependant, elle paraît fortement tributaire d'une certaine idéologie du droit, à laquelle est étrangère l'idée que la violation du droit puisse être aussi banale que son respect. Elle n'est en toute hypothèse pas sans contradicteurs, bien que ceux-ci soient conscients des risques inhérents à un ordre juridique où les Etats sont largement juges dans leurs propres causes¹⁶⁷¹. Aussi la contre-thèse soutenue ici est que le fondement juridique de la sanction, et *a fortiori* de la suspension de concessions, se situe dans la violation de l'obligation juridique¹⁶⁷².

1670 Sur ce point, v. D. ALLAND, *Justice privée et ordre juridique international – Etude théorique des contre-mesures en droit international public*, op. cit., p. 105-107.

1671 Par exemple, Basdevant avançait le principe de souveraineté des Etats qui, inévitablement, mène à une pratique d'auto-appréciation en droit international, in J. BASDEVANT, « Règles générales du droit et de la paix », *R.C.A.D.I.*, 1936-IV, vol. 58, spéc. p. 590.

1672 Le professeur Noortmann a poussé l'assertion plus loin encore, considérant que, même lorsque les Etats se sont conventionnellement engagés, préalablement à toute réaction à l'illicite, à recourir à un organe de jugement qui établirait objectivement l'existence d'un fait illicite, cela ne restreint pas leur droit de réaction. Selon cet auteur en effet, l'engagement juridictionnel ne serait pas absolu et, en toute hypothèse, ne permettrait

- iii Approche normativiste : le manquement à l'obligation
comme fondement juridique de la sanction /
suspension de concessions

Bien que nous adhérons à l'idée que l'intervention d'un groupe spécial au titre de l'article 21:5 devrait obligatoirement précéder tout recours au dispositif de suspension de concessions, nous ne le faisons pas pour la même raison que les défenseurs de la thèse présentée ci-dessus. Selon nous, cette intervention juridictionnelle *a priori* n'est pas exigée parce que la constatation de non-conformité du groupe spécial constituerait le fondement juridique du recours à la suspension de concessions, mais simplement parce qu'une certaine cohérence l'exige : le Mémoire interdit l'unilatéralisme (article 23) et devrait alors garantir que toutes les autres obligations qu'il énonce soit cohérentes avec cette interdiction ; le recours préalable à l'article 21:5 *devrait* donc bien être une obligation. Mais qu'il n'en soit pas une n'a selon nous aucune conséquence en termes du fondement juridique de la suspension de concessions. En effet, sans ouvrir ici le débat sur la notion d'obligation juridique, indiquons simplement que le postulat de base est ici que le phénomène juridique est caractérisé par l'indissociabilité normative de l'obligation et de la sanction : une prescription est juridiquement obligatoire lorsque sa violation emporte une conséquence juridique (négative¹⁶⁷³). Cette conception est fortement perceptible dans le système juridique de l'O.M.C., où à la violation d'une obligation primaire est rattachée la naissance d'une nouvelle obligation. Entendu dans ce sens, celui d'un concept de théorie du droit, cette nouvelle obligation est bien la sanction de la violation initiale. L'architecture juridique de l'O.M.C. est même doublée d'un second niveau, qui reproduit le lien entre l'obligation et la sanction de sa violation au stade de l'exécution des recommandations de l'O.R.D. : on a qualifié précédemment l'obligation de mise en conformité (ou d'ajustement mutuel, dans une affaire de non-violation) d'obligation « primaire prime », et elle a

pas de conclure à une restriction du droit de réagir à une violation, v. M. NOORTMANN, *Enforcing International Law – From Self-help to Self-contained Regimes*, op. cit., spéc. p. 108-112.

1673 L'emploi du terme « négatif » ne sous-entend pas que, par un renversement de la proposition, le respect d'une prescription juridiquement obligatoire emporterait ou devrait emporter une conséquence « positive » au sens d'une gratification. La conformité à une prescription est la situation de normalité par rapport à la prescription, juridiquement neutre et dès lors « vide » de conséquence normative. Le comportement inverse, c'est-à-dire la non-conformité à la prescription, est une situation d'« anormalité », qui a une valeur juridique et n'est donc pas vide de conséquence normative : cette conséquence est la sanction.

elle-même sa conséquence normative, logé dans le dispositif compensatoire de l'article 22, qui se réduit dans la pratique à la suspension de concessions.

Que l'on parte de l'obligation pour lui chercher, dans l'arsenal juridique de l'O.M.C., une conséquence attachée à son non-respect ou que l'on parte de la suspension de concessions pour remonter à la recommandation de l'O.R.D. et l'identifier en tant qu'obligation juridique, le lien normatif entre les deux moments existe bien et le Mémoire ne cherche d'ailleurs pas à brouiller les pistes. Dans le premier cas, partons de la recommandation de l'O.R.D. : on l'a vu, elle est obligatoire pour les parties à un différend et la recommandation de mise en conformité ou d'ajustement mutuel oblige donc son destinataire. Puisque la suspension de concessions est conçue – le Mémoire l'établit sans équivoque – comme un outil de réaction au *manquement* par le défendeur initial à la recommandation de l'O.R.D., elle est bien la conséquence normative du non-respect de la prescription par son destinataire. Dans le sens inverse, en partant de la suspension de concessions, la formule employée à l'article 22:1 fait bien apparaître qu'elle est construite sur le modèle type de l'association obligation-sanction : si le défendeur initial n'agit pas comme ceci (respect de la recommandation de l'O.R.D.), alors il s'expose à cela (compensation ou suspension de concessions). Puisque l'alternative devant laquelle est placé le Membre responsable ne lui laisse guère d'autre choix que (1) d'adopter la conduite exigée ou (2) de s'exposer au risque de subir une suspension, la conduite prescrite par la recommandation de l'O.R.D. s'analyse bien comme une obligation juridique¹⁶⁷⁴.

Que le système d'exécution conçu à l'O.M.C. intercale divers procédés (surveillance multilatérale, concession d'un délai raisonnable, contrôle juridictionnel de la mise en œuvre) et, dans tous les cas, maintienne la possibilité pour les parties de négocier ne constitue en rien une rupture du lien normatif entre l'obligation de respecter la recommandation de l'O.R.D. et la conséquence de sa violation¹⁶⁷⁵. Ces procédés ne font que refléter la conception

1674 Kelsen parle à cet égard de « la conduite qui évite l'application de la sanction », v. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 43.

1675 Dans le même sens, M. Combacau n'éprouve guère de gêne (juridique) à dépasser – ou plutôt se passer de – l'intervention d'une autorité habilitée à effectuer un contrôle de licéité pour considérer établie et maintenue la juridicité de la sanction : « [l']intervention d'un organe, juridictionnel ou autre, pour constater la conduite justiciable de la sanction civile ou pénale, n'est pas liée au phénomène de la sanction : [...] purement formelle, elle ne rompt pas la "chaîne normative" qui lie une conduite à la sanction dont elle constitue le motif », in J. COMBACAU, *Le pouvoir de sanction de l'O.N.U. – Etude théorique de la coercition non militaire*, op. cit., p. 44. Dans les développements de cette proposition apparaît par ailleurs la neutralité axiologique de la sanction, sur laquelle on reviendra dans le

particulière à l'Organisation de l'exécution de recommandations et sa volonté de « retenir » et retarder la coercition aussi longtemps que possible, en usant au préalable des autres moyens de pression exposés ci-dessus, moins sensibles, pour parvenir au rétablissement de la légalité. Quoi qu'il en soit, ils n'altèrent pas le lien normatif entre la suspension de concessions et l'obligation de mise en conformité. Le manquement à celle-ci est le fondement juridique de toute suspension de concessions ou compensation¹⁶⁷⁶, et l'une comme l'autre est, en ce sens particulier, une sanction juridique.

d *Droit de demander l'autorisation à réagir au manquement*

Cependant, on pourrait se demander si le fait que le recours au dispositif, au premier abord, ne paraît pas être obligatoire et relève plutôt d'une simple faculté pourrait avoir pour effet de rompre le lien normatif entre l'obligation d'exécuter la recommandation de l'O.R.D. et la suspension. D'un point de vue théorique, cela n'a aucune incidence sur la qualité de la suspension : l'existence d'une sanction, sa validité, est indépendante de son application effective. Si on ne peut mettre entièrement à distance l'effectivité, ni l'efficacité, au risque sinon que les obligations ne soient assorties que de sanctions parfaitement inadaptées pour garantir le droit qu'elles sont censées protéger, aussi bien effectivité qu'efficacité dépendent de facteurs – sociologiques, économiques et politiques – qui dépassent le cadre d'analyse purement juridique, et nous semblent donc devoir être considérés avec prudence¹⁶⁷⁷. D'un point de vue pratique, et par comparaison, on sait que les sanctions pratiquées dans le cadre des Nations Unies peuvent reposer sur une recommandation ou une résolution non obligatoire. De même, le lien normatif qui rattache la suspension de concessions à l'inexécution de la recommandation de l'O.R.D. ne se trouve aucunement rompu du fait que le recours à la suspension de concessions n'est, en lui-même, pas une obligation.

cadre de la controverse relative à la conception de la suspension de concessions comme alternative à la mise en conformité, v. *infra*, Titre II, Chapitre II, Section II, § 1, A., 3.

1676 S'agissant des contre-mesures (représailles) et de la suspension d'un traité au sens de l'article 60 de la Convention de Vienne, v. dans le même sens L.-A. SICILIANOS, « The Relationship Between Reprisals and Denunciation or Suspension of a Treaty », *op. cit.*, p. 343, qui situe le fondement juridique de la mesure dans le fait internationalement illicite.

1677 Nous nous distançons ici nettement de la thèse de M. Leben, qui fait d'efficacité et effectivité l'un des deux couples d'attributs de la sanction, in Ch. LEBEN, *Les sanctions privatives de droits ou de qualité dans les organisations internationales spécialisées*, *op. cit.*, p. 24-26. On retrouve là la dialectique validité-efficacité qui irrigue la pensée de Kelsen, notamment in H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 211-217.

S'il n'existe pas d'obligation positive de réagir, on peut en revanche se demander s'il existerait inversement un *droit* de le faire (concrètement, celui de demander l'autorisation à l'O.R.D.), par opposition à une simple faculté. La question n'a pas d'enjeu pratique immédiat à partir du moment où l'hypothèse d'une obligation de réagir a été évacuée, mais elle peut éclairer la relation entre la recommandation de l'O.R.D. et la suspension de concessions. Le texte du Mémoire ne donne aucune réponse explicite : en disposant que « [s]i le Membre concerné ne met pas la mesure jugée incompatible [...] en conformité [...] ou ne respecte pas autrement les recommandations et décisions dans le délai raisonnable [...], toute partie ayant invoqué les procédures de règlement des différends *pourra* demander à l'ORD l'autorisation de suspendre [...] l'application de concessions ou d'autres obligations »¹⁶⁷⁸, la seule chose que l'article 22:1 fait apparaître clairement est qu'un plaignant initial n'est *pas tenu* de demander l'autorisation de suspendre des concessions. La mise à disposition par le système d'un mécanisme de réaction à l'illicite n'implique donc aucune automaticité. Il faut chercher ailleurs dans le texte la réponse à la question, et l'idée qu'il s'agirait d'un droit n'est pas confortable moralement en ce qu'elle évoque celui de se faire justice à soi-même. Juridiquement, elle ne l'est pas moins : en prenant appui sur le couple indissociable droit / obligation pour rechercher une obligation correspondante à la charge de l'Etat subissant la réaction, qui validerait l'hypothèse qu'elle serait un droit, M. Sicilianos démontre que la tâche est malaisée en droit international général¹⁶⁷⁹.

Elle l'est moins dans le cadre hautement juridicisé de l'O.M.C., qui pointe naturellement vers un tel couple : d'un côté, l'obligation d'exécuter les recommandations de l'O.R.D. pour le Membre responsable, et de l'autre le droit pour un autre Membre de réagir au manquement à cette obligation. L'article 22:1 établit par ailleurs plus clairement cette corrélation si on inverse la proposition qu'il énonce. Mais avant, rappelons qu'une suspension de concessions est un acte intrinsèquement illicite, qui n'est rendu licite que parce qu'il réagit à un manquement qui lui est antérieur, et qu'il le fait en respectant certaines conditions. En reformulant la proposition de l'article 22 *a contrario*, il apparaît ceci : si le Membre responsable rend licite la mesure jugée illicite (ou respecte autrement les recommandations) dans le délai raisonnable, alors il ne subira pas de suspension de concessions. Puisqu'il aura satisfait à l'obligation qui lui incombait, et puisqu'une suspension serait dans ces conditions elle-même illicite, ne pas la subir s'analyse comme un *droit*. Inversement, le plaignant initial

¹⁶⁷⁸ Italiques ajoutés.

¹⁶⁷⁹ V. L.-A. SICILIANOS, *Les réactions décentralisées à l'illicite – Des contre-mesures à la légitime défense*, op. cit., p. 44-49.

aura alors l'*obligation* de ne pas prendre une telle mesure intrinsèquement illicite. La conditionnalité ainsi formulée met en lumière qu'il existe ici une relation immédiate entre l'obligation et le droit. Si on revient maintenant à la formulation authentique dans le Mémoire, il apparaît mieux que, si le Membre responsable ne satisfait pas à l'obligation qui lui incombe, le droit qui naît de ce comportement se déplacera vers un autre titulaire et aura le contenu inverse : le plaignant initial aura alors le droit de demander à l'O.R.D. l'autorisation de réagir au manquement.

e *Imputation de la sanction*

Jusqu'à présent, il n'apparaît rien dans le mécanisme de suspension de concessions qui, au premier abord, empêche de le qualifier de sanction. L'intégration du mécanisme dans une organisation internationale, dont l'ensemble normatif prévoit le recours à la réaction et précise le régime auquel elle est soumise, permet même d'affiner la confrontation et de s'interroger sur la qualité de sanction *institutionnelle*, entendue cette fois-ci non plus seulement comme un concept juridique mais comme un type particulier de réaction à l'illicite, à côté des catégories communément admises du droit positif. Ce que M. Combacau appelle des « sanctions corporatives »¹⁶⁸⁰ sont en effet des mesures coercitives prises par une organisation internationale contre l'un de ses membres¹⁶⁸¹. Elles sont déclenchées sur le fondement des dispositions contenues dans les actes constitutifs des organisations internationales et non pas à partir du droit international général¹⁶⁸². Elles échappent en ce sens à l'appréciation discrétionnaire et unilatérale de l'Etat souhaitant les appliquer, et le « relais institutionnel »¹⁶⁸³ qu'elles impliquent les extrait de la catégorie des techniques de justice privée. Sous la réserve d'une vérification plus rigoureuse, cette configuration semble caractériser le mécanisme de suspensions de concessions de l'O.M.C. Mais cette qualification reste tributaire de l'imputation du dispositif. Toute la question est en effet de savoir si les suspensions de concessions, en dépit de leur intégration dans un mécanisme institutionnel, maintiennent le lien horizontal caractéristique des réactions unilatérales d'Etat à Etat (du type contre-mesures interétatiques), ou si au contraire l'intervention des organes de

1680 J. COMBACAU, *Le pouvoir de sanction de l'O.N.U. – Etude théorique de la coercition non militaire*, op. cit., spéc. p. 28-40.

1681 J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, op. cit., p. 1017-1018 ; L.-A. SICILIANOS, *Les réactions décentralisées à l'illicite – Des contre-mesures à la légitime défense*, op. cit., p. 2.

1682 D. ALLAND, *Justice privée et ordre juridique international – Etude théorique des contre-mesures en droit international public*, op. cit., p. 26.

1683 *Ibid.*

l'Organisation rompt ce lien horizontal, si elle s'analyse comme une « appropriation » des mesures par l'Organisation, qui verticaliserait le rapport dans lequel elles s'inscrivent. Dans le premier cas, les suspensions de concessions seraient imputables à l'Etat et elles relèveraient des contre-mesures interétatiques. Dans le second cas, la verticalité du rapport les rendrait imputables à l'O.M.C. : elles seraient alors des sanctions institutionnelles. Dans la mesure où elles reposent sur un système d'autorisation préalable de l'organe politique, renforcé par un recours juridictionnel qui garantit leur licéité, on aperçoit déjà que le dispositif pourrait revêtir une qualité institutionnelle. Vérifier la validité de la qualification de sanction institutionnelle suppose toutefois de dépasser la dimension bilatérale du mécanisme, et en particulier d'examiner le processus d'objectivation opéré au plan multilatéral, afin de déterminer ses effets sur la nature juridique de la réaction¹⁶⁸⁴.

Section II Condition subjective de l'accès : le dommage

Le deuxième pilier sur lequel repose le recours au mécanisme de la suspension de concessions est le dommage, et c'est par lui que la bilatéralisation du litige devient manifeste. Certes, le Mémorandum ne fait nulle part mention, comme le fait le texte de la C.D.I., du Membre « lésé ». Mais la bilatéralisation du rapport de responsabilité autour du dommage apparaît nettement lorsque le Mémorandum identifie le Membre visé par la suspension de concessions comme celui ayant manqué à l'obligation de mise en conformité : il ne peut s'agir que du Membre dont la responsabilité a été constatée dans la procédure initiale (§ 1). Cette bilatéralisation et la place centrale du dommage qui l'accompagne deviennent plus évidentes encore au regard de l'introduction dans le recours d'un intérêt à agir jusque là étranger au mécanisme, par lequel la qualité de Membre lésé est resserrée artificiellement au bénéfice exclusif du plaignant initial ayant subi un dommage matériel (§ 2).

§ 1 Membre visé : le Membre ayant manqué à l'obligation de mise en conformité

D'un point de vue théorique, il va de soi que le Membre visé par la suspension de concessions soit exclusivement le Membre ayant manqué à l'obligation qui résulte de la recommandation de l'O.R.D. C'est ainsi qu'il est exclusivement identifié à l'article 22:1 comme « le Membre concerné [qui] ne met pas la mesure

¹⁶⁸⁴ V. *infra*, Chapitre II.

jugée incompatible avec un accord visé en conformité avec ledit accord ou ne respecte pas autrement les recommandations et décisions dans le délai raisonnable », et jamais comme le Membre auteur de la violation de l'obligation primaire (ou d'un comportement dommageable mais licite). Naturellement, le Membre visé par la suspension de concessions ne peut donc être que l'auteur de la violation initiale, ce qui est en parfaite adéquation avec le droit commun de la responsabilité. L'article 49 paragraphe 1 du texte de la C.D.I. dispose en effet que l'Etat lésé pourra prendre des contre-mesures « à l'encontre de l'Etat responsable du fait internationalement illicite ». Comme on l'a déjà observé, le pré-requis de toute réaction unilatérale est ainsi l'imputation d'un fait illicite à l'Etat qui en est l'auteur¹⁶⁸⁵. La Cour insista de même sur cette condition, en observant dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* qu'une contre-mesure est une réaction à un fait internationalement illicite imputable à un Etat et qu'elle « doit être dirigée contre ledit Etat »¹⁶⁸⁶. Le Mémoire pose la même exigence, dans la mesure où l'identification préalable de l'illicite comme étant le manquement à la recommandation de l'O.R.D. suppose en amont que l'infraction commise ait fait l'objet d'une constatation par le juge, et que celui-ci ait adressé au défendeur (à travers l'O.R.D.) une recommandation qui oblige le Membre responsable. Les verrous contre l'unilatéralisme jouent ici à plein : l'accès à la suspension de concessions est exclu en dehors de toute constatation *initiale* d'illicéité (ou de dommage) et de recommandation adressée à l'auteur du comportement en cause¹⁶⁸⁷.

Cette identification du Membre visé emporte une vaste exclusion : aucun Membre tiers ne peut être ni visé ni même seulement affecté par la suspension de concessions mise en œuvre contre le Membre responsable. Cela découle du rapport de responsabilité établi au cours de la procédure initiale

1685 L'exclusivité de la réaction à l'encontre du seul auteur du fait internationalement illicite est plus manifeste encore dans la version anglaise du texte de la C.D.I. : « *[a]n injured State may only take countermeasures against a State which is responsible for an internationally wrongful act in order to induce that State to comply with its obligations under Part Two* ». Le terme « *only* » est révélateur, et son placement dans la phrase habile : ainsi situé, il vise à la fois l'Etat qui subit la contre-mesure, qui ne peut donc être que l'Etat auteur de la violation, et la finalité de la réaction. La construction de phrase dans la version française, bien qu'elle identifie également l'Etat concerné en le désignant, ne permet de viser par la restriction sémantique que la finalité de la contre-mesure. V. aussi sur ce point J. CRAWFORD, *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat – Introduction, texte et commentaires*, op. cit., p. 340 par. 4 (commentaire de l'article 49).

1686 C.I.J., *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, op. cit., p. 55 par. 83.

1687 Cela ressort aussi implicitement mais logiquement de la décision de l'arbitre, *CE – Bananes III* (22:6 USA), par. 4.4, cité *supra*.

et de l'obligation qui résulte de son engagement. La suspension de concessions subséquente est fondée sur l'illicéité que constitue le manquement à la recommandation de l'O.R.D., et le Mémoire n'isole donc comme « cible » que le destinataire de ladite recommandation¹⁶⁸⁸ : le rapport de responsabilité exclut naturellement tout Membre tiers¹⁶⁸⁹. Par ailleurs, le Mémoire implique l'interdiction de viser tout autre Membre que le Membre responsable à l'article 3:7, lorsqu'il précise par une incidente que la suspension de concessions sera appliquée « sur une base discriminatoire ». Le dispositif ouvre donc une brèche (autorisée) dans le principe cardinal de non-discrimination. Le basculement depuis la dynamique objective qui animait la phase initiale vers la logique strictement subjective et bilatérale qui se dévoile à ce stade du contentieux ne saurait être plus manifeste : alors que les concessions sont *octroyées* sur une base multilatérale, déployées à l'égard de tous les Membres au moyen du principe de non-discrimination (et tout particulièrement celui de la nation la plus favorisée), elles sont en revanche *suspendues* au sens du Mémoire ou de l'Accord SMC sur une base bilatérale et discriminatoire, en restreignant leur application au Membre récalcitrant.

D'un point de vue pratique, une telle bilatéralisation, par essence discriminatoire compte tenu du système multilatéral dans lequel elle s'inscrit, n'est possible qu'en raison de la configuration particulière des obligations qui résultent des accords de l'O.M.C., qui a précédemment fait l'objet d'une analyse. Pour rappel, cette configuration repose d'une part sur les disciplines communes, c'est-à-dire l'ensemble des dispositions contenues dans les accords multilatéraux de l'O.M.C., et d'autre part sur les concessions spécifiques négociées par les Membres et qui sont soumises aux disciplines communes. Les premières,

1688 Dans le même sens, à l'article 49 paragraphe 2 du texte de la C.D.I., il est question de « l'Etat responsable ».

1689 Le projet d'articles sur la responsabilité des Etats de 1996 était à cet égard encore plus explicite, disposant dans son article 47 paragraphe 3 que « [s]i une contre-mesure visant un Etat auteur d'un fait internationalement illicite entraîne la violation d'une obligation à l'égard d'un Etat tiers, cette violation ne peut être justifiée à l'encontre de l'Etat tiers au titre de ce chapitre ». V. G. ARANGIO-RUIZ, « Responsabilité des Etats (suite) », in C.D.I., « Comptes rendus analytiques des séances de la quarante-huitième session », 2456^e séance, *Annuaire C.D.I.*, 1996, I, p. 174 par. 2. En d'autres termes, la mesure en cause ne satisfait pas les conditions dans lesquelles un Etat lésé possède le droit de prendre des contre-mesures, elle serait de ce fait illicite et susceptible d'engager la responsabilité de son auteur. L'exclusion des Etats tiers de la portée des contre-mesures prises par l'Etat lésé se déduit également, *a contrario*, de l'observation précitée de la Cour : si la contre-mesure doit être dirigée contre l'Etat auteur de la violation, cela signifie, par exclusion, qu'en tout hypothèse elle ne peut pas être dirigée contre un Etat qui n'est pas celui-là.

prises en tant que telles, sont multilatérales et ne tolèrent par conséquent pas de suspension discriminatoire. Les secondes (et par conséquent les premières telles qu'*appliquées* aux concessions spécifiques) sont bilatéralisables et peuvent donc faire l'objet d'une suspension à l'égard d'un seul Membre visé. En effet, suspendre des concessions négociées permet de suspendre l'exécution d'obligations sur une base strictement bilatérale en visant le Membre exportateur (responsable), tandis que la suspension de l'exécution des disciplines communes serait une atteinte à des obligations multilatérales, *erga omnes partes*, et, du fait de leur indivisibilité, elle affecterait l'ensemble des Membres de l'O.M.C.¹⁶⁹⁰. A titre de suspension de concessions au sens de l'article 22, un Membre ne peut donc pas suspendre l'exécution en tant que telle, c'est-à-dire *en général*, de l'obligation de non-discrimination que lui imposent par exemple les articles I et III du GATT, car pareille suspension toucherait non seulement le Membre responsable mais aussi l'ensemble des Membres de l'Organisation. Il peut en revanche suspendre, *en particulier*, l'engagement de libéralisation pris pour l'importation de tel produit en provenance du Membre responsable, ce qui a pour effet de suspendre l'*application* des disciplines communes au produit visé en provenance du seul Membre visé. Une telle suspension s'inscrit dans une relation strictement bilatérale et est donc nécessairement discriminatoire.

§ 2 Membre habilité à réagir au manquement : le plaignant initial

Le Mémorandum habilite le plaignant initial à agir en suspension de concessions en sa qualité de Membre lésé, faisait ainsi surgir la notion de dommage jusque là tenue à distance (A.). Toutefois, il faut tenir compte également d'un statut particulier qu'a le Membre lésé, celui de Membre de l'O.M.C., qui soulève la question de son incidence sur la nature juridique de la suspension de concessions (B.).

¹⁶⁹⁰ On trouve le même raisonnement dans les travaux de la C.D.I. sous l'impulsion du Rapporteur Arangio-Ruiz, lorsque celle-ci envisageait d'inscrire dans son projet parmi les contre-mesures interdites celles qui impliquent la violation d'une obligation *erga omnes* : v. G. ARANGIO-RUIZ, « Quatrième rapport sur la responsabilité des Etats », *op. cit.*, p. 35-36 par. 92-95. La proposition d'article se lisait alors comme suit : « [u]n Etat lésé ne doit pas recourir, à titre de contre-mesure [...] b) à un comportement qui : [...] (iv) constitue une violation d'une obligation à l'égard d'un Etat autre que l'Etat qui a commis le fait internationalement illicite » (art. 14, p. 37 par. 96).

A *Qualité pour agir en tant que Membre lésé :
limitation de la qualité pour agir au moyen de l'intérêt à agir*

Les conditions d'accès que pose l'article 22 au dispositif de suspension de concessions introduisent pour la première fois dans le mécanisme de règlement des différends l'exigence d'un intérêt à agir, qui reste toutefois seulement implicite (1.). Qu'elle n'en est pas moins évidente apparaît au regard de la condition d'équivalence à laquelle doit répondre une suspension pour être licite : le chiffrage qui lui sert de base implique qu'il ne peut s'agir que d'un dommage matériel (2.). Le mécanisme resserre ainsi la notion de Membre lésé d'une manière inédite par rapport à la procédure initiale.

1 Apparition d'un intérêt à agir

Les Membres habilités à demander l'autorisation de suspendre des concessions ou d'autres obligations sont précisément identifiés par le Mémorandum. L'article 22:1 dispose que « toute partie ayant invoqué les procédures de règlement des différends pourra demander à l'ORD l'autorisation de suspendre, à l'égard du Membre concerné, l'application de concessions ou d'autres obligations au titre des accords visés ». En d'autres termes, c'est du (des) plaignant(s) initial (initiaux) qu'il s'agit. Cette restriction de la qualité pour agir (ou plutôt la qualité pour *réagir*¹⁶⁹¹) peut au premier abord sembler arbitraire, mais cette apparence s'efface par la suite au regard de l'article 22:4 qui impose que la suspension de concessions soit équivalente au niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages. Cette exigence d'équivalence implique que le dommage, entièrement évacué de la phase initiale du contentieux, c'est-à-dire des conditions d'engagement de la responsabilité, soit à ce stade quantifiable. Elle fait apparaître que la qualité pour réagir est entièrement tributaire de l'existence d'un dommage *matériel*, sur lequel nous reviendrons. Ce qui paraissait donc être une restriction par pure commodité procédurale n'est en réalité rien d'autre que l'introduction dans le mécanisme de l'élément subjectif de la responsabilité : l'article 22 établit et exige pour la première fois un rapport direct entre l'accès au mécanisme et le dommage subi.

Or, subjectiver le mécanisme au moyen du dommage, c'est exiger, indirectement et implicitement, la démonstration d'un intérêt à agir en suspension de concessions. C'est ce qu'a fait apparaître l'arbitre au titre de l'article 22:6 dans l'affaire *CE – Bananes III*. Les Etats-Unis avaient souhaité suspendre des concessions à l'égard des Communautés européennes, au titre de la compromission

1691 L'expression est empruntée à D. ALLAND, *Justice privée et ordre juridique international – Etude théorique des contre-mesures en droit international public*, op. cit., par exemple p. 332 par. 261.

de leurs avantages indirects du fait du nouveau régime communautaire (qui était donc une mesure de mise en œuvre), illicite au regard des accords de l'O.M.C. Mais l'arbitre les avait exclus d'un recours au dispositif : « [l]'examen du niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages effectué par les arbitres sur la base de la norme objective prévue à l'article 22 du Mémoire d'accord est un processus distinct, indépendant de la constatation d'infractions aux règles de l'OMC faite par un groupe spécial ou par l'Organe d'appel. [...] l'intérêt juridique qu'a un Membre à ce que d'autres Membres donnent suite aux recommandations et décisions ne signifie pas automatiquement à notre avis que ce Membre est *habilité* à obtenir l'autorisation de suspendre des concessions au titre de l'article 22 du Mémoire d'accord »¹⁶⁹². L'approche adoptée ici repose sur une conception strictement bilatérale et subjective du rapport qui naît de la responsabilité et des conséquences de son engagement, mais également sur la perception de la suspension de concessions comme un mécanisme de justice privée. Ce qu'implique donc l'article 22:1, selon cet arbitrage, est que non seulement les tierces parties à la procédure initiale, mais à plus forte raison les Membres extérieurs à la procédure initiale sont exclus du cercle des Membres habilités à réagir à l'inexécution de l'obligation qui résulte de la recommandation de l'O.R.D. : le seul intérêt juridique n'est à ce stade plus suffisant¹⁶⁹³. A première vue, une telle restriction paraît parfaitement alignée sur le droit commun de la responsabilité internationale des Etats. L'article 49

1692 Décision de l'arbitre, *CE – Bananes III (22:6 USA)*, *op. cit.*, par. 6.10 (italiques ajoutés). La même approche a été adoptée dans l'affaire *Etats-Unis – Jeux*, où l'arbitre a refusé aux Communautés européennes le statut de tierce partie au motif que rien ne permettait de supposer que l'appréciation qu'il avait à faire porterait atteinte aux droits des Communautés, qui avaient engagé, avec d'autres Membres, une procédure au titre de l'article XXI:1 b) du GATS concernant la modification de concessions des Etats-Unis. Selon l'arbitre, cette procédure avait « à la fois une base juridique distincte et un objet distinct » (décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Jeux (22:6)*, *op. cit.*, par. 2.31, plus complètement cité *supra*, Première partie, Titre I, Chapitre II, Section II, § 2, B., 3., a.). On y lit la confirmation de ce que l'arbitre au titre de l'article 22:6 n'admet pas l'intérêt systémique des autres Membres de l'O.M.C. à concourir activement à l'exécution des recommandations de l'O.R.D. Pour un commentaire critique sur ce point, et en particulier le constat que cette approche renforce le caractère intersubjectif de l'arbitrage relatif aux suspensions de concessions, v. H. RUIZ FABRI et P. MONNIER, « Chronique du règlement des différends 2007-2008 », *J.D.I.*, 2008, n° 3, p. 863.

1693 L'arbitre en justifie en invoquant les principes d'égalité souveraine des Membres et de non-ingérence dans les droits des autres Membres, dont il déduit qu'« en vertu du Mémoire d'accord, un Membre de l'OMC n'a pas le droit ni n'a besoin de réclamer une compensation ou de demander l'autorisation de suspendre des concessions pour l'annulation ou la réduction d'avantages subie par un autre Membre de l'OMC en ce qui

paragraphe 1 du texte de la C.D.I. ne mentionne en effet que « l'Etat lésé », qui est seul habilité à agir en contre-mesures¹⁶⁹⁴. L'article 54 complète cette disposition, en précisant les mesures que sont autorisés à prendre les Etats autres qu'un Etat lésé : « [1]e présent chapitre est sans dommage du droit de tout Etat, habilité en vertu du paragraphe 1 de l'article 48 à invoquer la responsabilité d'un autre Etat, de prendre des mesures licites à l'encontre de ce dernier afin d'assurer la cessation de la violation ainsi que la réparation dans l'intérêt de l'Etat lésé ou des bénéficiaires de l'obligation violée ». En fin de compte, le texte de la C.D.I. resserre donc de la même manière que le Mémorandum le droit de réagir à l'illicite au seul Etat lésé, au moyen de la notion de dommage¹⁶⁹⁵.

Or, une telle restriction de la qualité pour agir au seul plaignant initial repose sur la prémisse que l'illicéité aurait lésé ce Membre et ce Membre seulement dans ses droits subjectifs. Mais *quid* alors de la défense d'une légalité objective ?¹⁶⁹⁶ En droit international général, c'est l'hypothèse des traités multilatéraux dont

concerne des marchandises originaires de ce Membre ou des fournisseurs de services détenus ou contrôlés par lui », v. sa décision, *CE – Bananes III* (22:6 USA), *op. cit.*, par. 6.14.

1694 Le point de départ de cette approche se trouve dans les rapports sur la responsabilité des Etats du Rapporteur spécial Riphagen, qui soulignait le « caractère bilatéral du rapport violation/préjudice entre les Etats », in W. RIPHAGEN, « Troisième rapport sur le contenu, les formes et les degrés de la responsabilité internationale (deuxième partie du projet d'articles) », *op. cit.*, p. 50 par. 126. V. aussi les développements à ce sujet in D. ALLAND, *Justice privée et ordre juridique international – Etude théorique des contre-mesures en droit international public*, *op. cit.*, p. 331-347.

1695 Le droit international général ne connaît aucun droit expressément reconnu et admis de prendre des contre-mesures dans l'intérêt collectif de la communauté internationale. Dans les rares cas où cela s'est produit, et notamment dans l'*Affaire des activités militaires et paramilitaires* s'agissant de la légitime défense collective, la réaction eut lieu sur la demande explicite de l'Etat lésé et pour son compte. En ce sens, la Cour observa qu'« en droit international coutumier, qu'il soit général ou particulier au système juridique interaméricain, aucune règle ne permet la mise en jeu de la légitime défense collective sans la demande de l'Etat se jugeant victime d'une agression armée. La Cour conclut que l'exigence d'une demande de l'Etat victime de l'agression alléguée s'ajoute à celle d'une déclaration par laquelle cet Etat se proclame agressé », v. C.I.J., *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, fond, *op. cit.* par. 199.

1696 Sur la possibilité pour un ou plusieurs Etats de réagir à un fait illicite en défense de la légalité internationale, v. Ch. LEBEN, « Contre-mesures », *Dalloz, Répertoire de droit international*, tome III, 1998, p. 7-8. Mais v. aussi R. MALACRIDA, « Towards Sounder and Fairer WTO Retaliation : Suggestions for Possible Additional Procedural Rules Governing Members' Preparation and Adoption of Retaliatory Measures », *J.W.T.*, 2008, vol. 42, n° 1, p. 3-60, qui tient qu'il serait opportun de renforcer les contraintes juridiques relatives aux suspensions de concessions, en particulier dans la phase préparatoire, et suggère en ce sens d'introduire l'exigence qu'un Membre, avant de mettre en œuvre une suspension,

les obligations n'impliquent pas une structure bilatéralement réciproque (par opposition à la « sur-réciprocité » des traités interdépendants), des normes impératives et des obligations *erga omnes*. Or, on l'a vu, l'O.M.C. établit précisément un tel régime objectif qui dépasse la structure traditionnellement intersubjective des rapports interétatiques : la présomption de dommage de l'article 3:8 implique que n'importe quel Membre de l'O.M.C. peut recourir à une procédure de règlement des différends pour engager la responsabilité du Membre auteur de la mesure dont l'illicéité est alléguée. Ce régime objectif, qui construit sur la nature multilatérale des obligations en cause, devrait alors naturellement impliquer, au stade plus avancé de la réaction à l'inexécution, que n'importe quel Membre est également habilité à demander l'autorisation de suspendre des concessions. Eriger l'existence d'un dommage subjectif en élément de preuve d'un intérêt à agir en suspension de concessions, afin d'individualiser la qualité pour agir en la resserrant autour des seuls plaignants initiaux, semble donc en contradiction directe avec l'objectivisme du régime. Pourtant, c'est exactement ce que parut faire l'arbitre, lorsqu'il fit observer que « [l]a *présomption* d'annulation ou de réduction d'avantages dans le cas d'une infraction à une disposition du GATT visée à l'article 3:8 [...] ne peut à elle seule être considérée simultanément comme un *élément de preuve* établissant un niveau particulier d'annulation ou de réduction d'avantages prétendument subie par un Membre qui demande l'autorisation de suspendre des concessions [...] beaucoup plus tard dans la procédure »¹⁶⁹⁷. En d'autres termes, ce qui vaut pour l'engagement de responsabilité ne vaudrait plus au stade de l'(in) exécution de l'obligation qui résulte de cet engagement de responsabilité.

C'est ici que se révèle le plus manifestement l'impureté du mécanisme, qui n'assure pas la pleine cohérence entre, d'une part, la nature multilatérale des obligations et le régime objectif qui leur est attaché initialement, et d'autre part le régime des suspensions de concessions, largement subjectivé. La cohérence du régime exigerait de trancher une alternative : soit il faudrait supprimer la présomption de dommage de l'article 3:8 s'agissant de la phase initiale, et par ce moyen introduire une condition de recevabilité dans la procédure initiale qui serait alignée sur l'exigence de l'intérêt à agir en suspension de concessions ; soit la présomption de la phase initiale serait maintenue et son effet poussé à son terme, en supprimant la restriction qui existe au stade de la suspension. En l'état actuel du Mémorandum, en tout cas, le régime de la réaction à l'illicite n'est pas en adéquation avec le régime initial : si des entorses à

conduise ce que l'auteur appelle une procédure de « *notice-and-comment* », qui serait soumise à l'O.R.D. pour autorisation.

1697 Décision de l'arbitre, *CE – Bananes III* (22:6 USA), *op. cit.*, par. 6.10.

l'objectivisme apparaissent déjà ponctuellement dès le passage de la phase initiale à la phase d'exécution, l'article 22 marque nettement une véritable césure, à partir de laquelle le régime glisse dans l'intersubjectivisme au moyen d'une individualisation inédite de la qualité pour agir. M. Lesaffre y voit l'intervention « retardée » de l'élément subjectif de la responsabilité, et pareil alignement sur le régime général de la responsabilité internationale serait dans la suite logique du régime de responsabilité tel qu'il est dessiné à l'O.M.C.¹⁶⁹⁸.

2 Dommage matériel et dommage juridique

Mais il faut alors également envisager la possibilité que cette impureté de régime ne soit pas simplement une absence de cohérence et de continuité dans la conception des régimes, mais plutôt un choix délibéré. Pour les raisons mentionnées ci-dessus, et en premier lieu le jeu de la présomption de dommage, la construction de l'exigence d'un intérêt à agir est un pur artifice. En effet, faire entrer la notion de dommage dans les conditions de mise en œuvre de la suspension de concessions, en associant son existence au seul plaignant initial, revient à considérer que lui seul, à l'exclusion de tous les autres Membres, a subi un dommage, ou plutôt qu'il est le seul ayant un intérêt à le faire valoir et à réagir à l'inexécution¹⁶⁹⁹. Pareille approche n'a pas de fondement juridique dans la conception objective du système, sauf à considérer que la nature du dommage visé en phase initiale serait différente de celle du dommage visé au stade de la suspension de concessions, le second étant plus resserré. L'hypothèse paraît valable, du moins théoriquement (et on verra plus tard que, de toute façon, la suspension ne tient pas compte du même dommage que celui qui est présumé dans la procédure initiale) : en phase initiale, la présomption implique que tout type de dommage est envisagé, y compris juridique ; au stade de la suspension de concessions, le principe d'équivalence indique qu'il s'agit d'un dommage qui peut être quantifié, et donc nécessairement d'un dommage matériel. Le principe d'équivalence ne paraît tolérer

1698 V. H. LESAFFRE, *Le règlement des différends au sein de l'O.M.C. et le droit de la responsabilité internationale*, op. cit., p. 448-449.

1699 Un autre élément corroborant l'idée d'une démarche délibérée est la remarquable précision dans la rédaction de l'article 22.1 : on a déjà signalé qu'il n'y était jamais question du Membre ayant subi un dommage, comme c'est le cas dans le texte de la C.D.I. (« l'Etat lésé »). Le Mémoire, en n'identifiant précisément que les plaignants initiaux, ne vise que *certain*s des Membres lésés, ceux qui avaient fait valoir leur dommage devant le juge, et on peut supposer que cette identification précise et restrictive tient à ce que les rédacteurs avaient conscience du gouffre contentieux qui pourrait autrement s'ouvrir, en vertu du jeu combiné de la présomption de l'article 3:8.

aucune autre approche, du moins pas si on le veut efficace, car sans dommage matériel l'équivalence de la suspension serait nulle¹⁷⁰⁰.

Dans la pratique toutefois, cette approche-là a été rejetée. Dans l'affaire *Etats-Unis – Loi de 1916 (CE)*, la loi américaine avait été jugée incompatible en tant que telle avec les engagements des Etats-Unis au titre de l'O.M.C.¹⁷⁰¹. Face à la demande européenne d'autorisation de suspendre des concessions, les Etats-Unis ont fait valoir devant l'arbitre au titre de l'article 22:6 qu'aucune ordonnance à l'encontre des Communautés n'avait été prise sur le fondement de la loi illicite : que celle-ci n'avait jamais été appliquée signifiait selon eux que les Communautés n'avaient subi aucun dommage de son fait. Par conséquent, « le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages subie par les CE [serait] égal à zéro », ce dont l'arbitre devrait tenir compte dans son évaluation de l'équivalence¹⁷⁰². Mais celui-ci n'a pas adhéré à l'approche, en ce qu'elle est « est contraire aux constatations claires du Groupe spécial initial selon lesquelles la Loi de 1916 annule ou compromet les avantages revenant aux Communautés européennes »¹⁷⁰³. De toute évidence, il ne souhaitait pas aller contre la présomption qui avait opéré dans la décision initiale. D'un point de vue économique par ailleurs, on peut justifier son refus par l'incorporation dans le dommage des attentes relatives à l'ouverture d'un marché : dans ce cas, il existera toujours un dommage.

Ce qui apparaît implicitement à travers cette décision est, d'une part, que la présomption d'annulation ou de réduction des avantages de l'article 3:8 doit rester la pierre angulaire du fonctionnement du contentieux, et que les organes de jugement n'entendent pas affirmer que son effet pourrait être nuancé. Mais d'autre part, et puisque tout examen par les organes de jugement de la phase initiale qui les conduit à constater une illécitité contient également la mention de l'annulation ou de la réduction d'un avantage du fait de l'illécitité, le refus de l'arbitre d'aller à l'encontre des constatations du juge initial

1700 C'est aussi ce que semblaient impliquer les Communautés européennes dans l'affaire *CE – Bananes III* lorsqu'elles firent valoir que « si un Membre n'ayant pas subi d'annulation ou de réduction d'avantages dans le cadre de l'OMC en ce qui concerne les bananes était autorisé à présenter une allégation au titre du GATT, ce Membre ne pourrait obtenir aucune mesure corrective efficace au titre de l'article 22 du Mémorandum d'accord », *in* décision de l'arbitre, *CE – Bananes III (22:6 USA)*, *op. cit.*, par. 6.9.

1701 La loi antidumping en cause était incompatible avec le GATT, l'Accord antidumping et l'Accord sur l'O.M.C. V. les rapports du groupe spécial et de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Loi antidumping de 1916*, WT/DS136/R, WT/DS162/R, 31 mars 2000, et WT/DS136/AB/R, WT/DS162/AB/R, 28 août 2000.

1702 Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Loi de 1916 (CE) (22:6)*, *op. cit.*, par. 5.45.

1703 *Ibid.*, par. 7.6.

signifie qu'il est improbable qu'un arbitre au titre de l'article 22:6 considère, dans le cadre de son examen, qu'il n'existe pas de dommage¹⁷⁰⁴. On voit bien que dans ces conditions, le raisonnement devient contradictoire et ramène inévitablement au constat de l'incohérence à l'intérieur du régime : objectif s'agissant de l'engagement de la responsabilité, mais subjectivé et individualisé s'agissant des obligations qui en résultent et de la réaction à leur inexécution, au moyen de l'introduction d'un intérêt à agir. Cette impasse intellectuelle ne peut être surmontée qu'en admettant que la bilatéralisation du litige soit un choix du mécanisme, matérialisé par une construction sans fondement ni logique juridiques mais qu'il faut accepter comme un fait. Cette construction semble à l'exact opposé de la dynamique opérant dans le droit commun de la responsabilité. Les contre-mesures s'y présentent comme une faculté de réaction à l'illicite que l'Etat lésé peut saisir face à la continuation d'une violation, sous la réserve du respect de conditions de fond et de procédure, l'une d'elles étant la proportionnalité. La bilatéralisation apparaissant dans la conception du régime des suspensions de concessions à l'O.M.C. semble être le produit d'une dynamique exactement inverse : si en aval le mécanisme de suspension est limité aux seuls plaignants initiaux, c'est en raison d'un choix en amont, qui exige que l'habituel principe de proportionnalité soit aménagé et formulé comme l'« équivalence » de la réaction au dommage subi, lequel, puisqu'il exige donc une quantification, ne peut être que matériel. Ainsi est resserrée la qualité pour réagir en suspension de concessions, moyennant une conception matériellement restrictive de l'intérêt à agir.

Ce choix traduit deux choses. D'une part, on y voit le refus affiché de pousser le régime objectif initial à son terme logique en le complétant d'un dispositif de réaction à l'illicite qui serait assorti d'un régime également objectif. Un tel régime établirait en effet un mécanisme inédit de voie d'exécution collective, et on sait les avantages mais aussi les difficultés dont il serait porteur. D'autre part, ce choix est animé par des considérations de pragmatisme économique et contentieux. Pour ne donner que cet exemple, les arbitres ont formulé à plusieurs reprises les risques inhérents à un cas de « double comptage » du

1704 L'affaire *CE – Bananes III*, où l'arbitre avait écarté les Etats-Unis de la procédure, reste un cas isolé. Cependant, la différence de régime entre la procédure initiale et la procédure d'arbitrage relatif à la suspension de concessions rend théoriquement possible, même si improbable en pratique, qu'un plaignant initial soit écarté du mécanisme de coercition ; la démarche pourrait alors conduire à la situation paradoxale où le Membre en mesure d'agir en suspension de concessions ne serait pas habilité à le faire tandis que le Membre habilité par le Mémoire d'annulation ne le serait pas en l'espèce s'il n'était pas partie principale à la procédure initiale.

dommage, notamment celui de demandes cumulatives d'autorisation de suspendre des concessions pour un même dommage global causé par le comportement d'un Membre. L'hypothèse n'est pas improbable compte tenu du régime objectif de la phase initiale, mais les arbitres de l'article 22:6 seraient alors embarrassés par l'application du principe d'équivalence¹⁷⁰⁵. On se souvient que cette même difficulté, apparue par un autre biais (celui de l'obligation *erga omnes*), avait également embarrassé l'arbitre dans l'affaire *Etats-Unis – FSC*, qui avait cependant admis la possibilité d'un partage ou d'une répartition du niveau des suspensions de concessions entre les Membres qui auraient été habilités à les mettre en œuvre¹⁷⁰⁶. Quoi qu'il en soit, l'hypothèse n'est pas un cas d'école dès lors qu'on admet que le système de l'O.M.C. conçoit une légalité objective, et le choix des négociateurs de resserrer la qualité pour agir au profit des seuls plaignants initiaux, pour artificiel que soit la restriction imposée, paraît d'une prudence certes avisée d'un point de vue pragmatique¹⁷⁰⁷, mais qui s'exprime par des techniques curieuses d'un point de vue juridique.

1705 Le risque du double comptage apparaît dans l'hypothèse du recoupement de deux ou plusieurs plaintes s'agissant de l'annulation ou la réduction d'avantages subie en raison des *mêmes* pertes en termes de commerce de marchandises ou de services. V. les développements qu'y consacre l'arbitre dans la décision *CE – Bananes III* (22:6 USA), *op. cit.*, par. 6.15-6.17 : « [s]i nous devons permettre ce “double comptage” de la même annulation ou réduction d'avantages dans les procédures d'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord pour différents Membres de l'OMC, il pourrait y avoir des incompatibilités avec le critère de l'“équivalence” énoncé aux paragraphes 4 et 7 de l'article 22 du Mémoire d'accord. Etant donné que le *même* niveau d'annulation ou de réduction d'avantages imposé à *un* Membre ne peut simultanément être imposé à *un autre*, les autorisations de suspendre des concessions accordées par l'ORD aux différents Membres de l'OMC pourraient excéder le niveau global de l'annulation ou de la réduction d'avantages causée par le Membre qui n'a pas mis une mesure incompatible avec les règles de l'OMC en conformité avec ces règles. En outre, une telle compensation *cumulative* ou suspension *cumulative* de concessions par différents Membres de l'OMC pour le *même* niveau d'annulation ou de réduction d'avantages serait contraire au principe général du droit international qu'est la proportionnalité des contre-mesures » (par. 6.16).

1706 Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – FSC* (22:6), *op. cit.*, par. 6.28 et 6.63.

1707 Il ne faut par ailleurs pas oublier l'argument mentionné dans les développements précédents, celui de la « nocivité » de la suspension de concessions. Par essence, elle s'oppose à la logique du système et aucun Membre, pas même le plaignant initial, n'y a véritablement intérêt.

B *Qualité pour agir en tant que Membre de l'O.M.C. :
horizontalité ou verticalité du rapport ?*

Indépendamment de l'habilitation expresse formulée à l'article 22:1, les dispositions spécifiques du Mémorandum impliquent que le dispositif n'est accessible qu'aux Membres de l'Organisation. La qualité pour réagir au sens et en vertu du Mémorandum découle donc à la fois de la qualité de Membre *lésé* du plaignant initial, et de sa qualité de *membre* d'une institution qui prévoit un régime spécifique de réaction à l'illicite. L'appartenance à une organisation internationale qui met en place un dispositif de réaction à l'illicite jette alors un doute sur la nature du rapport qui s'établit dans le recours, en ce que la localisation du pouvoir de sanction est incertaine (1.). La verticalisation du rapport devient plus manifeste au regard de la force d'attraction qu'exerce l'Organisation sur l'ensemble du mécanisme : les Membres ne peuvent réagir à l'inexécution que conformément au cadre établi par les textes et sur habilitation reçue par l'institution (2.).

1 Pouvoir de décision et pouvoir d'impulsion

Les suspensions de concessions sont des réactions *décentralisées* à l'illicite en ce qu'elles sont mises en œuvre par les Membres. Par leur nature, ce sont des mesures que l'O.M.C. ne pourrait elle-même appliquer, pour deux raisons. D'abord, elle n'a pas le pouvoir de se substituer à un Membre pour suspendre elle-même des concessions à l'égard d'un autre, substitution qui, si elle était possible, signifierait que le dispositif relève d'une forme d'exécution *d'office*¹⁷⁰⁸ ; mais le principe de souveraineté tel qu'il est (a)ménagé au sein de l'O.M.C. ne supporterait pas l'atteinte que porterait une telle substitution à la configuration discrétionnaire des concessions que les Membres s'engagent à faire. Ensuite, l'Organisation n'est pas non plus dotée du pouvoir centralisé nécessaire pour assurer une exécution *forcée* au sens classique où elle est entendue, à savoir la contrainte matérielle exercée directement par l'autorité publique contre le sujet récalcitrant ; la suspension de concessions ne relève donc pas non plus,

¹⁷⁰⁸ A notre connaissance, M. Combacau est le premier à avoir distingué précisément les voies d'exécution selon le mode dont elles relèvent, exécution forcée ou exécution d'office, transposant ainsi au droit international une distinction connue des droits internes (par exemple en droit administratif français ou allemand, où elle est toutefois souvent diluée) ; en particulier, l'auteur a fait apparaître et qualifié le procédé de substitution qui caractérise l'exécution d'office : J. COMBACAU, *Le pouvoir de sanction de l'O.N.U. – Etude théorique de la coercition non militaire*, op. cit., spéc. p. 21-23. Nous lui empruntons ici la distinction, qui fait apparaître avec clarté l'essence de la technique dont relève l'un et l'autre mode d'exécution.

en toute rigueur, de l'exécution forcée. Pourtant, elle est bien une technique de coercition, entendue au sens d'une contrainte exercée sur le Membre en situation de manquement, mais dont l'application est confiée aux Membres. Toutefois, le critère décisif de leur qualité de sanctions institutionnelles n'est pas l'identité de ceux qui prennent matériellement les mesures coercitives, c'est l'identité de ceux qui les déclenchent. On soulève là la question de la localisation du *pouvoir* de sanction. Ce pouvoir n'est pas celui d'exécution matérielle mais, en amont, le pouvoir normatif d'édicter l'acte en vertu duquel la mesure prise sera licite¹⁷⁰⁹. Il s'agit donc de savoir si les Membres sont de simples exécutants d'une décision prise à un niveau supra-étatique, auquel cas la suspension ne serait qu'un acte d'exécution, ou si l'Organisation ne leur fournit que le support institutionnel pour décider et mettre en œuvre des mesures qu'ils auraient le pouvoir d'édicter en dehors d'elle, auquel cas on reviendrait sur le terrain des contre-mesures interétatiques. La réponse est malaisée car on a affaire à un procédé complexe qui fait intervenir à la fois le Membre lésé, l'organe politique plénier de l'Organisation, et possiblement l'organe juridictionnel, dans le cadre d'une procédure à plusieurs étapes et étroitement balisée par le Mémoire. Quoi qu'il en soit, on peut d'ores et déjà exclure que les Membres de l'O.M.C. puissent suspendre des concessions *en dehors* de l'Organisation, dès lors que l'exercice par un plaignant initial de son droit de suspendre des concessions à l'égard d'un Membre responsable récalcitrant est soumis à des conditions de licéité édictées par l'Organisation et contrôlées par elle¹⁷¹⁰. Au-delà de ces conditions et hors ce contrôle, la suspension serait illi-

1709 Sur la nature des rapports – horizontaux ou verticaux – dans le cas de mesures prises dans le cadre d'une organisation internationale, v. notamment L.-A. SICILIANOS, « Bilan de recherches de la section de langue française du Centre d'étude et de recherche de l'Académie », *op. cit.*, p. 35-38.

1710 Ce qu'on entend ici, c'est qu'un Membre ne peut pas décider de suspendre des concessions au titre du GATT, par exemple, autrement qu'en se conformant aux conditions procédurales et substantielles posées par le droit de l'O.M.C. Cependant, l'interdiction de suspendre des concessions en dehors du cadre de l'O.M.C. pose, inversement, la question déjà mentionnée de savoir s'il serait possible d'« importer » dans le cadre de l'O.M.C. les réactions à l'illicite du droit international général, et en particulier les contre-mesures du droit de la responsabilité internationale. Elle ouvre un grand nombre d'autres questions, en premier lieu desquelles vient celle de savoir, non pas si une telle importation serait matériellement *possible*, mais si le droit de l'O.M.C. juridiquement l'*autorise* : en d'autres termes, est-il un *self-contained regime* ? V. en général B. SIMMA, « Self-Contained Regimes », *N.Yb.I.L.*, 1985, vol. 16, p. 111-136 ; B. SIMMA et D. PULKOWSKI, « Of Planets and the Universe : Self-Contained Regimes in International Law », *E.J.I.L.*, 2006, vol. 17, n° 3, p. 483-529 ; K. WELLENS, « Diversity in Secondary Rules and the Unity of International

cite et pourrait elle-même faire l'objet d'une contestation dans le cadre d'une procédure initiale.

Une fois cette limite tracée, la question de la nature du rapport qu'établit le mécanisme de suspension de concessions reste ouverte : est-il horizontal – suspension imputable aux Membres ? ou est-il vertical – suspension imputable à l'Organisation ? Au premier abord, on est tenté d'y répondre en cherchant

Law : Some Reflections on Current Trends », *N. Yb.I.L.*, 1994, vol. 25, p. 3-37 (dont la réflexion prend appui sur celle précitée du juge Simma, publiée en 1985) ; et en particulier A. LINDROOS et M. MEHLING, « Dispelling the Chimera of "Self-Contained Regimes" in International Law and the WTO », *E.J.I.L.*, 2005, vol. 16, n° 5, p. 857-877. Ces derniers auteurs considèrent que le régime juridique établi par l'O.M.C. ne peut en aucun cas être qualifié de régime autosuffisant, mais concèdent qu'une analyse approfondie du droit matériel ainsi que du règlement des différends révèle des ambivalences qui rendent malaisé de trancher la question de manière péremptoire. Cependant, d'autres auteurs ont soutenu qu'un « retour » au droit international général devait être possible, en quelque sorte par défaut, c'est-à-dire en cas d'inefficacité des mécanismes et techniques prévus par le Mémorandum : v. en particulier J. PAUWELYN, *Conflict of Norms in Public International Law – How WTO Relates to Other Rules of International Law*, *op. cit.* ; *id.*, « The Role of Public International Law in the WTO : How Far Can We Go ? », *A.J.I.L.*, 2001, vol. 95, n° 3, p. 535-582 ; S. M. VILLALPANDO, « Attribution of Conduct to the State : How the Rules of State Responsibility May Be Applied Within the WTO Dispute Settlement System », *J.I.E.L.*, 2002, vol. 5, n° 2, p. 393-420. M. Pauwelyn soutient l'hypothèse, construite à partir de l'observation incontestable que les accords de l'O.M.C. peuvent « *contract out* » (par exemple p. 216) du droit international général, que les règles générales du droit international sont en principe applicables à l'O.M.C. et que le système pourrait donc « *fall back* » (par exemple p. 201) sur les règles du droit commun de la responsabilité, si la suspension de concessions prévue par le Mémorandum s'avérait inefficace. Selon lui, en effet, « *contracting out in one field does not mean contracting out of everything* », et « *explicitly confirming one rule does not mean contracting out of all other rules* », in J. PAUWELYN, *Conflict of Norms in Public International Law – How WTO Relates to Other Rules of International Law*, *op. cit.*, p. 214. Dans le même sens, M. Garcia Rubio considérerait que les Membres de l'O.M.C. n'ont pas expressément « *contracted out* » du régime général de la responsabilité des Etats, v. M. GARCIA RUBIO, « Unilateral Measures as a Means of Forcible Execution of WTO Recommendations and Decisions », *op. cit.*, p. 459-464 ; et *id.* *On the Application of Customary Rules of State Responsibility by the WTO Dispute Settlement Organs – A General International Law Perspective*, Genève, Institut Universitaire des Hautes Etudes Internationales, 2000, 102 p. De même, le professeur Fernández Pons soutient que les Membres peuvent demander l'application devant les organes de jugement de l'O.M.C. des règles secondaires du droit international général, et suggère d'incorporer ces dernières au Mémorandum dans le cadre de sa réforme, afin qu'elles servent de « point de référence » ou d'« aspiration de *lege ferenda* », in X. FERNÁNDEZ PONS, *La OMC y el Derecho Internacional*, Madrid, Marcial Pons, 2006, spéc. p. 343-432.

à identifier chez l'un ou chez l'autre un pouvoir de *décision* auquel rattacher l'acte de sanction. Mais ce critère mène dans une impasse, car plusieurs « décisions » se font concurrence dans le dispositif de suspension de concessions, et laquelle serait alors déterminante ? Celle, étatique, consistant à prendre l'initiative de demander à l'O.R.D. l'autorisation d'appliquer une suspension ? ou celle, institutionnelle, consistant à accorder l'autorisation demandée ? Plutôt que de chercher l'imputation à l'Etat ou à l'Organisation dans une prise de décision qui est ici ambiguë, on pourrait alors plutôt la chercher dans l'*initiative* du recours. Dans son étude des sanctions dans le cadre de l'O.N.U., M. Combacau identifiait ainsi l'impulsion de la sanction comme critère déterminant pour l'imputation de la mesure : « il n'est pas nécessaire que l'ensemble de l'opération soit menée par l'O.N.U., sans l'intermédiaire d'agents d'exécution, pour qu'elle constitue une action corporative ; pour que l'action lui soit imputable, il faut simplement que le "centre d'impulsion" soit situé à l'O.N.U. »¹⁷¹¹. Ce critère avait emporté l'adhésion dans le cadre d'une autre recherche de la nature juridique de la suspension de concessions à l'O.M.C., et le fonctionnement du mécanisme avait ainsi conduit M. Lesaffre à reconnaître à l'Organisation un tel pouvoir d'impulsion¹⁷¹². Nous n'adhérons pas à cette appréciation. Il nous semble bien plus qu'à l'O.M.C., la transposition le critère du centre d'impulsion au dispositif de suspensions de concessions conduirait à écarter entièrement le rôle de l'Organisation dans l'initiative du déclenchement du dispositif, au profit exclusif des Membres. En effet, l'O.M.C. ne donne d'elle-même aucune impulsion à une suspension : l'impulsion suppose une action, alors que le rôle de l'Organisation dans l'accès aux suspensions de concessions n'est que passif¹⁷¹³. Certes, l'O.M.C. met à la disposition de ses Membres l'ultime moyen de coercition ; on ne peut toutefois analyser le simple fait d'offrir

1711 J. COMBACAU, *Le pouvoir de sanction de l'O.N.U. – Etude théorique de la coercition non militaire*, op. cit., p. 30.

1712 H. LESAFFRE, *Le règlement des différends au sein de l'O.M.C. et le droit de la responsabilité internationale*, op. cit., spéc. p. 456. A partir du pouvoir d'impulsion de l'O.M.C. que l'auteur considère comme existant, il rattache les suspensions de concessions aux sanctions institutionnelles.

1713 V. sur ce point aussi L. PICCHIO FORLATI, « The Present State of Research Carried Out by the English-Speaking Section of the Centre for Studies and Research », in L. FORLATI PICCHIO et L.-A. SICILIANOS (dir.), *Les sanctions économiques en droit international / Economic Sanctions in International Law*, op. cit., spéc. p. 144-145, qui tient que « neither a centralized body such as the Security Council (acting under Chapters VII–VIII) nor the WTO's Dispute Settlement Body monopolize the power to permit resort to economic measures ». Dans ces conditions, tout comme l'est l'action en vertu de l'article 53 de la Charte de Nation Unies, le rôle de l'Organisation serait « limited to authorizing individual States

aux Membres l'outil pour réagir à l'illicite comme une impulsion. Pourtant, rien n'empêchait les négociateurs de configurer le système de telle sorte que l'impulsion serait localisée chez les organes de jugement ou l'organe politique. S'agissant des premiers, on imagine aisément que les groupes spéciaux au titre de l'article 21:5, après constatation du manquement à l'obligation de mise en conformité, puissent recommander le recours au dispositif coercitif de l'article 22, ou même simplement rappeler au plaignant initial son droit d'y recourir à partir de ce stade. De la même manière, l'organe politique pourrait formuler une recommandation en ce sens dans le cadre de l'examen des rapports de situation du Membre responsable, calquée sur le pouvoir de formuler des recommandations de l'Assemblée générale de l'O.N.U. D'un point de vue technique, rien n'empêchait de donner à l'Organisation un tel pouvoir d'impulsion, et son absence ne peut donc simplement être gommée. Cependant, il faut garder à l'esprit la logique de la *member-driven organization* qui irrigue la conception et le fonctionnement de l'O.M.C. Le choix opéré en amont est ainsi que l'Organisation ne doit servir que de support institutionnel aux négociations multilatérales de ses Membres et à leurs décisions collectives. L'institution ne fait rien d'elle-même, et en toute hypothèse elle ne fait rien que ses Membres ne veulent pas faire : elle n'a aucun pouvoir d'impulsion autonome et indépendant de la volonté de ses Membres.

2 Pouvoir d'habilitation et pouvoir d'agir

Cependant, ce qui est déterminant est que la volonté des Membres ne peut être réalisée, c'est-à-dire matérialisée par des actions concrètes licites, si l'Organisation ne l'autorise pas : l'institution encadre à la fois ce que les Membres *peuvent* faire et la *manière* dont ils peuvent le faire. Si elle n'a aucun pouvoir d'impulsion, la conception du tissu normatif la dote d'un puissant pouvoir d'*attraction* en général, et s'agissant du règlement des différends en particulier, qui en est le plus important témoignage. Spécifiquement, le dispositif de l'article 22 est tout entier attiré dans un système de « *checks and balances* »¹⁷¹⁴ mis en œuvre au moyen d'un contrôle multilatéral, c'est-à-dire institutionnel, depuis l'accès au mécanisme jusqu'à la mise en œuvre matérielle des mesures. Chaque étape du processus est encadrée par les organes politique et juridictionnel – dès la demande, qui doit être présentée à l'O.R.D. –, soumise à ses conditions – de procédure et de fond, dont la satisfaction assure la licéité des mesures –, et

or groups of States to react, and to monitoring this reaction, rather than implying direct management of a centralized enforcement system ».

1714 Selon l'expression employée in G. MARCEAU et J. A. HAMAOUI, « Implementation of Recommendations and Rulings in the WTO System », *op. cit.*, p. 208.

ce n'est qu'une fois que l'Organisation a validé l'ensemble du processus – en autorisant la demande – que le Membre peut prendre les mesures. En ce sens, on adhère pleinement à l'observation du professeur Nouvel, qui souligne que « [l]e mécanisme a [...] pour ultime effet de canaliser les prétentions subjectives auxquelles l'application des règles donne inévitablement lieu. Ce faisant, il renforce assurément l'unité fonctionnelle du système »¹⁷¹⁵. On localise ainsi deux types de pouvoir dont est investie l'institution : un *pouvoir de contrôle*, qui est exercé par ses organes de jugement, ici l'arbitre, et qui consiste pour lui à vérifier le respect des conditions de licéité que posent le Mémorandum et l'Accord SMC ; et un *pouvoir d'habilitation*, qui appartient à l'O.R.D., organe plénier du règlement des différends, auquel il revient d'autoriser le Membre qui en a fait la demande de suspendre des concessions. Cette autorisation s'analyse comme une habilitation expresse de l'Organisation, en ce qu'elle investit le Membre concerné d'un *pouvoir d'agir* qu'il n'a pas sans elle, sa mesure n'étant autrement pas légale¹⁷¹⁶. L'existence des pouvoirs propres de l'institution et la manière dont ils se matérialisent dans le dispositif de suspension de concessions indique alors une rupture du rapport relationnel horizontal, et la naissance d'un rapport institutionnel vertical¹⁷¹⁷. Dans ces conditions, l'attraction qu'exerce l'Organisation supplante et compense le défaut d'impulsion, et toute la question est alors de déterminer le degré de sa capacité d'ingérence dans la marge d'appréciation des Membres. En d'autres termes, le pouvoir d'agir que ceux-ci reçoivent en vertu de l'habilitation donnée par l'O.R.D. n'est-il que cela, une seule autorisation d'exécuter un mandat prédéterminé ? Ou bien la marge de leur pouvoir autonome est-elle plus vaste ? En particulier, on pense à ce que le pouvoir d'habilitation par l'O.R.D. s'exerce au moyen du consensus négatif, qui rend l'autorisation de suspendre des concessions aussi automatique que l'adoption des rapports des groupes spéciaux ou de l'Organe d'appel. Dans ces conditions, l'O.M.C. a-t-elle ce qui ne serait en réalité qu'un pouvoir de validation automatique, ou véritablement le pouvoir d'édition de l'acte en vertu duquel seront suspendues des concessions ? La portée du contrôle effectué

¹⁷¹⁵ Y. NOUVEL, « L'unité du système commercial multilatéral », *op. cit.*, p. 664.

¹⁷¹⁶ Egalement en ce sens, v. par exemple P.-M. DUPUY et Y. KERBRAT, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 565-566, qui soulignent que la configuration à l'O.M.C. fait partie des « rares cas dans lesquels l'acte constitutif de l'organisation accorde à celle-ci compétence pour habiliter individuellement un des Etats membres à suspendre à l'égard d'un autre le bénéfice de certains avantages » (p. 565, italiques ajoutées).

¹⁷¹⁷ Mais v., d'avis contraire, notamment Y. FUKUNAGA, « Securing Compliance through the WTO Dispute Settlement System Implementation of DSB Recommendations », *J.I.E.L.*, 2006, vol. 9, n° 2, p. 419, selon qui la suspension de concessions relève du mode horizontal, sous la réserve d'une autorisation par l'O.R.D.

au titre de l'encadrement de l'exercice des suspensions de concessions s'avère alors déterminante : si l'attraction institutionnelle est insuffisamment forte, le rapport restera essentiellement horizontal ; si l'attraction est au contraire puissante, le rapport initialement horizontal en sera verticalisé, et le restera.

•

A ce stade de l'analyse, la nature juridique de la suspension de concessions reste encore incertaine. Ce qui est certain, en revanche, est que le dispositif s'inscrit bien parmi les réactions à l'illicite du droit international général et a pour motif et fondement l'illicite, constitué par le manquement à la recommandation de l'O.R.D. Partant de ce manquement naît un droit de demander l'autorisation de suspendre des concessions ou d'autres obligations à l'égard du destinataire de l'obligation, droit que le Mémoire limite aux seuls plaignants initiaux. Les deux piliers du mécanisme de suspension sont donc l'illicite commis et le dommage subi. Ces premiers développements ont tracé des parallèles avec d'autres réactions à l'illicite du droit international, dont l'esquisse a mené à plusieurs exclusions : la suspension de concessions de l'O.M.C. n'est ni une mesure de réciprocité, ni une forme d'exception d'inexécution sur le modèle de l'article 60 de la Convention de Vienne, ni une rétorsion, ni une représaille¹⁷¹⁸. Au regard de la subjectivation observée à ce stade d'avancement d'un litige, qui se manifeste le plus fortement dans le resserrement autour de ses protagonistes initiaux, ainsi que dans l'apparition tardive d'un élément ignoré jusque là, le dommage, la suspension de concessions s'apparente fortement à une contre-mesure au sens du droit de la responsabilité internationale. Les prescriptions imposées par le Mémoire et l'intervention des arbitres dans le contrôle de leur respect s'avèrent alors cruciaux pour apprécier le fonctionnement de l'ultime étape sur l'échelle de la contrainte à l'exécution, et incidemment pour déterminer si elle représente une forme désamorcée de justice privée, ou au contraire est l'expression d'une véritable sanction de l'inexécution.

1718 V. cependant M. JORDAN, *Sanktionsmöglichkeiten im WTO-Streitbeilegungsverfahren*, Berlin, Duncker & Humblot, 2005, spéc. p. 40, qui identifie les suspensions de concessions comme relevant des représailles, mais leur voit la particularité d'être « conventionnellement modifiées » (« *vertraglich modifiziert* ») en ce qu'elles sont soumises à un contrôle international *a priori*.

Mise en œuvre de la suspension de concessions : l'objectivation d'un rapport de forces bilatéral

L'encadrement de l'accès au mécanisme de suspension de concessions fait apparaître que si l'élément subjectif n'a pas pu être complètement écarté du système, ce n'est pas tant la dimension subjective de la réaction en tant que telle qui est redoutée mais seulement ce que le subjectivisme peut avoir d'unilatéral et d'arbitraire. Par conséquent, tous les aspects relatifs à l'exercice du droit de demander l'autorisation de suspendre des concessions où l'unilatéralisme et l'arbitraire pourraient ressurgir ont été objectivés, en les renvoyant dans le champ du contrôle multilatéral. Ainsi, la mise en œuvre du mécanisme de suspension de concessions est rigoureusement encadrée, à la fois par l'organe politique et par les organes juridictionnels. Le premier niveau de contrôle, politique, se situe auprès de l'O.R.D., qui doit dans tous les cas autoriser la suspension de concessions demandée par le plaignant initial. L'article 22 impose plusieurs conditions de la satisfaction desquelles dépend si l'O.R.D. pourra autoriser la suspension¹⁷¹⁹, et il implique que l'organe politique est, en théorie, nécessairement amené à effectuer une vérification des conditions dans lesquelles est formulée une demande d'autorisation de suspendre des concessions. Dans la pratique cependant, il ne s'agit là que d'un contrôle formel et qui peut, au mieux, jouer un rôle de filtrage. L'intervention de l'O.R.D. dans le processus d'autorisation d'une suspension de concessions, si elle vise bien à habiliter le Membre lésé à agir, se présente davantage comme une validation : le Membre récalcitrant n'a aucun intérêt à accepter la suspension proposée par le plaignant initial s'il peut porter son grief devant un organe de jugement et ainsi au moins différer l'application de la sanction ; de fait, aucun défendeur initial ne l'a jusqu'à présent acceptée sans contestation. Or, puisque l'autorisation de l'O.R.D. ne peut être accordée qu'une fois les différents points de litige résolus, l'essentiel du contrôle des conditions de licéité est renvoyé vers l'organe juridictionnel. Une fois résolu, l'O.R.D. n'aura plus qu'à « valider »

1719 V. par exemple le paragraphe 5 de l'article 22 : « [l']O.R.D. n'autorisera pas la suspension de concessions ou d'autres obligations si un accord visé interdit une telle suspension ». Les autres conditions (de procédure et de fond) seront examinées plus précisément ci-dessous.

la demande, puisqu'il sera établi que la mesure proposée est licite, ou que le juge aura précisé les conditions de licéité auxquelles elle devra satisfaire.

Le contrôle juridictionnel par voie d'arbitrage se situe ainsi au centre du mécanisme de sanction de l'inexécution à l'O.M.C. : au-delà de son automatisme de fait déjà signalée, le contrôle effectué au titre de l'article 22:6 est à la fois un dispositif d'encadrement global de la marge d'appréciation des Membres, qui enserme tant les conditions de procédure que les conditions de fond de l'exercice du recours à la suspension de concessions (Section I) qu'un véritable aiguilleur vers le rétablissement de la légalité (Section II). Cette configuration fait apparaître que le mécanisme suspension de concessions est d'une part conçu comme une technique de coercition à l'exécution, visant à faire céder la résistance du Membre responsable et ainsi le contraindre à exécuter son obligation de mise en conformité. D'autre part, en balisant l'ensemble du processus et en soumettant ses multiples conditions de mise en œuvre au contrôle par le juge, c'est également une pression sur le Membre lésé qui s'exerce là. Ce dernier se trouve en effet rapidement dépossédé de sa marge d'appréciation et de manœuvre, puisqu'il ne peut (ré)agir que dans le cadre étroitement délimité par le système. C'est ce mouvement de « dépossession » du Membre et inversement d'attraction vers les organes juridictionnel et décisionnel de l'Organisation qui confirme la verticalisation du rapport initialement horizontal. Ce glissement fait alors apparaître plus clairement que le pouvoir de sanction réside dans l'Organisation, et la capacité de la mettre en œuvre matériellement chez les Membres.

Section I Encadrement des modalités de mise en œuvre d'une suspension : le contrôle des conditions de procédure et de fond

Dans un premier temps, le plaignant initial qui souhaite suspendre des concessions à l'égard du défendeur récalcitrant doit établir une liste des concessions visées. Ce faisant, il doit respecter les prescriptions des paragraphes 3 et 4 de l'article 22 (détermination des secteurs visés et respect de l'équivalence entre le niveau de la suspension et le niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages), mais le choix de la nature des mesures envisagées n'est pas en soi soumis au contrôle juridictionnel. Comme dans l'ensemble du mécanisme, le principe directeur est en effet la liberté de choix des Membres. Qu'elle ne peut cependant s'exprimer qu'à l'intérieur des limites que pose le mécanisme pour assurer sa propre efficacité se révèle au regard du contrôle de licéité auquel est soumise la proposition, contrôle que l'arbitre entend large et global. Le contrôle

juridictionnel enserre ainsi à la fois la marge d'appréciation des parties en termes de procédure à suivre (§ 1), et au regard des conditions de fond de mise en œuvre du dispositif de suspension de concessions (§ 2). La différence entre les deux dimensions du contrôle est d'intensité : l'article 22:4 du Mémorandum et l'article 4.10 de l'Accord SMC imposent une obligation absolue s'agissant du montant de la suspension ou de la contre-mesure, alors que les prescriptions procédurales laissent au plaignant initial une certaine marge d'appréciation.

§ 1 Conditions de procédure : le contrôle du respect de l'article 22:3

La suspension de concessions est conçue comme une technique réactive que le Membre doit, au moins dans une certaine mesure, pouvoir contrôler, ce qui apparaît dans la marge d'appréciation et de manœuvre initiale que laisse le Mémorandum au demandeur de l'autorisation de suspendre des concessions (A.). Le mécanisme limite toutefois considérablement cette marge discrétionnaire en renvoyant l'exercice du choix par le Membre au contrôle par l'arbitre (sous la réserve que le défendeur initial l'ait demandé). Le plaignant doit ainsi obéir aux prescriptions procédurales du Mémorandum pour mettre en œuvre licitement une suspension, et la hiérarchie qu'elles imposent justifie graduellement un contrôle plus intrusif de l'arbitre (B.).

A *Présomption de conformité au bénéfice du plaignant initial*

Le recours au dispositif de suspension de concessions est, dans sa première phase, laissé à la discrétion du plaignant initial qui souhaite réagir au manquement du défendeur initial. Mais, dans la mesure où cette autonomie ne peut s'exprimer que dans le respect des conditions posées par le Mémorandum, cela implique qu'une procédure d'arbitrage au titre de l'article 22:6 ne pourra être déclenchée que par le défendeur initial, exclusivement : il peut contester le niveau de la suspension ou sa licéité quant aux conditions et procédures relatives au choix des concessions choisies à suspendre. Sa demande d'arbitrage consistera donc dans l'allégation de violation, par la suspension demandée, de ces conditions.

Il apparaît alors combien le mécanisme, dans la droite ligne de la présomption de dommage de l'article 3:8, continue de soutenir le Membre lésé, et soutient ainsi également son initiative de réagir à un refus par le défendeur de revenir à la légalité. En effet, les règles en matière de charge de la preuve continuent de profiter à la démarche du plaignant initial, bien qu'elles n'aient pas été inversées. Dans l'affaire *CE – Hormones*, l'arbitre a rappelé que « [l]es Membres de l'OMC, en tant qu'entités souveraines, peuvent être *présumés* agir

en conformité avec leurs obligations dans le cadre de l'OMC »¹⁷²⁰. Cette présomption implique que, selon les règles en matière de charge de la preuve, il appartient à la partie qui allègue une illicéité de la prouver¹⁷²¹. Dans le contexte d'un arbitrage au titre de l'article 22:6, la mesure dont l'illicéité est alléguée est la suspension de concessions proposée dans la liste du plaignant initial ; l'allégation peut porter sur l'article 22:3 (secteur ou accord visé), et/ou sur l'article 22:4 (équivalence) ou l'article 4.10 de l'Accord SMC (caractère approprié de la contre-mesure). C'est donc au Membre responsable qui conteste la mesure proposée qu'il revient de prouver la violation qu'il allègue¹⁷²². En inversant la formulation, le jeu de la présomption signifie que la réaction est présumée licite jusqu'à preuve du contraire.

La présomption implique alors que le Membre responsable doit efficacement mettre en cause la licéité des mesures envisagées, en présentant des arguments et des éléments de preuve suffisants pour établir *prima facie* que le niveau de la suspension proposée par le plaignant initial ne respecte pas le principe d'équivalence ou les principes et procédures énoncés à l'article 22:3. Plusieurs arbitres ont considéré en ce sens qu'une allégation d'illicéité suffisamment étayée établirait une « présomption »¹⁷²³ de violation. Si nous convenons que l'effet de la présomption est un renversement de la charge de la preuve, la formule choisie par les arbitres ne paraît pas très heureuse en ce qu'elle signifie qu'il existerait deux présomptions successives, l'une de licéité et l'autre de violation ; or, leur contradiction ne pourrait avoir pour effet que de neutraliser l'une comme l'autre. Ce n'est pas ainsi que le dispositif est conçu, et les arbitrages successifs ont bien mis en évidence que le doute profitait au plaignant initial¹⁷²⁴. Cela

1720 Décision de l'arbitre, *CE – Hormones* (22:6), *op. cit.*, par. 9.

1721 On l'a vu, ces règles sont bien établies depuis l'affaire *Etats-Unis – Chemises et blouses en laine* (*op. cit.*). Pour rappel, elles s'appliquent aux procédures d'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord : v. la décision de l'arbitre, *CE – Hormones (Canada)* (22:6), *op. cit.*, par. 8-12 ; dans le contexte de l'article 4.11 de l'Accord SMC, v. la décision de l'arbitre, *Brésil – Aéronefs* (22:6), *op. cit.*, par. 2.8-2.14, et *Etats-Unis – FSC* (22:6), *op. cit.*, par. 2.8-2.11.

1722 Cette répartition de la charge de la preuve ressort clairement de l'affirmation suivante de l'arbitre dans l'affaire *CE – Hormones* : « Les CE contestent la conformité de la proposition canadienne avec ladite règle de l'OMC [l'article 22:4]. Il incombe donc aux CE de prouver que la proposition canadienne est incompatible avec l'article 22:4 », v. la décision de l'arbitre, *CE – Hormones (Canada)* (22:6), *op. cit.*, par. 9.

1723 Par exemple *ibid.* ; et décision de l'arbitre, *Brésil – Aéronefs* (22:6), *op. cit.*, par. 2.6.

1724 Par exemple décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Loi de 1916 (CE)* (22:6), *op. cit.*, par. 3.2 ; et décision de l'arbitre, *CE – Hormones* (22:6), *op. cit.*, par. 9 (« [a]u cas où tous les arguments

n'empêche pas qu'il doive par ailleurs participer utilement à la réfutation de l'allégation de violation et apporter les éléments de preuve nécessaires pour expliquer comment il a déterminé le niveau proposé de suspension, et pourquoi sa proposition est équivalente au dommage subi¹⁷²⁵.

La présomption de licéité et le jeu de la charge de la preuve dans un arbitrage au titre de l'article 22:6 témoignent d'un rapport de force dissymétrique entre plaignant et défendeur initiaux : le premier continue, par extension, de bénéficier des effets prolongés de la présomption de violation de l'article 3:8 qui bat son plein dans la procédure initiale. Ce qui apparaît nettement à travers cette dissymétrie est que le mécanisme de suspension de concessions et la procédure d'arbitrage qui le soutient se situent au seuil de tolérance du système : les contraintes sont resserrées dans la mesure où, arrivé au stade de la réaction à l'illicite, il ne faut plus laisser au Membre responsable de marge qu'il pourrait exploiter à son profit. Cependant, c'est aussi la marge de manœuvre du plaignant initial qui est encadrée, comme en témoigne le strict contrôle des conditions de procédure de l'article 22:3 qu'effectuent les arbitres, et ce constat est autrement plus révélateur de la particularité de la conception de la réaction à l'illicite dans le système de l'O.M.C., et par conséquent de la nature juridique des suspensions.

B *Limite de l'appréciation discrétionnaire du plaignant initial : la hiérarchie des contraintes procédurales*

Le principe, maintes fois affirmé, reste la liberté de choix qui doit appartenir aux Membres (1.), mais l'article 22:3 permet une importante intrusion dans l'exercice de cette liberté (2.).

1 Liberté de choix de la nature de la suspension

En vertu de l'article 22:2 du Mémoire, la réaction à l'illicite dans le cadre de l'O.M.C. peut prendre la forme soit d'une suspension de certaines concessions inscrites dans la liste du plaignant initial, soit de certaines de ses autres obligations au titre de l'O.M.C., soit des deux ; le choix de la nature de la mesure adoptée relève de la discrétion du plaignant initial, dans la limite des conditions posées par l'article 22:3. Les arbitres restent très soucieux de ne pas empiéter sur cette liberté, rappelant régulièrement que le choix de la nature de la mesure de réaction se situe et doit se situer hors de la portée de leur

et les éléments de preuve resteraient en équilibre, les CE, en tant que partie à qui incombe initialement la charge de la preuve, n'auraient pas gain de cause »).

1725 Décision de l'arbitre, *CE – Hormones* (22:6), *op. cit.*, par. 11.

contrôle¹⁷²⁶. Cette marge d'appréciation découle directement de l'article 22:7, qui dispose que le contrôle effectué par un arbitre au titre de l'article 22:6 ne peut porter que sur l'équivalence, et en aucun cas sur la nature de la mesure de suspension. L'arbitre dans l'affaire *CE – Hormones* avait relevé spécifiquement cette disposition pour établir énergiquement les limites de sa compétence : « [i]l est expressément interdit aux arbitres d'«[examiner]...la *nature* des concessions ou des autres obligations à suspendre" (sauf au titre de l'article 22:3 et 22:5) »¹⁷²⁷. Cette interdiction est cruciale, et on en prend la mesure au regard de la position de retrait qu'avait par ailleurs prise l'arbitre dans cette affaire s'agissant de la pratique controversée de ce qui est communément appelé une suspension de type « carrousel »¹⁷²⁸. Les Etats-Unis avaient laissé entendre qu'ils envisageaient de recourir à ce type de suspensions et n'avaient par conséquent pas présenté de liste définitive de produits. L'arbitre avait cependant refusé d'arrêter lui-même la liste des produits qui pouvaient faire l'objet d'une augmentation des droits de douane américains, alors qu'on conçoit bien son hostilité de principe à la pratique de la suspension de type carrousel – mais l'interdiction de se prononcer sur la nature des suspensions primait¹⁷²⁹. Cette position de prudence, certes légitime et justifiée au regard des prescriptions du Mémorandum, sans expressément ouvrir la porte aux suspensions de type carrousel n'avait pas non plus expressément fermé cette porte, et des propositions visant à légitimer officiellement cette pratique continuent d'être formulées dans le cadre du réexamen du Mémorandum.

2 Ingérence par le contrôle des prescriptions de l'article 22:3

Sans pouvoir y porter atteinte, les arbitres n'en doivent pas moins conjuguer la liberté de choix des plaignants initiaux avec les objectifs et les dispositions du Mémorandum. L'observation précitée de l'arbitre donne déjà une précision révélatrice à ce sujet, bien qu'elle n'ait été qu'introduite entre parenthèses et peut dès lors sembler marginale : « (sauf au titre de l'article 22:3 et 22:5) ». En d'autres termes, là où les mailles du système pourraient être trop larges et

1726 V. par exemple la décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Loi de 1916 (CE)* (22:6), *op. cit.*, par. 3.7 note 20.

1727 Décision de l'arbitre, *CE – Hormones* (22:6), *op. cit.*, par. 18.

1728 La pratique consiste à modifier périodiquement les produits frappés par la suspension de concessions, et donc dans la majorité des cas par un relèvement des droits de douane, si bien que le Membre visé ne peut pas anticiper sur son marché intérieur l'effet des mesures qu'il subit. V. à ce sujet R. A. FORD, « The Beef Hormones Dispute and Carousel Sanctions : A Roundabout Way of Forcing Compliance with World Trade Organization Decisions », *Brook. J.I.L.*, 2002, vol. 27, n° 2, p. 544-550.

1729 Décision de l'arbitre, *CE – Hormones* (22:6), *op. cit.*, par. 18-19 et 23.

laisser une marge d'expression à des choix unilatéraux et arbitraires, la question est soumise à des conditions procédurales strictes dont le respect peut faire l'objet d'un contrôle de licéité. En fin de compte, la liberté des Membres ne s'exprime donc que dans le choix initial, dans son principe, de suspendre des concessions ou d'autres obligations au titre des accords de l'O.M.C. Ce choix ne concerne en réalité que l'opportunité du type de mesure de réaction à adopter ; sa licéité fait en revanche l'objet du contrôle objectif par un tiers. Or, examiner le respect des conditions et procédures de l'article 22:3 n'est rien d'autre qu'examiner, indirectement, la *nature* des suspensions de concessions choisies par le plaignant initial et, hors l'hypothèse d'une suspension dans le même secteur (a.), le contrôle effectué au titre de l'article 22:3 peut devenir très intrusif (b.).

a *Licéité de principe : suspension dans le même secteur*

L'article 22:3 balise strictement les considérations dont le plaignant initial doit tenir compte lorsqu'il choisit le type de suspension qu'il estime opportun. Sa ligne directrice est que la suspension de concessions ou d'autres obligations devrait intervenir dans le même secteur que celui où a été constatée la violation initiale ou le dommage, et que ce n'est qu'exceptionnellement, et donc à certaines conditions précisées, qu'une concession ou une obligation pourrait être suspendue dans un autre secteur du même accord, ou même dans un autre accord. Comme l'a relevé un arbitre, cette disposition impose aux Membres souhaitant suspendre des concessions « un certain degré de discipline »¹⁷³⁰. Cette discipline pourrait prendre la forme d'une autorégulation comme c'est le cas en vertu de l'article 3:7 pour le déclenchement d'une procédure de règlement des différends, qui laisse les Membres libres de l'appréciation de l'opportunité du recours. Or, s'agissant du dispositif de coercition au contraire, l'appréciation de l'opportunité de la nature de la mesure peut être soumise au contrôle juridictionnel, et on y voit combien le système est désireux d'encadrer au plus près un procédé qui, hors du système, relèverait de la justice privée.

Cependant, l'existence de ce contrôle pose la question de la marge d'appréciation opposée à celle des Membres, à savoir celle des arbitres au titre de l'article 22:6 : jusqu'où peuvent-ils pousser le contrôle et s'immiscer dans l'examen des mesures sans excéder leur compétence ? Tout dépend alors de l'interprétation des prescriptions de l'article 22:3. Cette disposition contient en effet des éléments révélateurs à la fois de la marge d'appréciation des Membres et de la portée du contrôle auquel elle peut être soumise ; la balance peut alors pencher soit vers une certaine déférence envers les Membres ou au contraire vers une intrusion importante dans leur pouvoir discrétionnaire. On ne peut

¹⁷³⁰ Décision de l'arbitre, *CE – Bananes III* (22:6 USA), *op. cit.*, par. 3.6.

ainsi ignorer la formule « si cette partie *considère* [qu'il est impossible ou inefficace ...] »¹⁷³¹, qui semble indiquer que les rédacteurs ont souhaité laisser aux Membres une marge d'appréciation, de laquelle il faut alors tenir compte. Dans le même temps, le paragraphe introductif de l'article 22:3 dispose tout aussi clairement que « la partie plaignante *appliquera* les principes et procédures ci-après »¹⁷³², et la tournure impérative exprime une obligation dont l'exécution, faisant écho aux hypothèses d'arbitrage énoncées dans le paragraphe 6, paraît susceptible de contrôle.

Cela dit, le principe énoncé à l'article 22:3 laisse au plaignant initial une vaste marge d'appréciation. Le Mémoire précise que le terme « secteur » désigne, concernant les marchandises, « toutes les marchandises » ; concernant les services, « un secteur principal recensé dans la "Classification sectorielle des services" » ; et concernant les aspects de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, « chacune des catégories de droits de propriété intellectuelle visées dans la section 1, 2, 3, 4, 5, 6 ou 7 de la Partie II, ou les obligations résultant de la Partie III ou de la Partie IV de l'Accord sur les ADPIC »¹⁷³³. Compte tenu de ces larges délimitations, le Membre souhaitant suspendre des concessions à l'égard d'un Membre responsable récalcitrant dispose donc d'une gamme étendue de choix à l'intérieur du secteur dans lequel la violation initiale ou le dommage avait été constaté(e)¹⁷³⁴. En outre, le plaignant initial n'est soumis à aucune obligation de symétrie parfaite ou de répartition des concessions qu'il cherche à suspendre. Les Communautés européennes avaient pourtant cherché à faire valoir le contraire dans l'affaire *CE – Bananes III*, arguant que les suspensions devaient être « en rapport avec le nombre de violations ou le degré de violation [...] dans chacun de ces secteurs ou dans le cadre de chacun de ces accords pris séparément »¹⁷³⁵. Mais l'arbitre a considéré que lorsqu'il a été établi que la mesure en cause dans la procédure initiale est illicite au regard de plusieurs accords, le Membre souhaitant suspendre des concessions est libre de le faire seulement dans l'un des secteurs visés¹⁷³⁶. Dans la mesure où ce cas ne soulève guère de difficultés, l'approche de l'arbitre est ici de relative déférence envers le plaignant initial, sous la réserve des potentielles demandes abusives présentées au titre de l'article 22:3 a) alors qu'elles relèvent en réalité des exceptions proposées par les alinéas b) et c).

¹⁷³¹ Article 22:3 b) et c) (italiques ajoutés).

¹⁷³² Italiques ajoutés.

¹⁷³³ Article 22:3 f) i) et ii).

¹⁷³⁴ V. en ce sens la décision de l'arbitre, *CE – Bananes III* (22:6 ECU), *op. cit.*, par. 57.

¹⁷³⁵ Décision de l'arbitre, *CE – Bananes III* (22:6 USA), *op. cit.*, par. 3.8.

¹⁷³⁶ *Ibid.*, par. 3.9-3.10.

b *Licéité susceptible de contrôle : suspension « croisée »*

La question de l'intrusion du contrôle de l'arbitre dans le pouvoir discrétionnaire des Membres devient plus complexe dans les hypothèses prévues par les alinéas b) et c) de l'article 22:3, qui prévoient la suspension de concessions dans d'autres secteurs ou dans d'autres accords. Elles correspondent à ce que la doctrine qualifie communément de « *cross retaliation* » ou de « rétorsion croisée »¹⁷³⁷, et c'est également ce vocabulaire qui a cours à l'O.M.C.¹⁷³⁸. Puisque, en toute hypothèse, la suspension de concessions ne relève pas de la rétorsion, nous l'appellerons ici plus neutrement « suspension croisée ».

i Statut d'exception d'une suspension croisée

S'agissant de l'alinéa b) de l'article 22:3, la délimitation du terme « secteur » est la même que précédemment ; s'agissant de l'alinéa c) et de la délimitation du terme « accord », elle trace un vaste périmètre, tout particulièrement concernant le commerce des marchandises : il s'agit, concernant les marchandises, de l'ensemble des accords figurant à l'Annexe 1A ainsi que des accords plurilatéraux, sous la réserve que les parties au différends y soient parties ; concernant les services, du GATS ; et, concernant les droits de propriété intellectuelle, de l'Accord sur les ADPIC. Ce n'est donc pas cette large délimitation qui peut justifier une plus forte ingérence des arbitres dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire des Membres, ni le seul fait que les concessions soient appliquées dans un domaine différent de celui de la mesure initiale. Ce qui la justifie plutôt est la hiérarchie dans la procédure à suivre, qui doit être respectée pour que l'exception des alinéas b) et c) puisse jouer. De son statut d'exception, il s'ensuit que les Membres qui souhaitent suspendre des concessions dans d'autres secteurs ou d'autres accords sont soumis à une obligation de motivation. En d'autres termes, l'article 22:3 englobe deux degrés différents de faculté du

1737 V. par exemple D.J. TOWNSEND, « Stretching the Dispute Settlement Understanding : U.S. – Cotton's Relaxed Interpretation of Cross-Retaliation in the World Trade Organization », *Rich. J.G.L.B.*, 2010, vol. 9, p. 135-165 ; P. PESCATORE, W. J. DAVEY et A. F. LOWENFELD, *Handbook of WTO/GATT Dispute Settlement*, vol. 1, La Haye, Kluwer Law International, 1997, p. 34 ; R. CHISIK et H. ONDERY, « Limiting Cross-Retaliation when Punishment is Limited : How DSU Article 22.3 Complements GATT Article XXVIII », Working Paper n° 25, 2010, 32 p. (mis à jour le 1^{er} août 2012), publié sur le site de l'Université Ryerson (www.ryerson.ca/economics) ; H. RUIZ FABRI, « Le contentieux de l'exécution dans le règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce », *op. cit.*, p. 633 ; Y. NOUVEL, « Les mécanismes d'adoption et de mise en œuvre du règlement des différends dans le cadre de l'OMC sont-ils viables ? », *op. cit.*, p. 786.

1738 Par exemple, v. la décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Coton upland* (22:6 (1)), *op. cit.*, par. 5.12.

plaignant initial : la faculté de choix large et libre d'intrusion tant que les suspensions sont envisagées dans le même secteur (al. a)) –, et celle soumise aux conditions des alinéas b) et c), réduite et encadrée, et par conséquent susceptible de contrôle¹⁷³⁹.

C'est au caractère exceptionnel des alinéas b) et c) que s'est attaché l'arbitre dans l'affaire *CE – Bananes III* pour étendre son contrôle non pas au choix des mesures de réaction, mais au choix du domaine dans lequel elles sont envisagées : « pour qu'il soit donné pleinement effet à l'article 22:3 du Mémorandum d'accord, le pouvoir qu'ont les arbitres d'examiner sur demande si les principes et procédures des alinéas b) ou c) dudit article ont été suivis doit signifier que les arbitres sont compétents pour examiner si une demande présentée au titre de l'alinéa a) aurait dû être faite – en totalité ou en partie – au titre des alinéas b) ou c) »¹⁷⁴⁰. Il justifia cette extension de pouvoir, qu'il considéra implicitement comme contenue dans les prescriptions de l'article 22:3, au titre de l'effet utile, puisque les Membres pourraient alors aisément contourner les principes et procédures énoncés. En effet, « [s]'il n'y avait aucune sorte d'examen pour les demandes d'autorisation de suspendre des concessions présentées au titre de l'alinéa a), les Membres pourraient être tentés de toujours invoquer cet alinéa afin d'échapper à la surveillance multilatérale à laquelle est soumise la suspension intersectorielle de concessions ou d'autres obligations, et les disciplines des autres alinéas de l'article 22:3 du Mémorandum d'accord pourraient tout simplement tomber en désuétude »¹⁷⁴¹. Cette prise de position fait bien apparaître l'attraction dans la sphère de contrôle institutionnel et juridictionnel dont fait l'objet le choix des suspensions de concessions : les arbitres optent pour l'approche qui maximise l'encadrement de l'exercice de la marge d'appréciation des Membres, précisément au motif qu'un encadrement procédural est prévu et qu'il s'agit d'en assurer l'effectivité. Le mécanisme est verrouillé d'une part contre de possibles détournements de procédure, consistant pour un Membre à présenter une demande de suspension au titre de l'alinéa a) de l'article 22:3, libre d'intrusion institutionnelle, alors que les mesures envisagées viseraient en réalité un autre secteur ou un autre accord, et d'autre part contre l'« évasion » de la réaction à l'illicite hors du cadre institutionnel qui lui donne corps à travers la surveillance multilatérale.

1739 Dans le sens de cette distinction, v. notamment la décision de l'arbitre, *CE – Bananes III* (22:6 ECU), *op. cit.*, par. 57.

1740 Décision de l'arbitre, *CE – Bananes III* (22:6 USA), *op. cit.*, par. 3-7.

1741 *Ibid.* V. également la confirmation de cette approche dans la décision de l'arbitre, *CE – Bananes III* (22:6 ECU), *op. cit.*, par. 56.

ii Conditions de mise en jeu de l'exception

Ce qui apparaît également est que le contrôle du choix du domaine dans lequel interviendront les suspensions de concessions n'est qu'une manière indirecte de porter un regard sur la nature de la mesure, car on ne voit pas comment l'arbitre pourrait juger de la nécessité d'agir dans un autre secteur ou un autre accord sans évaluer incidemment la nature de la suspension choisie. L'article 22:3 subordonne la suspension de concessions dans un autre secteur ou un autre domaine par le fait qu'une suspension dans le même secteur ou au titre du même accord soit impraticable¹⁷⁴² : ce n'est que s'il n'est « pas possible ou efficace » d'agir dans le même secteur (article 22:3 b)), ou « pas possible ou efficace » d'agir dans le cadre du même accord « et que les circonstances sont suffisamment graves » (article 22:3 c)) qu'un Membre pourra frapper un domaine différent de celui dans lequel avait été constatée l'illicéité initiale. Toujours dans l'affaire *CE – Bananes III*, mais à un stade plus avancé de l'affaire, l'Equateur souhaitait suspendre des concessions dans le cadre du GATS et de l'Accord sur les ADPIC, alors que la violation initiale et l'inexécution de la part des Communautés européennes touchaient au GATT. L'arbitre commença son examen en précisant la portée de son contrôle : si les Membres bénéficient indéniablement d'une marge d'appréciation en vertu de l'article 22:3, la partie introductive de cet article indique que l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire est susceptible de contrôle. Ainsi, « la marge dont les arbitres disposent en ce qui concerne l'examen signifie qu'ils sont compétents pour déterminer d'une manière générale si la partie plaignante en question a examiné les faits voulus de manière objective et si, sur la base de ces faits, elle peut arriver de manière plausible à la conclusion qu'il n'est pas possible ou efficace de chercher à suspendre des concessions dans le même secteur au titre des mêmes accords mais seulement au titre d'un autre accord, pour autant que les circonstances sont suffisamment graves »¹⁷⁴³. Dans ces conditions, il apparaît que ce n'est plus seulement d'un contrôle de la licéité des mesures choisies qu'il s'agit, mais également, de manière indirecte, d'un contrôle de leur légitimité.

¹⁷⁴² On emploie ici les termes « praticabilité » et « praticable » en reflet au mot « *practicable* » de la version anglaise du Mémoire, qui fait plus clairement apparaître l'aspect de mise en œuvre pratique, tandis que le terme « possible » de la version française du Mémoire reste plus abstrait. Pour une présentation concise des prescriptions de l'article 22:3 dans le cas d'une demande de suspension croisée, v. H. RUIZ FABRI et P. MONNIER, « Chronique du règlement des différends 2007-2008 », *op. cit.*, p. 866-867 (ici dans le contexte de l'affaire *Etats-Unis – Jeux*).

¹⁷⁴³ Décision de l'arbitre, *CE – Bananes III* (22:6 ECU), *op. cit.*, par. 52.

Sur la base de cette considération, l'arbitre interpréta ensuite les conditions énoncées. Le critère de praticabilité renvoie à la question de savoir si l'autre suspension (celle qui précède dans la hiérarchie procédurale de l'article 22:3) « peut être mise en application dans la pratique et [...] si elle est adaptée au cas d'espèce »¹⁷⁴⁴. S'agissant de la condition d'efficacité, les arbitres l'interprètent à la lumière de la fonction coercitive que le mécanisme attribue aux suspensions de concessions en tant qu'outil visant le rétablissement de la légalité. Ainsi, celui de l'affaire *CE – Bananes III* considéra que le critère d'efficacité « habilite la partie demandant la suspension à faire en sorte que celle-ci ait une forte incidence et produise le résultat souhaité, c'est-à-dire qu'elle incite à la mise en conformité le Membre qui ne met pas les mesures incompatibles avec les règles de l'OMC en conformité avec les décisions de l'ORD dans un délai raisonnable »¹⁷⁴⁵. Cette lecture confirme de nouveau combien le mécanisme est centré sur le maintien de la légalité, et aussi qu'il « téléguide » les possibles mesures de réaction des Membres afin qu'elles servent cette finalité et elle seule. Une jurisprudence plus récente a même encore resserré l'exigence envers le critère d'efficacité, l'arbitre y considérant qu'il n'était pas pertinent en termes d'efficacité de savoir quelle suspension serait le moins dommageable pour le Membre l'applicant. Une fois de plus, la marge discrétionnaire des Membres se voit diminuée, dans la mesure où cette observation revient à réduire la faculté d'appréciation du plaignant initial : « les principes et procédures de l'article 22:3 n'autorisent pas la partie plaignante à choisir librement le secteur ou l'accord *le plus* efficace dans lequel ou au titre duquel chercher à suspendre les concessions »¹⁷⁴⁶. Incidemment, on y lit déjà qu'il est donc exclu que la

1744 *Ibid.*, par. 70. Cette approche fut confirmée dans la décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Coton upland* (22:6 (1)), *op. cit.*, par. 5.26, dans laquelle l'arbitre considéra que « l'examen de la "possibilité" de la suspension consiste en essence à se demander si elle est effectivement susceptible d'utilisation et réalisable. L'impossibilité pourrait tenir soit à des raisons juridiques, par exemple dans le cas hypothétique présenté dans l'arbitrage *CE – Bananes III* (*Equateur*) (article 22:6 – *CE*), soit à des raisons factuelles, par exemple si la contre-mesure excède la valeur totale du commerce auquel elle peut s'appliquer en pratique ».

1745 Décision de l'arbitre, *CE – Bananes III* (22:6 ECU), *op. cit.*, par. 72.

1746 Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Coton upland* (22:6 (1)), *op. cit.*, par. 5.78. Cette position est un revirement radical par rapport à l'approche adoptée dans l'affaire *CE – Bananes III*, où l'arbitre avait considéré que « le fait que la partie plaignante se demande dans quel secteur ou au titre de quel accord la suspension lui serait probablement le moins dommageable nous semblerait suffisant pour constater que l'examen du critère d'efficacité par la partie plaignante est compatible avec l'obligation de suivre les principes et procédures énoncés à l'article 22:3 », v. la décision de l'arbitre, *CE – Bananes III* (22:6 ECU), *op. cit.*, par. 73.

suspension ait une finalité punitive. S'agissant enfin du critère de la gravité des circonstances (al. c)), l'article 22 ne précise aucun seuil par rapport auquel mesurer les circonstances d'espèce et l'arbitre dans l'affaire *CE – Bananes III* se contenta d'observer que « [l]e sens ordinaire du terme "grave", lequel signifie par connotation "important, sérieux, qui a (ou peut avoir) des conséquences importantes et notamment fâcheuses ; qui est un sujet de préoccupation ; d'un degré ou d'un poids important qui mérite réflexion" [...] nous apporte des indications utiles »¹⁷⁴⁷. C'est sur la base de ces considérations générales qu'il évalua les circonstances particulières de l'Equateur et valida la demande de suspensions dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC, alors que la violation initiale intervenait dans le cadre du GATT et du GATS. De la même manière, l'arbitre dans l'affaire *Etats-Unis – Jeux* souligna le « caractère extrêmement déséquilibré des relations commerciales » entre Antigua et les Etats-Unis, déséquilibre qui contribua à lui faire admettre l'inefficacité ou l'impraticabilité de suspensions autres que croisées¹⁷⁴⁸.

Dans ces limites, qui sont importantes, les Membres déterminent librement la nature de la suspension qu'ils souhaitent mettre en œuvre, et les arbitres tiennent à rappeler cette faculté de choix. Mais on perçoit nettement combien elle est en réalité réduite, du fait des contraintes procédurales et de l'attraction dans la sphère de contrôle dont celles-ci font l'objet ; en toute rigueur, elle n'a plus rien d'un pouvoir « discrétionnaire ». La possibilité de recourir à des suspensions croisées est réduite même davantage par un alignement du régime des contre-mesures dans le cadre de l'Accord SMC sur le droit commun des suspensions énoncé par le Mémorandum. L'Accord SMC se contente en effet pour l'essentiel d'exiger que les contre-mesures soient « appropriées » dans le contexte de subventions prohibées, et « proportionnelles au degré et à la nature des effets défavorables » dans le contexte d'une subvention pouvant donner lieu à une action¹⁷⁴⁹, mais aucune disposition ne fait mention de contre-mesures *croisées*. Confronté à une telle demande, un arbitre devait donc en premier lieu élucider la question de l'applicabilité des principes et procédures énoncés à l'article 22:3 du Mémorandum à une demande d'autorisation de contre-mesures présentée au titre de l'Accord SMC. L'affaire *Etats-Unis – Coton upland* en présenta l'occasion¹⁷⁵⁰ : la procédure initiale avait

¹⁷⁴⁷ Décision de l'arbitre, *CE – Bananes III* (22:6 ECU), *op. cit.*, par. 81.

¹⁷⁴⁸ Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Jeux* (22:6), *op. cit.*, spéc. par. 4.114.

¹⁷⁴⁹ Respectivement articles 4.11 (subventions prohibées) et 7.10 (subventions pouvant donner lieu à une action) de l'Accord SMC.

¹⁷⁵⁰ Cette affaire a donné lieu à deux arbitrages distincts sur les contre-mesures : l'un au titre de l'article 22:6 du Mémorandum et de l'article 4.11 de l'Accord SMC, concernant les sub-

établi que les subventions en cause étaient illicites au regard de l'Accord sur l'agriculture, le GATT et l'Accord SMC, et le Brésil souhaitait appliquer des contre-mesures croisées, tant dans le cadre du GATS que celui de l'Accord sur les ADPIC. Les parties étaient en désaccord au sujet du critère juridique applicable au contrôle de l'arbitre, le Brésil estimant que l'examen ne pouvait être fondé que sur les critères respectifs des articles 4.11 et 7.9 de l'Accord SMC tandis que les Etats-Unis faisaient valoir un manquement aux principes et procédures de l'article 22:3 du Mémoire. Bien que l'arbitre observât la différence de régime entre le Mémoire et l'Accord SMC et s'étonnât du silence du second au sujet des contre-mesures croisées, si minutieusement réglementées dans le Mémoire¹⁷⁵¹, il refusa de faire déroger les contre-mesures au titre de l'Accord SMC au droit commun des suspensions. En d'autres termes, il s'opposa à ce que s'appliquent à une contre-mesure croisée des conditions plus souples (et surtout insusceptibles de contrôle) que celles valables pour une suspension de concessions du même type au sens du Mémoire. Pourtant, il était bien conscient de ce que l'Accord SMC établit des règles spéciales et additionnelles, inscrites à l'Appendice 2 du Mémoire, et que celles-ci doivent prévaloir sur le droit commun¹⁷⁵². La question était donc de savoir s'il existe un conflit entre les règles spéciales et la règle générale de l'article 22:3, ou si au contraire ces dispositions se complètent mutuellement. Un tel conflit n'existerait que dans l'hypothèse où l'expression « contre-mesures appropriées » de l'article 4.11 de l'Accord SMC était interprétée comme visant non seulement le *niveau* des contre-mesures mais aussi le *type* de contre-mesures qui peut être autorisé ; alors seulement les prescriptions de l'article 22:3 seraient inopérantes dans une affaire de subvention prohibée¹⁷⁵³. Or, rien dans l'Accord SMC ne laisse à penser que ses dispositions contiennent des prescriptions quant au type de contre-mesures autorisées, et les principes et procédures énoncés à l'article 22:3

ventions *prohibées*, l'autre au titre de l'article 22:6 du Mémoire et de l'article 7.10 de l'Accord SMC, concernant les subventions *pouvant donner lieu à une action*. V. respectivement la décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Subventions concernant le coton upland – Recours des Etats-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends et de l'article 4.11 de l'Accord SMC*, WT/DS267/ARB/1, 31 août 2009 (appelée ici *Etats-Unis – Coton upland* (22:6 (1))); et la décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Subventions concernant le coton upland – Recours des Etats-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends et de l'article 7.10 de l'Accord SMC*, WT/DS267/ARB/2, 31 août 2009 (appelée ici *Etats-Unis – Coton upland* (22:6 (2))).

1751 Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Coton upland* (22:6 (1)), *op. cit.*, par. 5.26.

1752 *Ibid.*, par. 5.16.

1753 *Ibid.*, par. 5.24.

sont donc applicables à une demande d'autorisation de contre-mesures dans le cadre d'une affaire de subventions prohibées. L'arbitre justifia par ailleurs cette approche au regard de la nature intégrée du règlement des différends, le Mémoire constituant le cadre commun des procédures dans lequel tous les accords sont réunis¹⁷⁵⁴. Au-delà d'une volonté manifeste d'encadrer le pouvoir discrétionnaire des Membres autant que l'y autorise le système, on y lit également une sorte de profession de foi de son acteur principal : l'ambition de rendre multilatéraux – au moins dans leur contrôle – des procédés autrement unilatéraux, et par-delà de juridiciser le règlement des différends autant que le permet le système. Cependant, le renforcement des contraintes juridiques, ou plutôt l'attachement à les appliquer en toute rigueur, présente aussi des inconvénients, du moins si on veut que le droit énoncé par le juge puisse aussi produire des effets réels. Cela soulève la question de l'opportunité, dans le cas d'une demande de suspension ou contre-mesure croisée, de l'application excessivement rigoureuse par le juge des prescriptions procédurales posées par l'article 22:3, sur laquelle nous reviendrons ci-dessous.

Bien que d'un point de vue juridique, on comprenne la sévérité de l'interprétation des conditions de licéité de suspensions croisées, rappelons nos propos introductifs à ce titre : l'approche des arbitres soulève la question de sa raison d'être, et c'est entre autres cette tendance qui nous a amenés à examiner la nature juridique du dispositif. Pour controversée qu'elle soit en termes d'efficacité des suspensions, il nous semble que, à la lumière des développements précédents, elle fait davantage apparaître que les suspensions ne sont pas conçues comme un outil de compensation à la libre disposition du plaignant initial, mais bien plus comme un instrument de réaction du système, certes mis en œuvre par les Membres mais sur habilitation de l'Organisation et commandé par elle. Cette conception est déjà perceptible, plus qu'en filigrane, lorsque l'arbitre affirmait que, de manière générale, « [l]a nature multilatérale du système de règlement des différends de l'OMC laisse supposer qu'une évaluation multilatérale de la compatibilité avec les règles de l'OMC d'une mesure ou d'une action d'une partie, si elle est contestée par l'autre partie, est possible »¹⁷⁵⁵. En d'autres termes, tous les aspects qui peuvent faire l'objet de contestations, parce que le Mémoire laisserait à leur sujet une marge d'appréciation aux Membres, peuvent être attirés dans la sphère du contrôle juridictionnel ; inversement, les Membres font et ne peuvent faire qu'exactement ce que le mécanisme (y compris juridictionnel) les autorise à faire. Or, précisément, le

¹⁷⁵⁴ *Ibid.*, par. 5.30.

¹⁷⁵⁵ Décision de l'arbitre, *CE – Bananes III* (22:6 ECU), *op. cit.*, par. 55.

mécanisme ne les autorise à faire que ce que ses créateurs ont estimé opportun et utile pour réaliser l'objectif du rétablissement de la légalité.

§ 2 Conditions de fond : le contrôle du niveau de la suspension

L'essentiel du contrôle de l'arbitre porte sur la principale condition de fond énoncée par les textes : le niveau de la suspension de concessions. On l'a déjà signalé, les prescriptions relatives au niveau autorisé évoquent le principe de proportionnalité que connaît le droit international général¹⁷⁵⁶ et qui est notamment expressément exigé par l'article 51 du texte de la C.D.I. Toutefois, ce n'est pas cette expression à laquelle recourt le droit de l'O.M.C. dans le

1756 En ce sens, Mme Ruiz Fabri observe que le principe d'équivalence est « la traduction en droit de l'OMC de l'exigence de proportionnalité que le droit international général pose comme condition de licéité des contre-mesures », in H. RUIZ FABRI, « Le contentieux de l'exécution dans le règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce », *op. cit.*, p. 634. V. aussi sur ce point M. HILF et S. PUTH, « The Principle of Proportionality on its Way into WTO/GATT Law », in A. VON BOGDANDY, P. C. MAVROIDIS et Y. MÉNY (eds), *European Integration and International Co-ordination : Studies in Transnational Economic Law in Honour of Claus-Dieter Ehlermann*, La Haye, Londres, New York, Kluwer Law International, 2002, p. 199-218 ; A. DESMEDT, « Proportionality in WTO Law », *J.I.E.L.*, 2001, vol. 4, n° 3, p. 441-480 ; A. D. MITCHELL, « Proportionality and Remedies in WTO Disputes », *E.J.I.L.*, 2006, vol. 17, n° 5, p. 985-1008. La proximité entre la proportionnalité et l'équivalence apparaît par ailleurs dans la sentence arbitrale dans l'affaire des *Services aériens*, lorsque le tribunal observa, dans le cadre des développements consacrés au principe de proportionnalité, qu'« il est généralement admis que les contre-mesures doivent tout d'abord correspondre à une certaine équivalence à la violation alléguée ; il s'agit là d'une règle bien connue », v. Tribunal arbitral, *Accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les Etats-Unis d'Amérique et la France*, *op. cit.*, p. 483 par. 83. La doctrine germanophone s'est également beaucoup intéressée à la proportionnalité en droit public ; cependant, pour une étude approfondie du concept de proportionnalité en rapport avec les contre-mesures du droit international général, on se contentera d'indiquer deux auteurs : E. CANNIZZARO, « The Role of Proportionality in the Law of International Countermeasures », *E.J.I.L.*, 2001, vol. 12, n° 5, p. 890-916 ; R. KOLB, « La proportionnalité dans le cadre des contre-mesures et des sanctions – Essai de clarification », in L. PICCHIO FORLATI et L.-A. SICILIANOS (dir.), *Les sanctions économiques en droit international*, *op. cit.*, p. 379-443. Le professeur Kolb souligne ainsi l'enracinement de l'exigence de proportionnalité dans le principe de ne pas nuire à autrui (p. 380), et ses trois contenus essentiels : la proportionnalité comme adéquation, comme nécessité, et comme mise en balance (p. 383-386).

contexte d'une suspension de concessions, ni les organes de jugement¹⁷⁵⁷, car le principe y a subi des aménagements pour l'adapter aux objectifs spécifiques du système. Il s'exprime sous deux formes dans les deux accords qui prévoient un régime pour une réaction à l'inexécution, et l'approche des arbitres ne sera donc pas la même. Dans le droit commun énoncé dans le *Mémorandum*, il s'agit d'assurer l'équivalence entre le dommage et la réaction à l'illicite (A.), tandis que les règles spéciales de l'Accord SMC exigent que la réaction soit « appropriée » (B.).

A *Equivalence d'une suspension au sens du Mémorandum*

L'équivalence est en principe une notion à caractère quantitatif (1.). Cependant, dans la mesure où la suspension peut viser « d'autres obligations », la notion d'équivalence soulève la question de savoir si une suspension est également susceptible d'une appréciation en termes qualitatifs (2.).

¹⁷⁵⁷ A l'exception de l'arbitrage au titre de l'article 22:6 dans l'affaire *Etats-Unis – FSC*, v. *infra*, 2. Hors du cadre de contre-mesures dans le contexte de subventions prohibées, la notion de proportionnalité n'apparaît que s'agissant de mesures de sauvegarde et les organes de jugement renvoient au principe de proportionnalité tel qu'il figure à l'article 51 du texte de la C.D.I. en tant qu'étalon de mesure : v. par exemple le rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Mesure de sauvegarde transitoire appliquée au fil de coton peigné en provenance du Pakistan*, WT/DS192/AB/R, 8 octobre 2001, par. 119-120, où l'organe de jugement considéra que « la part du préjudice grave total imputé à un Membre exportateur doit être proportionnelle au préjudice causé par les importations en provenance de ce Membre », et que son « opinion est [...] étayée par les règles du droit international général sur la responsabilité des Etats, qui exigent que les contre-mesures prises à la suite du manquement des Etats à leurs obligations internationales soient proportionnelles au préjudice subi ». Sur la base de l'exemple du texte de la C.D.I. et de l'article 22:4, l'Organe d'appel aligna alors le régime des mesures de sauvegarde sur l'exigence de proportionnalité telle qu'elle existe dans le droit de la responsabilité et tel que le juge sembla la percevoir également dans le principe d'équivalence de l'article 22:4. Il considéra ainsi « qu'une mesure de sauvegarde est simplement une mesure destinée à remédier à une activité "commerciale loyale" compatible avec les règles de l'OMC. Il serait absurde que le manquement à une obligation internationale soit sanctionné par des contre-mesures proportionnelles mais que, en l'absence de manquement, un Membre de l'OMC fasse l'objet d'une imputation disproportionnée et, donc, "punitif" d'un préjudice grave pas entièrement causé par ses exportations. À notre avis, une telle dérogation exorbitante au principe de la proportionnalité pour ce qui est de l'imputation du préjudice grave ne pourrait être justifiée que si les rédacteurs de l'ATV l'avaient expressément prévue, ce qui n'est pas le cas » (par. 120).

¹ Equivalence quantitative entre la suspension et le dommage
Apprécier l'équivalence entre l'annulation ou la réduction d'avantages et la suspension proposée suppose d'en comparer les niveaux (a.), en ne tenant compte que du dommage *ex nunc* (b.) et en l'évaluant au regard des effets sur les commerce ou des effets économiques (c.).

a *Comparaison quantitative de deux niveaux chiffrés*

Le droit commun impose que « [l]e niveau de la suspension de concessions ou d'autres obligations autorisée par l'ORD [soit] équivalent au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages » (article 22:4 du Mémoire), et c'est cette équivalence qui fait l'objet de la contestation par le Membre responsable. Les arbitres au titre de l'article 22:6 ont donc pour mission d'évaluer si le montant de la suspension proposée par le plaignant initial est équivalent au dommage ; s'ils constatent qu'elle ne l'est pas, ils fixent d'office un montant équivalent¹⁷⁵⁸. Une telle appréciation suppose une comparaison de niveaux, et cette comparaison s'effectue nécessairement en termes quantitatifs. Dès les premiers arbitrages au titre de l'article 22:6, les arbitres ont tenu à préciser ces aspects de méthodologie de calcul. Ainsi, l'arbitre dans l'affaire *CE – Bananes III* observa que la notion d'équivalence renvoyait à « une correspondance, une identité ou un équilibre entre deux niveaux liés »¹⁷⁵⁹, et ajouta qu'« [i]l est impossible d'assurer la correspondance ou l'identité entre les deux niveaux si l'un d'eux n'est pas clairement défini »¹⁷⁶⁰. C'est cette même approche que l'arbitre dans l'affaire *CE – Hormones* résuma de la façon suivante : « [c]e que nous devons déterminer [...], c'est si le niveau global de la suspension proposée est *équivalent* au niveau de l'annulation et de la réduction des avantages. Cela suppose une évaluation *quantitative* – et non qualitative – de la suspension proposée »¹⁷⁶¹. L'équivalence avec le dommage met en évidence que ce dont il s'agit n'est pas de porter une appréciation sur la mesure en elle-même, c'est-à-dire sur sa teneur, mais une appréciation en termes strictement quantitatifs de ses effets : l'équivalence exigée renvoie à la question de savoir si la suspension proposée a le même effet que le comportement illicite, c'est-à-dire si elle

¹⁷⁵⁸ Pour rappel, cette approche avait été adoptée dans les affaires *CE – Bananes III* et *CE – Hormones*, et le pouvoir de l'arbitre de procéder à une fixation d'office de l'équivalence avait été explicitement consacré dans sa décision *CE – Bananes III* (22:6 ECU), *op. cit.*, par. 12.

¹⁷⁵⁹ Décision de l'arbitre, *CE – Bananes III* (22:6 USA), *op. cit.*, par. 4.1.

¹⁷⁶⁰ *Ibid.*, par. 4.2.

¹⁷⁶¹ Décision de l'arbitre, *CE – Hormones* (22:6), *op. cit.*, par. 20.

produit un effet comparable à l'annulation ou la réduction d'avantages subie du fait de la violation.

b *Chiffrage de l'annulation ou de la réduction d'avantages
à partir du manquement à la recommandation*

Mais encore faut-il s'entendre en amont sur la notion de dommage, et dès lors préciser de quelle annulation ou réduction d'avantages il s'agit, puisque l'évaluation de l'équivalence entre niveaux suppose de savoir à partir de quel *moment* le dommage doit être chiffré. On l'a dit, le règlement des différends de l'O.M.C. ne connaît aucun mécanisme de réparation comparable à celui du droit commun de la responsabilité internationale : il n'opère que de manière prospective et proactive et, par conséquent, les suspensions de concessions et les contre-mesures ne visent jamais à réparer le dommage passé. Par ailleurs, les observations précédentes ont fait apparaître que le manquement auquel il s'agit de réagir est celui à la recommandation de l'O.R.D., c'est-à-dire dans la pratique jusqu'à présent à l'inexécution de l'obligation de mise en conformité. Compte tenu de ces facteurs, les arbitres ont mené leur évaluation à partir de la date butoir de l'expiration du délai raisonnable, puisque ce n'est qu'à ce moment qu'un manquement à la recommandation est constitué¹⁷⁶². Ainsi, le dommage pris en compte est celui causé à partir de cette date, et le montant de la suspension ne correspond donc jamais qu'au dommage *futur*.

c *Critère d'évaluation : les effets sur le commerce
ou les effets économiques*

Concrètement, les arbitres fondent leur calcul sur les pertes subies en termes d'exportations (pour le commerce des marchandises) ou de fourniture de services (pour le commerce des services) vers le territoire du Membre déclaré responsable¹⁷⁶³, à partir de l'expiration du délai raisonnable de mise en œuvre. Pour évaluer le niveau de cette annulation ou réduction d'avantages, le critère retenu est celui des effets sur le commerce. Cette approche implique des

¹⁷⁶² Pour la question de l'encadrement temporel de la suspension de concessions, v. *infra*, 2. V. par exemple la décision de l'arbitre, *CE – Hormones* (22:6), *op. cit.*, par. 38 ; la même approche ressort également des décisions *CE – Bananes III* (22:6 USA), *op. cit.*, et *Brésil – Aéronefs* (22:6), *op. cit.*

¹⁷⁶³ En ce sens, v. la décision de l'arbitre, *CE – Bananes III* (22:6 USA), *op. cit.*, par. 6.12. Par exemple, dans les deux arbitrages dans l'affaire *CE – Hormones*, il s'agissait de l'impossibilité d'exporter la viande de bœuf américaine et canadienne vers le marché communautaire : décisions de l'arbitre, *CE – Hormones* (22:6), *op. cit.*, par. 41 ; et *CE – Hormones (Canada)* (22:6), *op. cit.*, par. 40.

calculs complexes, raison pour laquelle le secrétariat de l'arbitrage est toujours accompagné d'un représentant de la Division économique, mais elle est dans la plupart des cas peu problématique. Cela tient à ce qu'elle repose sur des données tangibles, comme l'a observé l'arbitre dans l'affaire *Etats-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd)* : « [l']utilisation de l'effet direct sur le commerce dans la plupart des cas reflète le fait que les pertes en termes de commerce sont généralement plus directement identifiables et quantifiables et que, dans un tel contexte, les arbitres ont préféré s'appuyer sur des chiffres vérifiables »¹⁷⁶⁴. A l'inverse, en application de l'approche fondée sur la notion étroite d'effets sur le commerce, les arbitres refusent de tenir compte de pertes indirectes d'avantages telles que celles que faisaient valoir les Etats-Unis dans l'affaire *CE – Bananes III*¹⁷⁶⁵, ou de considérer les frais de justice comme une perte d'avantage¹⁷⁶⁶. De la même manière, ils excluent de leur calcul l'« effet dissuasif » ou l'« effet de refroidissement » qu'aurait une mesure de mise en œuvre illicite, au motif que la demande d'une telle prise en compte « relèverait trop de la spéculation et serait trop ténue »¹⁷⁶⁷. D'un côté, ces effets ne sont pas négligeables dans la mesure où ils peuvent avoir une portée importante, mais, d'un autre côté, ils sont imprévisibles et l'approche des arbitres paraît en ce sens la plus prudente. Comme le font valoir les professeurs Howse et Staiger, les effets de refroidissement sont à juste titre tenus à l'écart de la détermination du *niveau* du dommage, mais ils pourraient utilement servir de point de

1764 Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd)* (22:6 CE), *op. cit.*, par. 3.39. Cela dit, pour tangibles qu'elles soient, les données doivent être disponibles et l'arbitre a donc besoin du concours constructif des parties pour pouvoir mener son appréciation. En l'absence de coopération satisfaisante de leur part, il adopte alors sa propre approche, déductive et intuitive, afin de déterminer le niveau d'équivalence : v. *ibid.*, spéc. par. 3.143-3.1244.

1765 Pour rappel, dans cette affaire les Etats-Unis étaient d'avis qu'ils devaient être compensés pour les avantages perdus du fait du régime communautaire d'importation des bananes. Selon eux, en empêchant l'importation sur le marché communautaire de bananes en provenance du Mexique, les Communautés faisaient de fait perdre aux Etats-Unis des avantages commerciaux qui résulteraient pour eux de l'exportation vers le Mexique de produits fertilisants américains, produits dont le Mexique n'avait pas besoin précisément parce que ses exportations de bananes vers les Communautés étaient empêchées par le régime communautaire. Mais l'arbitre refusa d'imputer aux Communautés un préjudice indirect tel que celui causé par la perte du marché de produits fertilisants résultant de la décision du Mexique de réduire ses importations de ces produits américains. V. la décision de l'arbitre, *CE – Bananes III* (22:6 USA), *op. cit.*, par. 6.12-6.14.

1766 Par exemple décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Loi de 1916 (CE)* (22:6), *op. cit.*, par. 5.76.

1767 *Ibid.*, par. 5.69.

départ pour une détermination de l'*existence* d'un dommage¹⁷⁶⁸. Par ailleurs, et dans la continuité de cette approche, les arbitres ne tiennent compte que de la valeur ajoutée d'un produit, ce qui les conduit à écarter de leur calcul le coût de produits ou services extérieurs, qui s'ajoutent au coût de production¹⁷⁶⁹.

La quantification de l'effet sur le commerce peut toutefois s'avérer impossible lorsque n'est pas en cause une mesure commerciale dont l'effet peut se chiffrer, mais qu'il s'agit comme dans l'affaire *Etats-Unis – (Article 105), Loi sur le droit d'auteur* d'une incompatibilité avec les règles en matière de droit d'auteur. Le critère sera alors celui des effets économiques, dans la mesure où l'exploitation du droit d'auteur par son détenteur s'effectue par l'octroi de licences pour l'utilisation de son œuvre, et les avantages que le détenteur en tire prennent normalement la forme de redevances versées au titre des licences accordées. En d'autres termes, « les droits exclusifs [...] se traduiront normalement par des avantages économiques pour les détenteurs du droit d'auteur »¹⁷⁷⁰. Sur la base de cette considération, l'arbitre considéra qu'au regard de sa mission de « quantifier le tort économique » subi par les Communautés européennes du fait du maintien de la mesure américaine, « les avantages pertinents sont ceux qui sont de nature économique »¹⁷⁷¹.

2 *Equivalence qualitative : licéité d'une suspension « symétrique » ?*

L'évaluation de l'équivalence peut se compliquer davantage, lorsqu'un Membre demande l'autorisation de suspendre des obligations autres que des concessions tarifaires. D'une part, on voit là réapparaître la question ambivalente de l'étendue du pouvoir « discrétionnaire » dont disposent réellement les Membres s'agissant du choix de la nature de la suspension envisagée. D'autre

1768 Au sujet du chiffrage du niveau du dommage et de la question des effets dissuasifs d'une mesure, v. R. HOWSE et R. W. STAIGER, « United States – Anti-Dumping Act of 1916 (Original Complaint by the European Communities) – Recourse to arbitration by the United States under 22.6 of the DSU, WT/DS136/ARB, 24 February 2004 », *W.T. Rev.*, 2005, vol. 4, n° 2, p. 312-313.

1769 Ainsi, dans l'affaire *CE – Bananes III*, l'arbitre considéra que « non seulement les produits ou services utilisés comme intrants dans la culture des bananes mais aussi les services qui ajoutent de la valeur aux bananes après la récolte et jusqu'au stade f.a.b devraient être exclus du calcul du niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages », décision de l'arbitre, *CE – Bananes III* (22:6 USA), *op. cit.*, par. 6.18-6.19.

1770 Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Article 105), Loi sur le droit d'auteur* (25), par. 3.17. Pour rappel, il s'agissait ici d'un arbitrage au titre de l'article 25 du Mémorandum, mais l'arbitre s'était aligné sur la jurisprudence pertinente en matière d'annulation ou de réduction d'avantages dans le cadre d'arbitrages au titre de l'article 22:6.

1771 *Ibid.*, par. 3.18.

part, la difficulté devant une telle demande est de déterminer comment évaluer le niveau de la suspension de ces « autres obligations ». Si elle n'est pas susceptible d'une appréciation quantitative, naturellement le pouvoir discrétionnaire du Membre qui la propose risque de se voir sévèrement entaillé. Cette question s'est posée dans l'affaire *Etats-Unis – Loi de 1916 (CE)*, dans laquelle la législation américaine avait été jugée incompatible avec l'Accord antidumping en ce sens qu'elle permettait aux Etats-Unis de prendre des mesures correctives fondées sur une décision unilatérale. Les Etats-Unis n'ayant pas satisfait à leur obligation de mise en conformité, les Communautés avaient alors demandé l'autorisation d'adopter, à titre de réaction à l'inexécution, un règlement dit « symétrique » ou « miroir » (« *mirror legislation* »), par lequel les tribunaux communautaires auraient été investis du pouvoir de valider le même type de mesures unilatérales. En d'autres termes, les Communautés demandaient l'autorisation de réagir à la mesure américaine illicite par une version identique de cette mesure¹⁷⁷², et confrontaient ainsi l'arbitre à une demande sur le contenu d'une réglementation et non sur un montant. La compétence des arbitres au titre de l'article 22:6 étant limitée à mener un contrôle quantitatif de la réaction à l'illicite, l'arbitre était ici face à un problème double.

D'abord, la loi antidumping américaine n'avait encore jamais été appliquée et il n'existait donc pas de dommage susceptible de chiffrage. Ensuite et surtout, le règlement symétrique communautaire soulevait la difficulté inédite d'une équivalence *qualitative*, alors que le Mémoire n'envisage, dans la perspective du chiffrage, que l'équivalence *quantitative*¹⁷⁷³. Derrière cette difficulté se logeait la question de savoir si une telle proposition peut être considérée comme satisfaisant (et susceptible de satisfaire) l'exigence d'équivalence de l'article 22:4. L'arbitre y répondit par la négative, mais en ne s'opposant pas à l'idée même d'une réglementation symétrique en tant que telle. Son rejet de la proposition communautaire était davantage fondé sur les difficultés insolubles de l'*application* d'une telle réglementation symétrique. C'est donc bien l'exigence d'une équivalence quantitativement chiffrable qui fait obstacle à ce

1772 La proposition communautaire révèle avec force les velléités de justice privée que peuvent avoir les Membres et, comme l'observent Mme Ruiz Fabri et M. Monnier, elle est une parfaite illustration de la « politique du « œil pour œil, dent pour dent » », v. H. RUIZ FABRI et P. MONNIER, « Chronique du règlement des différends 2003 », *op. cit.*, p. 1006.

1773 L'équivalence ne semble d'ailleurs pas pouvoir être autre chose qu'une notion quantitative, et au minimum quantifiable, chiffrable : elle implique un rapport de « charge égale » ou d'équilibre entre un comportement et la réaction à ce comportement. Pour une distinction entre la proportionnalité et l'équivalence, v. en particulier R. KOLB, « La proportionnalité dans le cadre des contre-mesures et des sanctions – Essai de clarification », *op. cit.*, p. 387-389.

que pareille mesure soit admise au titre d'une réaction à l'inexécution de la recommandation de l'O.R.D. L'arbitre observa ainsi que « des mesures semblables, voire identiques, peuvent avoir des effets dissemblables sur le commerce » et qu'elles peuvent donc « ne pas aboutir à l'équivalence requise entre le niveau de la suspension et le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages »¹⁷⁷⁴. Dans ces conditions, le problème était que la proposition communautaire ne permettait pas de garantir que la suspension resterait limitée au niveau (quantifiable) de l'annulation ; autrement dit, l'application de la mesure était susceptible de conduire à un dépassement du niveau du dommage. L'arbitre refusa par conséquent de reconnaître comme étant licite une législation symétrique dont « l'application [serait] potentiellement illimitée », ce qui rendrait de fait la suspension punitive alors que le Mémoire ne l'autorise pas¹⁷⁷⁵. En revanche, les Communautés devaient être autorisées à suspendre des concessions équivalentes au niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages subie chaque fois que la loi antidumping américaine frapperait les opérateurs économiques européens (ce qui n'était encore jamais arrivé).

Si cette décision se comprend au regard des termes de l'article 22:4 et de la mission des arbitres, elle soulève cependant plus de questions qu'elle n'en a résolues, et laisse au minimum très dubitatif. Bien que le recours à un montant littéralement virtuel par l'arbitre (c'est-à-dire indéterminé car fonction d'une violation future) fût la seule approche équilibrée au regard du principe d'équivalence¹⁷⁷⁶ qu'il pouvait adopter devant les deux impasses que repré-

1774 Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Loi de 1916 (CE)* (22:6), *op. cit.*, par. 5. 32.

1775 *Ibid.*, par. 5.34. Le droit international général admet toutefois ce type de contre-mesures symétriques : appelées contre-mesures normatives (« *normative countermeasures* »), leur équivalence ou proportionnalité repose sur la suspension d'une obligation symétrique et on y voit combien les concepts de proportionnalité et de réciprocité peuvent se chevaucher (v. les développements à ce sujet, *supra* dans ce Titre, Chapitre I, Section I, § 2, A.). Dans l'affaire des *Services aériens* par exemple, les Etats-Unis ont suspendu symétriquement l'application d'un accord aérien en réponse à la violation initiale par la France de ces mêmes obligations, après avoir fait valoir devant le tribunal que « [t]he two services are also equivalent in law, for, contrary to the French argument, there can be proportionality between a disputed service and an undisputed service », in Tribunal arbitral, *Accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les Etats-Unis d'Amérique et la France*, *op. cit.*, p. 428 par. 18. Au sujet des contre-mesures normatives, v. E. CANNIZZARO, « The Role of Proportionality in the Law of International Countermeasures », *op. cit.*, p. 900-903.

1776 MM. Howse et Staiger observent cependant que l'approche de l'arbitre témoigne dans cette affaire d'un attachement intransigeant au principe d'équivalence, à l'exact opposé

sentaient les arguments opposés des parties¹⁷⁷⁷, elle peut donner naissance à de graves difficultés liées à sa mise en œuvre, qui découlent une nouvelle fois de l'irréductible phénomène d'auto-appréciation dans l'ordre international. En effet, si les Communautés appliquaient la suspension, et que les Etats-Unis estimaient qu'elle dépassait le niveau auquel ils estimaient la violation commise par eux, de quel recours disposeraient-ils ? En tout cas pas de celui à l'article 22:6, puisqu'un tel arbitrage a déjà eu lieu, que les arbitrages relatifs à une suspension de concessions sont revêtus de l'autorité de la chose jugée et par conséquent insusceptibles de recours. Cela conduirait les Etats-Unis à déclencher une procédure initiale, mais cette approche non plus n'est pas sans ambivalences et incertitudes, qui sont relatives au positionnement de l'organe de jugement dans un tel cas. S'agissant du fond, un groupe spécial pourrait sans difficulté constater que l'application par les Communautés de leur règlement est constitutif d'une violation du droit de l'O.M.C. ; mais encore faudrait-il qu'il ait compétence pour examiner une telle allégation d'illicéité, autrement dit qu'il soit compétent pour examiner la licéité d'une suspension qui a été autorisée par l'O.R.D. Le Mémoire n'envisage même pas un tel cas de figure : la présomption est que ce que l'O.R.D. autorise est licite. En outre, la position de l'arbitre dans cette affaire amène directement à la question de savoir s'il est véritablement possible, comme le prévoit en principe le Mémoire, de suspendre *d'autres obligations* que des concessions tarifaires. Quelles seraient alors ces autres obligations, si toute suspension non susceptible d'appréciation quantitative se trouve d'emblée exclue de l'éventail des possibilités ?

de la souplesse de l'arbitre dans l'affaire *Etats-Unis – FSC*, où celui-ci ne s'était pas encombré d'une conception trop restrictive de la proportionnalité : R. HOWSE et R. W. STAIGER, « United States – Anti-Dumping Act of 1916 (Original Complaint by the European Communities) – Recourse to arbitration by the United States under 22.6 of the DSU, WT/DS136/ARB, 24 February 2004 », *op. cit.*, spéc. p. 297-298.

1777 On se rappelle en effet que la non-application de la législation américaine avait fait arguer aux Etats-Unis que dans ces conditions, le montant du dommage subi par les Communautés était égal à zéro. Mme Ruiz Fabri et M. Monnier observent alors que la solution de l'arbitre, consistant à écarter tant l'argument communautaire que l'argument américain et à autoriser une suspension à hauteur d'un montant virtuel, « apparaît la pire à l'exception de toutes les autres : convenir avec les Etats-Unis que le préjudice était nul aurait donné une prime au cynisme, accepter la position des Communautés européennes selon laquelle une mesure "miroir" était nécessairement équivalente laissait la porte ouverte à des abus et à la loi du plus fort », in H. RUIZ FABRI et P. MONNIER, « Chronique du règlement des différends 2003 », *op. cit.*, p. 1007. V. plus largement le commentaire très critique dans cette chronique, p. 1005-1007.

Cette question n'a pas encore trouvé de réponse, car l'affaire précitée est restée la seule à ce jour dans laquelle a été demandée l'autorisation de suspendre d'« autres obligations ». Cela étant, il ne semble pas que les arbitres dans cette affaire aient entendu fermer la porte à une suspension de cette nature. Leur décision semble plus simplement fondée sur l'exigence posée à l'article 22:4, et reposer sur le constat de l'impossibilité d'y satisfaire dans le cas d'une proposition de suspension qui échappe à tout chiffrage.

La deuxième difficulté liée à l'évaluation de l'équivalence se présente davantage sous la forme d'un problème systémique que ce contrôle peut soulever. En effet, selon les termes du Mémoire, la détermination du niveau de la suspension est tributaire de l'existence d'une mesure de mise en œuvre, ou de son absence, puisqu'une suspension ne peut être autorisée que si l'obligation qui résulte de l'engagement de responsabilité n'a pas été exécutée à l'expiration du délai raisonnable prévu à cet effet. L'hypothèse de l'absence totale de mesures de mise en œuvre est en un sens la plus simple, même si elle implique des calculs complexes. Dans l'affaire *CE – Hormones* par exemple, où les Communautés n'avaient pas retiré la mesure de fermeture du marché communautaire aux importations de « viande aux hormones » américaine et canadienne, l'arbitre avait eu à effectuer une évaluation prospective qui supposait de déterminer le montant des exportations annuelles de viande si l'interdiction avait été levée à l'expiration du délai raisonnable. Mais dans la plupart des cas, il existe une mesure de mise en œuvre, même incomplète et insatisfaisante. Or, l'arbitre ne peut effectuer son évaluation de l'équivalence sans tenir compte des effets de cette mesure, puisqu'elle est susceptible d'avoir une incidence sur le niveau du dommage après son édicton. Comme on l'a signalé à l'occasion des observations au sujet du « sequencing », le problème que soulève cette situation est que l'arbitre est alors amené à devoir se prononcer sur la teneur de la mise en œuvre, afin de déterminer le degré d'illicéité subsistant pour pouvoir effectuer sa propre évaluation. Un tel examen ne relève clairement pas de sa compétence, puisqu'il fait l'objet d'une procédure distincte et exclusive. Cela renvoie au possible recoupement matériel des procédures, dans les cas où la licéité d'une mesure de mise en conformité n'aurait pas encore été examinée dans le cadre d'une procédure de l'article 21:5. Pour rappel, dans l'affaire *CE – Bananes III*, l'arbitre au titre de l'article 22:6 avait eu à se prononcer sur le nouveau régime communautaire avant qu'un groupe spécial au titre de l'article 21:5 n'ait pu le faire, et il avait alors justifié l'examen qu'il menait au fond en considérant qu'il ne s'agissait pas de substituer son contrôle à celui effectué par le groupe spécial de la mise en conformité et de vérifier la licéité de la mise en œuvre en tant que telle, mais seulement d'effectuer les déterminations nécessaires en amont pour pouvoir remplir son mandat et apprécier le niveau du dommage.

B *Caractère « approprié » d'une contre-mesure au sens de l'Accord SMC*
 L'Accord SMC pose un étalon de mesure différent, selon lequel le caractère « approprié » d'une contre-mesure est en tout cas autre chose que l'équivalence d'une suspension de concessions dans le cadre du Mémorandum (1.). La jurisprudence l'a entendu comme signifiant qu'une contre-mesure est appropriée lorsque son montant est égal au montant global de la subvention prohibée (2.), avant de revenir récemment sur cette interprétation, ce qui a pour curieux effet de banaliser le régime pourtant spécifique des contre-mesures (3.).

1 Détermination de ce qui est « approprié »

Une contre-mesure est appropriée lorsqu'elle n'est pas disproportionnée (a.), et cette exigence différente du Mémorandum tient à ce que le régime des contre-mesures inclut la prise en compte de la nature de l'infraction (b.). L'appréciation du caractère approprié d'une contre-mesure offre ainsi aux arbitres une plus grande souplesse que le principe d'équivalence auquel est soumise une suspension au titre du Mémorandum (c.).

a *Principe : la non-disproportion de la mesure*

L'Accord SMC contient une qualification spécifique de la réaction à l'inexécution, et lui attache un régime distinct. L'article 4.10 dispose que « dans le cas où il ne sera pas donné suite à la recommandation de l'ORD dans le délai spécifié par le groupe spécial [...], l'ORD accordera au Membre plaignant l'autorisation de prendre des contre-mesures appropriées ». La note 9 précise que l'expression « ne doit pas être interprétée comme autorisant des contre-mesures qui soient disproportionnées eu égard au fait que les subventions visées par ces dispositions sont prohibées ». Les rédacteurs n'auraient pas pris le soin de recourir à un vocabulaire distinct de celui du droit commun si ce n'était pour souligner là une différence substantielle dont il faut tenir compte, et l'arbitre dans l'affaire *Brésil – Aéronefs* a été particulièrement attentif à cette distinction. Tout en reconnaissant que des contre-mesures équivalentes au niveau du dommage peuvent être appropriées, il a rappelé un facteur déterminant : le concept d'annulation ou de réduction d'avantages n'existe pas dans les articles 3 et 4 de l'Accord SMC qui concernent les subventions prohibées. Par conséquent, dans le contexte d'une subvention prohibée, « il n'y a aucune obligation juridique qui exige que des contre-mesures revêtant la forme de la suspension de concessions ou d'autres obligations soient équivalentes au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages »¹⁷⁷⁸. La principale condition de

¹⁷⁷⁸ Décision de l'arbitre, *Brésil – Aéronefs* (22:6), *op. cit.*, par. 3:57.

fond pour la licéité de la contre-mesure n'est donc pas, comme pour la suspension de concessions au sens de l'article 22 du Mémoire, son équivalence, mais son caractère approprié, entendu en vertu de la note 9 dans le sens d'une absence de disproportion. De cette note, il apparaît qu'on a affaire ici à un principe de proportionnalité en quelque sorte inversé, formulé sous une condition négative, en d'autres termes : un principe de non-disproportion¹⁷⁷⁹. C'est aussi ce qu'a fait apparaître l'arbitre, en observant que « [l]es contre-mesures au titre de l'article 4.10 de l'Accord SMC n'ont même pas, à strictement parler, à être "proportionnées", mais à ne pas être "disproportionnées" »¹⁷⁸⁰. Cette approche correspond bien à l'une des deux interprétations dont le principe de proportionnalité peut toujours faire l'objet : dans sa formulation positive, il s'agit d'une proportionnalité stricte qui suppose une adéquation relativement étroite entre le manquement et la réaction ; dans sa formulation négative, il s'agit de non-disproportion, qui exprime que la réaction ne doit pas être abusive. En ce sens, le professeur Kolb a mis en évidence la qualité du principe, qui diffère selon sa formulation : à l'inverse de la proportionnalité positive (stricte) qui forme un « critère-condition » de licéité, la proportionnalité négative (ou non-disproportion) est davantage un « critère-limite »¹⁷⁸¹ ; au-delà de cette limite, la mesure est constitutive d'un abus de droit. Ce critère-limite signifie, on y reviendra, qu'une contre-mesure ne doit pas être excessive, condition qui apparaissait déjà dans la sentence arbitrale rendue dans l'affaire *Naulilaa*¹⁷⁸².

1779 Mais v. aussi M. Lesaffre, qui emploie le terme de « disproportionnalité » et parle en ce sens d'un contrôle de « non disproportionnalité » mené par les arbitres au titre de l'article 4.11 de l'Accord SMC : H. LESAFFRE, *Le règlement des différends au sein de l'O.M.C. et le droit de la responsabilité internationale*, op. cit., p. 462 et 468.

1780 Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – FSC* (22:6), op. cit., par. 5.62. L'arbitre dans l'affaire *Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs* en revanche sembla renverser la formule de la note 9 de l'Accord SMC et l'entendre comme un strict principe de proportionnalité : « [n]ous considérons que pour évaluer la proportionnalité au titre de l'article 4.10 de l'Accord SMC l'arbitre doit normalement examiner s'il existe une adéquation entre les contre-mesures et les mesures initiales constitutives d'une violation », in décision de l'arbitre, *Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs* (22:6), op. cit., par. 3.42.

1781 R. KOLB, « La proportionnalité dans le cadre des contre-mesures et des sanctions – Essai de clarification », op. cit., p. 430-431. Ces deux interprétations peuvent être reliées à la « marge » d'interprétation ou d'appréciation dont bénéficient respectivement le juge et l'Etat, v. à ce sujet M. DELMAS-MARTY et M.-L. IZORCHE, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit – Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *R.I.D.C.*, 2000, vol. 52, n° 4, p. 753-780, spéc. l'illustration du fonctionnement de la « marge d'interprétation », p. 775-778.

1782 Dans cette affaire, le tribunal arbitral avait établi que « [l]a nécessité d'une *proportion* entre la représaille et l'offense paraît être reconnue dans la réponse allemande. Même si

Dans tous les cas il faut tenir compte de cette différence, en ce que le recours dans l'Accord SMC à la notion de proportionnalité / non-disproportion plutôt qu'à celle d'équivalence comme dans le Mémoire exprime un choix des négociateurs ; ce choix est cohérent avec la perception qui, on l'a vu, est dominante à l'O.M.C., selon laquelle les subventions auraient un caractère particulièrement nocif – que cette perception soit justifiée ou non¹⁷⁸³.

b *Justification : la prise en compte de l'infraction initiale*

La justification de cette différence de régime tient en effet à la nature particulière des mesures initiales en cause. La perception du caractère particulièrement dommageable des subventions prohibées apparaît nettement dans la note 9, qui exige que le principe de non-disproportion de la contre-mesure soit mesuré par rapport à la qualité de subvention prohibée de la mesure initiale (« eu égard au fait que les subventions visées par ces dispositions sont prohibées »). Contrairement au droit commun, où l'équivalence de la suspension de concessions est évaluée uniquement par rapport à l'inexécution de la recommandation de l'O.R.D. et donc, lorsqu'une mesure de mise en œuvre a été édictée, à l'illicéité de celle-ci, l'Accord SMC non seulement autorise mais même exige que l'évaluation de la non-disproportion de la contre-mesure tienne compte de la nature spécifique de la mesure initiale. Autrement dit, l'illicéité *initiale* est un facteur pertinent pour l'appréciation du montant de la réaction à l'inexécution. Par ailleurs, à l'inverse du droit commun de la responsabilité où le critère qualitatif de la proportionnalité d'une contre-mesure (ou son élément subjectif) est manié avec la plus grande prudence¹⁷⁸⁴, l'Accord SMC impose même sa prise en compte. Cette particularité du régime des contre-mesures fut relevée par l'arbitre dans l'affaire *Etats-Unis – FSC*, qui observa que la note 9 introduit dans l'évaluation « un droit de tenir compte de la nature

l'on admettait que le droit des gens n'exige pas que la représaille se mesure approximativement à l'offense, on devrait certainement considérer, comme *excessives* et partant illécites, des représailles *hors de toute proportion* avec l'acte qui les a motivées », in Tribunal arbitral, *Responsabilité de l'Allemagne à raison des dommages causés dans les colonies portugaises du Sud de l'Afrique*, *op. cit.*, p. 1028 (italiques ajoutés).

1783 A cet égard, la présentation des subventions à l'exportation in M. MATSUSHITA, T. J. SCHOENBAUM et P. C. MAVROIDIS, *The World Trade Organization – Law, Practice, and Policy*, *op. cit.* est révélatrice : « *Thou shalt not subsidize* » (p. 332), bien que ces auteurs ne soient au demeurant pas convaincus que les subventions soient plus dommageables que d'autres mesures restrictives au commerce.

1784 V. par exemple la réflexion sur l'élément subjectif in G. ARANGIO-RUIZ, « Septième rapport sur la responsabilité des Etats », A/CN.4/469 et Add. 1 et 2, *Annuaire C.D.I.*, 2005, II-1, p. 14-15 par. 46-54.

illégale de l'acte initial qui donn[e] lieu aux contre-mesures », en ajoutant que l'évaluation spécifiquement requise au titre de l'Accord SMC exige donc d'être menée depuis cette perspective¹⁷⁸⁵.

c *Conséquence : une détermination moins restrictive
 du montant de la contre-mesure*

Compte tenu de cette spécificité, les arbitres considèrent que l'exigence de non-disproportion permet d'aller plus loin que celle d'équivalence. Cette interprétation ne surprend pas, car elle était déjà perceptible dès l'affaire *CE – Bananes III* où l'arbitre conclut que « la norme d'équivalence constitue un critère d'examen plus strict pour les arbitres agissant conformément à l'article 22:7 du Mémorandum d'accord de l'OMC que le degré de rigueur de l'examen que la norme du caractère approprié, appliquée au titre du GATT de 1947, ne l'aurait laissé entendre »¹⁷⁸⁶. S'il s'agissait en l'espèce d'une comparaison entre le GATT de 1947 et l'O.M.C., il reste que le même vocabulaire était en cause et rien ne s'oppose à la transposition des mêmes conclusions lorsque le vocabulaire est identique et que les contextes le permettent. Dans le même sens, l'arbitre dans l'affaire *Etats-Unis – FSC* observa que rien dans l'Accord SMC n'impose que l'expression « contre-mesures appropriées » « soit limitée dans sa signification à “équivalence” ou correspondance (ou un synonyme quelconque) à l’“incidence sur le commerce” du Membre plaignant »¹⁷⁸⁷. De même, les termes « approprié » et « équivalent » ne peuvent être compris comme ayant le même sens, ce qui fit signaler à un arbitre que le premier laisse « une plus grande marge de manœuvre » que le second¹⁷⁸⁸. En conséquence de cette plus grande marge, limitée seulement par l'exigence de la non-disproportion, les arbitres refusent de s'aligner sur le critère des effets sur le commerce employé dans le cadre des suspensions de concessions au sens du Mémorandum. Rien n'empêche donc qu'une contre-mesure soit appliquée de sorte à « contrer les effets de l'acte illicite sur un Membre » ; seulement, il ne peut pas s'agir là du critère pertinent au regard de l'article 4.10¹⁷⁸⁹. Cette approche des arbitres fait bien apparaître l'implication de la proportionnalité négative en tant que condition-limite, départageant ce qui est licite et ce qui constitue un abus de droit : si la marge de manœuvre des arbitres dans la détermination du caractère approprié d'une contre-mesure est plus grande que dans la détermination de l'équivalence d'une suspension de concessions, c'est parce que la non-disproportion

1785 Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – FSC* (22:6), *op. cit.*, par. 5.30.

1786 Décision de l'arbitre, *CE – Bananes III* (22:6 USA), *op. cit.*, par. 6.5.

1787 Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – FSC* (22:6), *op. cit.*, par. 5.30.

1788 Décision de l'arbitre, *Brésil – Aéronefs* (22:6), *op. cit.*, par. 3.57.

1789 Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – FSC* (22:6), *op. cit.*, par. 5.30.

implique une certaine « déférence à la souveraineté : on présume la régularité d'une contre-mesure parce qu'on présume la liberté des Etats »¹⁷⁹⁰. Il reste qu'il faut la canaliser, afin que l'ampleur de la mesure prise ne soit pas abusive.

2 Application de la notion : la non-disproportion mesurée au montant global de la subvention prohibée

Mais la difficulté est alors de cerner la non-disproportion, et l'entreprise est malaisée dans la mesure où il s'agit là d'un concept flottant qui ne se prête guère à être saisi dans une formule arithmétique. Des propos de l'arbitre dans l'affaire *Etats-Unis – FSC*, on comprend qu'il s'agit toujours d'une application cas par cas, l'Accord SMC ne visant pas à « établir une formule précise ou un point de repère quantifié d'une autre manière ou un montant de contre-mesures qui pourrait être légitimement autorisé dans chaque cas »¹⁷⁹¹. Un indice pour rendre plus tangible le critère était le suivant : l'appréciation n'exige pas « l'exactitude mathématique de l'équivalence », il s'agit davantage d'une considération de proportionnalité au sens que la contre-mesure ne doit pas revêtir un caractère « manifestement excessif »¹⁷⁹². On peut alors prendre pour point de départ l'observation formulée par l'arbitre dans l'affaire *CE – Bananes III*, selon laquelle le terme « approprié » « suggère un certain degré de relation entre le niveau de la suspension proposée et le niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages »¹⁷⁹³ ; ceci par opposition à la suspension de concessions dont l'équivalence implique un degré *élevé* de correspondance ou l'identité entre les deux niveaux.

Or, le dommage n'est pas le seul fil directeur de l'évaluation du niveau d'une contre-mesure. En effet, rappelons la dimension supplémentaire qu'ajoute la note 9 de l'article 4.10, qui est la prise en compte de l'illicéité initiale, en d'autres termes la gravité de la violation. Une telle appréciation globale et inclusive de la non-disproportion est par ailleurs dans la droite ligne du principe de proportionnalité tel qu'énoncé dans le texte de la C.D.I., dont l'article 51 précise que les contre-mesures doivent être proportionnelles au dommage subi « compte tenu de la gravité du fait internationalement illicite et des droits en cause »¹⁷⁹⁴.

1790 R. KOLB, « La proportionnalité dans le cadre des contre-mesures et des sanctions – Essai de clarification », *op. cit.*, p. 430.

1791 *Etats-Unis – FSC* (22:6), *op. cit.*, par. 5.11.

1792 *Ibid.*, par. 5.24 note 51.

1793 Décision de l'arbitre, *CE – Bananes III* (22:6 USA), *op. cit.*, par. 6.5.

1794 Dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* notamment, la Cour internationale de Justice avait dépassé une appréciation purement quantitative de la proportionnalité de la contre-mesure et avait au contraire accordé une importance particulière au caractère spécifique du droit en cause, v. C.I.J., *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, *op. cit.*, p. 56 par. 85. Elle avait alors renvoyé à la C.P.J.I. dans son arrêt du 10 septembre 1929, selon laquelle

En droit international général, la gravité de l'infraction est donc naturellement un élément d'appréciation de la proportionnalité d'une contre-mesure ; dans le droit de l'O.M.C., il s'agit d'une particularité du régime des contre-mesures dans le cadre de l'Accord SMC.

En intégrant cette dimension à l'évaluation du niveau de la contre-mesure, le caractère approprié implique alors « d'éviter une disproportion entre les contre-mesures proposées et [...] soit la mesure effective constitutive d'une violation elle-même, soit ses effets sur le Membre concerné, soit les deux »¹⁷⁹⁵. Une telle approche basée sur la relation de la contre-mesure avec le fait illicite se justifie selon l'arbitre car, en vertu de l'Accord SMC, un Membre « a le droit d'agir en prenant des contre-mesures qui tiennent dûment compte de la gravité de l'infraction et de la nature de la perturbation de l'équilibre des droits et des obligations en question. Cela ne peut pas se réduire à une disposition circonscrivant les contre-mesures aux effets sur le commerce »¹⁷⁹⁶. Autrement dit, le niveau approprié d'une contre-mesure au sens de l'Accord SMC se détermine sur la base de sa relation avec la mesure initiale constitutive d'une violation. En application de cette approche, les arbitres dans l'affaire opposant les entreprises multinationales Embraer et Bombardier et dans l'affaire *Etats-Unis – FSC* ont considéré qu'une contre-mesure est appropriée, c'est-à-dire n'est pas disproportionnée, lorsque son montant correspond au montant global de la subvention prohibée¹⁷⁹⁷. Cette position fait apparaître que la gravité d'une subvention prohibée justifie, dans la conception de l'Accord SMC et dans la compréhension qu'en ont les arbitres, que le niveau des contre-mesures soit destiné à neutraliser tous les effets de ces subventions, et en mesure de le

une communauté d'intérêts devenait la base d'une communauté de droit (C.P.J.I., *Affaire relative à la juridiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder*, arrêt du 10 septembre 1929, *Série A*, n° 23, p. 27). L'approche énoncée amena ainsi la Cour à considérer, compte tenu du caractère spécifique du droit en cause, que « le détournement du Danube effectué par la Tchécoslovaquie n'était pas une contre-mesure licite, faute d'être proportionnée » (p. 56 par. 87).

1795 Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – FSC* (22:6), *op. cit.*, par. 5.19.

1796 *Ibid.*, par. 5.61.

1797 Décision de l'arbitre, *Brésil – Aéronefs* (22:6), *op. cit.*, par. 3.51-3.60 ; décision de l'arbitre, *Etats-Unis – FSC* (22:6), *op. cit.*, par. 6.13-6.24. Dans la seconde affaire, l'arbitre remarqua cependant que l'évaluation menée en se fondant sur l'acte illicite initial n'avait pas conduit à un résultat différent de celui auquel aurait conduit l'approche basée sur la seule prise en compte du dommage subi (v. par. 6.57 et 6.60). Au sujet de la conjonction des critères de la non-disproportion de la mesure et de la gravité de l'infraction initiale, v. H. RUIZ FABRI et P. MONNIER, « Chronique du règlement des différends 2002 », *op. cit.*, p. 922-923.

faire. Le montant de la contre-mesure peut donc être plus élevé que le montant du dommage subi par le plaignant initial¹⁷⁹⁸. Curieusement (car l'inverse nous semble plus probable), l'arbitre était d'avis que l'approche basée sur la relation avec la violation initiale était préférable à celle fondée exclusivement sur le dommage subi, en ce qu'elle assurerait un résultat plus objectif¹⁷⁹⁹.

3 Remise en cause des principes établis

Pourtant, les arbitrages postérieurs ont rejeté l'approche consistant à rattacher le montant de la subvention à la violation initiale (a.). Lorsqu'on combine cette nouvelle tendance à celle d'une application stricte des règles posées par l'article 22:3 aux demandes de suspensions et contre-mesures croisées, observée ci-dessus, on voit apparaître pleinement les difficultés pratiques que soulèvent celles-ci (b.).

a *Banalisation du régime des contre-mesures : alignement sur le droit commun*

Pour convaincante, et juridiquement fondée, qu'était l'approche consistant à tenir compte de l'illicéité initiale dans la fixation du montant de la contre-mesure, les derniers arbitrages ont pris leurs distances d'elle, jusqu'à la rejeter franchement. Dans l'affaire *Canada – Crédits et garantie pour les aéronefs* déjà, l'arbitre avait refusé que les caractéristiques particulières de l'infraction en cause (c'est-à-dire une subvention prohibée) soient prises en compte en plus de la prescription de la note 9 de tenir compte du fait illicite initial¹⁸⁰⁰. Plus précisément, il était d'avis que la note 9, que les arbitres antérieurs avaient

1798 Le possible décalage (vers le haut) entre le montant du dommage et celui de la contre-mesure apparaît particulièrement dans la décision de l'arbitre *in Brésil – Aéronefs* (22:6), *op. cit.*, par. 3.54, où l'arbitre considéra qu'« étant donné que les subventions à l'exportation ont habituellement un effet multiplicateur (un montant donné permet à une société d'effectuer un certain nombre de ventes et de prendre ainsi pied sur un marché donné avec la possibilité d'acquérir et d'accroître des parts de marché), nous sommes d'avis qu'un calcul fondé sur le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages donnerait, comme semblait l'indiquer le calcul du Canada fondé sur le tort causé à sa branche de production, des chiffres plus élevés qu'un calcul fondé exclusivement sur le montant de la subvention ». V. aussi la décision de l'arbitre, *Etats-Unis – FSC* (22:6), *op. cit.*, par. 6.42 et note 88, qui cite le précédent arbitrage en l'interprétant comme signifiant que « la relation entre les dépenses et l'effet doit être multipliée et non rester statique ».

1799 Décision de l'arbitre, *Brésil – Aéronefs* (22:6), *op. cit.*, par. 3.60 note 58.

1800 Décision de l'arbitre, *Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs* (22:6), *op. cit.*, par. 3.43-3.46. V. également sur ce point H. RUIZ FABRI et P. MONNIER, « Chronique du règlement des différends 2002 », *op. cit.*, p. 925.

interprétée comme renvoyant au critère de la gravité de l'infraction, visait, *de manière générale*, le caractère prohibé des subventions à l'exportation. En revanche, il semblait embarrassé par la demande de tenir compte des caractéristiques de la subvention prohibée *spécifique* en cause, comme éléments additionnels de la gravité de l'infraction. S'il concéda que ces caractéristiques pouvaient, dans certains cas, être des éléments pertinents et justifier l'application d'une contre-mesure d'un niveau particulièrement élevé, il refusa cependant de surajouter au caractère particulièrement dommageable d'une subvention prohibée *en général* ses caractéristiques *propres* qui la rendraient prétendument encore plus dommageable.

Le coup d'arrêt fut marqué par l'arbitrage dans l'affaire *Etats-Unis – Coton upland*, qui rejeta explicitement le critère de la relation avec le fait illicite initial. Il concédait pourtant que la différence de régime entre le Memorandum et l'Accord SMC était révélatrice de ce que les rédacteurs avaient entendu traiter différemment les suspensions de concessions et les contre-mesures, et estimait par ailleurs « légitime » de tenir compte en lui-même du caractère prohibé de la subvention¹⁸⁰¹. Le raisonnement que mena l'arbitre fait toutefois apparaître que le pivot de son évaluation reste, selon lui, le dommage. En effet, bien qu'il fût conscient de ce que l'article 4.10 ne fait pas mention expresse du dommage, il considéra qu'il s'agissait néanmoins là d'« un élément central de ce qui est pertinent dans l'appréciation du “caractère approprié” »¹⁸⁰². Partant de là, les contre-mesures autorisées sont celles qui ne sont « pas excessives, eu égard à l'ampleur des effets de la mesure sur le commerce de la partie plaignante, et compte tenu aussi du caractère prohibé de la subvention »¹⁸⁰³. Cette décision marque une césure et un revirement, en ce qu'elle ramène au critère des effets négatifs de la mesure sur le commerce du plaignant initial. Le poids qu'accordait l'arbitre au dommage subi devint apparent lorsqu'il observa que l'effet de distorsion des échanges de la subvention pourrait être sans rapport aucun avec le montant de la subvention. Il refusa donc d'envisager le montant total de la subvention prohibée comme étant déterminant pour une mesure appropriée de ses effets sur le commerce ; poussant plus loin encore son approche, il pouvait selon lui ne pas même être un indicateur pertinent des effets de la

1801 Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Coton upland* (22:6 (1)), *op. cit.*, par. 4.94 et 4.100.

1802 *Ibid.*, par. 4.106.

1803 *Ibid.*, par. 4.114. A titre de comparaison, v. la formule employée in Tribunal arbitral, *Responsabilité de l'Allemagne à raison des dommages causés dans les colonies portugaises du Sud de l'Afrique*, *op. cit.*, p. 1028.

subvention¹⁸⁰⁴. Sur la base de ces considérations, l'arbitre ramena le montant de 1,122 milliard de dollars américains proposé par le Brésil au montant bien plus modeste de 147,4 millions de dollars.

b *Implications pratiques : interrogations
sur la signification des tendances*

Si le « revirement de jurisprudence » opéré par cette décision paraît déjà, en lui-même, délicat, ses implications pratiques se révèlent d'autant mieux à la lumière de l'autre tendance que le même arbitre avait fait apparaître, celle d'un resserrement de l'interprétation donnée à l'article 22:3 dans le cas d'une demande de contre-mesures croisées, et donc d'une application peu favorable à l'auteur de la demande. Une conjonction de ces deux tendances est susceptible de deux appréciations : la première s'attache à l'application du droit et approuve la rigueur de l'interprétation faite des prescriptions posées par l'article 22:3, éclairées par la dynamique de rétablissement de la légalité dans laquelle s'inscrit le règlement des différends, mais trouve contestable que la spécificité du régime des contre-mesures dans le cadre de l'Accord SMC soit diluée. La seconde appréciation s'attache davantage à l'efficacité de la suspension ou contre-mesure qui pourra être appliquée à partir de l'autorisation donnée sur la base d'un tel arbitrage. D'un point de vue pratique, ce qu'implique la réduction de la marge d'appréciation des plaignants initiaux ne se mesure pas seulement, dans une perspective positive, en termes de la place éminente du droit et de la « performance » de contrôles de licéité rigoureux. Dans une perspective négative, et qui pèse sur l'ensemble du système puisque sa crédibilité s'en trouve atteinte, cette tendance se mesure également en termes d'efficacité du dispositif. En effet, il est incontesté aujourd'hui que les suspensions croisées pourraient être un important outil en particulier pour les pays en développement, dans des différend qui les opposeraient à une grande puissance économique. Cela dit, en réalité la difficulté ne concerne pas seulement les pays en développement, même si c'est chez eux qu'on voit le plus manifestement le décalage entre la raffinement des outils que le système met à disposition, en théorie, et leur inapplicabilité pratique par certains de ses acteurs : la difficulté concerne toutes les situations dans lesquelles le Membre responsable visé par la suspension est sensiblement plus puissant que le plaignant initial, et, dans la pratique, cela sera le cas dans quasiment tous les différends qui n'opposent pas exclusivement les Communautés européennes aux Etats-Unis (et probablement, on pourra le vérifier bientôt, la Chine). Dès que l'un d'eux

1804 Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Coton upland* (22:6 (1)), *op. cit.*, par. 4.136.

est défendeur dans une affaire portée devant l'O.M.C. par un autre Membre, la possibilité qu'une suspension de concessions soit efficacement mise en œuvre se réduit. Dès lors que le plaignant initial est largement tributaire des importations en provenance du défendeur, suspendre des concessions à son égard serait économiquement ravageur. Les affaires opposant l'Equateur aux Communautés européennes et Antigua aux Etats-Unis font bien apparaître l'impasse pratique dans laquelle un Membre « faible » peut se trouver par rapport à un Membre « fort ». Comme l'observe M. Mavroidis, en faisant référence au face-à-face déséquilibré dans lequel se trouvaient les Communautés européennes et l'Equateur dans l'affaire *CE – Bananes III*, « *it is one thing for the EU to be excluded from the Ecuadorian market and yet quite another from Ecuador to be excluded from the EU market in terms of the impact on the Ecuadorian market* »¹⁸⁰⁵. En revanche, frapper un pays tel que les Etats-Unis en matière de droits de propriété intellectuelle ne coûterait rien aux Membres moins puissants, et pourrait à l'inverse jouer comme un puissant levier sur leur adversaire.

C'est ce dont témoigne l'affaire *Etats-Unis – Coton upland*. Tout en étant devenu l'un des grands acteurs de l'O.M.C., il reste que le Brésil est impuissant face à des subventions agricoles d'une puissance telle que les Etats-Unis, sauf à renforcer son poids face à eux en lui accordant le droit d'agir en contre-mesures croisées, c'est-à-dire lui donner un pouvoir d'agir non seulement formel, en ce qu'il est tiré de l'habilitation expresse reçue de l'O.R.D., mais matériellement réalisable, en ce qu'il est véritablement susceptible d'être mis en œuvre. L'affaire a même montré que les contre-mesures croisées n'ont pas besoin d'être appliquées pour être efficaces : il a suffi que le Brésil annonce qu'il comptait agir en contre-mesure, selon la méthodologie de calcul établie par l'arbitre, dans le champ du GATT mais également du GATS et de l'Accord sur les ADPIC, pour que les négociations avec les Etats-Unis reprennent¹⁸⁰⁶. Quelques mois plus tard, les parties notifiaient à l'O.R.D. qu'elles étaient convenues d'un « Cadre pour une solution mutuellement convenue du différend Coton », qui

1805 P. C. MAVROIDIS, « On Compliance in the WTO – Enforcement Amongst Unequal Disputants », *op. cit.*, p. 3. V. aussi en ce sens la brève évaluation faite par M. Espinosa, qui était alors représentant de l'Equateur à l'O.M.C. : C. ESPINOSA, « The WTO Banana Dispute : Do Ecuador's Sanctions Against the European Communities Make Sense ? », *BRIDGES*, 2000, n° 4, p. 3-10.

1806 Pour un commentaire approfondi de l'affaire, y compris une critique de l'approche de l'arbitre, v. H. RUIZ FABRI et P. MONNIER, « Chronique du règlement des différends 2009-2010 », *op. cit.*, spéc. p. 936, qui constatent que « [f]inalement l'histoire a donné tort aux arbitres puisque la menace de contre-mesures croisées s'est révélée bien plus efficace que les contre-mesures dans le domaine des marchandises ».

posait les bases de leurs consultations¹⁸⁰⁷. Mais pour le moment, les suspensions croisées n'ont été validées par les arbitres que dans trois affaires – *CE – Bananes III*, *Etats-Unis – Jeux* et *Etats-Unis – Coton upland* – et n'ont donné lieu à des développements intéressants que dans la dernière, ce qui ne permet pas d'appuyer sur une étude empirique les propositions faites au sujet de la révision des prescriptions auxquelles elles doivent obéir. En toute hypothèse, la question a ouvert une importante réflexion sur la « lucidité » du système¹⁸⁰⁸.

On l'a dit, la volte-face de l'arbitre dans l'affaire *Etats-Unis – Coton upland* a pour effet d'aligner presque entièrement le régime des contre-mesures au sens de l'Accord SMC sur celui des suspensions de concessions au sens du Mémoire, et on peut se demander quelle différence subsiste alors entre les deux régimes, pourtant voulus distincts par les rédacteurs. L'effet de cette jurisprudence est par ailleurs d'opérer un retour vers une dimension plus manifestement bilatérale et subjective des contre-mesures, axée sur la notion de dommage. Toutefois, si une telle délimitation de l'exigence de non-disproportion, et donc la détermination du caractère approprié des contre-mesures, a évidemment une incidence pratique pour les plaignants initiaux cherchant à suspendre des concessions à l'égard d'un Membre responsable récalcitrant, elle n'altère en rien le constat que l'ensemble du processus de réaction à l'inexécution, à l'exception de sa mise en œuvre concrète, est sous le contrôle

1807 Sur ce point, v. G. MARCEAU et J. A. HAMAOU, « Implementation of Recommendations and Rulings in the WTO System », *op. cit.*, p. 206-207, qui exposent le contexte, les étapes et les résultats des négociations entre le Brésil et les Etats-Unis.

1808 V. par exemple P. C. MAVROIDIS, « On Compliance in the WTO – Enforcement Amongst Unequal Disputants », *op. cit.* ; R. CHISIK et H. ONDERY, « Limiting Cross-Retaliation when Punishment is Limited : How DSU Article 22.3 Complements GATT Article XXVIII », *op. cit.* ; D. J. TOWNSEND, « Stretching the Dispute Settlement Understanding : U.S. – Cotton's Relaxed Interpretation of Cross-Retaliation in the World Trade Organization », *op. cit.*, p. 135-165 ; E. VRANES, « Cross Retaliation Under GATS and TRIPS – An Optimal Enforcement for Developing Countries ? », in F. BREUSS, S. GRILLER et E. VRANES (eds), *The Banana Dispute : An Economic and Legal Analysis*, Vienne, Springer, 2003, p. 113-130 ; *id.*, « Principles and Emerging Problems of WTO Cross Retaliation – Some Comments on a New Enforcement Precedent », *Eu.Z.W.*, 2001, vol. 12, n° 1, p. 10-15 ; P. GERHART, « Reflections : Beyond Compliance Theory – TRIPS as a Substantive Issue », *Case W. Res. J.I.L.*, 2000, vol. 32, n° 3, p. 357-385 ; A. SUBRAMANIAN et J. WATAL, « Can TRIPS Serve as an Enforcement Device for Developing Countries in the WTO ? », *J.I.E.L.*, 2000, vol. 3, n° 3, p. 403-416 ; M. WILLIS, « A Survey of Enforcement Measures for Intellectual Property Rights Under the WTO : Compliance Issues for Developing Countries », *I.T.L.R.*, 2000, vol. n° 6, p. 180-188 ; S. DÖRMER, « Streitbeilegung und neue Entwicklungen im Rahmen von TRIPS : Eine Zwischenbilanz nach 4 Jahren », *G.R.U.R. I.T.*, 1998, vol. 47, n° 12, p. 919-934.

des organes de l'institution. Ces arbitrages, y compris dans les revirements qu'ils opèrent, ne viennent que confirmer combien les Membres sont soumis aux conditions de l'Organisation¹⁸⁰⁹ : le mécanisme prescrit au Membre lésé souhaitant réagir à l'illicite les conditions de leur action, et les Membres ne peuvent agir licitement que dans leur cadre. En cela apparaît que le rapport habituellement horizontal d'une réaction unilatérale à l'illicite fait à l'O.M.C. l'objet d'une attraction dans la sphère de contrôle de l'Organisation, qui amorce de ce fait la verticalisation des rapports. Les Membres ne sont dès lors que les exécutants d'une mesure que l'Organisation ne saurait appliquer elle-même, mais dont elle contrôle entièrement les modalités. Ces éléments identifient plus précisément les suspensions de concessions et contre-mesures comme des sanctions institutionnelles, et la fonction spécifique qui leur est assignée à l'O.M.C. apporte la confirmation finale de cette qualification.

Section II Encadrement de la fonction d'une suspension : le contrôle de l'adéquation de la mesure avec sa finalité coercitive

Les réactions à l'illicite entendues au sens large peuvent revêtir différents types de fonctions qui s'organisent selon la triade habituelle coercition-réparation-répression (sous des désignations variables)¹⁸¹⁰. Mais, comme l'observe M. Sicilianos, le vocabulaire flottant employé par les Etats pour qualifier une

1809 En ce sens, M. Mavroidis qualifie d'ailleurs la décision de l'arbitre au titre de l'article 22:6 de « *first and last resort* », expression qui véhicule bien l'idée que la marge de manœuvre des Membres est toute entière enserrée dans le contrôle de leurs actions qu'opère l'Organisation, v. P. C. MAVROIDIS, G. A. BERMAN et M. WU, *The Law of the World Trade Organization (WTO) – Documents, Cases & Analysis*, op. cit., p. 1087.

1810 V. par exemple la systématisation des mesures unilatérales des Etats en réaction aux agissements illicites d'un autre Etat sous l'angle de leur fonction opérée par Mme Zoller : réparation, exécution (*enforcement*, au sens d'une mesure coercitive visant le rétablissement de la légalité) et répression (*punishment*), in E. ZOLLER, *Enforcing International Law Through U.S. Legislation*, op. cit., p. 135-167. De même, l'approche de M. Sicilianos s'inscrit dans une analyse centrée sur le fait illicite, qui englobe alors l'ensemble des réactions décentralisées à l'illicite et envisage la complémentarité de leur finalité afflictive (*punition*), finalité coercitive et finalité corrective, ou le poids prépondérant de l'une ou l'autre d'entre elles, in L.-A. SICILIANOS, *Les réactions décentralisées à l'illicite – Des contre-mesures à la légitime défense*, op. cit., p. 49-69. S'agissant des seules contre-mesures, v. Ch. LEBEN, « Contre-mesures », op. cit., p. 4-6, qui analyse les contre-mesures selon leur fonction protectrice, réparatoire et répressive ; ou S. SUR, in J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, op. cit., p. 219-220, qui souligne leur triple fonction de protection, d'exécution et de répression.

réaction donnée est révélateur de ce que les finalités réelles ne sont souvent pas en adéquation avec l'objectif affiché¹⁸¹¹ et, au minimum, il règne une certaine confusion sur la finalité des réactions à l'illicite. En définitive, la fonction principale d'une réaction se révèle le mieux au regard de la perspective et de la dynamique du rapport dans lesquelles elle s'inscrit. Pour ne prendre que les deux catégories auxquelles la suspension de concessions peut appartenir, les contre-mesures interétatiques, bien qu'elles doivent amener l'Etat récalcitrant à cesser son comportement illicite, participent d'une acception davantage intersubjective du fait internationalement illicite qui constitue son motif et fondement. Elles prennent la forme de mesures strictement horizontales (bien que la question de leur possible dimension collective soit également posée) et cette acception intersubjective se répercute dans leur fonction qui, à côté de la finalité de rétablissement de la légalité, intègre également une forte dimension bilatérale de rétablissement d'un équilibre rompu. La sanction, on l'a vu, a exclusivement une finalité coercitive et vise le retour à la situation inverse de celle qui la conditionne, c'est-à-dire le rétablissement à la légalité. La fonction d'une réaction à l'illicite donnée nous semble ainsi le plus fortement tributaire de la nature objective ou subjective du rapport qui la sous-tend.

Les chapitres précédents ont fait apparaître que le règlement des différends de l'O.M.C. sert le maintien ou le rétablissement de la légalité et qu'il est en ce sens entièrement animé par une dynamique objective dont le pivot est le fait illicite, et qui évacue dès lors de son fonctionnement, dans toute la mesure du possible, les éléments subjectifs et bilatéraux. Ces observations sont confirmées par la fonction que l'Organisation assigne au dispositif de suspension de concessions : la réaction à l'illicite n'est voulue que comme une stricte incitation à la mise en conformité. L'action coercitive de dernier recours est donc conçue comme un instrument au service de la légalité, et on y retrouve bien la fonction objective en adéquation avec la conception globale du système, entièrement tournée vers le fait illicite et sa cessation (§ 1). Cette approche est corroborée par le refus clairement exprimé d'assortir la suspension de concessions d'une fonction punitive. Une telle dimension subjective dans la réaction à l'illicite, qui serait cette fois centrée sur l'auteur de l'illicéité et pas l'illicéité en tant que situation juridique nuisible, n'est pas tolérée par le système, bien que la jurisprudence ait révélé quelques glissements dans le sens d'un plus net intersubjectivisme dans la mise en œuvre du dispositif (§ 2). C'est donc selon

1811 V.L.-A. SICILIANOS, *Les réactions décentralisées à l'illicite – Des contre-mesures à la légitime défense*, op. cit., p. 49-50, qui observe que « sanction » et « punition » désignent souvent, dans le langage des Etats, de simples mesures de rétorsion, tandis que des mesures radicales et manifestement punitives sont « dédramatisées » auprès de l'opinion publique.

une dialectique entre dimension objective et dimension subjective que sera ici abordée la mise en œuvre du mécanisme de suspension de concessions à l'O.M.C., ou bien, pour faire écho aux développements précédents et en centrant l'analyse sur l'objectif de légalité du système, selon la dialectique entre une légalité objective et une légalité plus intersubjective¹⁸¹².

§ 1 Fonction objective : la coercition

Le Mémoire confère à la suspension de concession une finalité exclusivement coercitive, en ce qu'elle n'est destinée qu'à inciter le Membre concerné à exécuter l'obligation qui résulte de l'engagement de sa responsabilité (A.). Cette fonction protectrice de la légalité, sujette au contrôle du juge, précise la condition du caractère temporaire d'une suspension : elle ne peut licitement exister qu'entre l'expiration du délai raisonnable, date à laquelle le Membre responsable aurait dû mettre en œuvre la recommandation de l'O.R.D., et la mise en œuvre effective de celle-ci, le défendeur ayant alors exécuté l'obligation que lui impose la recommandation (B.).

A *Incitation à l'exécution de la recommandation de l'O.R.D.*

Les précisions apportées par les arbitrages ont mis en évidence que si la suspension de concessions a pour *effet* de restaurer l'équilibre bilatéral des concessions rompu par le comportement du Membre déclaré responsable (2.), la *fonction* que lui assigne le système est exclusivement coercitive : il s'agit de rétablir la légalité compromise (1.). La suspension de concessions s'analyse alors comme une alternative temporaire à la mise en conformité (3.).

1 Une mesure coercitive : le rétablissement de la légalité

Le dispositif de suspension de concessions est parfaitement aligné sur la conception globale du mécanisme de règlement des différends, dont il est établi qu'il est centré sur le maintien et le rétablissement de la légalité. La suspen-

¹⁸¹² V. aussi l'approche dialectique des fonctions de la responsabilité internationale, selon ces mêmes catégories, adoptée par B. STERN, « La responsabilité dans le système international – Conclusions générales », in S.F.D.I., *La responsabilité dans le système international*, op. cit., p. 319-336 : lorsque la responsabilité a pour objectif principal d'assurer le respect de l'égalité souveraine des Etats, au sens de leurs intérêts spécifiques que protège l'ordre juridique, il s'agit d'une légalité intersubjective ; lorsqu'elle a principalement pour fonction la protection des intérêts de la communauté internationale, et donc de la légalité internationale, il s'agit d'une légalité objective (spéc. p. 322).

sion de concessions fait par conséquent abstraction de l'auteur de la violation, et le fait illicite, pourtant central jusque là, est mis à distance. Ce dont il s'agit est de remédier à une *situation* d'atteinte à l'engagement conventionnel et non pas au *fait* constitutif de cette atteinte. Si cette situation de rupture de l'engagement, et donc de non-conformité, est certes créée par un fait illicite, il reste que ce n'est pas lui, individualisé, que vise la suspension de concession. L'arbitre dans l'affaire *Etats-Unis – FSC* l'avait très bien fait apparaître, en observant au sujet des contre-mesures dans le cadre de l'Accord SMC que « [c]et instrument contribue à atteindre finalement les objectifs du règlement des différends »¹⁸¹³. L'un de ces objectifs irrigue l'ensemble du Mémorandum et le fonctionnement du mécanisme : c'est celui énoncé à l'article 3:2, qui pose le règlement des différends comme garant de la sécurité et de la prévisibilité du système commercial multilatéral. Les suspensions de concessions et les contre-mesures ne peuvent être abordées hors de cette toile de fond.

En ce sens, les arbitres successifs ont tous insisté sur la fonction de coercition que revêt la suspension de concession. L'arbitre dans l'affaire *CE – Bananes III* a ainsi observé, dès le premier arbitrage au titre de l'article 22:6, que « l'objectif des contre-mesures est d'*inciter au respect* des recommandations et décisions »¹⁸¹⁴. Cette formule s'est imposée comme un refrain automatique parmi les arbitres dans les affaires postérieures¹⁸¹⁵, l'arbitre dans l'affaire *Etats-Unis – Jeux* allant même jusqu'à exprimer que « la *raison même* de l'existence de contre-mesures dans le cadre du Mémorandum d'accord est d'inciter à la mise

1813 Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – FSC* (22:6), *op. cit.*, par. 5.53. M. Combacau a formulé la même observation au sujet du but de la coercition dans le cadre des Nations Unies, in J. COMBACAU, *Le pouvoir de sanction de l'O.N.U. – Etude théorique de la coercition non militaire*, *op. cit.*, p. 18. Dans le cadre de l'O.M.C., une entorse peut être faite à une telle configuration de la réaction à l'illicite : on l'a dit, selon la jurisprudence jusqu'à récemment établie s'agissant des contre-mesures dans le contexte de l'Accord SMC, l'approche consistait à calquer le montant des contre-mesures précisément sur le montant correspondant à l'acte illicite initial, ce qui revenait à contrer l'acte illicite lui-même, c'est-à-dire le manquement à l'interdiction des subventions prohibées. L'arbitre dans l'affaire *Etats-Unis – FSC* avait considéré qu'une telle approche est « parfaitement compatible avec l'essence de la notion de contre-mesures, en ce qu'elle tente de répondre exactement à la violation, dont la persistance engendre le droit à des contre-mesures », in décision de l'arbitre, *Etats-Unis – FSC* (22:6), *op. cit.*, par. 6.11. Mais l'arbitrage dans l'affaire *Etats-Unis – Coton upland* ayant remis en cause cette approche, cette exception, ou entorse, a disparu.

1814 Décision de l'arbitre, *CE – Bananes III* (22:6 USA), *op. cit.*, par. 6.3.

1815 V. par exemple la décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Coton upland* (22:6 (1)), *op. cit.*, par. 3.43 ; décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Jeux* (22:6), *op. cit.*, par. 2.7.

en conformité avec l'accord visé qui n'est pas intervenue dans le délai prévu »¹⁸¹⁶. La fonction coercitive de la suspension de concessions est ainsi devenue le fil directeur dans l'interprétation de l'article 22, dont les termes sont éclairés à la lumière de l'objectif d'incitation à la mise en conformité¹⁸¹⁷. Jusque là, cette fonction est en parfaite adéquation avec l'objet et le but des contre-mesures prévues dans le droit de la responsabilité des Etats. L'article 49 paragraphe 1 du texte de la C.D.I. dispose en effet que « [l']Etat lésé ne peut prendre de contre-mesures à l'encontre de l'Etat responsable du fait internationalement illicite *que pour amener cet Etat à s'acquitter des obligations qui lui incombent* en vertu de la deuxième partie [consacrée au contenu de la responsabilité de l'Etat] »¹⁸¹⁸. Et c'est d'ailleurs par référence expresse au projet d'articles de la C.D.I. tel qu'il existait en 2000 que l'arbitre dans l'affaire *Brésil – Aéronefs* a fondé la fonction d'incitation à la mise en conformité des mesures : l'article 47 du projet posant la condition que les contre-mesures soient destinées à « inciter [l']Etat qui a commis un fait internationalement illicite] à s'acquitter de ses obligations », l'arbitre a, par analogie, inféré « qu'une contre-mesure [au sens de l'Accord SMC] est “appropriée” si, entre autres choses, elle incite effectivement au respect des recommandations et décisions »¹⁸¹⁹. Cependant, on garde également à l'esprit le scepticisme de l'arbitre dans l'affaire *Etats-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd)*, qui faisait valoir qu'aucune disposition du Mémorandum n'énonce explicitement la fonction des suspensions de concessions. Sa lecture de l'objet et du but du Mémorandum et de l'Accord

1816 Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Jeux* (22:6), *op. cit.*, par. 3.71 (italiques ajoutés).

1817 Ainsi par exemple, dans le cadre d'une suspension intersectorielle les conditions de licéité posées par l'article 22:3 sont interprétées au regard de sa fonction coercitive, l'arbitre soulignant que son interprétation « des critères “caractère possible” et “efficacité” est compatible avec l'objet et le but de l'article 22, qui vise à inciter à la mise en conformité » ; une interprétation différente, observe-t-il, conduirait à ce que « l'objectif consistant à inciter à la mise en conformité ne pourrait pas être atteint et le mécanisme d'exécution du système de règlement des différends de l'OMC ne pourrait pas fonctionner convenablement », v. la décision de l'arbitre, *CE – Bananes III* (22:6 ECU), *op. cit.*, par. 76. Au passage, on note ici le peu de rigueur dont font parfois preuve les organes de jugement : alors qu'il s'agit des mesures prises dans le cadre du Mémorandum, donc de suspensions de concessions, l'arbitre parle de contre-mesures.

1818 Italiques ajoutés. La fonction d'incitation à la cessation de l'illicite qui ressort de la formulation de l'article 49 paragraphe 1 du texte de la C.D.I. a par ailleurs été précisée par le Rapporteur spécial Crawford in J. CRAWFORD, *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat – Introduction, texte et commentaires*, *op. cit.*, p. 337 par. 6 (introduction au Chapitre II consacré aux contre-mesures) et p. 341 par 7 (commentaire de l'article 49).

1819 Décision de l'arbitre, *Brésil – Aéronefs* (22:6), *op. cit.*, par. 3.44 (italiques supprimés).

instituant l'O.M.C. le laissait pareillement dubitatif, et en tout cas n'était-il pas prêt à reconnaître que l'incitation à la mise en conformité serait la fonction *exclusive* des suspensions de concessions. Selon lui, elle fait assurément partie de ses finalités, « mais tout au plus, il ne peut s'agir que d'un but parmi un certain nombre de buts de l'autorisation de suspendre des concessions ou d'autres obligations »¹⁸²⁰. Si on est bien obligé de concéder qu'il manque dans le Mémorandum une disposition aussi explicite que dans le texte de la C.D.I., il n'en reste pas moins que les paragraphes 1 et 8 de l'article 22 compensent cette lacune, d'autant mieux à la lumière des objectifs énoncés du règlement des différends¹⁸²¹. En outre, l'arbitre dans l'affaire *Etats-Unis – Coton upland* a précisé que *toutes* les formes de suspensions de concessions prises en réaction au manquement à l'obligation qui résulte de l'engagement de responsabilité doivent obéir à cette fonction coercitive d'incitation à la mise en conformité, qu'elles soient prises dans le cadre du Mémorandum ou de l'Accord SMC, et, concernant ce dernier, qu'il s'agisse de contre-mesures relatives à une subvention prohibée ou relatives à une subvention pouvant donner lieu à action. En effet, « tout comme lorsqu'il s'agit de l'article 22:4 du Mémorandum d'accord et de l'article 4.10 de l'Accord SMC, les contre-mesures prises au titre de l'article 7.9 de l'Accord SMC constituent des mesures temporaires prises à la suite d'un manquement persistant aux obligations du Membre concerné et en attendant qu'il y ait mise en conformité complète avec les recommandations et les décisions de l'ORD »¹⁸²².

1820 Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd)* (22:6 CE), *op. cit.*, par. 3.74 (on retrouve le même propos dans les cinq autres arbitrages).

1821 La tendance générale qui se dégage des négociations en vue de la réforme du Mémorandum va d'ailleurs dans le sens d'une consolidation textuelle de cette interprétation. Le projet de texte actuel comporte ainsi une série de dispositions très détaillées concernant la suspension de concessions et sa cessation, qui prévoient expressément qu'une autorisation restera en vigueur jusqu'à ce que l'O.R.D. l'aura retirée ou modifiée. Un tel retrait d'autorisation par l'O.R.D. est conditionné par un « rapport de situation » du Membre déclaré responsable établissant que la mise en œuvre des recommandations de l'O.R.D. est pleinement réalisée, et qui devra exposer exactement toute mesure prise en vue de l'exécution, ainsi que la manière dont elle a éliminé l'illicéité initiale ou corrigé le comportement qui causait un dommage. V. sur ce point O.R.D., « Rapport du Président de l'O.R.D. au Comité des négociations commerciales », *op. cit.*, spéc. p. A-20.

1822 Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Coton upland* (22:6 (2)), *op. cit.*, par. 4.59 (italiques supprimées). L'arbitre en a inféré que les contre-mesures de la dernière catégorie, celles dans le contexte de subventions pouvant donner lieu à une action, ont « également pour objectif d'inciter à la mise en conformité » (*ibid.*).

2 Une mesure à effet restaurateur
des positions juridiques individuelles et subjectives :
le rétablissement de l'équilibre négocié des concessions

Ce qui distingue toutefois la suspension de concessions du droit de l'O.M.C. des contre-mesures du droit international général est la *fonction* parallèle à restaurer l'équilibre rompu par l'illicéité. M. Leben souligne ainsi que « [l]es contre-mesures tout en visant le rétablissement du statu quo ante *cherchent en même temps à contrebalancer* et donc à *neutraliser* les effets immédiats qui découlent du fait jugé illicite »¹⁸²³. Cette fonction de contrebalancement s'explique du fait que, dans une société internationale décentralisée qui ne garantit pas l'intervention d'un tiers impartial pour trancher les litiges interétatiques et encore moins pour assurer l'exécution des décisions rendues, les contre-mesures répondent au besoin de reconnaître aux Etats le droit de se faire justice à eux-mêmes, sous certaines conditions posées par le droit international. C'est en ce sens que le Rapporteur spécial Crawford observe que « [c]ountermeasures are a form of self-help, which responds to the position of the injured State in an international system in which the impartial settlement of disputes through due process of law is not yet guaranteed »¹⁸²⁴. Si elles doivent avoir pour objectif d'amener la cessation du fait internationalement illicite, les contre-mesures n'expriment pas moins une forte vocation compensatoire qui tient à ce que, quand bien même elles sont régies par le droit (objectif), elles relèvent par nature de la justice privée. Les suspensions de concessions sous le GATT de 1947 correspondaient parfaitement à cette approche des contre-mesures : elles étaient exclusivement destinées à rééquilibrer globalement les concessions entre le plaignant et le défendeur¹⁸²⁵.

La fonction de la suspension de concessions dans le cadre de l'O.M.C. est au cœur d'un vif débat à ce sujet, dans lequel sont opposées deux fonctions conceptuellement très différentes, que la doctrine anglophone résume dans la question suivante : visent-elles la *compliance* ou plus pragmatiquement le

¹⁸²³ Ch. LEBEN, « Contre-mesures », *op. cit.*, p. 5.

¹⁸²⁴ J. CRAWFORD, *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat – Introduction, texte et commentaires*, *op. cit.*, p. 353 par. 2 (commentaire de l'article 52).

¹⁸²⁵ Pour un exposé concis de la fonction des suspensions de concessions, v. notamment les propos de M. Long, Directeur général du GATT de 1968 à 1980, qui soulignait que la suspension sous le GATT de 1947 « *should not be taken to mean more than the re-establishment of the balance of concessions and advantage between member countries. Similarly, action by the Contracting Parties authorizing retaliatory measures does not take the form of a legal sanction. What is sought is a restoration of the balance upset by one of the member countries* ». V. O. LONG, *Law and its Limitations in the GATT Multilateral Trade System*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1985, p. 66.

rebalancing ? Autrement dit, s'agit-il d'un dispositif tendant à la cessation de l'illicite ou au rééquilibrage des concessions ? L'opinion soutenue ici, qui sous-tend déjà les développements précédents, est que la suspension de concessions est destinée à la *compliance*, au rétablissement de la légalité. Loin d'être une forme de justice privée, elle est au contraire placée au sommet d'une échelle de la contrainte dont la construction repose sur la conscience non pas que les Membres doivent disposer de moyens de se faire justice à eux-mêmes et pouvoir assurer leur situation juridique individuelle, mais que l'Organisation, pour soumettre un Membre récalcitrant à une coercition efficace¹⁸²⁶, nécessite le concours de ses Membres pour donner corps aux mesures de coercition. Les développements précédents ont ainsi mis en évidence que tous les aspects de justice privée sont écartés du dispositif, précisément parce que l'O.M.C. parvient, à l'échelle quasi universelle, d'établir un système opérationnel de règlement des différends qui multilatéralise et objective les rapports de force autrement bilatéraux et subjectifs. La suspension de concessions se distingue alors des contre-mesures en ce qu'elle n'a pas pour *fonction* le rééquilibrage des concessions ; sa fonction est exclusivement coercitive¹⁸²⁷.

1826 Dans une organisation à vocation économique, qui est le point de rencontre névralgique d'un tissu compact de concessions commerciales, la coercition la plus efficace est invariablement la suspension desdites concessions.

1827 Certains auteurs considèrent même comme une absurdité d'envisager la suspension de concessions sous l'angle d'une fonction de rééquilibrage des concessions, en faisant valoir que si c'était là véritablement leur fonction, on serait alors bien obligé d'admettre, en amont, que les rapports adoptés par l'O.R.D. n'ont aucune valeur contraignante pour les parties. En ce sens, v. notamment R. NORDBLAD, « Enforcement of World Trade Organization Law », *op. cit.*, spéc. p. 218-222 ; S. CHARNOVITZ, « Rethinking WTO Trade Sanctions », *op. cit.*, spéc. p. 803-808 ; J. PAUWELYN, « The calculation and design of trade retaliation in context : what is the goal of suspending WTO obligations ? », in Ch. P. BOWN et J. PAUWELYN (eds), *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, *op. cit.*, p. 34-65 ; B. MCGIVERN, « Retaliation Revisited : Compliance and Implementation Issues in WTO Dispute Settlement », *op. cit.*, p. 242-243 ; *id.*, « Seeking Compliance with WTO Rulings : Theory, Practice and Alternatives », *Int. Law*, 2002, vol. 36, n° 1, p. 153 ; T. JÜRGENSEN, « Crime and Punishment : Retaliation Under the World Trade Organization Dispute Settlement System », *J.W.T.*, 2005, vol. 39, n° 2, p. 327-339 ; Y. RENOUE, « A brief introduction to countermeasures in the WTO dispute settlement system », in R. YERXA et B. WILSON (eds), *Key Issues in WTO Dispute Settlement – The first ten years*, *op. cit.*, p. 112 ; Y. FUKUNAGA, « Securing Compliance through the WTO Dispute Settlement System Implementation of DSB Recommendations », *op. cit.*, p. 417. D'autres auteurs adoptent toutefois une vision radicalement opposée à celle-là, et également aux affirmations formulées par les organes de jugement de l'O.M.C. eux-mêmes : v. par exemple D. PALMETER et S. A. ALEXANDROV, « "Inducing Compliance"

Toutefois, il est vrai qu'elle a pour *effet* de restaurer l'équilibre rompu des positions juridiques subjectives. Mais seulement si elle remplit sa fonction et parvient à son objectif premier d'inciter à la mise en conformité, car hors cette hypothèse, sa seule mise en œuvre ne rééquilibre rien : une suspension de concessions consiste à dresser des obstacles antérieurement déconstruits au commerce, elle crée donc par définition un déséquilibre supplémentaire. C'est d'ailleurs en cela, également, qu'on aperçoit que la suspension est avant toute chose destinée à être un moyen de coercition, plutôt qu'un outil de compensation pour la compromission d'une situation juridique subjective : si elle était prioritairement destinée à rétablir l'équilibre des concessions, on buterait sur ce qui serait alors un paradoxe, celui de confier la fonction d'équilibrage à un mécanisme qui le perturbe encore plus¹⁸²⁸. Cependant, si la suspension de concessions parvient à son objectif, c'est-à-dire réussit à contraindre le Membre responsable à la mise en conformité, alors la restauration de l'équilibre emboîte effectivement le pas à celle de la légalité – du moins en théorie, car la véritable réalisation d'un tel rééquilibrage est douteuse. De la même manière, la mise en œuvre d'une suspension peut contribuer à compenser le dommage économique subi du fait du manquement – mais à un prix élevé, car la suspension consiste habituellement en une fermeture de marché et fait ainsi autant de tort au Membre qui l'applique qu'à celui qui la subit. Le résultat de ce rééquilibrage est donc au minimum discutable, et M. Hudec le qualifiait même

in WTO Dispute Settlement », in D. M. KENNEDY et J. D. SOUTHWICK (eds), *The Political Economy of International Trade Law – Essays in Honor of Robert E. Hudec*, New York, Cambridge University Press, 2002, spéc. p. 647 et 654 ; ou notoirement J. H. BELLO, « The WTO Dispute Settlement Understanding : Less Is More », *op. cit.*, p. 418, selon qui « [t]he only truly binding WTO obligation is to maintain the balance of concessions negotiated among members ».

1828 A l'intérieur de ce paradoxe, on en relèverait un autre, qui tient à la logique interétatique dans laquelle s'inscrit le système, alors que la véritable perturbation provenant du comportement initial dommageable est ressentie par les opérateurs économiques. Pour une discussion de ce paradoxe, v. par exemple Ph. MADDALON, « Les rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'OMC », *A.F.D.I.*, 2005, p. 609-610, qui observe que « la logique interétatique prévaut ici sur la logique économique » (p. 610) ; A. O. SYKES, « Optimal sanctions in the WTO : the case for decoupling (and the uneasy case for the *status quo*) », *op. cit.*, spéc. p. 340-341 ; P. J. KUYPER, « Remedies and Retaliation in the WTO : Are they Likely to be Effective ? The State Perspective and the Company Perspective », *A.S.I.L. Proc.*, 1997, vol. 91, p. 282-286 ; Ch. PITSCHAS, « EuGH : Kein Schadensersatz wegen Importverbots für Hormonfleisch – Anmerkung », *Eu.Z.W.*, 2003, n° 24, p. 758-763.

de « fiction »¹⁸²⁹. Dans la droite ligne de cette observation, le dispositif fait apparaître ce que M. Sykes appelle le phénomène de « découplage » produit par une suspension de concessions : en subissant une suspension, le Membre responsable paie le « prix » de l'illicéité dont il est l'auteur, mais les exportateurs lésés par la violation n'en sont pas pour autant compensés¹⁸³⁰. Il reste que les positions *juridiques individuelles* sont en effet rééquilibrées lorsqu'une suspension parvient à inciter à la mise en conformité, et l'arbitre dans l'affaire *Etats-Unis – FSC* avait très bien fait apparaître cette corrélation : « les contre-mesures autorisées au titre de l'article 4.10 contribuent à l'objectif consistant à inciter au respect des recommandations de l'ORD, *et du même coup* à rétablir l'équilibre des concessions négociées entre les Membres »¹⁸³¹. La relation s'analyse donc de manière très différente qu'il s'agisse des contre-mesures du droit international général ou des suspensions de concessions du droit de l'O.M.C. S'agissant des premières, elle est fonctionnelle : les contre-mesures concourent, dans la majorité des cas, parallèlement aux deux objectifs, visés indépendamment l'un de l'autre car cessation de l'illicite et restauration de l'équilibre conventionnel se complètent dans une perspective de « *self-help* ». S'agissant des secondes, en revanche, la relation est simplement causale : la suspension de concessions a pour unique fonction d'obtenir la mise en conformité, qui, si elle est réalisée, aura pour *effet incident* de rétablir l'équilibre des concessions¹⁸³². Le caractère seulement incident de cet effet n'empêche toutefois pas qu'il soit en même

1829 R. E. HUDEC, « Broadening the Scope of Remedies in WTO Dispute Settlement », *op. cit.*, p. 388. A ce sujet, v. en particulier la recherche du professeur Spamann, selon qui la méthodologie sur laquelle repose l'évaluation par les arbitres n'aurait de toutes les façons *pas* pour effet de permettre à une suspension de rééquilibrer les concessions : H. SPAMANN, « The Myth of "Rebalancing" Retaliation in WTO Dispute Settlement », *J.I.E.L.*, 2006, vol. 9, n° 1, p. 31-79. Tout aussi critique, M. Sacerdoti observe que la suspension est une « *second-best solution, and it is [...]* a euphemism to state that they lead to "rebalancing mutual trade benefits", albeit at a lower level », in G. SACERDOTI, « The nature of WTO arbitrations on retaliation », *op. cit.*, p. 24. V. également J. P. TRACHTMAN, « The WTO Cathedral », *op. cit.*, p. 134-141 et 151 (on note cependant que cet auteur ne paraît pas établir une distinction radicale entre l'incitation à la conformité et la restauration de l'équilibre ; v. par exemple p. 140-141).

1830 Au sujet du « découplage » (« *decoupling* »), v. A. O. SYKES, « Optimal sanctions in the WTO : the case for decoupling (and the uneasy case for the *status quo*) », *op. cit.*, p. 340-341.

1831 Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – FSC* (22:6), *op. cit.*, par. 5:57 (italiques ajoutés).

1832 Une étude empirique confirme par ailleurs que l'objectif que visent les Membres dans la plupart des cas est bien celui d'inciter à la mise en conformité, et que celui de rééquilibrer les concessions n'y est qu'accessoire. A ce sujet, v. G. SHAFFER et D. GANIN, « Extrapolating purpose from practice : rebalancing or inducing compliance », in Ch.

temps indissociable de la fonction. Cette indissociabilité est particulièrement perceptible s'agissant des contre-mesures prises dans le cadre de l'Accord SMC, et donc dans le contexte de subventions prohibées : la seule possibilité de faire cesser l'illicite étant le retrait de la subvention, l'arbitre en avait déduit qu'« une contre-mesure devrait contribuer à l'objectif ultime qui est le retrait sans retard de la subvention prohibée »¹⁸³³. Si le rééquilibrage du système n'est donc qu'un effet secondaire de la réaction à l'illicite, il n'en reste pas moins qu'il est intrinsèquement *lié* à la fonction principale de la mesure¹⁸³⁴. C'est aussi lui qui est le plus immédiatement perceptible, dans un système multilatéral qui repose sur l'équilibre des concessions négociées, et c'est ce qui explique l'attention particulière qui lui est portée¹⁸³⁵. On insiste, toutefois : le rééquilibrage des concessions n'est qu'un *effet* de la suspension de concessions, pas sa *fonction*. Quoi qu'on en veuille, en vertu d'une analyse strictement juridique, sa

P. BOWN et J. PAUWELYN (eds), *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, *op. cit.*, p. 72-85.

1833 Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – FSC* (22:6), *op. cit.*, par. 5-57.

1834 Selon une approche contractualiste du GATT de 1947, M. Leben observait cependant que la fonction du dispositif n'était pas seulement de garantir le régime juridique choisi par ceux qui l'avaient construit, mais surtout de « veiller au maintien de l'équilibre contractuel des obligations entre ses membres », in Ch. LEBEN, *Les sanctions privatives de droits ou de qualité dans les organisations internationales spécialisées*, *op. cit.*, p. 122. Pour les raisons exposées ci-dessus, cette conception ne nous semble toutefois pas transposable à l'O.M.C., qui affiche une juridicisation renforcée et dont quasiment toute la conception s'inscrit dans une dynamique objective.

1835 V. notamment K. BAGWELL et R. W. STAIGER, « An Economic Theory of GATT », *op. cit.*, p. 215-248 ; *id.*, *The Economics of the World Trading System*, *op. cit.*, spéc. les chapitres 4 à 6, p. 57-110 ; F. W. SCHWARTZ et A. O. SYKES, « The Economic Structure of Renegotiation and Dispute Resolution in the World Trade Organization », *J. Legal Stud.*, 2002, vol. 31, n° 1, p. 179-204 ; A. O. SYKES, « Optimal sanctions in the WTO : the case for decoupling (and the uneasy case for the *status quo*) », *op. cit.*, p. 339-354 ; *id.*, « The Remedy for Breach of Obligations under the WTO Dispute Settlement Understanding : Damages or Specific Performance ? », in M. C. E. J. BRONCKERS et R. QUICK (eds), *New Directions in International Economic Law : Essays in Honor of John H. Jackson*, *op. cit.*, p. 347-357 ; *id.*, « Protectionism as a "Safeguard" : A Positive Analysis of the GATT "Escape Clause" with Normative Speculations », *U. Ill. L. Rev.*, 1991, vol. 58, n° 1, p. 255-305 ; D. PALMETER, « The WTO Dispute Settlement Mechanism – Compliance with WTO Rulings and other Procedural Problems », *J.W.I.P.*, 2001, vol. 4, n° 1, spéc. p. 291 (qui énonce catégoriquement « *I do not believe the purpose of countermeasures in the WTO is to "induce compliance". Rather, I believe, the purpose is to restore the rebalance of concessions* ») ; R. Z. LAWRENCE, *Crimes and Punishments ? Retaliation Under the WTO*, Washington D.C., Institute for International Economics, 2002, en particulier le chapitre 2, spéc. p. 19-29 et p. 43-44.

fonction est d'inciter à l'exécution de l'obligation qui résulte des recommandations de l'O.R.D., et donc au rétablissement de la légalité.

3 Une alternative temporaire à la mise en conformité

Comme une contre-mesure du droit international de la responsabilité des Etats, une suspension de concessions n'est pas destinée à durer : elle ne peut être prise qu'à titre temporaire, jusqu'à l'exécution de l'obligation qui résulte pour le défendeur initial de l'engagement de sa responsabilité (a.). Cette caractéristique fournit une importante clé pour résoudre la controverse autour de la qualité d'alternative à la mise en conformité que revêt une suspension de concessions (b.).

a *Caractère temporaire d'une suspension*

Cette perception de la fonction coercitive des suspensions de concessions, dans la droite ligne de ce que la doctrine anglophone appelle l'approche « *rule-oriented* », est la seule que le mécanisme, en droit, tolère : la suspension se présente comme une réaction au manquement à l'obligation de mettre en œuvre les recommandations de l'O.R.D., elle intervient dans un système qui affiche que son objectif premier est de conduire au retour à la légalité, dans la majorité des cas au moyen du retrait de la mesure illicite. Dans ces conditions, ce dont il s'agit est la préservation du système (en termes de légalité), et cette préservation ne peut être réalisée qu'au moyen d'une bonne exécution du traité¹⁸³⁶. En ce sens, l'article 22:1 du Mémoire précisait expressément que la suspension de concessions est une mesure temporaire. Sur la base de cette indication, l'arbitre dans l'affaire *CE – Bananes III* avait établi qu'un Membre ne peut suspendre des concessions à l'égard du défendeur initial que « dans l'attente

¹⁸³⁶ M. Jackson notamment défend fermement l'argument selon lequel la légalité est au cœur du système du GATT et que la suspension de concessions n'a d'autre fonction que d'inciter au respect des décisions des PARTIES CONTRACTANTES et de retourner à la légalité : v. par exemple J. H. JACKSON, *World Trade and the Law of the GATT*, Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1969, p. 184-187. On l'a déjà signalé, l'approche « *rule-oriented* » s'oppose à celle « *power-oriented* », et cette opposition trouve écho dans celle entre les « *property rules* » (qui exigeraient de l'Etat auteur d'un fait illicite de respecter ses obligations) et les « *liability rules* » (qui permettraient à l'Etat auteur d'un fait illicite d'acheter sa conduite illicite en acceptant de subir des contre-mesures). Ces oppositions équivalent à celle entre le traité-loi et le traité-contrat, deux concepts façonnés à partir d'une transposition conceptuelle des techniques juridiques du droit interne au droit international et qui, bien qu'imparfaits, traduisent bien la nature différente des rapports qu'ils créent. Sur l'identification de *property rules* ou *liability rules* au sein de l'ensemble normatif de l'O.M.C., v. par exemple J. P. TRACHTMAN, « The WTO Cathedral », *op. cit.*, p. 147-151.

[qu'il] ait pleinement mis en œuvre les recommandations et décisions »¹⁸³⁷, formule incontestée et également devenue sacramentelle. En d'autres termes, la suspension de concessions n'est destinée qu'à concourir au retour au respect des règles juridiques du système, et donc à l'exécution du traité ; une fois l'exécution obtenue, elle doit cesser. Ce qui apparaît déjà dans cet énoncé est le rapport dialectique qui existe entre la fonction d'incitation à la mise en conformité et le caractère temporaire de la mesure : « dans l'attente » signifie que la mesure doit être réversible, et sa cessation est conditionnée par la pleine mise en œuvre des recommandations¹⁸³⁸.

Pourtant, la fonction coercitive d'incitation à la mise en conformité a souvent été mise à distance, ou minimisée à côté d'une autre fonction, signalée précédemment, qui serait celle de rééquilibrer le système par la suspension de concessions. Cette conception correspond à l'approche dite « *power-oriented* » du système de l'O.M.C., qui repose sur une vision contractuelle – et à notre avis erronée – des accords de O.M.C. Selon cette approche, le mécanisme n'aurait d'autre but que le maintien de l'équilibre des concessions, envisagé de manière bilatérale, et la suspension de concessions ne serait donc rien d'autre qu'un instrument de rééquilibrage intersubjectif. L'approche économique, et notamment la « *terms-of-trade theory* », tend à se rapprocher de cette vision : même lorsqu'elle reconnaît la fonction d'incitation à la mise en conformité, l'exécution n'est analysée qu'en termes (subjectifs) de rétablissement de l'équilibre commercial et non pas en termes (objectifs) de légalité¹⁸³⁹. Partant de là, le mécanisme est perçu comme proposant deux conduites que le système offrirait et tolérerait à égale mesure : le Membre déclaré responsable pourrait soit mettre en œuvre les recommandations de l'O.R.D., soit accepter de subir la suspension de concessions et pourrait dans ces conditions maintenir sa mesure illicite.

Il est incontestable qu'en termes d'analyse économique, cette conception se vérifie ; tout particulièrement lorsque soit les deux parties au différend sont dans une situation de puissance économique inégale, soit la puissance économique de celle qui subira la suspension de concessions est telle qu'elle lui

1837 Décision de l'arbitre, *CE – Bananes III* (22:6 USA), *op. cit.*, par. 6.3.

1838 A titre de comparaison, v. l'arrêt de la C.I.J., *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, *op. cit.*, p. 56-57 par. 87, dans lequel la Cour faisait apparaître ce même rapport, bien que dans des termes qui distinguaient plus nettement les deux éléments : une contre-mesure « doit avoir pour but d'inciter l'Etat auteur du fait illicite à exécuter les obligations qui lui incombent en droit international, et [...] la mesure doit *partant* être réversible » (italiques ajoutées).

1839 Une illustration en est l'approche de K. BAGWELL, « Remedies in the World Trade Organization : An Economic Perspective », *op. cit.*, p. 733-770.

permet d'amortir les répercussions sur son marché intérieur de la suspension. Apprécier cette alternative d'un point de vue juridique est moins incontestable, on l'aperçoit aux controverses que soulève la proposition. Car encore faut-il s'entendre sur le sens qu'on prête à une telle « alternative », et sur ses conditions de réalisation : est-ce une alternative à effet permanent ou une alternative à effet temporaire ? En d'autres termes, est-ce une alternative substitutive à la mise en conformité ou une alternative coercitive de la mise en conformité ?

b *Incidence du caractère temporaire sur la nature de l'alternative*

La controverse est née à partir de l'affirmation, énoncée essentiellement dans la doctrine anglophone mais aussi par certains représentants gouvernementaux américains, que le choix de subir une suspension de concessions (ou d'offrir une compensation) exonérerait le Membre responsable de son obligation de mise en conformité. En quelques mots, la question qui se pose est celle formulée de manière concise par le professeur Jackson : le Mémorandum impose-t-il une « *obligation to comply* » ou offre-t-il une « *option to buy out* »¹⁸⁴⁰ ? La sanction étant la conséquence normative du manquement à l'obligation, la suspension de concession se présente nécessairement comme une alternative à la mise en conformité (i.). Cela n'empêche que l'obligation continue d'exister et que le Membre reste tenu de l'exécuter : l'alternative n'est jamais que temporaire et en aucun cas elle n'affranchit le Membre responsable de l'exécution de l'obligation de mise en conformité (ii.).

i Les deux branches de l'alternative :

mise en conformité (1) et non-mise en conformité (2)

La première lecture qu'on peut faire de la proposition selon laquelle la suspension de concessions serait une alternative à la mise en conformité se situe dans la droite ligne des observations formulées précédemment au sujet du lien normatif prescription-violation-sanction. Ainsi, si on entend l'alternative dans le sens où le Membre aurait toujours le choix entre se soumettre à la recommandation de l'O.R.D. ou s'exposer à une suspension de concessions, tel est bien le cas ; cette acception ne nous semble pas problématique d'un point de vue juridique, ce qui suppose d'écarter en amont comme relevant de l'ordre du jugement de valeurs la gêne qu'on peut éprouver devant l'idée d'admettre, au même titre que les comportements conformes aux prescriptions d'un ordre juridique donné, l'existence d'un comportement contraire à ces prescriptions. Mais, on l'a

¹⁸⁴⁰ J. H. JACKSON, « International Law Status of WTO Dispute Settlement Reports : Obligation to Comply or Option to "Buy Out" ? », *A.J.I.L.*, 2004, vol. 98, n° 1, p. 109-125.

déjà fait apparaître, du point de vue du comportement des sujets, la conformité au droit nous paraît aussi banale que la non-conformité ; la différence tient à ce que le système juridique attache des conséquences à celle-ci alors que celle-là n'en emporte pas. Analyser la suspension de concessions comme l'une des deux branches d'une telle alternative (conformité / non-conformité) nous paraît s'imposer pour deux raisons.

La première est d'ordre pragmatique et tient au constat de l'impuissance du droit international à assurer une véritable exécution forcée telle qu'elle est entendue en droit interne. De fait, un Membre de l'O.M.C. a toujours le choix de résister à la recommandation de l'O.R.D., et même avec une certaine aisance si sa puissance économique est telle qu'une suspension de concessions sera à peine plus qu'un désagrément, et sera autrement incapable de causer des dommages tels à son marché intérieur qu'il ne peut se permettre de la souffrir. Si la validité de ce constat est solide en termes de *Realpolitik*, il reste qu'il tient à des considérations et facteurs qui n'ont que peu à voir avec le droit.

La seconde raison en revanche est juridique et nous ramène à la notion de sanction. Elle construit en effet sur les positions formulées dans les développements consacrés à sa juridicité, dans lesquels la sanction était entendue comme rattachée à l'obligation juridique par un lien normatif. Deux conduites sont envisageables face à une obligation, l'une étant celle de conformité et l'autre celle de non-conformité, et l'alternative dont elles sont les deux branches fait apparaître la neutralité axiologique de la sanction¹⁸⁴¹. La conformité à la prescription est la situation « normale », en ce qu'elle est celle exigée par la prescription, et elle est dès lors vide de conséquence : pas de conséquence négative, évidemment, puisqu'on a fait ce que la norme prescrit de faire, ou pas fait ce qu'elle interdit de faire, mais, pour la même raison, pas de conséquence positive non plus (au sens d'une gratification), sinon la satisfaction morale de la licéité du comportement. La non-conformité à la prescription en revanche, comportement inverse au précédent, est « anormale » et, à l'inverse de l'absence de conséquence en cas de conformité, sa conséquence est la sanc-

1841 Cette neutralité axiologique est notamment démontrée par M. Combacau, qui tient qu'il n'y a « rien d'anormal dans cette conclusion, qui ne peut être critiquée que d'un point de vue moral, attribuant à la sanction un caractère d'exception, et faisant de l'infraction une sorte d'injure à l'ordre naturel. [...] S]i on définit la norme [...] comme la prescription associant tel élément pris en considération par le droit à telle conséquence qu'elle y attache, toutes les conduites possibles sont placées sur le même plan : la violation de l'obligation entraîne la conséquence prévue par le droit, tandis que la soumission entraîne la conséquence inverse », in J. COMBACAU, *Le pouvoir de sanction de l'O.N.U. – Etude théorique de la coercition non militaire*, op. cit., p. 44 note 76.

tion. Perçue ainsi, la sanction n'est donc que la conséquence juridique d'un renversement conceptuel à partir du comportement conforme à la prescription. Cette conclusion nous paraît être la seule qui envisage la sanction sous le strict angle de la normativité, sans l'encombrer d'un jugement de valeur : hors de tout registre de bien et de mal mais uniquement dans celui du licite et de l'illicite, agir contrairement au droit n'est pas « pire » qu'agir conformément au droit, qui serait inversement « meilleur » ; seulement, en agissant d'une manière non conforme à une prescription, le sujet s'expose à la sanction. En transposant ces considérations dans le cadre de l'O.M.C., il apparaît que le Membre responsable obligé par la recommandation de l'O.R.D. peut toujours choisir entre deux branches d'une alternative, c'est-à-dire laquelle de deux conduites il souhaite adopter : mettre en œuvre la recommandation qui lui est adressée et qui l'oblige, ou ne pas la mettre en œuvre. Le choix de contrevenir à une obligation juridique implique alors intrinsèquement celui de subir les conséquences que le système attache à cette conduite, et dans le droit de l'O.M.C. cette conséquence est de subir une suspension de concession si le plaignant initial demande l'autorisation de l'appliquer¹⁸⁴².

C'est ici que l'ordre juridique de l'O.M.C. révèle le plus puissamment la conception du mécanisme de suspension de concessions comme étant la sanction juridique d'un comportement incompatible avec l'objectif visé, et par conséquent nuisible pour lui. Il a été établi dès les premiers développements de cette recherche que les recommandations de l'O.R.D. sont des actes juridiques desquels résulte, en particulier, une obligation précise pour le Membre qui a engagé sa responsabilité. Cette obligation ne signifie pas, bien entendu, que le Membre qu'elle oblige ne *pourrait pas* choisir l'inexécution ; seulement, si c'est cette voie qu'il choisit, le système attache une conséquence à sa conduite. On perçoit aisément cette conception dans la proposition formulée à l'article 22:2, qui énonce que *si* un Membre ne respecte pas la recommandation de l'O.R.D., *alors* le plaignant initial pourra demander l'autorisation de suspendre à son

¹⁸⁴² Les deux branches de cette alternative apparaissent bien, par exemple, *in* R. RAITH, « Suspension of concessions and retaliation under the Agreement on Safeguards : the recent US – Steel Safeguards case », *in* R. YERXA et B. WILSON (eds), *Key Issues in WTO Dispute Settlement – The first ten years*, *op. cit.*, p. 233-234, qui pose les trois conduites ouvertes au Membre responsable, dont les deux premières relèvent de la première branche de l'alternative (*i.e.* l'exécution de son obligation), de la manière suivante : (1) retirer la mesure illicite ; (2) modifier la mesure de manière à supprimer l'illicéité ; et (3) « *the losing respondent party can decide, at least for an interim period, not to implement. In this scenario the losing respondent party has to provide compensation to the prevailing party [...] or be prepared to suffer retaliatory measures* ».

égard des concessions ou d'autres obligations¹⁸⁴³. L'équation que contient cette disposition reflète parfaitement, d'une part, l'association normative entre l'obligation juridique et la sanction de son inexécution ; d'autre part, et c'est le corollaire logique de cette association normative, la neutralité axiologique la sanction en devient apparente : si le défendeur initial n'exécute pas l'obligation qui résulte de la recommandation, il s'expose à subir une suspension ; *a contrario*, s'il exécute l'obligation, il ne subira aucune conséquence, sa conduite étant alors celle que l'obligation exige et qui le fait précisément échapper à la sanction¹⁸⁴⁴. En ce sens, par la manière dont le Mémorandum la conçoit et la formule, la suspension de concessions est l'idéal-type de la sanction, en tant que mode coercitif d'exécution.

ii Choix de la branche (2) (suspension) et continuité de l'obligation

La seconde lecture qui peut être donnée de l'alternative n'est pas inconcevable dans l'abstrait, mais elle dépasse les limites posées par un système qui, au moyen d'une forte juridicisation, affiche clairement qu'il n'entend pas tolérer que le rétablissement de la légalité soit « négociable ». La perception que la suspension de concessions serait une alternative permanente et juridiquement validée à la mise en conformité, qui affranchirait le Membre responsable qui la subit de mettre fin à son comportement illicite au motif que, par la suspension de concessions, l'équilibre serait rétabli, n'est pas fondée en droit et doit par conséquent être rejetée. Cette position a pourtant maintes fois été soutenue, notamment par Mme Hippler Bello. Selon cet auteur en effet, « *the good news is that the United States is not required to comply with a WTO dispute*

1843 V. par exemple J. H. JACKSON, « The WTO Dispute Settlement Procedures : A Preliminary Appraisal », in J. J. SCHOTT (ed.), *The World Trading System : Challenges Ahead*, Washington D.C., Institute for International Economics, 1996, p. 161 ; J. PAUWELYN, « Enforcement and Countermeasures in the WTO : Rules are Rules – Towards a More Collective Approach », *op. cit.* ; T. JÜRGENSEN, « Crime and Punishment : Retaliation Under the World Trade Organization Dispute Settlement System », *op. cit.*, qui souligne les deux conditions cumulatives pour qu'un Membre puisse demander l'autorisation de suspendre des concessions à l'égard d'un autre (*i.e.* engagement de sa responsabilité par un Membre et inexécution de l'obligation qui en résulte).

1844 Et inversement – retour sur les propositions formulées au sujet du caractère obligatoire des recommandations de l'O.R.D. – si la suspension de concessions est conçue comme la sanction d'un comportement contraire à une prescription, c'est bien que la prescription en cause est juridique. M. Jackson parle en ce sens d'une « *obligation to perform* » que révèlent une combinaison de dispositions du Mémorandum et l'échafaudage institutionnel et juridictionnel qui les appliquent. V. J. H. JACKSON, « The WTO Dispute Settlement Understanding – Misunderstandings on the Nature of Legal Obligations », *op. cit.*, p. 63.

settlement ruling adverse to the United States. (The correspondingly bad news is that neither is any other member.) Instead, the United States (and any other member) may choose to comply, to compensate, or to stonewall and suffer retaliation against its exports »¹⁸⁴⁵. De la même manière, les professeurs Carreau et Juillard affirment que la mise en conformité ne serait pas une obligation. Selon eux, la mise en jeu des mécanismes de l'article 22 (compensation et suspension de concessions) neutraliserait l'obligation, si bien que « rien ne garantit qu'il sera mis fin à l'illégalité en cause, le pays "en infraction" pouvant "s'acheter une mauvaise conduite" soit en accordant de nouvelles concessions commerciales équivalentes soit en se voyant appliquer des représailles économiques appropriées [...]. Inutile de dire qu'une telle situation est étrangère à une application satisfaisante de la règle de droit et à l'idée même d'état de droit »¹⁸⁴⁶.

Ces affirmations correspondent à la « *efficient breach theory* » développée dans le droit des contrats, et dont le courant du *Law and Economics* et en

1845 J. H. BELLO, « The WTO Dispute Settlement Understanding : Less Is More », *op. cit.*, p. 418.

La thèse soutenue est suffisamment singulière pour être citée : l'auteur considère en effet que « *sovereign nations do not relinquish their sovereignty by virtue of their membership in the WTO, including its dispute settlement proceedings. If the local politics du jour or changing economics require or merit it, any WTO member may exercise its sovereignty and take action inconsistent with the WTO Agreement, provided only that it compensates adversely affected trading partners or suffers offsetting retaliation* », *ibid.*, p. 417. La position selon laquelle le droit de l'O.M.C. ne créerait pas d'obligations juridiques pour les Membres (et en particulier pour les Etats-Unis, v. l'action judiciaire relatée dans l'Introduction) est exposée et argumentée in S. MCBRIDE, « Dispute Settlement in the WTO : Backbone of the Global Trading System or Delegation of Awesome Power ? », *op. cit.*, spéc. p. 649-652, qui conclut cependant avec forte conviction que cette opinion est juridiquement sans fondement (p. 652-659).

1846 D. CARREAU et P. JUILLARD, *Droit international économique*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 2007, p. 95-96. Une position similaire ou identique est soutenue par de nombreux auteurs, qui sont pour partie les mêmes que ceux qui soutiennent que la suspension de concessions a pour seule fonction de rééquilibrer les concessions : v. en particulier F. W. SCHWARTZ et A. O. SYKES, « The Economic Structure of Renegotiation and Dispute Resolution in the World Trade Organization », *op. cit.*, p. 179-204 ; A. O. SYKES, « The Remedy for Breach of Obligations under the WTO Dispute Settlement Understanding : Damages or Specific Performance ? », *op. cit.*, p. 347-357 ; T. M. REIF et M. FLORESTAL, « Revenge of the Push-Me, Pull-You : The Implementation Process Under the WTO Dispute Settlement Understanding », *Int. Law.*, 1998, vol. 32, n° 3, p. 755-788 ; K. BAGWELL et R. W. STAIGER, « An Economic Theory of GATT », *op. cit.*, p. 215-248 ; D. COLLINS, « Efficient Breach, Reliance and Contract Remedies at the WTO », *op. cit.*, p. 225-244 ; R. H. YERXA et D. J. MARANTIS, « Assessing the New WTO Dispute Settlement System : A US Perspective », *Int. Law.*, 1998, vol. 32, n° 3, p. 795-810 ; D. PALMETER et S. A. ALEXANDROV, « "Inducing Compliance" in WTO Dispute Settlement », *op. cit.*, p. 646-666.

particulier le professeur Posner sont les principaux partisans. Selon cette théorie, il serait des cas dans lesquels une violation et le paiement de dommages-intérêts seraient préférables à l'exécution d'une obligation, « préférables » signifiant « plus rentables » en termes économiques, et il faudrait dans ces cas admettre la violation¹⁸⁴⁷. En quelque sorte, le comportement serait non pas licite – il reste bien constitutif d'une violation, d'un « *breach* » –, mais en tout cas légitime. S'agissant des engagements pris à l'O.M.C., les opinions exposées ci-dessus, partagées par de nombreux auteurs, nous semblent reposer sur une perception erronée en droit des obligations que le système normatif de l'O.M.C. et son mécanisme de responsabilité imposent aux Membres¹⁸⁴⁸. De deux choses

1847 L'affirmation de cette même approche remonte à R. BIRMINGHAM, « Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency », *Rutgers L. Rev.*, 1970, vol. 24, p. 273-292, qui tenait que « [r]epudiation of obligations should be encouraged where the promisor is able to profit from his default after placing his promisee in as good a position as he would have occupied had performance been rendered » (p. 284). L'approche a ensuite reçu le nom « *efficient breach theory* » sous lequel elle est désormais connue, depuis un article paru en 1977 dans la revue juridique de l'université Columbia : Ch. GOETZ et R. SCOTT, « Liquidated Damages, Penalties, and the Just Compensation Principle : A Theory of Efficient Breach », *Colum. L. Rev.*, 1977, vol. 77, n° 4, p. 554-594. Aujourd'hui, la *efficient breach theory* est en particulier associée à M. Posner, dont on se contentera ici de citer la célèbre illustration de la théorie, telle que formulée dans la 5^e édition de son ouvrage : « Suppose I sign a contract to deliver 100,000 custom-ground widgets at \$10 apiece to A for use in his boiler factory. After I have delivered 10,000, B comes to me, explains that he desperately needs 25,000 custom-ground widgets at once since otherwise he will be forced to close his pianola factory at great cost, and offers me \$15 apiece for them. I sell him the widgets and as a result do not complete timely delivery to A, causing him to lose \$1,000 in profits. Having obtained an additional profit of \$1,250 on the sale to B, I am better off even after reimbursing A for his loss, and B is also better off. The breach is Pareto superior », in R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 5^e éd., New York, Aspen Law & Business, 1998, p. 119. Au sujet des manifestations de la théorie du *efficient breach* dans le système commercial multilateral, v. par exemple H. HAUSER, « Die WTO-Streitschlichtung aus einer Law and Economics Perspektive », in H. BERG (ed.), *Theorie der Wirtschaftspolitik – Erfahrungen, Probleme, Perspektiven*, Berlin, Duncker und Humblot, 2001, p. 79-111 ; ANON., « (In)efficient Breach of International Trade Law : The State of the Free Pass after China's Rare Earths Export Embargo », *Harv. L. Rev.*, 2011, vol. 125, n° 2, p. 602-625. Plus largement, en faveur de l'applicabilité de l'analyse économique du droit au droit international, v. J. L. DUNOFF et J. P. TRACHTMAN, « Economic Analysis of International Law », *Yale J.I.L.*, 1999, vol. 24, n° 1, p. 1-59, qui développent et soutiennent leur transposition à partir de l'analogie entre le « marché » des relations internationales et les marchés traditionnels de marchandises.

1848 L'approche citée ci-dessus a par ailleurs véritablement indigné certains auteurs, qui considèrent même qu'elle ne mérite pas d'être discutée tant elle est infondée. En ce sens, v. par exemple Ch. GRAY, « Types of Remedies in ICJ Cases : Lessons for the WTO ? », in

l'une : soit la valeur d'une obligation juridique et donc les conséquences de sa violation sont méconnues, soit c'est le rapport normatif obligation-violation-sanction et la fonction coercitive de la sanction qui le sont¹⁸⁴⁹. Dans les deux cas, cette vision est animée par une perception qui réduit la suspension de concessions à son effet compensatoire, celui de restaurer l'équilibre inter-subjectif, qui se trouve ici exalté et même élevé au rang de *fonction* de la suspension. Sans partager cette opinion et le raisonnement qui y conduit, il faut concéder que les négociateurs ont manqué d'introduire dans le Mémorandum une formulation qui aurait précisé sans ambiguïté que le maintien de la violation, même en « contrepartie » d'une compensation ou d'une suspension de concessions, n'est pas une alternative durablement tolérée par le système. A défaut d'une telle précision, il faut au minimum reconnaître que l'ambivalence existe, et elle soulève alors, en droit, la question de la signification de l'alternative.

L'article 22:1 du Mémorandum dispose que « ni la compensation ni la suspension de concessions ou d'autres obligations ne sont préférables à la mise en œuvre intégrale d'une recommandation de mettre une mesure en conformité avec les accords visés ». Il est vrai que l'expression de cette « préférence » est une manière seulement indirecte et pas assez ferme de formuler l'obligation de mise en œuvre des recommandations de l'O.R.D. Cependant, d'une part, elle établit sans équivoque que la suspension de concessions et la mise en conformité ne sont pas deux conduites équivalentes¹⁸⁵⁰ : celle-ci correspond

F. WEISS (ed.), *Improving WTO Dispute Settlement Procedures : Issues and Lessons from the Practice of Other International Courts and Tribunals*, *op. cit.*, spéc. p. 411-412 (qui tient fermement que « *this hardly seems a serious argument* », p. 411) ; D. P. STEGER, *Peace Through Trade : Building the World Trade Organization*, *op. cit.*, p. 245-246. Plus largement sur la préférence à donner à la *restitutio in integrum* ou à la compensation en droit international général, v. Ch. GRAY, « The Choice between Restitution and Compensation », *E.J.I.L.*, 1999, vol. 10, n° 2, p. 413-423.

1849 En ce sens, v. également l'opinion de M. Jackson, qui soutient que l'opinion défendue par les partisans du « droit d'acheter une violation » par le mécanisme compensatoire, qui se substituerait donc à l'exécution de l'obligation de mise en conformité, est en parfaite contradiction des obligations juridiques découlant du Mémorandum : par exemple *in* J. H. JACKSON, *Sovereignty, the WTO and Changing Fundamentals of International Law*, *op. cit.*, p. 159.

1850 V. également en ce sens P. C. MAVROIDIS, G. A. BERMAN et M. WU, *The Law of the World Trade Organization (WTO) – Documents, Cases & Analysis*, *op. cit.*, p. 1073 ; T. JÜRGENSEN, « Das WTO-Schiedsverfahren zur Festlegung von Sanktionen nach Art. 22 DSU », *R.I.W.*, 2000, n° 8, p. 580 ; S. CHARNOVITZ, « The WTO's Problematic "Last Resort" Against Noncompliance », *op. cit.*, p. 423 et 424-429.

à la conduite préférée et prescrite, celle-là à un mécanisme consécutif au non-respect de celle-ci, mais seulement toléré (et seulement à son titre de mécanisme consécutif). M. Mavroidis affirme clairement en ce sens, auquel nous adhérons pleinement, que « *[a]rticle 22.1 of the DSU prioritises requiring the specific performance of the obligations assumed rather than using the suspension of concessions – compensation and suspension of concessions are to be used as a transitory solution until specific performance can be achieved* »¹⁸⁵¹. A un niveau d'analyse abstrait, la neutralité axiologique de la sanction que constitue la suspension de concessions est intacte : les termes de l'alternative pour un Membre mettant en œuvre restent les mêmes, et cela n'est pas incompatible avec l'expression d'une préférence dans le Mémoire. Cette préférence relève davantage du jugement de valeur – mais aussi du jugement pragmatique, car toute suspension de concessions a pour effet de perturber encore plus un équilibre qu'il s'agit de restaurer. D'autre part, il apparaît à travers cette disposition et l'objectif du règlement des différends tel qu'exposé à l'article 3 que le dispositif de suspension de concessions n'est pas conçu comme une technique substitutive : subir une suspension de concessions n'est *pas* une conduite qui *efface* l'obligation de mise en conformité et se *substitue* au rétablissement de la légalité. Bien qu'une suspension puisse se prolonger pendant un temps considérable, selon la capacité de résistance économique du Membre qu'elle frappe, elle n'éteint pas l'obligation juridique sous-tendue ; autrement dit, elle n'affranchit pas le Membre d'exécuter l'obligation qui résulte de l'engagement de sa responsabilité¹⁸⁵². Que le mécanisme ne dispose pas des moyens pour empêcher que cette situation puisse être maintenue indéfiniment, et que la suspension de concessions soit, de fait, employée comme une alternative à la mise en conformité n'y portent pas atteinte. Le Mémoire énonce que le différend n'est considéré résolu qu'au moment de la mise en œuvre parfaite et intégrale de la recommandation de l'O.R.D. On le perçoit particulièrement à

1851 P. C. MAVROIDIS, « On Compliance in the WTO – Enforcement Amongst Unequal Disputants », *op. cit.*, p. 1-2.

1852 En ce sens, v. par exemple G. MARCEAU et J. A. HAMAOU, « Implementation of Recommendations and Rulings in the WTO System », *op. cit.*, p. 196 et 205, qui soulignent que la compensation et la suspension de concessions « *are not substitutes for full implementation of the DSB recommendations and rulings* » (p. 196). La même observation a été faite au sujet de la compensation selon l'article 22, par exemple Y. SUZUKI, « “Sequencing” and Compliance », in D. GEORGIEV et K. VAN DER BORGH (eds), *Reform and Development of the WTO Dispute Settlement System*, *op. cit.*, p. 385-386 ; ou encore N. H. YENKONG, « World Trade Organization Dispute Settlement Retaliatory Regime at the Tenth Anniversary of the Organization : Reshaping the “Last Resort” Against Non-compliance », *op. cit.*, spéc. p. 377-378.

l'article 22:8, selon lequel « l'ORD continuera de tenir sous surveillance la mise en œuvre des recommandations ou décisions adoptées, *y compris dans les cas où* une compensation aura été octroyée ou dans les cas où des concessions ou d'autres obligations auront été suspendues, *mais* où des recommandations de mettre une mesure en conformité avec les accords visés n'auront *pas été mises en œuvre* »¹⁸⁵³. Le Mémoire ne pourrait établir plus clairement que le choix d'un Membre responsable de subir une suspension de concessions ne neutralise pas l'obligation de mise en conformité à laquelle il reste soumis, et que la fonction du mécanisme est coercitive¹⁸⁵⁴. Dans les mots de Mmes

¹⁸⁵³ Italiques ajoutés.

¹⁸⁵⁴ Au soutien de cette position, on citera en particulier M. Jackson, qui n'a jamais infléchi sa vision « *rule-oriented* » du système de l'O.M.C. et de son mécanisme de règlement des différends : v. par exemple J. H. JACKSON, *Sovereignty, the WTO and Changing Fundamentals of International Law*, *op. cit.*, p. 159 et 195-198 ; *id.*, « The WTO Dispute Settlement Understanding – Misunderstandings on the Nature of Legal Obligations », *op. cit.*, p. 60-64 ; *id.*, « International Law Status of WTO Dispute Settlement Reports : Obligation to Comply or Option to "Buy Out" ? », *op. cit.*, p. 109-125 ; *id.*, « The WTO Dispute Settlement Procedures : A Preliminary Appraisal », *op. cit.*, p. 161. V. aussi R. HOWSE et R. W. STAIGER, « United States – Anti-Dumping Act of 1916 (Original Complaint by the European Communities) – Recourse to arbitration by the United States under 22.6 of the DSU, WT/DS136/ARB, 24 February 2004 », *op. cit.*, spéc. p. 313-315, qui concluent catégoriquement, après un commentaire critique de l'approche défendue par M. Sykes, que « *countermeasures (as opposed to retrospective compensatory damages) are aimed at securing compliance, and they are not a substitute for it. Contracting out of custom should be clear and unambiguous* » (p. 314). Dans le même sens, le professeur Renouf affirme, en renvoyant à l'article 22:1 du Mémoire, que les suspensions de concessions « *are not a legally acceptable substitute for compliance under the DSU* », in Y. RENOUF, « A brief introduction to countermeasures in the WTO dispute settlement system », *op. cit.*, p. 112. On se contentera ici d'indiquer quelques auteurs parmi une doctrine tendant majoritairement en ce sens : R. E. HUDEC, « Broadening the Scope of Remedies in the WTO Dispute Settlement », *op. cit.*, spéc. p. 377 ; G. SACERDOTI, « The nature of WTO arbitrations on retaliation », *op. cit.*, p. 24 ; S. CHARNOVITZ, « Rethinking WTO Trade Sanctions », *A.J.I.L.*, 2001, n° 4, p. 792-832 ; B. MCGIVERN, « Seeking Compliance with WTO Rulings : Theory, Practice and Alternatives », *op. cit.*, spéc. p. 144-145 ; *id.*, « Retaliation Revisited : Compliance and Implementation Issues in WTO Dispute Settlement », *op. cit.*, spéc. p. 242-243 ; M. BRONCKERS et N. VAN DEN BROEK, « Financial Compensation in the WTO – Improving the Remedies of WTO Dispute Settlement », *op. cit.*, spéc. p. 102 ; R. NORDBLAD, « Enforcement of World Trade Organization Law », *op. cit.*, spéc. p. 216-224 ; C. M. VÁSQUEZ et J. H. JACKSON, « Some Reflections on Compliance with WTO Dispute Settlement Decisions », *op. cit.*, p. 555-568 ; P. ECKHOUT, « Remedies and Compliance », *op. cit.*, p. 452-454.

Marceau et Hamaoui : « *there is only a single conclusion and a single permanent remedy : full compliance with WTO law* »¹⁸⁵⁵.

**B *Cadre temporel de licéité de la suspension de concessions :
de la fin du délai raisonnable à la mise en conformité***

Si les dispositifs de réaction à l'illicite du Mémorandum et de l'Accord sont destinés à inciter le Membre récalcitrant à la mise en œuvre des recommandations de l'O.R.D., la suspension de concessions ne peut pas durer indéfiniment. Elle n'est destinée qu'à être provisoire, et son caractère temporaire est expressément inscrit aux paragraphes 1 et 8 de l'article 22 du Mémorandum¹⁸⁵⁶. La disposition ne toutefois aucune indication précise sur la durée d'une suspension de concessions, autrement dit sur sa licéité dans le temps. S'agissant du moment à partir duquel le recours à la suspension de concessions est licite, un premier élément de réponse est donné par la conception de la responsabilité dans le règlement des différends de l'O.M.C., dont il a été établi précédemment qu'elle s'inscrivait dans une dynamique *ex nunc*. La suspension de concessions ne peut donc être conçue que comme une mesure de réaction exclusivement proactive. En outre, le Mémorandum énonce que c'est le manquement à l'obligation qui résulte des recommandations de l'O.R.D. qui justifie le recours à la suspension de concession. C'est en ce sens que l'arbitre dans l'affaire *CE – Hormones* considéra, manifestement sans juger sa démarche susceptible de contestation et donc sans en justifier longuement, que la question de l'équivalence entre le montant du dommage et celui de la suspension proposée exigeait qu'il détermine quelles seraient les exportations annuelles prospectives de viande de bœuf des Etats-Unis vers les Communautés si celles-ci avaient retiré leur mesure d'interdiction illicite le jour de l'expiration du délai raisonnable qui leur avait été accordé. Cela rejoint le constat précédemment formulé que le fondement juridique d'une suspension de concession est le non-respect de l'obligation de cessation que fait naître l'engagement de responsabilité d'un Membre, et celui-ci sera dans une telle situation d'inexécution dès le lende-

¹⁸⁵⁵ G. MARCEAU et J. A. HAMAOU, « Implementation of Recommendations and Rulings in the WTO System », *op. cit.*, p. 187.

¹⁸⁵⁶ Cette même précision se retrouve dans le texte de la C.D.I. sur la responsabilité des Etats, dont l'article 49 paragraphe 2 limite les contre-mesures à « l'inexécution temporaire d'obligations internationales de l'Etat prenant les mesures envers l'Etat responsable ». C'est par ailleurs de la précision du caractère temporaire d'une suspension de concessions que l'arbitre dans l'affaire *CE – Bananes III* avait inféré la fonction de la suspension : « ce caractère *temporaire* indique que l'objectif des contre-mesures est d'*inciter au respect* des recommandations et décisions », décision de l'arbitre, *CE – Bananes III* (22:6 USA), *op. cit.*, par. 6.3.

main de la fin du délai de mise en œuvre. Pour ajouter à la justification de considérer l'expiration du délai raisonnable comme date à partir de laquelle le dommage est comptabilisé aux fins d'une suspension de concessions, l'arbitre dans l'affaire précitée avait par ailleurs précisé qu'on ne pouvait partir du principe que les Communautés étaient soumises depuis la mise en place, en 1989, de leur régime d'interdiction à une obligation juridique de le retirer, et ce d'autant moins que les violations constatées au cours de la procédure initiale étaient des violations de l'Accord SPS, qui n'est entré en vigueur qu'avec l'O.M.C. le 1^{er} janvier 1995¹⁸⁵⁷.

Quant au moment où s'éteint le droit de suspendre des concessions, en d'autres termes où le maintien d'une suspension sera lui-même constitutif d'une illicéité, il s'infère sans difficulté de l'objectif d'incitation à la mise en conformité : *a contrario*, dès le moment où la mise en œuvre de la recommandation de l'O.R.D. est réalisée, la suspension de concessions a rempli sa fonction et perd son fondement juridique. C'est aussi ce que confirme l'article 22:8 du Mémoire : « [1]a suspension de concessions ou d'autres obligations [...] ne durera que jusqu'à ce que la mesure jugée incompatible avec un accord visé ait été éliminée, ou que le Membre devant mettre en œuvre les recommandations ou les décisions ait trouvé une solution à l'annulation ou à la réduction d'avantages, ou qu'une solution mutuellement satisfaisante soit intervenue »¹⁸⁵⁸. En théorie, la licéité d'une suspension de concessions est donc temporellement établie entre la condition acquisitive du droit de réagir à l'illicéité, c'est-à-dire le manquement à compter de l'expiration du délai raisonnable à l'obligation qui résulte de la recommandation de l'O.R.D., et la condition extinctive de ce droit, c'est-à-dire l'exécution de ladite obligation. Ce cadre temporel est le reflet parfait de celui qu'établit le droit international général s'agissant des contre-mesures. Ainsi, l'article 52 paragraphe 3 du texte de la C.D.I. dispose que « [1]es contre-mesures [...] doivent être suspendues sans retard indu si : a) le fait internationalement illicite a cessé », et l'article 53 formule encore plus clairement cette condition extinctive : « [i]l doit être mis fin aux contre-mesures dès que l'Etat responsable s'est acquitté des obligations

1857 Décision de l'arbitre, *CE – Hormones* (22:6), *op. cit.*, par. 38.

1858 On perçoit bien à cette formule que les situations de non-violation sont bien comprises dans les hypothèses d'illicéité pouvant donner lieu à une suspension de concession : « que le Membre devant mettre en œuvre les recommandations ou les décisions ait trouvé une solution à l'annulation ou à la réduction d'avantages » fait écho à l'obligation de procéder à un ajustement mutuellement satisfaisant (art. 26:1) qui incombe au Membre en vertu de la recommandation de l'O.R.D., Membre dont la responsabilité avait été engagée parce que son comportement, licite en soi, cause un dommage à un autre.

qui lui incombent à raison du fait internationalement illicite ». Symétrie théorique, donc, du cadre temporel de la licéité de la réaction à l'illicite entre la suspension de concessions du droit de l'O.M.C. et la contre-mesure du droit international général.

Mais dans la pratique, le texte de la C.D.I. et le Mémoire présente les mêmes lacunes, et donc les mêmes difficultés potentielles. L'expression « sans retard indu » de l'article 53 du texte de la C.D.I. indique certes que l'auteur du fait illicite qui a cessé le comportement en cause n'a plus à tolérer le maintien de contre-mesures contre lui à partir de ce moment ; mais la disposition, tout comme celle du Mémoire, reste silencieux s'agissant de la cessation de l'application d'une contre-mesure lorsque son auteur n'y procède pas spontanément. Les négociateurs comptaient sans doute sur la bonne foi des Etats, et peut-être aussi qu'ils n'avaient tout simplement pas anticipé la difficulté. En droit international, un Etat qui subi indûment des contre-mesures n'a donc guère d'autre choix que de négocier avec l'Etat qui les applique, conformément à la logique diplomatique dans laquelle s'inscrit classiquement la phase d'exécution, puis de contester la contre-mesure devant le juge international s'il le peut. A l'O.M.C., et bien que le système soit renforcé d'un mécanisme juridictionnel intégré, qui encadre le différend depuis le moment où les Membres le lui confient jusqu'à son extinction, la même lacune existait s'agissant de la cessation d'une suspension de concessions : comment garantir que son application cesse au moment où est mis fin au manquement à l'obligation de mise en conformité ? Il a fallu attendre que la difficulté se présente dans la pratique, et l'intervention du juge sur une question qu'il aurait mieux valu que les Membres puissent décider, pour confirmer que le plaignant initial doit en effet cesser la suspension de concession dès le moment où le Membre responsable a exécuté l'obligation de mise en conformité¹⁸⁵⁹. La suspension a alors rempli sa fonction coercitive et, si le plaignant initial ne la cesse pas, sa mesure sera à son tour constitutive d'une illicéité ; le défendeur pourra alors recourir à un groupe spécial au titre de l'article 21:5 pour faire constater dans le cadre d'une procédure accélérée que la mise en conformité est bien réalisée, supprimant de ce fait le fondement juridique de la suspension¹⁸⁶⁰.

1859 Le thème de la cessation des suspensions de concessions n'est ici qu'esquissé dans ses grandes lignes : il a déjà été traité plus longuement *supra*, dans le cadre de la question de la chronologie entre la procédure de l'article 21:5 et l'arbitrage de l'article 22:6, v. Première partie, Titre I, Chapitre I, Section II, § 1, B., 2.

1860 On se contente de reproduire ici le passage pertinent des rapports de l'Organe d'appel, mais, pour plus de précisions, v. *supra* : « [d]ans les cas où, comme en l'espèce, une mesure de mise en œuvre est prise et que les Membres sont en désaccord sur le point de savoir

§ 2 Fonction subjective de la suspension de concessions : le caractère répressif de la coercition

M. Leben observe au sujet des contre-mesures du droit international général qu'elles peuvent bien avoir une fonction répressive, dont l'acceptation reste toutefois fortement controversée ; par conséquent, « on est obligé de rechercher les indices qui révèlent que les Etats ont voulu donner un aspect punitif à leurs contre-mesures »¹⁸⁶¹. Cette même ambivalence s'observe à l'O.M.C., et il semble plus utile d'aborder la dimension afflictive des suspensions de concessions sous deux angles différents : celui d'une potentielle fonction punitive et celui des effets punitifs d'une mesure. Les arbitres au titre de l'article 22:6 fondent sur le Mémorandum leur refus catégorique d'accorder à la suspension de concessions une *fonction* expressément répressive (A.). La pratique du contentieux fait toutefois apparaître que cette fonction peut être impliquée, ou du moins que la suspension de concessions peut avoir un *effet* punitif (B.).

A *Refus d'une fonction répressive de la suspension de concessions*

La pratique consistant à dépasser une indemnisation stricte et à infliger au contraire ce qui s'analyse comme des dommages-intérêts punitifs n'est pas étrangère au droit international. Dans l'affaire du *I'm Alone* par exemple, les Commissaires avaient déclaré illicite l'acte de couler le navire et considéré que les Etats-Unis devaient « reconnaître formellement l'illégalité de cet acte » ; au surplus, « *as a material amend in respect of the wrong the United States should pay the sum of \$25,000 to His Majesty's Canadian Government* »¹⁸⁶². Cette somme, par son caractère forfaitaire, laisse peu de doute sur ce qu'elle fut fixée à titre de dommages-intérêts punitifs¹⁸⁶³. La même tendance s'observe dans

si cette mesure réalise la mise en conformité sur le fond, les deux Membres ont le devoir d'engager une procédure de règlement des différends dans le cadre de l'OMC en vue d'établir si les conditions énoncées à l'article 22:8 ont été remplies et si, en conséquence, il doit être mis fin à la suspension de concessions. Une fois que la mise en conformité sur le fond a été confirmée dans le cadre de procédures de règlement des différends à l'OMC, l'autorisation de suspendre des concessions devient caduque de plein droit (*ipso jure*), parce qu'il a été déterminé qu'une des conditions résolutives conformément à l'article 22:8 est remplie », rapport de l'Organe d'appel dans les affaires *Etats-Unis – Maintien de la suspension* et *Canada – Maintien de la suspension*, *op. cit.*, par. 310.

1861 Ch. LEBEN, « Contre-mesures », *op. cit.*, p. 6 par. 32.

1862 Tribunal arbitral, S.S. "*Tm Alone*" (Canada c. Etats-Unis d'Amérique), rapport final conjoint des Commissaires du 5 janvier 1935, *R.S.A.*, vol. III, p. 1618.

1863 V. également en ce sens le Rapporteur spécial Crawford, qui a observé que « les dommages-intérêts étaient censés [...] faire honte [aux Etats-Unis] d'avoir coulé un navire

l'affaire du *Rainbow Warrior*, où des excuses formelles de la part du gouvernement français étaient exigées, assorties d'une indemnisation fixée à hauteur de 7 millions de dollars américains « *as compensation for all the damage it has suffered* »¹⁸⁶⁴, sans pour autant que le dommage subi ait préalablement été quantifié plus précisément¹⁸⁶⁵. On se rappelle par ailleurs que le deuxième rapport sur la responsabilité des Etats du Rapporteur spécial Arangio-Ruiz faisait explicitement état de dommages-intérêts punitifs à l'article 45 de son projet d'articles, avant que l'expression n'en fût supprimée. De la même manière, les amendes infligées dans le droit communautaire s'analysent comme des sanctions « punitives »¹⁸⁶⁶.

Dans le contentieux de l'O.M.C. cependant, la position affichée est celle d'un net refus d'une suspension de concessions qui prendrait la forme de dommages-intérêts punitifs. En effet, dans la foulée de l'affirmation de la fonction d'incitation à la mise en conformité de la suspension de concessions, l'arbitre dans l'affaire *CE – Bananes III* avait catégoriquement écarté sa dimension potentiellement répressive : l'« objectif [d'inciter au respect des recommandations de l'O.R.D.] ne signifie pas que l'ORD devrait accorder l'autorisation de suspendre des concessions allant au-delà de ce qui est *équivalent* au niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages. À notre avis, rien dans l'article 22:1 du Mémoire d'accord, et encore moins dans les paragraphes 4 et 7 de l'article 22, ne peut être interprété comme justifiant l'application de contre-mesures de caractère *punitif* »¹⁸⁶⁷. Cette position n'est guère surprenante, elle est une conséquence de l'égalité souveraine des Etats : en vertu du principe *par in parem non habet imperium*, l'idée dans l'ordre international d'une punition infligée par un Etat à un autre devient inconcevable, et au minimum inconfortable. Cela dit, il ne faut pas oublier que le plaignant initial ne fait que mettre en œuvre la suspension, et qu'il le fait sur habilitation de l'Organisation : en toute rigueur, on ne peut donc pas considérer qu'un Membre punirait un

d'immatriculation canadienne », v. C.D.I., *Comptes rendus analytiques des séances de la cinquante-deuxième session*, « Responsabilité des Etats – Troisième rapport du Rapporteur spécial », 2635^e séance, *Annuaire C.D.I.*, 2000, I, p. 194 par. 14.

1864 Tribunal arbitral, *Rainbow Warrior*, *op. cit.*, p. 224 par. 12.

1865 Sur la question des dommages-intérêts punitifs en tant que sanction du dommage moral, v. E. DECAUX, « Responsabilité et réparation », in S.F.D.I., *La responsabilité dans le système international*, *op. cit.*, p. 147-190, spéc. p. 182-190. Pour une analyse de l'affaire *Rainbow Warrior*, v. M. PUGH, « Legal Aspects of the *Rainbow Warrior* Affair », *I.C.L.Q.*, 1987, vol. 36, n° 3, p. 655-669.

1866 A ce sujet, v. notamment A. HEITZER, *Punitive Sanktionen im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 1997, spéc. p. 18-20.

1867 Décision de l'arbitre, *CE – Bananes III* (22:6 USA), *op. cit.*, par. 6.3.

autre ; plutôt, c'est l'organe de jugement qui déciderait de donner à la mesure un caractère punitif, lequel serait par conséquent imputable à l'Organisation. Que la démarche n'en reste pas moins inconfortable apparaît au regard de ce que tous les arbitres postérieurs se sont alignés sur l'affirmation précitée, certains en citant intégralement le passage pertinent¹⁸⁶⁸, qui n'a même jamais été contesté ou seulement discuté¹⁸⁶⁹. En application de cette ligne directrice, l'arbitre dans l'affaire *Etats-Unis – Jeux* a ainsi considéré que « [p]our déterminer si ce niveau proposé est “équivalent”, nous devons prendre soin de nous assurer que le niveau de la suspension n'est ni réduit à un niveau inférieur au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages revenant à la partie plaignante, de nature à porter atteinte aux droits de celle-ci, ni supérieur au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages, de sorte qu'il en deviendrait punitif »¹⁸⁷⁰. Bien que le caractère punitif d'une suspension pourrait contribuer à, sinon même augmenter la capacité d'une suspension à inciter à la mise en conformité¹⁸⁷¹, cela signifie que le mécanisme tel que les arbitres le comprennent exige que la fonction coercitive soit exclusive d'une fonction simultanément répressive : la coercition doit être réalisée dans le strict respect des conditions de licéité de l'article 22, et en particulier du principe d'équivalence, qui interdit toute dimension punitive, quand bien même celle-ci ajouterait à la force coercitive de la mesure.

Alors que l'Accord SMC offre une plus grande latitude, au regard de l'autorisation expresse de tenir compte de la gravité de l'infraction dans le calcul

1868 V. la décision de l'arbitre, *CE – Hormones* (22:6), *op. cit.*, par. 40 ; décision de l'arbitre, *Brésil – Aéronefs* (22:6), *op. cit.*, par. 3.55 ; décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Coton upland* (22:6 (1)), *op. cit.*, par. 4.109.

1869 Ainsi, dans l'affaire *Etats-Unis – Fils de coton*, l'Organe d'appel était confronté à une mesure de sauvegarde et avait, pour l'apprécier, eu recours aux considérations pertinentes relatives à la détermination du montant d'une suspension de concessions : « [c]ette disposition [l'article 22:4] du Mémoire d'accord a toujours été interprétée comme ne justifiant pas des dommages-intérêts punitifs », v. le rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Fils de coton*, *op. cit.*, par. 120.

1870 Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Jeux* (22:6), *op. cit.*, par. 3.24.

1871 Les travaux de la C.D.I. suggèrent déjà que fonction coercitive et fonction punitive peuvent se compléter et opérer parallèlement : v. par exemple C.D.I., *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa trente et unième session*, doc. A/34/10, « Chapitre III – Responsabilité des Etats », *Annuaire C.D.I.*, 1979, II-2, spéc. p. 128 par. 3 (commentaire de l'article 30 du projet d'articles). Certains auteurs rejettent toutefois catégoriquement l'idée de sanctions punitives, au motif qu'elles s'avèreraient contreproductives à l'objectif d'inciter à la mise en conformité ; ainsi par exemple D. P. STEGER, *Peace Through Trade : Building the World Trade Organization*, *op. cit.*, p. 249-250.

du niveau de la contre-mesure, la même position fut adoptée s'agissant des contre-mesures adoptées dans le cadre d'une affaire impliquant une subvention prohibée : « l'article 4.10 de l'Accord SMC ne constitue pas un chèque en blanc. Rien dans le texte ou dans son contexte ne laisse entendre qu'il existe un droit de prendre des mesures ayant manifestement un caractère punitif »¹⁸⁷². Cet alignement du régime des contre-mesures sur celui des suspensions de concessions s'explique toutefois par le fait que les contre-mesures obéissent à un principe de proportionnalité inversé. Or, le principe de proportionnalité en droit international général a toujours été entendu comme interdisant des contre-mesures punitives. En ce sens, la C.D.I. souligne que « [*countermeasures*] are taken with a view to procuring cessation of and reparation for the internationally wrongful act and not by way of punishment »¹⁸⁷³.

Dans ces conditions, les suspensions de type carrousel soulèvent une difficulté quant à leur application. On l'a dit, cette pratique consiste à modifier périodiquement, possiblement tous les jours, les concessions et autres obligations faisant l'objet de la suspension. Concrètement, cela signifie qu'un Membre peut un jour frapper de droits de douane relevés le produit X, le lendemain le produit Y, et encore le jour suivant un produit Z. La difficulté provient alors de ce que ce type de suspension échappe pour sa plus large partie au contrôle de l'arbitre, puisqu'elle repose sur l'absence d'une liste ferme de produits ou de services frappés par la suspension. Le calcul du niveau de l'équivalence n'est donc que partiel et imparfait, et dans sa mise en œuvre la suspension de type carrousel repose au contraire sur une appréciation unilatérale de l'équivalence. Une telle suspension peut aisément revêtir un caractère répressif qu'il est impossible aux arbitres d'empêcher ou seulement de limiter, à moins d'interdire en tant que telle la pratique du carrousel. On se rappelle toutefois que l'arbitre dans l'affaire *CE – Hormones* avait refusé de le faire, au motif du pouvoir discrétionnaire du plaignant initial de choisir la nature de la suspension¹⁸⁷⁴. Cette question est dès lors renvoyée vers les Membres dans le cadre de la réforme du Mémorandum, et les Communautés européennes ont

1872 Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – FSC* (22:6), *op. cit.*, par. 5.62.

1873 J. CRAWFORD, *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat – Introduction, texte et commentaires*, *op. cit.*, p. 337 par. 6 (introduction au Chapitre II consacré aux contre-mesures).

1874 Cependant, pour une plaidoirie pour l'admissibilité de sanctions de type carrousel, v. R. A. FORD, « The Beef Hormones Dispute and Carousel Sanctions : A Roundabout Way of Forcing Compliance with World Trade Organization Decisions », *op. cit.*, spéc. p. 565-569.

notamment formulé dans leur première proposition le souhait que la pratique du carrousel soit formellement interdite¹⁸⁷⁵.

B *Tolérance d'un effet répressif de la suspension de concessions*

La position affichée est celle d'une exclusion de la punition du mécanisme de règlement des différends, mais on n'en détecte pas moins dans la jurisprudence des traces plus ou moins subtiles du caractère punitif d'une suspension de concessions, sous la forme d'un effet incident du niveau autorisé d'une suspension spécifique. Dans certains cas, la jurisprudence paraît même présenter ce caractère punitif non pas seulement comme un effet, mais comme une véritable fonction implicite d'une suspension. Les arbitres continuent de réfuter qu'elle serait légitime et admise par le système, mais il reste que certaines fixations du niveau d'équivalence se comprennent difficilement si ce n'est sous l'angle de la punition¹⁸⁷⁶.

Ainsi par exemple dans l'affaire *Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs*, où l'arbitre s'interrogea sur la pertinence d'un ajustement du montant des contre-mesures compte tenu du refus du Canada de retirer sa subvention. Il est révélateur que le Canada qualifia les suspensions proposées par le Brésil de « contre-mesures “punitives” »¹⁸⁷⁷. Bien que l'arbitre raccrocha cette interrogation à celle de savoir si la fonction d'incitation à la mise en

1875 V. O.R.D., « Contribution des Communautés européennes et de leurs Etats Membres à l'amélioration du Mémorandum d'accord de l'O.M.C. sur le règlement des différends », TN/DS/W/1, 13 mars 2002, spéc. p. 6-7. Les Communautés européennes y plaidaient que le Mémorandum devrait contenir une disposition spécifique interdisant la suspension de type carrousel et paraissaient même sous-entendre que cette prohibition explicite était pour elles un aspect non négociable de la réforme, lorsqu'elles précisaient que « tout amendement du Mémorandum d'accord doit permettre de réaliser l'objectif essentiel des CE et de leurs Etats membres ».

1876 Précisons dès l'abord que nous ne lisons pas la décision de l'arbitre dans l'affaire *Etats-Unis – FSC* sous l'angle de la punition, en ce que l'arbitre y reconnut aux Communautés européennes le droit de suspendre des concessions à la hauteur du dommage global. Cette approche a été interprétée par certains auteurs comme impliquant une dimension punitive (v. par exemple H. RUIZ FABRI et P. MONNIER, « Chronique du règlement des différends 2009-2010 », *op. cit.*, p. 928) ; mais, si nous adhérons bien à l'observation que cette décision a eu « implicitement pour effet d'investir un seul membre de l'OMC de la “mission” d'obtenir une mise en conformité dont l'importance dépassait son seul intérêt » (*ibid.*), nous y voyons davantage les conséquences se situant dans la droite ligne de la nature objective du contentieux et de la nature multilatérale des obligations qui le sous-tendent.

1877 Décision de l'arbitre, *Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs* (22:6), *op. cit.*, par. 3.29.

conformité justifiait un ajustement du niveau de la contre-mesure, et bien qu'il eût auparavant extensivement cité le passage de l'affaire *Etats-Unis – FSC* qui interdit la fixation d'un niveau de contre-mesures manifestement punitif¹⁸⁷⁸, c'est bien cette pente qu'il emprunta. Certes, il considéra dans un premier temps que « la simple non-mise en conformité avec les recommandations et décisions de l'ORD et le fait que le Canada ne s'est pas encore mis en conformité ne sont pas des “facteurs aggravants” justifiant un niveau plus élevé de contre-mesures »¹⁸⁷⁹. Par un raisonnement qui le conduisit de la considération que l'inexécution pouvait devenir un facteur aggravant au principe *pacta sunt servanda*, puis à l'article 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, il arriva à la conclusion que « rien dans le Mémoire d'accord ni dans l'Accord SMC [ne crée] le droit de ne pas se conformer aux recommandations et décisions de l'ORD »¹⁸⁸⁰. L'observation peut surprendre car, d'une part, elle paraît évidente, au point d'être redondante : il est établi, sans qu'il soit besoin de recourir à *pacta sunt servanda* et à la Convention de Vienne, que les recommandations de l'O.R.D. sont obligatoires pour les Membres, qu'un Membre responsable est tenu d'une obligation de mise en conformité dès l'adoption par l'O.R.D. du rapport initial, et que la suspension de concessions n'est pas une alternative à l'exécution qui éteindrait cette obligation. D'autre part, la conclusion de l'arbitre manque de cohérence : ce dont il s'agit n'est pas la question de savoir si les Membres peuvent ne pas se conformer aux recommandations de l'O.R.D., elle est de savoir si le mécanisme permet que la résistance affichée à l'exécution de l'obligation soit prise en compte dans le calcul du montant de la réaction à l'illicite, au titre d'une circonstance aggravante. Or, par la formule employée, il apparaît que l'arbitre envisageait bien que, parce qu'un Membre ne peut pas *ne pas* s'acquitter de l'obligation dont il est tenu, sa résistance à l'exécution pourrait justifier que lui soit appliquée une suspension à dimension punitive.

Partant de ces observations, l'arbitre demanda au Canada de faire clairement état de ses intentions. Le Canada répondit alors qu'il avait l'intention d'honorer ses engagements contractuels s'agissant du financement dont il avait été constaté qu'il constituait une subvention prohibée pour les aéronefs non livrés à l'expiration du délai de mise en conformité¹⁸⁸¹. S'appuyant sur l'affirmation de l'arbitre dans l'affaire *Etats-Unis – FSC*, selon laquelle la fonction d'incitation à la mise en conformité d'une contre-mesure dans le contexte particulier d'une

1878 *Ibid.*, par. 3.12.

1879 *Ibid.*, par. 3.103.

1880 *Ibid.*, par. 3.104.

1881 *Ibid.*, par. 3.106.

subvention prohibée signifie qu'elle doit contribuer à son retrait, le présent arbitre considéra que « les contre-mesures existent pour contribuer à mettre fin à une infraction » et que leur niveau approprié devait « refléter l'objectif spécifique des contre-mesures »¹⁸⁸² ; moyennant quoi il estima que « la déclaration du Canada selon laquelle, pour l'instant, il n'a pas l'intention de retirer la subvention en cause donne à entendre que, pour inciter à la mise en conformité en l'espèce, un niveau de contre-mesures *plus élevé* que celui qui est fondé sur la méthode canadienne serait nécessaire et approprié »¹⁸⁸³. On perçoit ici nettement la possibilité de la fixation d'un montant de contre-mesures qui les revêtirait d'un effet répressif. Cette considération conduisit l'arbitre à annoncer un ajustement des résultats de ses calculs fondés sur le montant de la subvention, au regard de l'obstination affichée du Canada dans le manquement à son obligation : « [n]ous ajustons en conséquence le niveau des contre-mesures d'un montant correspondant à 20 pour cent du montant de la subvention tel qu'il a été calculé à la section III.E ci-dessus, c'est-à-dire : 206 497 305 dollars EU $\times$ 20% (41 299 461 dollars EU) = 247 796 766 dollars EU »¹⁸⁸⁴.

S'il est indéniable que cette détermination se distingue des autres arbitrages en ce qu'elle opère un ajustement qu'aucun autre arbitre n'a envisagé, du moins expressément, il faut toutefois rester prudent dans la qualification de la démarche. La question de la dimension punitive du rehaussement de vingt pour cent n'est pas si évidente à résoudre. On peut aisément admettre qu'il a un *effet* punitif, au sens où toute fixation d'un montant supérieur à celui auquel le Membre responsable peut s'attendre en vertu des textes et de l'interprétation qu'en ont fait les arbitres précédents lui inflige dès lors un mal supplémentaire. Mais imputer à l'arbitre une *intention* de le punir, et par conséquent une conception de la réaction à l'illicite qui l'assortit d'une *fonction* répressive, est moins aisé. Certes, l'arbitre insista sur le refus revendiqué du Canada de s'acquitter de son obligation de mise en conformité, et c'est cette obstination qui justifia l'ajustement de la contre-mesure, qu'il qualifia d'ailleurs de « symbolique »¹⁸⁸⁵. Cependant, cette affaire concernait une subvention et, on l'a déjà signalé, les subventions sont perçues comme étant particulièrement nocives par (et pour) le système. En outre, l'arbitre prit aussitôt la précaution de rappeler que son ajustement était justifié au regard non seulement des circonstances spécifiques, mais surtout de la fonction d'incitation au respect des engagements

1882 *Ibid.*, par. 3.107.

1883 *Ibid.* (italiques ajoutés).

1884 *Ibid.*, par. 3.121.

1885 *Ibid.*, par. 3.122.

pris dans le cadre de l'OMC¹⁸⁸⁶. De deux choses l'une : soit il cherchait à masquer l'aspect punitif du montant fixé, ce qu'il était en effet prudent de faire compte tenu de l'interdiction d'une suspension punitive ; soit il assimilait fonction coercitive et fonction afflictive, selon une approche qui intègre dans certains cas celle-ci dans celle-là. Le défaut d'éléments objectifs et subjectifs rend impossible d'avoir une certitude à ce propos, d'autant que s'y ajoute une observation troublante : le montant de la contre-mesure fixé par l'arbitre après ajustement était très proche de celui fixé dans l'affaire *Brésil – Aéronefs*¹⁸⁸⁷. Sans trop de risque, on peut préjuger de l'intention de l'arbitre par un tel rapprochement, s'agissant d'un contentieux en quelque sorte croisé, mais cette intention met du même coup à distance celle de punir, à laquelle se substituerait plutôt celle d'équilibrer les positions des parties. L'élément arbitraire, que l'arbitre admet lui-même, donne en tout cas une allure de répression au montant fixé, dans son *effet*, que le mécanisme refuse sinon catégoriquement.

•

La suspension de concessions a une finalité coercitive, et exclusivement coercitive, le Mémoire et la jurisprudence ne laissent aucun doute à cet égard. En ce sens, le dispositif est taillé sur mesure pour contribuer à atteindre l'objectif affiché de l'O.M.C., et du règlement des différends plus spécifiquement : elle est destinée à contraindre le Membre qui maintient une situation illicite ou dommageable au système à exécuter l'obligation qui résulte de la recommandation de l'O.R.D., et ainsi rétablir une situation de légalité. Il est indéniable que les Membres ont également un intérêt à la réalisation de cet objectif, mais il reste avant tout celui de l'Organisation. D'un point de vue pragmatique, il faut en effet garder à l'esprit que l'intérêt immédiat des Membres, exacerbé par la bilatéralisation et la subjectivation du litige à ce stade, est de compenser tant bien que mal les effets dommageables du comportement en cause. Ce but là est strictement subjectif. Or, la configuration à tendance fortement objective du mécanisme de règlement des différends et les règles auxquelles le Mémoire soumet la suspension de concessions sont révélatrices de

¹⁸⁸⁶ *Ibid.*

¹⁸⁸⁷ V. sur ce point H. RUIZ FABRI et P. MONNIER, « Chronique du règlement des différends 2002 », *op. cit.*, p. 925. On note d'ailleurs avec intérêt que le Canada avait fait du contentieux croisé l'un de ses arguments : « il serait manifestement injuste d'accéder à la demande du Brésil concernant des contre-mesures d'un niveau beaucoup plus élevé que celui qui a été accordé pour la non-mise en conformité par le Brésil lui-même dans l'affaire *Brésil – Aéronefs* », in décision de l'arbitre, *Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs* (22:6), *op. cit.*, par. 3.29.

ce qu'entre l'objectif de légalité poursuivi par l'Organisation et celui de compensation implicitement visé par les Membres, celui qui prime est celui de légalité. L'objectif poursuivi selon une approche plus individualiste et subjective par les Membres ne peut d'ailleurs se réaliser que dans les conditions objectives prévues par le droit de l'Organisation, et sur habilitation par elle ; juridiquement, les motivations individuelles cèdent donc le pas au but recherché par l'Organisation, les mesures prises trouvant leur fondement dans l'acte institutionnel¹⁸⁸⁸. On reste cependant quelque peu gêné par l'inadéquation entre le choix délibéré d'objectiver le dispositif et le principe d'équivalence auquel sa mise en œuvre doit obéir. En effet, si la fonction d'une suspension de concessions est exclusivement, ou au moins prioritairement, d'inciter à la mise en conformité, il faudrait alors aussi admettre que pour atteindre effectivement ce résultat, l'ampleur du dommage qu'elle cause soit plus importante que celle du dommage causé par le manquement auquel elle réagit¹⁸⁸⁹. Or, le principe d'équivalence l'interdit. C'est là largement une considération d'efficacité, et qui ne porte pas atteinte au constat de l'objectivation du dispositif, au moyen d'une attraction dans le contrôle institutionnel, tant politique que juridictionnel, qui garantit la licéité des mesures que l'Organisation habilite les Membres à prendre. Cette incohérence du régime des suspensions de concessions indique simplement que, en toute vraisemblance, le dispositif ne libère pas son plein potentiel en tant qu'outil de coercition.

• •

1888 A cet égard également, une similarité apparaît entre les suspensions de concessions à l'O.M.C. et les sanctions prises dans le cadre des Nations Unies. S'agissant des secondes en effet – et l'observation vient d'être vérifiée concernant l'O.M.C. – M. Combacau souligne que « dès lors que la mise en œuvre de l'acte de sanction est confiée à des agents différents de celui qui l'a édicté, il n'importe pas de connaître le rôle de celui-ci, il suffit de savoir que les actes de ceux, Etats et organisations internationales, qui sont en rapport direct avec l'Etat sanctionné, sont juridiquement motivés par l'acte initial de l'O.N.U. ; quel que soit le but réel de l'action des "exécutants", qu'ils appliquent réellement l'acte de sanction ou qu'ils l'utilisent comme couverture de leurs opérations individuelles, qu'ils agissent en exécution d'une obligation ou en vertu de leur libre appréciation, leur action trouve toujours, au moins partiellement, sa base légale dans l'acte de sanction de l'O.N.U. », in J. COMBAU, *Le pouvoir de sanction de l'O.N.U. – Etude théorique de la coercition non militaire*, op. cit., p. 40.

1889 En ce sens, v. également R. KOLB, « La proportionnalité dans le cadre des contre-mesures et des sanctions – Essai de clarification », op. cit., p. 422 ; S. A. ALEXANDROV et T. J. FRIEDBACHER, « Brésil – Programme de financement des exportations pour les aéronefs », op. cit., p. 267-268.

Que la suspension de concessions s'analyse comme une réaction unilatérale et décentralisée à l'illicite est hors de doute : bien que la question soit discutée dans le cadre de la réforme du Mémorandum, le système de l'O.M.C. dans son état actuel n'admet pas l'hypothèse d'une suspension de concessions collective (ni celle de la transmissibilité de l'autorisation de suspendre des concessions à un autre Membre mieux capable d'une mise en œuvre efficace) ; par ailleurs, la forme même de la mesure ôte d'emblée à l'O.M.C. tout pouvoir propre de mise en œuvre. M. Leben caractérisait la sanction institutionnelle décentralisée par le fait que « les droits dont sont privés les Etats ne sont pas à la disposition totale de l'organisation, mais sont des droits que les membres s'accordent eux-mêmes, dans le cadre d'une certaine organisation »¹⁸⁹⁰. Ce constat s'applique exactement à l'O.M.C., qui ne peut fournir que le cadre dans lequel les concessions sont octroyées et possiblement suspendues, mais en aucune manière les suspendre elle-même. La suspension de concessions est par conséquent une réaction à l'illicite que le plaignant initial est seul *habilité* à mettre en œuvre, et qu'il est en outre le seul *matériellement capable* à mettre en œuvre : ni exécution d'office, ni véritablement exécution forcée, la suspension de concessions relève pourtant de la voie d'exécution. Cependant, en gardant à l'esprit les conditions de procédure et de fond auxquelles est soumise une telle suspension, fortement similaires à celles auxquelles doivent obéir les contre-mesures selon le texte de la C.D.I. sur la responsabilité des Etats, la suspension de concessions dans le cadre de l'O.M.C. se révèle comme prenant la *forme* d'une contre-mesure classique du droit international général¹⁸⁹¹ : interétatique et décentralisée en ce qu'elle ne peut être mise en œuvre que selon un rapport interétatique et donc horizontal, par opposition à l'action propre et autonome d'un organe supranational centralisé.

Sa nature juridique, toutefois, est celle d'une sanction institutionnelle. L'originalité du mécanisme, les deux précédents chapitres ont cherché à le mettre en évidence, tient à l'ancrage institutionnel du mécanisme de suspension de concessions : il opère une verticalisation des rapports et loge le pouvoir de sanction dans l'Organisation même, de laquelle émane l'acte de sanction et qui, en dernier recours, donne aux Membres habilitation à agir en suspension. Ainsi, par l'encadrement de ses conditions de fond et de procédure, le recours au dispositif de sanction est entièrement soumis à un tiers (et même deux : l'arbitre et l'O.R.D.) qui n'évalue pas seulement si un Membre agit d'une

1890 Ch. LEBEN, *Les sanctions privatives de droits ou de qualité dans les organisations internationales spécialisées*, *op. cit.*, p. 121.

1891 V. également en ce sens C. M. VÁSQUEZ et J. H. JACKSON, « Some Reflections on Compliance with WTO Dispute Settlement Decisions », *op. cit.*, spéc. p. 561.

manière que le système autorise, mais qui impose même à ce Membre le seul cadre au sein duquel il peut licitement agir. S'il lui reste évidemment sa mise en œuvre concrète, l'ensemble du dispositif échappe à l'auto-appréciation par le Membre qui souhaite y recourir. On s'aligne donc une nouvelle fois sur l'analyse de M. Leben, selon qui la sanction institutionnelle consiste pour l'organisation « à autoriser un ou plusieurs Etats membres à ne plus accorder à un ou plusieurs d'entre eux, à la suite d'un acte reconnu illicite, le bénéfice du régime mis en place par l'organisation, et dont l'Etat ou les Etats sanctionnés tirent profit du fait de leur participation à cette organisation »¹⁸⁹².

Si la configuration du mécanisme est telle que le dispositif est entièrement placé sous le contrôle institutionnel, c'est parce que, conceptuellement, la suspension de concessions est un outil de coercition conçu afin de contribuer à l'objectif principal du règlement des différends, et plus largement du système. A travers le Membre lésé et sa capacité matérielle d'agir contre le Membre responsable d'une manière dont elle-même n'a pas la capacité de le faire, l'institution poursuit en effet sa propre finalité¹⁸⁹³. Le Mémoire l'énonce : cette finalité n'est pas de garantir les positions juridiques subjectives des Membres en veillant, selon une approche bilatérale, à l'équilibre de leurs concessions, elle est de garantir la légalité du système, et à travers elle sa sécurité et prévisibilité. Un parallèle peut être tracé entre les dispositifs de l'O.N.U. et de l'O.M.C. : au sujet de la première, M. Combacau écrit que « les sanctions sont des moyens de pression par voie d'astreinte tendant à obtenir de l'Etat récalcitrant un comportement volontaire conforme à l'injonction de l'O.N.U. »¹⁸⁹⁴. Sous la réserve de quelques aménagements, la proposition peut être transportée dans le cadre de l'O.M.C. tant ses différentes composantes s'y retrouvent : l'injonction trouve son équivalent dans la recommandation de l'O.R.D. – un équivalent certes approximatif, compte tenu de la signification spécifique d'une injonction, à laquelle n'est pas assimilable une recommandation –, l'Etat récalcitrant est le Membre responsable qui ne s'acquitte pas de l'obligation de mise en conformité

1892 Ch. LEBEN, *Les sanctions privatives de droits ou de qualité dans les organisations internationales spécialisées*, op. cit., p. 121-122.

1893 M. Leben observe en ce sens que si « l'organisation ne se contente pas de superviser le bon fonctionnement d'un régime à base essentiellement contractuelle, mais se trouve être l'expression d'un ordre juridique ayant dépassé le stade de la réciprocité pour atteindre au stade de la réglementation », il arrive cependant qu'elle doive appeler à la collaboration de ses membres pour exécuter les sanctions qu'elle édicte mais ne peut elle-même appliquer : Ch. LEBEN, *Les sanctions privatives de droits ou de qualité dans les organisations internationales spécialisées*, op. cit., p. 122.

1894 J. COMBAU, *Le pouvoir de sanction de l'O.N.U. – Etude théorique de la coercition non militaire*, op. cit., p. 23.

qui lui incombe, et, enfin, l'astreinte trouve son équivalent dans la suspension de concessions. C'est d'ailleurs dans ce sens exactement que l'arbitre au titre de l'article 22:6 dans l'affaire *Etats-Unis – FSC* affirmait que l'« autorisation [de suspendre des concessions] par l'ORD vise [...] à inciter au respect ou à obtenir le respect de la recommandation de l'ORD »¹⁸⁹⁵. On y lit également la cohérence institutionnelle entre la mise en place du mécanisme coercitif et sa finalité de rétablissement de la légalité. Les conditions de procédure et de fond tendent ainsi toutes vers cet objectif et les Membres ne peuvent agir licitement que dans leurs limites, dictées par l'Organisation. Ainsi, ils n'interviennent ni *pour* leur compte propre ni *en vertu de* leur pouvoir propre, mais bien en tant qu'exécutants d'un acte de sanction édicté par l'O.M.C., et dont les modalités de mise en œuvre, c'est-à-dire les conditions de licéité de la mesure étatique, peuvent faire l'objet d'un contrôle – et cela quelle que soit par ailleurs la finalité individuelle et subjective que poursuivent les Membres.



La manière dont opèrent, dans la pratique, les procédures contentieuses de la mise en conformité, a révélé au fil des années que l'ensemble contentieux qu'elles constituent porte des spécificités qui le distinguent sensiblement de la phase initiale. Dans les premières années de fonctionnement du mécanisme, certaines des procédures étaient encore inexploitées, aussi bien quantitativement (nombre de recours) que qualitativement (intérêt des apports jurisprudentiels). Pourtant, il était évident dès l'abord que si elles ont été mises en place, c'est parce que le système a fait le choix délibéré de ne *pas* laisser l'exécution de l'obligation qui résulte des actes juridictionnels entre les mains des seuls Membres, mais d'encadrer leurs efforts en vue d'une résolution définitive des litiges aussi « fluide » que possible. Toute la question était de savoir ce que les organes de jugement feraient des procédures qui leur sont confiées, car il ne suffit pas de concevoir les dispositifs permettant de réaliser l'objectif recherché pour qu'il soit effectivement atteint : d'un côté, l'encadrement peut être relâché, déferent par rapport aux Membres, et après tout il n'aurait pas été surprenant qu'il le fût, dans une Organisation où aucune décision ne se prend sans le consentement des Membres ; d'un autre côté, il peut aussi être plus ferme, faisant céder l'intérêt individuel des seuls Membres devant celui, collectif, de la communauté que compose le *membership*. C'est cette seconde tendance qui s'est nettement dégagée au gré de la pratique. Elle s'est construite non sans à-coups et quelques incohérences, mais a fait apparaître dans l'ensemble une

¹⁸⁹⁵ Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – FSC* (22:6), *op. cit.*, par. 5.52.

forte volonté et capacité à produire un encadrement véritablement coercitif de la mise en œuvre des décisions initiales.

Quelle que soit la tendance qui se manifeste en définitive dans un tel mécanisme – encadrement relâché ou ferme –, le pivot réside dans la compétence des organes de jugement. C'est au regard de la procédure de contrôle au fond de la mise en conformité que le constat est le plus apparent, en ce qu'elle révèle que les groupes spéciaux sont confrontés aux difficultés classiques de délimitation de leur compétence matérielle et temporelle que connaissent toutes les juridictions. Mais les arbitres du délai raisonnable et du contrôle de licéité d'une suspension de concessions y sont confrontés également, sous une autre forme : il s'agit pour eux de trancher comment remplir la fonction que le mécanisme leur assigne sans porter atteinte à la liberté dont jouissent, d'une part, les Membres responsables de choisir discrétionnairement le moyen d'exécution et ses modalités, et, d'autre part, les Membres souhaitant réagir à l'inexécution de choisir la nature de la mesure de réaction. Les éclairages apportés par l'abondante jurisprudence témoignent de ce que les organes de jugement ont tous, en général, tendu vers une interprétation de leur compétence qui assure avant toute chose la fonction, l'utilité et l'efficacité de la procédure concernée. Dans la pratique, ce choix a pris corps dans la tendance non pas à porter atteinte à la liberté de choix que le Mémorandum accorde aux Membres, mais en tout cas à la « dégraisser » de ses excès, en accroissant inversement et proportionnellement la portée de l'examen effectué par les organes de jugement. Ceux-ci parviennent ainsi à produire une véritable pression, destinée à reconduire à l'état de conformité, et qui prend deux formes : la première relève davantage d'une pression « psychologique », en ce qu'elle rend désagréable pour le Membre de résister à l'exécution de l'obligation de mise en conformité. Cette pression là est matérialisée par l'arbitrage du délai raisonnable et le contrôle au fond de l'exécution, qui produisent respectivement une pression temporelle et matérielle. La seconde est plus incisive et ne tient pas seulement à l'organe de jugement, mais plus largement à la technique mise en place par le Mémorandum : la sanction de l'inexécution, au moyen de la suspension de concessions. La coercition résulte ici de la conjonction de la seule existence d'un dispositif institutionnalisé de réaction à l'illicite, et de la manière dont les arbitres l'interprètent : c'est véritablement de coercition qu'il s'agit, au sens premier, destinée à inciter le Membre concerné à mettre fin au manquement et de rétablir la légalité, et non d'une forme de réparation ou de punition. La contre-partie inévitable de ces choix est que le mécanisme de suspension de concessions souffre d'un défaut d'efficacité. Il reste que la coercition produite par le contentieux de la mise en conformité, par un encadrement étroit du processus de mise en œuvre, semble provoquer un changement de comportement chez les Membres. Ces dernières

années les Membres ont manifesté une disposition grandissante à négocier et à convenir de solutions bilatérales, par la voie diplomatique que laisse toujours ouverte le Mémorandum. La question de savoir si ce résultat est favorable ou défavorable au système ne se prête pas à une réponse univoque : d'un côté, incontestablement, le nombre grandissant de solutions mutuellement convenues est le témoignage d'une résolution positive de litiges concrets, et après tout c'est cela, l'objectif du règlement des différends. D'un autre côté, il reste que ces solutions négociées, puisqu'elles échappent au contrôle des organes de jugement, peuvent n'avoir que peu affaire avec une véritable *conformité*, le tout récent accord notifié à l'O.R.D. dans l'éternelle affaire *CE – Bananes III* en témoigne : ces solutions-là, si elles mettent bien fin au différend, sont le produit d'un compromis entre les intérêts individuels et subjectifs des parties, bien plus que celui de l'intérêt collectif de l'ensemble des Membres, protégé par l'objectivisme du système.

Conclusion générale

La conformité est la notion centrale autour de laquelle s'articule l'ensemble du système de l'O.M.C., c'est ce qu'a fait apparaître l'étude du contentieux de l'exécution de son mécanisme de règlement des différends. Les comportements des Membres doivent être conformes au droit substantiel et plus largement aux objectifs du système, et, lorsqu'ils ne le sont pas, la juridiction vise à ramener les Membres défaillants vers l'état de conformité. Traduit dans le vocabulaire du droit international général, c'est dire que le système de l'O.M.C. s'inscrit tout entier dans l'objectif de maintenir la légalité, ou de la rétablir lorsqu'elle est compromise. La phase d'exécution mise en place au sein du règlement des différends en est sans aucun doute le plus puissant témoin, mais aussi le meilleur garant, en ce qu'elle encadre le processus de retour à la conformité à la fois par l'organe politique, et par les organes juridictionnels qui le renforcent. L'originalité du dispositif de suivi de l'exécution est double : d'une part, son existence même est l'expression d'un phénomène inédit en droit international général, celui d'une extension de la juridictionnalisation – qui en soi n'est pas spécifique à l'O.M.C. – à la phase d'exécution. Par lui, les organes de jugement se voient confier eux-mêmes la fonction d'assurer la mise en œuvre des décisions rendues. D'autre part, la manière dont ils exercent cette fonction fait apparaître que la finalité même du mécanisme de suivi de l'exécution est entendue dans un sens étroit : le rétablissement de la légalité est concrétisé par des techniques d'encadrement qui, en cas de besoin, peuvent produire une véritable contrainte sur l'exécution. Dans le fonctionnement pratique qui a donné corps à sa conception et configuration théoriques, le contentieux de la mise en conformité révèle ainsi un caractère et « tempérament » propres, distincts de ceux de la phase initiale, mais en parfaite adéquation avec l'ambition du système de l'O.M.C. de matérialiser un mécanisme d'efficacité du droit, car c'est bien ce qu'il est. C'est aussi au regard de sa qualité de mécanisme d'efficacité du droit de l'O.M.C. qu'on peut évaluer les deux traits caractéristiques du contentieux de la mise en conformité qu'a mis en évidence la présente recherche.

D'abord, premier trait, le choix de confier le suivi de l'exécution aux juges. La juridictionnalisation de la phase de mise en œuvre qu'a conçue l'O.M.C., dans son organisation technique et dans ce que celle-ci révèle de l'ensemble du système, par éclairages rétrospectifs, apporte deux témoignages. Le premier prend la forme d'une confirmation : la mise en place d'une juridiction internationale est un outil primordial pour le renforcement du droit ; pas seulement de celui, spécialisé, appliqué par une juridiction également spécialisée telle que le mécanisme de règlement des différends de l'O.M.C., mais aussi du

droit international général, puisque c'est sur la base des règles et techniques de celui-ci que se construit le système de l'O.M.C., en les intégrant, les adaptant, les taillant sur mesure : sur celle du système au sein duquel les dispositifs ainsi créés devront opérer, et sur celle aussi des objectifs qu'il vise à réaliser. Il faut insister sur ce point, car le constat est indispensable pour une appréciation globale de la nature du règlement des différends, non cantonnée dans le système de l'O.M.C. : le mécanisme n'invente rien qui, dans le droit, n'existait déjà. Sa force ne réside pas dans la création de techniques juridiques nouvelles, mais bien plus dans sa capacité d'adaptation des techniques existantes, et dans son ambition de tirer profit de celles d'entre elles qui, dans l'ordre juridique international, sont sous-exploitées du fait des limites inhérentes à cet ordre. C'est ainsi que, là où le droit international général bute sur les obstacles qui découlent du caractère fortement décentralisé de la société internationale, le système de l'O.M.C. peut au contraire faire de sa vocation spécialisée une force, qui en cela même exprime son originalité : l'exécution des obligations substantielles est entièrement « contenue » en son sein, au moyen d'un mécanisme de règlement des différends complexe mais pragmatique, dont la sophistication va jusqu'à garantir son terme ultime, l'exécution de l'obligation qui résulte des actes juridictionnels, dont le contrôle est confié à cette même juridiction qui a produit la décision. Là réside le second témoignage qu'apporte la juridictionnalisation de la phase de mise en œuvre à l'O.M.C., et il n'est cette fois pas une confirmation, mais un constat inédit : la juridiction (internationale) peut se voir investie d'une vaste partie de la fonction exécutive. Qu'il s'agisse de fixer le délai raisonnable d'exécution, d'effectuer un contrôle de licéité des mesures de mise en conformité, ou d'apprécier la licéité d'une mesure de sanction, ce sont les organes de jugement qui sont habilités à garantir le respect des règles secondaires dont est assorti le droit de l'O.M.C.

Ensuite, deuxième caractère, la façon dont les organes du contentieux de la mise en conformité, et plus largement du règlement des différends, s'acquittent de leur fonction. En parfaite adéquation avec un régime conçu comme étant objectif, rattaché à des obligations substantielles véritablement multilatérales et qui expriment la préoccupation centrale de légalité dans le système, les organes de jugement concourent précisément à garantir celle-ci. La conception même des procédures et l'interprétation que font les juges et arbitres de leur compétence font apparaître que la phase d'exécution, y compris dans sa composante contentieuse, tend exclusivement à la mise en conformité, qui correspond en droit international général à la cessation de l'illicite. Sa réalisation repose sur une structure graduelle de la coercition. Les dispositifs mis en place et les approches adoptées par les organes de jugement empruntent à des techniques progressives dans le degré de contrainte exercée, mais inflexibles

dans l'objectif poursuivi. L'encadrement du temps dont disposent le Membre responsable pour exécuter l'obligation de mise en conformité peut paraître un simple dispositif de gestion et d'accompagnement de l'exécution, mais le résultat auquel il conduit, énoncé par l'organe de jugement, n'en oblige pas moins les Membres concernés. De même, le Membre responsable peut voir ses mesures d'exécution faire l'objet d'un contrôle de licéité qui, cependant, à lui seul ne serait pas de nature à produire la pression nécessaire afin de faire céder un Membre défaillant : il n'amène qu'à la déclaration d'une situation juridique, celle de satisfaction à l'obligation de mise en conformité, ou au contraire celle d'un manquement. Mais le système de l'O.M.C. a prévu un ultime dispositif destiné à sanctionner un tel manquement persistant, sous la forme de suspensions de concessions que l'Organisation habilite les Membres lésés à mettre en œuvre contre les Membres défaillants.

Conçu ainsi, le contentieux de la mise en conformité répond idéalement à l'objectif de légalité qui irrigue le système de l'O.M.C. Qu'en pratique, il révèle d'importantes insuffisances en termes d'efficacité réelle, mais aussi de justice, tient davantage à des facteurs extérieurs aux seules techniques juridiques. Dans une organisation internationale à vocation économique, quasi universelle comme l'est l'O.M.C., se vérifie plus que dans n'importe quelle autre institution que l'égalité en droit de ses Membres ne coïncide pas avec leur égalité matérielle, et ce constat est particulièrement apparent au regard de la capacité inégale des Membres à résister aux conséquences de leurs violations, et plus spécifiquement dans celle de subir des suspensions de concessions, mais aussi inversement à les mettre en œuvre. Cependant, remédier à ces « défauts » – et nous ne sommes pas convaincue qu'ils en soient, du moins pas de nature juridique – ouvre la question plus vaste de l'orientation future à donner au mécanisme. C'est elle qui occupe les Membres depuis près de quinze ans, lorsque le réexamen du Mémorandum d'accord a été placé sur l'agenda de l'O.R.D. Certaines lacunes techniques du mécanisme, nous les avons signalées, ne soulèvent guère de difficulté dès lors qu'elles relèvent d'un « oubli » ou d'une imprécision dans les textes. D'autres tiennent à des considérations d'efficacité, fatalement sous-tendues par des conceptions parfois divergentes du modèle de justice que l'O.M.C. doit ou devrait matérialiser, et elles sont alors de nature à bloquer les négociations. C'est notamment le cas du sort à donner au dispositif de compensation et de suspension de concessions. L'opposition entre *rule-orientation* et *power-orientation*, qui avait déjà animé les débats de refonte du GATT de 1947 et de création de l'O.M.C., a survécu. Mais en réalité, la question ne se pose pas en des termes si radicalement binaires qu'un choix entre l'une ou l'autre orientation. C'est bien plus de la réalisation d'un équilibre entre les deux qu'il s'agit, car si la force actuelle du système réside précisément

dans les mécanismes mis en place afin de garantir la réalisation de l'objectif surplombant de maintien de la légalité, et auquel le contentieux de la mise en conformité concourt de manière cruciale, il faut veiller dans le même temps à ce que les techniques envisagées soient en adéquation avec le seuil de « portabilité » du système. En effet, l'objectif de *légalité* tire sa *légitimité* de l'adhésion qu'emporte ce choix chez les Membres. Mais, si l'architecture juridictionnelle à l'O.M.C., y compris et peut-être surtout dans la dimension coercitive qu'elle revêt, comporte bien des lacunes, des faiblesses et des défaillances, et même révèle des perversités, il ne nous semble pas qu'il faille s'engager dans une critique trop ardente sans, au préalable, prendre la juste mesure, méritée, de ses accomplissements. C'est là peut-être davantage une perception du juriste extérieur au mécanisme, qui observe celui-ci d'un peu plus loin. Mais cette perspective plus lointaine, et plus large aussi, qui permet de situer le contentieux de la mise en conformité de l'O.M.C. dans le champ plus vaste du droit international général, ne peut que constater que sa sophistication *juridique* est inédite. En prenant appui sur des techniques communes du droit, l'Organisation a bâti une juridiction sur les bases du « managérialisme » qui soutient l'ensemble du système, et intègre dès lors des techniques – politiques et juridictionnelles – de « gestion » de l'exécution des obligations substantielles ; mais tout en ménageant ainsi la marge d'autonomie des Membres, elle a équilibré les dérives auxquelles une trop vaste marge d'appréciation discrétionnaire pourrait mener, par la menace de recours plus contraignants, voire de sanctions. En lui-même, ce tableau sommairement esquissé révèle déjà un modèle unique de suivi de la mise en œuvre des décisions juridictionnelles. Mais la véritable originalité de l'O.M.C. réside dans le seul fait qu'aucune de ces techniques et voies d'exécution n'est située hors de la fonction juridictionnelle. Au regard de l'assertion de Henkin, déjà signalée, selon laquelle « *nations will comply with international law only if it is in their interest to do so* », on doit bien admettre que si le règlement des différends emprunte ses techniques à un système global sans positivement les inventer, il déploie une extrême créativité dans la façon dont il les adapte à la logique propre de son système.

Guide des affaires

(Noms officiels à l'O.M.C., complets et abrégés)

Numéro de l'affaire	Nom complet de l'affaire	Nom abrégé de l'affaire
DS8 / DS10 / DS11	<i>Japon – Taxes sur les boissons alcooliques</i>	<i>Japon – Boissons alcooliques II</i>
DS18	<i>Australie – Mesures visant les importations de saumons</i>	<i>Australie – Saumon</i>
DS22	<i>Brésil – Mesure visant la noix de coco desséchée</i>	<i>Brésil – Noix de coco desséchée</i>
DS26	<i>Communautés européennes – Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (Hormones)</i>	<i>CE – Hormones</i>
DS27	<i>Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes</i>	<i>CE – Bananes III</i>
DS33	<i>Etats-Unis – Mesures affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses en laine tissés en provenance d'Inde</i>	<i>Etats-Unis – Chemises et blouses de laine</i>
DS44	<i>Japon – Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs</i>	<i>Japon – Film</i>
DS46	<i>Brésil – Programme de financement des exportations pour les avions</i>	<i>Brésil – Avions</i>
DS48	<i>Communautés européennes – Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (Hormones)</i>	<i>CE – Hormones (Canada)</i>
DS54 / DS55 / DS59 / DS64	<i>Indonésie – Certaines mesures affectant l'industrie automobile</i>	<i>Indonésie – Autos</i>
DS58	<i>Etats-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes</i>	<i>Etats-Unis – Crevettes</i>
DS60	<i>Guatemala – Enquête antidumping concernant le ciment Portland en provenance du Mexique</i>	<i>Guatemala – Ciment I</i>

(Continued)

TABLE (Continued)

Numéro de l'affaire	Nom complet de l'affaire	Nom abrégé de l'affaire
DS62 / DS67 / DS68	<i>Communautés européennes – Classement tarifaire de certains matériels informatiques</i>	<i>CE – Matériels informatiques</i>
DS70	<i>Canada – Mesures visant l'exportation d'aéronefs civils</i>	<i>Canada – Aéronefs</i>
	<i>Corée – Taxes sur les boissons alcooliques</i>	<i>Corée – Boissons alcooliques</i>
DS76	<i>Japon – Mesures visant les produits agricoles</i>	<i>Japon – Produits agricoles II</i>
DS79	<i>Inde – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture</i>	<i>Inde – Brevets (CE)</i>
DS87 / DS110	<i>Chili – Taxes sur les boissons alcooliques</i>	<i>Chili – Boissons alcooliques</i>
DS90	<i>Inde – Restrictions quantitatives à l'importation de produits agricoles, textiles et industriels</i>	<i>Inde – Restrictions quantitatives</i>
DS98	<i>Corée – Mesure de sauvegarde définitive appliquée aux importations de certains produits laitiers</i>	<i>Corée – Produits laitiers</i>
DS99	<i>Etats-Unis – Droit antidumping sur les semi-conducteurs pour mémoires RAM dynamiques (DRAM) de un mégabit ou plus, originaires de Corée</i>	<i>Etats-Unis – DRAM</i>
DS103 / DS113	<i>Canada – Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers</i>	<i>Canada – Produits laitiers</i>
DS108	<i>Etats-Unis – Traitement fiscal des "sociétés de vente à l'étranger"</i>	<i>Etats-Unis – FSC</i>
DS114	<i>Canada – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques</i>	<i>Canada – Brevets pour les produits pharmaceutiques</i>
DS121	<i>Argentine – Mesures de sauvegarde à l'importation de chaussures</i>	<i>Argentine – Chaussures (CE)</i>

(Continued)

TABLE (Continued)

Numéro de l'affaire	Nom complet de l'affaire	Nom abrégé de l'affaire
DS126	<i>Australie – Subventions accordées aux producteurs et exportateurs de cuir pour automobiles</i>	<i>Australie – Cuir pour automobiles II</i>
DS132	<i>Mexique – Enquête antidumping concernant le sirop de maïs à haute teneur en fructose (SHTF) en provenance des Etats-Unis</i>	<i>Mexique – Sirop de maïs</i>
DS136	<i>Etats-Unis – Loi antidumping de 1916</i>	<i>Etats-Unis – Loi de 1916 (CE)</i>
DS138	<i>Etats-Unis – Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud originaires du Royaume-Uni</i>	<i>Etats-Unis – Plomb et bismuth II</i>
DS139 / DS142	<i>Canada – Certaines mesures affectant l'industrie automobile</i>	<i>Canada – Autos</i>
DS141	<i>Communautés européennes – Droits antidumping sur les importations de linge de lit en coton en provenance d'Inde</i>	<i>CE – Linge de lit</i>
DS146 / DS175	<i>Inde – Mesures concernant le secteur automobile</i>	<i>Inde – Autos</i>
DS152	<i>Etats-Unis – Article 301 à 310 de la loi de 1974 sur le commerce extérieur</i>	<i>Etats-Unis – Article 301, Loi sur le commerce extérieur</i>
DS155	<i>Argentine – Mesures visant l'exportation de peaux de bovins et l'importation de cuirs finis</i>	<i>Argentine – Peaux et cuirs</i>
DS156	<i>Guatemala – Mesures antidumping définitives concernant le ciment Portland gris en provenance du Mexique</i>	<i>Guatemala – Ciment II</i>
DS160	<i>Etats-Unis – Article 1105) de la Loi des Etats-Unis sur le droit d'auteur</i>	<i>Etats-Unis – Article 1105), Loi sur le droit d'auteur</i>
DS162	<i>Etats-Unis – Loi antidumping de 1916</i>	<i>Etats-Unis – Loi de 1916 (Japon)</i>

(Continued)

TABLE (Continued)

Numéro de l'affaire	Nom complet de l'affaire	Nom abrégé de l'affaire
DS163	<i>Corée – Mesures affectant les marchés publics</i>	<i>Corée – Marchés publics</i>
DS165	<i>Etats-Unis – Mesures à l'importation de certains produits en provenance des Communautés européennes</i>	<i>Etats-Unis – Certains produits en provenance des CE</i>
DS170	<i>Canada – Durée de la protection conférée par un brevet</i>	<i>Canada – Durée d'un brevet</i>
DS176	<i>Etats-Unis – Article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits</i>	<i>Etats-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits</i>
DS179	<i>Etats-Unis – Mesures antidumping visant les tôles d'acier inoxydable en rouleaux et les feuilles et bandes d'acier inoxydable en provenance de Corée</i>	<i>Etats-Unis – Acier inoxydable</i>
DS184	<i>Etats-Unis – Mesures antidumping appliquées à certains produits en acier laminés à chaud en provenance du Japon</i>	<i>Etats-Unis – Acier laminé à chaud</i>
DS192	<i>Etats-Unis – Mesure de sauvegarde transitoire appliquée au fils de coton peignés en provenance du Pakistan</i>	<i>Etats-Unis – Fils de coton</i>
DS202	<i>Etats-Unis – Mesures de sauvegarde définitives à l'importation de tubes et tuyaux de qualité carbone soudés, de section circulaire, en provenance de Corée</i>	<i>Etats-Unis – Tubes et tuyaux de canalisation</i>
DS207	<i>Chili – Système de fourchettes de prix et mesures de sauvegarde appliquées à certains produits agricoles</i>	<i>Chili – Système de fourchettes de prix</i>
DS212	<i>Etats-Unis – Mesures compensatoires concernant certains produits en provenance des Communautés européennes</i>	<i>Etats-Unis – Mesures compensatoires sur certains produits en provenance des CE</i>

(Continued)

TABLE (Continued)

Numéro de l'affaire	Nom complet de l'affaire	Nom abrégé de l'affaire
DS213	<i>Etats-Unis – Droits compensateurs sur certains produits plats en acier au carbone traité contre la corrosion en provenance d'Allemagne</i>	<i>Etats-Unis – Acier au carbone</i>
DS217 / DS234	<i>Etats-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention</i>	<i>Etats-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd)</i>
DS219	<i>Communautés européennes – Droits antidumping sur les accessoires de tuyauterie en fonte malléable en provenance du Brésil</i>	<i>CE – Accessoires de tuyauterie</i>
DS221	<i>Etats-Unis – Article 129 c) 1) de la Loi sur les Accords du Cycle d'Uruguay</i>	<i>Etats-Unis – Article 129 c) 1), URAA</i>
DS222	<i>Canada – Crédits à l'exportation et garanties de prêts accordés pour les aéronefs régionaux</i>	<i>Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs</i>
DS231	<i>Communautés européennes – Désignation commerciale des sardines</i>	<i>CE – Sardines</i>
DS241	<i>Argentine – Droits antidumping définitifs visant la viande de volaille en provenance du Brésil</i>	<i>Argentine – Droits antidumping sur la viande de volaille</i>
DS245	<i>Japon – Mesures visant l'importation de pommes</i>	<i>Japon – Pommes</i>
DS246	<i>Communautés européennes – Conditions d'octroi de préférences tarifaires aux pays en développement</i>	<i>CE – Préférences tarifaires</i>
DS248 / DS249 / DS251 / DS252 / DS253 / DS254 / DS258 / DS259	<i>Etats-Unis – Mesures de sauvegarde définitives à l'importation de certains produits en acier</i>	<i>Etats-Unis – Sauvegardes concernant l'acier</i>
DS257	<i>Etats-Unis – Détermination finale en matière de droits compensateurs concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada</i>	<i>Etats-Unis – Bois de construction IV</i>

(Continued)

TABLE (Continued)

Numéro de l'affaire	Nom complet de l'affaire	Nom abrégé de l'affaire
DS264	<i>Etats-Unis – Détermination finale de l'existence d'un dumping concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada</i>	<i>Etats-Unis – Bois de construction V</i>
DS265 / DS266 / DS283	<i>Communautés européennes – Subventions à l'exportation de sucre</i>	<i>CE – Subventions à l'exportation de sucre</i>
DS267	<i>Etats-Unis – Subventions concernant le coton upland</i>	<i>Etats-Unis – Coton upland</i>
DS268	<i>Etats-Unis – Réexamens à l'extinction des mesures antidumping visant les produits tubulaires pour champs pétrolifères en provenance d'Argentine</i>	<i>Etats-Unis – Réexamens à l'extinction concernant les produits tubulaires pour champs pétrolifères</i>
DS269 / DS286	<i>Communautés européennes – Classification douanière des morceaux de poulet désossés et congelés</i>	<i>CE – Morceaux de poulet</i>
DS276	<i>Canada – Mesures concernant les exportations de blé et le traitement des grains importés</i>	<i>Canada – Exportations de blé et importations de grains</i>
DS277	<i>Etats-Unis – Enquête de la Commission du commerce international dans l'affaire concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada</i>	<i>Etats-Unis – Bois de construction VI</i>
DS285	<i>Etats-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris</i>	<i>Etats-Unis – Jeux</i>
DS291 / DS292 / DS293	<i>Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques</i>	<i>CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques</i>
DS294	<i>Etats-Unis – Lois, réglementations et méthode de calcul des marges de dumping (Réduction à zéro)</i>	<i>Etats-Unis – Réduction à zéro (CE)</i>

(Continued)

TABLE (Continued)

Numéro de l'affaire	Nom complet de l'affaire	Nom abrégé de l'affaire
DS301	<i>Communautés européennes – Mesures affectant le commerce des navires de commerce</i>	<i>CE – Navires de commerce</i>
DS302	<i>République dominicaine – Mesures affectant l'importation et la vente de cigarettes sur le marché intérieur</i>	<i>République dominicaine – Importation et vente de cigarettes</i>
DS312	<i>Corée – Droits antidumping sur les importations de certains papiers en provenance d'Indonésie</i>	<i>Corée – Certains papiers</i>
DS315	<i>Communautés européennes – Certaines questions douanières</i>	<i>CE – Certaines questions douanières</i>
DS320	<i>Etats-Unis – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones</i>	<i>Etats-Unis – Maintien de la suspension</i>
DS321	<i>Canada – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones</i>	<i>Canada – Maintien de la suspension</i>
DS322	<i>Etats-Unis – Mesures relatives à la réduction à zéro et aux réexamens à l'extinction</i>	<i>Etats-Unis – Réduction à zéro (Japon)</i>
DS332	<i>Brésil – Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés</i>	<i>Brésil – Pneumatiques rechapés</i>
DS336	<i>Japon – Droits compensateurs visant les mémoires RAM dynamiques en provenance de Corée</i>	<i>Japon – DRAMs (Corée)</i>
DS337	<i>Communautés européennes – Mesure antidumping visant le saumon d'élevage en provenance de Norvège</i>	<i>CE – Saumon (Norvège)</i>
DS343	<i>Etats-Unis – Mesures antidumping visant les crevettes en provenance de Thaïlande</i>	<i>Etats-Unis – Crevettes (Thaïlande)</i>
DS344	<i>Etats-Unis – Mesures antidumping finales visant l'acier inoxydable en provenance du Mexique</i>	<i>Etats-Unis – Acier inoxydable (Mexique)</i>

(Continued)

TABLE (Continued)

Numéro de l'affaire	Nom complet de l'affaire	Nom abrégé de l'affaire
DS345	<i>Etats-Unis – Directive sur les cautions en douane pour les marchandises assujetties à des droits antidumping/compensateurs</i>	<i>Etats-Unis – Directive sur les cautions en douane</i>
DS350	<i>Etats-Unis – Maintien en existence et en application de la méthode de réduction à zéro</i>	<i>Etats-Unis – Maintien de la réduction à zéro</i>
DS366	<i>Colombie – Prix indicatifs et restrictions relatives aux bureaux d'entrée</i>	<i>Colombie – Bureaux d'entrée</i>
DS367	<i>Australie – Mesures affectant l'importation de pommes en provenance de Nouvelle-Zélande</i>	<i>Australie – Pommes</i>
DS371	<i>Thaïlande – Mesures douanières et fiscales visant les cigarettes en provenance des Philippines</i>	<i>Thaïlande – Cigarettes (Philippines)</i>
DS375 / DS376 / DS377	<i>Communautés européennes et leurs Etats membres – Traitement tarifaire de certains produits des technologies de l'information</i>	<i>CE – Produits des technologies de l'information</i>
DS381	<i>Etats-Unis – Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon</i>	<i>Etats-Unis – Thon II (Mexique)</i>
DS384 / DS386	<i>Etats-Unis – Certaines prescriptions en matière d'étiquetage indiquant le pays d'origine (EPO)</i>	<i>Etats-Unis – EPO</i>
DS392	<i>Etats-Unis – Certaines mesures visant les importations de volaille en provenance de Chine</i>	<i>Etats-Unis – Volaille (Chine)</i>
DS394 / DS395 / DS398	<i>Chine – Mesures relatives à l'exportation de diverses matières premières</i>	<i>Chine – Matières premières</i>
DS406	<i>Etats-Unis – Mesures affectant la production et la vente de cigarettes aux clous de girofle</i>	<i>Etats-Unis – Cigarettes aux clous de girofle</i>

(Continued)

Sources

I Traités et textes normatifs

N.B. : Ne figurent ici que les instruments conventionnels et non conventionnels normatifs les plus fréquemment utilisés.

Accord instituant l'Organisation mondiale du Commerce [15 avril 1994], et ses annexes :

Annexe 1A : accords multilatéraux sur le commerce des marchandises

- Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 [GATT de 1994], comprenant Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1947 [GATT de 1947].
- Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires [Accord SPS].
- Accord sur les obstacles techniques au commerce [Accord OTC].
- Accord sur les subventions et les mesures compensatoires [Accord SMC].

Annexe 1B : Accord général sur le commerce des services [GATS].

Annexe 1C : Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce [Accord sur les ADPIC].

Annexe 2 : Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends.

Convention de Vienne sur le droit des traités [23 mai 1969].

Charte des Nations Unies [26 juin 1945].

Articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite [adoption en seconde lecture par la Commission du droit international le 31 mai 2001].

II Jurisprudence GATT / O.M.C.

1 *GATT de 1947*

Rapport du groupe spécial, *US – Import Restrictions on Dairy Products*, 8 novembre 1952.

Working Party Report, *Netherlands Action under Article XXIII:2 to Suspend Obligations to the United States* [Recours des Pays-Bas en vertu de l'Article XXIII:2 en vue de la suspension des obligations à l'égard des Etats-Unis], L/61, adopté le 8 novembre 1952.

Rapport du groupe spécial, *Nouvelle-Zélande – Importations de transformateurs électriques en provenance de Finlande*, L/5814 – 32S/57, 18 juillet 1985.

- Rapport du groupe spécial, *Canada – Imposition de droits compensateurs sur les importations de viande de bœuf désossée destinée à la transformation en provenance de la CEE*, SCM/85, 13 octobre 1987 [non adopté].
- Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Imposition de droits antidumping appliqués aux tôles fortes d'acier en provenance de Suède*, ADP/47, 20 août 1990 [non adopté].
- Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Droits compensateurs sur la viande de porc fraîche, réfrigéré et surgelée en provenance du Canada*, DS7/R – 38S/32, 11 juillet 1991.
- Rapport du groupe spécial, *Norvège – Marché concernant le matériel pour la perception des péages destiné à la ville de Trondheim*, GPR.DS2/R, 13 mai 1992 [adopté par le Comité des marchés publics].
- Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Droits antidumping appliqués au ciment Portland gris et au ciment Clinker importés du Mexique*, ADP/82, 7 septembre 1992 [non adopté].
- Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Mesures affectant les importations de bois de construction résineux en provenance du Canada*, SCM/162, 27 octobre 1993 [adopté par le Comité des subventions et mesures compensatoires].
- Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Droits antidumping appliqués aux tôles fortes d'acier en provenance de Suède*, ADP/117, 24 février 1994 [non adopté].
- Rapport du groupe spécial adopté par le Comité des subventions et mesures compensatoires, *Brésil – Imposition de droits compensateurs provisoires et définitifs sur la poudre de lait et certains types de lait en provenance de la Communauté économique européenne*, SCM/179, 28 avril 1994.
- Rapport du groupe spécial, *Communautés européennes – Droits antidumping sur les cassettes audio en provenance du Japon*, ADP/136, 28 avril 1995 [non adopté].

2 O.M.C.

N.B. : Un nom abrégé a été attribué aux rapports et décisions les plus cités (v. le Guide des affaires, qui indique les noms complets et abrégés officiels que leur donne l'O.M.C. et que nous utilisons ici) ; celui-ci figure entre crochets après les rapports et décisions concernés.

i Phase initiale Groupes spéciaux

- Rapport du groupe spécial, *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques*, WT/DS8/R, WT/DS10/R, WT/DS11/R, 11 juillet 1996.
- Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Mesures affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses en laine tissés en provenance d'Inde*, WT/DS33/R, 6 janvier 1997.
- Rapport du groupe spécial, *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes – Plainte déposée par les Etats-Unis*, WT/DS27/R/USA, 22 mai 1997.

- Rapport du groupe spécial, *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes – Plainte déposée par le Mexique*, WT/DS27/R/MEX, 22 mai 1997.
- Rapport du groupe spécial, *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes – Plainte déposée par le Guatemala et le Honduras*, WT/DS27/R/GTM, WT/DS27/R/HND, 22 mai 1997.
- Rapport du groupe spécial, *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes – Plainte déposée par l'Equateur*, WT/DS27/R/ECU, 22 mai 1997 [Rapport du groupe spécial, *CE – Bananes III*].
- Rapport du groupe spécial, *Communautés européennes – Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (Hormones) – Plainte déposée par les Etats-Unis*, WT/DS26/R/USA, 18 août 1997.
- Rapport du groupe spécial, *Communautés européennes – Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (Hormones) – Plainte déposée par le Canada*, WT/DS48/R/CAN, 18 août 1997.
- Rapport du groupe spécial, *Japon – Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs*, WT/DS44/R, 22 avril 1998.
- Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, WT/DS58/R, 15 mai 1998.
- Rapport du groupe spécial, *Australie – Mesures visant les importations de saumons*, WT/DS18/R, 12 juin 1998.
- Rapport du groupe spécial, *Guatemala – Enquête antidumping concernant le ciment Portland en provenance du Mexique*, WT/DS60/R, 19 juin 1998 [Rapport du groupe spécial, *Guatemala – Ciment I*].
- Rapport du groupe spécial, *Indonésie – Certaines mesures affectant l'industrie automobile*, WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R, 2 juillet 1998 [Rapport du groupe spécial, *Indonésie – Autos*].
- Rapport du groupe spécial, *Inde – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, WT/DS79/R, 24 août 1998 [Rapport du groupe spécial, *Inde – Brevets (CE)*].
- Rapport du groupe spécial, *Corée – Taxes sur les boissons alcooliques*, WT/DS75/R, WT/DS84/R, 17 septembre 1998.
- Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Droit antidumping sur les semi-conducteurs pour mémoires RAM dynamiques (DRAM) de un mégabit ou plus, originaires de Corée*, WT/DS99/R, 29 janvier 1999.
- Rapport du groupe spécial, *Inde – Restrictions quantitatives à l'importation de produits agricoles, textiles et industriels*, WT/DS90/R, 6 avril 1999.
- Rapport du groupe spécial, *Brésil – Programme de financement des exportations pour les aéronefs*, WT/DS46/R, 14 avril 1999.
- Rapport du groupe spécial, *Canada – Mesures visant l'exportation des aéronefs civils*, WT/DS70/R, 14 avril 1999.

- Rapport du groupe spécial, *Canada – Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers*, WT/DS103/R, WT/DS113/R, 17 mai 1999.
- Rapport du groupe spécial, *Australie – Subventions accordées aux producteurs et exportateurs de cuir pour automobiles*, WT/DS126/R, 25 mai 1999.
- Rapport du groupe spécial, *Chili – Taxes sur les boissons alcooliques*, WT/DS87/R, WT/DS110/R, 15 juin 1999.
- Rapport du groupe spécial, *Corée – Mesure de sauvegarde définitive appliquée aux importations de certains produits laitiers*, WT/DS98/R, 21 juin 1999 [Corée – Produits laitiers].
- Rapport du groupe spécial, *Argentine – Mesures de sauvegarde à l'importation de chaussures*, WT/DS121/R, 25 juin 1999 [Rapport du groupe spécial, *Argentine – Chaussures (CE)*].
- Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Traitement fiscal des "sociétés de ventes à l'étranger"*, WT/DS108/R, 8 octobre 1999.
- Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Articles 301 à 310 de la loi de 1974 sur le commerce extérieur*, WT/DS152/R, 22 décembre 1999 [Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Article 301, Loi sur le commerce extérieur*].
- Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud originaires du Royaume-Uni*, WT/DS138/R, 23 décembre 1999 [Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Plomb et bismuth II*].
- Rapport du groupe spécial, *Mexique – Enquête antidumping concernant le sirop de maïs à haute teneur en fructose (SHTF) en provenance des Etats-Unis*, WT/DS132/R, 28 janvier 2000.
- Rapport du groupe spécial, *Canada – Certaines mesures affectant l'industrie automobile*, WT/DS139/R, WT/DS142/R, 11 février 2000.
- Rapport du groupe spécial, *Canada – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques*, WT/DS114/R, 17 mars 2000.
- Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Loi antidumping de 1916 – Plainte des Communautés européennes*, WT/DS136/R, 31 mars 2000.
- Rapport du groupe spécial, *Corée – Mesures affectant les marchés publics*, WT/DS163/R, 1^{er} mai 2000.
- Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Loi antidumping de 1916 (Plainte du Japon)*, WT/DS162/R, 29 mai 2000.
- Rapport du groupe spécial, *Canada – Durée de la protection conférée par un brevet*, WT/DS170/R, 5 mai 2000.
- Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Article no 5) de la loi sur le droit d'auteur*, WT/DS160/R, 15 juin 2000.
- Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Mesures à l'importation de certains produits en provenance des Communautés européennes*, WT/DS165/R, 17 juillet 2000 [Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Certains produits en provenance des CE*].

- Rapport du groupe spécial, *Guatemala – Mesures antidumping définitives concernant le ciment Portland gris en provenance du Mexique*, WT/DS156/R, 24 octobre 2000 [Rapport du groupe spécial, *Guatemala – Ciment II*].
- Rapport du groupe spécial, *Communautés européennes – Droits antidumping sur les importations de linge de lit en coton en provenance d'Inde*, WT/DS141/R, 30 octobre 2000.
- Rapport du groupe spécial, *Argentine – Mesures visant l'exportation de peaux de bovins et l'importation de cuirs finis*, WT/DS155/R, 19 décembre 2000.
- Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Mesures antidumping visant les tôles d'acier inoxydable en rouleaux et les feuilles et bandes d'acier inoxydable en provenance de Corée*, WT/DS179/R, 22 décembre 2000 [Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Acier inoxydable*].
- Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Mesures antidumping appliquées à certains produits en acier laminés à chaud en provenance du Japon*, WT/DS184/R, 28 février 2001.
- Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Mesures de sauvegarde définitives à l'importation de tubes et tuyaux de qualité carbone soudés, de section circulaire, en provenance de Corée*, WT/DS202/R, 29 octobre 2001.
- Rapport du groupe spécial, *Inde – Mesures concernant le secteur automobile*, WT/DS146/R, WT/DS175/R, 21 décembre 2001 [Rapport du groupe spécial, *Inde – Autos*].
- Rapport du groupe spécial, *Canada – Crédits à l'exportation et garanties de prêts accordés pour les aéronefs régionaux*, WT/DS222/R, 28 janvier 2002.
- Rapport du groupe spécial, *Chili – Système de fourchettes de prix et mesures de sauvegarde appliqués à certains produits agricoles*, WT/DS207/R, 3 mai 2002 [Rapport du groupe spécial, *Chili – Système de fourchettes de prix*].
- Rapport du groupe spécial, *Communautés européennes – Désignation commerciale des sardines*, WT/DS231/R, 29 mai 2002.
- Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Article 129 c) 1) de la Loi sur les Accords du Cycle d'Uruguay*, WT/DS221/R, 15 juillet 2002.
- Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Mesures compensatoires concernant certains produits en provenance des Communautés européennes*, WT/DS212/R, 31 juillet 2002.
- Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention*, WT/DS217/R, WT/DS234/R, 16 septembre 2002.
- Rapport du groupe spécial, *Communautés européennes – Droits antidumping sur les accessoires de tuyauterie en fonte malléable en provenance du Brésil*, WT/DS219/R, 7 mars 2003 [Rapport du groupe spécial, *CE – Accessoires de tuyauterie*].
- Rapport du groupe spécial, *Argentine – Droits antidumping définitifs visant la viande de volaille en provenance du Brésil*, WT/DS241/R, 22 avril 2003.

- Rapport du groupe spécial, *Japon – Mesures visant l'importation de pommes*, WT/DS245/R, 15 juillet 2003.
- Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Détermination finale en matière de droits compensateurs concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada*, WT/DS257/R, 29 août 2003.
- Rapport du groupe spécial, *Communautés européennes – Conditions d'octroi de préférences tarifaires aux pays en développement*, WT/DS246/R, 1^{er} décembre 2003.
- Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Enquête de la commission du commerce international dans l'affaire concernant les bois d'œuvre résineux en provenance du Canada*, WT/DS277/R, 22 mars 2004.
- Rapport du groupe spécial, *Canada – Mesures concernant les exportations de blé et le traitement des grains importés*, WT/DS276/R, 6 avril 2004.
- Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Détermination finale de l'existence d'un dumping concernant les bois d'œuvre résineux en provenance du Canada*, WT/DS264/R, 13 avril 2004.
- Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Réexamens à l'extinction des mesures anti-dumping visant les produits tubulaires pour champs pétrolifères en provenance d'Argentine*, WT/DS268/R, 16 juillet 2004.
- Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Subventions concernant le coton upland*, WT/DS267/R, 8 septembre 2004.
- Rapport du groupe spécial, *Communautés européennes – Subventions à l'exportation de sucre – Plainte de l'Australie*, WT/DS265/R, 15 octobre 2004 [Rapport du groupe spécial, CE – Subventions à l'exportation de sucre].
- Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontière de services de jeux et paris*, WT/DS285/R, 10 novembre 2004.
- Rapport du groupe spécial, *République dominicaine – Mesures affectant l'importation et la vente de cigarettes sur le marché intérieur*, WT/DS302/R, 26 novembre 2004.
- Rapport du groupe spécial, *Communautés européennes – Mesures affectant le commerce des navires de commerce*, WT/DS301/R, 22 avril 2005.
- Rapport du groupe spécial, *Corée – Droits antidumping sur les importations de certains papiers en provenance d'Indonésie*, WT/DS312/R, 28 octobre 2005.
- Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Lois, réglementations et méthode de calcul des marges de dumping (Réduction à zéro)*, WT/DS294/R, 31 octobre 2005.
- Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Mesures relatives à la réduction à zéro et aux réexamens à l'extinction*, WT/DS322/R, 20 septembre 2006.
- Rapport du groupe spécial, *Japon – Droits compensateurs visant les mémoires RAM dynamiques en provenance de Corée*, WT/DS336/R, 13 juillet 2007.
- Rapport du groupe spécial, *Communautés européennes – Mesure antidumping visant le saumon d'élevage en provenance de Norvège*, WT/DS337/R, 16 novembre 2007.

- Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Mesures antidumping finales visant l'acier inoxydable en provenance du Mexique*, WT/DS344/R, 20 décembre 2007.
- Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones*, WT/DS320/R, 31 mars 2008.
- Rapport du groupe spécial, *Canada – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones*, WT/DS321/R, 31 mars 2008.
- Rapport du groupe spécial, *Colombie – Prix indicatifs et restrictions relatives aux bureaux d'entrée*, WT/DS366/R, 27 avril 2009.
- Rapport du groupe spécial, *Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques*, WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R, 29 septembre 2009.
- Rapport du groupe spécial, *Communautés européennes et leurs Etats membres – Traitement tarifaire de certains produits des technologies de l'information*, WT/DS375/R, WT/DS376/R, WT/DS377/R, 16 août 2010 [Rapport du groupe spécial, *CE – Produits des technologies de l'information*].
- Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Certaines mesures visant les importations de volaille en provenance de Chine*, WT/DS392/R, 29 septembre 2010 [Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Volaille (Chine)*].
- Rapport du groupe spécial, *Chine – Mesures relatives à l'exportation de diverses matières premières*, WT/DS394/R, WT/DS395/R, WT/DS398/R, 5 juillet 2011 [Rapport du groupe spécial, *Chine – Matières premières*].
- Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Mesures affectant la production et la vente de cigarettes aux clous de girofle*, WT/DS406/R, 2 septembre 2011.

Organe d'appel

- Rapport de l'Organe d'appel, *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, 4 octobre 1996 [Rapport de l'Organe d'appel, *Japon – Boissons alcooliques II*].
- Rapport de l'Organe d'appel, *Brésil – Mesures visant la noix de coco desséchée*, WT/DS22/AB/R, 21 février 1997 [Rapport de l'Organe d'appel, *Brésil – Noix de coco desséchée*].
- Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Mesures affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses en laine tissés en provenance d'Inde*, WT/DS33/AB/R, 25 avril 1997 [Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Chemises et blouses de laine*].
- Rapport de l'Organe d'appel, *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, WT/DS27/AB/R, 9 septembre 1997 [Rapport de l'Organe d'appel, *CE – Bananes III*].
- Rapport de l'Organe d'appel, *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (Hormones)*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, 16 janvier 1998 [Rapport de l'Organe d'appel, *CE – Hormones*].

- Rapport de l'Organe d'appel, *Communautés européennes – Classement tarifaire de certains matériels informatiques*, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R, 5 juin 1998.
- Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, WT/DS58/AB/R, 12 octobre 1998 [Rapport du l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Crevettes*].
- Rapport de l'Organe d'appel, *Australie – Mesures visant les importations de saumons*, WT/DS18/AB/R, 20 octobre 1998 [Rapport de l'Organe d'appel, *Australie – Saumon*].
- Rapport de l'Organe d'appel, *Guatemala – Enquête antidumping concernant le ciment Portland en provenance du Mexique*, WT/DS60/AB/R, 2 novembre 1998.
- Rapport de l'Organe d'appel, *Corée – Taxes sur les boissons alcooliques*, WT/DS75/AB/R, WT/DS84/AB/R, 18 janvier 1999.
- Rapport de l'Organe d'appel, *Brésil – Programme de financement des exportations pour les aéronefs*, WT/DS46/AB/R, 2 août 1999.
- Rapport de l'Organe d'appel, *Canada – Mesures visant l'exportation des aéronefs civils*, WT/DS70/AB/R, 2 août 1999.
- Rapport de l'Organe d'appel, *Inde – Restrictions quantitatives à l'importation de produits agricoles, textiles et industriels*, WT/DS90/AB/R, 23 août 1999.
- Rapport de l'Organe d'appel, *Canada – Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers*, WT/DS103/AB/R, WT/DS113/AB/R, 13 octobre 1999.
- Rapport de l'Organe d'appel, *Chili – Taxes sur les boissons alcooliques*, WT/DS87/AB/R, WT/DS110/AB/R, 13 décembre 1999.
- Rapport de l'Organe d'appel, *Corée – Mesure de sauvegarde définitive appliquée aux importations de certains produits laitiers*, WT/DS98/AB/R, 14 décembre 1999.
- Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Traitement fiscal des “sociétés de ventes à l'étranger”*, WT/DS108/AB/R, 24 février 2000.
- Rapport de l'Organe d'appel, *Canada – Certaines mesures affectant l'industrie automobile*, WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R, 31 mai 2000.
- Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Loi antidumping de 1916*, WT/DS136/AB/R, WT/DS162/AB/R, 28 août 2000.
- Rapport de l'Organe d'appel, *Canada – Durée de la protection conférée par un brevet*, WT/DS170/AB/R, 18 septembre 2000.
- Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Mesures à l'importation de certains produits en provenance des Communautés européennes*, WT/DS165/AB/R, 11 décembre 2000.
- Rapport de l'Organe d'appel, *Communautés européennes – Droits antidumping sur les importations de linge de lit en coton en provenance d'Inde*, WT/DS141/AB/R, 1^{er} mars 2001.
- Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Mesures antidumping appliquées à certains produits en acier laminés à chaud en provenance du Japon*, WT/DS184/AB/R, 24 juillet 2001 [Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Acier laminé à chaud*].

- Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Mesure de sauvegarde transitoire appliquée au fils de coton peignés en provenance du Pakistan*, WT/DS192/AB/R, 8 octobre 2001 [Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Fils de coton*].
- Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits*, WT/DS176/AB/R, 2 janvier 2002.
- Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Mesures de sauvegarde définitives à l'importation de tubes et tuyaux de qualité carbone soudés, de section circulaire, en provenance de Corée*, WT/DS202/AB/R, 15 février 2002.
- Rapport de l'Organe d'appel, *Chili – Système de fourchettes de prix et mesures de sauvegarde appliqués à certains produits agricoles*, WT/DS207/AB/R, 23 septembre 2002 [Rapport de l'Organe d'appel, *Chili – Système de fourchettes de prix*].
- Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Droits compensateurs sur certains produits plats en acier au carbone traité contre la corrosion en provenance d'Allemagne*, WT/DS213/AB/R, 28 novembre 2002.
- Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Mesures compensatoires concernant certains produits en provenance des Communautés européennes*, WT/DS212/AB/R, 9 décembre 2002.
- Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention*, WT/DS217/AB/R, WT/DS234/AB/R, 16 janvier 2003.
- Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Mesures de sauvegarde définitives à l'importation de certains produits en acier*, WT/DS248/AB/R, WT/DS249/AB/R, WT/DS251/AB/R, WT/DS252/AB/R, WT/DS253/AB/R, WT/DS254/AB/R, WT/DS258/AB/R, WT/DS259/AB/R, 10 novembre 2003.
- Rapport de l'Organe d'appel, *Japon – Mesures visant l'importation de pommes*, WT/DS245/AB/R, 26 novembre 2003.
- Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Détermination finale en matière de droits compensateurs concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada*, WT/DS257/AB/R, 19 janvier 2004.
- Rapport de l'Organe d'appel, *Communautés européennes – Conditions d'octroi de préférences tarifaires aux pays en développement*, WT/DS246/AB/R, 7 avril 2004.
- Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Détermination finale de l'existence d'un dumping concernant les bois d'œuvre résineux en provenance du Canada*, WT/DS264/AB/R, 11 août 2004.
- Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Réexamens à l'extinction des mesures anti-dumping visant les produits tubulaires pour champs pétrolifères en provenance d'Argentine*, WT/DS268/AB/R, 29 novembre 2004.
- Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Subventions concernant le coton upland*, WT/DS267/AB/R, 3 mars 2005.
- Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontière de services de jeux et paris*, WT/DS285/AB/R, 7 avril 2005.

- Rapport de l'Organe d'appel, *République dominicaine – Mesures affectant l'importation et la vente de cigarettes sur le marché intérieur*, WT/DS302/AB/R, 25 avril 2005.
- Rapport de l'Organe d'appel, *Communautés européennes – Subventions à l'exportation de sucre*, WT/DS265/AB/R, WT/DS266/AB/R, WT/DS283/AB/R, 28 avril 2005.
- Rapport de l'Organe d'appel, *Communautés européennes – Classification douanière de morceaux de poulet désossés et congelés*, WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R, 12 septembre 2005 [Rapport de l'Organe d'appel, *CE – Morceaux de poulet*].
- Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Lois, réglementations et méthode de calcul des marges de dumping (Réduction à zéro)*, WT/DS294/AB/R, 18 avril 2006.
- Rapport de l'Organe d'appel, *Communautés européennes – Certaines questions douanières*, WT/DS315/AB/R, 13 novembre 2006.
- Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Mesures relatives à la réduction à zéro et aux réexamens à l'extinction*, WT/DS322/AB/R, 9 janvier 2007.
- Rapport de l'Organe d'appel, *Corée – Droits antidumping sur les importations de certains papiers en provenance d'Indonésie*, WT/DS312/AB/R, 28 septembre 2007.
- Rapport de l'Organe d'appel, *Brésil – Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés*, WT/DS332/AB/R, 3 décembre 2007.
- Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Mesures antidumping finales visant l'acier inoxydable en provenance du Mexique*, WT/DS344/AB/R, 30 avril 2008.
- Rapport de l'Organe d'appel, *Japon – Droits compensateurs visant les mémoires RAM dynamiques en provenance de Corée*, WT/DS336/AB/R, 5 mai 2008.
- Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones*, WT/DS320/AB/R, 16 octobre 2008 [Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Maintien de la suspension*].
- Rapport de l'Organe d'appel, *Canada – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones*, WT/DS321/AB/R, 16 octobre 2008 [Rapport de l'Organe d'appel, *Canada – Maintien de la suspension*].
- Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Maintien en existence et en application de la méthode de réduction à zéro*, WT/DS350/AB/R, 4 février 2009.
- Rapport de l'Organe d'appel, *Colombie – Prix indicatifs et restrictions relatives aux bureaux d'entrée*, WT/DS366/AB/R, 2 octobre 2009.
- Rapport de l'Organe d'appel, *Australie – Mesures affectant l'importation de pommes en provenance de Nouvelle-Zélande*, DS367/AB/R, 29 novembre 2010.
- Rapport de l'Organe d'appel, *Chine – Mesures relatives à l'exportation de diverses matières premières*, WT/DS394/AB/R, WT/DS395/AB/R, WT/DS398/AB/R, 30 janvier 2012 [Rapport de l'Organe d'appel, *Chine – Matières premières*].
- Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Mesures affectant la production et la vente de cigarettes aux clous de girofle*, WT/DS406/AB/R, 4 avril 2012 [Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*].

Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon*, WT/DS381/AB/R, 16 mai 2012.

Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Certaines prescriptions en matière d'étiquetage indiquant le pays d'origine (EPO)*, WT/DS384/AB/R, WT/DS386/AB/R, 29 juin 2012 [Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – EPO*].

ii Phase de mise en œuvre

N.B. : Pour les rapports et décisions les plus cités, l'article correspondant à la procédure concernée a été juxtaposé à leur nom abrégé : 21:3 c), 21:5 ou 22:6. En raison de la complexité procédurale de certaines affaires, l'indication de la procédure est suivie de celle d'un Membre : s'agissant de la procédure au titre de l'article 21:5, le Membre ayant demandé l'établissement du groupe spécial, lorsque plusieurs recours à cet article ont été faits, par différents Membres (par exemple *CE – Bananes III (21:5 USA)*) ; s'agissant de la procédure au titre de l'article 22:6, celui ayant demandé l'autorisation de suspendre des concessions (par exemple *Etats-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd) (22:6 CE)*).

Groupes spéciaux au titre de l'article 21:5

Rapport du groupe spécial, *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes – Recours de l'Equateur à l'article 21:5*, WT/DS27/RW/ECU, 12 avril 1999 [Rapport du groupe spécial, *CE – Bananes III (21:5 ECU)*].

Rapport du groupe spécial, *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes – Recours des Communautés européennes à l'article 21:5*, WT/DS27/RW/EEC, 12 avril 1999 [Rapport du groupe spécial, *CE – Bananes III (21:5 CE)*].

Rapport du groupe spécial, *Australie – Subventions accordées aux producteurs et exportateurs de cuir pour automobiles – Recours des Etats-Unis à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS126/RW, 21 janvier 2000 [Rapport du groupe spécial, *Australie – Cuir pour automobiles II (21:5)*].

Rapport du groupe spécial, *Australie – Mesures visant les importations de saumons – Recours du Canada à l'article 21:5*, WT/DS18/RW, 18 février 2000 [Rapport du groupe spécial, *Australie – Saumon (21:5)*].

Rapport du groupe spécial, *Brésil – Programme de financement des exportations pour les aéronefs – Recours du Canada à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS46/RW, 9 mai 2000 [Rapport du groupe spécial, *Brésil – Aéronefs (21:5)*].

Rapport du groupe spécial, *Canada – Mesures visant l'exportation des aéronefs civils – Recours du Brésil à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des*

- différends*, WT/DS70/RW, 9 mai 2000 [Rapport du groupe spécial, *Canada – Aéronefs* (21:5)].
- Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Droit antidumping sur les semi-conducteurs pour mémoires RAM dynamiques (DRAM) de un mégabit ou plus, originaires de Corée – Recours de la Corée à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS99/RW, 7 novembre 2000.
- Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes – Recours de la Malaisie à l'article 21:5*, WT/DS58/RW, 15 juin 2001 [Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Crevettes* (21:5)].
- Rapport du groupe spécial, *Mexique – Enquête antidumping concernant le sirop de maïs à haute teneur en fructose (SHTF) en provenance des Etats-Unis – Recours des Etats-Unis à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS132/RW, 22 juin 2001 [Rapport du groupe spécial, *Mexique – Sirop de maïs* (21:5)].
- Rapport du groupe spécial, *Canada – Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers – Recours des Etats-Unis et de la Nouvelle-Zélande à l'article 21:5 du Mémoire d'accord*, WT/DS103/RW, WT/DS113/RW, 11 juillet 2001 [Rapport du groupe spécial, *Canada – Produits laitiers* (21:5)].
- Rapport du groupe spécial, *Brésil – Programme de financement des exportations pour les aéronefs – Deuxième recours du Canada à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS46/RW/2, 26 juillet 2001.
- Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Traitement fiscal des "sociétés de ventes à l'étranger" – Recours des Communautés européennes à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS108/RW, 20 août 2001 [Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – FSC* (21:5)].
- Rapport du groupe spécial, *Canada – Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers – Deuxième recours des Etats-Unis et de la Nouvelle-Zélande à l'article 21:5 du Mémoire d'accord*, WT/DS103/RW2, WT/DS113/RW2, 26 juillet 2002.
- Rapport du groupe spécial, *Communautés européennes – Droits antidumping sur les importations de linge de lit en coton en provenance d'Inde – Recours de l'Inde à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS141/RW, 29 novembre 2002 [Rapport du groupe spécial, *CE – Linge de lit* (21:5)].
- Rapport du groupe spécial, *Japon – Mesures visant l'importation de pommes – Recours des Etats-Unis à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS245/RW, 23 juin 2005 [Rapport du groupe spécial, *Japon – Pommes* (21:5)].
- Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Détermination finale en matière de droits compensateurs concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada – Recours du Canada à l'article 21:5*, WT/DS257/RW, 1^{er} août 2005 [Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Bois de construction IV* (21:5)].

- Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Mesures compensatoires concernant certains produits en provenance des Communautés européennes – Recours des Communautés européennes à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS212/RW, 17 août 2005 [Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Mesures compensatoires sur certains produits en provenance des CE (21:5)*].
- Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Traitement fiscal des "sociétés de ventes à l'étranger" – Deuxième recours des Communautés européennes à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS108/RW2, 30 septembre 2005 [Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – FSC (21:5 (2))*].
- Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Enquête de la commission du commerce international dans l'affaire concernant les bois d'œuvre résineux en provenance du Canada – Recours du Canada à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS277/RW, 15 novembre 2005.
- Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Détermination finale de l'existence d'un dumping concernant les bois d'œuvre résineux en provenance du Canada – Recours du Canada à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS264/RW, 3 avril 2006.
- Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Réexamens à l'extinction des mesures anti-dumping visant les produits tubulaires pour champs pétrolifères en provenance d'Argentine – Recours du Brésil à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS268/RW, 30 novembre 2006.
- Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris – Recours d'Antigua-et-Barbuda à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS285/RW, 30 mars 2007 [Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Jeux (21:5)*].
- Rapport du groupe spécial, *Corée – Droits antidumping sur les importations de certains papiers en provenance d'Indonésie – Recours de l'Indonésie à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS312/RW, 28 septembre 2007 [Rapport du groupe spécial, *Corée – Certains papiers (21:5)*].
- Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Subventions concernant le coton upland – Recours du Brésil à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS267/RW, 18 décembre 2007 [Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Coton upland (21:5)*].
- Rapport du groupe spécial, *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes – Deuxième recours de l'Equateur à l'article 21:5*, WT/DS27/RW2/ECU, 7 avril 2008.
- Rapport du groupe spécial, *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes – Recours des Etats-Unis à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS27/RW/USA, 19 mai 2008 [Rapport du groupe spécial, *CE – Bananes III (21:5 USA)*].

Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Lois, réglementations et méthode de calcul des marges de dumping (Réduction à zéro) – Recours des CE à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS294/RW, 17 décembre 2008 [Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Réduction à zéro (CE)* (21:5)].

Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Mesures relatives à la réduction à zéro et aux réexamens à l'extinction – Recours du Japon à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS322/RW, 24 avril 2009 [Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Réduction à zéro (Japon)* (21:5)].

Organe d'appel au titre de l'article 21:5

Rapport de l'Organe d'appel, *Brésil – Programme de financement des exportations pour les aéronefs – Recours du Canada à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS46/AB/RW, 21 juillet 2000 [Rapport de l'Organe d'appel, *Brésil – Aéronefs* (21:5)].

Rapport de l'Organe d'appel, *Canada – Mesures visant l'exportation des aéronefs civils – Recours du Brésil à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS70/AB/RW, 21 juillet 2000 [Rapport de l'Organe d'appel, *Canada – Aéronefs* (21:5)].

Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes – Recours de la Malaisie à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS58/AB/RW, 22 octobre 2001 [Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Crevettes* (21:5)].

Rapport de l'Organe d'appel, *Mexique – Enquête antidumping concernant le sirop de maïs à haute teneur en fructose (SHTF) en provenance des Etats-Unis – Recours des Etats-Unis à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS132/AB/RW, 22 octobre 2001 [Rapport de l'Organe d'appel, *Mexique – Sirop de maïs* (21:5)].

Rapport de l'Organe d'appel, *Canada – Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers – Recours des Etats-Unis et de la Nouvelle-Zélande à l'article 21:5 du Mémoire d'accord*, WT/DS103/AB/RW, WT/DS113/AB/RW, 3 décembre 2001 [Rapport de l'Organe d'appel, *Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs* (21:5)].

Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Traitement fiscal des "sociétés de ventes à l'étranger" – Recours des Communautés européennes à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS108/AB/RW, 14 janvier 2002 [Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – FSC* (21:5)].

Rapport de l'Organe d'appel, *Canada – Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers – Deuxième recours des Etats-Unis et de la Nouvelle-Zélande à l'article 21:5 du Mémoire d'accord*, WT/DS103/AB/RW2, WT/DS113/AB/RW2, 20 décembre 2002.

- Rapport de l'Organe d'appel, *Communautés européennes – Droits antidumping sur les importations de linge de lit en coton en provenance d'Inde – Recours de l'Inde à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS141/AB/RW, 8 avril 2003 [Rapport de l'Organe d'appel, CE – Linge de lit (21:5)].
- Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Détermination finale en matière de droits compensateurs concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada – Recours du Canada à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS257/AB/RW, 5 décembre 2005 [Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Bois de construction IV* (21:5)].
- Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Traitement fiscal des "sociétés de ventes à l'étranger" – Deuxième recours des Communautés européennes à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS108/AB/RW2, 13 février 2006 [Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – FSC* (21:5 (2))].
- Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Enquête de la commission du commerce international dans l'affaire concernant les bois d'œuvre résineux en provenance du Canada – Recours du Canada à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS277/AB/RW, 13 avril 2006.
- Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Détermination finale de l'existence d'un dumping concernant les bois d'œuvre résineux en provenance du Canada – Recours du Canada à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS264/AB/RW, 15 août 2006.
- Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Réexamens à l'extinction des mesures anti-dumping visant les produits tubulaires pour champs pétrolifères en provenance d'Argentine – Recours de l'Argentine à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS268/AB/RW, 12 avril 2007.
- Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Subventions concernant le coton upland – Recours du Brésil à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS267/AB/RW, 2 juin 2008 [Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Coton upland* (21:5)].
- Rapport de l'Organe d'appel, *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes – Deuxième recours de l'Equateur à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS27/AB/RW2/ECU, WT/DS27/RW/USA, 26 novembre 2008.
- Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Lois, réglementations et méthode de calcul des marges de dumping (Réduction à zéro) – Recours des CE à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS294/AB/RW, 14 mai 2009 [Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Réduction à zéro (CE)* (21:5)].
- Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Mesures relatives à la réduction à zéro et aux réexamens à l'extinction – Recours du Japon à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS322/AB/RW, 18 août 2009 [Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Réduction à zéro (Japon)* (21:5)].

Arbitrages au titre de l'article 21:3 c)

- Décision de l'arbitre, *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques – Arbitrage au titre de l'article 21:3 c)*, WT/DS8/15, WT/DS10/15, WT/DS11/13, 14 février 1997 [Décision de l'arbitre, *Japon – Boissons alcooliques II* (21:3 c))].
- Décision de l'arbitre, *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes – Arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, WT/DS27/15, 7 janvier 1998 [Décision de l'arbitre, *CE – Bananes III* (21:3 c))].
- Décision de l'arbitre, *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (Hormones) – Arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, WT/DS26/15, WT/DS48/13, 29 mai 1998 [Décision de l'arbitre, *CE – Hormones* (21:3 c))].
- Décision de l'arbitre, *Indonésie – Certaines mesures affectant l'industrie automobile – Arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, WT/DS54/15, WT/DS55/14, WT/DS59/13, WT/DS64/12, 7 décembre 1998 [Décision de l'arbitre, *Indonésie – Autos* (21:3 c))].
- Décision de l'arbitre, *Australie – Mesures visant les importations de saumons – Arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, WT/DS18/9, 23 février 1999 [Décision de l'arbitre, *Australie – Saumon* (21:3 c))].
- Décision de l'arbitre, *Corée – Taxes sur les boissons alcooliques – Arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, WT/DS75/16, WT/DS84/14, 4 juin 1999 [Décision de l'arbitre, *Corée – Boissons alcooliques* (21:3 c))].
- Décision de l'arbitre, *Chili – Taxes sur les boissons alcooliques – Arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, WT/DS87/15, WT/DS110/14, 23 mai 2000 [Décision de l'arbitre, *Chili – Boissons alcooliques* (21:3 c))].
- Décision de l'arbitre, *Canada – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques – Arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, WT/DS114/13, 18 août 2000 [Décision de l'arbitre, *Canada – Brevets pour les produits pharmaceutiques* (21:3 c))].
- Décision de l'arbitre, *Canada – Certaines mesures affectant l'industrie automobile – Arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, WT/DS139/12, WT/DS142/12, 4 octobre 2000 [Décision de l'arbitre, *Canada – Autos* (21:3 c))].
- Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Article 110 5) de la loi sur le droit d'auteur – Arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, WT/DS160/12, 15 janvier 2001 [Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur* (21:3 c))].

- Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Loi antidumping de 1916 – Arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, WT/DS136/11, WT/DS162/14, 28 février 2001 [Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Loi de 1916 (21:3 c))*].
- Décision de l'arbitre, *Canada – Durée de la protection conférée par un brevet – Arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, WT/DS170/10, 28 février 2001 [Décision de l'arbitre, *Canada – Durée d'un brevet (21:3 c))*].
- Décision de l'arbitre, *Argentine – Mesures visant l'exportation de peaux de bovins et l'importation de cuirs finis – Arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, WT/DS155/10, 31 août 2001 [Décision de l'arbitre, *Argentine – Peaux et cuirs (21:3 c))*].
- Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Mesures antidumping appliquées à certains produits en acier laminés à chaud en provenance du Japon – Arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, WT/DS184/13, 19 février 2002 [Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Acier laminé à chaud (21:3 c))*].
- Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Mesures de sauvegarde définitives à l'importation de tubes et tuyaux de qualité carbone soudés, de section circulaire, en provenance de Corée – Arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, WT/DS202/17, 26 juillet 2002.
- Décision de l'arbitre, *Chili – Système de fourchettes de prix et mesures de sauvegarde appliqués à certains produits agricoles – Arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, WT/DS207/13, 17 mars 2003 [Décision de l'arbitre, *Chili – Système de fourchettes de prix (21:3 c))*].
- Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention – Arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, WT/DS217/14, WT/DS234/22, 13 juin 2003 [Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd) (21:3 c))*].
- Décision de l'arbitre, *Communautés européennes – Conditions d'octroi de préférences tarifaires aux pays en développement – Arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, WT/DS246/14, 20 septembre 2004 [Décision de l'arbitre, *CE – Préférences tarifaires (21:3 c))*].
- Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Détermination finale de l'existence d'un dumping concernant les bois d'œuvre résineux en provenance du Canada – Arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, WT/DS264/13, 13 décembre 2004.

- Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Réexamens à l'extinction des mesures antidumping visant les produits tubulaires pour champs pétrolifères en provenance d'Argentine – Arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, WT/DS268/12, 7 juin 2005 [Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Réexamens à l'extinction concernant les produits tubulaires pour champs pétrolifères* (21:3 c))].
- Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontière de services de jeux et paris – Arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, WT/DS285/13, 19 août 2005 [Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Jeux* (21:3 c))].
- Décision de l'arbitre, *République dominicaine – Mesures affectant l'importation et la vente de cigarettes sur le marché intérieur – Arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, WT/DS302/17, 29 août 2005.
- Décision de l'arbitre, *Communautés européennes – Subventions à l'exportation de sucre – Arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, WT/DS265/33, WT/DS266/33, WT/DS283/14, 28 octobre 2005 [Décision de l'arbitre, *CE – Subventions à l'exportation de sucre* (21:3 c))].
- Décision de l'arbitre, *Communautés européennes – Classification douanière des morceaux de poulet désossés et congelés – Arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, WT/DS269/13, WT/DS286/15, 20 février 2006 [Décision de l'arbitre, *CE – Morceaux de poulet* (21:3 c))].
- Décision de l'arbitre, *Japon – Droits compensateurs visant les mémoires RAM dynamiques en provenance de Corée – Arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, WT/DS336/16, 5 mai 2008 [Décision de l'arbitre, *Japon – DRAMs (Corée)* (21:3 c))].
- Décision de l'arbitre, *Brésil – Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés – Arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, WT/DS332/16, 29 août 2008 [Décision de l'arbitre, *Brésil – Pneumatiques rechapés* (21:3 c))].
- Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Mesures antidumping finales visant l'acier inoxydable en provenance du Mexique – Arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, WT/DS344/15, 31 octobre 2008 [Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Acier inoxydable (Mexique)* (21:3 c))].
- Décision de l'arbitre, *Colombie – Prix indicatifs et restrictions relatives aux bureaux d'entrée – Arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, WT/DS366/13, 2 octobre 2009 [Décision de l'arbitre, *Colombie – Bureaux d'entrée* (21:3 c))].

*Arbitrages au titre de l'article 22:6
(et des articles 4.11 et 7.10 de l'Accord SMC)*

- Décision de l'arbitre, *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes – Recours des Communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS27/ARB, 9 avril 1999 [Décision de l'arbitre, CE – Bananes III (22:6 USA)].
- Décision de l'arbitre, *Communautés européennes – Mesures concernant les viandes et les produits carnés – Plainte initiale des Etats-Unis – Recours des Communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS26/ARB, 12 juillet 1999 [Décision de l'arbitre, CE – Hormones (22:6)].
- Décision de l'arbitre, *Communautés européennes – Mesures concernant les viandes et les produits carnés – Plainte initiale du Canada – Recours des Communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS48/ARB, 12 juillet 1999 [Décision de l'arbitre, CE – Hormones (Canada) (22:6)].
- Décision de l'arbitre, *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes – Recours des Communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS27/ARB/ECU, 24 mars 2000, et WT/DS27/ARB/ECU/Corr.1, 30 mars 2000 [Décision de l'arbitre, CE – Bananes III (22:6 ECU)].
- Décision de l'arbitre, *Brésil – Programme de financement des exportations pour les aéronefs – Recours du Brésil à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends et de l'article 4.11 de l'Accord SMC*, WT/DS46/ARB, 28 août 2000 [Décision de l'arbitre, Brésil – Aéronefs (22:6)].
- Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Traitement fiscal des "sociétés de ventes à l'étranger" – Recours des Etats-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends et de l'article 4.11 de l'Accord SMC*, WT/DS108/ARB, 30 août 2002 [Décision de l'arbitre, Etats-Unis – FSC (22:6)].
- Décision de l'arbitre, *Canada – Crédits à l'exportation et garanties de prêts accordés pour les aéronefs régionaux – Recours du Canada à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends et de l'article 4.11 de l'Accord SMC*, WT/DS222/ARB, 17 février 2003 [Décision de l'arbitre, Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs (22:6)].
- Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Loi antidumping de 1916 (Plainte initiale des Communautés européennes) – Recours des Etats-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS136/ARB, 24 février 2004 [Décision de l'arbitre, Etats-Unis – Loi de 1916 (CE) (22:6)].
- Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention (Plainte initiale du Brésil) – Recours des*

- Etats-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS217/ARB/BRA, 31 août 2004 [Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd)* (22:6 BRA)].
- Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention (Plainte initiale des Communautés européennes) – Recours des Etats-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS217/ARB/EEC, 31 août 2004 [Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd)* (22:6 CE)].
- Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention (Plainte initiale du Chili) – Recours des Etats-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS217/ARB/CHL, 31 août 2004 [Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd)* (22:6 CHL)].
- Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention (Plainte initiale de la Corée) – Recours des Etats-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS217/ARB/KOR, 31 août 2004 [Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd)* (22:6 KOR)].
- Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention (Plainte initiale de l'Inde) – Recours des Etats-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS217/ARB/IND, 31 août 2004 [Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd)* (22:6 IND)].
- Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention (Plainte initiale du Japon) – Recours des Etats-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS217/ARB/JPN, 31 août 2004 [Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd)* (22:6 JPN)].
- Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontières des services de jeux et paris – Recours des Etats-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS285/ARB, 21 décembre 2007 [Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Jeux* (22:6)].
- Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Subventions concernant le coton upland – Recours des Etats-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends et de l'article 4.11 de l'Accord SMC*, WT/DS267/ARB/1, 31 août 2009 [Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Coton upland* (22:6 (1))].
- Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Subventions concernant le coton upland – Recours des Etats-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends et de l'article 7.10 de l'Accord SMC*, WT/DS267/ARB/2, 31 août 2009 [Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Coton upland* (22:6 (2))].

Arbitrage au titre de l'article 25

Décision de l'arbitre, *Etats-Unis – Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur – Recours à l'arbitrage au titre de l'article 25 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS160/ARB25/1, 9 novembre 2001 [*Etats-Unis – Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur (25)*].

III Jurisprudence d'autres juridictions

1 *Juridictions judiciaires*

C.P.J.I. (arrêts, ordonnances et avis)

- C.P.J.I., *Affaire des concessions Mavrommatis en Palestine*, arrêt du 30 août 1924, *Série A*, n° 2, p. 5-37.
- C.P.J.I., *Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise* (fond) (Allemagne c. Pologne), arrêt du 25 mai 1926, *Série A*, n° 7, p. 1-83.
- C.P.J.I., *Usine de Chorzów* (demande en indemnité) (compétence), arrêt du 26 juillet 1927, *Série A*, n° 9, p. 3-34.
- C.P.J.I., *Interprétation des arrêts n° 7 et 8 (Usine de Chorzów)*, arrêt du 16 décembre 1927, *Série A*, n° 13, p. 4-22.
- C.P.J.I., *Usine de Chorzów* (demande en indemnité) (fond), arrêt du 13 septembre 1928, *Série A*, n° 17, p. 3-65.
- C.P.J.I., *Interprétation de l'accord gréco-turc du 1^{er} décembre 1926*, avis du 28 août 1928, *Série B*, n° 16, p. 1-27.
- C.P.J.I., *Affaire des zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*, ordonnance du 19 août 1929, *C.P.J.I. Série A*, n° 22, p. 4-22.
- C.P.J.I., *Affaire relative à la juridiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder*, arrêt du 10 septembre 1929, *Série A*, n° 23, p. 5-32.
- C.P.J.I., *Affaire des zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*, arrêt du 7 juin 1932, *Série A/B*, n° 46, p. 95-173.
- C.P.J.I., *Phosphates du Maroc*, arrêt du 14 juin 1938, *Série A/B*, n° 74, p. 9-30.
- C.P.J.I., *Société commerciale de Belgique*, arrêt du 15 juin 1939, *Série A/B*, n° 78, p. 160-179.

C.I.J. (arrêts, ordonnances et avis consultatifs)

- C.I.J., *Affaire du Détroit de Corfou* (fond), arrêt du 9 avril 1949, *C.I.J. Recueil 1949*, p. 4-38.
- C.I.J., *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, avis consultatif du 11 avril 1949, *C.I.J. Recueil 1949*, p. 174-220.
- C.I.J., *Demande d'interprétation de l'Arrêt du 20 novembre 1950 en l'affaire du droit d'asile* (Colombie c. Pérou), arrêt du 27 novembre 1950, *C.I.J. Recueil 1950*, p. 395-404.

- C.I.J., *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, avis consultatif du 28 mai 1951, *C.I.J. Recueil 1951*, p. 15-69.
- C.I.J., *Affaire Haya de la Torre* (Colombie c. Pérou), arrêt du 13 juin 1951, *C.I.J. Recueil 1951*, p. 71-84.
- C.I.J., *Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Co.* (Royaume-Uni c. Iran), mesures conservatoires, ordonnance du 5 juillet 1951, *C.I.J. Recueil 1951*, p. 89-95.
- C.I.J., *Affaire Nottebohm* (Liechtenstein c. Guatemala), exception préliminaire, arrêt du 18 novembre 1953, *C.I.J. Recueil 1953*, p. 111-125.
- C.I.J., *Effets de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant une indemnité*, avis consultatif du 13 juillet 1954, *C.I.J. Recueil 1954*, p. 47-63.
- C.I.J., *Procédure de vote applicable aux questions touchant les rapports et pétitions relatifs au Territoire du Sud-ouest africain*, avis consultatif du 7 juin 1955, *C.I.J. Recueil 1955*, p. 67-79.
- C.I.J., *Admissibilité de l'audition de pétitionnaires par le Comité du Sud-ouest africain*, avis consultatif du 1^{er} juin 1956, *C.I.J. Recueil 1956*, p. 23-34.
- C.I.J., *Affaire relative à certains emprunts norvégiens* (France c. Norvège), arrêt du 6 juillet 1957, *C.I.J. Recueil 1957*, p. 9-28.
- C.I.J., *Affaire de la sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906* (Honduras c. Nicaragua), arrêt du 18 novembre 1960, *C.I.J. Recueil 1960*, p. 192-218.
- C.I.J., *Sud-Ouest africain* (Ethiopie c. Afrique du Sud ; Libéria c. Afrique du Sud), exceptions préliminaires, arrêt du 21 décembre 1962, *C.I.J. Recueil 1962*, p. 319-348.
- C.I.J., *Affaire du Cameroun septentrional* (Cameroun c. Royaume-Uni), exceptions préliminaires, arrêt du 2 décembre 1963, *C.I.J. Recueil 1963*, p. 15-40.
- C.I.J., *Sud-Ouest africain*, deuxième phase, arrêt du 18 juillet 1966, *C.I.J. Recueil 1966*, p. 6-58 ;
C.I.J. Mémoires 1966, Sud-Ouest africain, vol. IX ;
- C.I.J., *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Belgique c. Espagne), deuxième phase, arrêt du 5 février 1970, *C.I.J. Recueil 1970*, p. 3-53.
- C.I.J., *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, avis consultatif du 21 juin 1971, *C.I.J. Recueil 1971*, p. 16-66.
- C.I.J., *Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI* (Inde c. Pakistan), arrêt du 18 août 1972, *C.I.J. Recueil 1972*, p. 46-75.
- C.I.J., *Affaire des essais nucléaires* (Australie c. France) (Nouvelle-Zélande c. France), arrêts du 20 décembre 1974, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 253-274 et p. 457-478 ;
C.I.J. Mémoires 1974, Essais nucléaires, vol. I (Australie c. France) ;
C.I.J. Mémoires 1974, Essais nucléaires, vol. II (Nouvelle-Zélande c. France) ;
- C.I.J., *Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran* (Etats-Unis d'Amérique c. Iran), arrêt du 24 mai 1980, *C.I.J. Recueil 1980*, p. 3-46.

- C.I.J., *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis), compétence et recevabilité, arrêt du 26 novembre 1984, *C.I.J. Recueil* 1984, p. 392-443.
- C.I.J., *Demande en révision et interprétation de l'arrêt du 24 février 1982 en l'affaire du Plateau continental Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne* (Tunisie c. Jamahiriya arabe libyenne), arrêt du 10 décembre 1985, *C.I.J. Recueil* 1985, p. 192-231.
- C.I.J., *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis), fond, arrêt du 20 décembre 1988, *C.I.J. Recueil* 1986, p. 14-150.
- C.I.J., *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie (Serbie et Monténégro)), mesures conservatoires, ordonnance du 13 septembre 1993, *C.I.J. Recueil* 1993, p. 325-350.
- C.I.J., *Affaire relative au Timor oriental* (Portugal c. Australie), arrêt du 30 juin 1995, *C.I.J. Recueil* 1995, p. 90-106 ;
C.I.J. Mémoires 1995, *Timor oriental* ;
- C.I.J., *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif du 8 juillet 1996, *C.I.J. Recueil* 1996, p. 226-267.
- C.I.J., *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), exceptions préliminaires, arrêt du 11 juillet 1996, *C.I.J. Recueil* 1996, p. 595-624.
- C.I.J., *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (Hongrie c. Slovaquie), arrêt du 25 septembre 1997, *C.I.J. Recueil* 1997, p. 7-84.
- C.I.J., *Affaire LaGrand* (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt du 27 juin 2001, *C.I.J. Recueil* 2001, p. 466-517.
- C.I.J., *Activités armées sur le territoire du Congo* (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda), mesures conservatoires, ordonnance du 10 juillet 2002, *C.I.J. Recueil* 2002, p. 219-251.
- C.I.J., *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* (Cameroun c. Nigéria ; Guinée équatoriale (intervenant)), arrêt du 10 octobre 2002, *C.I.J. Recueil* 2002, p. 303-458.
- C.I.J., *Avena et autres ressortissants américains* (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt du 31 mars 2004, *C.I.J. Recueil* 2004, p. 12-73.
- C.I.J., *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), arrêt du 26 février 2007, *C.I.J. Recueil* 2007, p. 43-240.
- C.I.J., *Demande en interprétation de l'arrêt du 31 mars 2004 en l'affaire Avena et autres ressortissants mexicains* (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique) (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique), mesures conservatoires, ordonnance du 16 juillet 2008, *C.I.J. Recueil* 2008, p. 311-332.
- C.I.J., *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (Costa Rica c. Nicaragua), arrêt du 13 juillet 2009, *C.I.J. Recueil* 2009, p. 213-272.

- C.I.J., *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, avis consultatif du 22 juillet 2010, *C.I.J. Recueil 2010*, p. 403-453.
- C.I.J., *Application de l'Accord intérimaire du 13 septembre 1995* (ex-République yougoslave de Macédoine c. Grèce), arrêt du 5 décembre 2011.
- C.I.J., *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* (Belgique c. Sénégal), arrêt du 20 juillet 2012 ;
- Mémoire du Royaume de Belgique, *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader*.

Cr.E.D.H.

- Cr.E.D.H., *Irlande c. Royaume-Uni*, req. n° 5310/71, arrêt du 18 janvier 1978, *série A*, n° 25.
- Cr.E.D.H., *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74, arrêt du 13 juin 1979, *série A*, n° 31.
- Cr.E.D.H., *Olsson v. Suède* (n° 1), req. n° 10465/83, arrêt du 24 mars 1988, *série A*, n° 130.
- Cr.E.D.H., *Olsson c. Suède* (n° 2), req. n° 13441/87, arrêt du 27 novembre 1992, *série A*, n° 250.
- Cr.E.D.H., *Saïdi c. France*, req. n° 14647/89, arrêt du 20 septembre 1993.
- Cr.E.D.H., *Hentrich c. France*, req. n° 13616/88, arrêt du 3 juillet 1995.
- Cr.E.D.H., *Papamichalopoulos et autres c. Grèce* (article 50), req. n° 14556/89, arrêt du 31 octobre 1995.
- Cr.E.D.H., *Belilos c. Suisse*, req. n° 6833/74, arrêt du 29 avril 1998.
- Cr.E.D.H., *Hornsby c. Grèce*, req. n° 18357/91, arrêt du 19 mars 1997.
- Cr.E.D.H., *Sanles Sanles c. Espagne*, req. n° 48335/99, arrêt du 26 octobre 2000.
- Cr.E.D.H., *Gençel c. Turquie*, req. n° 53431/99, arrêt du 24 mars 2004.
- Cr.E.D.H., *Assanidzé c. Géorgie*, req. n° 71503/01, arrêt du 8 avril 2004.
- Cr.E.D.H., *Broniowski c. Pologne*, req. n° 31443/96, arrêt du 22 juin 2004.
- Cr.E.D.H., *Ilascu et autres c. Moldova et Russie*, req. n° 71503/01, arrêt du 8 juillet 2004.
- Cr.E.D.H., *Xenides-Arestis*, req. n° 46347/99, arrêt du 22 décembre 2005.
- Cr.E.D.H., *Bourdov c. Russie* (n° 2), req. n° 33509/04, arrêt du 15 janvier 2009.
- Cr.E.D.H., *Yuriy Nikolayevich Ivanov c. Ukraine*, req. n° 40450/04, arrêt du 15 octobre 2009.
- Cr.E.D.H., *Rumpf c. Allemagne*, req. n° 46344/06, arrêt du 2 septembre 2010.
- Cr.E.D.H., *Maria Atanasiu et autres c. Roumanie*, req. n° 30767/05 et 33800/06, arrêt du 12 octobre 2010.
- Cr.E.D.H., *Greens et M.T. c. Royaume-Uni*, req. n° 60041/08 et 60054/08, arrêt du 23 novembre 2010.
- Cr.E.D.H., *Ananyev et autres c. Russie*, req. n° 42525/07, arrêt du 10 janvier 2012.
- Cr.E.D.H., *Kurić et autres c. Slovénie*, req. n° 26828/06, arrêt du 26 juin 2012.
- Cr.E.D.H., *Gengoux c. Belgique*, req. n° 76512/11, arrêt du 11 septembre 2012.

C.J.C.E. / C.J.U.E.

- C.J.C.E., *Humblet*, aff. 6/60, arrêt du 16 décembre 1960, *Recueil C.J.C.E.* 1960, p. 1131-1164.
- C.J.C.E., *Commission c. Italie*, « Exécution de l'arrêt 7-68 », aff. 48/71, arrêt du 13 juillet 1972, *Recueil C.J.C.E.* 1972, p. 529-536.
- C.J.C.E., *International Fruit*, aff. C-21 à 24/72, arrêt du 5 octobre 1972, *Recueil C.J.C.E.* 1972, p. 1220-1231.
- C.J.C.E., *Waterkeyn et autres*, aff. jointes C-314/81, 315/81, 316/81 et 83/, arrêt du 14 décembre 1982, *Recueil C.J.C.E.* 1982, p. 4338-4362.
- C.J.C.E., *Commission c. Luxembourg*, aff. C-473/93, arrêt du 2 juillet 1996, *Recueil C.J.C.E.* 1996, I, p. 3207-3263.
- C.J.C.E., *Portugal c/ Conseil*, aff. C-149/96, arrêt du 23 novembre 1999, *Recueil C.J.C.E.* 1999, I, p. 8425-8452.
- C.J.C.E., *Commission c. Grèce*, aff. C-387/97, arrêt du 4 juillet 2000, *Recueil C.J.C.E.* 2000, I, p. 5092-5121.
- C.J.C.E., *Commission c. Espagne*, aff. C-278/01, arrêt du 25 novembre 2003, *Recueil C.J.C.E.* 2000, I, p. 14167-14188.
- C.J.C.E., *Commission c. Irlande*, aff. C-494/01, arrêt du 26 avril 2005, *Recueil C.J.C.E.* 2005, I, p. 3382-3444.
- C.J.C.E., *Commission c. France*, aff. 304/02, arrêt du 12 juillet 2005, *Recueil C.J.C.E.* 2005, I, p. 6318-6356.

2 *Juridictions arbitrales*

- Tribunal arbitral, *Réclamations des Etats-Unis d'Amérique contre la Grande-Bretagne relatives à l'Alabama*, sentence du 14 septembre 1872, *R.S.A.*, vol. XXIX, p. 125-134.
- Tribunal arbitral, *Ile de Palmes* (Pays-Bas c. Etats-Unis), sentence du 4 avril 1928, *R.S.A.*, vol. II, p. 829-871.
- Tribunal arbitral, *Responsabilité de l'Allemagne à raison des dommages causés dans les colonies portugaises du Sud de l'Afrique (sentence sur le principe de la responsabilité)* (Portugal c. Allemagne), sentence du 31 juillet 1928, *R.S.A.*, vol. II, p. 1011-1033.
- Tribunal arbitral, *S.S. « I'm Alone »* (Canada c. Etats-Unis d'Amérique), rapport final conjoint des Commissaires du 5 janvier 1935, *R.S.A.*, vol. III, p. 1609-1618.
- Tribunal arbitral, *Affaire relative à l'or de la Banque nationale d'Albanie*, avis arbitral du 20 février 1953, *R.S.A.*, vol. XII, p. 13-52.
- Tribunal arbitral, *Affaire de la délimitation du plateau continental entre Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et République française*, décision du 14 mars 1978, *R.S.A.*, vol. XVIII, p. 3-413.
- Tribunal arbitral, *Accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les Etats-Unis d'Amérique et la France* (France c. Etats-Unis), sentence arbitrale du 9 décembre 1978, *R.S.A.*, 1978, vol. XVIII, p. 417-493.

Tribunal arbitral, *Affaire concernant les problèmes nés entre la Nouvelle-Zélande et la France relatifs à l'interprétation ou à l'application de deux accords conclus le 9 juillet 1986, lesquels concernaient les problèmes découlant de l'affaire du Rainbow Warrior*, sentence arbitrale du 30 avril 1990, *R.S.A.*, vol. XX, p. 215-284.

Tribunal CIRDI, *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, aff. n° ARB/84/3, deuxième décision relative à la compétence, sentence du 14 avril 1988.

Tribunal CIRDI, *Asian Agricultural Products Limited v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, aff. n° ARB/87/3, sentence du 27 juin 1990.

3 *Autres*

Tribunal administratif du Conseil de l'Europe, Commission du recours, *Geneviève Artzet c. Secrétaire Général*, recours n° 10/1973, sentence du 23 avril 1974, *I.L.R.*, vol. 51, p. 445-450.

Cr.I.D.H., *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención americana sobre derechos humanos* (arts. 74 y 75) (*Effet des réserves portant sur l'entrée en vigueur de la Convention américaine des droits de l'homme*), OC-2/82, avis consultatif du 24 septembre 1982, *série A*, n° 2.

IV *Autres documents*

1 *O.M.C.*

Note du Secrétariat, « Concepts, Forms and Effects of Arbitration », MTN.GNG/NG13/W/20, 22 février 1988.

Note du Secrétariat, « Décisions et recommandations au titre de l'article XXIII:2 », MTN.GNG/NG13/W/35, 1^{er} décembre 1989.

O.R.D., « Compte rendu de la réunion du 25 septembre 1997 », WT/DSB/M/37, 4 novembre 1997.

O.R.D., « Compte rendu de la réunion du 16 octobre 1997 », WT/DSB/M/38, 20 novembre 1997.

O.R.D., « Compte rendu de la réunion du 13 février 1998 », WT/DSB/M/42, 16 mars 1998.

O.R.D., « Compte rendu de la réunion du 22 avril 1998 », WT/DSB/M/45, 10 juin 1998.

O.R.D., « Compte rendu de la réunion du 25 novembre 1998 », WT/DSB/M/51, 22 janvier 1999.

O.R.D., « Compte rendu de la réunion des 25, 28 et 29 janvier et du 1^{er} février 1999 », WT/DSB/M/54, 20 avril 1999.

O.R.D., « Compte rendu de la réunion du 24 juillet 2001 », WT/DSB/M/107, 11 septembre 2001.

- O.R.D., « Compte rendu de la réunion du 5 avril 2002 », DSB/M/122, 23 avril 2002.
- O.R.D., « Compte rendu de la réunion du 18 octobre 2005 », WT/DSB/M/199, 11 novembre 2005.
- O.R.D., « Compte rendu de la réunion du 21 avril 2006 », WT/DSB/M/210, 30 mai 2006.
- O.R.D., « Compte rendu de la réunion du 24 avril 2007 », WT/DSB/M/230, 25 mai 2007.
- O.R.D., « Contribution des Communautés européennes et de leurs Etats Membres à l'amélioration du Mémoire d'accord de l'O.M.C. sur le règlement des différends », TN/DS/W/1, 13 mars 2002.
- O.R.D., « Négociations sur les améliorations et clarifications à apporter au Mémoire d'accord sur le règlement des différends – Proposition du Japon », TN/DS/W/22, 28 octobre 2002.
- O.R.D., « Améliorations et clarifications à apporter au mémorandum d'accord sur le règlement des différends – Proposition du Mexique », TN/DS/W/91, 16 juillet 2007.
- O.R.D., « Texte des propositions du groupe africain pour les négociations sur le mémorandum d'accord sur le règlement des différends – Communication de la Côte d'Ivoire », TN/DS/W/92, 5 mars 2008.
- O.R.D., « Rapport du Président de l'O.R.D. au Comité des négociations commerciales », TN/DS/25, 21 avril 2011.

2 *Commission du droit international*

Procédure arbitrale

- SCELLE (G.), « *Arbitral procedure* – Rapport », A/CN.4/18, *Annuaire C.D.I.*, 1950, II, p. 114-151.

Droit des traités

- FITZMAURICE (G.), « Deuxième rapport sur le droit des traités », A/CN.4/107, *Annuaire C.D.I.*, 1957, II, p. 17-80.
- , « Troisième rapport sur le droit des traités », A/CN.4/115, *Annuaire C.D.I.*, 1958, II, p. 20-48.
- , « Quatrième rapport sur le droit des traités », A/CN.4/120, *Annuaire C.D.I.*, 1959, II, p. 37-83.
- WALDOCK (H.), « Deuxième rapport sur le droit des traités », A/CN.4/SER.A/1963 et Add.1 à 3, *Annuaire C.D.I.*, 1963, II, 37-99.

Droit de la responsabilité de l'Etat

- AGO (R.), « Deuxième rapport sur la responsabilité des Etats – L'origine de la responsabilité internationale », A/CN.4/233, *Annuaire C.D.I.*, 1970, II, p. 189-211.
- , « Troisième rapport sur la responsabilité des Etats – Le fait internationalement illicite de l'Etat, source de responsabilité internationale », A/CN.4/246 et Add.1 à 3, *Annuaire C.D.I.*, 1971, II-1, p. 209-289.

- , « Cinquième rapport sur la responsabilité des Etats – Le fait internationalement illicite de l'Etat, source de responsabilité internationale (*suite*) », A/CN.4/291 et Add.1 et 2, *Annuaire C.D.I.*, 1976, II-1, p. 3-57.
- , « Huitième rapport sur la responsabilité des Etats – Le fait internationalement illicite de l'Etat, source de responsabilité internationale (*suite*) », Doc.A/CN.4/318/Add.5 à 7, *Annuaire C.D.I.*, 1979, II-1, p. 3-69.
- , « Additif au huitième rapport sur la responsabilité des Etats », Doc.A/CN.4/318/Add.5 à 7, *Annuaire C.D.I.*, 1980, II-1, p. 13-68.
- RIPHAGEN (W.), « Rapport préliminaire sur le contenu, les formes et les degrés de la responsabilité internationale (deuxième partie du projet d'articles) », doc. A/CN/4/330, *Annuaire C.D.I.*, 1980, vol. II-1, p. 105-127.
- , « Troisième rapport sur le contenu, les formes et les degrés de la responsabilité internationale (deuxième partie du projet d'articles) », A/CN.4/354 et Add.1 et 2, *Annuaire C.D.I.*, 1982, II-1, p. 25-59.
- , « Sixième rapport sur le contenu, les formes et les degrés de la responsabilité internationale (deuxième partie du projet d'articles) ; et "Mise en œuvre" de la responsabilité internationale et règlement des différends (troisième partie du projet d'articles) », A/CN.4/389, *Annuaire C.D.I.*, 1985, II-1, p. 3-20.
- ARANGIO-RUIZ (G.), « Rapport préliminaire sur la responsabilité des Etats », A/CN.4/416 et Add.1, *Annuaire C.D.I.*, 1988, II-1, p. 6-43.
- , « Troisième rapport sur la responsabilité des Etats », A/CN.4/440 et Add.1, *Annuaire C.D.I.*, 1991, II-1, p. 1-35.
- , « Quatrième rapport sur la responsabilité des Etats », *Annuaire C.D.I.*, 1992, II-1, p. 1-53.
- , « Septième rapport sur la responsabilité des Etats », A/CN.4/469 et Add.1 et 2, *Annuaire C.D.I.*, 2005, II-1, p. 3-33.
- , « Premier rapport sur la responsabilité des Etats », A/CN.4/490 et Add.1 à 7, *Annuaire C.D.I.*, 1998, II-1, p. 1-78.
- , « Deuxième rapport sur la responsabilité des Etats », A/CN.4/498 et Add.1 à 4, *Annuaire C.D.I.*, 1999, I-2, p. 3-110.
- , « Troisième rapport sur la responsabilité des Etats », A/CN.4/507 et Add.1 à 4, *Annuaire C.D.I.*, 2000, II-1, p. 3-111.
- , « Quatrième rapport sur la responsabilité de l'Etat », A/CN.4/517 et Add.1, *Annuaire C.D.I.*, 2001, II-1, p. 1-31.

*Rapports de la Commission du droit international
à l'Assemblée générale des Nations Unies*

- C.D.I., *Documents de la neuvième session y compris le rapport de la Commission à l'Assemblée générale*, « Projet de convention sur la procédure arbitrale adopté par la Commission à sa cinquième session : rapport de Georges Scelle, rapporteur spécial », A/CN.4/109, *Annuaire C.D.I.*, 1957, II, p. 1-16.

- C.D.I., « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa vingthuitième session », A/31/10, « Chapitre III – Responsabilité des Etats », *Annuaire C.D.I.*, 1976, II-2, p. 65-113.
- C.D.I., « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa trente unième session », A/34/10, « Chapitre III – Responsabilité des Etats », *Annuaire C.D.I.*, 1979, II-2, p. 96-152.
- C.D.I., « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante et unième session (2 mai-21 juillet 1989) », A/44/10, « Chapitre III – Responsabilité des Etats », *Annuaire C.D.I.*, 1989, II-2, p. 78-90.
- C.D.I., « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-quatrième session », A/47/10, « Chapitre III – Responsabilité des Etats », *Annuaire C.D.I.*, 1992, II-2, p. 18-43.
- C.D.I., « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session », A/56/10, « Chapitre IV – Responsabilité des Etats », *Annuaire C.D.I.*, 2001, II-2, p. 20-154.

3 *Assemblée générale des Nations Unies*

- A.G.N.U., Résolution A/Rés. 95 (I), « Confirmation des principes de droit international reconnus par le Statut de la Cour de Nuremberg », 11 décembre 1946.
- A.G.N.U., Résolution A/Rés. 96 (I), « Le crime de génocide », 11 décembre 1946.
- A.G.N.U., Résolution A/Rés. 181 (II), « Gouvernement futur de la Palestine », 29 novembre 1947.
- A.G.N.U., Résolution A/Rés. 260 (III), « Adoption de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide et texte de la Convention », 9 décembre 1948.
- A.G.N.U., Résolution A/Rés. 1904 (XVIII), « Déclaration sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale », 20 novembre 1963.
- A.G.N.U., Résolution A/Rés. 3314 (XXIX), « Définition de l'agression », 14 décembre 1974.
- A.G.N.U., Résolution A/RES/41/31, « Arrêt rendu par la Cour internationale de Justice le 27 juin 1986 dans l'affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci : nécessité d'une application immédiate », 3 novembre 1986.
- A.G.N.U., Résolution A/RES/42/18, « Arrêt rendu par la Cour internationale de Justice le 27 juin 1986 dans l'affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci : nécessité d'une application immédiate », 12 novembre 1987.
- A.G.N.U., Résolution A/RES/44/43, « Arrêt rendu par la Cour internationale de Justice le 27 juin 1986 dans l'affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci : nécessité d'une application immédiate », 7 décembre 1989.
- A.G.N.U., Résolution A/RES/56/83, « Responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite », 12 décembre 2001.

4 *Conseil économique et social des Nations Unies*

EcoSoc, « Verbatim report, Second session of the Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment », E/PC/T/PV.2/3, 3^e séance, 11 avril 1947 (disponible sur le site worldtradelaw.net).

EcoSoc, « Verbatim report, Second session of the Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment », E/PC/T/PV.2/4, 4^e séance, 14 avril 1947 (disponible sur le site worldtradelaw.net).

5 *Institut de Droit international*

I.D.I., Résolution du 19 octobre 1934, session de Paris, « Régime des représailles en temps de paix » (Rapporteur N. POLITIS), *Annuaire I.D.I.*, 1934, vol. 38, p. 708.

I.D.I., Résolution du 13 septembre 1989, session de Saint-Jacques de Compostelle, « La protection des droits de l'homme et le principe de non-intervention dans les affaires internes des Etats » (Rapporteur G. SPERDUTI), *Annuaire I.D.I.*, vol. 63-II, 1989, p. 338.

I.D.I., Résolution du 27 août 2005, session de Cracovie, « Les obligations *erga omnes* en droit international » (Rapporteur G. GAJA), *Annuaire I.D.I.*, vol. 71-II, 2005, p. 286.

Bibliographie

I Ouvrages

- ABI-SAAB (G.), *Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour internationale*, Paris, Pedone, 1967, 279 p.
- AILINCAI (M.), *Le suivi du respect des droits de l'homme au sein du Conseil de l'Europe – Contribution à la théorie du contrôle international*, Paris, Pedone, 2012, 680 p.
- ALLAND (D.), *Justice privée et ordre juridique international : étude théorique des contre-mesures en droit international public*, Paris, Pedone, 1994, 503 p.
- , (dir.), *Droit international public*, Paris, P.U.F., 2000, 808 p.
- ALVAREZ (J. E.), *International Organizations as Law-Makers*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 720 p.
- AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law [Third] – The Foreign Relations Law of the United States*, vol. 1, Saint Paul, American Law Institute Publishers, 1987, 641 p.
- , *Restatement of the Law [Third] – The Foreign Relations Law of the United States*, Saint Paul, American Law Institute Publishers, 1987, vol. 2, 561 p.
- ANZILOTTI (D.), *Teoria generale della responsabilità dello stato nel diritto internazionale*, Florence, F. Lumachi Libraio-Editore, 1902, 187 p.
- , *Cours de droit international – Premier volume : Introduction – Théories générales*, trad. G. GIDEL d'après la 3^e éd. italienne, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1929, 534 p.
- AZAR (A.), *L'exécution des décisions de la Cour Internationale de Justice*, Bruxelles, Bruylant, 2003, 330 p.
- BAGWELL (K. W.), BERMAN (G. A.), MAVROIDIS (P. C.) (eds), *Law and Economics of Contingent Protection in International Trade*, New York, Cambridge University Press, 2010, 424 p.
- BAGWELL (K.), STAIGER (R. W.), *The Economics of the World Trading System*, Cambridge (MA), MIT Press, 2002, 224 p.
- BARNHOORN (L. A. N. M.), WELLENS (K. C.) (eds), *Diversity in Secondary Rules and the Unity of International Law*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, 365 p.
- BASLAR (K.), *The Concept of the Common Heritage of Mankind in International Law*, La Haye, Kluwer Law International, 1998, 464 p.
- BEN MANSOUR (A.), *La mise en œuvre des arrêts et des sentences des juridictions internationales*, Bruxelles, Larcier, 2011, 622 p.
- BETHLEHEM (D.), MCRAE (D.), NEUFELD (R.), VAN DAMME (I.) (eds), *International Trade Law*, New York, Oxford University Press, 2009, 801 p.

- BHAGWATI (J.), PATRICK (H.) (eds), *Aggressive Unilateralism : America's 301 Trade Policy and the World Trading System*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1991, 282 p.
- BLECKMANN (A.), *Probleme der Anwendung multilateraler Verträge – Gegenseitigkeit und Anwendbarkeit hinsichtlich der Vertragspartner*, Berlin, Duncker & Humblot, 1974, 104 p.
- BLOKKER (N.), MULLER (S.) (eds), *Towards More Effective Supervision by International Organizations, Essays in Honour of Henry G. Schermers, vol. 1*, Dordrecht, Boston, Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1994, 349 p.
- BOGDANDY (A. VON), MAVROIDIS (P. C.), MÉNY (Y.) (eds), *European Integration and International Co-ordination : Studies in Transnational Economic Law in Honour of Claus-Dieter Ehlermann*, La Haye, Londres, New York, Kluwer Law International, 2002, 516 p.
- BOISSON DE CHAZOURNES (L.), *Les contre-mesures dans les relations internationales économiques*, Paris, Pedone, 1992, 246 p.
- BOLLECKER STERN (B.), *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, Paris, Pedone, 1973, 382 p.
- BOURNONVILLE (Ph. DE), *L'arbitrage*, Bruxelles, Larcier, 2000, 336 p.
- BOWN (Ch. P.), PAUWELYN (J.) (eds), *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge, Cambridge University Press Cambridge, 2010, 692 p.
- BRANT (L. N. C.), *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, Paris, L.G.D.J., 2003, 391 p.
- BREUSS (F.), GRILLER (S.), VRANES (E.) (eds), *The Banana Dispute : An Economic and Legal Analysis*, Vienne, New York, Springer, 2003, 442 p.
- BRONCKERS (M. C. E. J.), *A Cross-Section of WTO Law*, Londres, Cameron May, 2000, 300 p.
- BRONCKERS (M.), HORLICK (G. N.) (eds), *WTO Jurisprudence and Policy : Practitioners' Perspectives*, Londres, Cameron May, 2005, 1100 p.
- BRONCKERS (M.), QUICK (R.) (eds), *New Directions in International Economic Law – Essays in Honour of John H. Jackson*, La Haye, Londres, Boston, Kluwer Law International, 2000, 593 p.
- BROUDE (T.), *International Governance in the WTO : Judicial Boundaries and Political Capitulation*, Londres, Cameron May, 2004, 352 p.
- BROWN-JOHN (C. L.), *Multilateral Sanctions in International Law – A Comparative Analysis*, New York, Washington, Londres, Praeger Publishers, 1975, 426 p.
- BROWNLIE (I.), *Principles of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, 742 p.
- BULTERMAN (M. K.), KUIJER (M.) (eds), *Compliance With Judgments of International Courts*, La Haye, Boston, Londres, Martinus Nijhoff, 1996, 172 p.

- BURGSTALLER (M.), *Theories of Compliance with International Law*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, 230 p.
- BUTLER (W. E.) (ed.), *Control Over Compliance With International Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, 209 p.
- CAMERON (J.), CAMPBELL (K.) (eds), *Dispute Resolution in the World Trade Organization*, Londres, Cameron May, 1998, 421 p.
- CANAL-FORGUES (E.), *L'institution de la conciliation dans le cadre du GATT – Contribution à l'étude de la structuration d'un mécanisme de règlement des différends*, Bruxelles, Bruylant, 1993, 687 p.
- , *Le règlement des différends à l'OMC*, Bruxelles, Bruylant, 2003, 161 p.
- CARMODY (C.), IWASAWA (Y.), RHODES (S.) (eds), *Trilateral Perspectives on International Legal Issues : Conflict and Coherence*, Baltimore, American Society of International Law, 2003, 427 p.
- CARREAU (D.), *Droit international*, 8^e éd., Paris, Pedone, 2004, 688 p.
- CARREAU (D.), MARELLA (F.), *Droit international*, 11^e éd., Paris, Pedone, 2012, 734 p.
- CARREAU (D.), JUILLARD (P.), *Droit international économique*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 2010, 770 p.
- CASCANTE (C.), *Rechtsschutz von Privatrechtssubjekten gegen WTO-widrige Maßnahmen in den USA und der EG*, Berlin, Duncker und Humblot, 2003, 549 p.
- CASCANTE (J. C.), SANDER (G. G.), *Der Streit um die EG-Bananenmarktordnung*, Berlin, Duncker und Humblot, 1999, 200 p.
- CASS (D. Z.), *The Constitutionalization of the World Trade Organization – Legitimacy, Democracy, and Community in the International Trading System*, New York, Oxford University Press, 2005, 266 p.
- CASSESE (A.), *International Law*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2005, 558 p.
- , *International Law in a Divided World*, Oxford, Oxford University Press, 1986, 429 p.
- CAVARÉ (L.), *Le droit international public positif*, tome II, 3^e éd., Paris, Pedone, 1969, 952 p.
- CAZALA (J.), *Le principe de précaution en droit international*, Paris, Anthemis, 2006, 497 p.
- CHARNOVITZ (S.), STEGER (D. P.), VAN DEN BOSSCHE (P.) (eds), *Law in the Service of Human Dignity : Essays in Honour of Florentino Feliciano*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, 425 p.
- CHAYES (A.), CHAYES (A. H.), *The New Sovereignty : Compliance with International Regulatory Agreements*, Cambridge, Harvard University Press, 1998, 432 p.
- CHINKIN (Ch.), *Third Parties in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1993, 430 p.
- COLLIER (J.), LOWE (V.), *The Settlement of Disputes in International Law – Institutions and Procedures*, New York, Oxford University Press, 2000, 395 p.

- COMBACAU (J.), *Le droit des traités*, Paris, P.U.F., Coll. « Que sais-je ? », 1991, 125 p.
- , *Le pouvoir de sanction de l'O.N.U. – Etude théorique de la coercition non militaire*, Paris, Pedone, 1974, 394 p.
- COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit international public*, 10^e éd., Paris, Montchrestien, 2012, 820 p.
- CONLON (P.), *Die rechtliche Problematik von UN-Sanktionen als Mittel zur Durchsetzung des Völkerrechts*, Bonn, Europa-Union-Verlag, 1996, 32 p.
- CORTEN (O.), KLEIN (P.) (dir.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités – Commentaire article par article*, vol. I, II et III, Bruxelles, Bruylant, 2006, 2965 p.
- COT (J.-P.), PELLET (A.) (dir.), *La Charte des Nations Unies – Commentaire article par article* (2 vol.), 3^e éd., Paris, Economica, 2005, 2364 p.
- COTTIER (T.), MAVROIDIS (P. C.) (eds), *The Role of the Judge in International Trade Regulation : Experience and Lessons for the WTO*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 2003, 376 p.
- CRAWFORD (J.), *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat – Introduction, texte et commentaires*, Paris, Pedone, 2003, 461 p.
- D'AMBRA (D.), *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, Paris, L.G.D.J., 1994, 339 p.
- DAILLIER (P.), FORTEAU (M.), PELLET (A.), *Droit international public*, 8^e éd., Paris, L.G.D.J., s. d. [2009], 1709 p.
- DAVID (R.), *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, Economica, 1982, 613 p.
- DECAUX (E.), *La réciprocité en droit international*, Paris, L.G.D.J., 1980, 374 p.
- DELMAS-MARTY (M.), *Les forces imaginantes du droit (IV) – Vers une communauté de valeurs ?*, Paris, Seuil, 2011, 448 p.
- DE HOOGH (A.), *Obligations Erga Omnes and International Crimes – A Theoretical Inquiry into the Implementation and Enforcement of the International Responsibility of States*, La Haye, Kluwer Law International, 1996, 465 p.
- DE VISSCHER (Ch.), *Les effectivités en droit international public*, Paris, Pedone, 1967, 175 p.
- , *Aspects récents du droit procédural de la Cour internationale de Justice*, Paris, Pedone, 1963, 269 p.
- DIJKZEUL (D.), *The Management of Multilateral Organizations*, La Haye, Londres, Boston, Kluwer Law International, 1997, 241 p.
- DINSTEIN (Y.), *War, Aggression and Self-defence*, Cambridge, Grotius, 1988, 318 p.
- DISTEFANO (G.), *L'ordre international entre légalité et effectivité*, Genève, Paris, Institut Universitaire des Hautes Etudes Internationales, Pedone, 2002, 585 p.
- DUPUY (P.-M.), KERBRAT (Y.), *Droit international public*, 11^e éd., Paris, Dalloz, 2012, 929 p.
- DWORKIN (R.), *L'Empire du droit*, Paris, P.U.F., 1994, 468 p.

- EBNER (T.), *Streitbeilegung im Welthandelsrecht : Maßnahmen zur Vermeidung von Jurisdiktionskonflikten*, Tubingue, Mohr Siebeck, 2005, 288 p.
- EL OUALI (A.), *Effets juridiques de la sentence internationale – Contribution à l'étude de l'exécution des normes internationales*, Paris, L.G.D.J., 1984, 321 p.
- FASTENRATH (U.) et al. (eds), *From Bilateralism to Community Interest – Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 1346 p.
- FERNÁNDEZ PONS (X. F.), *La OMC y el Derecho Internacional*, Madrid, Marcial Pons, 2006, 603 p.
- FISHER (R.), *Improving Compliance with International Law*, Charlottesville, University Press of Virginia, 1981, 370 p.
- FITZMAURICE (M.), SAROOSHI (D.), *Issues of State Responsibility before International Judicial Institutions*, Oxford, Portland, Hart Publishing, 2004, 236 p.
- FLEMISCH (C. A.), *Umfang der Berechtigungen und Verpflichtungen aus völkerrechtlichen Verträgen – Die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit, dargestellt am Beispiel des WTO-Übereinkommens*, Francfort, Peter Lang, 2002, 327 p.
- FOOTER (M. E.), *An Institutional and Normative Analysis of the World Trade Organization*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, 373 p.
- FORLATI PICCHIO (M. L.), *La sanzione nel diritto internazionale*, Padoue, CEDAM, 1974, 498 p.
- FORTEAU (M.), *Droit de la sécurité collective et droit de la responsabilité internationale de l'Etat*, Pedone, Paris, 2006, 699 p.
- FOUCHARD (Ph.), *L'arbitrage commercial international*, Paris, Dalloz, 1965, 611 p.
- FRANCK (T. M.), *Fairness in International Law and Institutions*, Oxford, Clarendon Press, 1997, 536 p.
- , *The Power of Legitimacy among Nations*, New York, Oxford University Press, 1990, 303 p.
- FRIEDMANN (W.), *The Changing Structure of International Law*, New York, Columbia University Press, 1964, 410 p.
- GAILLARD (E.), SAVAGE (J.) (eds), *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, La Haye, Kluwer Law International, 1999, 1280 p.
- GARCIA AMADOR (F. V.), *Principios de derecho internacional que rigen la responsabilidad*, Madrid, Escuela de funcionarios internacionales, 1963, 590 p.
- GARCIA RUBIO (M.), *On the Application of Customary Rules of State Responsibility by the WTO Dispute Settlement Organs – A General International Law Perspective*, Genève, Institut Universitaire des Hautes Etudes Internationales, 2000, 102 p.
- GEORGIEV (D.), VAN DER BORGHT (K.) (eds), *Reform and Development of the WTO Dispute Settlement System*, Londres, Cameron May, 2006, 488 p.
- GÉRARD (Ph.), OST (F.), VAN DE KERCHOVE (M.) (dir.), *Fonction de juger et pouvoir judiciaire – Transformations et déplacements*, Bruxelles, Publications des F.U.S.L., 1983, 584 p.

- GIRAUDEAU (G.), *Les différends territoriaux devant le juge international – Entre droit et transaction*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2013, 547 p.
- GOLDSMITH (J. L.), POSNER (E. A.), *The Limits of International Law*, New York, Oxford University Press, 2005, 262 p.
- GRAY (C. D.), *Judicial Remedies in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1987, 250 p.
- GUINCHARD (S.) (dir.), *Droit et pratique des voies d'exécution*, Paris, Dalloz, 2002, 1667 p.
- GUINCHARD (S.) *et al.*, *Droit processuel – Droit commun et droit comparé du procès équitable*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 2006, 1195 p.
- GUOHUA (Y.), MERCURIO (B.), YONGJIE (L.), *WTO Dispute Settlement Understanding – A Detailed Interpretation*, La Haye, Kluwer Law International, 2005, 592 p.
- GUZMAN (A. T.), *How International Law Works : A Rational Choice Theory*, New York, Oxford University Press, 2008, 260 p.
- HAHN (M. J.), *Die einseitige Aussetzung von GATT-Verpflichtungen als Repressalie*, Heidelberg, Springer, 1996, 439 p.
- HAMBRO (E.), *L'exécution des sentences internationales*, Liège, Impr. H. Vaillant-Carmanne, Paris, Recueil Sirey, 1936, 148 p.
- HART (H. L. A.), *The Concept of Law*, 2^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1994, 315 p.
- HEITZER (A.), *Punitive Sanktionen im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 1997, 194 p.
- HENKIN (L.), *International Law : Politics and Values*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, 380 p.
- , *How Nations Behave*, 2^e éd., New York, Columbia University Press, 1979, 400 p.
- HERMAN (H. R.), *Commentaries on the Law of Estoppel and Res Judicata*, vol. I, Jersey City, F. D. Linn & Company, 1886, 703 p.
- HILF (M.), OETER (S.), *WTO-Recht – Rechtsordnung des Welthandels*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2005, 738 p.
- HILF (M.), PETERSMANN (E.-U.), *National Constitutions and International Economic Law*, Deventer, Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1993, 590 p.
- HOEKMAN (B. M.), KOSTECKI (M. M.), *The Political Economy of the World Trading System – The WTO and Beyond*, 2^e éd., New York, Oxford University Press, 2001, 547 p.
- HOLLOWAY (K.), *Les réserves dans les traités internationaux*, Paris, L.G.D.J., 1958, 378 p.
- HORCHANI (F.) (dir.), *Règlement pacifique des différends internationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2002, 605 p.
- HORLICK (G.), *WTO and NAFTA Rules and Dispute Resolution*, Londres, Cameron May, 2003, 410 p.
- HORN (H.), MAVROIDIS (P. C.) (eds), *The WTO Case Law of 2001*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, 324 p.

- HORN (H.), MAVROIDIS (P. C.) (eds), *The WTO Case Law of 2002*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, 284 p.
- (eds), *The WTO Case Law of 2003*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, 918 p.
- HUDEC (R. E.), *The GATT Legal System and World Trade Diplomacy*, 2^e éd., New York, Butterworth Legal Publishers, 1990, 377 p.
- , *Adjudication of International Trade Disputes*, Londres, Trade Policy Research Center, 1978, 89 p.
- , *Enforcing International Trade Law : The Evolution of the Modern GATT Legal System*, New York, Butterworth Legal Publishers, 1993, 630 p.
- HUDSON (M. O.), *International Tribunals – Past and Future*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, Brookings Foundation, 1944, 287 p.
- HULL (C.), FISH ARMSTRONG (H.), *Economic Barriers to Peace*, New York, Woodrow Wilson Foundation, 1937, 14 p.
- HÜBSCHEN (N.), *Rückforderung WTO-rechtswidriger Subventionen*, Francfort, Verlag Recht und Wirtschaft, 2005, 329 p.
- IRWIN (D. A.), MAVROIDIS (P. C.), SYKES (A. O.), *The Genesis of the GATT*, New York, Cambridge University Press, 2008, 330 p.
- JACKSON (J. H.), *World Trade and the Law of GATT*, Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1969, 948 p.
- , *The Jurisprudence of GATT and the WTO – Insights on Treaty Law and Economic Relations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, 497 p.
- , *Sovereignty, the WTO and Changing Fundamentals of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, 388 p.
- , *The World Trading System – Law and Policy of International Economic Relations*, 2^e éd., Cambridge (MA), MIT Press, 1997, 453 p.
- , *World Trade and the Law of the GATT*, Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1969, 948 p.
- JACKSON (J. H.), DAVEY (W. J.), SYKES (A. O.), *Legal Problems of International Economic Relations : Cases, Materials and Text*, Saint Paul, West Publishing, 4^e éd., 2002, 1245 p.
- JACKSON (J. H.), SYKES (A. O.), *Implementing the Uruguay Round*, Oxford, Oxford University Press, 1996, 481 p.
- JACQUÉ (J.-P.), *Éléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public*, Paris, L.G.D.J., 1972, 511 p.
- JAKOB (C. T.), *Sanktionen gegen vertragsbrüchige Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft (EWG)*, Berlin, Duncker und Humblot, 1998, 216 p.
- JANOW (M. E.), DONALDSON (V. J.), YANOVICH (A.) (eds), *The WTO : Governance, Dispute Settlement & Developing Countries*, New York, Juris Publishing, 2008, 1110 p.
- JARROSSON (Ch.), *La notion d'arbitrage*, Paris, L.G.D.J., 1987, 408 p.
- JESSUP (Ph.), *The Price of International Justice*, New York, Columbia University Press, 1971, 82 p.

- , *A Modern Law of Nations : An Introduction*, New York, MacMillan, 1950, 248 p.
- JORDAN (M.), *Sanktionsmöglichkeiten im WTO-Streitbeilegungsverfahren*, Berlin, Duncker & Humblot, 2005, 477 p.
- JOSLING (T. E.), TAYLOR (T. E.) (eds), *Banana Wars : The Anatomy of a Trade Dispute*, Cambridge (MA), CABI Publishing, 2003, 210 p.
- KASSIS (A.), *L'autonomie de l'arbitrage commercial international*, Paris, L'Harmattan, 2006, 574 p.
- KELSEN (H.), *Reine Rechtslehre*, Vienne, Verlag Österreich, 2000, 404 p.
- , *Théorie pure du droit*, trad. Ch. EISENMANN, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 1999, 367 p.
- , *Principles of International Law*, 2nd éd., TUCKER (R. W.) (ed.), New York, Holt, Rinehart and Winston, 1952, 602 p.
- KENNEDY (D. L. M.), SOUTHWICK (J. D.) (eds), *The Political Economy of International Trade Law – Essays in Honour of Robert E. Hudec*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, 696 p.
- KEOHANE (R. O.), *After Hegemony : Cooperation and Discord in the World Political Economy*, Princeton, Princeton University Press, 1984, 320 p.
- KISS (A.), SHELTON (D.), ISHIBASHI (K.) (eds), *Economic Globalization and Compliance with International Environmental Agreements*, La Haye, Kluwer Law International, 2003, 306 p.
- KOPKE (A.), *Rechtsbeachtung und –durchsetzung in GATT und WTO : Der Erklärungsbeitrag der Ökonomik zu internationalen Rechts- und Politikprozessen – Eine neue These mit der Theorie des kommunikativen Handelns von Habermas*, Berlin, Duncker und Humblot, 1997, 335 p.
- KOSKENNIEMI (M.), *From Apology to Utopia : The Structure of International Legal Argument*, New York, Cambridge University Press, 2005, 683 p.
- KOVAR (R.), *Le règlement des différends économiques inter-étatiques dans les organisations internationales*, Paris, Cours à l'Institut des Hautes Etudes Internationales, 1969-1970, polycopiés, 97 p.
- KRATOCHWIL (F. V.), *Rules, Norms, and Decisions : On the Conditions of Practical and Legal Reasoning in International Relations and Domestic Affairs*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991, 317 p.
- LACHARRIÈRE (G. DE), *La politique juridique extérieure*, Paris, Economica, 1983, 236 p.
- LAMBERT (E.), *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme – Contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 624 p.
- LAMBERT ABDELGAWAD (E.), *L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, 55 p.
- LAUTERPACHT (E.), *Aspects of the Administration of International Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991, 166 p.

- LAUTERPACHT (H.), WALDOCK (C. H. M.) (eds), *The Basis of Obligation in International Law and Other Papers by the Late James Leslie Brierly*, Oxford, Clarendon Press, 1958, 387 p.
- LAWRENCE (R. Z.), *Crimes and Punishments ? Retaliation Under the WTO*, Washington D.C., Institute for International Economics, 2002, 108 p.
- LAZAUD (F.), *L'exécution par la France des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme* (2 vol.), Marseille, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2006, 635 p.
- LEBEN (Ch.), *Les sanctions privatives de droits ou de qualités dans les organisations internationales spécialisées*, Bruxelles, Bruylant, 1979, 402 p.
- LEBEN (Ch.), LOQUIN (E.), SALEM (M.) (dir.), *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XX^e siècle – A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI : Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Paris, Litec, 2000, 728 p.
- LESAFFRE (H.), *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, L.G.D.J., 2007, 610 p.
- LETZEL (H.-J.), *Streitbeilegung im Rahmen der Welthandelsorganisation (WTO)*, Münster, Aschendorff Rechtsverlag, 1999, 419 p.
- LE FLOCH (G.), *L'urgence devant les juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2008, 517 p.
- LEVIN (J.), *How Judges Reason – The Logic of Adjudication*, New York, Peter Lang Publishing, 1992, 267 p.
- LOWENFELD (A. F.), *International Economic Law*, Oxford, Oxford University Press, 2002, 776 p.
- LÖRCHER (T.), *Neue Verfahren der internationalen Streiterledigung in Wirtschaftssachen*, Frankfurt am Main, Lang, 2001, 658 p.
- LUFF (D.), *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce – Analyse critique*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2004, 1277 p.
- LUHMANN (N.), *A Sociological Theory of Law*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1985, 436 p.
- MALINVERNI (G.), *Le règlement des différends dans les organisations économiques internationales*, Leiden, Sijthoff, 1974, 251 p.
- MANI (V. S.), *International Adjudication : Procedural Aspects*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1981, 475 p.
- MATSUSHITA (M.), SCHOENBAUM (T. J.), MAVROIDIS (P. C.), *The World Trade Organization – Law, Practice, and Policy*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2006, 989 p.
- MAVROIDIS (P. C.), SYKES (A. O.) (eds), *The WTO and International Law – Dispute Settlement*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2005, 697 p.
- MCGOVERN (E.), *International Trade Regulation*, Exeter, Globefield Press, 1995, 629 p.
- MENGOZZI (P.) (ed.), *International Trade Law on the 50th Anniversary of the Multilateral Trade System*, Milano, Giuffrè, 1999, 1062 p.

- MERRILLS (J. C.) (ed.), *International Dispute Settlement*, Cambridge, Grotius Publications, 1999, 277 p.
- MESSERLIN (P.), *Measuring the Costs of Protection in Europe : European Commercial Policy in the 2000s*, Washington D.C., Institute for International Economics, 2001, 408 p.
- MESTRE (A.), LE FUR (L.), SCELLE (G.), *Les sanctions internationales – Trois opinions de juristes*, Paris, Hartmann, 1936, 53 p.
- MILL (J. S.), *Essays on some Unsettled Questions of Political Economy*, Londres, Parker, 1844, 174 p.
- MITCHELL (R. B.), *Intentional Oil Pollution at Sea : Environmental Policy and Treaty Compliance*, Cambridge (MA), MIT Press, 1994, 260 p.
- MORGENTHAU (H. J.), *Politics Among Nations – The Struggle for Power and Peace*, New York, McGraw-Hill, 1993, 419 p.
- MOTULSKY (H.), *Ecrits*, tome II (*Etudes et notes sur l'arbitrage*), Paris, Dalloz, 1974, 541 p.
- NANTWI (E. K.), *The Enforcement of International Judicial Decisions and Arbitral Awards in Public International Law*, Leyden, Sijthoff, 1966, 209 p.
- NEUMANN (J.), *Die Koordination des WTO-Rechts mit anderen völkerrechtlichen Ordnungen – Konflikte des materiellen Rechts und Konkurrenzen der Streitbeilegung*, Berlin, Duncker und Humblot, 2002, 760 p.
- NOORTMANN (N.), *Enforcing International Law – From Self-help to Self-contained Regimes*, Aldershot, Ashgate, 2005, 194 p.
- NYE (J. S.), *Soft Power – The Means of Success in World Politics*, New York, PublicAffairs, 2004, 191 p.
- , *The Paradox of American Power – Why the World's Only Superpower Can't Go it Alone*, New York, Oxford University Press, 2002, 222 p.
- , *Bound to Lead – The Changing Nature of American Power*, New York, Basic Books, 1990, 336 p.
- OELLERS-FRAHM (K.), ZIMMERMANN (A.), *Dispute Settlement in Public International Law*, Berlin, Springer, 2001, 2254 p.
- O.N.U., *Répertoire de la pratique suivie par les organes des Nations Unies*, publié (à ce jour) en dix suppléments (1945-2009), accessible également sur la page du site de l'O.N.U. consacrée au *Répertoire* : legal.un.org/repository.
- OPPENHEIM (L.), *International Law Treatise, Vol. 1 Peace*, 9^e éd., JENNINGS (R.), WATTS (A.) (eds), New York, Oxford University Press, 2008, 1572 p.
- , *International Law Treatise, Vol. 1 Peace*, 8^e éd., LAUTERPACHT (H.) (ed.), Londres, Longman, Greens & Co., 1955, 1072 p.
- ORAKHELASHVILI (A.), *Peremptory Norms in International Law*, New York, Oxford University Press, 2006, 672 p.

- ORTINO (F.), PETERSMANN (E.-U.) (eds), *The WTO Dispute Settlement System 1995-2003*, La Haye, Kluwer Law International, 2004, 607 p.
- OST (F.), VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des F.U.S.L., 2002, 603 p.
- PALMETER (D.), MAVROIDIS (P. C.), *Dispute Settlement in the World Trade Organization – Practice and Procedure*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, 330 p.
- PAUWELYN (J.), *Conflict of Norms in Public International Law – How WTO Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, 522 p.
- PECK (C.), LEE (R. S.) (eds), *Increasing the Effectiveness of the International Court of Justice – Proceedings of the ICJ/UNITAR Colloquium to Celebrate the 50th Anniversary of the Court*, La Haye, Boston, Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1997, 542 p.
- PERSONNAZ (J.), *La réparation du préjudice en droit international public*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1939, 352 p.
- PETERSMANN (E.-U.), *The GATT/WTO Dispute Settlement System – International Law, International Organizations and Dispute Settlement*, Londres, La Haye, Boston, Kluwer Law International, 1997, 344 p.
- (ed.), *Preparing the Doha Development Round : Improvements and Clarifications of the WTO Dispute Settlement Understanding*, Florence, European University Institute, 2002, 148 p.
- PETERSMANN (E.-U.) (ed.), *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, Londres, Kluwer Law International, 1997, 704 p.
- PETERSMANN (E.-U.), HILF (M.), *The New GATT Round of Multilateral Trade Negotiations*, Deventer, Kluwer, 1991, 638 p.
- PETERSMANN (E.-U.), JAENICKE (G.) (eds), *Adjudication of International Trade Disputes in International and National Economic Law*, Fribourg, Fribourg University Press, 1992, 405 p.
- PICCHIO FORLATI (L.), SICILIANOS (L.-A.) (dir.), *Les sanctions économiques en droit international / Economic Sanctions in International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2004, 868 p.
- (dir.), Centre d'étude et de recherche de droit international et de relations internationales (2000), *Les sanctions économiques en droit international / Economic Sanctions in International Law*, La Haye, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2002, p. 263 p.
- PISILLO MAZZESCHI (P.), *Risoluzione e sospensione dei trattati per inadempimento*, Milan, Giuffrè, 1984, 351 p.
- PORTER (R. B.), SAUVÉ (P.), SUBRAMANIAN (A.), BEVIGLIA ZAMPETTI (A.) (eds), *Efficiency, Equity, and Legitimacy : The Multilateral Trading System at the Millenium*, Washington D. C., Brookings Institution Press, 2001, 444 p.

- POSNER (R.), *Economic Analysis of Law*, 5^e éd., New York, Aspen Law & Business, 1998, 802 p.
- PRIESS (H.-J.), BERRISCH (G. M.), *WTO-Handbuch*, Munich, Verlag c. H. Beck, 2003, 813 p.
- RAGAZZI (M.), *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Oxford, Clarendon Press, New York, Oxford University Press, 2000, 264 p.
- (ed.), *International Responsibility Today – Essays in Memory of Oscar Schachter*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, 467 p.
- REISMAN (W. M.), *Nullity and Revision – The Review and Enforcement of International Judgements and Awards*, Londres, Yale University Press, 1971, 900 p.
- REUTER (P.), *Introduction au droit des traités*, 2^e éd., Paris, Genève, P.U.F., Publications de l'Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales, 1985, 211 p.
- , *Le droit économique international*, Cours à l'Institut des Hautes Etudes Internationales, 1952-1953, photocopiés, 32 p. + 36 p.
- ROMANO (S.), *L'ordre juridique*, trad. L. FRANÇOIS et P. GOTHOT, Paris, Dalloz, 1975, rééd. 2002, 174 p.
- ROSENNE (Sh.), *Provisional Measures in International Law : The International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea*, Oxford, Oxford University Press, 2005, 241 p.
- , *The Law and Practice of the International Court*, Leiden, A. W. Sijthoff, 1965, 998 p.
- , *The International Court of Justice – An Essay in Political and Legal Theory*, Leiden, A. W. Sijthoff, 1957, 592 p.
- ROUSSEAU (Ch.), *Droit international public – Tome V – Les rapports conflictuels*, Paris, Sirey, 1983, 504 p.
- , *Principes généraux du droit international public*, Paris, Pedone, 1944, 397 p.
- RUIZ FABRI (H.), SICILIANOS (L.-A.), SOREL (J.-M.) (dir.), *L'effectivité des organisations internationales : Mécanismes de suivi et de contrôle*, Athènes, Sakkoulas, Paris, Pedone, 2000, 338 p.
- RUIZ FABRI (H.), SOREL (J.-M.), *Le contentieux de l'urgence et l'urgence dans le contentieux devant les juridictions internationales : regards croisés*, Paris, Pedone, 2003, 211 p.
- SACERDOTI (G.), YANOVICH (A.), BOHANES (J.) (eds), *The WTO at Ten – The Contribution of the Dispute Settlement System*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, 576 p.
- SAMEH M. AMR (M.), *The Role of the International Court of Justice as the Principal Judicial Organ of the United Nations*, Leiden, Brill Academic Publishers, 2003, 472 p.
- SANTULLI (C.), *Droit du contentieux international*, Paris, Montchrestien, 2005, 584 p.
- SCHACHTER (O.), *International Law in Theory and Practice*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, 431 p.

- SCHOENBAUM (T. J.), NAKAGAWA (J.), REIF (L. C.) (eds), *Trilateral Perspectives on International Legal Issues – From Theory into Practice*, Ardsley, New York, Transnational Publishers, 1998, 404 p.
- SCHULTE (C.), *Compliance with Decisions of the International Court of Justice*, New York, Oxford University Press, 2004, 485 p.
- SCELLE (G.), *Cours de droit international public*, Paris, Domat-Montchrestien, 1948, polycopiés, 1008 p.
- SCOTT (R. E.), STEPHAN (P. B.), *The Limits of Leviathan*, New York, Cambridge University Press, 2006, 255 p.
- S.F.D.I., *La juridictionnalisation du droit international*, Colloque de Lille, Paris, Pedone, 2003, 545 p.
- , *La responsabilité dans le système international*, Colloque du Mans, Paris, Pedone, 1991, 338 p.
- SHADIKHODJAEV (Sh.), *Retaliation in the WTO Dispute Settlement System*, La Haye, Kluwer Law International, 2009, 292 p.
- SHANY (Y.), *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2003, 348 p.
- SHELTON (D.) (ed.), *Commitment and Compliance : The Role of Non-binding Norms in the International Legal System*, Oxford, Oxford University Press, 2000, 500 p.
- SICILIANOS (L.-A.), *Les réactions décentralisées à l'illicite – Des contre-mesures à la légitime défense*, Paris, L.G.D.J., 1990, 532 p.
- SIMMA (B.) (ed.), *The Charter of the United Nations – A Commentary*, vol. I et II, 2^e éd., New York, Oxford University Press, 2002, 1405 p.
- SIMMA (B.), *Das Reziprozitätselement im Zustandekommen völkerrechtlicher Verträge*, Berlin, Duncker & Humblot, 1972, 347.
- SLAUGHTER (A.-M.), *A New World Order*, Princeton, Oxford, Princeton University Press, 2004, 341 p.
- SOREL (J.-M.) (dir.), *Le droit international économique à l'aube du XXI^e siècle*, Paris, Pedone, 2009, 268 p.
- SPIJKERS (O.), *The United Nations, the Evolution of Global Values and International Law*, Cambridge, Intersentia, 2011, 526 p.
- STEGER (D. P.), *Peace Through Trade : Building the World Trade Organization*, Londres, Cameron May, 2004, 341 p.
- STERN (B.), RUIZ FABRI (H.) (dir.), *La jurisprudence de l'OMC / The Case-Law of the WTO 1999-2*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, 317 p.
- , *La jurisprudence de l'OMC / The Case-Law of the WTO 1999-1*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, 284 p.
- , *La jurisprudence de l'OMC / The Case-Law of the WTO 1998-2*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, 224 p.

- , *La jurisprudence de l'OMC / The Case-Law of the WTO 1998-1*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, 283 p.
- , *La jurisprudence de l'OMC / The Case-Law of the WTO 1996-1997*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2004, 356 p.
- STOLL (P.-T.), SCHORKOPF (F.), *WTO – World Economic Order, World Trade Law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, 291 p.
- SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, 10^e éd., Paris, P.U.F., 2011, 926 p.
- TEUBNER (G.) (ed.), *Global Law Without a State*, Dartmouth, Aldershot, 1997, 305 p.
- TIETJE (C.), *Welthandelsorganisation*, Munich, DTV, Beck, 3^e éd., 2005, 360 p.
- TIMSIT (G.), *L'archipel de la norme*, Paris, P.U.F., 1997, 252 p.
- TORRENS (R.), *The Budget : On Commercial Policy and Colonial Policy*, Londres, Smith, Elder & Co., 1844, 427 p.
- TOUSCOZ (J.), *Le principe d'effectivité dans l'ordre international*, Paris, L.G.D.J., 1964, 280 p.
- TROPER (M.), CHAMPEIL-DESPLATS (V.), GRZEGORCZYK (Ch.) (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2005, 203 p.
- VAN DEN BOOSCHE (P.), *The Law and Policy of the World Trade Organization*, 2^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2008, 970 p.
- VAN DIJK (P.) (ed.), *Supervisory Mechanisms in International Economic Organizations in the Perspective of a Restructuring of the International Economic Order*, Deventer, Kluwer, La Haye, T.M.C. Asser Instituut, 1984, 808 p.
- VANGERVEN (W.) (ed.), *Sanktionen als Mittel zur Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts*, Köln, Bundesanzeiger, 1996, 147 p.
- VATTEL (E. DE), *Le droit des gens – ou Principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, tome I, Amsterdam, van Harreveld, 1775, 216 p. (et 1^{ère} éd., 1758, Londres, 541 p.).
- VERDROSS (A.), *Völkerrecht*, Vienne, Springer-Verlag, 5^e éd., 1964, 690 p.
- VERDROSS (A.), SIMMA (B.), *Universelles Völkerrecht*, 3^e éd., Berlin, Duncker & Humblot, 1984, 956 p.
- VERVAELE (J. A. E.) (ed.), *Compliance and Enforcement of European Community Law*, La Haye, Londres, Boston, Kluwer Law International, 1999, 426 p.
- VICTOR (D. G.), RAUSTIALA (K.), SKOLNIKOFF (E. B.) (eds), *The Implementation of International Environmental Commitments – Theory and Practice*, Cambridge (MA), MIT Press, 1998, 737 p.
- VILLALPANDO (S.), *L'émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des Etats*, Paris, P.U.F., 2005, 527 p.
- VILLIGER (M. E.), *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, 1057 p.

- VOEFFRAY (F.), *L'actio popularis ou la défense de l'intérêt collectif devant les juridictions internationales*, Paris, P.U.F., 2004, 403 p.
- WAINCYMER (J.), *WTO Litigation – Procedural Aspects of Formal Dispute Settlement*, Londres, Cameron May, 2002, 935 p.
- WALLENSTEEN (P.), STAIBANO (C.) (eds), *International Sanctions : Between Words and Wars in the Global System*, Londres, New York, Frank Cass, 2005, 251 p.
- WEIL (P.), *Ecrits de droit international*, Paris, P.U.F., 2000, 423 p.
- WEISS (F.) (ed.), *Improving WTO Dispute Settlement Procedures : Issues and Lessons from the Practice of Other International Courts and Tribunals*, Londres, Cameron May, 2000, 427 p.
- WETTESTAD (J.), *Designing Effective Environmental Regimes : The Key Conditions*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 1999, 265 p.
- WOLFRUM (R.), STOLL (P.-T.), KAISER (K.) (eds), *WTO – Institutions and Dispute Settlement*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, 671 p.
- YERXA (R.), WILSON (B.) (eds), *Key Issues in WTO Dispute Settlement – The first ten years*, New York, Cambridge University Press, 2005, 289 p.
- YOUNG (O. R.), *Governance in World Affairs*, Ithaca, Cornell University Press, 1999, 225 p.
- , *International Governance : Protecting the Environment in a Stateless Society*, Ithaca, Cornell University Press, 1994, 221 p.
- ZIMMERMANN (A.), TOMUSCHAT (Ch.), OELLERS-FRAHM (K.) (eds), *The Statute of the International Court of Justice – A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 1577 p.
- ZIMMERMANN (T. A.), *What Direction Should the DSU Take ? Negotiations and Proposals to Review and Reform the WTO Dispute Settlement Understanding*, Université de Saint-Gall, Bamberg, Difo, 2004, 323 p.
- ZOLLER (E.), *Peacetime Unilateral Remedies : An Analysis of Countermeasures*, New York, Transnational Publishers, 1984, 196 p.
- , *Enforcing International Law Through U.S. Legislation*, Dobbs Ferry, Transnational Publishers, 1985, 189 p.
- ZÜRN (M.) (ed.), *Verrechtlichung – Baustein für Global Governance ?*, Bonn, Dietz, 2004, 267 p.

II Cours, contributions et articles

- ABBOTT (R.), « WTO Disputes : The Battles in the Trade Wars – A Win Game ? Or a Lottery ? », in BOGDANDY (A. VON), MAVROIDIS (P. C.), MÉNY (Y.) (eds), *European Integration and International Co-ordination : Studies in Transnational Economic Law*

- in Honour of Claus-Dieter Ehlermann*, La Haye, Kluwer Law International, 2002, p. 1-12.
- ABI-SAAB (G.), « The WTO Dispute Settlement and General International Law », in YERXA (R.), WILSON (B.) (eds), *Key Issues in WTO Dispute Settlement – The first ten years*, New York, Cambridge University Press, 2005, p. 7-11.
- , « De la sanction en droit international – Essai de clarification » in MAKARCZYK (J.) (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century – Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, La Haye, Kluwer Law International, 1996, p. 61-77.
- , « Cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.*, 1987-VII, vol. 207, p. 15-463.
- AGO (R.), « Obligations *Erga Omnes* and the International Community », in WEILER (J. H. H.), CASSESE (A.), SPINEDI (M.) (eds), *International Crimes of States – A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, Berlin, De Gruyter, 1988, p. 237-238.
- , « Le délit international », *R.C.A.D.I.*, 1939-II, vol. 68, p. 415-554.
- AJIBOLA (B.), « Compliance With Judgments of the International Court of Justice », in BULTERMAN (M. K.), KUIJER (M.) (eds), *Compliance With Judgments of International Courts*, La Haye, Boston, Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, p. 9-38.
- AKEHURST (M.), « Reprisals by Third States », *B.Y.B.I.L.*, 1970, vol. 44, p. 1-18.
- ALCAIDE FERNÁNDEZ (J.), « Contre-mesures et règlement des différends », *R.G.D.I.P.*, 2004, n° 2, p. 347-380.
- ALDONAS (G.), « The World Trade Organization – Revolution in International Trade Dispute Settlement », *Dispute Resolut. J.*, 1995, vol. 50, n° 4, p. 73-79.
- ALEMANN (A.), « Judicial Enforcement of the WTO *Hormones* Ruling within the European Community : Towards EC Liability for the Non-Implementation of WTO Dispute Settlement Decision ? », *Har. I.L.J.*, 2004, vol. 45, n° 2, p. 547-561.
- ALEXANDROV (S. A.), « The Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice : How Compulsory Is It ? », *Chin. J.I.L.*, 2006, vol. 5, n° 1, p. 29-38.
- ALEXANDROV (S. A.), FRIEDBACHER (T. J.), « Brésil – Programme de financement des exportations pour les aéronefs », in STERN (B.), RUIZ FABRI (H.) (dir.), *La jurisprudence de l'OMC / The Case-Law of the WTO 1999-1*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 179-270.
- ALLAND (D.), « Countermeasures of General Interest », *E.J.I.L.*, 2002, vol. 13, n° 5, p. 1221-1239.
- ALTER (K.), « Resolving or Exacerbating Disputes ? The WTO's New Dispute Settlement System », *Int. Aff.*, 2003, vol. 79, n° 4, p. 783-800.
- ALVAREZ (J. E.), « The New Dispute Settlers : (Half) Truths and Consequences », in BERMAN (P.) (ed.), *The Globalization of International Law*, Aldershot, Ashgate, 2005, p. 201-240.

- , « Why Nations Behave », *Mich. J.L.L.*, 1997-1998, vol. 19, n° 2, p. 303-317.
- , « Do Liberal States Behave Better ? A Critique of Slaughter's Liberal Theory », *E.J.L.L.*, 2001, vol. 12, n° 2, p. 183-246.
- ALVAREZ-JIMENEZ (A.), « The WTO Appellate Body's Decision-Making Process : A Perfect Model for International Adjudication ? », *J.I.E.L.*, 2009, vol. 12, n° 2, p. 289-331.
- AMSELEK (P.), « Une fausse idée claire : La hiérarchie des normes juridiques » in *Renouveau du droit constitutionnel – Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 983-1014.
- ANAND (R. P.), « Enhancing the Acceptability of Compulsory Procedures of International Dispute Settlement », *Max Planck U.N.Yb.*, 2001, vol. 5, p. 1-20.
- ANDERSON (K.), « Peculiarities of Retaliation in WTO Dispute Settlement », *W.T. Rev.*, 2002, vol. 1, n° 2, p. 123-134.
- ANNACKER (C.), « The Legal Regime of *Erga Omnes* Obligations Under International Law », *Ö.Z.ö.R.V./A.J.P.L.L.*, 1994, vol. 46, n° 2, p. 131-166.
- ANON., « (In)efficient Breach of International Trade Law : The State of the Free Pass after China's Rare Earths Export Embargo », *Harv. L. Rev.*, 2011, vol. 125, n° 2, p. 602-625.
- ANZILOTTI (D.), « La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers », *R.G.D.I.P.*, 1906, p. 5-29.
- ARNOLD (J. R.), « The Oilseeds Dispute and the Validity of Unilateralism in a Multilateral Context », *Stanford J.L.L.*, 1994, vol. 30, n° 1, p. 187-220.
- ASCENSIO (H.), « La notion de juridiction internationale en question », in S.F.D.I., *La juridictionnalisation du droit international*, Colloque de Lille, Paris, Pedone, 2003, p. 163-202.
- , « La portée temporelle des décisions de l'ORD : quelles conséquences pour les bénéficiaires de l'aide considérée comme illicite ? », in THOUVENIN (J.-M.) (dir.), *Droit international et communautaire des subventions – Le cas de l'aéronautique civile (Le contrôle des aides publiques à l'industrie aéronautique civile : le point sur les réglementations communautaire et internationale)*, Paris, P.U.F., 2001, p. 165-180.
- BACCHUS (J.), « Let the Sunshine in : One View of Dispute Settlement Understanding Review », in LACARTE (J.), GRANADOS (J.) (eds), *Inter-governmental Trade Dispute Settlement : Multilateral and Regional Approaches*, Londres, Cameron May, 2004, p. 141-150.
- BAGWELL (K.), « Remedies in the World Trade Organization : An Economic Perspective », in JANOW (M. E.), DONALDSON (V. J.), YANOVICH (A.) (eds), *The WTO Governance, Dispute Settlement & Developing Countries*, Huntington, New York, Juris Publishing, 2008, p. 733-770.
- BAGWELL (K.), MAVROIDIS (P. C.), « Too Much, Too Little . . . Too Late ? », in BAGWELL (K. W.), BERMAN (G. A.), MAVROIDIS (P. C.) (eds), *Law and Economics of Contingent*

- Protection in International Trade*, New York, Cambridge University Press, 2010, p. 168-171.
- BAGWELL (K.), MAVROIDIS (P. C.), STAIGER (R. W.), « The Case for Auctioning Countermeasures in the WTO », *J. Int. Econ.*, 2008, vol. 73, n° 2, p. 309-332.
- BAGWELL (K.), STAIGER (R. W.), « Enforcement », in MAVROIDIS (P. C.), SYKES (A. O.) (eds), *The WTO and International Law – Dispute Settlement*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2005, p. 3-20.
- , « Multilateral Negotiations, Bilateral Opportunism and the Rules of GATT », *J. Int. Econ.*, 2005, vol. 67, p. 268-294.
- , « An Economic Theory of GATT », *Am. Econ. Rev.*, 1999, vol. 89, n° 1, p. 215-248.
- BALDWIN (D. A.), « The Sanctions Debate and the Logic of Choice », *Int. Sec.*, 1999/2000, vol. 24, n° 3, p. 80-107.
- BARTELT (S.), « Die Haftung der Gemeinschaft bei Nichtumsetzung von Entscheidungen des WTO-Streitbeilegungsgremiums – Anmerkung zu den Urteilen des EuGH vom 30. September 2003, Rs. C-93/02P und C-94/02P (Biret International SA gegen Rat) », *Eu.R.*, 2003, n° 6, p. 1077-1082.
- BASDEVANT (J.), « Règles générales du droit de la paix », *R.C.A.D.I.*, 1936-IV, vol. 58, p. 475-691.
- , « La conclusion et la rédaction des traités et des instruments diplomatiques autres que des traités », *R.C.A.D.I.*, 1926-V, vol. 15, p. 535-644.
- BEDJAOUI (M.), « Some Unorthodox Reflections on the “Right to Development” », in SNYDER (F.), SLINN (P.) (eds), *International Law of Development : Comparative Perspectives*, Abington, Professional Books, 1987, p. 87-116.
- BEHBOODI (R.), « The *Aircraft* Cases : Canada and Brazil », *Can. Yb.I.L.*, 2001, vol. 39, p. 387-431.
- BELLO (J. H.), « The WTO Dispute Settlement Understanding : Less is More », *A.J.I.L.*, 1996, vol. 90, n° 3, p. 416-418.
- BELLO (J. H.), HOLMER (A. F.), « GATT Dispute Settlement Agreement : Internationalization or Elimination of Section 301 ? », *Int. Law.*, 1992, vol. 26, n° 3, p. 795-802.
- BEN HAMIDA (W.), « L'arbitrage Etat-investisseur face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridictions », *A.F.D.I.*, 2005, p. 564-602.
- BENNOUNA (M.), « Le règlement des différends peut-il limiter le “droit” de se faire justice à soi-même ? », *E.J.I.L.*, 1994, vol. 5, n° 1, p. 1-64.
- BENZING (M.), « Community Interests in the Procedure of International Courts and Tribunals », *L. & Prac. Int. Cts & Tribunals*, 2006, vol. 5, n° 3, p. 369-408.
- BERG (W.), BECK (J.), « Zur jüngsten Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte zur unmittelbaren Anwendung von WTO-Recht im Gemeinschaftsrecht – Die Urteile in Sachen Biret, Chiquita und Van Parys », *R.I.W.*, 2005, n° 6, p. 401-411.

- BERG (W.), MÜLLER (T. M.), « Die WTO-Widrigkeit des Byrd-Amendments und Schadensersatz für Amtshaftung – Zum Bericht des ständigen WTO-Berufungsgremiums vom 16.1.2003 », *R.I.W.*, 2003, n° 6, p. 419-421.
- BERKEY (J. O.), « The European Court of Justice and Direct Effect for the GATT : A Question Worth Revisiting », *E.J.I.L.*, 1998, vol. 9, n° 4, p. 626-657.
- BERMANN (S.), « *EC-Hormones* and the Case for an Express WTO Postretaliation Procedure », *Colum. L. Rev.*, 2007, vol. 107, n° 1, p. 131-168.
- BERNHARDT (R.), « Die gerichtliche Durchsetzung völkerrechtlicher Verpflichtungen », in *Die Durchsetzung völkerrechtlicher Verpflichtungen/The Enforcement of International Obligations, Kolloquium anlässlich des 600jährigen Bestehens der Universität Heidelberg/Colloquium in Commemoration of the 600th Anniversary of the University of Heidelberg*, *Z.a.ö.V.R.*, 1987, vol. 47 (numéro spécial), p. 17-31.
- BESSKÓ (Z. K.), « Going Bananas Over EEC Preferences ? A Look at the Banana Trade War and the WTO's Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes », *Case W. Res. J.I.L.*, 1996, vol. 28, n° 2, p. 265-312.
- BHAGWATI (J.), « Aggressive Unilateralism », in BHAGWATI (J.), PATRICK (H.) (eds), *Aggressive Unilateralism : America's 301 Trade Policy and the World Trading System*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1991, p. 1-45.
- BHAGWATI (J.), MAVROIDIS (P. C.), « Killing the *Byrd Amendment* with the Right Stone », *W.T. Rev.*, 2004, vol. 33, n° 1, p. 119-127.
- BHALA (R.), « The Myth About *Stare Decisis* and International Trade Law (Part One of a Trilogy) », *Am. U.I.L. Rev.*, 1999, vol. 14, n° 4, p. 845-956.
- , « The Precedent Setters : *De Facto Stare Decisis* in WTO Adjudication (Part Two of a Trilogy) », *Fla. St. U. J.T.L.P.*, 1999, vol. 9, n° 1, p. 1-151.
- , « The Power of the Past : Toward *De Jure Stare Decisis* in WTO Adjudication (Part Three of a Trilogy) », *Geo. Wash. Int. L. Rev.*, 2001, vol. 33, p. 873-978.
- , « Mrs. Watu : Seven Steps to Trade Sanctions Analysis », *Mich. J.I.L.*, 1999, vol. 33, n° 3, p. 565-595.
- BIRMINGHAM (R.), « Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency », *Rutgers L. Rev.*, 1970, vol. 24, p. 273-292.
- BLACKETT (A.), « Defining the Contemporary Role of the State : WTO Treaty Interpretation, Unilateralism, and Linkages », in CARMODY (C.), IWASAWA (Y.), RHODES (S.) (eds), *Trilateral Perspectives on International Legal Issues : Conflict and Coherence*, Baltimore, American Society of International Law, 2003, p. 289-308.
- BLECKMANN (A.), « Zwangsmittel im Gemeinsamen Markt ? Die Repressalie im Europäischen Gemeinschaftsrecht », *R.I.W.*, 1978, n° 2, p. 91-95.
- BOGDANDY (A. VON), « Law and Politics in the WTO – Strategies to Cope with a Deficient Relationship », *Max Planck U.N.Yb.*, 2001, vol. 5, p. 609-674.
- BOISSON DE CHAZOURNES (L.), « Arbitration at the WTO : A *Terra Incognita* to be Further Explored », in CHARNOVITZ (S.), STEGER (D. P.), VAN DEN BOSSCHE (P.)

- (eds), *Law in the Service of Human Dignity : Essays in Honour of Florentino Feliciano*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 181-201.
- , « L'arbitrage à l'OMC », *Rev. arb.*, 2003, n° 3, p. 949-988.
- , « The Use of Unilateral Trade Measures to Protect the Environment », in KISS (A.), SHELTON (D.), ISHIBASHI (K.) (eds), *Economic Globalization and Compliance with International Environmental Agreements*, La Haye, Kluwer Law International, 2003, p. 181-191.
- BONNEAU (K.), « La jurisprudence innovante de la Cour interaméricaine des droits de l'homme en matière de droit à réparation des victimes de violations des droits de l'homme », in HENNEBEL (L.), TIGROUDJA (H.) (dir.), *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme – En l'honneur du 40^e anniversaire de la Convention américaine des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2009, p. 347-381.
- BOURGEOIS (J. H. J.), « Sanctions and Countermeasures : Do the Remedies Make Sense ? », in GEORGIEV (D.), VAN DER BORGHT (K.) (eds), *Reform and Development of the WTO Dispute Settlement System*, Londres, Cameron May, 2006, p. 37-42.
- BOWN (Ch. P.), « U.S.-China Trade Conflicts and the Future of the WTO », *The Fletcher Forum of World Affairs*, 2009, vol. 33, n° 1, p. 27-48.
- , « On the Economic Success of GATT/WTO Dispute Settlement », *Rev. Econ. & Stat.*, 2004, vol. 86, n° 3, p. 811-823.
- BRIERLY (J. L.), « The Shortcomings of International Law », in LAUTERPACHT (H.), WALDOCK (C. H. M.) (eds), *The Basis of Obligation in International Law and Other Papers by the Late James Leslie Brierly*, Oxford, Clarendon Press, 1958, p. 68-80.
- , « Sanctions », in LAUTERPACHT (H.), WALDOCK (C. H. M.) (eds), *The Basis of Obligation in International Law and Other Papers by the Late James Leslie Brierly*, Oxford, Clarendon Press, 1958, p. 201-211.
- , « Le fondement du caractère obligatoire du droit international », *R.C.A.D.I.*, 1928-III, vol. 23, p. 467-551.
- BRIMEYER (B. L.), « Bananas, Beef and Compliance in the World Trade Organization : The Inability of the WTO Dispute Settlement Process to Achieve Compliance for Superpower Nations », *Minn. J.G.T.*, 2001, vol. 10, n° 1, p. 133-168.
- BRONCKERS (M.), « Private Participation in the Enforcement of WTO Law : The New EC Trade Barriers Regulation », in BRONCKERS (M.), *A Cross-Section of WTO Law*, Londres, Cameron May, 2000, p. 255-274 [version actualisée de l'article publié in *I.T.L.R.*, 1997, vol. 3, n° 3, p. 76-84].
- BRONCKERS (M.), VAN DEN BROEK (N.), « Financial Compensation in the WTO – Improving the Remedies of WTO Dispute Settlement », *J.I.E.L.*, 2005, vol. 8, n° 1, p. 101-126.
- BROUDE (T.), « International Judicial Bodies as Sources of Normality : The WTO Law Dispute Settlement System in Comparative Context », in DEKKER (I. F.), WERNER

- (W. G.) (eds), *Governance and International Legal Theory*, Leiden, Nijhoff, 2004, p. 237-275.
- BROWNLIE (I.), « The Peaceful Settlement of International Disputes », *Chin. J.I.L.*, 2009, vol. 8, n° 2, p. 267-283.
- , « State Responsibility and the International Court of Justice », in FITZMAURICE (M.), SAROOSHI D. (eds), *Issues of State Responsibility before International Judicial Institutions*, Oxford, Portland, Hart Publishing, 2004, p. 11-18.
- , « To what Extent are the Traditional Categories of *Lex Lata* and *Lex Ferenda* still Viable ? Presentation », in CASSESE (A.), WEILER (J. H. H.) (eds), *Change and Stability in International Law-Making*, Berlin, New York, Walter de Gruyter, 1988, p. 66-72.
- , « The Reality and Efficacy of International Law », *B.Y.B.I.L.*, 1981, p. 1-8.
- BRUNNÉE (J.), « Of Sense and Sensibility : Reflections on International Liability Regimes as Tools for Environmental Protection », *I.C.L.Q.*, 2004, vol. 53, n° 2, p. 351-367.
- , « "Common Interest" – Echoes from an Empty Shell ? », *Z.a.ö.R.V.*, 1989, vol. 49, p. 791-808.
- BRUNNÉE (J.), TOOPE (S. J.), « Persuasion and Enforcement – Explaining Compliance With International Law », *Finn. Yb.I.L.*, 2002, vol. 13, p. 273-295.
- , « International Law and Constructivism : Elements of an Interactional Theory of International Law », *Colum. J.T.L.*, 2000-2001, vol. 39, n° 1, p. 19-74.
- BUSCH (M. L.), REINHARDT (E.), « Bargaining in the Shadow of the Law – Early Settlement in GATT/WTO Disputes », *Fordh. I.L.J.*, 2000, vol. 24, n° 1-2, p. 158-172.
- , « The Evolution of the GATT/WTO Dispute Settlement », in CURTIS (J. M.), CIURIK (D.) (eds), *Trade Policy Research*, Ottawa, Department of Foreign Affairs and International Trade, 2003, p. 143-183.
- CAFLISCH (L.), « L'avenir de l'arbitrage interétatique », *A.F.D.I.*, 1979, p. 9-45.
- CANAL-FORGUES (E.), « Règlement des différends (OMC) », *Dalloz, Répertoire de droit international*, tome III, 2004, 19 p.
- , « La procédure d'examen en appel de l'Organisation mondiale du commerce », *A.F.D.I.*, 1996, p. 845-863.
- , « Le système de règlement des différends de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) », *R.G.D.I.P.*, 1994, n° 3, p. 689-707.
- CANNIZZARO (E.), « The Role of Proportionality in the Law of International Countermeasures », *E.J.I.L.*, 2001, vol. 12, n° 5, p. 889-916.
- CARMICHAEL (C.), « Foreign Sales Corporations – Subsidies, Sanctions, and Trade Wars », *Vand. J. Trans. L.*, 2002, vol. 35, n° 1, p. 151-210.
- CARMODY (C.), « Remedies and Conformity under the WTO Agreement », *J.I.E.L.*, 2002, vol. 5, n° 2, p. 307-329.

- CARTLAND (M.), DEPAYRE (G.), WOZNOWSKI (J.), « Is Something Going Wrong in the WTO Dispute Settlement? », *J.W.T.*, 2012, vol. 46, n° 5, p. 979-1015.
- CAVALLIER (G. A.), « A Call for Interim Relief at the WTO Level – Dispute Settlement and International Trade Diplomacy », *World Comp.*, 1999, vol. 33, n° 2, p. 103-139.
- CAVARÉ (L.), « La notion de juridiction internationale », *A.F.D.I.*, 1956, p. 496-509.
- , « L'idée de sanction et sa mise en œuvre en droit international public », *R.G.D.I.P.*, 1937, p. 385-445.
- CHAMPEIL-DESPLATS (V.), TROPER (M.), « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », in TROPER (M.), CHAMPEIL-DESPLATS (V.), GRZEGORCZYK (Ch.) (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2005, p. 11-23.
- CHANG (S. W.), « Taming Unilateralism under the Multilateral Trading System : Unfinished Job in the WTO Panel Ruling on U.S. Sections 301-310 of the Trade Act of 1974 », *L.P.I.B.*, 2000, vol. 31, n° 4, p. 1151-1226.
- CHARNOVITZ (S.), « Rethinking WTO Trade Sanctions », *A.J.I.L.*, 2001, vol. 95, n° 4, p. 792-832.
- , « The WTO's Problematic "Last Resort" Against Noncompliance », version complétée, actualisée et mise en ligne (2003, publiée sur le site www.worldtradelaw.net) de l'article paru in *A.W.*, 2002, vol. 57, n° IV, p. 409-439.
- , « Should the teeth be pulled ? An analysis of WTO sanctions », in KENNEDY (D. L. M.), SOUTHWICK (J. D.) (eds), *The Political Economy of International Trade Law – Essays in Honour of Robert E. Hudec*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p. 602-635.
- , « The World Trade Organization – Sanctions for non-compliance », in WALLENSTEEN (P.), STAIBANO (C.) (eds), *International Sanctions : Between Words and Wars in the Global System*, Londres, New York, Frank Cass, 2005, p. 159-164.
- , « Triangulating the WTO », *A.J.I.L.*, 2002, vol. 96, n° 1, p. 28-55.
- , « The Enforcement of WTO Judgments », *Yale J.I.L.*, 2009, vol. 34, n° 2, p. 558-587.
- CHARPENTIER (J.), « Le contrôle de l'exécution des obligations des Etats », *R.C.A.D.I.*, 1983-IV, vol. 182, p. 141-245.
- CHAYES (A.), « The Role of the Judge in Public Law Litigation », *Harv. L. Rev.*, 1976, vol. 89, n° 7, p. 1281-1316.
- CHAYES (A.), HANDLER CHAYES (A.), « On Compliance », *I.O.*, 1993, vol. 47, n° 2, p. 175-205.
- CHINKIN (Ch.), « The State That Acts Alone : Bully, Good Samaritan or Iconoclast? », *E.J.I.L.*, 2000, vol. 11, n° 1, p. 31-41.
- CHOI (W.-M.), « To Comply or Not to Comply ? Non-implementation Problems in the WTO Dispute Settlement System », *J.W.T.*, 2007, vol. 41, n° 5, p. 1043-1071.

- CHOINSKI (A. S.), « Anatomy of a Controversy : The Balance of Political Forces Behind the Implementation of the WTO's Gasoline Decision », *L.P.I.B.*, 2002, vol. 33, n° 4, p. 569-613.
- CHURCHILL (R. R.), ULFSTEIN (G.), « Autonomous Institutional Arrangements in Multilateral Environmental Agreements : A Little-Noticed Phenomenon in International Law », *A.J.I.L.*, 2000, vol. 94, n° 4, p. 623-659.
- CLARK (H.), BOGRAN (A.), HANSON (H.), « The WTO Ruling on Foreign Sales Corporations : Costliest Battle yet in an Escalating Trade War Between the United States and the European Union ? », *Minn.J.G.T.*, 2001, vol. 10, n° 2, p. 291-321.
- COGAN (J. K.), « Noncompliance and the International Rule of Law », *Yale J.I.L.*, 2006, vol. 31, n° 1, p. 189-210.
- COHEN-JONATHAN (G.), « A propos des arrêts *Assanidzé* (8 avril 2004), *Ilascu* (8 juillet 2004) et *Issa* (16 novembre 2004) – Quelques observations sur les notions de “jurisdiction” et d’“injonction” », *R.T.D.H.*, 2005, n° 64, p. 767-785.
- COLARES (J. F.), « The Limits of WTO Adjudication : Is Compliance the Problem ? », *J.I.E.L.*, 2011, vol. 14, n° 2, p. 403-436.
- COLLIARD (C.-A.), « Le règlement des différends dans les organisations intergouvernementales de caractère non politique », in *Hommage d'une génération de juristes au président Basdevant*, Paris, Pedone, 1960, p. 152-182.
- COLLINS (D.), « Efficient Breach, Reliance and Contract Remedies at the WTO », *J.W.T.*, 2009, vol. 43, n° 2, p. 225-244.
- COMBACAU (J.), intervention in S.F.D.I., *La responsabilité dans le système international*, Colloque du Mans, Paris, Pedone, 1991, p. 307-310.
- , « The Exception of Self-Defence in United Nations Practice », in CASSESE (A.) (ed.), *The Current Legal Regulation of the Use of Force*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1986, p. 9-38.
- , « Sanctions », in BERNHARDT (R.) (ed.), *E.P.I.L.*, vol. 9, Amsterdam, North-Holland, 1986, p. 337-341.
- , « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », *Arch. Phil. Droit*, 1986, vol. 31 (*Le système juridique*), p. 85-105.
- , « Obligations de résultat et obligations de comportement – Quelques questions et pas de réponse », in *Le droit international, unité et diversité : mélanges offerts à Paul Reuter*, Paris, Pedone, 1981, p. 181-204.
- COMBACAU (J.), ALLAND (D.), « “Primary” and “Secondary” Rules in the Law of State Responsibility: Categorizing International Obligations », *N.Y.I.L.*, 1985, vol. 16, p. 81-109.
- CONDORELLI (L.), « Des lendemains qui chantent pour la justice internationale ? », in *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement – Mélanges Michel Virally*, Paris, Pedone, 1991, p. 205-214.

- , « L'autorité de la décision des juridictions internationales permanentes », in S.F.D.I., *La juridiction internationale permanente*, Colloque de Lyon, Paris, Pedone, 1987, p. 277-313.
- COTTIER (T.), « Dispute Settlement in the World Trade Organization : Characteristics and Structural Implications for the European Union », *C.M.L. Rev.*, 1998, vol. 35, p. 325-378.
- , « Die Durchsetzung der Prinzipien und Beschlüsse der WTO : Das Streitbeilegungsverfahren und seine Auswirkungen », in Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerbe (ed.), *Die Bedeutung der WTO für die europäische Wirtschaft – Referate des XXX. FIW-Symposiums*, Cologne, Berlin, Bonn, Munich, Carl Heymanns Verlag, 1997, p. 121-137.
- COTTIER (T.), HERTIG (M.), « The Prospects of 21st Century Constitutionalism », *Max Planck U.N.Yb.*, 2003, vol. 7, p. 261-328.
- COULÉE (F.), « Sur un Etat tiers bien peu discret : les Etats-Unis confrontés au statut de la Cour pénale internationale », *A.F.D.I.*, 2003, p. 32-70.
- COURAGE-VAN LIER (I. H.), « Supervision Within the General Agreement on Tariffs and Trade », in VAN DIJK (P.) (ed.), *Supervisory Mechanisms in International Economic Organizations in the Perspective of a Restructuring of the International Economic Order*, Deventer, Kluwer, La Haye, T.M.C. Asser Instituut, 1984, p. 53-225.
- CRAWFORD (J.), PEEL (J.), OLLESON (S.), « The ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts : Completion of the Second Reading », *E.J.I.L.*, 2001, vol. 12, n° 5, p. 963-991.
- CRAWFORD (J.), « Counter-measures as Interim Measures », *E.J.I.L.*, 1994, vol. 5, n° 1, p. 65-76.
- CZAPLINSKI (W.), « Concepts of *Jus Cogens* and Obligations *Erga Omnes* in International Law in the Light of Recent Developments », *Pol. Yb.I.L.*, 1997-1998, vol. 23, p. 87-97.
- D'ASPREMONT (J.), « The Recommendations Made by the International Court of Justice », *I.C.L.Q.*, 2007, vol. 56, n° 1, p. 185-198.
- DAVEY (W. J.), « Sanctions in the WTO : problems and solutions », in BOWN (Ch. P.), PAUWELYN (J.) (eds), *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge, Cambridge University Press Cambridge, 2010, p. 360-372.
- , « WTO Dispute Settlement : Segregating the Useful Political Aspects and Avoiding "Over-Legalization" », in BRONCKERS (M.), QUICK (R.) (eds), *New Directions in International Economic Law – Essays in Honor of John H. Jackson*, La Haye, Kluwer International, 2000, p. 291-307.
- DAVIES (A.), « The DSU Article 3.8 Presumption that an Infringement Constitutes a Prima Facie Case of Nullification or Impairment : When Does it Operate and Why ? », *J.I.E.L.*, 2010, vol. 13, n° 1, p. 181-204.

- , « Reviewing dispute settlement at the World Trade Organization : a time to reconsider the role/s of compensation ? », *W.T. Rev.*, 2006, vol. 5, n° 1, p. 31-67.
- DECAUX (E.), « Arbitrage entre sujets du droit international : Etats et organisations internationales », *Jurislasseur, Droit international*, fasc. 245, 1990, 23 p.
- , « Responsabilité et réparation », in S.F.D.I., *La responsabilité dans le système international*, Colloque du Mans, Paris, Pedone, 1991, p. 147-190.
- DEHAUSSY (J.), « Les conventions internationales conclues sous les auspices des organisations internationales », in *Mélanges Séfériadès*, vol. I, Athènes, Editions Klissiounis, 1961, p. 83-98.
- , « Le problème de la classification des traités et le projet de convention établi par la Commission du droit international des Nations Unies », in *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, Imprimerie de la Tribune de Genève, 1968, p. 305-325.
- DEKKER (I. F.), WESSEL (R. A.), « Governance by International Organizations : Rethinking the Normative Force of International Decisions », in DEKKER (I. F.), WERNER (W. G.) (eds), *Governance and International Legal Theory*, Leiden, Nijhoff, 2004, p. 215-236.
- DELBURCK (J.), « "Laws in the Public Interest" – Some Observations on the Foundations and Identification of *Erga Omnes* Norms in International Law », in GÖTZ (V.), SELMER (P.), WOLFRUM (R.) (eds), *Liber Amicorum Günther Jaenicke – Zum 85. Geburtstag*, Berlin, Springer-Verlag, 1999, p. 17-36.
- DELMAS-MARTY (M.), IZORCHE (M.-L.), « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit – Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *R.I.D.C.*, 2000, vol. 52, n° 4, p. 753-780.
- DELVOLVÉ (G.), « Chose jugée », *Jurislasseur, Contentieux administratif*.
- DERVISOPOULOS (I.), « Zum Verhältnis von WTO-Recht und Gemeinschaftsrecht : Optionen nach Van Parys », *A.W.*, 2005, n° IV, p. 415-440.
- DESMEDT (A.), « European Court of Justice on the Effect of WTO Agreements in the EC Legal Order », *L.I.E.I.*, 2000, vol. 27, n° 1, p. 93-101.
- , « Proportionality in WTO Law », *J.I.E.L.*, 2001, vol. 4, n° 3, p. 441-480.
- DEUTSCH (E. P.), « Problems of Enforcement – Decrees of International Tribunals », *A.B.A. Journal*, 1964, vol. 5, p. 1134-1139.
- DE VISSCHER (Ch.), « La chose jugée devant la Cour Internationale de La Haye », *R.B.D.I.*, 1965, n° 1, p. 5-14.
- , « Observations sur l'effectivité en droit international public », *R.G.D.I.P.*, 1958, p. 601-609.
- , « Cours général de principes de droit international public », *R.C.A.D.I.*, 1954-II, vol. 86, p. 449-556.
- DE WET (E.), « The International Constitutional Order », *I.C.L.Q.*, 2006, vol. 55, n° 1, p. 51-76.

- , « The Emergence of International and Regional Value Systems as a Manifestation of the Emerging International Constitutional Order », *Leiden J.I.L.*, 2006, vol. 19, n° 3, p. 611-632.
- DILLON (T. J.), « The World Trade Organization : A New Legal Order for World Trade ? », *Mich. J.I.L.*, 1994-1995, vol. 16, n° 2, p. 349-402.
- DINSTEIN (Y.), « The *Erga Omnes* Applicability of Human Rights », *A.V.R.*, 1992, vol. 30, n° 1, p. 16-37.
- DOEHRING (K.), « Die Selbstdurchsetzung völkerrechtlicher Verpflichtungen – Einige Einzelprobleme der Repressalie », in *Die Durchsetzung völkerrechtlicher Verpflichtungen/The Enforcement of International Obligations, Kolloquium anlässlich des 600jährigen Bestehens der Universität Heidelberg/Colloquium in Commemoration of the 600th Anniversary of the University of Heidelberg*, *Z.a.ö.V.R.*, 1987, vol. 47 (numéro spécial), p. 44-55.
- DOMINICÉ (Ch.), « The International Responsibility of States for Breach of Multilateral Obligations », *E.J.I.L.*, 1999, vol. 10, n° 2, p. 353-363.
- , « Observations sur les droits de l'Etat victime d'un fait internationalement illicite », in I.H.E.I. de Paris, *Cours et travaux, Droit international 2*, Paris, Pedone, 1982, p. 1-70.
- DO NASCIMENTO E SILVA (G. E.), « Le facteur temps et les traités », *R.C.A.D.I.*, 1977-I, vol. 154, p. 215-298.
- DOWNS (G. W.), « Enforcement and the Evolution of Cooperation », *Mich. J.I.L.*, 1998, vol. 19, n° 2, p. 319-344.
- DOWNS (G. W.), JONES (M. A.), « Reputation, Compliance, and International Law », *J. Legal Stud.*, 2002, vol. 31, n° 1 (2^e partie), p. 95-114.
- DÖRMER (S.), « Streitbeilegung und neue Entwicklungen im Rahmen von TRIPS : Eine Zwischenbilanz nach 4 Jahren », *G.R.U.R. I.T.*, 1998, vol. 47, n° 12, p. 919-934.
- DRZEMCZEWSKI (A.), TAVERNIER (P.), « L'exécution des décisions des instances internationales de contrôle dans le domaine des droits de l'homme », in S.F.D.I., *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Colloque de Strasbourg, Paris, Pedone, 1997, p. 197-214.
- DUBIN (L.), « La saisine du mécanisme de règlement des différends de l'O.M.C. », in RUIZ FABRI (H.), SOREL (J.-M.) (dir.), *La saisine des juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2006, p. 100-149.
- DUNNE (M. S.), « Redefining Power Orientation : A Reassessment of Jackson's Paradigm in Light of Asymmetries of Power, Negotiation and Compliance in the GATT/WTO Dispute Settlement System », *L.P.I.B.*, 2002, vol. 34, n° 1, p. 277-342.
- DUNOFF (J. L.), TRACHTMAN (J. P.), « Economic Analysis of International Law », *Yale J.I.L.*, 1999, vol. 24, n° 1, p. 1-59.
- DUPUY (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international – Cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.*, 2002-IV, vol. 297, p. 9-496.

- , « The Place and Role of Unilateralism in Contemporary International Law », *E.J.I.L.*, 2000, vol. 11, n° 1, p. 19-29.
- , « Sur le maintien ou la disparition de l'unité de l'ordre juridique international », in *Harmonie et contradiction en droit international (Rencontres internationales de la Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis)*, Paris, Pedone, 1996, p. 17-54.
- , « Responsabilité et légalité », in S.F.D.I., *La responsabilité dans le système international*, Colloque du Mans, Paris, Pedone, 1991, p. 263-299.
- , « Le fait générateur de la responsabilité internationale des Etats », *R.C.A.D.I.*, 1984-V, vol. 188, p. 9-133.
- DUPUY (R.-J.), « Droit déclaratoire et droit programmatoire : de la coutume sauvage à la "soft law" », in S.F.D.I., *L'élaboration du droit international public*, Colloque de Toulouse, Paris, Pedone, 1974, p. 132-148.
- ECKHOUT (P.), « Remedies and Compliance », in BETHLEHEM (D.), MCRAE (D.), NEUFELD (R.), VAN DAMME (I.) (eds), *International Trade Law*, New York, Oxford University Press, 2009, p. 437-459.
- , « Judicial Enforcement of the WTO Law in the European Union : Some Further Reflections », *J.I.E.L.*, 2002, vol. 5, n° 1, p. 91-110.
- , « The Domestic Legal Status of the WTO Agreement : Interconnecting Legal Systems », *C.M.L. Rev.*, 1997, vol. 34, n° 1, p. 11-58.
- EHLERMANN (C.-D.), « Reflections on the Process of Clarification and Improvement of the DSU », in ORTINO (F.), PETERSMANN (E.-U.) (eds), *The WTO Dispute Settlement System 1995-2003*, Londres, Kluwer, 2004, p. 105-114.
- , « Six Years on the Bench of the World Trade Court – Some Personal Experiences as Member of the Appellate Body of the World Trade Organization », *J.W.T.*, 2002, vol. 36, n° 4, p. 605-639.
- , « Tensions Between the Dispute Settlement Process and the Diplomatic and Treaty-Making Activities in the WTO », *W.T. Rev.*, 2002, vol. 1, n° 3, p. 301-308.
- EHLERMANN (C.-D.), LOCKHART (N.), « Standard of Review in WTO Law », *J.I.E.L.*, 2004, vol. 7, n° 3, p. 491-521.
- EISENMANN (Ch.), « Le droit administratif et le principe de légalité », *E.D.C.E.*, 1957, p. 25-40.
- ELAGAB (O. Y.), « The Place of Non-Forcible Counter-Measures in Contemporary International Law », in GOODWIN-GILL (G. S.), TALMON (S.) (eds), *The Reality of International Law – Essays in Honour of Ian Brownlie*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 125-151.
- EL OUALI (A.), « La sentence internationale directement applicable », in *Le droit international, unité et diversité : mélanges offerts à Paul Reuter*, Paris, Pedone, 1981, p. 269-292.

- EVANS (D.), DE TARSO PEREIRA (C.), « DSU review : a view from the inside », in YERXA (R.), WILSON (B.) (eds), *Key Issues in WTO Dispute Settlement – The first ten years*, New York, Cambridge University Press, 2005, p. 251-268.
- FASSBENDER (B.), « Der Schutz der Menschenrechte als zentraler Inhalt des völkerrechtlichen Gemeinwohls », *Eu.G.R.Z.*, 2003, vol. 30, p. 5-7.
- FAVOREU (L.), « Affaires du Sud-ouest africain », *A.F.D.I.*, 1966, p. 123-143.
- FEICHTNER (I.), « Community Interest », in WOLFRUM (R.) (ed.), *Max Planck E.P.I.L.*, 2011, version électronique publié sur le site de l'E.P.I.L. : www.mpepil.com [*Max Planck E.P.I.L. est également publiée en 10 vol.*, Oxford, Oxford University Press, à partir de 2009, 11 724 p.].
- FITZMAURICE (G. G.), « The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law », *R.C.A.D.I.*, 1957-II, vol. 92, p. 1-227.
- FOOTER (M. E.), « Some Theoretical and Legal Perspectives on WTO Compliance », *N.Yb.I.L.*, 2007, vol. 38, p. 61-112.
- FORD (R. A.), « The Beef Hormones Dispute and Carousel Sanctions : A Roundabout Way of Forcing Compliance with World Trade Organization Decisions », *Brook. J.I.L.*, 2002, vol. 27, n° 2, p. 453-574.
- FORTEAU (M.), « La levée et la suspension des sanctions internationales », *A.F.D.I.*, 2005, p. 57-84.
- FOUCHARD (Ph.), « Introduction : spécificité de l'arbitrage international », *Rev. arb.*, 1981, p. 449-467.
- FARNCK (T. M.), « Legitimacy in the International System », *A.J.I.L.*, 1988, vol. 82, n° 4, p. 705-759.
- FRIEDMANN (W.), « Droit de coexistence et droit de coopération – Quelques observations sur la structure changeante du droit international », *R.B.D.I.*, 1970, p. 1-9.
- , « The Changing Dimensions of International Law », *Colum. L. Rev.*, 1962, vol. 62, n° 7, p. 1147-1162.
- , « Some Impacts of Social Organization on International Law », *A.J.I.L.*, 1956, vol. 50, n° 3, p. 475-507.
- FRISCHTAK (A.), « Balancing Judicial Economy, State Opportunism, and Due Process Concerns in the WTO », *Mich. J.I.L.*, 2005, vol. 26, n° 3, p. 947-989.
- FRISON-ROCHE (M.-A.), « Le système des sanctions », *Les Notes Bleues de Bercy*, 2000, n° 186 consacré à « L'OMC et son tribunal », 8 p.
- FROMEIN (J. A.), « Obligations *Erga Omnes* », in WOLFRUM (R.) (ed.), *Max Planck E.P.I.L.*, 2011, version électronique publiée sur le site de l'E.P.I.L. : www.mpepil.com [*Max Planck E.P.I.L. est également publiée en 10 vol.*, Oxford, Oxford University Press, à partir de 2009, 11 724 p.].
- , « Reactions by Not Directly Affected States to Breaches of Public International Law », *R.C.A.D.I.*, 1994-IV, vol. 248, p. 345-438.

- , « Collective Enforcement of International Obligations », in *Die Durchsetzung völkerrechtlicher Verpflichtungen/The Enforcement of International Obligations, Kolloquium anlässlich des 600jährigen Bestehens der Universität Heidelberg/Colloquium in Commemoration of the 600th Anniversary of the University of Heidelberg*, Z.a.ö.V.R., 1987, vol. 47 (numéro spécial), p. 67-79.
- FUKUNAGA (Y.), « Securing Compliance through the WTO Dispute Settlement System Implementation of DSB Recommendations », *J.I.E.L.*, 2006, vol. 9, n° 2, p. 383-426.
- GAJA (G.), « Do States Have a Duty to Ensure Compliance with Obligations *Erga Omnes* by other States ? », in RAGAZZI (M.) (ed.), *International Responsibility Today – Essays in Memory of Oscar Schachter*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, p. 31-36.
- GARCIA RUBIO (M.), « Unilateral Measures as a Means of Forcible Execution of WTO Recommendations and Decisions », in PICCHIO FORLATI (L.), SICILIANOS (L.-A.) (dir.), *Les sanctions économiques en droit international / Economic sanctions in International Law*, Leiden, Nijhoff, 2004, p. 445-475.
- , « Réflexions sur le prétendu exercice des fonctions supranationales par les organes de règlement des différends de l'Organisation Mondiale du Commerce », in OSMAN (F.) (dir.), *L'Organisation Mondiale du Commerce : vers un droit mondial du commerce ?*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 245-260.
- GAZZINI (T.), « The Legal Nature of WTO Obligations and the Consequences of their Violation », *E.J.I.L.*, 2006, vol. 17, n° 4, p. 723-742.
- GERHART (P.), « Reflections : Beyond Compliance Theory – TRIPS as a Substantive Issue », *Case W. Res. J.I.L.*, 2000, vol. 32, n° 3, p. 357-385.
- GLEASON (C.), WALTHER (P.), « The WTO Dispute Settlement Implementation Procedures : A System in Need of Reform », *L.P.I.B.*, 2000, vol. 31, n° 3, p. 709-736.
- GLENNON (M. J.), « Peremptory Nonsense », in BREITENMOSE (S.) (dir.), *Droits de l'homme, démocratie et Etat de droit – Liber amicorum Luzius Wildhaber*, Zürich, Baden-Baden, Dike, Nomos, 2006, p. 1265-1272.
- GOETEYN (N.), MAES (F.), « Compliance Mechanisms in Multilateral Environmental Agreements : An Effective Way to Improve Compliance ? », *Chin. J.I.L.*, 2011, vol. 10, n° 4, p. 791-826.
- GOETZ (Ch.), SCOTT (R.), « Liquidated Damages, Penalties, and the Just Compensation Principle : A Theory of Efficient Breach », *Colum. L. Rev.*, 1977, vol. 77, n° 4, p. 554-594.
- GOH (G.), ZIEGLER (A.), « Retrospective Remedies in the WTO After *Automotive Leather* », *J.I.E.L.*, 2003, vol. 6, n° 3, p. 545-564.
- GRADONI (L.), « Systèmes juridiques internationaux : une esquisse », in RUIZ FABRI (H.), GRADONI (L.) (dir.), *La circulation des concepts juridiques : le droit international de l'environnement entre mondialisation et fragmentation*, Paris, Pedone, 2009, p. 27-51.
- GRANÉ (P.), « Remedies Under WTO Law », *J.I.E.L.*, 2001, vol. 4, n° 4, p. 755-772.

- GRAY (Ch.), « Types of Remedies in ICJ Cases : Lessons for the WTO ? », in WEISS (F.) (ed.), *Improving WTO Dispute Settlement Procedures : Issues and Lessons from the Practice of Other International Courts and Tribunals*, Londres, Cameron May, 2000, p. 401-415.
- , « The Choice between Restitution and Compensation », *E.J.I.L.*, 1999, vol. 10, n° 2, p. 413-423.
- GREEN (A.), TREBILCOCK (M.), « Enforcing WTO Obligations : What Can We Learn from Export Subsidies ? », *J.I.E.L.*, 2007, vol. 10, n° 3, p. 653-683.
- GREEN (R. A.), « Antilegalistic Approaches to Resolving Disputes Between Governments : a Comparison of the International Tax and Trade Regimes », *Yale J.I.L.*, 1998, vol. 23, n° 1, p. 79-139.
- GRILLER (S.), « Judicial Enforceability of WTO Law in the European Union : Annotation to Case C-149/96, *Portugal v Council* », *J.I.E.L.*, 2000, vol. 3, n° 3, p. 441-472.
- GRISEL (E.), « Res judicata : l'autorité de la chose jugée en droit international », in DUTOIT (B.) (dir.), *Mélanges Georges Perrin – Recueil de travaux offerts à Georges Perrin*, Lausanne, Payot, 1984, p. 139-160.
- GROSSMAN (G. M.), SYKES (A. O.), « European Communities – Anti-Dumping Duties on Imports of Cotton-Type Bed Linen from India : Recourse to Article 21.5 of the DSU by India », in HORN (H.), MAVROIDIS (P. C.) (eds), *The WTO Case Law of 2003*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 581-600.
- GRZEGORCZYK (Ch.), « Obligations, normes et contraintes juridiques – Essai de reconstruction conceptuelle », in TROPER (M.), CHAMPEIL-DESPLATS (V.), GRZEGORCZYK (Ch.) (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2005, p. 25-42.
- GUILLAUME (G.), « L'Organisation des Nations Unies et ses juges », *Pouvoirs*, 2004, n° 109, p. 89-102.
- , « De l'exécution des décisions de la Cour internationale de Justice », *Schweiz. Z.I.E.R. (R.S.D.I.E.)*, 1997, vol. 7, n° 4, p. 431-447.
- , « The Future of International Legal Institutions », *I.C.L.Q.*, 1995, vol. 44, n° 4, p. 848-862.
- GUTH (E.), « The End of the Bananas Saga », *J.W.T.*, 2012, vol. 46, n° 1, p. 1-32.
- GUZMAN (A. T.), « A Compliance-Based Theory of International Law », *Cal. L. Rev.*, 2002, vol. 90, n° 6, p. 1823-1887.
- , « The Cost of Credibility : Explaining Resistance to Inter-State Dispute Resolution Mechanisms », *J. Legal Stud.*, 2002, vol. 31, n° 2, p. 303-326.
- , « The Design of International Agreements », *E.J.I.L.*, 2005, vol. 16, n° 4, p. 579-612.
- HAAS (P. M.), « Choosing to Comply : Theorizing International Relations and Comparative Politics », in SHELTON (D.) (ed.), *Commitment and Compliance : The*

- Role of Non-binding Norms in the International Legal System*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 43-64.
- HAIMBAUGH (G. D.), « Jus Cogens : Root and Branch (an Inventory) », *Touro L. Rev.*, 1987, vol. 3, n° 2, p. 203-227.
- HAMANN (A.), RUIZ FABRI (H.), « Réseaux transnationaux et constitutionnalisme », in RUIZ FABRI (H.), ROSENFELD (M.) (dir.), *Repenser le constitutionnalisme à l'âge de la mondialisation et de la privatisation*, Paris, S.L.C., 2011, p. 173-204.
- , « Transnational Networks and Constitutionalism », *Int. J. Con. L.*, 2008, vol. 6, n° 3-4, p. 481-508.
- HARRISON (J.), « Legal and Political Oversight of WTO Waivers », *J.I.E.L.*, 2008, vol. 11, n° 2, p. 411-425.
- HAUSER (H.), « Die WTO-Streitschlichtung aus einer Law and Economics Perspektive », in BERG (H.) (ed.), *Theorie der Wirtschaftspolitik – Erfahrungen, Probleme, Perspektiven*, Berlin, Duncker und Humblot, 2001, p. 79-111.
- HAUSER (H.), MARTEL (A.), « Das WTO-Streitschlichtungsverfahren – Eine verhandlungsorientierte Perspektive », *A.W.*, 1997, vol. 52, n° IV, p. 525-559.
- HECHT (J.), « Operation of WTO Dispute Settlement Panels : Assessing Proposals for Reform », *L.P.I.B.*, 2000, vol. 31, n° 3, p. 657-663.
- HENKIN (L.), « International Law : Politics, Values and Functions – General Course of Public International Law », *R.C.A.D.I.*, 1989-IV, vol. 216, p. 9-416.
- HIGGINS (R.), « Issues of State Responsibility before the International Court of Justice », in FITZMAURICE (M.), SAROOSHI (D.) (eds), *Issues of State Responsibility before International Judicial Institutions*, Oxford, Portland, Hart Publishing, 2004, p. 1-9.
- HILF (M.), « Power, Rules and Principles – Which Orientation for WTO/GATT Law ? », *J.I.E.L.*, 2001, vol. 4, n° 1, p. 111-130.
- , « The Role of National Courts in International Trade Relations », *Mich. J.I.L.*, 1997, vol. 18, n° 2, p. 321-356.
- HILF (M.), SALOMON (T. R.), « Running in Circles : Regionalism in World Trade and How It Will Lead Back to Multilateralism », in FASTENRATH (U.) et al. (eds), *From Bilateralism to Community Interest – Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 257-267.
- HILF (M.), PUTH (S.), « The Principle of Proportionality on its Way into WTO/GATT Law », in BOGDANDY (A. VON), MAVROIDIS (P. C.), MÉNY (Y.) (eds), *European Integration and International Co-ordination : Studies in Transnational Economic Law in Honour of Claus-Dieter Ehlermann*, La Haye, Londres, New York, Kluwer Law International, 2002, p. 199-218.
- HILF (M.), SCHORKOPF (F.), « WTO und EG : Rechtskonflikte vor dem EuGH ? Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 23.11.1999 – Rs. C-149/96, Portugal/Rat », *Eu.R.*, 2000, vol. 35, n° 1, p. 74-91.

- HOEKMAN (B. M.), MAVROIDIS (P. C.), « WTO Dispute Settlement, Transparency and Surveillance », *W. Econ.*, 2000, vol. 23, n° 4, p. 527-542.
- DE HOOGH (A.), « The Relationship Between *Jus Cogens*, Obligations *Erga Omnes* and International Crimes : Peremptory Norms in Perspective », *O.Z.ö.R.V. / A.J.P.I.L.*, 1991, vol. 42, n° 2, p. 183-214.
- HORCHANI (F.), « Le droit des investissements à l'heure de la mondialisation », *J.D.I.*, 2004, n° 2, p. 367-417.
- HORLICK (G. N.), « Dispute Resolution Mechanism : Will the United States Play by the Rules ? », *J.W.T.*, 1995, vol. 29, n° 2, p. 163-171.
- , « WTO Dispute Settlement and the Dole Commission », *J.W.T.*, 1995, vol. 29, n° 6, p. 45-48.
- , « The WTO Dispute Settlement Mechanism – Compliance With WTO Rules and Other Procedural Problems », *J.W.I.P.*, 2001, vol. 4, n° 2, p. 287-294.
- , « Problems with the compliance structure of the WTO dispute resolution process », in KENNEDY (D. L. M.), SOUTHWICK (J. D.) (eds), *The Political Economy of International Trade Law – Essays in Honour of Robert E. Hudec*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p. 636-645.
- HORLICK (G. N.), DEBUSK (F. A.), « Dispute Resolution under NAFTA – Building on the U.S.-Canada FTA, GATT and ICSID », *J.W.T.*, 1993, vol. 27, n° 1, p. 21-41.
- HORLICK (G. N.), BUTTERTON (G. R.), « A Problem of Process in WTO Jurisprudence : Identifying Disputed Issues in Panels and Consultations », *L.P.I.B.*, 2000, vol. 31, n° 3, p. 573-582.
- HÖRMANN (S.), GÖTTSCHE (G.), « Die Haftung der EG für WTO-Rechtsverletzungen – Neue Tendenzen in der EuGH-Rechtsprechung ? Zur außervertraglichen Haftung der EG bei nicht fristgemäßer Umsetzung von WTO-Streitbeilegungsentscheidungen », *R.I.W.*, 2003, n° 9, p. 689-698.
- , « Bleiben europäische Unternehmen rechtsschutzlos bei Verstößen der EG gegen das Welthandelsrecht ? », *Eu.Z.W.*, 2003, vol. 14, n° 15, p. 449.
- HORN (H.), MAVROIDIS (P. C.), « Economic and Legal Aspects of the Most-Favored Nation Clause », *E.J.P.E.*, 2001, vol. 17, n° 2, p. 233-279.
- HORN (H.), JOHANNESSON (L.), MAVROIDIS (P. C.), « The WTO Dispute Settlement System 1995-2010 : Some Descriptive Statistics », *J.W.T.*, 2012, vol. 45, n° 6, p. 1107-1138.
- HOWSE (R.), « The WTO/WHO Study on Trade and Public Health : A Critical Assessment », *Risk Analysis*, 2004, vol. 24, n° 2, p. 501-507.
- , « The Most Dangerous Branch ? WTO Appellate Body Jurisprudence on the Nature and Limits of the Judicial Power », in COTTIER (T.), MAVROIDIS (P. C.) (eds), *The Role of the Judge in International Trade Regulation : Experience and Lessons for the WTO*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 2003, p. 11-41.

- , « From Politics to Technocracy – and Back Again : The Fate of the Multilateral Trading Regime », *A.J.I.L.*, 2002, vol. 96, n° 1, p. 94-117.
- HOWSE (R.), STAIGER (R. W.), « United States – Anti-Dumping Act of 1916 (Original Complaint by the European Communities) – Recourse to arbitration by the United States under 22.6 of the DSU, WT/DS136/ARB, 24 February 2004 », *W.T. Rev.*, 2005, vol. 4, n° 2, p. 295-316.
- HOWSE (R.), NEVEN (D. J.), « United States – Tax Treatment for 'Foreign Sales Corporations' Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU and Article 4.11 of the SCM Agreement (WT/DS108/ARB) – A Comment », *W.T. Rev.*, 2005, vol. 4, n° 1, p. 101-124.
- HUDEC (R. E.), « The Adequacy of WTO Dispute Settlement Remedies », in HOEKMAN (B.), ENGLISH (P.), MATTO (A.) (eds), *Development, Trade and the WTO : A Handbook*, World Bank, Washington D.C., 2002, p. 81-91.
- , « The New WTO Dispute Settlement Procedure : An Overview of the First Three Years », *Minn. J.G.T.*, 1999, vol. 8, n° 1, p. 1-53.
- , « Broadening the Scope of Remedies in WTO Dispute Settlement », in WEISS (F.) (ed.), *Improving WTO Dispute Settlement Procedures : Issues and Lessons from the Practice of Other International Courts and Tribunals*, Londres, Cameron May, 2000, p. 345-376.
- , « The GATT Legal System : a Diplomat's Jurisprudence », *J.W.T.L.*, 1970, vol. 4, n° 5, p. 615-665.
- HUGHES (V.), « The Strengths, Weaknesses, and Future of WTO Appellate Review », in JANOW (M. E.), DONALDSON (V. J.), YANOVICH (A.) (eds), *The WTO : Governance, Dispute Settlement & Developing Countries*, New York, Juris Publishing, 2008, pp. 471-504.
- , « Arbitration within the WTO », in ORTINO (F.), PETERSMANN (E.-U.) (eds), *The WTO Dispute Settlement System 1995-2003*, Londres, Kluwer, 2004, p. 75-86.
- HUNTINGTON (D. S.), « Settling Disputes Under the North American Free Trade Agreement », *Har. I.L.J.*, 1993, vol. 34, n° 2, p. 407-443.
- IERLEY (D.), « Defining the Factors that Influence Developing Country Compliance with and Participation in the WTO Dispute Settlement System : Another Look at the Dispute over Bananas », *L.P.I.B.*, 2002, vol. 33, n° 4, p. 615-652.
- ISLAM (M. R.), « Recent EU Trade Sanctions on the US to Induce Compliance with the Ruling in the Foreign Sales Corporations Case : Its Policy Contradiction Revisited », *J.W.T.*, 2004, vol. 38, n° 3, p. 471-490.
- IWASAWA (Y.), « WTO Dispute Settlement as Judicial Supervision », *J.I.E.L.*, 2002, vol. 5, n° 2, p. 287-305.
- JACKSON (J. H.), « Designing and Implementing Effective Dispute Settlement Procedures : WTO Dispute Settlement, Appraisal and Prospects », in KRUEGER

- (A. O.) (ed.), *The WTO as an International Organization*, Chicago University Press, Chicago, 1998, p. 161-180.
- , « The Legal Meaning of a GATT Dispute Settlement Report : Some Reflections », in BLOKKER (N.), MULLER (S.) (eds), *Towards More Effective Supervision by International Organizations – Essays in Honour of Henry G. Schermers*, vol. 1, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1994, p. 151-164.
- , « The Role and Effectiveness of the WTO Dispute Settlement Mechanism », in *Brookings Trade Forum 2000*, Washington DC, Brookings Institution Press, 2001, p. 179-220.
- , « Effektivität und Wirksamkeit des Streitbeilegungsverfahrens der WTO », in ZÜRN (M.) (ed.), *Verrechtlichung – Baustein für Global Governance ?*, Bonn, Dietz, 2004, p. 99-118.
- , « Observations sur les résultats du Cycle de l'Uruguay », *R.G.D.I.P.*, 1994, n° 3, p. 675-688.
- , « The WTO Dispute Settlement Understanding – Misunderstandings on the Nature of Legal Obligations », *A.J.I.L.*, 1997, vol. 91, n° 1, p. 60-64.
- , « The WTO Dispute Settlement Procedures : A Preliminary Appraisal », in SCHOTT (J.J.) (ed.), *The World Trading System : Challenges Ahead*, Washington D.C., Institute for International Economics, 1996, p. 153-165.
- , « International Law Status of WTO Dispute Settlement Reports : Obligation to Comply or Option to "Buy Out" ? », *A.J.I.L.*, 2004, vol. 98, n° 1, p. 109-125.
- , « The Crumbling Institutions of the Liberal Trade System », *J.W.T.L.*, 1978, vol. 12, n° 2, p. 93-106.
- JAKOB (D.), « Die Zukunft US-amerikanischer unilateraler Section 301-Maßnahmen – Zugleich : Bericht über den Report des WTO-Streitschlichtungs-Panels vom 22. Dezember 1999 (WT/DS152/R) », *G.R.U.R. I.T.*, 2000, n° 8-9, p. 715-723.
- JANSEN (B.), « The Limits of Unilateralism from a European Perspective », *E.J.I.L.*, 2000, vol. 11, n° 2, p. 309-313.
- JARROSSON (Ch.), « Arbitrage et juridiction », *Droits, La fonction de juger*, 1989, n° 9, p. 108-112.
- JENNINGS (R.), « The Judicial Enforcement of International Obligations », in *Die Durchsetzung völkerrechtlicher Verpflichtungen/The Enforcement of International Obligations, Kolloquium anlässlich des 600jährigen Bestehens der Universität Heidelberg/Colloquium in Commemoration of the 600th Anniversary of the University of Heidelberg*, *Z.a.ö.V.R.*, 1987, vol. 47 (numéro spécial), p. 3-16.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA (E.), « International Law in the Past Third of a Century », *R.C.A.D.I.*, 1978-I, vol. 159, p. 1-343.
- , « International Responsibility », in SØRENSEN (M.) (ed.), *Manual of Public International Law*, New York, St. Martin's Press, 1968, p. 562-603.

- JOHNSON (H. G.), « Optimum Tariffs and Retaliation », *Rev. Econ. Stud.*, 1953-1954, vol. 21, n° 2, p. 142-153.
- JÖNSSON (C.), TALLBERG (J.), « Compliance and Post-Agreement Bargaining », *E.J.I.R.*, 1998, vol. 4, n° 4, p. 371-408.
- JOUANNET (E.), « L'idée de communauté humaine à la croisée de la communauté des Etats et de la communauté mondiale », *Arch. Phil. Droit*, 2003, tome 47 (*La Mondialisation entre illusion et utopie*), p. 191-232.
- JÜRGENSEN (T.), « Das WTO-Schiedsverfahren zur Festlegung von Sanktionen nach Artikel 22 DSU », *R.I.W.*, 2000, n° 8, p. 577-583.
- , « Crime and Punishment : Retaliation Under the World Trade Organization Dispute Settlement System », *J.W.T.*, 2005, vol. 39, n° 2, p. 327-339.
- KAMTO (M.), « La volonté de l'Etat en droit international », *R.C.A.D.I.*, 2004-IV, vol. 310, p. 9-428.
- KHAN (D.-E.), PAULUS (A. L.), « Gemeinsame Werte in der Völkerrechtsgemeinschaft ? », in ERBERICH (I.) et al. (eds), *Frieden und Recht*, Stuttgart, Boorberg, 1998, pp. 217-258.
- KEARNS (J. E.), CHARNOVITZ (S.), « Adjudicating Compliance in the WTO : A Review of DSU Article 21.5 », *J.I.E.L.*, 2002, vol. 5, n° 2, p. 331-352.
- KELLY (C. R.), « The Value Vacuum : Self-enforcing Regimes and the Dilution of the Normative Feedback Loop », *Mich. J.I.L.*, 2000-2001, vol. 22, n° 4, p. 673-734.
- , « Enmeshment as a Theory of Compliance », *N.Y.U.J.I.L.P.*, 2005, vol. 37, n° 2, p. 303-356.
- KELSEN (H.), « Théorie du droit international public », *R.C.A.D.I.*, 1953-III, vol. 84, pp. 1-204.
- , « Théorie générale du droit international public », *R.C.A.D.I.*, 1932-IV, vol. 42, p. 117-351.
- KEMPEN (B.), HE (Z.), « The Practice of the International Court of Justice on Provisional Measures : The Recent Development », *Z.a.ö.R.V.*, 2009, vol. 69, n° 4, p. 919-929.
- KEOHANE (R. O.), NYE (J. S.), « The Club Model of Multilateral Cooperation and the World Trade Organization : Problems of Democratic Legitimacy », in PORTER (R. B.), SAUVÉ (P.), SUBRAMANIAN (A.), BEVIGLIA ZAMPETTI (A.) (eds), *Efficiency, Equity, and Legitimacy: The Multilateral Trading System at the Millenium*, Washington D. C., Brookings Institution Press, 2001, p. 264-294.
- KEOHANE (R. O.), HAAS (P. M.), LEVY (M. A.), « The Effectiveness of International Environmental Institutions », in HAAS (P. M.), KEOHANE (R. O.), LEVY (M. A.) (eds), *Institutions for the Earth : Sources of Effective International Environmental Protection*, Cambridge (MA), MIT Press, 1993, p. 3-24.

- KHANSARI (A. M.), « Searching for the Perfect Solution : International Dispute Resolution and the New World Trade Organization », *Hast. I.C.L. Rev.*, 1996-1997, vol. 20, n° 1, p. 183-203.
- KIM (H. C.), « The WTO Dispute Settlement Process : A Primer », *J.I.E.L.*, 1999, vol. 2, n° 3, p. 457-476.
- KINGSBURY (B.), « The Concept of Compliance as a Function of Competing Conceptions of International Law », *Michigan J.I.L.*, 1998, vol. 19, n° 2, p. 345-372.
- KLERK (Y. S.), « Supervision of the Execution of the Judgments of the European Court of Human Rights – The Committee of Ministers' Role under Article 54 of the European Convention on Human Rights », *N.I.L. Rev.*, 1998, vol. 45, n° 1, p. 65-86.
- KOH (H. H.), « Bringing International Law Home », *Hous. L. Rev.*, 1998-1999, vol. 35, n° 3, p. 623-681.
- , « Why Do Nations Obey International Law ? », *Yale L.J.*, 1996-1997, vol. 106, n° 8, p. 2599-2659.
- , « Transnational Public Law Litigation », *Yale L.J.*, 1990-1991, vol. 100, n° 8, p. 2347-2402.
- KOLB (R.), « La proportionnalité dans le cadre des contre-mesures et des sanctions – Essai de clarification », in PICCHIO FORLATI (L.), SICILIANOS (L.-A.) (dir.), *Les sanctions économiques en droit international / Economic Sanctions in International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2004, p. 379-443.
- KOMURO (N.), « The WTO Dispute Settlement Mechanism – Coverage and Procedures of the WTO Understanding », *J.W.T.*, 1995, vol. 29, n° 4, p. 5-95.
- KOSKENNIEMI (M.), « Breach of Treaty or Non-Compliance ? Reflections on the Enforcement of the Montreal Protocol », *Yb.I.E.L.*, 1992, p. 123-162.
- KRATOCHWIL (F. V.), « How Do Norms Matter ? », in BYERS (M.) (ed.), *The Role of Law in International Politics*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 35-68.
- KRITSIOTIS (D.), « Imagining the International Community », *E.J.I.L.*, 2002, vol. 13, n° 4, p. 961-992.
- KRUEGER (H.), « Das Prinzip der Effektivität, oder : Über die besondere Wirklichkeitsnähe des Völkerrechts », in CONSTANTOPOULOS (D. S.) et al. (eds) *Grundprobleme des internationalen Rechts (Festschrift für Jean Spiropoulos)*, Bonn, Schimmelbusch, 1957, p. 265-284.
- KUIJPER (P. J.), « The Law of the GATT as a Special Field of International Law : Ignorance, Further Refinement or Self-Contained System of International Law ? », in BARNHOORN (L. A. N. M.), WELLENS (K. C.) (eds), *Diversity in Secondary Rules and the Unity of International Law*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p. 227-257.
- KUYPER (P. J.), « Remedies and Retaliation in the WTO : Are they Likely to be Effective ? The State Perspective and the Company Perspective », *A.S.I.L. Proc.*, 1997, vol. 91, p. 282-286.

- KUNOY (B.), « Catch Me if You Can : An Analysis of “Measures Taken To Comply” under the WTO Dispute Settlement Understanding », *Chin. J.I.L.*, 2007, vol. 6, n° 1, p. 43-66.
- LACARTE (J. A.), « Trade and Economic Justice According to Law », in CHARNOVITZ (S.), STEGER (D. P.), VAN DEN BOSSCHE (P.) (eds), *Law in the Service of Human Dignity : Essays in Honour of Florentino Feliciano*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 22-26.
- LACHS (M.), « The Development and General Trends of International Law in Our Time (General Course in Public International Law) », *R.C.A.D.I.*, 1980-IV, vol. 169, p. 9-377.
- , « Le développement et les fonctions des traités multilatéraux », *R.C.A.D.I.*, 1957-II, vol. 92, p. 229-341.
- , « Les conventions multilatérales et les organisations internationales contemporaines », *A.F.D.I.*, 1956, p. 334-342.
- LAGRANGE (E.), « La cohérence de la chose jugée (L'affaire du *Génocide* devant la CIJ), *A.F.D.I.*, 2007, p. 1-42.
- LA PRADELLE (G. DE GEOUFFRE DE), « La fonction des juridictions de l'ordre international », *J.D.I.*, 1998, n° 2, p. 389-429.
- LAMBERT ABDELGAWAD (E.), « La Cour européenne au secours du Comité des ministres pour une meilleure exécution des arrêts “pilotes” : en marge de l'arrêt *Broniowski* », *R.T.D.H.*, 2005, n° 61, p. 203-224.
- , « L'exécution des décisions des juridictions européennes (Cour de justice des Communautés européennes et Cour européenne des droits de l'homme) », *A.F.D.I.*, 2006, p. 677-724.
- LAMY (P.), « The Place of the WTO and its Law in the International Legal Order », *E.J.I.L.*, 2006, vol. 17, n° 5, p. 969-984.
- LAUTERPACHT (H.), « The Development of the Law of International Organization by the Decisions of International Tribunals », *R.C.A.D.I.*, 1976-IV, vol. 152, p. 377-478.
- LEBEN (Ch.), « Contre-mesures », *Dalloz, Répertoire de droit international*, tome III, 1998, 15 p.
- , « La juridiction internationale », *Droits, La fonction de juger*, 1989, n° 9, p. 143-156.
- , « Les contre-mesures inter-étatiques et les réactions à l'illicite dans la société internationale », *A.F.D.I.*, 1982, p. 9-77.
- LEITNER (K.), LESTER (S.), « WTO Dispute Settlement from 1995 to 2005 – A Statistical Analysis », *J.I.E.L.*, 2006, vol. 9, n° 1, p. 219-231.
- LIMBURG (J.), « L'autorité de chose jugée des décisions des juridictions internationales », *R.C.A.D.I.*, 1929-V, vol. 30, p. 519-618.
- LIN (T.-Y.), « Compliance Proceedings under Article 21.5 of DSU and Doha Proposed Reform », *Int. Law.*, 2005, vol. 39, n° 4, p. 915-936.
- LINDROOS (A.), MEHLING (M.), « Dispelling the Chimera of “Self-Contained Regimes” in International Law and the WTO », *E.J.I.L.*, 2005, vol. 16, n° 5, p. 857-877.

- LLAMZON (A. P.), « Jurisdiction and Compliance in Recent Decisions of the International Court of Justice », *E.J.I.L.*, 2007, vol. 18, n° 5, p. 815-852.
- LONG (O.), « La place du droit dans le système commercial du GATT », *R.C.A.D.I.*, 1983-IV, vol. 182, p. 9-142.
- LOQUIN (E.), « Arbitrage – Définition – Nature juridique – Distinction avec d'autres institutions – Avantages et inconvénients », *Jurisclasseur, Procédure civile*, fasc. 1005, 1997.
- LOWE (V.), « Precluding Wrongfulness », *E.J.I.L.*, 1999, vol. 10, n° 2, p. 405-411.
- LOWENFELD (A. F.), « Remedies Along with Rights : Institutional Reform in the New GATT », *A.J.I.L.*, 1994, vol. 88, n° 3, p. 477-488.
- MACDONALD (R.), « The Supervision of the Execution of Judgments of the European Court of Human Rights », in YEE (S.), TIEYA (W.) (eds), *International Law in the Post-Cold War World – Essays in Honour of Li Haopei*, Londres, Routledge, 2001, p. 409-422.
- MACLEAN (R. M.), « The Urgent Need to Reform the WTO's Dispute Settlement Process », *I.T.L.R.*, 2002, vol. 8, n° 5, p. 137-141.
- MACNELLIS (N.), « What Obligations Are Created by World Trade Organization Dispute Settlement Reports ? », in BRONCKERS (M.), HORLICK (G. N.) (eds), *WTO Jurisprudence and Policy : Practitioners' Perspectives*, Londres, Cameron May, 2005, p. 183-215.
- MADDALON (Ph.), « Les rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'OMC (2009) », *A.F.D.I.*, 2009, p. 665-681.
- , « Les rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'OMC (2008) », *A.F.D.I.*, 2008, p. 445-465.
- , « Les rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'OMC (2007) », *A.F.D.I.*, 2007, p. 697-717.
- , « Les rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'OMC (2006) », *A.F.D.I.*, 2006, p. 505-531.
- , « Les rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'OMC », *A.F.D.I.*, 2005, p. 603-632.
- MAGGI (G.), « The Role of Multilateral Institutions in International Trade Cooperation », *Am. Econ. Rev.*, 1999, vol. 89, n° 1, p. 190-214.
- MAGID (P.), « The Post-Adjudicative Phase », in PECK (C.), LEE (R. S.) (eds), *Increasing the Effectiveness of the International Court of Justice – Proceedings of the ICJ/UNITAR Colloquium to Celebrate the 50th Anniversary of the Court*, La Haye, Boston, Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1997, p. 325-347.
- MAGNUS (J.), « Compliance with WTO dispute settlement decisions : is there a crisis ? », in YERXA (R.), WILSON (B.) (eds), *Key Issues in WTO Dispute Settlement – The first ten years*, New York, Cambridge University Press, 2005, p. 242-250.

- MALACRIDA (R.), « Towards Sounder and Fairer WTO Retaliation : Suggestions for Possible Additional Procedural Rules Governing Members' Preparation and Adoption of Retaliatory Measures », *J.W.T.*, 2008, vol. 42, n° 1, p. 3-60.
- MALANCZUK (P.), « Zur Repressalie im Entwurf der International Law Commission zur Staatenverantwortlichkeit », *Z.a.ö.R.V.*, 1985, vol. 45, p. 293-323.
- MARCEAU (G.), HAMAOUÏ (J. A.), « Implementation of Recommendations and Rulings in the WTO System », in BOISSON DE CHAZOURNES (L.), KOHEN (M. G.), VINUALES (J.) (eds), *Diplomatic and Judicial Means of Dispute Settlement*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, p. 187-210.
- MARCEAU (G.), « Pratique et pratiques dans le droit de l'Organisation mondiale du commerce », in S.F.D.I., *La pratique et le droit international*, Colloque de Genève, Paris, Pedone, 2004, p. 159-208.
- , « A Call for Coherence in International Law – Praises for the Prohibition Against “Clinical Isolation” in WTO Dispute Settlement », *J.W.T.*, 1999, vol. 33, n° 5, p. 87-152.
- , « NAFTA and WTO Dispute Settlement Rules – A Thematic Comparison », *J.W.T.*, 1997, vol. 31, n° 2, p. 25-81.
- , « The Dispute Settlement Rules of the North American Free Trade Agreement : A Thematic Comparison with the Dispute Settlement Rules of the World Trade Organization », in PETERSMANN (E.-U.) (ed.), *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, Londres, La Haye, Boston, Kluwer Law International, 1997, p. 487-542.
- MARCHETTI (J. A.), MAVROIDIS (P. C.), « The Genesis of the GATS », *E.J.I.L.*, 2011, vol. 22, n° 3, p. 689-721.
- MATSUSHITA (M.), « Major WTO Dispute Cases Concerning Government Procurement », *Asian J. WTO & Int. H. L. P.*, 2006, vol. 1, n° 2, p. 299-316.
- MAVROIDIS (P. C.), « Money talks the talk (but does it walk the walk ?) », in BOWN (Ch. P.), PAUWELYN (J.) (eds), *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 355-359.
- MAVROIDIS (P. C.), « Article 19 », in WOLFRUM (R.), STOLL (P.-T.), KAISER (K.) (eds), *WTO – Institutions and Dispute Settlement*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 483-491.
- , « Remedies in the WTO Legal System : Between a Rock and a Hard Place », *E.J.I.L.*, 2000, vol. 11, n° 4, p. 763-813.
- , « Proposals for Reform of Article 22 of the DSU : Reconsidering the “Sequencing” Issue and Suspension of Concessions », in ORTINO (F.), PETERSMANN (E.-U.) (eds), *The WTO Dispute Settlement System 1995-2003*, Londres, Kluwer, 2004, p. 61-73.
- , « Government Procurement Agreement – The Trondheim Case : The Remedies Issue », *A.W.*, 1993, vol. 48, n° I, p. 77-94.

- MCBRIDE (S.), « Dispute Settlement in the WTO : Backbone of the Global Trading System or Delegation of Awesome Power ? », *L.P.I.B.*, 2001, vol. 32, n° 3, p. 643-675.
- MCCALL SMITH (J.), « Compliance Bargaining in the WTO : Ecuador and the Bananas Dispute », in ODELL (J. S.) (ed.), *Negotiating Trade – Developing Countries in the WTO and NAFTA*, New York, Cambridge University Press, 2006, p. 257-288.
- MCDONALD (K. M.), « Die (Nicht-)Umsetzung von Panel-Beschlüssen der WTO im Recht der USA und der EU », *Z.Eu.S.*, 1998, n° 1, p. 249-270.
- , « The Unilateral Undermining of Conventional International Trade Law via Section 301 », *J.I.L.P.*, 1998, vol. 7, n° 3, p. 395-413.
- MCDUGAL (M. S.), LASSWELL (H. D.), REISMAN (W. M.), « Theories about International Law : Prologue to a Configurative Jurisprudence », *Va. J.I.L.*, 1968, vol. 8, n° 2, p. 188-299.
- MCDUGAL (M. S.), REISMAN (W. M.), « “The Changing Structure of International Law” – Unchanging Theory for Inquiry », *Colum. L. Rev.*, 1965, vol. 65, n° 5, p. 810-835.
- MCGIVERN (B.), « Seeking Compliance with WTO Rulings : Theory, Practice and Alternatives », *Int. Law.*, 2002, vol. 36, n° 1, p. 141-158.
- , « Retaliation Revisited : Compliance and Implementation Issues in WTO Dispute Settlement », in GEORGIEV (D.), VAN DER BORGH (K.) (eds), *Reform and Development of the WTO Dispute Settlement System*, Londres, Cameron May, 2006, p. 225-245.
- , « Implementation of panel and Appellate Body rulings : an overview », in YERXA (R.), WILSON (B.) (eds), *Key Issues in WTO Dispute Settlement – The first ten years*, New York, Cambridge University Press, 2005, p. 98-109.
- MCRAE (D. M.), « Crafting Mechanisms for Settling International Trade Disputes : WTO and NAFTA as Models », in SCHOENBAUM (T. J.), NAKAGAWA (J.), REIF (L. C.) (eds), *Trilateral Perspectives on International Legal Issues – From Theory into Practice*, Ardsley, New York, Transnational Publishers, 1998, p. 331-346.
- MCRAE (R.), « The Contribution of International Trade Law to the Development of International Law », *R.C.A.D.I.*, 1996-IV, vol. 260, p. 99-237.
- MCWHINNEY (E.), « The International Court of Justice and International Law-making : The Judicial Activism / Self-Restraint Antinomy », *Chin. J.I.L.*, 2006, vol. 5, n° 1, p. 3-13.
- MEDRADO (R. G. S.), « Renegotiating Remedies in the WTO : A Multilateral Approach », *Wisc. I.L.J.*, 2004, vol. 22, n° 2, p. 323-391.
- MELLO (X. DE), « Arbitrage et droit communautaire », *Rev. arb.*, 1982, p. 390-403.
- MERCURIO (B.), « Improving Dispute Settlement in the WTO : The Dispute Settlement Understanding Review – Making it Work ? », *J.W.T.*, 2004, vol. 38, n° 5, p. 795-854.
- , « Dispute Settlement in the WTO : Questioning the “Security” and “Predictability” of the Implementation Phase of the DSU ? », in BUCKLEY (R. P.)

- (ed.), *The Doha Round and the WTO : The Changing Face of World Trade*, La Haye, Kluwer Law International, 2003, p. 115-143.
- MICKELSON (K.), « Carrots, Sticks, or Stepping-Stones : Differing Perspectives on Compliance with International Law », in SCHOENBAUM (T. J.), NAKAGAWA (J.), REIF (L. C.) (eds), *Trilateral Perspectives on International Legal Issues – From Theory into Practice*, Ardsley, New York, Transnational Publishers, 1998, p. 35-48.
- MING DU (M.), « Autonomy in Setting Appropriate Level of Protection under the WTO Law : Rhetoric or Reality ? », *J.I.E.L.*, 2010, vol. 13, n° 4, p. 1077-1102.
- MITCHELL (A. D.), « Proportionality and Remedies in WTO Disputes », *E.J.I.L.*, 2006, vol. 17, n° 5, p. 985-1008.
- MOHAMED SALAH (M. M.), « La Commission mixte Cameroun/Nigeria, un mécanisme original de règlement des différends interétatiques », *A.F.D.I.*, 2005, p. 162-184.
- MONNIER (P.), « Système de rétorsions de l'Organisation mondiale du commerce : les Membres de l'OMC jouent-ils aux échecs comme des billes ou jouent-ils aux billes comme des nuls ? », *I.L.F. / F.D.I.*, 2003, vol. 5, n° 1, p. 47-61.
- , « The Time to Comply with an Adverse WTO Ruling », *J.W.T.*, 2001, vol. 35, n° 5, p. 825-845.
- , « Working Procedures Before Panels, the Appellate Body and Other Adjudicating Bodies of the WTO », *Law & Prac. Int. Cts & Tribunals*, 2002, vol. 1, n° 3, p. 481-538.
- MONTAÑA I MORA (M.), « A GATT with Teeth : Law Wins over Politics in the Resolution of International Trade Disputes », *Colum. J.T.L.*, 1993-1994, vol. 31, n° 1, p. 103-180.
- MOSLER (H.), « Article 94 », in SIMMA (B.) (ed.), *The Charter of the United Nations – A Commentary*, vol. II, 2^e éd., New York, Oxford University Press, 2002, p. 1174-1178.
- MOSOTI (V.), « In Our Own Image, Not Theirs : Damages as an Antidote to the Remedial Deficiencies in the WTO Dispute Settlement Process : A View from Sub-Saharan Africa », *B.U.I.L.J.*, 2001, vol. 19, n° 2, p. 231-256.
- MOULIS (D.), O'DONNELL (B.), « Does “Withdraw the Subsidy” Mean “Repay the Subsidy” ? The Implications of the *Howe Leather Case* for Firms in Receipt of Government Subsidies », *I.T.L.R.*, 2000, vol. 6, n° 5, p. 168-173.
- MOVESIAN (M. L.), « United States – Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000, WT/DS217 and WT/DS234 », *A.J.I.L.*, 2004, vol. 98, n° 1, p. 150-155.
- , « Enforcement of WTO Rulings : An Interest Group Analysis », *Hostra L. Rev.*, 2003, vol. 32, n° 1, p. 1-21.
- , « Sovereignty, Compliance, and the World Trade Organization : Lessons from the History of Supreme Court Review », *Mich. J.I.L.*, 1999, vol. 20, n° 4, p. 775-818.

- MUELLER-HOLYST (B.), « The role of the Dispute Settlement Body in the dispute settlement process », in YERXA (R.), WILSON (B.) (eds), *Key Issues in WTO Dispute Settlement – The first ten years*, New York, Cambridge University Press, 2005, p. 25-28.
- MÜLLER-RAPPARD (E.), « Le droit d'action en vertu des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme », *R.B.D.I.*, 1968, n° 2, p. 485-517.
- MUSHKAT (R.), « State Reputation and Compliance with International Law : Looking through a Chinese Lens », *Chin. J.I.L.*, 2011, vol. 10, n° 4, p. 703-737.
- NAKAGAWA (J.), « Securing Compliance in Traditional and Contemporary International Law : A Theoretical Analysis », in SCHOENBAUM (T. J.), NAKAGAWA (J.), REIF (L. C.) (eds), *Trilateral Perspectives on International Legal Issues – From Theory into Practice*, Ardsley, New York, Transnational Publishers, 1998, p. 49-57.
- NAIKI (Y.), « The Mandatory/Discretionary Doctrine in WTO Law : The *US-Section 301* Case and its Aftermath », *J.I.E.L.*, 2004, vol. 7, n° 1, p. 23-70.
- NAKATANI (K.), « Economic Sanctions and Compliance – Theoretical Aspects », in SCHOENBAUM (T. J.), NAKAGAWA (J.), REIF (L. C.) (eds), *Trilateral Perspectives on International Legal Issues – From Theory into Practice*, Ardsley, New York, Transnational Publishers, 1998, p. 347-364.
- NEUHOLD (H.), « The Foreign-Policy “Cost-Benefit Analysis” Revisited », *G.Yb.I.L.*, 1999, vol. 42, p. 84-124.
- NIETO-NAVIA (R.), « International Peremptory Norms (*Jus Cogens*) and International Humanitarian Law », in VORAH (L. C.) *et al.* (eds), *Man's Inhumanity to Man – Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, La Haye, Kluwer Law International, 2003, p. 595-640.
- NOLTE (G.), « From Dionisio Anzilotti to Roberto Ago : The Classical International Law of State Responsibility and the Traditional Primacy of a Bilateral Conception of Inter-state Relations », *E.J.I.L.*, 2002, vol. 13, n° 5, p. 1083-1098.
- NORDBLAD (R.), « Enforcement of World Trade Organization Law », *Finn. Yb.I.L.*, 2002, vol. 13, p. 201-244.
- NOUVEL (Y.), « Aspects généraux de la conformité du droit interne au droit de l'OMC », *A.F.D.I.*, 2002, p. 657-674.
- , « L'unité du système commercial multilatéral », *A.F.D.I.*, 2000, p. 654-670.
- O'CONNELL (M. E.), « Controlling Countermeasures », in RAGAZZI M. (ed.), *International Responsibility Today – Essays in Memory of Oscar Schachter*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, p. 49-62.
- O'CONNOR (B.), DJORDJEVIC (M.), « Practical Aspects of Monetary Compensation – The *US – Copyright Case* », *J.I.E.L.*, 2005, vol. 8, n° 1, p. 127-142.
- ODA (S.), « The Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice : A Myth ? », *I.C.L.Q.*, 2000, vol. 49, n° 2, p. 251-277.

- OELLERS-FRAHM (K.), « *Pacta sunt servanda* – Gilt das auch für die USA ? Überlegungen anlässlich der Mißachtung der einstweiligen Anordnungen des IGH im Breard- und im LaGrand-Fall durch die Vereinigten Staaten », *Eu.G.R.Z.*, 1999, n° 15-16, p. 437-449.
- OETER (S.), « Gemeinwohl in der Völkerrechtsgemeinschaft », in BRUGGER (W.), KIRSTE (S.), ANDERHEIDEN (M.) (eds), *Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2002, p. 215-243.
- , « Welthandelsordnung im Spannungsfeld von Wirtschaft, Recht und Politik », in HILF (M.), OETER (S.), *WTO-Recht – Rechtsordnung des Welthandels*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2010, p. 1-19.
- OKUWAKI (N.), « The Changing Nature of International Obligations : Can Voluntary Compliance Overcome the Difficulties in the Present Nation-State System ? », in SCHOENBAUM (T. J.), NAKAGAWA (J.), REIF (L. C.) (eds), *Trilateral Perspectives on International Legal Issues – From Theory into Practice*, Ardsley, New York, Transnational Publishers, 1998, p. 61-87.
- OLIVIER (M.), « Exploring the Doctrine of Self-execution as Enforcement Mechanism of International Obligations », *S.A.Yb.I.L.*, 2002, p. 99-119.
- O'NEAL TAYLOR (C.), « The Limits of Economic Ppower : Section 301 and the World Trade Organization Dispute Settlement System », *Vand. J. Trans. L.*, 1997, vol. 30, n° 2, p. 209-348.
- PALMETER (D.), « The WTO Dispute Settlement Mechanism – Compliance with WTO Rulings and other Procedural Problems », *J.W.I.P.*, 2001, vol. 4, n° 1, p. 291-294.
- , « The Need for Due Process in WTO Proceedings », *J.W.T.*, 1997, vol. 31, n° 1, pp. 51-57.
- PALMETER (D.), ALEXANDROV (S. A.), « "Inducing compliance" in WTO dispute settlement », in KENNEDY (D. L. M.), SOUTHWICK (J. D.) (eds), *The Political Economy of International Trade Law – Essays in Honour of Robert E. Hudec*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p. 646-666.
- PARDO (A.), CHRISTOL (C. Q.), « The Common Interest : Tension Between the Whole and the Parts », in MACDONALD (R. S. J.), JOHNSTON (D. M.) (eds), *The Structure and Process of International Law*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1983, p. 643-659.
- PARKER (R. W.), « The Problem with Scorecards : How (and how not) to Measure the Cost-effectiveness of Economic Sanctions », *Mich.J.I.L.*, 2000, vol. 21, n° 2, p. 235-295.
- PARTSCH (K. J.), « Retorsion », in BERNHARDT (R.) (ed.), *E.P.I.L.*, vol. 9, Amsterdam, North-Holland, 1986, p. 335-337.
- PAULSON (C.), « Compliance with Final Judgments of the International Court of Justice Since 1987 », *A.J.I.L.*, 2004, vol. 98, n° 3, p. 434-461.
- PAUWELYN (J.), « The calculation and design of trade retaliation in context : what is the goal of suspending WTO obligations ? », in BOWN (Ch. P.), PAUWELYN (J.)

- (eds), *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 34-65.
- , « The Transformation of World Trade », *Mich. L. Rev.*, 2005-2006, vol. 104, n° 1, p. 1-65.
- , « The Sutherland Report : A Missed Opportunity for Genuine Debate on Trade, Globalization and Reforming the WTO », *J.I.E.L.*, 2005, vol. 8, n° 2, p. 329-346.
- , « Proposals for Reform of Article 21 of the DSU », in ORTINO (F.), PETERSMANN (E.-U.) (eds), *The WTO Dispute Settlement System 1995-2003*, Londres, Kluwer, 2004, p. 51-59.
- , « A Typology of Multilateral Treaty Obligations : Are WTO Obligations Bilateral or Collective in Nature ? », *E.J.I.L.*, 2003, vol. 14, n° 5, p. 907-951.
- , « The Role of Public International Law in the WTO : How Far Can We Go ? », *A.J.I.L.*, 2001, vol. 95, n° 3, p. 535-582.
- , « Enforcement and Countermeasures in the WTO : Rules are Rules – Toward a More Collective Approach », *A.J.I.L.*, 2000, vol. 94, n° 2, p. 335-347.
- PELLET (A.), « Le nouveau projet de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite : *Requiem* pour le crime ? », in VOHRAH (L. C.) et al. (eds), *Man's Inhumanity to Man – Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, La Haye, Kluwer Law International, 2003, p. 655-683 (également paru, en anglais, in *N.Y.I.L.*, 2001, p. 55-79).
- , « Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite – Suite – et fin ? », *A.F.D.I.*, 2002, p. 1-23.
- , « Remarques sur une révolution inachevée – Le projet d'articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite », *A.F.D.I.*, 1996, pp. 1-26.
- , « La ratification par la France de la Déclaration européenne des droits de l'homme », *R.D.P.*, 1974 (sept.-oct.), p. 1319-1379.
- PENALVER (E. M.), « The Persistent Problem of Obligation in International Law », *Stanford J.I.L.*, 2000, vol. 36, n° 2, p. 271-302.
- PENG (SH.-Y.), « How Much Time is Reasonable ? The Arbitral Decisions under Article 21.3(c) of the DSU », *Berk. J.I.L.*, 2008, vol. 26, n° 1, p. 323-351.
- PETERSMANN (E.-U.), « Why Rational Choice Theory Requires a Multilevel Constitutional Approach to International Economic Law – A Response to The Case Against Reforming the WTO Enforcement Mechanism », *U. Ill. L. Rev.*, 2008, n° 1, p. 359-382.
- , « Time for a United Nations "Global Compact" for Integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organizations : Lessons from European Integration », *E.J.I.L.*, 2002, vol. 13, n° 3, p. 621-650.
- , « Additional Negotiation Proposals on Improvements and Clarifications of the DSU », in PETERSMANN (E.-U.) (ed.), *Preparing the Doha Development Round :*

- Improvements and Clarifications of the WTO Dispute Settlement Understanding*, Florence, European University Institute, 2002, p. 125-139.
- , « The WTO Constitution and Human Rights », *J.I.E.L.*, 2000, vol. 3, n° 1, p. 19-25.
- , « The Dispute Settlement System of the World Trade Organization and the Evolution of the GATT Dispute Settlement System Since 1948 », *C.M.L. Rev.*, 1994, vol. 31, n° 6, p. 1157-1244.
- , « Violation Complaints and Non-Violation Complaints in Public International Trade Law », *G.Yb.I.L.*, 1991, vol. 34, p. 175-197.
- PEYRO LLOPIS (A.), « Après *Avena* : l'exécution par les Etats-Unis de l'arrêt de la Cour internationale de Justice », *A.F.D.I.*, 2005, p. 140-161.
- PHILIP (Ch.), CARA (J.-Y. DE), « Rapport général – Nature et évolution de la juridiction internationale », in S.F.D.I., *La juridiction internationale permanente*, Colloque de Lyon, Paris, Pedone, 1987, p. 8-11.
- PILLEPICH (A.), « Article 94 », in COT (J.-P.), PELLET (A.) (dir.), *La Charte des Nations Unies – Commentaire article par article*, vol. 2, 3^e éd., Paris, Economica, 2005, p. 1987-1998.
- PISILLO MAZZESCHI (R.), « Termination and Suspension of Treaties for Breach in the ILC Works on State Responsibility », in SPINEDI (M.), SIMMA (B.) (eds), *United Nations Codification of State Responsibility*, New York, Oceana, 1987, p. 57-94.
- PITSCHAS (Ch.), « EuGH : Kein Schadensersatz wegen Importverbots für Hormonfleisch – Anmerkung », *Eu.Z.W.*, 2003, n° 24, p. 758-763.
- PONS (J. F.), « Self-Help and the World Trade Organization », in MENGOSZI (P.) (ed.), *International Trade Law on the 50th Anniversary of the Multilateral Trade System*, Milan, Giuffrè, 1999, p. 55-112.
- PRUJINER (A.), « L'arbitrage unilatéral : un coucou dans le nid de l'arbitrage conventionnel ? », *Rev. arb.*, 2005, n° 1, p. 63-99.
- PUGH (M.), « Legal Aspects of the *Rainbow Warrior* Affair », *I.C.L.Q.*, 1987, vol. 36, n° 3, p. 655-669.
- PULKOWSKI (D.), « Testing Compliance Theories : Towards US Obedience of International Law in the *Avena* Case », *Leiden J.I.L.*, 2006, vol. 19, n° 2, p. 511-554.
- PUTH(S.), « Sanktionen im Welthandel: Die Neuausrichtung des Sanktionsmechanismus der WTO am europäischen Modell ? », *Eu.R.*, 2001, n° 5, p. 706-723.
- QIAN (M. A.), « 'Reasonable Period of Time' in the WTO Dispute Settlement System », *J.I.E.L.*, 2012, vol. 15, n° 1, p. 257-285.
- RAGOSTA (J. A.), « Unmasking the WTO – Access to the DSB System : Can the WTO DSB Live Up to the Moniker "World Trade Court" ? », *L.P.I.B.*, 2000, vol. 31, n° 3, p. 739-768.
- RAGOSTA (J. A.), JONEJA (N.), ZELDOVICH (M.), « WTO Dispute Settlement : the System is Flawed and Must Be Fixed », *Int. Law.*, 2003, vol. 37, n° 3, p. 697-752.

- RAITH (R.), « Suspension of concessions and retaliation under the Agreement on Safeguards : the recent *US – Steel Safeguards* case », in YERXA (R.), WILSON (B.) (eds), *Key Issues in WTO Dispute Settlement – The first ten years*, New York, Cambridge University Press, 2005, p. 232-250.
- RAUSTIALA (K.), « Compliance and Effectiveness in International Regulatory Cooperation », *Case W. Res. J.I.L.*, 2000, vol. 32, n° 3, p. 387-440.
- RAUSTIALA (K.), SLAUGHTER (A.-M.), « International Law, International Relations and Compliance », in SIMMONS (B. A.), CARLSNAES (W.), RISSE (T.) (eds), *Handbook of International Relations*, Londres, SAGE Publications, 2002, p. 538-558.
- REIF (T.M.), FLORESTAL (M.), « Revenge of the Push-Me, Pull-You : The Implementation Process Under the WTO Dispute Settlement Understanding », *Int. Law.*, 1998, vol. 32, n° 3, p. 755-788.
- REINHARDT (E.), « Adjudication without Enforcement in GATT Disputes », *J.C.R.*, 2001, vol. 45, n° 2, p. 174-195.
- REISMAN (W. M.), « The Enforcement of International Judgments », *A.J.I.L.*, 1969, vol. 63, n° 1, p. 1-27.
- RENOUF (Y.), « A brief introduction to countermeasures in the WTO dispute settlement system », in YERXA (R.), WILSON (B.) (eds), *Key Issues in WTO Dispute Settlement : The first ten years*, New York, Cambridge University Press, 2005, p. 110-122.
- , « Les mécanismes d'adoption et de mise en œuvre de règlement des différends de l'OMC sont-ils viables ? », *A.F.D.I.*, 1994, p. 776-791.
- RHODES (S. A.), « The Article 21.5/22 Problem : Clarification Through Bilateral Agreements ? », *J.I.E.L.*, 2000, vol. 3, n° 3, p. 553-558.
- RIPHAGEN (W.), « State Responsibility : New Theories of Obligation in Interstate Relations », in MACDONALD (R. S. J.), JOHNSTON (D. M.) (eds), *The Structure and Process of International Law*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1983, p. 581-625.
- ROESSLER (F.), « The Scope of WTO Law Enforced Through WTO Dispute Settlement Procedures », in JANOW (M. E.), DONALDSON (V.), YANOVICH (A.) (eds), *The WTO : Governance, Dispute Settlement & Developing Countries*, New York, Juris Publishing, 2008, p. 331-344.
- , « The Concept of Nullification and Impairment in the Legal System of the World Trade Organization », in PETERSMANN (E.-U.) (ed.), *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, Londres, Kluwer Law International, 1997, p. 125-142.
- ROSENNE (Sh.), « L'exécution et la mise en vigueur des décisions de la Cour internationale de Justice », *R.G.D.I.P.*, 1953, p. 532-583.
- RUIZ FABRI (H.), « About the Sense and Direction of Multilateralism in International Trade Law », in HESTERMEYER (H. P.) *et al.* (eds), *Cooexistence, Cooperation and*

- Solidarity – Liber Amicorum Rüdiger Wolfrum*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2011, p. 281-302.
- , « Le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », in BÉGUIN (J.), MENJUCQ (M.) (dir.), *Droit du commerce international*, 2^e éd., Paris, LexisNexis, 2011, p. 91-123.
- , « Le règlement des différends de l'OMC : une forme d'arbitrage ? », *Arch. Phil. Droit*, 2009, vol. 52 (*L'arbitrage*), p. 97-119.
- , « Le juge de l'OMC : Ombres et lumières d'une figure judiciaire singulière », *R.G.D.I.P.*, 2006, n° 1, p. 39-82.
- , « Dispute Settlement in the WTO : On the Trail of a Court », in CHARNOVITZ (S.), STEGER (D. P.), VAN DEN BOSSCHE (P.) (eds), *Law in the Service of Human Dignity : Essays in Honour of Florentino Feliciano*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 136-158.
- , « La juridictionnalisation du règlement des litiges économiques entre Etats », *Rev. arb.*, 2003, n° 3, p. 881-947.
- , « Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes (mise en œuvre) », in STERN (B.), RUIZ FABRI (H.) (dir.), *La jurisprudence de l'OMC / The Case-Law of the WTO 1996-1997*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2004, p. 189-243.
- , « Règlement des différends économiques interétatiques », *Dalloz, Répertoire de droit international*, tome III, 2002, 6 p.
- , « Le règlement des différends au sein de l'OMC : naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit », in LEBEN (Ch.), LOQUIN (E.), SALEM (M.) (dir.), *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^e siècle – A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI : Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Paris, Litec, 2000, p. 303-334.
- , « La contribution de l'Organisation Mondiale du Commerce à la gestion de l'espace juridique mondial », in LOQUIN (E.), KESSEDJIAN (C.) (dir.), *La mondialisation du droit*, Paris, Litec, 2000, p. 347-380.
- , « Le contentieux de l'exécution dans le règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce », *J.D.I.*, 2000, n° 3, p. 605-645.
- , « L'appel dans le règlement des différends de l'O.M.C. : trois ans après, quinze rapports plus tard », *R.G.D.I.P.*, 1999, n° 1, p. 47-128.
- , « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », *J.D.I.*, 1997, n° 3, p. 709-755.
- RUIZ FABRI (H.), HAMANN (A.), « L'Organisation mondiale du commerce est-elle une juridiction économique internationale ? », *Les cahiers de la justice*, 2009, n° 4, p. 99-114.
- RUIZ FABRI (H.), MONNIER (P.), « L'Organisation mondiale du commerce – Droit institutionnel », *Jurisqueuseur, Droit international*, fasc. 130-10, 2009, 21 p.

- , « Chronique du règlement des différends 2011-2012 », *J.D.I.*, 2012, n° 4, p. 1423-1522.
- , « Chronique du règlement des différends 2010-2011 », *J.D.I.*, 2011, n° 3, p. 701-768.
- , « Chronique du règlement des différends 2009-2010 », *J.D.I.*, 2010, n° 3, p. 911-953.
- , « Chronique du règlement des différends 2008-2009 », *J.D.I.*, 2009, n° 3, p. 923-998.
- , « Chronique du règlement des différends 2007-2008 », *J.D.I.*, 2008, n° 3, p. 845-914.
- , « Chronique du règlement des différends 2006-2007 », *J.D.I.*, 2007, n° 3, p. 1007-1051.
- , « Chronique du règlement des différends 2005-2006 », *J.D.I.*, 2006, n° 3, p. 1211-1289.
- , « Chronique du règlement des différends 2004 », *J.D.I.*, 2005, n° 3, p. 917-997.
- , « Chronique du règlement des différends 2003 », *J.D.I.*, 2004, n° 3, p. 997-1047.
- , « Chronique du règlement des différends 2002 », *J.D.I.*, 2003, n° 3, p. 895-960.
- RUIZ FABRI (H.), « Chronique du règlement des différends (2001) », *J.D.I.*, 2002, n° 3, p. 869-922.
- , « Chronique du règlement des différends (2000) », *J.D.I.*, 2001, n° 3, p. 901-951.
- , « Chronique du règlement des différends 1999 », *J.D.I.*, 2000, n° 2, p. 385-434.
- , « Chronique du règlement des différends 1996-1998 », *J.D.I.*, 1999, n° 2, p. 453-506.
- RYSSDAL (R.), « The Enforcement System set up under the European Convention on Human Rights », in BULTERMAN (M. K.), KUIJER (M.) (eds), *Compliance With Judgments of International Courts*, La Haye, Boston, Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, p. 49-69.
- SACERDOTI (G.), « The nature of WTO arbitrations on retaliation », in BOWN (Ch. P.), PAUWELYN (J.) (eds), *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 23-33.
- , « Droit commercial international et rôle du juge », in SOREL (J.-M.), *Le droit international économique à l'aube du XXI^e siècle*, Paris, Pedone, 2009, p. 155-157.
- SALDANA (Q.), « La justice pénale internationale », *R.C.A.D.I.*, 1925-V, vol. 10, p. 227-429.
- SANDS (Ph.), « "Unilateralism", Values, and International Law », *E.J.I.L.*, 2000, vol. 11, n° 2, p. 291-302.
- SANTULLI (C.), « Qu'est-ce qu'une juridiction ? Des organes répressifs internationaux à l'O.R.D. », *A.F.D.I.*, 2000, p. 58-81.
- SCELLE (G.), « Théorie et pratique de la fonction exécutive en droit international », *R.C.A.D.I.*, 1936-I, vol. 55, p. 91-196.

- SCHACHTER (O.), « Dispute Settlement and Countermeasures in the International Law Commission », *A.J.I.L.*, 1994, vol. 98, n° 3, p. 471-477.
- , « Entangled Treaty and Custom », in DINSTEIN (Y.), TABORY (M.) (eds), *International Law at a Time of Perplexity – Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1989, p. 717-738.
- , « International Law in Theory and Practice : General Course of Public International Law », *R.C.A.D.I.*, 1982-V, vol. 178, p. 9-396.
- , « Towards a Theory of International Obligation », *Va. J.I.L.*, 1967-1968, vol. 8, n° 2, p. 300-322.
- , « The Enforcement of International Judicial and Arbitral Decisions », *A.J.I.L.*, 1960, vol. 60, n° 1, p. 1-24.
- SCHEDE (C.), « The Strengthening of the Multilateral System : Article 23 of the WTO Dispute Settlement Understanding – Dismantling Unilateral Retaliation Under Section 301 of the 1974 Trade Act », *W. Comp.*, 1996, n° 1, p. 109-138.
- SCHLEMMER (E. C.), « Compliance with WTO Obligations : Trade and the Environment Revisited », *S.A.Yb.I.L.*, 2002, p. 272-285.
- SCHROEDER (W.), SCHONARD (P.), « Die Effektivität des WTO-Streitbeilegungssystems – Zur Umsetzung von Streitschlichtungsentscheidungen in Theorie und Praxis », *R.I.W.*, 2001, n° 9, p. 658-664.
- SCHWARTZ (F. W.), SYKES (A. O.), « The Economic Structure of Renegotiation and Dispute Resolution in the World Trade Organization », *J. Legal Stud.*, 2002, vol. 31, n° 1, p. 179-204.
- SCHWEBEL (S. M.), « Aggression, Intervention and Self-Defence in Modern International Law », *R.C.A.D.I.*, 1972-II, vol. 136, p. 411-498.
- SHADIKHOJAEV (Sh.), PARK (N.), « Cessation and Reparation in the GATT/WTO Legal System – A View from the Law of State Responsibility », *J.W.T.*, 2007, vol. 41, n° 6, p. 1237-1258.
- SHAFFER (G.), GANIN (D.), « Extrapolating purpose from practice : rebalancing or inducing compliance », in BOWN (Ch. P.), PAUWELYN (J.) (eds), *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 72-85.
- SHANY (Y.), « No Longer a Weak Department of Power ? Reflections on the Emergence of a New International Judiciary », *E.J.I.L.*, 2009, vol. 20, n° 1, p. 73-91.
- SHAW (M.), « The International Court, Responsibility and Remedies », in FITZMAURICE (M.), SAROOSHI (D.) (eds), *Issues of State Responsibility before International Judicial Institutions*, Oxford, Portland, Hart Publishing, 2004, p. 19-33.
- SHIRZAD (F.), « The WTO Dispute Settlement System : Prospects for Reform », *L.P.I.B.*, 2000, vol. 31, n° 3, p. 769-772.
- SICILIANOS (L.-A.), « Bilan de recherches de la section de langue française du Centre d'étude et de recherche de l'Académie », in PICCHIO FORLATI (L.), SICILIANOS

- (L.-A.) (dir.), *Les sanctions économiques en droit international / Economic Sanctions in International Law*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 2004, p. 19-127.
- , « The Classification of Obligations and the Multilateral Dimension of the Relations of International Responsibility », *E.J.I.L.*, 2002, vol. 13, n° 5, p. 1127-1145.
- , « Classification des obligations et dimension multilatérale de la responsabilité internationale », in DUPUY (P.-M.) (dir.), *Obligations multilatérales, droit impératif et responsabilité internationale des Etats*, Paris, Pedone, 2001, p. 57-77.
- , « The Relationship Between Reprisals and Denunciation or Suspension of a Treaty », *E.J.I.L.*, 1993, vol. 4, n° 1, p. 341-359.
- SIMMA (B.), « From Bilateralism to Community Interest in International Law », *R.C.A.D.I.*, 1994-VI, vol. 250, p. 217-384.
- , « Counter-measures and Dispute Settlement : A Plea for a Different Balance », *E.J.I.L.*, 1994, vol. 5, n° 1, p. 102-105.
- , « Self-Contained Regimes », *N.Yb.I.L.*, 1985, vol. 16, p. 111-136.
- , « Reflections on Article 60 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and its Background in General International Law », *Ö.Z.ö.R.V.*, 1970, vol. 20, p. 5-83.
- , « Reciprocity », in BERNHARDT (R.) (ed.), *E.P.I.L.*, vol. 7, Amsterdam, North-Holland, 1984, p. 400-404.
- SIMMA (B.), PAULUS (A. L.), « The “International Community” : Facing the Challenge of Globalization », *E.J.I.L.*, 1998, vol. 9, n° 2, p. 266-277.
- SIMMA (B.), PULKOWSKI (D.), « Of Planets and the Universe : Self-Contained Regimes in International Law », *E.J.I.L.*, 2006, vol. 17, n° 3, p. 483-529.
- SIMMA (B.), TAMS (Ch.), « Reacting against Treaty Breaches », in HOLLIS (D. B.) (ed.), *The Oxford Guide to Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 576-604.
- , « Article 60 », in CORTEN (O.), KLEIN (P.) (dir.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités – Commentaire article par article*, vol. III, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 2131-2180.
- SLAUGHTER (A.-M.), « A Liberal Theory of International Law », *A.S.I.L. Proc.*, 2000, vol. 94, p. 240-248.
- , « International Law in a World of Liberal States », *E.J.I.L.*, 1995, vol. 6, n° 1, p. 503-538.
- SLAUGHTER BURLEY (A.-M.), « International Law and International Relations Theory : A Dual Agenda », *A.J.I.L.*, 1993, vol. 87, n° 2, p. 205-239.
- SØRENSEN (M.), « Principes de droit international public – Cours général », *R.C.A.D.I.*, 1960-III, vol. 101, p. 1-254.
- SPAMANN (H.), « The Myth of “Rebalancing” Retaliation in WTO Dispute Settlement Practice », *J.I.E.L.*, 2006, vol. 9, n° 1, p. 31-79.
- , « Standard of Review for World Trade Organization Panels in Trade Remedy Cases : a Critical Analysis », *J.W.T.*, 2004, vol. 38, n° 3, p. 509-555.

- SPINEDI (M.), « From One Codification to Another : Bilateralism and Multilateralism in the Genesis of the Codification of the Law of Treaties and the Law of State Responsibility », *E.J.I.L.*, 2002, vol. 13, n° 5, p. 1099-1125.
- STEGER (D. P.), HAINSWORTH (S. M.), « New Directions in International Trade Law : WTO Dispute Settlement », in CAMERON (J.), CAMPBELL (K.) (eds), *Dispute Resolution in the World Trade Organization*, Londres, Cameron May, 1998, p. 25-58.
- STEIN (E.), « International Integration and Democracy : No Love at First Sight », *A.J.I.L.*, 2001, vol. 95, n° 3, p. 489-534.
- , « Collective Enforcement of International Obligations », in *Die Durchsetzung völkerrechtlicher Verpflichtungen/The Enforcement of International Obligations, Kolloquium anlässlich des 600jährigen Bestehens der Universität Heidelberg/Colloquium in Commemoration of the 600th Anniversary of the University of Heidelberg, Z.a.ö.V.R.*, 1987, vol. 47 (numéro spécial), p. 56-66.
- STEINMANN (A.), « Article 21 DSU », in WOLFRUM (R.), STOLL (P.-T.), KAISER (K.) (eds), *WTO – Institutions and Dispute Settlement*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 495-522.
- STERN (B.), « La responsabilité dans le système international – Conclusions générales », in S.F.D.I., *La responsabilité dans le système international*, Colloque du Mans, Paris, Pedone, 1991, p. 319-336.
- STIRK (D. J.), « United States – Anti-dumping Measures on Certain Hot-rolled Steel Products from Japan : Possibilities and Predictions for Compliance with the Appellate Body's Report », *L.P.I.B.*, 2002, vol. 33, n° 4, p. 683-716.
- STOLL (P.-T.), « The World Trade Organization as a Club : Rethinking Reciprocity and Common Interest », in FASTENRATH (U.) et al. (eds), *From Bilateralism to Community Interest – Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 172-183.
- , « Article 3 DSU », in WOLFRUM (R.), STOLL (P.-T.), KAISER (K.) (eds), *WTO – Institutions and Dispute Settlement*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 281-314.
- , « Article 22 DSU », in WOLFRUM (R.), STOLL (P.-T.), KAISER (K.) (eds), *WTO – Institutions and Dispute Settlement*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 523-556.
- STOLL (P.-T.), STEINMANN (A.), « WTO Dispute Settlement : The Implementation Stage », *Max Planck U.N.Yb.*, 1999, vol. 3, p. 407-437.
- SUBRAMANIAN (A.), WATAL (J.), « Can TRIPS Serve as an Enforcement Device for Developing Countries in the WTO ? », *J.I.E.L.*, 2000, vol. 3, n° 3, p. 403-416.
- SUZUKI (Y.), « “Sequencing” and Compliance », in GEORGIEV (D.), VAN DER BORGHT (K.) (eds), *Reform and Development of the WTO Dispute Settlement System*, Londres, Cameron May, 2006, p. 367-391.

- SYKES (A. O.), « Optimal sanctions in the WTO : the case for decoupling (and the uneasy case for the *status quo*) », in BOWN (Ch. P.), PAUWELYN (J.) (eds), *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 339-354.
- , « The Remedy for Breach of Obligations under the WTO Dispute Settlement Understanding : Damages or Specific Performance ? », in BRONCKERS (M.), QUICK (R.) (eds), *New Directions in International Economic Law : Essays in Honor of John H. Jackson*, La Haye, Kluwer International, 2000, p. 347-357.
- , « Protectionism as a "Safeguard" : A Positive Analysis of the GATT "Escape Clause" with Normative Speculations », *U. Ill. L. Rev.*, 1991, vol. 58, n° 1, p. 255-305.
- TALLBERG (J.), « Paths to Compliance : Enforcement, Management, and the European Union », *I.O.*, 2002, vol. 56, n° 3, p. 609-643.
- TAMS (Ch. J.), « Do Serious Breaches Give Rise to Any Specific Obligations of the Responsible State ? », *E.J.I.L.*, 2002, vol. 13, n° 5, p. 1161-1180.
- TEUBNER (G.), « "Global Bukowina" : Legal Pluralism in the World Society », in TEUBNER (G.) (ed.), *Global Law Without a State*, Dartmouth, Aldershot, 1997, p. 3-28.
- TEZCAN (E.), « Les sanctions prévues par l'article 171, alinéa 2 du Traité CE en cas de non-exécution d'un arrêt de la Cour de Justice par un Etat membre et les développements récents à ce propose », *R.E.D.P.*, 1998, n° 1, p. 39-67.
- THEODOSSIOU (M.), « An Analysis of the Recent Response of the Community to Non-compliance With Court of Justice Judgments – Article 228(2) E.C., *Eur. L. Rev.*, 2002, vol. 27, n° 1, p. 25-46.
- THIERRY (H.), « L'évolution du droit international – Cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.*, 1990-III, vol. 222, p. 9-186.
- THIRLWAY (H.), « The Recommendations Made by the International Court of Justice : A Sceptical View », *I.C.L.Q.*, 2009, vol. 58, n° 1, p. 151-162.
- THOMSON (A. P.), « *Australia – Salmon* and Compliance Issues Surrounding the SPS Agreement : Sovereign Acceptance and Measure Adaptation », *L.P.I.B.*, 2002, vol. 33, n° 4, p. 717-740.
- THOUVENIN (J.-M.), « Le délai raisonnable », in S.F.D.I., *Le droit international et le temps*, Colloque de Paris, Paris, Pedone, 2001, p. 109-130.
- TIETJE (C.), « Grundlagen und Perspektiven der WTO-Rechtsordnung », in PRIESS (H.-J.), BERRISCH (G. M.) (eds), *WTO-Handbuch*, Munich, C. H. Beck, 2003, p. 17-37.
- TIGROUDJA (H.), « Les difficultés d'exécution de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 7 juin 2001 rendu dans l'affaire *Kress c. la France* », *R.T.D.H.*, 2004, n° 58, p. 354-364.
- TOMUSCHAT (Ch.), « Die internationale Gemeinschaft », *A.V.R.*, 1995, vol. 33, n° 1, p. 1-20.

- , « Are Counter-measures Subject to Prior Recourse to Dispute Settlement Procedures ? », *E.J.I.L.*, 1994, vol. 5, n° 1, p. 77-88.
- , « Repressalie und Retorsion – Zu einigen Aspekten ihrer innerstaatlichen Durchführung », *Z.a.ö.R.V.*, 1973, vol. 33, n° 1, p. 179-222.
- TOWNSEND (D.J.), « Stretching the Dispute Settlement Understanding : U.S. – Cotton's Relaxed Interpretation of Cross-Retaliation in the World Trade Organization », *Rich. J.G.L.B.*, 2010, vol. 9, p. 135-165.
- TOWNSEND (D.J.), CHARNOVITZ (S.), « Preventing Opportunistic Uncompliance by WTO Members », *J.I.E.L.*, 2011, vol. 14, n° 2, p. 437-468.
- TRACHTMAN (J. P.), « The WTO Cathedral », *Stan. J.I.L.*, 2007, vol. 43, n° 1, p. 127-167.
- , « Trade and ... Problems, Cost-Benefit Analysis and Subsidiarity », *E.J.I.L.*, 1998, vol. 9, n° 1, p. 32-85.
- TUCKER (R. W.), « The Principle of Effectiveness in International Law », in LIPSKY (G. A.) (ed.), *Law and Politics in the World Community – Essays on Hans Kelsen's Pure Theory and Related Problems in International Law*, Berkeley, University of California Press, 1953, p. 31-48.
- USHER (J.), « Compliance with Judgments of the Court of Justice of the European Communities », in BULTERMAN (M. K.), KUIJER (M.) (eds), *Compliance With Judgments of International Courts*, La Haye, Boston, Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, p. 87-110.
- VALIHORA (M. S.), « NAFTA Chapter 19 or the WTO's Dispute Settlement Body : A Hobson's Choice for Canada ? », *Case W. Res. J.I.L.*, 1998, vol. 30, n° 2-3, p. 447-487.
- VALLES (C.), MCGIVERN (B.), « The Right to Retaliate under the WTO Agreement : The "Sequencing" Problem », *J.W.T.*, 2000, vol. 34, n° 2, p. 63-84.
- VAN DEN BOSSCHE (P.), « Reform of the WTO Dispute Settlement System : What to Expect from the Doha Development Round ? », in CHARNOVITZ (S.), STEGER (D. P.), VAN DEN BOSSCHE (P.) (eds), *Law in the Service of Human Dignity : Essays in Honour of Florentino Feliciano*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 103-126.
- VAN DEN BOSSCHE (P.), MARCEAU (G.), « Le système de règlement des différends de l'Organisation Mondiale du Commerce », *R.M.U.*, 1998, n° 3, p. 29-68.
- VAN DER BORGHT (K.), « The Review of the WTO Understanding on Dispute Settlement : Some Reflections on the Current Debate », *Am. U.I.L. Rev.*, 1999, vol. 14, n° 4, p. 1223-1243.
- VAN GRASSTEK (C.), SAUVÉ (P.), « The Consistency of WTO Rules : Can the Single Undertaking Be Squared with Variable Geometry ? », *J.I.E.L.*, 2006, vol. 9, n° 4, p. 837-864.
- VAN HOOFF (G. J. H.), DE VEY MESTDAGH (K.), « Mechanisms of International Supervision », in VAN DIJK (P.) (ed.), *Supervisory Mechanisms in International Economic Organizations in the Perspective of a Restructuring of the International Economic Order*, Deventer, Kluwer, La Haye, T.M.C. Asser Instituut, 1984, p. 3-45.

- VÁSQUEZ (C. M.), JACKSON (J. H.), « Some Reflections on Compliance with WTO Dispute Settlement Decisions », *L.P.I.B.*, 2002, vol. 33, n° 4, p. 555-568.
- VERHOEVEN (J.), « A propos de la fonction de juger en droit international public », in GÉRARD (Ph.), OST (F.), VAN DE KERCHOVE (M.) (dir.), *Fonction de juger et pouvoir judiciaire – Transformations et déplacements*, Bruxelles, Publications des F.U.S.L., 1983, p. 447-468.
- VILLALPANDO (S.), « The Legal Dimension of the International Community : How Community Interests Are Protected in International Law », *E.J.I.L.*, 2010, vol. 21, n° 2, p. 387-419.
- , « Attribution of Conduct to the State : How the Rules of State Responsibility May Be Applied Within the WTO Dispute Settlement System », *J.I.E.L.*, 2002, vol. 5, n° 2, p. 393-420.
- VIRALLY (M.), « Sur la prétendue “primitivité” du droit international », in VIRALLY (M.), *Le droit international en devenir – Essais écrits au fil des ans*, Paris, P.U.F., 1990, p. 91-101.
- , « Le champ opératoire du règlement judiciaire international », in VIRALLY (M.), *Le droit international en devenir – Essais écrits au fil des ans*, Paris, P.U.F., 1990, p. 381-404.
- , « L'autorité de la décision des juridictions internationales permanentes », in S.F.D.I., *La juridiction internationale permanente*, Colloque de Lyon, Paris, Pedone, 1987, p. 277-313.
- , « Le champ opératoire du règlement judiciaire international », *R.G.D.I.P.*, 1983, n° 2, p. 281-314.
- , « Le principe de réciprocité dans le droit international contemporain », *R.C.A.D.I.*, 1967-III, vol. 122, p. 5-213.
- , « La valeur juridique des recommandations des organisations internationales », *R.G.D.I.P.*, 1956, p. 66-96.
- VRANES (E.), « The Bananes Dispute – Fundamental Issues under WTO Law », in BREUSS (F.), GRILLER (S.), VRANES (E.) (eds), *The Banana Dispute : An Economic and Legal Analysis*, Vienne, Springer, 2003, p. 39-111.
- , « Cross Retaliation Under GATS and TRIPS – An Optimal Enforcement for Developing Countries ? », in BREUSS (F.), GRILLER (S.), VRANES (E.) (eds), *The Banana Dispute : An Economic and Legal Analysis*, Vienne, Springer, 2003, p. 113-130.
- , « Policy Lessons from Transatlantic Trade Disputes », in GRILLER (S.), WEIDEL (B.) (eds), *External Economic Relations and Foreign Policy in the European Union*, Vienne, Springer, 2002, p. 205-235.
- , « Principles and Emerging Problems of WTO Cross Retaliation – Some Comments on a New Enforcement Precedent », *Eu.Z.W.*, 2001, vol. 12, n° 1, p. 10-15.
- WAINCYMER (J. M.), « Revitalizing GATT Article XXIII – Issues in the Context of the Uruguay Round », *W. Comp.*, 1988, vol. 12, n° 5, p. 5-49.

- WANG (L.), « Some Observations on the Dispute Settlement System in the World Trade Organization », *J.W.T.*, 1995, vol. 29, n° 2, p. 173-178.
- WATTS (A.), « Enhancing the Effectiveness of Procedures of International Dispute Settlement », *Max Planck U.N.Yb.*, 2001, vol. 5, p. 21-39.
- WEBER (A.), MOOS (F.), « Rechtswirkungen von WTO-Streitbeilegungsentscheidungen im Gemeinschaftsrecht », *Eu.Z.W.*, 1999, n° 8, p. 229-236.
- WEI (H.), « The Reconstruction of a Retaliation System under WTO », *I.T.L.R.*, 2003, vol. 9, n° 2, p. 31-34.
- WEI (H.), MIN (X.), « On the Authority of the WTO Dispute Settlement Mechanism », *I.T.L.R.*, 2004, vol. 10, n° 4, p. 63-65.
- WEIL (P.), « Droit des traités et droit de la responsabilité », in WEIL (P.), *Ecrits de droit international*, Paris, P.U.F., 2000, p. 191-211.
- , « Le droit international en quête de son identité – Cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.*, 1992-VI, vol. 237, p. 9-370.
- , « L'autorité de la décision des juridictions internationales permanentes », in S.F.D.I., *La juridiction internationale permanente*, Colloque de Lyon, Paris, Pedone, 1987, p. 277-313.
- , « Le droit international économique, mythe ou réalité ? », in S.F.D.I., *Aspects du droit international économique*, Colloque d'Orléans, Paris, Pedone, 1972, p. 1-34 (également reproduit sous le titre « Le droit international économique », in WEIL (P.), *Ecrits de droit international*, Paris, P.U.F., 2000, p. 66-100).
- , « Compétence et saisine : un nouvel aspect du principe de la juridiction consensuelle », in WEIL (P.), *Ecrits de droit international*, Paris, P.U.F., 2000, p. 101-116.
- WEILER (J. H. H.), « The Rule of Lawyers and the Ethos of Diplomats : Reflections on the Internal and External Legitimacy of Dispute Settlement », in PORTER (R. B.), SAUVÉ (P.), SUBRAMANIAN (A.), BEVIGLIA ZAMPETTI (A.) (eds), *Efficiency, Equity, and Legitimacy: The Multilateral Trading System at the Millenium*, Washington D. C., Brookings Institution Press, 2001, p. 334-350.
- , « Emerging Issues on Compliance and Effectiveness of Community Law », *A.S.I.L. Proc.*, 1997, vol. 91, p. 172-175.
- WEISS (F.), « WTO decision-making : Is it reformable ? », in KENNEDY (D. L. M.), SOUTHWICK (J. D.) (eds), *The Political Economy of International Trade Law – Essays in Honour of Robert E. Hudec*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p. 68-80.
- WELLENS (K. C.), « Diversity in Secondary Rules and the Unity of International Law : Some Reflections on Current Trends », *N. Yb.I.L.*, 1994, vol. 25, p. 3-37.
- WHITEMAN (M. N.), « *Jus Cogens* in International Law, with a Projected List », *Ga. J.I.C.L.*, 1977, vol. 7, p. 609-626.
- WIERS (J.), « The WTO's Rules of Conduct for Dispute Settlement », *Leiden J.I.L.*, 1998, vol. 11, n° 2, p. 265-274.

- WILLIS (M.), « A Survey of Enforcement Measures for Intellectual Property Rights Under the WTO : Compliance Issues for Developing Countries », *I.T.L.R.*, 2000, vol. 6, n° 6, p. 180-188.
- WILSON (B.), « Compliance by WTO Members With Adverse WTO Dispute Settlement Rulings : The Record To Date », *J.I.E.L.*, 2007, vol. 10, n° 2, p. 397-403.
- , « Can the WTO Dispute Settlement Body Be a Judicial Tribunal rather than a Diplomatic Club ? », *L.P.I.B.*, 2000, vol. 31, n° 3, p. 779-781.
- WOLFE (R.), « The WTO Single Undertaking as Negotiating Technique and Constitutive Metaphor », *J.I.E.L.*, 2009, vol. 12, n° 4, p. 835-858.
- WÜGER (D.), « The Never Ending Story : The Implementation Phase in the Dispute Between the EC and the United States on Hormone-Treated Beef », *L.P.I.B.*, 2002, vol. 33, n° 4, p. 777-825.
- YENKONG (N. H.), « World Trade Organization Dispute Settlement Retaliatory Regime at the Tenth Anniversary of the Organization : Reshaping the "Last Resort" Against Non-compliance », *J.W.T.*, 2006, vol. 40, n° 2, p. 365-384.
- , « The Role of Arbitration in Determining Reasonable Period of Time and Retrospective Remedies in WTO Dispute Resolution – Beyond the *Australia – Automotive Leather Panel* », *J.W.I.T.*, 2005, vol. 6, n° 4, p. 611-634.
- , « Third Party Rights and the Concept of Legal Interest in the World Trade Organization Dispute Settlement : Extending Participatory Rights to Enforcement Rights », *J.W.T.*, 2004, vol. 38, n° 5, p. 757-772.
- YERXA (R.), « The power of the WTO dispute settlement system », in YERXA (R.), WILSON (B.) (eds), *Key Issues in WTO Dispute Settlement – The first ten years*, New York, Cambridge University Press, 2005, p. 3-6.
- YERXA (R.), MARANTIS (D. J.), « Assessing the New WTO Dispute Settlement System : A US Perspective », *Int. Law.*, 1998, vol. 32, n° 3, p. 795-810.
- YOUNG (M. K.), « Dispute Resolution in the Uruguay Round : Lawyers Triumph over Diplomats », *Int. Law.*, 1995, vol. 29, n° 2, p. 389-409.
- YOUNG (O. R.), « The Effectiveness of International Institutions : Hard Cases and Critical Variables », in ROSENAU (J. N.), CZEMPIEL (E.-O.) (eds), *Governance Without Government : Order and Change in World Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, p. 160-192.
- ZDOUC (W.), « WTO Dispute Settlement Practice Relating to the GATS », *J.I.E.L.*, 1999, vol. 2, n° 2, p. 295-346.
- , « The reasonable period of time for compliance with the rulings and recommendations adopted by the DSB », in YERXA (R.), WILSON (B.) (eds), *Key Issues in WTO Dispute Settlement – The first ten years*, New York, Cambridge University Press, 2005, p. 88-97.

- ZEITLER (H. E.), « “Good Faith” in the WTO Jurisprudence – Necessary Balancing Element or an Open Door to Judicial Activism ? », *J.I.E.L.*, 2005, vol. 8, n° 3, p. 721-758.
- ZEMANEK (K.), « How to Identify Peremptory Norms of International Law », in DUPUY (P.-M.), FASSBENDER (B.), SHAW (M. N.), SOMMERMAN (K. P.) (eds), *Völkerrecht als Wertordnung / Common Values in International Law – Essays in honor of Ch. Tomuschat*, Kehl, N. P. Engel Verlag, 2006, p. 1103-1117.
- , « New Trends in the Enforcement of *Erga Omnes* Obligations », *Max Planck U.N.Yb.*, 2000, vol. 4, p. 1-52.
- , « The Unilateral Enforcement of International Obligations », in *Die Durchsetzung völkerrechtlicher Verpflichtungen/The Enforcement of International Obligations, Kolloquium anlässlich des 600jährigen Bestehens der Universität Heidelberg/Colloquium in Commemoration of the 600th Anniversary of the University of Heidelberg*, *Z.a.ö.V.R.*, 1987, vol. 47 (numéro spécial), p. 32-43.
- ZIMMERMANN (C. D.), « Rethinking the Right to Initiate WTO Dispute Settlement Proceedings », *J.W.T.*, 2011, vol. 45, n° 5, p. 1057-1070.
- ZIMMERMANN (T. A.), « The DSU Review (1998-2004) Negotiations, Problems and Perspectives », in GEORGIEV (D.), VAN DER BORGHT (K.) (eds), *Reform and Development of the WTO Dispute Settlement System*, Londres, Cameron May, 2006, p. 443-472.
- ZONNEKEYN (G. A.), « EC Liability for Non-Implementation of WTO Dispute Settlement Decisions – Are the Dice Cast ? », *J.I.E.L.*, 2004, vol. 7, n° 2, p. 483-490.

Autres (articles non publiés dans des revues et périodiques juridiques)

- BAGWELL (K.), MAVROIDIS (P. C.), STAIGER (R. W.), « The Case for Tradable Remedies in WTO Dispute Settlement », *World Bank Policy Research Working Paper* n° 3314, Washington D.C., World Bank, 2004, 52 p.
- BAGWELL (K.), STAIGER (R. W.), « What Do Trade Negotiators Negotiate About ? Empirical Evidence from the World Trade Organization », N.B.E.R. Working Paper n° 12727, 2006, 65 p.
- CHISIK (R.), ONDERY (H.), « Limiting Cross-Retaliation when Punishment is Limited : How DSU Article 22.3 Complements GATT Article XXVIII », *Working Paper* n° 25, 2010, 32 p. (mis à jour le 1^{er} août 2012), publié sur le site de l'Université Ryerson : www.ryerson.ca/economics.
- DROZDIK (W.), « EU May Hit U.S. With \$4 Billion in Penalties ; Commission Calls Tax Credits Illegal », *Washington Post*, 21 août 2001, p. E.01.
- HORN (H.), MAVROIDIS (P. C.), « The WTO Dispute Settlement System 1995-2006 : Some descriptive statistics », 35 p., in HORN (H.), MAVROIDIS (P. C.), *WTO Dispute*

- Settlement Database*, 2008, publié sur le site de la Banque mondiale : www.worldbank.org.
- , « Remedies in the WTO Dispute Settlement System and Developing Country Interests », World Bank Institute, 1999, publié sur le site de la Banque mondiale : www.worldbank.org.
- HUGHES (P. R.), « Texas Might not Bow to Death Row Ruling / World Court Call on U.S. to Review Mexicans' Cases », *Houston Chronicle*, 1^{er} avril 2004, p. 1.
- IRWIN (D.), MAVROIDIS (P. C.), « The WTO's Difficulties in Light of the GATT's History », 2008, publié sur le site www.voxeu.org.
- MAVROIDIS (P. C.), « On Compliance in the WTO – Enforcement Amongst Unequal Disputants », Briefing Paper n° 12, *CUTS International*, 2012, n° 4, 4 p., publié sur le site www.cuts-citee.org.
- , « It's alright ma, I'm only bleeding (A Comment on the *Fedon* jurisprudence of the Court of First Instance) », STALS Research Paper n° 11/2008, 17 p., publié sur le site www.stals.sssup.it.
- PATEL (Ch.), « Single Undertaking : A Straitjacket or Variable Geometry ? », T.R.A.D.E. Working Paper n° 15, mai 2003, publié sur le site de l'organisation intergouvernementale Centre Sud : www.southcentre.org.
- SANGER (D. E.), « A Blink From the Bush Administration », *The New York Times*, 5 décembre 2003, p. A.28.
- WTO, *WTO Policy Issues for Parliamentarians*, 2001, 48 p., publié sur le site de l'O.M.C. : www.wto.org.

III Thèses de doctorat

- ASCENSIO (H.), *L'autorité de chose décidée en droit international public*, thèse de doctorat, dact., Université Paris X-Nanterre, 1997, 698 p.
- BEN HAMIDA (B.), *L'arbitrage transnational unilatéral – Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, thèse, dact., Université Paris II (Panthéon-Assas), 2003, 700 p.
- COULÉE (F.), *Droit des traités et non-réciprocité – Recherches sur l'obligation intégrale en droit international public*, thèse de doctorat, dact., Université Paris II (Panthéon-Assas), 1999, 620 p.
- LORENZO (L.), *Une nouvelle juridiction internationale : le système de règlement des différends interétatiques de l'O.M.C.*, thèse, dact., Université Lyon III, 2003, 551 p.
- PIMENTEL (C.-M.), *La main invisible du juge*, thèse, dact., Université Paris II (Panthéon-Assas), 2000, 700 p.
- RICHARD (V.), *Le droit et l'effectivité : contribution à l'étude d'une notion*, thèse, dact., Université Paris II (Panthéon-Assas), 2003, 608 p.

TOMKIEWICZ (V.), *L'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce*, thèse, dact., Université Paris I (Panthéon-Sorbonne), 2004, 613 p.

TRANCHANT (B.), *L'autorité de chose jugée – Etude de procédure internationale contentieuse*, thèse, dact., Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2009, 681 p.

IV Dictionnaires et encyclopédies

BASDEVANT (J.) (dir.), *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Paris, Sirey, 1960, 755 p.

BERNHARDT (R.) (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 7, Amsterdam, North-Holland, 1984.

——— (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 9, Amsterdam, North-Holland, 1986.

BLEDSON (R. L.), BOCZEK (B. A.), *The International Law Dictionary*, Santa Barbara, Oxford, ABC-Clio, 1987, 422 p.

CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, 9^e éd., Paris, P.U.F., 2011, 1093 p.

DAHL (H. S.), *Dahl's Law Dictionary / Dictionnaire juridique*, 2^e éd., New York, William S. Hein & Company, Paris, Dalloz, 2001, 675 p.

GOODE (W.), *Dictionary of Trade Policy Terms*, 4^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2003, 542 p.

PARRY (C.), GRANT (J. P.), *Encyclopaedic Dictionary of International Law*, New York, Londres, Rome, Oceana Publications, 1986, 564 p.

SALMON (J.) (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2001, 1198 p.

WOLFRUM (R.) (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, version électronique actualisée en mars 2012 : <http://www.mpepil.com>.

Table des matières

Sommaire	vii
Liste des abréviations, sigles et acronymes	ix
Avertissement	xv
Préface	xvi

Introduction générale 1

§ 1	L'exécution de l'obligation résultant de l'acte juridictionnel en droit international : typologie et perspectives	7
§ 2	« Why Do Nations Obey International Law? » : regard sur les théories de la conformité	22
A	<i>La conformité comme phénomène spontané et désintéressé</i>	24
B	<i>La conformité comme phénomène calculé et intéressé</i>	29
§ 3	Autour de la conformité : précisions et délimitations terminologiques	38
§ 4	Le suivi de l'exécution au sein des juridictions internationales : la traditionnelle dualité politico-juridictionnelle et ses aménagements	47
A	<i>Habilitation d'un organe politique</i>	47
B	<i>Habilitation d'un organe politique au soutien de l'organe juridictionnel</i>	53
1	<i>Interaction politico-juridictionnelle sous l'impulsion de l'organe politique</i>	54
2	<i>Intervention autonome et anticipée de l'organe juridictionnel dans l'exécution</i>	59
§ 5	Spécificité de l'exécution dans le règlement des différends de l'O.M.C. : l'encadrement juridictionnel comme levier pour l'organe politique	64

PREMIÈRE PARTIE

La juridictionnalisation de la phase de mise en œuvre 75

TITRE I

L'intervention des organes de jugement dans le suivi de la mise en œuvre 77**I La compétence des juges de la procédure initiale en matière de contrôle de la mise en conformité** 79

Section I Structure dualiste du suivi de la mise en œuvre 79

§ 1 Pilier politique : la surveillance multilatérale par l'O.R.D. 80

A *Ouverture de la phase d'exécution* 801 *Valeur juridique des recommandations* 80a *Statut des « recommandations » de l'O.R.D.* 80b *Autorité de chose jugée des recommandations adoptées* 81i *Caractère définitif des rapports adoptés* 86ii *Obligation de mettre en œuvre les recommandations* 89iii *Force exécutoire des recommandations* 932 *Disjonction organique entre l'énoncé du droit et son énonciation : l'adoption des rapports par l'O.R.D.* 96a *Effet différé de l'imperium* 96b *Jeu du principe du consensus négatif* 96c *Apposition d'une force particulière à l'acte juridictionnel par l'endossement politique ?* 101B *Exercice de la surveillance multilatérale de la mise en œuvre* 1021 *Exigences formelles dans le cadre de la surveillance* 1032 *Permanence de la surveillance jusqu'au classement de l'affaire* 106§ 2 **Pilier juridictionnel : la procédure de contrôle au fond de la mise en conformité** 108A *Conception inclusive de la fonction juridictionnelle* 108B *Rupture avec l'unilatéralisme* 1121 *Principe de l'article 23 : l'interdiction de l'auto-appréciation* 1122 *Exclusivité de la procédure au titre de l'article 21:5* 116

C	<i>Spécificité de la fonction juridictionnelle du juge de l'exécution</i>	124
1	<i>Dimension négative de la fonction juridictionnelle</i>	124
2	<i>Cohérence substantielle dans l'application du droit</i>	127
Section II	<i>Organisation de la procédure juridictionnelle</i>	128
§ 1	<i>Banalisation de la procédure</i>	128
A	<i>Accès à la procédure : l'initiative légitime mais marginalisée du défendeur initial</i>	129
1	<i>Recours préventif</i>	129
2	<i>Articulation avec l'article 22:8 : mettre fin à une suspension de concessions</i>	131
B	<i>Emprunts procéduraux</i>	134
1	<i>Attribution de la charge de la preuve</i>	135
a	<i>Transposition du droit commun à la procédure de l'article 21:5</i>	135
b	<i>Aménagements en cas de cessation d'une suspension de concessions</i>	136
2	<i>Consultation d'experts</i>	139
3	<i>Traitement des renseignements commerciaux confidentiels</i>	140
4	<i>Appel d'un rapport de groupe spécial de l'article 21:5</i>	142
§ 2	<i>Particularités de la procédure</i>	145
A	<i>Caractère accéléré de la procédure</i>	146
B	<i>Aménagements procéduraux</i>	149
1	<i>Consultations préalables</i>	149
2	<i>Communication des mémoires</i>	151
3	<i>Réexamen intérimaire</i>	153
4	<i>Recommandation de mise en conformité</i>	153

II Le règlement par arbitrage des questions connexes à la mise en œuvre 156

Section I	<i>Nature des « arbitrages »</i>	157
§ 1	<i>Des procédures hybrides</i>	161
A	<i>Arbitrages spécifiques à la phase de mise en œuvre</i>	161
1	<i>Caractère faiblement consensuel des procédures</i>	161
a	<i>Différend soumis à arbitrage</i>	162
b	<i>Caractère unilatéral du recours</i>	162
c	<i>Choix des arbitres</i>	164
d	<i>Choix de la procédure</i>	165
e	<i>Choix du droit applicable</i>	166

2	<i>Force obligatoire des décisions rendues</i>	168
B	<i>Cas particulier de l'arbitrage de l'article 25</i>	171
1	<i>Configuration et nature de la procédure</i>	171
2	<i>Mise en œuvre de la procédure</i>	172
§ 2	<i>Des arbitrages institutionnels et fonctionnels</i>	176
A	<i>Caractère institutionnel des procédures : l'intégration au règlement des différends</i>	177
B	<i>Caractère fonctionnel des procédures : le traitement d'un désaccord prédéterminé</i>	179
Section II	<i>Organisation des arbitrages</i>	182
§ 1	<i>Objet des procédures</i>	182
A	<i>Fixation du délai raisonnable de mise en œuvre</i>	183
1	<i>Délai de « principe »</i>	184
2	<i>Conciliation entre le caractère raisonnable du délai et l'obligation d'exécution</i>	190
B	<i>Contrôle de licéité d'une suspension de concessions</i>	192
1	<i>D'un contrôle de licéité à une fixation d'office du niveau licite</i>	193
2	<i>Articulation de l'arbitrage avec la procédure au fond : la difficulté du « sequencing »</i>	196
a	<i>Fondement textuel de l'impasse procédurale</i>	197
b	<i>Pratique pionnière de l'affaire CE – Bananes III</i>	198
c	<i>Solutions ponctuelles à défaut de clarification conventionnelle</i>	200
i	<i>L'arbitre, juge du fond</i>	201
ii	<i>Les accords bilatéraux de « sequencing »</i>	202
§ 2	<i>Déroulement des procédures</i>	205
A	<i>L'arbitrage du délai raisonnable : minimalisme procédural</i>	206
B	<i>L'arbitrage relatif à la suspension de concessions : entre emprunts et adaptations procéduraux</i>	209
1	<i>Recours unilatéral à l'arbitrage : une procédure défensive</i>	210
2	<i>Composition de l'organe arbitral</i>	211
3	<i>Procédure : banalisation et aménagements fonctionnels</i>	212
a	<i>Emprunts à la procédure de droit commun</i>	212
b	<i>Aménagements spécifiques</i>	215
i	<i>Accès aux communications</i>	215
ii	<i>Droits des tierces parties</i>	217

iii	<i>Attribution de la charge de la preuve</i>	218
iv	<i>Traitement des renseignements commerciaux confidentiels</i>	220

TITRE II

Le contentieux de la mise en conformité, révélateur de la nature du système de l'O.M.C. 225

I	La nature des obligations substantielles	229
Section I	Identification d'un intérêt commun	231
§ 1	L'opportunité de protéger l'intérêt « commun »	231
A	<i>Dépassement des intérêts individuels</i>	232
1	<i>Priorité aux droits de l'homme</i>	232
2	<i>Diversification des intérêts communs</i>	235
B	<i>A la lumière du GATT de 1947 : les intérêts communs au sein de l'O.M.C.</i>	240
§ 2	Le choix de protéger l'intérêt commun	246
A	<i>Le multilatéralisme comme technique formelle de protection de l'intérêt commun</i>	246
B	<i>Une communauté de caractère fonctionnel</i>	250
Section II	Obligations multilatérales au service d'un intérêt commun	255
§ 1	Changement de paradigme : une approche multilatérale des obligations internationales	257
A	<i>Distinction entre obligations bilatérales et multilatérales</i>	257
B	<i>Apparition des obligations « erga omnes »</i>	262
1	<i>Consécration jurisprudentielle</i>	262
2	<i>Difficultés de distinction et de définition</i>	265
§ 2	Nature multilatérale des obligations à l'O.M.C.	268
A	<i>Ni réciproques, ni interdépendantes : des obligations intégrales ?</i>	269
B	<i>Divisibilité des obligations : la structure d'exécution</i>	272
C	<i>Indivisibilité des obligations : la structure d'engagement</i>	276
1	<i>Principe de l'engagement unique</i>	276
a	<i>Obligation d'accepter comme un ensemble les disciplines communes</i>	277
b	<i>Interdiction des réserves</i>	281
2	<i>Clause de traitement de la nation la plus favorisée</i>	285

II La nature des procédures contentieuses	290
Section I Le contentieux entre objectivisme et subjectivisme	291
§ 1 Ouverture de la procédure initiale : un contentieux objectif	291
A <i>Présomption de dommage dans la procédure initiale</i>	292
1 <i>Absence d'intérêt à agir : jeu combiné de la présomption et de l'obligation de discipline</i>	292
2 <i>Apparence de l'actio popularis</i>	295
B <i>Droit omnium partium à la procédure initiale</i>	304
1 <i>Principe du libre accès au juge</i>	304
a <i>Intérêt à agir et qualité pour agir</i>	305
b <i>Principe de discipline : un « filtre » déplacé</i>	310
c <i>Conclusion : recevabilité inconditionnée</i>	311
2 <i>« Exceptions » au libre accès au juge : une recevabilité conditionnée ?</i>	314
a <i>Fausse exceptions</i>	314
i <i>Accord SMC et subventions prohibées</i>	314
ii <i>GATS</i>	316
b <i>Vraies exceptions</i>	318
i <i>Accord antidumping</i>	318
ii <i>Accord OTC</i>	319
§ 2 Fermeture des procédures de la mise en conformité :	
une exécution intersubjective	320
A <i>Objectivisme dans la surveillance politique</i>	320
B <i>Resserrement des conditions de recevabilité : procédures des articles 21:3 c) et 21:5</i>	321
1 <i>Recevabilité d'une demande de contrôle au fond de l'exécution</i>	321
2 <i>Recevabilité d'une demande d'arbitrage au sujet du délai raisonnable</i>	324
C <i>Recevabilité du seul défendeur initial, procédure réservée aux parties initiales : l'arbitrage de l'article 22:6</i>	327
Section II Le contentieux à la lumière de l'obligation de mise en conformité	334
§ 1 Contenu matériel de l'obligation de mise en conformité	334
A <i>Nature du mécanisme : une responsabilité</i>	335
1 <i>Mise en jeu de la responsabilité</i>	335
2 <i>Mode d'établissement et teneur de la responsabilité</i>	338
a <i>Cause de la responsabilité</i>	339
b <i>Déclaration de la responsabilité</i>	340

	i	<i>Constatations et conclusions : déclaration d'une situation juridique</i>	341
	ii	<i>Recommandation de mise en conformité : cesser l'illicite sans le réparer</i>	344
B		<i>Objet de la responsabilité : la protection de la légalité</i>	345
	1	<i>Protection d'une légalité « objective »</i>	345
	2	<i>Autonomie et exclusivité de l'obligation de mise en conformité</i>	349
	a	<i>Nature de l'obligation de mise en conformité : une obligation de cessation</i>	349
	b	<i>Absence d'obligation secondaire : une obligation « primaire prime »</i>	353
§ 2		<i>Portée temporelle de l'obligation de mise en conformité</i>	355
A		<i>Principe de non-rétroaction : la dynamique prospective de la cessation</i>	355
	1	<i>Contenu prospectif de l'obligation de mise en conformité</i>	355
	a	<i>Indices de la non-rétroaction</i>	356
	b	<i>Confirmation de la non-rétroaction par la pratique du contentieux</i>	358
	c	<i>Exclusion d'une vocation réparatoire de la mise en conformité</i>	362
	2	<i>Faiblesse des dispositifs et techniques prospectifs accessoires</i>	365
	a	<i>Absence de procédure d'urgence</i>	365
	b	<i>Rareté des garanties de non-répétition</i>	368
	c	<i>Inexploitation du pouvoir de suggestion</i>	374
	i	<i>Pouvoir de suggestion conféré par le Mémoire</i>	375
	ii	<i>Exercice du pouvoir de suggestion : suggestions sollicitées, spontanées et imposées</i>	379
B		<i>Exception à la non-rétroaction : le cas des subventions prohibées</i>	385
	1	<i>Mesures correctives rétroactives sous le GATT de 1947 : une exclusivité des domaines du dumping et des subventions</i>	385
	2	<i>Mesures correctives rétroactives sous l'O.M.C. : le cas isolé des subventions</i>	389
	a	<i>Refus de principe du remboursement des droits perçus</i>	390
	b	<i>Australie – Cuir pour automobiles II : remboursement de la « portion prospective »</i>	394

DEUXIÈME PARTIE

L'encadrement coercitif de la mise en conformité 401

TITRE I

**Pression sur l'exécution : suivi et contrôle
de la mise en conformité** 405

I Pression temporelle : le délai raisonnable	407
Section I Le resserrement de la liberté de choix des moyens de mise en œuvre	408
§ 1 La dialectique entre le moment et le moyen de mise en œuvre	408
A <i>La conception du délai raisonnable comme point d'équilibre</i>	409
B <i>L'inadaptation du mandat de l'arbitre à l'objectif d'équilibre</i>	412
1 <i>Principe de liberté de choix du moyen</i>	413
2 <i>Limites à la liberté de choix du moyen</i>	418
§ 2 L'ingérence des arbitres dans le choix du moyen de mise en œuvre	421
A <i>L'ingérence comme approche nécessaire à la fonction de l'arbitre</i>	421
1 <i>Ingérence au motif de l'imprécision de la mesure d'exécution</i>	421
2 <i>Ingérence au titre de la fonction de l'arbitre</i>	423
B <i>Légitimation et systématisation d'un examen de portée élargie</i>	426
1 <i>Anticipation de la teneur de l'exécution : l'articulation des procédures</i>	427
2 <i>Dévoilement spontané des systèmes juridiques internes</i>	431
Section II Le resserrement du délai de mise en œuvre	434
§ 1 Interprétation restrictive des circonstances favorables au Membre mettant en œuvre	436
A <i>Contraintes imposées par les instruments juridiques</i>	436
1 <i>Questions de calendrier</i>	436
a <i>Procédure extraordinaire ou procédure ordinaire ?</i>	436
b <i>Procédures normatives internes et extérieures au système juridique</i>	440
2 <i>Nature de la procédure : législative, administrative et judiciaire</i>	442

	a	<i>Procédure législative ou procédure administrative ?</i>	442
	b	<i>Mise en conformité par voie judiciaire</i>	446
B		<i>Complexité de la mesure de mise en œuvre</i>	448
	1	<i>Complexité formelle</i>	449
	2	<i>Complexité politique</i>	450
	3	<i>Complexité tenant aux engagements internationaux</i>	452
C		<i>Considérations économiques</i>	454
	1	<i>Situation de crise économique</i>	454
	2	<i>Statut de pays en développement</i>	457
	a	<i>Le Membre mettant en œuvre est un pays en développement</i>	458
	b	<i>Les deux parties sont des pays en développement</i>	459
	c	<i>Le plaignant initial est un pays en développement</i>	460
§ 2		<i>Prise en compte des circonstances « aggravantes » donnant lieu à une réduction du délai</i>	464
	A	<i>Risque de comportements dilatoires</i>	464
	B	<i>Fixation d'un délai à caractère punitif</i>	467
	C	<i>Ajustement des arbitres aux faiblesses du mécanisme</i>	470

II Pression matérielle : le contrôle au fond

		<i>de la mise en conformité</i>	476
Section I		<i>Délimitation de la compétence du juge de l'exécution : l'identification des « mesures prises pour se conformer »</i>	478
§ 1		<i>Compétence <i>ratione materiae</i> : la teneur des « mesures prises pour se conformer »</i>	480
	A	<i>Objet de la procédure : ce que les mesures prises pour se conformer ne sont pas</i>	481
	B	<i>Existence d'une mesure : l'exigence minimale d'une action positive</i>	485
	1	<i>Hypothèse : une mesure initiale restée intacte peut réaliser la mise en œuvre</i>	485
	2	<i>Rejet : la correction de l'illicéité suppose une modification</i>	487
	a	<i>Postulat avancé : les mesures initiales illicites sont les mesures prises pour se conformer</i>	487
	b	<i>Les « mesures prises pour se conformer » au regard de l'article 21:5</i>	488
	c	<i>Les « mesures prises pour se conformer » au regard des constatations initiales</i>	490

C	<i>Effet utile de l'interprétation de la compétence du groupe spécial</i>	493
1	« Compétence liée » : la déférence du juge envers la demande d'établissement de groupe spécial	493
2	Compétence « dynamique » : le critère de connexité	498
a	Principe : toute mesure étroitement liée au différend initial est une mesure prise pour se conformer	498
b	Extension du « lien étroit » : les effets d'une mesure	502
§ 2	Compétence <i>ratione temporis</i> : l'encadrement temporel des « mesures prises pour se conformer »	511
A	<i>Durée de vie de l'obligation de mise en conformité : la date butoir de l'expiration du délai raisonnable</i>	512
1	Délimitation temporelle par le <i>Mémorandum</i>	512
2	Difficultés pratiques en matière de <i>dumping</i> : les systèmes rétroactifs de fixation des droits	513
a	Refus de la prise en compte de la date d'importation	513
b	Caractère absolu de l'obligation : le refus de la justification d'un manquement lié au système interne du Membre responsable	517
B	<i>Date critique d'existence d'une mesure prise pour se conformer</i>	519
1	Appréciation de la « vigueur » d'une mesure	520
a	Interprétation étroite : la date d'expiration du délai raisonnable	520
b	Interprétation consacrée sous le GATT de 1947 : la date de la demande d'établissement du groupe spécial	521
c	Interprétation large : la prise en compte de mesures postérieures à l'établissement du groupe spécial	524
2	Règles spéciales : les conditions resserrées en matière de subventions	527
Section II	Exercice de la compétence du juge de l'exécution : la licéité des mesures prises pour se conformer	529
§ 1	Un contrôle intégral : exigence d'une compatibilité pleine et entière	530
A	<i>Règles de référence pour l'examen au fond</i>	530
1	Examen étroit : l'insuffisance d'une compatibilité mesurée aux seules recommandations de l'O.R.D.	531
2	Examen étendu : la conformité mesurée à l'ensemble du droit de l'O.M.C.	534

a	<i>Obligation d'une mise en conformité « de fond »</i>	534
b	<i>Articulation entre obligation de mise en conformité et obligation de retrait de la subvention</i>	539
B	<i>Conséquences juridiques d'une constatation de non-conformité</i>	542
1	<i>Renvoi aux recommandations de l'O.R.D.</i>	542
a	<i>Permanence de la valeur obligatoire de la recommandation</i>	542
b	<i>Intensification et évolution de l'obligation de mise en conformité</i>	545
2	<i>Accès au dispositif compensatoire</i>	549
§ 2	<i>Articulation entre les niveaux d'examen au fond</i>	552
A	<i>Rétroaction du contrôle au fond de l'exécution</i>	552
1	<i>Ajouts à l'examen initial par le contrôle de la mise en conformité</i>	553
2	<i>Atteinte à la chose jugée par le contrôle de la mise en conformité</i>	556
B	<i>Portée virtuelle d'une obligation de mise en conformité</i>	560
1	<i>Mesures annuelles et compétence au fond du groupe spécial</i>	561
2	<i>Mesures annuelles et pouvoir de formuler des constatations ou recommandations</i>	564

TITRE II

Sanction de l'inexécution : suspension de concessions 575

I	Accès à la suspension de concessions : la subjectivation du litige	583
Section I	Condition objective de l'accès : l'illicite	584
§ 1	L'illicite comme motif de la suspension de concessions : le manquement à la recommandation de l'O.R.D.	584
A	<i>Localisation de l'illicite : le manquement à l'obligation de mise en conformité</i>	585
B	<i>Identification du manquement en situation de violation et de non-violation</i>	589
§ 2	L'illicite comme fondement de la suspension de concessions : délimitation des réactions à l'illicite du droit international général	592
A	<i>Suspension de concessions et réciprocité : exclusion préliminaire de la réciprocité comme fondement de la suspension</i>	595

B	<i>Suspension de concessions et réactions décentralisées à l'illicite : l'illicite comme fondement de la suspension</i>	598
1	<i>Suspension de concessions et droit des traités</i>	599
a	<i>L'« exception d'inexécution »</i>	599
b	<i>Suspension de concessions pour manquement à la recommandation de l'O.R.D. et suspension du traité pour violation substantielle de celui-ci</i>	603
2	<i>Suspension de concessions et droit de la responsabilité internationale</i>	609
3	<i>Suspension de concessions et sanction institutionnelle</i>	612
a	<i>Préalable : la « sanction », concept théorique ou notion opératoire ?</i>	612
b	<i>Détachement de l'élément pénal de la « sanction »</i>	615
c	<i>Identification du fondement juridique : la juridicité de la suspension de concessions</i>	618
i	<i>Auto-appréciation par les Etats : disqualification de la « juridicité » de la sanction ?</i>	618
ii	<i>Approche légaliste : la constatation objective de la violation d'une obligation comme fondement juridique de la sanction / suspension de concessions</i>	619
iii	<i>Approche normativiste : le manquement à l'obligation comme fondement juridique de la sanction / suspension de concessions</i>	626
d	<i>Droit de demander l'autorisation à réagir au manquement</i>	628
e	<i>Imputation de la sanction</i>	630
Section II	<i>Condition subjective de l'accès : le dommage</i>	631
§ 1	<i>Membre visé : le Membre ayant manqué à l'obligation de mise en conformité</i>	631
§ 2	<i>Membre habilité à réagir au manquement : le plaignant initial</i>	634
A	<i>Qualité pour agir en tant que Membre lésé : limitation de la qualité pour agir au moyen de l'intérêt à agir</i>	635
1	<i>Apparition d'un intérêt à agir</i>	635
2	<i>Dommage matériel et dommage juridique</i>	639
B	<i>Qualité pour agir en tant que Membre de l'O.M.C. : horizontalité ou verticalité du rapport ?</i>	643
1	<i>Pouvoir de décision et pouvoir d'impulsion</i>	643
2	<i>Pouvoir d'habilitation et pouvoir d'agir</i>	647

II Mise en œuvre de la suspension de concessions :**l'objectivation d'un rapport de forces bilatéral 650****Section I Encadrement des modalités de mise en œuvre
d'une suspension : le contrôle des conditions
de procédure et de fond 651****§ 1 Conditions de procédure : le contrôle du respect
de l'article 22:3 652****A *Présomption de conformité au bénéfice du plaignant
initial* 652****B *Limite de l'appréciation discrétionnaire du plaignant initial :
la hiérarchie des contraintes procédurales* 654****1 *Liberté de choix de la nature de la suspension* 654****2 *Ingérence par le contrôle des prescriptions
de l'article 22:3* 655****a *Licéité de principe : suspension dans le même
secteur* 656****b *Licéité susceptible de contrôle : suspension
« croisée »* 658****i *Statut d'exception d'une suspension croisée* 658****ii *Conditions de mise en jeu de l'exception* 660****§ 2 Conditions de fond : le contrôle du niveau de la suspension 665****A *Équivalence d'une suspension au sens du Mémorandum* 666****1 *Équivalence quantitative entre la suspension
et le dommage* 667****a *Comparaison quantitative de deux niveaux chiffrés* 667****b *Chiffrage de l'annulation ou de la réduction d'avantages
à partir du manquement à la recommandation* 668****c *Critère d'évaluation : les effets sur le commerce
ou les effets économiques* 668****2 *Équivalence qualitative : licéité d'une suspension
« symétrique » ?* 670****B *Caractère « approprié » d'une contre-mesure
au sens de l'Accord SMC* 675****1 *Détermination de ce qui est « approprié »* 675****a *Principe : la non-disproportion de la mesure* 675****b *Justification : la prise en compte de l'infraction
initiale* 677****c *Conséquence : une détermination moins restrictive
du montant de la contre-mesure* 678**

2	<i>Application de la notion : la non-disproportion mesurée au montant global de la subvention prohibée</i>	679
3	<i>Remise en cause des principes établis</i>	681
a	<i>Banalisation du régime des contre-mesures : alignement sur le droit commun</i>	681
b	<i>Implications pratiques : interrogations sur la signification des tendances</i>	683
Section II	Encadrement de la fonction d'une suspension : le contrôle de l'adéquation de la mesure avec sa finalité coercitive	686
§ 1	Fonction objective : la coercition	688
A	<i>Incitation à l'exécution de la recommandation de l'O.R.D.</i>	688
1	<i>Une mesure coercitive : le rétablissement de la légalité</i>	688
2	<i>Une mesure à effet restaurateur des positions juridiques individuelles et subjectives : le rétablissement de l'équilibre négocié des concessions</i>	692
3	<i>Une alternative temporaire à la mise en conformité</i>	697
a	<i>Caractère temporaire d'une suspension</i>	697
b	<i>Incidence du caractère temporaire sur la nature de l'alternative</i>	699
i	<i>Les deux branches de l'alternative : mise en conformité (1) et non-mise en conformité (2)</i>	699
ii	<i>Choix de la branche (2) (suspension) et continuité de l'obligation</i>	702
B	<i>Cadre temporel de licéité de la suspension de concessions : de la fin du délai raisonnable à la mise en conformité</i>	708
§ 2	Fonction subjective de la suspension de concessions : le caractère répressif de la coercition	711
A	<i>Refus d'une fonction répressive de la suspension de concessions</i>	711
B	<i>Tolérance d'un effet répressif de la suspension de concessions</i>	715
Conclusion générale		725
Guide des affaires		729
Sources		737
Bibliographie		767
Table des matières		827