

## LES RECOURS CONTENTIEUX DÉLAISSÉS : L'EXEMPLE DE L'OMC

Habib GHÉRARI<sup>1</sup>

### Résumé

Les recours susceptibles d'être soumis au juge de l'Organisation mondiale du commerce sont nombreux et variés. Ce sont les recours qui ne supposent pas de violation du droit de l'OMC qui intéressent la présente étude (recours en situation de non-violation). Comment sont-ils conçus ? et à quoi servent-ils ? Sont-ils vraiment utilisés par les Membres de l'OMC ? et quelles perspectives ouvrent-elles en matière contentieuse ? Telles sont quelques-unes des questions étudiées à la lumière des procédures applicables et de la pratique qui en est faite.

### *Abstract*

*The remedies likely to be submitted to the judge of the World Trade Organization (WTO) are numerous and varied. It is the remedies that do not involve a violation of WTO law that are relevant to this study (non-violation complaints). How are they designed ? and what are they for ? Are they really used by WTO Members ? And what perspectives do they open in litigation ? These are some of the questions studied in the light of the applicable procedures and practice.*

Le monde la justice internationale est riche et contrasté, tout comme la situation des recours qu'il offre. Et la juridictionnalisation du droit international, avec la multiplication des tribunaux internationaux qu'elle a provoquée<sup>2</sup>, a accentué encore ce trait. Certains recours sont abondamment utilisés, à tel point que les juridictions concernées font face à un trop-plein qu'elles arrivent difficilement à gérer. Quelques exemples suffisent à s'en convaincre :

- les recours individuels devant la Cour EDH sont toujours aussi nombreux, et l'on comptabilisait au début de l'année 2017 un stock de requêtes pendantes qui s'élevait à 79 750, chiffre qui a augmenté jusqu'à 93 200 en juin, avant de descendre à 56 250 à la fin de cette même année<sup>3</sup> ;

---

1 Professeur de droit public, Aix-Marseille Université, Université de Toulon, Université de Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, CERIC, Aix-en-Provence, France.

2 V. parmi une littérature abondante, SFDI, *La juridictionnalisation du droit international*, Paris, Pedone, 2003.

3 CEDH, *Analyse statistique 2017*, Conseil de l'Europe, janvier 2018, p. 4-6.

- près de 4 000 affaires ont été soumises au Tribunal irano-américain des différends<sup>4</sup>;
- Environ 100 000 réclamations ont été déférées aux Tribunaux arbitraux mixtes de l'après Première Guerre mondiale<sup>5</sup>.

Plus souvent, c'est toutefois la non ou sous-utilisation qui prévaut. Ainsi en est-il, pour la CEDH elle-même, des recours interétatiques dont on sait qu'ils sont bien plus rares que les requêtes individuelles.

Il est toujours délicat de déterminer les motifs exacts d'une telle situation, encore qu'il faille bien distinguer entre recours interétatiques (plutôt rares en règle générale) et recours mixtes où l'une des parties est un particulier (plus nombreux). Plusieurs motifs structurels ou conjoncturels, durables ou temporaires, peuvent concourir à créer une telle situation :

i) En tout premier lieu, citons le *caractère facultatif et exceptionnel* de la justice internationale, et ceci même lorsque l'on qualifie celle-ci d'obligatoire<sup>6</sup>. Le consentement des États constitue la pierre angulaire de l'intervention du juge et de l'arbitre international. À quoi il faut ajouter que « Le règlement judiciaire n'est qu'un succédané au règlement direct et amiable des conflits entre les parties »<sup>7</sup>. La plupart des litiges trouvent leur solution par la voie diplomatique, et nombre d'entre eux ne sont tout simplement pas résolus (si bien entendu les États concernés s'en accommodent).

ii) Joue également le caractère momentanément inadapté des recours au regard des conditions exigées pour leur exercice. Ainsi peut-on citer le cas du CIRDI (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements) qui, au 30 juin 2017, a enregistré pas moins de 619 affaires (Convention CIRDI et Règlement du Mécanisme supplémentaire). Ce mécanisme a été créé par la Convention de Washington du 18 mars 1965, entrée en vigueur le 14 octobre 1966. Il faut néanmoins savoir que pendant les six premières années de son fonctionnement, pas une seule affaire ne lui a été soumise. Il a ensuite connu beaucoup d'années oscillant entre aucune affaire soumise et une ou deux affaires seulement. Son véritable envol va avoir lieu quelque 20 ans après sa création puisque c'est à partir du milieu des années 1990 que son activité a commencé à véritablement décoller. En 1997, il est saisi de 14 affaires, en 2002 de 16, en 2003 de 30, etc. Il connaît aujourd'hui une moyenne annuelle de 40 à 50 affaires. Entre-temps, la jurisprudence a fait découvrir de nouvelles possibilités de lui attribuer compétence<sup>8</sup> en même temps que la mondialisation économique a mis l'accent sur sa valeur ajoutée<sup>9</sup>.

4 P. DAILLIER, S. SZUREK, H. GHÉRARI, D. MULLER, « Tribunal irano-américain des réclamations », *AFDI*, 1999, p. 515-553.

5 Ch. ROUSSEAU, *Droit international public, Les rapports conflictuels*, tome V, Paris, Sirey, 1983, p. 381-383.

6 L. DELBEZ, *Les principes généraux du contentieux international*, Paris, LGDJ, 1962, p. 24.

7 CPJI, ordonnance du 19 août 1929, affaire *Des Zones franches entre la France et la Suisse*.

8 Tout spécialement les affaires *SPP c. Égypte*, introduite en 1984 (une loi nationale peut fonder la compétence du CIRDI) et sentence sur le fond en 1991, et *AAPL c. Sri Lanka*, enregistrée en 1987 et tranchée en 1990 (la compétence du Centre peut reposer sur une convention internationale, en l'espèce bilatérale, relative à l'investissement).

9 E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI*, Paris, Pedone, 2004, p. 4 ; A. R. PARRA, « The Convention and Centre for Settlement of Investment Disputes », *RCADI*, 2014, tome 374, p. 331-332 ; CIRDI, *Affaires du CIRDI – Statistiques*, 2017-2, p. 7.

iii) Des obstacles de nature politico-juridique résultant d'une méfiance des États à l'égard de la juridiction elle-même, et ceci pour des raisons multiples et variées (par exemple telle décision qui a pu décevoir durablement), peuvent également avoir leur part pour expliquer que les recours en cause soient délaissés par les justiciables. Ainsi la CIJ a connu une désaffection des États dans les années 1960 avec pour résultat un ralentissement très visible de son activité contentieuse. De juillet 1962 à janvier 1967 et de février 1967 à août 1971 pas une seule affaire ne lui a été confiée. Aujourd'hui, son activité est soutenue et la confiance des États semble être revenue même si, ici et là, des réticences demeurent<sup>10</sup>. Autre exemple, celui de la Commission d'arbitrage pour l'ex-Yougoslavie établie le 27 août 1991 par l'Union européenne (UE) pour aider à gérer la dislocation de ce pays et la naissance de nouveaux États. Nantie d'une double compétence consultative et contentieuse, elle n'a été saisie d'aucun litige ; en revanche, elle a rendu pas moins de 15 avis consultatifs<sup>11</sup>.

iv) On peut également évoquer des difficultés de la juridiction elle-même à se faire une place sur le « marché » de la justice internationale, avec bien évidemment une répercussion directe – et négative bien sûr – sur les recours qu'elle offre. C'est l'exemple de la Cour de conciliation et d'arbitrage de l'OSCE établie par la Convention de Stockholm, signée le 15 décembre 1992 et entrée en vigueur le 5 décembre 1994. Bien que 34 États aient ratifié la convention, cette juridiction n'a jamais été saisie, et ceci depuis son entrée en fonctions en 1994, de la moindre affaire alors même que son mécanisme de conciliation est obligatoire (à l'inverse de son mécanisme arbitral). Dans ces conditions, on peut comprendre que son Président n'ait pas hésité à la qualifier de « belle endormie », même si, malgré tout, on peut trouver la formule somme toute optimiste<sup>12</sup>. À l'évidence, cette Cour peine à attirer alors que l'offre contentieuse en Europe est déjà bien fournie, cela sans compter qu'elle se veut un choix subsidiaire par rapport à ceux existants dont on vient de dire qu'ils sont nombreux et variés<sup>13</sup>.

Inutile de multiplier les exemples : le phénomène de délaissement des voies de recours n'est donc pas rare. Comme la situation de chaque type de recours est propre à celui-ci, il est clair qu'au-delà des raisons structurelles évoquées à l'instant, il faut, pour expliquer le succès ou l'insuccès de chaque recours, l'envisager en lui-même et à la lumière des particularités qui lui sont spécifiques.

Quid alors des recours juridictionnels offerts par l'Organisation mondiale du commerce (OMC) ?

## I. La multiplicité des recours en droit de l'OMC

Ce qui frappe avec l'OMC, c'est la multiplicité autant que l'originalité des recours prévus par les différents accords commerciaux que cette organisation internationale est chargée d'administrer.

10 Cour internationale de Justice, *Manuel*, 2013, p. 18-19.

11 P. DAILLIER, M. FORTEAU et A. PELLET, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 2009, p. 977-978.

12 Ch. TOMUSCHAT, « La belle endormie, la Cour de conciliation et d'arbitrage », *Communauté de sécurité*, le magazine de l'OSCE, 2014-2, p. 36-37.

13 L. CAFLISH, « Vers des mécanismes paneuropéens de règlement pacifique des différends », *RGDIP*, 1993, p. 1-38 ; Ch. LEBEN, « La mise en place de la Cour de conciliation et d'arbitrage de l'OSCE », *RGDIP*, 1996, p. 135-148 ; L.-A. SICILIANOS, « Le mécanisme de règlement des différends au sein de la CSCE approuvé à Stockholm », *AFDI*, 1993, p. 898-919.

## A. Le constat

1) On note tout d'abord l'existence de l'arbitrage prévu par l'article 25 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends (MARD) en ces termes :

« 1. Un arbitrage rapide dans le cadre de l'OMC, conçu comme un autre moyen de règlement des différends, peut faciliter la solution de certains différends concernant des questions clairement définies par les deux parties. »

Quelques accords s'y réfèrent pour résoudre des questions ponctuelles telles que la modification ou le retrait d'engagements spécifiques en matière de service. En pareils cas, entre autres conditions, une compensation est prévue au profit des principaux partenaires ; et à défaut d'accord direct entre les parties intéressées sur cette même compensation, un recours à l'arbitrage est possible pour la déterminer<sup>14</sup>.

2) En dehors de l'arbitrage, dont on verra que pour l'instant il n'a guère convaincu les Membres de l'OMC, la procédure la plus connue est celle des groupes spéciaux avec possibilité de recours devant l'Organe d'appel. Dans ce cadre, plusieurs motifs d'ouverture, six pour être précis, sont théoriquement envisageables.

a) Tout d'abord le recours peut viser, pour un Membre de l'OMC, à démontrer que la ou les mesures contestées :

i) soit annulent ou compromettent pour lui un avantage résultant directement ou indirectement de l'Accord applicable<sup>15</sup> ;

ii) soit que la réalisation de l'un des objectifs du même Accord se trouve entravée par ces mêmes mesures.

b) Pour procéder à cette démonstration, le Membre de l'OMC plaignant peut se situer sur trois terrains possibles.

i) Le plus simple est de plaider que la mesure dont il se plaint n'est pas compatible avec telle ou telle règle de l'OMC ; autrement dit, que cette mesure est illégale. C'est ce que l'OMC appelle les « plaintes pour violation »<sup>16</sup>.

ii) Le deuxième type de recours est plus original : il s'agit de contester toute mesure appliquée par un autre Membre de l'OMC, *même si celle-ci n'est pas incompatible avec le droit applicable*. Ce sont les plaintes dites « en situation de non-violation »<sup>17</sup>.

14 Accord général sur le commerce des services (AGCS), article XXI :3 et 4.

15 Article XXIII :a, b, et c du GATT de 1994 ; AGCS, article XXIII :1 ; ADPIC, article 64 :1 ; AMP, article XXII :2. Voir toutefois l'Accord SMC qui, en son article 4, prévoit des dispositions spécifiques différentes pour les subventions prohibées définies à son article 3 (soit les subventions à l'exportation et les subventions relatives au remplacement des importations). En effet, il n'exige pas que soit formulée une allégation d'annulation ou de réduction d'avantages.

16 GATT de 1994, article XXIII :1 a) ; dispositions citées note 13 pour les autres accords.

17 GATT de 1994, article XXIII :1 b) ; AGCS, article XXIII :3 ; AMP : article XXII :2 ; MARD : article 26 :1. L'Accord sur les ADPIC exclut momentanément ce recours (article 64 :2 et 3).

iii) Troisième type de recours, beaucoup plus large en ce sens qu'il pourrait viser n'importe quelle situation : ce sont les « plaintes motivées par une autre situation »<sup>18</sup>.

## B. La rationalité

L'idée générale derrière cette profusion de recours possibles est celle de la protection des concessions et autres avantages pour maintenir l'équilibre des négociations entre les Membres de l'OMC. Pour les plaintes en situation de non-violation, il s'agit ainsi de s'assurer que les Membres de l'OMC concernés ne fassent pas de concessions commerciales qu'ils neutralisent ensuite par une mesure interne, alors que dans le même temps ils continuent de bénéficier de la concession obtenue en échange de celle qu'ils ont consentie (ou plutôt font mine de consentir). L'exemple type est celui d'une baisse de droits de douane dont les effets attendus par les exportateurs étrangers sont neutralisés par une subvention interne réduisant forcément les prix des produits locaux alors que la baisse tarifaire aurait dû favoriser les produits importés vendus logiquement moins chers<sup>19</sup>. Un Groupe spécial a pu résumer la position du GATT de 1947 sur ce point :

« ... un bouleversement dans la position concurrentielle d'un produit importé en raison de l'institution ultérieure d'une mesure interne, que la partie plaignante ne pouvait raisonnablement prévoir au moment de la négociation d'une concession tarifaire sur le produit importé, valait une présomption d'annulation ou d'amointrissement de la valeur des concessions tarifaires »<sup>20</sup>.

Cette raison d'être a notamment bien été mise en lumière par le Groupe spécial en charge de l'affaire *CEE-Oléagineux* :

« [Les dispositions de l'article XXIII : 1 b) du GATT de 1947] procèdent de l'idée que les possibilités de concurrence accrues que l'on pouvait légitimement attendre d'une concession tarifaire risquaient d'être compromises non seulement par des mesures interdites par l'Accord général, mais aussi par des mesures compatibles avec celui-ci. Afin d'encourager les parties contractantes à s'accorder des concessions tarifaires, il fallait donc leur donner un droit à réparation pour le cas où une concession réciproque serait compromise par une autre partie contractante à la suite de l'application d'une mesure quelconque, contrevenant ou non à l'Accord général »<sup>21</sup>.

C'est donc aussi une manière d'inciter les Membres de l'OMC à s'engager et à ouvrir leurs frontières commerciales en envisageant des parades au maximum de situations susceptibles de survenir et dont certaines ne résulteraient pas forcément du non-respect des règles applicables. Sur ce point, remarquons que le droit de l'OMC fourmille de mécanismes destinés à assouplir les engagements de membres lorsque l'évolution des circonstances économiques et non économiques le

18 GATT de 1994, article XXIII : 1 c) ; MARD, article 26 :2. L'Accord sur les ADPIC exclut momentanément ce recours (article 64 :2 et 3), et l'AGCS ne le mentionne pas (article XXIII).

19 Voir la première affaire sur les *Subventions australiennes aux importations de sulfate d'ammonium* (Rapport du Groupe spécial adopté le 3 avril 1950, *IBDD* 2S/204), ou bien l'affaire *CEE-Oléagineux* (Rapport du Groupe spécial adopté le 25 janvier 1990, *IBDD*, S37/91).

20 *CEE – Aides accordées à la production de pêches en boîte, poires en boîte, mélanges de fruits en boîte et raisins secs*, Rapport du Groupe spécial non adopté (GATT de 1947, 1985).

21 Rapport adopté le 25 janvier 1990, *IBDD*, S37/91, paragraphe 144.

justifient<sup>22</sup>. Ces recours procèdent donc de la même approche et de la même logique (du moins pour l'évolution des circonstances économiques).

Pour ce qui est des plaintes motivées par des situations autres que celles qui viennent d'être mentionnées, leur raison d'être précise est moins claire si ce n'est la volonté d'embrasser le maximum de situations possibles, telles que les crises macro-économiques. Là encore, le souvenir de la Grande dépression de 1929 peut avoir joué un rôle susceptible d'expliquer l'inquiétude des négociateurs et leur désir de protéger les intérêts de leurs États respectifs.

Il faut en effet se rappeler que le texte originel, celui du GATT, a été rédigé en 1947, et qu'en ce temps-là ouvrir ses frontières nationales aux produits étrangers présentait un risque certain d'autant plus que les obstacles à la circulation des biens n'étaient pas tous connus ni tous – loin de là – encadrés par ce même GATT. Les négociateurs, notamment américains, avaient le souvenir de la crise de 1929 et du déchaînement des mesures restrictives que celle-ci avait provoquées (le pays avait également sa part de responsabilité dans ce déchaînement). Ils ont ainsi cherché à sécuriser le plus possible l'ouverture aux échanges étrangers.

D'où cette multiplicité des motifs d'ouverture des recours, manière de tenter de prévoir l'imprévisible.

On est également frappé par l'originalité de ces recours par rapport à ceux existant habituellement en droit international, qui reposent le plus souvent sur la violation des règles convenues. Reste que la pratique n'a guère confirmé cette volonté d'appréhender le maximum de situations concevables. Qu'est-ce à dire ?

## II. La non-utilisation de la plupart des recours en droit de l'OMC

A) Le mécanisme de règlement des différends de l'OMC rencontre beaucoup de succès si l'on en juge par le nombre d'affaires qui lui ont été confiées depuis sa création en 1995. Début octobre 2017, pas moins de 531 affaires commerciales lui ont été soumises, et autour de 350 décisions ont été rendues<sup>23</sup>. De plus, pour les besoins de la démonstration, on ajoutera la période du GATT de 1947, c'est-à-dire la période antérieure à l'OMC, soit de 1948 à 1994 inclus, qui a vu l'enregistrement de quelque 300 litiges. Bien entendu toutes ces procédures n'ont pas été, pour des raisons diverses, menées à leur terme.

En outre, rappelons pour ne plus y revenir le fait que l'arbitrage pour des questions limitées prévu par l'article 25 du MARD n'a pas reçu l'accueil sur lequel ses promoteurs tablaient.

B) Reste alors la procédure juridictionnelle des panels et de l'Organe d'appel s'il y a lieu.

<sup>22</sup> H. GHÉRARI, *Droit international des échanges*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 261 et s., et 328 et s. ; C. Rosso, *Les mécanismes de flexibilité dans le droit de l'OMC*, Bruxelles, Bruylant, 2017.

<sup>23</sup> Depuis lors, ce mécanisme connaît toutefois une crise due à l'attitude des États-Unis qui bloquent l'élection (et la réélection) des membres de l'Organe d'appel.

## 1. *Les plaintes en situation de violation*

Quasiment tous les recours intentés ont allégué, à titre unique ou principal, qu'un avantage qui leur était dû avait été annulé ou compromis. En pratique, cela signifie plaider la violation de telle ou telle règle applicable, sachant que selon l'article 3 :8 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends (MARD) une annulation ou une réduction d'avantages est « présumée » exister chaque fois que l'existence d'une violation est établie. En théorie, cette présomption n'est pas irréfutable, mais dans la pratique elle fonctionne comme telle. Résultat : à ce jour il n'y a pas un seul cas de réfutation ayant abouti dans toute l'histoire cumulée du GATT de 1947 et de l'OMC. Et on note qu'un groupe spécial du GATT de 1947 est allé jusqu'à observer que la présomption avait, en pratique, été considérée comme irréfutable<sup>24</sup>.

Que deviennent alors les autres types de plaintes ?

## 2. *Les plaintes en situation de non-violation*

Les plaintes en situation de non-violation ont rencontré un succès très limité puisque, depuis 1947, on compte moins d'une vingtaine d'affaires où ce fondement a été invoqué soit à titre principal, soit à titre subsidiaire. Surtout, il n'y a eu que six de ces affaires qui ont vu cette allégation accueillie et encore faut-il préciser que ces dernières affaires ont été présentées sous le GATT de 1947, donc avant la création de l'OMC, et que le rapport de trois d'entre elles n'a finalement pas été adopté. Ce qui fait au total un bilan bien maigre<sup>25</sup>. Pour ce qui est de l'OMC, rares sont les recours qui lui ont été soumis où l'on note trois affaires importantes mais qui, toutes les trois, comme les autres d'ailleurs, ont abouti à un rejet<sup>26</sup>.

Les organes de jugement de l'OMC, tout en clarifiant quelque peu les conditions d'application de ce type de recours<sup>27</sup>, n'ont eu de cesse de répéter que, bien que prévu expressément par les Accords commerciaux de l'OMC, il « devrait être envisagé avec prudence et demeurer exceptionnel »<sup>28</sup>.

24 États-Unis – Taxes sur le pétrole et certains produits d'importation (Fonds spécial pour l'environnement), Rapport du Groupe spécial adopté le 17 juin 1987, paragraphe 5.1.7. (GATT de 1947).

25 Les affaires ayant consacré ce fondement sont les suivantes : *Australie – Sulfate d'ammonium* (rapport adopté le 3 avril 1950), *Allemagne – Sardines* (rapport adopté le 31 octobre 1952), *CE – Produits du secteur des agrumes* (rapport non adopté), *CEE – Fruits en boîte* (rapport non adopté), *CEE – Oléagineux* (rapport adopté le 25 janvier 1990) et *CEE – Oléagineux II* (rapport non adopté). Pour plus de détails sur ces affaires, cf. *Index analytique, Guide des règles et pratiques du GATT*, volume 2, Genève, 1995, p. 711 et s. ; E.-U. PETERSMANN, *The GATT/WTO Dispute Settlement System, International Law, International Organizations and Dispute Settlement*, Kluwer Law International, 1997, 150 et s. ; R. W. STAIGER and A.O. SYKES, « Non-Violations », *JIEL*, volume 16, 2013, p. 741-775.

26 Rapport du Groupe spécial *Japon – Pellicules*, WT/DS44/R, adopté le 22 avril 1998 ; rapport du Groupe spécial *Corée – Mesures affectant les marchés publics*, WT/DS163/R, adopté le 19 juin 2000 ; Rapports du Groupe spécial et de l'Organe d'appel *CE-Amiante*, WT/DS135/AB/R, adoptés le 5 avril 2001. Pour les autres affaires, voir *WTO Analytical Index : Dispute Settlement Understanding*, sous l'article 26, n° 1348 (www.wto.org).

27 Dans l'affaire *Japon-Pellicules* précitée, le Groupe spécial a constaté que les États-Unis n'avaient pas démontré que les mesures en cause annulaient ou compromettaient leurs avantages, au sens de l'article XXIII :1b) du GATT de 1994. Il a notamment précisé qu'une partie plaignante était tenue de démontrer l'existence de trois éléments au titre de cette disposition, à savoir : i) l'application d'une mesure par un Membre de l'OMC ; ii) l'existence d'un avantage résultant de l'accord applicable ; et iii) l'annulation ou la réduction de cet avantage du fait de l'application de la mesure.

28 Rapports du Groupe spécial et de l'Organe d'appel *CE-Amiante*, WT/DS135/AB/R, adoptés le 5 avril 2001, paragraphe 186 (citant la position prise par des groupes spéciaux sur ce point).

### 3. *Les plaintes motivées par une situation autre que la violation ou la non-violation*

Les plaintes motivées par une situation autre que la violation ou la non-violation d'une règle, mais avec des effets préjudiciables, n'a jamais fondé un véritable recours et donc jamais été examiné au contentieux. On note seulement que, quelquefois, ce fondement était invoqué lors des discussions diplomatiques, mais sans véritable prolongement contentieux<sup>29</sup>. Une telle situation n'est guère étonnante car ce motif ne brille pas par sa clarté, ceci pour dire le moins. On cite souvent, mais sans plus de précisions, les situations d'urgence macro-économiques telles que des dépressions générales, un fort taux de chômage, un effondrement du prix d'un produit, des difficultés financières, etc.<sup>30</sup>. En l'absence d'éclairage jurisprudentiel, ce recours conserve tout son mystère, alors même qu'il est exigé de la partie plaignante qu'elle présente « une justification détaillée à l'appui de tout argument avancé »<sup>31</sup>.

De plus, ce recours ne bénéficie pas de l'ensemble de la procédure applicable aux plaintes en situation de violation. En effet, selon l'article 26:2 du Mémorandum d'accord les règles et procédures que ce texte prévoit s'appliquent ici uniquement jusqu'au point où le rapport du groupe spécial a été distribué. En d'autres termes, la règle du consensus inversé, qui garantit l'adoption quasi automatique des rapports, ne joue pas, permettant ainsi à la partie perdante de bloquer l'adoption grâce au consensus (positif) qui confère une sorte de « droit de veto » à chaque Membre votant. De même, tout le mécanisme de surveillance de la mise en conformité ne s'applique pas.

Se pose la question de savoir quelles perspectives peut être ouvertes par ce déséquilibre dans l'utilisation des recours dans le cadre d'un mécanisme de règlement des différends qui, dans l'ensemble, fonctionne plutôt bien.

### **III. Vers une simplification et une rationalisation des recours ?**

En fait, on peut tirer de ce rapide examen la conclusion de la nécessité de revoir cette abondance de recours en trompe-l'œil. Pourquoi, en effet, ne pas faire en sorte que les textes soient en cohérence avec la pratique à laquelle ils ont donné lieu depuis plusieurs dizaines d'années maintenant ? Pourquoi ne pas conserver que les plaintes en situation de violation, puisque la quasi-totalité des nombreux recours exercés par les Membres de l'OMC se fondent sur ce type de plainte ? Et pourquoi pas, dans la foulée, consacrer textuellement la règle selon laquelle la violation d'une règle établit, de façon irréfragable, l'annulation ou l'amoindrissement d'un avantage ? Ceci fait, on ferait alors disparaître purement et simplement les deux autres types de plaintes en situation de non-violation et pour « autres situations ». En faveur de cette double démarche, pourraient être invoquées plusieurs raisons.

29 Voir par exemple la procédure de la CEE visant le Japon, en 1983, qui n'est pas allée bien loin du fait de l'opposition du Japon ; voir *Index analytique ; Guide des règles et pratiques du GATT*, volume 2, Genève, , 1995, p. 726.

30 Pour l'historique de ce recours, voir *Index analytique ; Guide des règles et pratiques du GATT*, volume 2, Genève, 1995, p. 724 et s.

31 MARD, article 26 :2a).



i) En premier lieu, les raisons, surtout mises en avant par les économistes qui ont incité à consacrer ces deux types de plaintes, ont largement perdu de leur pertinence. Car s'il est vrai qu'en 1947 la réglementation du GATT n'était pas à la hauteur de tous les obstacles susceptibles d'entraver les échanges, aujourd'hui la réglementation a très sensiblement évolué et s'est enrichie de très nombreux textes très pointus et pertinents, sans parler d'un corpus jurisprudentiel impressionnant. Ainsi, si la crainte des subventions a beaucoup fait pour la consécration du recours en situation de non-violation, l'OMC administre aujourd'hui un Accord commercial multilatéral sur ce sujet qui lie tous les Membres de l'OMC et qui interdit expressément les subventions susceptibles d'« annuler ou compromettre des avantages résultant directement ou indirectement du GATT de 1994 pour d'autres Membres, en particulier les avantages résultant de concessions consolidées en vertu de l'article II dudit accord »<sup>32</sup>.

D'ailleurs on rappellera que deux textes fondamentaux du droit de l'OMC rédigés bien plus tard que le GATT de 1947, ont adopté une position plus nuancée. Ainsi l'Accord général sur le commerce des services (AGCS-GATS) n'a pas retenu les plaintes motivées par les « autres situations » ; et, pour sa part, l'Accord relatif aux aspects des droits de propriété intellectuelle touchant au commerce (ADPIC), ne permet pour l'instant que les plaintes pour violation, et ceci en renouvelant régulièrement, depuis 2001, un moratoire excluant l'application des deux autres types de plaintes écartées déjà pendant les premiers 5 ans de la vie de cet accord (1995-1999).

ii) On peut ensuite citer le fait de *rapprocher les recours OMC avec les principes fondamentaux de la responsabilité internationale des États*. Pour mémoire, rappelons que selon l'article 2 du texte adopté par la CDI en 2001, et dont l'Assemblée générale des Nations unies a pris note :

« Il y a fait internationalement illicite de l'État lorsqu'un comportement consistant en une action ou une omission : a) Est attribuable à l'État en vertu du droit international ; et b) Constitue une violation d'une obligation internationale de l'État ».

Cet alignement sur la règle générale serait gage de simplicité et de clarté.

iii) Autre argument de poids : la *simplification du régime contentieux* qui, aujourd'hui, n'est pas tout à fait le même suivant le recours envisagé. D'après le Mémoire d'accord sur le règlement des différends (MARD), en cas d'incompatibilité d'une mesure, les organes de jugement doivent demander à l'État qui en est l'auteur de la rendre conforme au droit applicable, par voie de retrait ou de modification lorsque cela est possible<sup>33</sup>. Et ce texte d'insister sur le fait 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 »<sup>34</sup>. Or, en cas de succès d'une plainte en situation de non-violation, il n'y a pas obligation de retirer la mesure contestée ; ce qui est logique puisqu'elle n'est pas incompatible. Que faire alors ? Le Groupe spécial ou l'Organe d'appel doit

32 Accord SMC, article 5, b).

33 MARD, article 19 :1 : « Dans 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. »

34 MARD, article 22 :1.

recommander que le Membre de l'OMC concerné procède à un « ajustement mutuellement satisfaisant », lequel – il faut le noter – pourra passer par une compensation<sup>35</sup>.

Autre différence, qui concerne cette fois-ci uniquement les plaintes motivées par une autre situation, la procédure prévue par le MARD s'appliquera partiellement, plus exactement jusqu'au moment où le rapport du groupe spécial a été distribué aux Membres. Ensuite, c'est l'ancienne procédure (telle que réformée en 1989) qui reprend ses droits, avec tout particulièrement l'application du consensus (positif) tant décrié du temps du GATT de 1947 et aux défauts duquel le MARD a entendu remédier<sup>36</sup>. En ne conservant que le recours pour violation, on garantit du même coup l'application d'une seule et unique procédure, gage là encore de clarté et de simplification, et l'on s'évite de revivre les dysfonctionnements de l'ancien mécanisme de règlement des différends tel qu'on l'a vu à l'œuvre sous l'empire du GATT de 1947 à 1994.

iv) Les conditions d'application des recours autres que celui pour violation des règles applicables sont tout sauf claires alors même que « la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral » sont érigées en valeur sur lesquelles le mécanisme de règlement des différends de l'OMC doit veiller<sup>37</sup>. Comment veut-on que cet objectif si important soit atteint si ces recours sont dès le départ assortis de conditions dont la clarté n'est pas la qualité première ?

v) Ce sont des recours dangereux et potentiellement déstabilisateurs pour la compréhension de l'économie générale des textes piliers de l'OMC ainsi que pour leur application. Ainsi, pour ne prendre que cet exemple, en décidant que la plainte en situation de non-violation peut viser une mesure prise au nom de la protection de la santé, les organes de jugement ont pu troubler ceux qui sont légitimement contraints de recourir à ces exceptions non commerciales pourtant consacrées par le droit de l'OMC. Il faudra désormais non seulement se conformer aux conditions rigoureuses d'application de ces exceptions, mais ensuite compter avec d'éventuelles contestations sur le terrain de la non-violation. On notera que, dans l'affaire *CE-Amiante*, l'UE a vainement plaidé que le recours en situation de non-violation ne pouvait s'appliquer qu'à des mesures proprement commerciales<sup>38</sup>.

vi) Le droit international général peut également aider à faire face aux situations visées par les recours qui pourraient donc être abandonnés. Ainsi pour les recours en situation de non-violation peut-on penser aux principes *Pacta sunt servanda* ou de bonne foi attendus dans la mise en œuvre des engagements conventionnels : il s'agit en substance d'appliquer *loyalement* ce à quoi on s'est engagé. L'erreur ou le dol consacré par la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 (respectivement articles 26, 48 et 49 du même texte) pourraient peut-être s'avérer utiles : le Membre qui les invoquerait expliquerait qu'il s'est trompé ou qu'on l'a trompé sur la véritable

35 MARD, article 26 :1b).

36 MARD, article 26 :2.

37 MARD, article 3 :2 : « Le système de règlement des différends de l'OMC est un élément essentiel pour assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral. »

38 Voir l'affaire *CE-Amiante* précitée. Voir aussi l'affaire *Corée-Marchés publics*, WT/DS163/R, rapport du Groupe spécial adopté le 19 juin 2000.

teneur de la contrepartie à ses propres concessions. Mais l'on sait que ces vices du consentement sont rarement invoqués et encore plus rarement reconnus. Pour ce qui est du recours motivé par « une autre situation », pourquoi ne pas songer au changement fondamental de circonstances, également consacré par la convention de Vienne sur le droit des traités précitée (article 62) ? On sait en effet qu'un tel changement fondamental de circonstances qui s'est produit par rapport à celles qui existaient au moment de la conclusion d'un traité et qui n'avait pas été prévu par les parties peut être avancé comme motif pour mettre fin au traité ou pour s'en retirer. Mais bien entendu, certaines conditions doivent être réunies, dont la rigueur et l'objectif de sécurité juridique et ici des relations conventionnelles ainsi nouées laissent à penser qu'un tel résultat n'est pas des plus aisés ; ceci sans parler du fait que le but n'est pas tant de se retirer du traité que de l'adapter à la nouvelle situation en corrigeant le déséquilibre économique apparu<sup>39</sup>.

Toutes ces considérations semblent donc plaider contre l'utilité et le maintien des plaintes en situation de non-violation, et davantage encore des plaintes pour « autre situation », n'était que certains Membres de l'OMC paraissent y être attachés. D'une part, parmi les questions à négocier pour la réforme du Mémoire d'accord sur le règlement des différends de l'OMC, lancée il y a des années déjà et toujours non décidée, ne figure pas celle du maintien ou de la disparition des plaintes autres que pour violation<sup>40</sup>. D'autre part, une étude fouillée sur 226 accords commerciaux régionaux (ACR) a montré que des États ont tendance à prévoir dans ce type d'accords la possibilité de plaintes en situation de non-violation<sup>41</sup>. Reste que le nombre de ces États est limité (Canada, Chili, Colombie, Corée du Sud, Mexique, Panama et les États-Unis), tout comme l'est celui des accords concernés (un peu plus d'une vingtaine sur les 226 étudiés)<sup>42</sup>. On peut également s'interroger sur les motifs à l'origine de ce phénomène : s'agit-il d'un véritable attachement ou d'un simple mimétisme, tant il est vrai que le modèle de mécanisme de règlement des différends de l'OMC inspire visiblement nombre de mécanismes retenus par ces accords commerciaux régionaux ?

39 E.-U. PETERSMANN, *op. cit.*, p. 170-176 ; R. W. STAIGER et A.O. SYKES, *op. cit.* Pour sa part, le Panel en charge de l'affaire *Corée-Marchés publics*, a considéré que, en ce qui concerne l'allégation de non-violation au titre de l'article XXII :2 de l'Accord sur les marchés publics, présentée par les États-Unis et fondée sur la suppression des avantages raisonnablement attendus des promesses faites par la Corée, plutôt que sur l'annulation ou la réduction de concessions effectivement faites, la notion de non-violation pouvait être étendue à des contextes autres que ceux illustrés par l'approche classique (c'est-à-dire, l'annulation ou la réduction des concessions accordées en contrepartie des propres concessions du Membre plaignant). Il a donc décidé d'examiner l'allégation des États-Unis « dans le cadre des principes du droit international (article 48 de la Convention de Vienne) qui sont généralement applicables non seulement à l'exécution, mais aussi à la négociation des traités » (erreur dans l'élaboration du traité) » (*Corée-Marchés publics*, WT/DS163/R, rapport du Groupe spécial adopté le 19 juin 2000).

40 H. GHÉRARI, *Droit international des échanges*, *op. cit.*, p. 161 et s.

41 Rappelons que les ACR (appelés également « accords commerciaux préférentiels ») sont conclus notamment par les Membres de l'OMC (le plus souvent sous forme bilatérale) pour réguler leurs relations commerciales sur une base préférentielle. Voir H. GHÉRARI, *Les accords commerciaux préférentiels*, Bruxelles, Larquier, 2013.

42 Cl. CHASE, A. YANOVICH, J.-A. CRAWFORD, and P. UGAZ, *Mapping of Dispute Settlement Mechanisms in Regional Trade Agreements – Innovative or Variations on a Theme ?*, World Trade Organization, Staff Working Paper ERSD-2013-07, 10 June 2013, p. 20-21.

## ANNEXES

### Article XXIII DU GATT de 1994

#### Protection des concessions et des avantages

1. 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. Toute partie contractante ainsi sollicitée examinera avec compréhension les représentations ou propositions qui lui auront été faites.

### Article XXIII de l'AGCS

#### *Règlement des différends et exécution des obligations*

1. 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 Mémorandum d'accord sur le règlement des différends.

2. Si l'ORD considère que les circonstances sont suffisamment graves pour justifier une telle mesure, il pourra autoriser un ou plusieurs Membres à suspendre, à l'égard de tel autre ou tels autres Membres, l'application d'obligations et engagements spécifiques conformément à l'article 22 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends.

3. Si un Membre considère qu'un avantage dont il aurait raisonnablement pu s'attendre à bénéficier conformément à un engagement spécifique contracté par un autre Membre au titre de la Partie III du présent accord se trouve annulé ou compromis du fait de l'application d'une mesure qui ne contrevient pas aux dispositions du présent accord, ledit Membre pourra recourir au Mémorandum d'accord sur le règlement des différends. Si l'ORD détermine que la mesure a annulé ou compromis un tel avantage, le Membre affecté aura droit à une compensation

mutuellement satisfaisante, sur la base du paragraphe 2 de l'article XXI, qui pourra inclure la modification ou le retrait de la mesure. Dans les cas où les Membres concernés ne pourront pas arriver à un accord, l'article 22 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends sera d'application.

## **Article 64 de l'accord ADPIC**

### *Règlement des différends*

1. Les dispositions des articles XXII et XXIII du GATT de 1994, telles qu'elles sont précisées et mises en application par le Mémoire d'accord sur le règlement des différends, s'appliqueront aux consultations et au règlement des différends dans le cadre du présent accord, sauf disposition contraire expresse de ce dernier.

2. Les alinéas 1 b) et 1 c) de l'article XXIII du GATT de 1994 ne s'appliqueront pas au règlement des différends dans le cadre du présent accord pendant une période de cinq ans à compter de la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC. 3. Pendant la période visée au paragraphe 2, le Conseil des ADPIC examinera la portée et les modalités pour les plaintes du type de celles qui sont prévues aux alinéas 1 b) et 1 c) de l'article XXIII du GATT de 1994 formulées au titre du présent accord et présentera ses recommandations à la Conférence ministérielle pour adoption. Toute décision de la Conférence ministérielle d'approuver lesdites recommandations ou de prolonger la période visée au paragraphe 2 ne sera prise que par consensus, et les recommandations approuvées prendront effet pour tous les Membres sans autre processus d'acceptation formel.

## **Article 26 du mémorandum d'accord sur le règlement des différends**

### *Non-violation*

1. Plaintes en situation de non-violation du type décrit au paragraphe 1 b) de l'article XXIII du GATT de 1994

Lorsque les dispositions du paragraphe 1 b) de l'article XXIII du GATT de 1994 seront applicables à un accord visé, un groupe spécial ou l'Organe d'appel ne pourra statuer ni faire de recommandations que dans les cas où une partie au différend considérera qu'un avantage résultant pour elle directement ou indirectement de l'accord visé en l'espèce se trouve annulé ou compromis, ou que la réalisation de l'un des objectifs dudit accord est entravée du fait qu'un Membre applique une mesure, contraire ou non aux dispositions dudit accord. Dans les cas et dans la mesure où cette partie considérera, et où un groupe spécial ou l'Organe d'appel

déterminera, que l'affaire concerne une mesure qui n'est pas contraire aux dispositions d'un accord visé auquel les dispositions du paragraphe 1 b) de l'article XXIII du GATT de 1994 sont applicables, les procédures énoncées dans le présent mémorandum d'accord seront d'application, sous réserve de ce qui suit :

- a) la partie plaignante présentera une justification détaillée à l'appui de toute plainte concernant une mesure qui n'est pas contraire à l'accord visé en l'espèce ;
- b) dans les cas où il a été constaté qu'une mesure annule ou compromet des avantages résultant de l'accord visé en l'espèce ou entrave la réalisation des objectifs dudit accord, sans qu'il y ait violation de celui-ci, il n'y a pas obligation de la retirer. Toutefois, dans ces cas, le groupe spécial ou l'Organe d'appel recommandera que le Membre concerné procède à un ajustement mutuellement satisfaisant ;
- c) nonobstant les dispositions de l'article 21, l'arbitrage prévu au paragraphe 3 de l'article 21 pourra, à la demande de l'une ou l'autre des parties, inclure une détermination du niveau des avantages qui ont été annulés ou compromis, et des suggestions concernant les moyens d'arriver à un ajustement mutuellement satisfaisant ; ces suggestions ne seront pas contraignantes pour les parties au différend ;
- d) nonobstant les dispositions du paragraphe 1 de l'article 22, la compensation pourra faire partie de l'ajustement mutuellement satisfaisant qui réglera définitivement le différend.

## 2. Plaintes du type décrit au paragraphe 1 c) de l'article XXIII du GATT de 1994

Lorsque les dispositions du paragraphe 1 c) de l'article XXIII du GATT de 1994 seront applicables à un accord visé, un groupe spécial ne pourra statuer ni faire de recommandations que dans les cas où une partie considérera qu'un avantage résultant pour elle directement ou indirectement de l'accord visé en l'espèce se trouve annulé ou compromis, ou que la réalisation de l'un des objectifs dudit accord est entravée du fait qu'il existe une situation autre que celles auxquelles les dispositions du paragraphe 1 a) et b) de l'article XXIII du GATT de 1994 sont applicables. Dans les cas et dans la mesure où cette partie considérera, et où un groupe spécial déterminera, que la question est visée par le présent paragraphe, les procédures énoncées dans le présent mémorandum d'accord s'appliqueront uniquement jusqu'au point de la procédure où le rapport du groupe spécial a été distribué aux Membres inclusivement. Les règles et procédures de règlement des différends énoncées dans la Décision du 12 avril 1989 (IBDD, S36/64-70) s'appliqueront à l'examen du rapport en vue de son adoption, à la surveillance et à la mise en œuvre des recommandations et décisions. Les dispositions ci-après seront aussi d'application :

- a) la partie plaignante présentera une justification détaillée à l'appui de tout argument avancé au sujet de questions visées dans le présent paragraphe ;
- b) dans une affaire concernant des questions visées par le présent paragraphe, si un groupe spécial constate que l'affaire fait aussi intervenir des questions de règlement des différends autres que celles qui sont visées par le présent paragraphe, il distribuera un rapport sur ces questions à l'ORD et un rapport distinct sur les questions relevant du présent paragraphe.