

UNE NOUVELLE JURIDICTION INTERNATIONALE : LE SYSTÈME DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS INTERÉTATIQUES DE L'O.M.C.

Thèse pour le Doctorat en Droit
présentée et soutenue publiquement par

Ludovic LORENZO

**Attaché Temporaire d'Enseignement et de Recherche
à Lyon le 18 décembre 2003**

sous la direction de M. Henri COMTE Professeur émérite à l'Université Lumière
Lyon 2

JURY : Président : M. Antoine JEAMMAUD, Professeur à l'Université Lumière Lyon 2 Rapporteur :
Mme Hélène RUIZ FABRI, Professeur à l'Université Paris I - Panthéon Sorbonne Rapporteur : M.
Nicolas LEVRAT, Professeur à l'Université de Genève Directeur de Thèse : M. Henri COMTE,
Professeur émérite à l'Université Lumière Lyon 2 Suffrageant : M. Hervé DROUET, Conseiller à la
Délégation permanente de la France auprès de l'O.M.C.

Table des matières

INTRODUCTION .	1
PREMIÈRE PARTIE : L'ÉMANCIPATION DE LA STRUCTURE JURIDICTIONNELLE .	35
TITRE PREMIER : L'affirmation des instances juridictionnelles .	37
Chapitre I : La convergence juridictionnelle des organes de règlement .	38
Chapitre II : L'institution juridictionnelle des agents de règlement . .	86
TITRE II : La concrétion de la procédure juridictionnelle .	135
Chapitre I : La systématisation juridictionnelle du règlement des différends . .	136
Chapitre II : La mécanique juridictionnelle de règlement des différends . .	186
DEUXIÈME PARTIE : LA DÉSINHIBITION DE LA FONCTION JURIDICTIONNELLE .	247
TITRE PREMIER : L'épanouissement du <i>juris dictio</i> . .	250
Chapitre I : La diffusion spatiale du <i>juris dictio</i> .	251
Chapitre II : La diffusion temporelle du <i>juris dictio</i> . .	311
TITRE II : La garantie de l'efficacité juridictionnelle .	359
Chapitre I : La portée juridictionnelle des effets décisionnels .	361
chapitre II : L'exécution confirmative de la juridictionnalité .	414
CONCLUSION .	469
Annexe : Liste des affaires soumises au système de règlement des différends de l'OMC au 26 juin 2003, d'après le document « <i>Etat des différends soumis à l'OMC</i> » (WT/DS/OV/14)	475
..	
BIBLIOGRAPHIE . .	491
Articles et chroniques : .	491
Colloques, cours, mélanges recueils, revues : .	502
Ouvrages collectifs : .	503
Ouvrages spécialisés et thèses : .	503
Ouvrages généraux, manuels : . .	504
Dictionnaires .	506
Presse . .	506

INTRODUCTION

« **L'Etat est un être énorme, terrible, débile. Cyclope d'une puissance et d'une maladresse insignes, enfant monstrueux de la Force et du Droit** ». Ainsi Paul Valéry traduisait-il sans détour, par cette définition enflammée, l'émotion de l'écrivain face à la suprématie de l'Etat, la critique de l'homme à l'encontre de l'incarnation étatique du pouvoir politique. Cette sensation lyrique n'est guère décisive pour la compréhension de l'Etat, appréhendé dans son identité comme dans sa fonction. Tout juste rappelle-t-elle qu'il n'est pas inné et constate-t-elle que son gigantisme et sa puissance ne peuvent cacher sa faiblesse et sa maladresse. Elle exprime néanmoins le fantastique d'un Etat mythifié, la détention d'une puissance fabuleuse et, finalement, la sacralité d'une suprématie. Cet Etat est donc mythifié parce qu'il dispose d'un pouvoir souverain, c'est-à-dire « **d'un pouvoir originaire et suprême** »¹.

L'effectivité de la souveraineté de l'Etat peut être discutée. Cette question est cependant l'une « **des vieilles questions métaphysiques** »², qui, à ce titre, peut être évacuée. En revanche, la portée de la souveraineté de l'Etat a un intérêt pratique majeur

¹ Extrait de la définition de la « souveraineté » donnée par M. de Villiers, *Dictionnaire de droit constitutionnel*, Armand Colin/Masson, Paris, 1998, p. 207. En réalité, la notion de souveraineté est bien plus complexe. Par exemple, la souveraineté est également « l'identification du détenteur de la puissance suprême dans l'Etat » (M. de Villiers, *op. cit.*), elle peut s'analyser « en un faisceau de compétences » (voir sur ce point F. Luchaire, « La souveraineté », *R.F.D.C.*, 43, 2000, p. 454) ou encore être contestée par d'éminents théoriciens du droit (voir sur ce point O. Beaud, « La notion d'Etat », *Archives de philosophie du droit*, t. 35, 1990, p. 125). Concept central de nombreux domaines scientifiques, objet récurrent d'études en science du droit, la souveraineté est une question qui n'est pas épuisée, loin s'en faut.

qui est d'aider à la compréhension du pouvoir politique et, partant, à l'appréhension de la structure de la société humaine et de son mode juridique de régulation. L'Etat souverain occupe une place privilégiée au sein de la collectivité des individus. Il a **« historiquement (...) le monopole du commandement politique sur un territoire déterminé »**, ce qui a pour double conséquence une souveraineté interne et une souveraineté externe, **« deux faces (...) indissociables »**³ de la souveraineté. Ces deux aspects caractérisent une souveraineté dissymétrique qui **« est absolue dans la sphère interne, et relative dans la sphère externe, où elle rencontre son alter ego la souveraineté de l'autre Etat »**⁴, ce qui se traduit du point de vue du droit, de la manière suivante : **« l'Etat est, grâce à la souveraineté, l'entité qui détient le monopole du droit positif à l'intérieur de son territoire et qui participe, avec les autres Etats, à l'édition et à l'application du droit international »**⁵.

La souveraineté étatique s'exprime donc non seulement au sein d'un territoire national, mais également de manière plus universelle. Aussi la sacralité de l'Etat souverain dépasse-t-elle le territoire national pour s'inscrire dans la dimension interétatique. De la sorte, elle façonne une société particulière composée de l'ensemble des Etats souverains entretenant entre eux un rapport d'égalité du fait de leur souveraineté intrinsèque respective, car s'applique **« le principe d'égalité souveraine des Etats, dont la parenté avec le principe d'égalité des hommes est indéniable »**⁶. Cette société particulière est la société internationale, **« société interétatique ou encore "société des Etats" »**⁷, et ce même si **« une évolution continue (...) a conduit à une certaine reconnaissance internationale de l'individu et à la création puis à la multiplication des organisations internationales »**⁸. L'adage *Ubi societas, ibi jus* rend évidente l'existence d'un droit de régulation des rapports internes à cette société internationale : le droit international, qui peut se définir comme **« le droit applicable à la société internationale »**⁹. **L'Etat souverain passe du statut d'incarnation de l'autorité politique suprême sur le plan interne** à celui de composante primaire d'une société particulière et sujet de droit.

Ce parallèle entre société étatique et société interétatique ne peut que demeurer superficiel. La souveraineté relative de l'Etat sur le plan externe influe de manière déterminante et atypique sur l'identité de cette société internationale : il n'existe pas

² M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, P.U.F., coll. Léviathan, 1994, p. 20.

³ M. de Villiers, *op. cit.*, p. 207.

⁴ O. Beaud, *op. cit.*, p. 131.

⁵ *Ibid.*, p. 132.

⁶ *Ibid.*, p. 132.

⁷ P. Daillier et A. Pellet (N. Quoc Dinh †), *Droit international public*, L.G.D.J., E.J.A., 7^{ème} éd., Paris, 2002, p. 36.

⁸ *Ibid.*

d'entité supra-étatique titulaire d'une souveraineté absolue au sein de la société internationale. « **La société internationale est une société interétatique ; au point de vue de sa structure, elle apparaît comme une juxtaposition d'entités souveraines et égales entre elles, excluant tout pouvoir politique organisé et superposé à ses composantes** » ; dans la société internationale « **coexistent des entités égales, ayant les mêmes prétentions à l'exercice d'une souveraineté absolue** »¹⁰. Aussi ne peut-il exister d'Etat mondial. Partant, le droit régulateur de cette société particulière ne peut qu'être atypique, comparaison faite avec le droit interne, et ce du fait de « **la notion de souveraineté (...) facteur essentiel de différenciation** »¹¹. Certains vont même jusqu'à nier l'existence d'un droit international, par exemple en constatant l'absence de « **super-Etat** » qui entraîne l'absence de législateur et de juge ou encore l'absence de toute autorité de contrainte¹².

Le droit international est un droit essentiellement conventionnel, « **un droit issu de la volonté et du consentement des Etats souverains ; les traités proviennent d'un consentement exprès et les coutumes d'un consentement tacite ; (...) les Etats souverains apprécient seuls ce qu'ils doivent faire ou ne pas faire dans les relations internationales** »¹³. Le droit international « **est un droit différent beaucoup plus qu'un droit primitif. (...) Il ne s'agit plus de le rêver sur le modèle du droit étatique (ou droit interne), modèle unique et polyvalent de développement de tous les ordres juridiques : il convient désormais de l'envisager suivant sa ligne propre, en fonction des particularités qui en font un ordre original** »¹⁴. Il est marqué par son « **horizontalité essentielle (...) qui jamais ne se verticalisera : explicitement conçu par des Etats indépendants comme un mode anarchique de régulation de leurs rapports, le droit international est par nature intersubjectif et ne tolère aucune**

⁹ *Ibid.*, p. 35. L'emploi de l'adjectif « international » pour qualifier présentement la « société » et le « droit » est critiquable. Il pourrait lui être préféré l'adjectif « interétatique » sans doute plus précis et plus pertinent dans la mesure où l'Etat ne saurait se résumer à la nation qui n'en est qu'une composante. Cependant, ce choix terminologique est inspiré par un souci de clarté puisque cet adjectif est « solidement ancré dans le vocabulaire juridique ». Par ailleurs, ce « droit international » est souvent qualifié de « public » par opposition au « droit international privé » mais « il faut noter seulement (...) que le droit international privé doit toujours être accompagné du qualificatif qui l'identifie, tandis que lorsque l'expression "droit international" est employée sans qualificatif, c'est toujours (...) du droit international public qu'il s'agit ». Le présent propos applique ces considérations formelles, pour d'évidentes raisons de pertinence stylistique. Voir pour une étude détaillée de la « définition formelle du droit international » *ibid.*, pp. 35-38.

¹⁰ P. Daillier et A. Pellet (N. Quoc Dinh †), *op. cit.*, pp. 59 et 83.

¹¹ *Ibid.*, p. 85.

¹² Pour une étude détaillée de ce débat et la démonstration de l'existence du droit international, voir *ibid.*, pp. 85-92.

¹³ *Ibid.*, p. 59.

¹⁴ M. Virally, « Sur la prétendue "primitivité" du droit international », in *Le droit international en devenir*, P.U.F., Publications de l'Institut Universitaire des Hautes Etudes Internationales (Genève), Paris, 1990, pp. 92-93.

atteinte à son ressort essentiel, la souveraineté »¹⁵. Finalement, Anzelotti le constatait dès 1929, « **l'achèvement du droit international par le moyen de la constitution d'un pouvoir étatique supérieur aux divers Etats – Etat fédéral universel – signifierait en réalité la fin du droit international ; celui-ci se trouverait remplacé par le droit public interne du nouvel Etat** »¹⁶. Il reste que cette singularité du droit international dérange. D'aucuns ont pu parler de « **crise du droit international** ». Et, « **lorsqu'en 1922 fut établie, pour la première fois dans l'histoire, une juridiction internationale permanente, on crut qu'une étape décisive avait été franchie vers la fondation d'une société internationale effectivement soumise au droit** »¹⁷. Cependant, cette première pierre de l'édifice de la supranationalité instituée fut impuissante à provoquer la construction et la consécration d'un Etat mondial ; et la création de l'Organisation des Nations Unies (ONU) comme l'instauration de la Cour internationale de justice (CIJ) n'ont pas changé cette inefficacité¹⁸.

En réalité, la tentative d'instaurer un élément décisif de supranationalité et, finalement, d'inciter directement à la consécration « **par le haut** » d'une sorte de constitution mondiale, même embryonnaire, a fait long feu. Au contraire, l'évolution contemporaine du droit international annihile cette tentative et confirme en l'accentuant le caractère atypique de ce droit : « **le développement vraiment stupéfiant du droit conventionnel** », qui se matérialise dans la création d'organisations internationales et qui induit la « **division du droit international en "branches"** »¹⁹, constitue la conséquence de relations internationales plus que jamais « **marquées (...) par l'exaltation de l'idée de souveraineté** »²⁰. Aussi la mythification lyrique de l'Etat, précédemment évoquée, ne perd pas totalement de sa pertinence quand elle s'applique à la sphère extra-étatique car la souveraineté absolue y est interétatique et non mondiale, étant constituée du faisceau des souverainetés relatives étatiques s'exprimant à travers le

¹⁵ M. Combacau, « le droit international : bric-à-brac ou système ? », *Archives de philosophie du droit*, t. 31, 1986, p. 105.

¹⁶ *Cours de droit international*, Sirey, 1929, p. 47, cité par P. Daillier et A. Pellet (N. Quoc Dinh †), *op. cit.*, p. 84.

¹⁷ M. Virally, « Le droit international en question », in *Le droit international en devenir*, P.U.F., Publications de l'Institut Universitaire des Hautes Etudes Internationales (Genève), Paris, 1990, p. 14.

¹⁸ Cet échec est décrit, par exemple, par M. Virally, « Le droit international en question », *op. cit.*, pp. 13-16. Voir également ce même auteur in « Sur la prétendue "primitivité" du droit international », *op. cit.*, pp. 98-101. Pour un propos similaire, cette fois-ci davantage axé sur le thème de la juridiction internationale, se reporter à C. Philip, « Nature et évolution de la juridiction internationale », in Société Française pour le Droit International, *La juridiction internationale permanente*, Colloque de Lyon, Pedone, Paris, 1987, pp. 3-6. De même, « les phénomènes repérables dans la société internationale sous la désignation de sanctions (...) n'annoncent guère l'ordre mondial tant prophétisé », comme le souligne Mme Chemillier-Gendreau, in « La notion de sanction en droit international », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gustave Peiser*, Presses Universitaires de Grenoble, 1995, p. 115.

¹⁹ M. Virally, « Le droit international en question », *op. cit.*, pp. 19 et 22.

²⁰ *Ibid.*, p. 15.

droit international conventionnel.

L'établissement et la consécration d'une organisation constitutionnelle mondiale, matérialisés par la Société des Nations (SDN) et la Cour permanente de Justice internationale, puis par l'ONU et la CIJ, sont tenus en échec par l'exaltation des souverainetés étatiques et, plus concrètement, par l'un de ses corollaires qui est la diversification de branches conventionnelles du droit international matérialisées par l'intensification de la création d'organisations internationales régionales et/ou spécialisées. A cette société internationale atypique – parce que constituée principalement de l'égalité des souverainetés étatiques relatives – correspond un droit qui ne l'est pas moins. L'évolution du droit international laisse de côté la constitutionnalisation du droit et l'institutionnalisation d'un Etat mondial pour se diriger vers la diversification des champs normatifs, la « **propagation juridictionnelle** »²¹ et la consécration de systèmes organisationnels contingents ; elle « **entraîne une conséquence considérable : une certaine "dépolitisation" du droit international** »²². Cette évolution est donc forcément teintée de pragmatisme puisqu'elle a pour moteur la concordance de volontés souveraines étatiques et que cette concordance est par nature spécialisée, versatile et diversifiée dans son volume, dans sa force et dans sa substance. Ce pragmatisme évident parachève l'exclusion de toute idée d'instauration d'un ordre sociétal, donc juridique, mondial.

Cette évolution pragmatique d'un droit qui est interétatique, conventionnel, organisationnel et diversifié semble bien constituer le présent et l'avenir du droit international. Néanmoins, l'une de ses réalisations peut venir troubler sa linéarité et semer le doute quant au rejet définitif de toute souveraineté supranationale : il s'agit de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Succédant à l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1947 (le GATT de 1947), l'OMC est créée à l'issue des négociations commerciales multilatérales du Cycle d'Uruguay par l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce signé formellement le 15 avril 1994 à Marrakech et mis en œuvre le 1^{er} janvier 1995. Cette Organisation « **servira de cadre institutionnel commun pour la conduite des relations commerciales entre ses Membres en ce qui concerne les questions liées aux accords et instruments juridiques connexes** »²³ qui sont les accords multilatéraux sur le commerce des marchandises dont le GATT de 1947 tel que modifié par le GATT de 1994²⁴, l'Accord général sur le commerce des

²¹ Couston (M.), « La multiplication des juridictions internationales – Sens et dynamiques », *J.D.I.*, 1, 2002, p. 6. Voir également P. Sands, « Vers une transformation du droit international ? », *Droit international* 4, Cours à l'IHEI, Pedone, Paris, 2000, pp. 236-251.

²² *Ibid.*, p. 24.

²³ Article II : 1 de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce (l'Accord instituant l'OMC). Pour mémoire, il faut noter que le signe " : " inséré entre deux chiffres relatifs à une disposition d'un texte normatif de l'OMC désigne un paragraphe numéroté : le premier chiffre désigne le numéro de l'article ou de la règle et le second le numéro du paragraphe donné par la disposition. Cette abréviation est préférée à la mention "paragraphe" par souci de clarté et de cohérence dans la mesure où les textes de l'OMC ainsi que les institutions de cette Organisation – et la plupart des écrits doctrinaux – emploient ces mêmes conventions typographiques.

²⁴ Voir sur ce point l'article II : 4.

services (l'AGCS), l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (l'Accord ADPIC), le Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (le Mémoire), le Mécanisme d'examen des politiques commerciales ainsi que différents accords plurilatéraux²⁵. Cette Organisation a immédiatement connu le plus vif succès ; l'intensité de son fonctionnement quotidien et l'accroissement du nombre de ses Etats Membres sont autant de preuves de sa santé et de son développement – même si les très médiatiques et ponctuelles conférences ministérielles se soldent parfois par des avancées très peu significatives.

Or, un rapprochement certes cavalier mais troublant pourrait être fait entre l'institution de l'OMC et la construction communautaire. Les Etats Membres signataires de l'Accord instituant l'OMC se sont dotés de cette Organisation dans l'idée avouée d'orienter « **leurs rapports dans le domaine commercial et économique (...) vers le relèvement des niveaux de vie** » ou encore « **la réalisation du plein emploi et d'un niveau élevé et toujours croissant du revenu réel et de la demande effective** » ; ils expriment le souci de se conformer « **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 (...)** » ; ils reconnaissent « **qu'il est nécessaire de faire des efforts positifs pour (...) les pays en développement** » et désirent « **contribuer à la réalisation de ces objectifs par la conclusion d'accords visant, sur une base de réciprocité et d'avantages mutuels, à la réduction substantielle des tarifs douaniers et des autres obstacles au commerce et à l'élimination des discriminations dans les relations commerciales internationales** »²⁶. Plus clairement, les Membres de l'OMC ont pour objectif principal de poursuivre les « **efforts de libéralisation du commerce entrepris dans le passé** »²⁷ tout en déclarant vouloir considérer dans ce mouvement différentes questions liées aux inégalités économiques des Etats, à l'emploi, au développement durable ou encore à l'environnement.

Et ces intentions ne sont pas sans rappeler les débuts de la construction communautaire dont les pères fondateurs avaient exprimé clairement leur objectif : la création et le développement d'une union économique, ayant pour principe directeur la libéralisation des échanges, doivent créer des solidarités de fait aboutissant à

²⁵ Tous ces instruments juridiques sont rassemblés dans les annexes 1 à 4 de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce. Si la grande majorité de ces instruments sont des « accords », deux d'entre eux ont des dénominations plus confuses, l'un étant un « *Mémoire d'accord* » et l'autre un « *mécanisme* ». Cependant, cette diversité terminologique n'a pas de conséquence majeure sur la nature et la portée de ces instruments juridiques ; elle ne traduit pas une éventuelle complexité du dispositif normatif de l'OMC. En réalité, deux types d'instruments juridiques sont distingués par l'Accord instituant l'OMC : les Accords commerciaux multilatéraux, « *contraignants pour tous les Membres* » (article II : 2), et les Accords commerciaux plurilatéraux, qui ne sont contraignants que « *pour les Membres qui les ont acceptés* » (article II : 3). Les accords multilatéraux sont tous les instruments juridiques, y compris le Mémoire, annexés à l'Accord instituant l'OMC, moins quatre accords réunis dans l'Annexe 4 expressément consacrée aux accords plurilatéraux : l'Accord sur le commerce des aéronefs civils, l'Accord sur les marchés publics, l'Accord international sur le secteur laitier et l'Accord international sur la viande bovine.

²⁶ Voir pour détails le préambule de l'Accord instituant l'OMC.

²⁷ Préambule de l'Accord instituant l'OMC.

l'instauration progressive et à la consécration d'une union politique²⁸. La libéralisation du commerce, qui est l'objectif principal – sinon unique – de l'OMC, induit le développement des échanges commerciaux et pourrait très bien créer ces « **solidarités de fait** ». Celles-ci, à leur tour, pourraient très bien susciter la volonté des Etats – sinon la nécessité – de construire une union politique, c'est-à-dire, en définitive, une sorte de « **super-Etat** » que l'évolution du droit international a pu pourtant rejeter par ailleurs. Contrairement à la CIJ, qui a été fondée et se développe comme une véritable juridiction internationale et qui correspond à la mise en place d'un mécanisme immédiatement imposant pour les Etats, le système OMC se rapprocherait du modèle européen : il préparerait pragmatiquement une union politique stable devenue inéluctable par la préconstitution de solidarités de fait au niveau commercial. De plus, le nombre considérable et croissant des Etats Membres de l'OMC fait tendre cette Organisation vers l'universalité²⁹.

Certes, ce parallèle est audacieux et, pour tout dire, bien peu pertinent, et ce pour de multiples raisons essentielles. Quelques-unes peuvent être évoquées : la délimitation précise de la région européenne, qui plus est davantage restreinte au début de la construction communautaire, alors que la diversité des Membres de l'OMC, qu'elle soit géographique, politique, historique ou encore culturelle, pèse sur toute velléité d'union politique viable ; l'objectif explicite des fondateurs de la construction communautaire, non-formulé par les Etats signataires de l'Accord instituant l'OMC ; le caractère essentiellement diplomatique des institutions de l'OMC alors que la structure institutionnelle communautaire serait davantage tournée vers le modèle étatique ; l'objectif uniquement commercial de l'OMC qui s'oppose à la volonté de pacification du territoire européen ; ou encore les disparités extrêmes entre les « **superpuissances** » étatiques et les pays les moins avancés quant à leur développement économique. Cette comparaison suscite tout de même une certaine perplexité. Trois indices principaux pourraient constituer les fondements d'une union politique internationale ou, pour le moins, laisser accroire des velléités de souveraineté supra-étatique.

Tout d'abord, d'un point de vue terminologique, il faut constater que l'OMC est en français l' « **organisation mondiale du commerce** », en espagnol « **organización mundial del comercio** » et en anglais « **world trade organization** »³⁰. Elle n'est ni l'organisation du commerce mondial ni l'organisation du commerce international, alors même que la traduction anglaise de « **world trade organization** » permet ces deux appellations alternatives³¹. En préférant l'adjectif « **mondial** » à « **international** » et en

²⁸ Voir sur ce point L. Cartou, *L'Union européenne – Traités de Paris-Rome-Maastricht*, Dalloz, coll. Précis, 2^{ème} éd., Paris, 1996, pp. 39-41.

²⁹ En 2003, l'OMC approche les 150 Etats Membres, sur les 191 que connaît l'ONU, organisation sans doute la plus significative d'une universalité. Ce dernier chiffre ne prend en compte ni le Saint-Siège qui est considéré comme un Etat non membre ayant une mission permanente d'observation, ni la « Palestine » considérée par l'ONU comme une entité invitée permanente (voir le site Internet de l'ONU).

³⁰ Voir sur ce point le paragraphe final et de l'Acte final reprenant les résultats des négociations commerciales multilatérales du Cycle d'Uruguay et de l'Accord instituant l'OMC, qui précise que ces textes sont rédigés « *en langues française, anglaise et espagnole, les trois textes faisant foi* ». En outre, tous les documents émanant de l'OMC sont rédigés dans ces trois langues.

l'appliquant à l'organisation et non au commerce, est opéré un choix que la langue anglaise ne fait pas³². Cette remarque ne saurait être dotée d'une pertinence qu'elle n'a pas. La neutralité anglo-saxonne et le choix latin sont consécutifs aux propriétés propres à chaque langue : le français et l'espagnol doivent ajouter grammaticalement des articles définis que l'anglais peut ignorer. Néanmoins, ce choix particulier peut être un signe révélateur d'une certaine démarche « **universaliste** » des créateurs de l'OMC, ou du moins d'un certain pragmatisme accordant une importance toute relative à la portée des termes employés.

Ensuite, l'OMC est le cadre d'instruments juridiques régulateurs des relations commerciales internationales et constitue, à ce titre, une structure institutionnelle centrale au sein de la société internationale. En effet, et ce dès l'Antiquité, les liens commerciaux, consécutifs aux besoins économiques, ont toujours été l'un des pôles majeurs des relations entre les diverses et multiples collectivités d'individus³³ et, partant, l'un des catalyseurs essentiels de la création et du développement de normes entre ces sociétés organisées³⁴. Le GATT de 1947 puis l'OMC prolongent cette centralité car leur articulation est assez significative de la grande importance des règles commerciales internationales : le GATT de 1947 était considéré comme provisoire à sa création, en attendant la mise en œuvre avortée de l'Organisation internationale du commerce, et a été institutionnalisé « **de manière assez pragmatique** »³⁵ jusqu'à ce qu'il soit remplacé en 1995 par l'OMC, cette articulation ne laissant aucun vide dans la structuration interétatique des relations commerciales internationales. Par ailleurs, la prégnance contemporaine de la sphère commerciale et des problématiques liées au libéralisme économique et à la « **mondialisation** », l'interdépendance des économies nationales, la prédominance de la question économique au sein de chaque société étatique et dans les

³¹ L'expression « World trade organization » renvoie à l'alternative organisation mondiale du commerce/organisation du commerce mondial. Elle peut même renvoyer à l'« organisation du commerce international » puisque le *Dictionnaire Anglais-Français/Français-Anglais Harrap's Compact* (Edition Chambers Harrap Publishers Ltd 1997, p. 109) donne « world trade » comme traduction de « commerce international ».

³² L'emploi du « of » anglais aurait donné cette précision terminologique. Par exemple, « world trade organization » aurait pu être remplacé par « organization of world trade » ou encore « world organization of trade », cette dernière expression étant sans doute la plus proche des expressions française et espagnole, du point de vue du sens.

³³ Il est difficile de préférer ici le terme « Etat » à celui de « collectivité d'individus » ou encore de « société organisée » dans la mesure où l'entité étatique est une création récente au regard de l'Histoire.

³⁴ Une lecture de l'étude historique synthétique de l'histoire du droit international menée par MM. Daillier et Pellet (N. Quoc Dinh †) (*op. cit.*, pp. 41 et s.) montre facilement que le commerce est, avec la guerre, au centre des relations inter-sociétales depuis l'Antiquité. Ces éminents auteurs précisent même que « le monde "connu" était dominé par la tendance à l'autarcie et à l'isolement des peuples » et que « les besoins économiques eurent raison de l'autarcie et de la violence et obligèrent chaque Empire [égyptien et babylonien] à entrer en relation pacifique avec le monde extérieur. Grâce à ce mouvement, de grands courants commerciaux s'établirent » (p. 43).

³⁵ P. Daillier et A. Pellet (N. Quoc Dinh †), *op. cit.*, p. 1111.

rapports interétatiques et trans-étatiques ou encore l'influence du commerce sur toutes les autres sphères sociétales, sont autant de contributions décisives à la centralité de l'OMC. Celle-ci non seulement se consacre à une relation interétatique majeure qui est l'échange commercial, mais également rassemble un nombre considérable d'Etats Membres, ce qui la fait tendre vers une certaine universalité.

Enfin, parmi les instruments juridiques de régulation du commerce international dont l'OMC constitue le cadre institutionnel, se trouve un texte particulier et individualisé, le Mémoire, organisant un système de « **règlement des différends** »³⁶ interétatiques³⁷ qui « **est un élément essentiel pour assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral. Les Membres reconnaissent qu'il a pour objet de préserver les droits et les obligations résultant pour les Membres des accords [dont l'OMC constitue le cadre institutionnel] (...), et de clarifier les dispositions existantes de ces accords** »³⁸. Or, ce système « **mémorandaire** »³⁹ ouvre des perspectives remarquables. En effet, les nombreux instruments juridiques annexés à l'Accord instituant l'OMC sont des normes conventionnelles interétatiques régulatrices des rapports commerciaux entre les Etats Membres de l'OMC ; leur domaine – le commerce – est central dans les relations internationales et leur application est quasi-généralisée du fait du nombre important des Etats adhérant à l'Organisation. La structuration d'un mécanisme réglant les différends issus de l'application de ces normes est de nature à institutionnaliser un système extra-étatique au service de l'effectivité des règles conventionnelles commerciales et du respect des droits et obligations en découlant. De la sorte, ce mécanisme mémorandaire est tout à fait central dans la viabilisation et le renforcement de normes interétatiques elles aussi centrales dans les relations internationales. En lien étroit avec l'indice précédent – la prédominance de l'OMC au sein de la société internationale, l'instauration d'un système de règlement des différends interétatique peut être une condition essentielle de la réussite d'une structuration supra-étatique de la société internationale.

Néanmoins, l'assimilation de l'instauration et du développement d'une régulation du commerce international à la construction communautaire ne peut être raisonnablement approfondie car elle est difficilement réalisable à court terme. De nombreuses raisons, dont les principales ont été précédemment mentionnées, sont rédhibitoires à la

³⁶ L'intitulé de ce Mémoire est précis et significatif : il est le « *Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends* ».

³⁷ L'intitulé du Mémoire ne permet pas de qualifier ces « *différends* » d'« interétatiques ». Ce texte pourrait très bien concerner, par exemple, les différends entre les institutions de l'OMC ou encore entre l'Organisation et l'extérieur. Néanmoins, une lecture rapide du Mémoire permet de s'assurer, sans le moindre doute, du caractère interétatique des différends dont le règlement est organisé par ce texte (pour détails, voir *infra*, Section consacrée à la justiciabilité des Etats Membres, Première Partie, Titre II).

³⁸ Article 3 : 2 du Mémoire.

³⁹ Cet adjectif pourra signifier « relatif au Mémoire, du Mémoire » et sera utilement employé dans les présents développements car son manque d'élégance ne peut l'emporter pas sur la nécessaire fluidité du style de rédaction.

reconnaissance d'une construction politique *via* la régulation des échanges commerciaux dans le cadre de l'OMC. En outre, la structure et les règles de fonctionnement de l'OMC, et plus particulièrement celles du système mémorandaire de règlement des différends, ne plaident pas en faveur d'une telle reconnaissance immédiate, du moins de manière explicite.

D'une part, l'OMC a une structure essentiellement diplomatique puisque l'organe de décision est la « **Conférence ministérielle composée de représentants de tous les Membres, qui se réunira au moins une fois tous les deux ans** » et qui « **exercera les fonctions de l'OMC, et prendra les mesures nécessaires à cet effet** »⁴⁰, étant entendu que le « **Conseil général composé de représentants de tous les Membres** » exerce les fonctions de cette Conférence « **dans l'intervalle entre les réunions** » de ladite Conférence⁴¹ et constitue au quotidien l'organe central de l'OMC⁴². De même, les « **fonctions de l'OMC** »⁴³ sont principalement des fonctions d'encadrement de deux ordres : faciliter « **la mise en oeuvre, l'administration et le fonctionnement du présent accord et des Accords commerciaux multilatéraux et [favoriser] (...) la réalisation de leurs objectifs** » ; être « **l'enceinte pour les négociations entre ses Membres au sujet de leurs relations commerciales multilatérales concernant des questions visées par les accords figurant dans les Annexes du présent accord** »⁴⁴. Aussi l'OMC, du fait de sa structure diplomatique et de sa fonction d'encadrement, ne peut-elle prétendre à l'acquisition d'une dimension supra-étatique.

D'autre part, le Mémoire fait la part belle à la prédominance de l'« **interétatisme** » en attribuant formellement à l'Organe de règlement des différends (ORD), qui est le Conseil général réuni en tant que tel⁴⁵, l'administration des règles et procédures de règlement ainsi que le pouvoir décisionnel⁴⁶. De même, il encourage

⁴⁰ Article IV : 1 de l'Accord instituant l'OMC.

⁴¹ Voir sur ce point l'article IV : 2.

⁴² Les autres organes de l'OMC découlent du Conseil général : certains sont ledit Conseil général se réunissant « en tant que » ; les autres sont sous la conduite du Conseil général. Voir pour détails l'article IV de l'Accord instituant l'OMC et l'organigramme de l'OMC (appelé « *Structure de l'OMC* » sur le site Internet de l'Organisation) ainsi que, pour analyse détaillée de l'Organisation, plus particulièrement : D. Carreau, P. Juillard, *Droit international économique*, L.G.D.J., 4^{ème} éd., Paris, 1998, pp. 58-67 ; T. Flory, « Remarques à propos du nouveau système commercial mondial issu des accords du cycle d'Uruguay », *J.D.I.* 4, 1995, pp. 877-891 ; T. Flory, « Chronique de Droit international économique – Commerce international », *A.F.D.I.* XXXIX, 1993, pp. 752-762 ; J. H. Jackson, « Observations sur les résultats du cycle de l'Uruguay », *R.G.D.I.P.* 1994, pp. 675-688 ; M. Rainelli, *L'Organisation mondiale du commerce*, La Découverte, coll. Repères, 6^{ème} éd., 2002, pp. 88-99 ; H. Ruiz Fabri, « Organisation mondiale du commerce ; Droit institutionnel », *Juris-Classeur de Droit international*, Volume 1, Fascicule 130-10 de mai 1998, éd. Du Juris-Classeur, 1998.

⁴³ Intitulé de l'article III de l'Accord instituant l'OMC.

⁴⁴ Article III, paragraphes 1 et 2.

⁴⁵ Voir sur ce point l'article IV, paragraphe 3.

nettement le règlement amiable par accord entre les Membres opposés par le différend, quand il affirme qu' » **une solution mutuellement acceptable pour les parties et compatible avec les accords visés est nettement préférable** »⁴⁷, et que « **les demandes de conciliation et le recours aux procédures de règlement des différends ne devraient pas être conçus ni considérés comme des actes contentieux** »⁴⁸. De la sorte, le système mémorandaire peut difficilement constituer le mécanisme supranational qui serait le signe évident d'une création supra-étatique future. Ainsi, l'OMC n'est que l'administratrice et l'enceinte du droit international régulateur des relations commerciales interétatiques. Elle reste inscrite dans l'évolution progressive d'un droit international conventionnel, diversifié et interétatique. Elle ne constitue pas la résurgence explicite de la tentative de calquer l'ordre juridique international sur l'ordre juridique interne, ni par la création « **par le haut** » – déjà avortée par ailleurs – d'une structure supra-étatique, ni par l'élaboration « **par le bas** » des conditions idéales pouvant conduire à la construction d'une union politique – à l'image de la démarche à l'œuvre au sein de l'Europe communautaire.

Il reste que l'absence d'intention des Etats Membres de l'OMC, transcrite dans la structuration et le fonctionnement de l'Organisation, ne garantit pas l'ineffectivité pérenne d'une certaine « **supra-étatisation** ». Cette dernière évolution pourrait être enclenchée par le mécanisme des « **amendements** »⁴⁹ permettant une révision – somme toute rigide – des différents accords de l'OMC dont l'Accord instituant l'OMC qui prévoit le fonctionnement institutionnel de l'Organisation ; mais une telle démarche paraît peu probable car les conditions procédurales de ces amendements sont strictes et seront difficilement mises en œuvre, eu égard à l'extrême diversité des Membres. De même, cette évolution pourrait être enclenchée par la communauté des Etats Membres décidant, dans le cadre de la Conférence ministérielle, de l'adoption d'instruments juridiques nouveaux modifiant substantiellement la structure de l'OMC ; mais, ici encore, l'adoption est soumise à des conditions strictes⁵⁰ qui freinent considérablement toute velléité de réforme. En revanche, le fonctionnement quotidien de l'OMC peut, de manière plus insidieuse, consacrer des éléments de supra-étatisation.

Et le système de règlement mémorandaire des différends prend alors une importance majeure. D'abord, l'ORD est le Conseil général, organe prépondérant du système institutionnel. Ensuite, la sectorisation et la spécialisation des institutions de l'OMC ne

⁴⁶ Voir sur ce point l'article 2 : 1 du Mémorandum.

⁴⁷ Article 3 : 7.

⁴⁸ Article 3 : 10.

⁴⁹ Ce mécanisme complexe est prévu par l'article X de l'Accord instituant l'OMC. Dans une moindre mesure, l'article IX : 2 prévoit la possibilité d'adopter des « *interprétations* » qui pourraient en pratique réviser les différends accords de l'OMC, même si cette disposition précise que ce mécanisme « *ne sera pas utilisé d'une manière susceptible d'éroder les dispositions relatives aux amendements de l'article X* ».

⁵⁰ Voir sur ce point l'article IX : 1.

touchent pas l'ORD qui administre le règlement mémorandaire des différends touchant à tous les accords constituant le droit de l'OMC⁵¹. Surtout, le système mémorandaire est susceptible d'être sollicité à chaque problème d'application du dispositif normatif de l'OMC, à chaque rapport conflictuel entre Membres. De plus, cette fonction de « **règlement** » le met au contact quotidien et généralisé de la pratique étatique, des règles issues des accords de l'OMC, du fonctionnement institutionnel de l'Organisation ; elle exige pour le moins une manipulation, voire un positionnement donc une interprétation, des faits et des règles. Enfin, en considérant, au surplus, non seulement la centralité des aspects commerciaux au sein de la société internationale mais aussi l'universalisation des Etats Membres, force est de constater l'impact décisif du système mémorandaire sur les relations interétatiques. Ce système pourrait bien constituer le moteur essentiel, ou du moins l'amorce, de l'évolution à moyen terme de la société internationale dans le sens d'un rapprochement avec la construction européenne.

Par conséquent, si la comparaison entre le système de l'OMC et la construction communautaire ne peut être approfondie en raison d'irréductibles et fondamentales différences, elle met tout de même en évidence la place cruciale et le rôle majeur que le système mémorandaire est susceptible de tenir au sein de la société internationale et, partant, dans l'effectivité et l'évolution du droit interétatique. Elle peut, certes, paraître aberrante, impertinente et, qui plus est, peu convaincante ; elle n'en reste pas moins significative dans la mesure où elle rend perceptible l'enjeu considérable que représentent l'instauration, l'effectivité et le développement du système mémorandaire de règlement des différends, non seulement pour la viabilité et l'évolution de la régulation par l'OMC des échanges commerciaux internationaux, mais également pour l'efficacité et le développement du droit international. Cette comparaison maladroite a donc le mérite de confirmer l'impact important que peut avoir le système mémorandaire sur les rapports internationaux.

La seule constatation de la centralité théorique du système mémorandaire au sein des relations interétatiques n'est pas en elle-même satisfaisante. Tout au plus montre-t-elle la pertinence d'une étude approfondie dudit système. Elle admet, certes, l'intérêt intellectuel – considérable – que cette étude peut comporter pour une meilleure compréhension des relations interétatiques et, par voie de conséquence, la constitution d'une base de réflexion plus générale axée sur l'appréhension et l'évolution du droit international. Mais elle ne permet de saisir ni la réalité ni la portée du système mémorandaire, car la matérialité de ce système est non seulement confuse mais également ambiguë.

D'une part, le système de règlement des différends que le Mémorandum organise est confus. Il l'est du fait de sa complexité et non de sa trop grande concision. En effet, ses vingt-sept articles et quatre appendices forment un texte assez long qui prévoit un processus non linéaire aux mécanismes multiples et hétéroclites. Sans qu'il soit nécessaire de procéder à une description textuelle détaillée de ce système, redondante et fastidieuse⁵², il faut remarquer que le Mémorandum mêle plusieurs types de mécanismes qui, en outre, se recourent parfois : des modes classiques de règlement des

⁵¹ Voir pour détails le Mémorandum, article premier.

différents interétatiques et des processus particuliers à l'OMC⁵³ ; des modes d'apparence diplomatique et d'autres juridictionnels⁵⁴ ; des étapes distinctes du règlement sans cloisonnement de la participation respective de chaque mécanisme⁵⁵. En outre, le déroulement du processus n'est pas linéaire car certains mécanismes peuvent démarrer ou se poursuivre alors que d'autres sont en cours⁵⁶. De même, un mécanisme particulier de règlement expressément prévu constitue une alternative au processus de règlement mémorandaire⁵⁷. Une clarification peut être formulée qui divise en trois étapes le processus mémorandaire : le différend initial fait l'objet d'un traitement d'abord essentiellement diplomatique, puis institutionnel, qui se conclut par un mécanisme d'exécution. Elle ne permet pas, toutefois, d'appréhender toute la complexité du Mémorandum. Elle ne constitue qu'une description discutable, obtuse et insuffisante à saisir la nature et le mode de fonctionnement de ce processus.

⁵² De nombreux auteurs décrivent avec la plus grande efficacité le fonctionnement du système de règlement de l'OMC tel qu'il est prévu par le Mémorandum. Voir en particulier : E. Canal-Forgues, « Le système de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce », *R.G.D.I.P.*, 1994, pp. 689-707 ; D. Carreau, P. Juillard, *op. cit.*, pp. 71-92 ; P.M. Eisemann, « Le système normatif de l'Organisation Mondiale du Commerce », in Société Française pour le Droit international, *La réorganisation mondiale des échanges*, Colloque de Nice, Pedone, Paris, 1996, pp. 53-73 ; M. Rainelli, *L'Organisation mondiale du commerce*, La Découverte, coll. Repères, 6^{ème} éd., Paris, 2002, pp. 99-104. ; H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », *J.D.I.* 3, 1997, pp. 709-755 ; Merrills (J.G.), *International Dispute Settlement*, Cambridge University Press, Third Edition, 1998, pp. 197-219.

⁵³ Le Mémorandum prévoit à la fois des procédures à la dénomination classique, telles que les « *bons offices, conciliation et médiation* » (article 5) ou encore l'arbitrage (articles 21 : 3 c), 22 : 6 et 25), et des procédures d'apparence *sui generis*, comme les consultations (article 4) ou encore la phase du groupe spécial (articles 6 à 16) et de l'Organe d'appel (article 17).

⁵⁴ Par exemple, « *les bons offices, conciliation et médiation* » s'opposent aux mécanismes d'arbitrage.

⁵⁵ Trois phases peuvent être distinguées : les consultations, les bons offices, la médiation et la conciliation, qui permettent un éventuel règlement diplomatique du différend initial ; la phase du groupe spécial et l'examen en appel qui consistent en un traitement du différend initial par des instances particulières de l'OMC ; la phase de l'exécution (articles 21 et s.) qui traite les problèmes d'exécution du règlement du différend initial. Pour exemple, le groupe spécial et l'Organe d'appel interviennent dans les deux dernières phases (se reporter à l'article 21 : 5). Mme Ruiz Fabri énonce également trois phases mais n'adopte pas ce découpage (in « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », *J.D.I.* 3, 1997, pp. 732-748) mais préfère placer la phase du groupe spécial dans la première étape et considérer l'examen en appel comme composante unique de la deuxième phase ; cette démarche est tout à fait logique et pertinente dans la mesure où elle a pour objet une comparaison GATT/OMC.

⁵⁶ Par exemple, les « *bons offices, la conciliation et la médiation (...)* pourront commencer à tout moment et il pourra y être mis fin à tout moment » (article 5 : 3). De même, les discussions entre parties peuvent se dérouler pendant la phase du groupe spécial (voir sur ce point l'article 12 : 7). Une autre illustration relative à l'exécution soulève le problème important de « *l'articulation des procédures* » (voir sur ce point 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, pp. 642-645).

⁵⁷ Il s'agit de l'arbitrage de l'article 25 qui est « *un arbitrage rapide (...)* conçu comme un autre moyen de règlement des différends ».

D'autre part, une fois dépassée la constatation d'une confusion, le système mémorandaire est ambigu. En effet, il ne s'inscrit pas totalement dans le modèle classique de règlement des différends du droit international⁵⁸ puisqu'il contient une phase du groupe spécial et un examen en appel, et qu'il confie la décision à l'ORD⁵⁹ qui est un organe diplomatique. De même, il ne choisit pas le règlement uniquement diplomatique puisqu'il organise des procédures d'arbitrage. Surtout, les analyses doctrinales du système mémorandaire se heurtent à ces ambiguïtés et, ce faisant, en ajoutent une autre : elles tentent souvent de catégoriser le système mémorandaire et aboutissent à une qualification peu claire : la juridictionnalisation.

En effet, les études consacrées à la description et à la compréhension du système mémorandaire s'accordent pour conclure à la juridictionnalisation de ce système « **hybride** »⁶⁰ ou au moins à celle des mécanismes le composant. D'abord, d'aucuns constatent une tendance généralisée à la juridictionnalisation des relations internationales, plus particulièrement au sein des organisations internationales dont celles à vocation économique⁶¹. Ensuite, il est plus précisément établi la juridictionnalisation de tout ou partie du processus mémorandaire⁶² ou encore une « **dynamique juridictionnelle** »⁶³ qui ne serait pas sans rappeler celle du GATT de 1947 qu'elle continue et accentue⁶⁴. Même les plus prudents, affirmant qu'« **il ne faut pas pousser la juridictionnalisation à l'extrême** »⁶⁵ ou encore que cette juridictionnalisation n'est pas encore achevée⁶⁶ ni même « **"achevable"** »⁶⁷, admettent cette juridictionnalisation

⁵⁸ Ce modèle est une construction doctrinale suffisamment étayée et classique pour n'être pas l'objet de remises en cause théoriques fondamentales. Il se compose traditionnellement des modes diplomatiques (négociation, bons offices, médiation, enquête et conciliation) et des modes juridictionnels (arbitrage et règlement judiciaire ou juridictionnel *stricto sensu*). Par exemple, voir pour étude détaillée P. Daillier et A. Pellet (N. Quoc Dinh †), *op. cit.*, pp. 827-927.

⁵⁹ Se reporter particulièrement à l'article 2, paragraphes 1 et 4.

⁶⁰ Lebullenger (J.), « La Communauté européenne face au processus de réexamen du système de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce », *R.M.C.U.E.* n° 422, 1998, p. 632.

⁶¹ Voir pour exemples : D. Ruzié, *Droit international public*, Dalloz, coll. Mémentos, 15^{ème} édition, Paris, 2000, pp. 228 et 229 ; 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*, Bruylant, coll. Organisation internationale et Relations internationales, Bruxelles, 1993, pp. 10-11.

⁶³ E. Canal-Forgues, « Sur l'interprétation dans le droit de l'OMC », *R.G.D.I.P.*, 2001, p. 6. De manière originale, un comparatif a pu être opéré entre différentes juridictions internationales, parmi lesquelles le système de l'OMC, avec évaluation du niveau de chacune d'entre elles en fonction, par exemple de leur indépendance ou encore de leur accès ; et, par rapport à la Cour internationale de justice, le système OMC ne sort pas forcément perdant de cette échelle surprenante (voir Keohane (R.O.), Moravcsik (A.) and Slaughter (A.-M.), « Legalized Dispute Resolution : Interstate and Transnational », *International Organization*, 54, pp. 457-488).

⁶⁵ V. Pace, « Cinq ans après sa mise en place : la nécessaire réforme du mécanisme de règlement des différends de l'OMC », *R.G.D.I.P.* 2000 n°3 spec., p. 654.

⁶⁶ H. Ruiz Fabri, « L'appel dans... », *op. cit.*, pp. 56-57.

et la prennent effectivement en considération comme analyseur du système mémorandaire. Pareillement, certains auteurs – minoritaires – rejettent plus clairement la juridiction⁶⁸ mais, ce faisant, ne contestent pas la juridictionnalisation ou lui donnent du crédit en en tenant compte. Enfin, les plus affirmatifs voient des groupes spéciaux *sui generis* qui se rapprochent de l'arbitrage⁶⁹, voient dans la fonction des panels une « **conciliation de caractère quasi-judiciaire** »⁷⁰, dans l'ORD⁷¹ ou dans l'Organe d'appel⁷² « **un organe quasi-juridictionnel** », dans l'OMC « **un véritable pouvoir quasi-judiciaire** »⁷³ ou la gestion d'un « **système quasi-juridictionnel de règlement**

⁶² Voir pour exemples : P. Sands, « Vers une transformation du droit international ? », *Droit international* 4, Cours à l'IHEI, Pedone, Paris, 2000, pp. 240-241 ; M. Salah Mohamed Mahmoud, « Mondialisation et souveraineté de l'Etat », *J.D.I.* 3, 1996, p. 650 ; H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », *J.D.I.* 3, 1997, pp. 709, 738, 740, 744, 745, « Le contentieux de l'exécution dans le règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce », *J.D.I.* 2000 n°3, pp. 605-606, et « L'appel dans le règlement des différends de l'OMC : trois ans après, quinze rapports plus tard », *R.G.D.I.P.*, T. 103, 1999, p. 68 ; E. Canal-Forgues, « La procédure d'examen en appel de l'Organisation Mondiale du Commerce », *A.F.D.I.* XLII, 1996, pp. 845-846, « Le système de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce », *R.G.D.I.P.*, 1994, pp. 693, 702 et 705, et « Sur l'interprétation dans le droit de l'OMC », *R.G.D.I.P.*, 2001, p. 6. ; T. Flory, « Remarques à propos du nouveau système commercial mondial issu des accords du cycle d'Uruguay », *J.D.I.* 4, 1995, pp. 882-884 ; M.J. Andrianarivony, « Un *panel* institué dans le cadre de l'Organisation Mondiale du Commerce n'est-il pas une juridiction ? », *R.R.J.* NXXV – 84, pp. 1181-1202 ; D. Carreau, P. Juillard, *op. cit.*, pp. 71-92 ; P. A. Gourion et G. Peyrard, *Droit du commerce international*, L.G.D.J., coll. Systèmes, 2^{ème} édition, Paris, 1997, pp. 29-30 ; V. Pace, *L'Organisation Mondiale du Commerce et le renforcement de la réglementation juridique des échanges commerciaux*, L'Harmattan, coll. Logiques Juridiques, Paris, 2000, pp. 198 et 230. La démonstration d'une juridictionnalisation du système mémorandaire est la thèse de M. Andrianarivony, *in L'émergence progressive d'une juridiction internationale des échanges. Contribution à l'étude du système de règlement des différends au sein de l'Organisation mondiale du commerce*, thèse soutenue le 27 septembre 1998 à l'Université de Saint-Denis de La Réunion, sous la direction de X. Philippe.

⁶⁴ Voir pour exemples : E. Canal-Forgues, *L'institution de la conciliation...*, *op. cit.*, p. 582 ; G. Malinverni, « Le règlement des différends dans le cadre des organisations internationales », *Droit international – bilan et perspectives*, t. 1, Pedone Unesco, Paris, 1991, pp. 604-605 ; H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », *J.D.I.* 3, 1997, p. 714 ; T. Flory, « Remarques à propos du nouveau système commercial mondial issu des accords du cycle d'Uruguay », *J.D.I.* 4, 1995, p. 882 ; Y. Renouf, « Le règlement des litiges », *in* T. Flory (Sous la direction de), *La Communauté européenne et le GATT. Evaluation des accords du cycle d'Uruguay*, Travaux de la Commission pour l'étude des Communautés européennes, publications du Centre de Recherches Européennes, Université Rennes I, éditions Apogée, Rennes, 1995, pp. 41-46.

⁶⁷ M.J. Andrianarivony, « Un *panel* institué ... », *op. cit.*, p. 1200.

⁶⁸ C. Santulli, « Qu'est-ce qu'une juridiction internationale ? », *A.F.D.I.* XLVI, 2000, pp. 79-81 ; H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », *J.D.I.* 3, 1997, p. 709 ; D. Carreau, P. Juillard, *op. cit.*, pp. 71-92.

⁶⁹ Merrills (J.G.), *International Dispute Settlement*, Cambridge University Press, Third Edition, 1998, p. 217.

⁷⁰ D. Ruzié, *Droit international public*, Dalloz, coll. Mémentos, 15^{ème} édition, Paris, 2000, p. 229.

⁷¹ J.-L. Goutal, « Le rôle normatif de l'Organisation mondiale du commerce », *Les Petites Affiches*, n° 5, 11 janvier 1995, p. 25.

des litiges »⁷⁴ qu'il faut encore juridictionnaliser davantage⁷⁵, et même dans ce système un « **arbitrage qui ne veut pas dire son nom** »⁷⁶ ou encore un « **mécanisme à mi-chemin entre l'arbitrage et le règlement judiciaire** »⁷⁷. D'ailleurs, un ancien membre de l'Organe d'appel a pu reconnaître le caractère exceptionnel du système mémorandaire de règlement des différends et souligner un déséquilibre entre la « **forte structure (quasi-) judiciaire** » du système et le fragile processus décisionnel politique⁷⁸. Pour résumer, « **l'esprit judiciaire et arbitral souffle désormais à l'intérieur de l'OMC** »⁷⁹.

Cette « **juridictionnalisation** » semble constituer un concept pertinent de catégorisation du système mémorandaire. Elle diminue la confusion et lève l'ambiguïté précédemment mentionnée en caractérisant l'évolution particulière de ce système : celui-ci posséderait, par rapport au système du GATT de 1947 auquel il se substitue, des éléments caractéristiques d'une juridiction et tendrait à se rapprocher du modèle juridictionnel. Cette constatation est déterminante non seulement pour une meilleure compréhension du système mémorandaire mais également pour l'évaluation de sa place au sein de la société internationale et de sa portée sur l'évolution du droit international. En effet, si l'exaltation de la souveraineté étatique a fait échouer la construction et la consécration d'une sorte de souveraineté super-étatique absolue, c'est parce que « **la**

⁷² T. Flory, « Chronique de Droit international économique- Commerce international », *A.F.D.I.* XXXIX, 1993, p. 759. Voir dans le même sens V. Pace, *L'Organisation Mondiale du Commerce et...*, *op. cit.*, p. 206.

⁷³ D. Carreau, P. Juillard, *op. cit.*, p. 18.

⁷⁴ J. Lebullenger, « L'Organisation mondiale du commerce », in T. Flory (Sous la direction de), *La Communauté européenne et le GATT...*, *op. cit.*, p. 38. Voir dans le même sens Y. Renouf, « Le règlement des litiges », in *La Communauté européenne et le GATT...*, *op. cit.*, p. 57 ; V. Pace, *L'Organisation Mondiale du Commerce et...*, *op. cit.*, pp. 217 et 240. Bien que de manière plus implicite, voir également J. Allain, « The Continued Evolution of International Adjudication », in *Travaux du 29^e congrès annuel du Conseil canadien de droit international, Tournés vers l'avenir : Le droit internationale du 21^{ème} siècle*, Ottawa, du 26 au 28 octobre 2000, Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2002, pp. 62-63.

⁷⁵ Voir sur ce point, pour exemple, Lebullenger (J.), « La Communauté européenne face au processus de réexamen du système de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce », *R.M.C.U.E.* n° 422, 1998, pp. 629-637.

⁷⁶ P. Daillier et A. Pellet (N. Quoc Dinh †), *op. cit.*, p. 918.

⁷⁷ H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends au sein de l'OMC : naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit », in C. Leben, E. Loquin, M. Salem (A l'initiative de), *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec-CREDIMI, 2000, p. 305.

⁷⁸ Voir sur ce point C.-D. Ehlermann, « 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.* 36(4), 2002, pp. 606-607 et 632-638.

⁷⁹ E. Canal-Forgues, « La procédure d'examen en appel de l'Organisation Mondiale du Commerce », *A.F.D.I.* XLII, 1996, p. 848. Pour des références bibliographiques complémentaires de l'affirmation d'une juridictionnalisation, se reporter à la « *littérature bien généreuse* » citée in C. Santulli, *op. cit.*, pp. 70-71, note 17.

faiblesse du droit international avait toujours tenu d'abord, d'après le sentiment général, à l'absence d'un juge à qui les Etats devraient soumettre leurs différends. L'épanouissement d'un ordre juridique quelconque dépend avant tout, soulignait-on, du fonctionnement de son appareil judiciaire, sans lequel les droits restent démunis et les obligations dépourvues de sanction »⁸⁰. De plus, la « **juridictionnalité** » du système mémorandaire – c'est-à-dire son caractère de juridiction⁸¹ – même partielle « **est déjà sans précédent dans les annales du droit international** » et « **semble éclairer d'un jour nouveau l'espoir d'une véritable justice internationale** »⁸². A ce titre, elle participerait à l'instauration progressive d'une société internationale à l'image des sociétés internes, ce que le système de la SDN puis de l'ONU n'ont pas réussi à réaliser ; par la juridictionnalisation de l'OMC, une méthode alternative à celle sous-tendant la création de la CPI et de la CIJ serait utilisée, qui consisterait à créer « **par le bas** » au lieu d'imposer « par le haut » des institutions constitutives d'une sorte de « **super-Etat** », en développant les interactions et interdépendances étatiques de telle sorte que l'union politique mondiale et la supranationalité institutionnelle se présentent, à terme, comme nécessaires.

Nonobstant, la confusion et l'ambiguïté qui pèsent sur le système mémorandaire ne sont pas résorbées car les positions doctrinales relatives à l'analyse et à la catégorisation du système mémorandaire sont peu convaincantes. D'une part, le concept de juridictionnalisation n'est pas éloquent puisqu'il désigne en réalité une évolution – en direction du modèle juridictionnel – dont il est difficile d'évaluer et l'application et la portée. Dire que le système mémorandaire se juridictionnalise signifie qu'il contient quelques éléments nouveaux, par rapport à la situation antérieure du GATT de 1947, qui sont de nature juridictionnelle, mais que leur centralité ou leur marginalité ne sont pas pour autant établies. De même, cette juridictionnalisation signifie que l'évolution vers la juridiction est en marche mais elle ne peut préciser quel est le stade de cette évolution et quel sera son aboutissement. En bref, démontrer une juridictionnalisation caractérise une évolution double – par rapport à la situation antérieure et par rapport au passé proche – mais n'affirme ni la juridictionnalité ni son absence.

D'autre part, l'affirmation d'une juridictionnalisation est variable : elle peut s'attacher à l'OMC, à l'ORD, au système mémorandaire dans son ensemble ou encore – le plus souvent – à une institution mémorandaire précise ou à une procédure particulière. Cette variabilité est préjudiciable à la compréhension du système mémorandaire sur deux points : quand est constatée une juridictionnalisation générale, il est difficile de savoir qui

⁸⁰ M. Virally, « Le droit international en question », *op. cit.*, p. 14.

⁸¹ Ce terme « juridictionnalité » peut sembler bien maladroit. Il restera présentement d'un emploi fréquent dans la mesure où il peut avantageusement, à des fins de clarté stylistique, se substituer à des expressions plus lourdes. En outre, la juridictionnalité est le caractère de juridiction et non simplement le caractère juridictionnel. Son utilisation est donc requise à partir du moment où la problématique que la présente recherche tente de résoudre ne peut se satisfaire de caractères juridictionnels mais doit être traitée par le caractère de la juridiction. La juridictionnalité désignera l'identité totale entre la juridiction et le système étudié et non, plus timidement, la similarité entre des critères de nature juridictionnelle et certains éléments constitutifs dudit système.

⁸² M.J. Andrianarivony, « Un panel institué ... », *op. cit.*, p. 1200. Voir pour détails pp. 1200-1202.

du système, de l'organe diplomatique ou de l'Organisation tend en propre vers la juridiction et pourrait, à terme, recevoir le cas échéant la qualification « **juridictionnelle** » ; quand est constatée la juridictionnalisation d'une instance ou d'une procédure, il est malaisé de conclure à une juridictionnalisation effective dans la mesure où le système qui les englobe pourra peut-être organiser leur contournement pour privilégier des instances ou des procédures qui ignorent cette juridictionnalisation. Enfin, les plus critiques, qui relativisent cette juridictionnalisation, en montrent les méfaits ou encore en affirment le non-aboutissement, ne proposent pas une catégorisation plus précise du système mémorandaire. Affirmer ce qu'il n'est pas ou ce qu'il ne peut pas être ne revient pas à déterminer ce qu'il est.

Certes, ces attitudes doctrinales sont compréhensibles et justifiables. D'abord, le mécanisme de règlement des différends de l'OMC est récent et sa nouveauté inspire forcément la comparaison avec le système qu'il a remplacé. Ensuite, l'analyse du système mémorandaire n'a pu, pendant longtemps, ne porter que sur une étude du texte, la pratique étant insuffisamment développée. D'ailleurs, le principal reproche qui peut être fait aux conclusions rejetant la qualification juridictionnelle est leurs lacunes quant à l'exploitation du fonctionnement effectif du système. Enfin, la complexité, voire la confusion, du système tel qu'il est prévu, ainsi que le domaine particulier dans lequel il s'insère, empêchent les catégorisations péremptoires. En réalité, la juridictionnalisation semble parasiter toute catégorisation pertinente : s'appliquant au successeur du système du GATT de 1947 lui-même considéré justement comme une « **conciliation quasi judiciaire** »⁸³, elle suggère que le système mémorandaire serait une conciliation quasi judiciaire juridictionnalisée, cette accumulation de juridictionnalités ne constituant pas pour autant une juridiction ; connotant une évolution vers le modèle juridictionnel qui est foncièrement distinct du mode arbitral⁸⁴ et des modes diplomatiques de règlement des différends, elle empêche la fixation d'un qualificatif autre que juridictionnel sans pour autant permettre d'affirmer à coup sûr une juridictionnalité.

Cependant, ces positionnements doctrinaux ne permettent pas de comprendre le fonctionnement et la portée du système mémorandaire ni même de fonder une étude prospective sur son évolution. La juridictionnalisation est un concept fragile, temporaire et flou qui ne saurait être pertinemment et durablement consacré. Certains auteurs – minoritaires – se sont essayés à l'élaboration d'une catégorisation plus définitive du système mémorandaire. Mais, là encore, leurs résultats sont peu convaincants. Ceux qui

⁸³ Cette qualification est la thèse de M. Canal-Forgues, in *L'institution de la conciliation...*, *op. cit.*

⁸⁴ En réalité, le mode arbitral est l'un des deux modes juridictionnels classiques de règlement des différends interétatiques, à tel point que le mode juridictionnel *stricto sensu* est souvent dénommée mode judiciaire. La différenciation entre l'arbitrage et le mode judiciaire reste importante : elle tient essentiellement dans l'absence organique de permanence de l'arbitre, même si l'institutionnalisation récente de l'arbitrage tend à estomper cette distinction. Le mode juridictionnel présentement dénommé est considéré *stricto sensu* et ne concerne pas l'arbitrage. Ce serait ajouter à la confusion que de considérer la dualité du mode juridictionnel car l'arbitrage, s'il n'est pas formellement exclu du Mémorandum, y est institutionnalisé de telle sorte qu'il perd de son identité pleine. L'emploi du terme « judiciaire » est peu satisfaisant car marginal et peu éloquent. Voir, pour étude détaillée de la distinction entre arbitrage et juridiction ainsi que de la place de l'arbitrage au sein du système mémorandaire, *infra*, Introduction et les deux Sections consacrées respectivement à la concentration organique et à la permanence (Première Partie, Titre Premier).

évoquent une quasi-juridiction ne sont guère plus précis que ceux qui traitent de juridictionnalisation, car la quasi-juridiction est finalement un équilibre instable entre diplomatie et juridiction. Ceux qui rejettent fermement la juridiction ne proposent pas de catégorisation alternative précise. Certes, M. Santulli élabore un raisonnement rigoureux et persuasif niant la juridictionnalité de l'ORD et établissant sa fonction « **exécutive de type administratif** »⁸⁵, mais l'auteur attribue à l'ORD une centralité qui n'est pas évidente⁸⁶ et, surtout, ne se fonde que sur l'étude du texte du Mémoire alors que la pratique du système est quantitativement considérable et qu'elle ne peut être ignorée. Quant aux études doctrinales établissant le caractère « **sui generis** » du système mémorandaire en constatant que « **ce dernier est rebelle à toute espèce de catégorisation juridique** »⁸⁷, elles n'ont d'autre utilité que de justifier l'accumulation de descriptions du texte du fonctionnement quotidien de ce système ; elles ne peuvent fournir une base de réflexion théorique pertinente sur la pratique et sur l'évolution dudit système et sont, finalement, empreintes d'un certain fatalisme – pour ne pas dire simplisme – face à la complexité du système et à l'ampleur de sa production.

Par conséquent, l'intérêt d'une théorisation de la réalité du système de règlement des différends de l'OMC ne fait aucun doute, et ce pour plusieurs raisons déjà mentionnées qui ne sont pas sans liens entre elles. D'abord, la naissance d'un système organisationnel de règlement des différends interétatiques relatif aux relations commerciales internationales appelle une attention soutenue du fait de son impact sur l'effectivité et l'évolution du droit international et, partant, sur la structure et le développement de la société internationale. Ensuite, la confusion et l'ambiguïté apparentes dudit système nécessitent des éclaircissements afin de faciliter sa compréhension et, par voie de conséquence, de construire une base théorique indispensable à toute réflexion relative à son fonctionnement et à son évolution. De même, les analyses et tentatives de catégorisation doctrinales sont peu satisfaisantes et méritent d'être discutées et précisées. Enfin, le système mémorandaire a désormais une activité effective conséquente⁸⁸ qui permet de ne pas tomber, au pire, dans les affres de la description fastidieuse⁸⁹ et, au mieux, dans l'insatisfaction de l'analyse forcément inaboutie⁹⁰. Cette

⁸⁵ C. Santulli, « Qu'est-ce qu'une juridiction internationale ? », *A.F.D.I.* XLVI, 2000, p. 81. Voir son raisonnement pp. 70-81.

⁸⁶ Formellement central, l'ORD prend ses décisions selon le mécanisme du consensus négatif qui rend toute décision automatique, ce qui lui enlève en pratique tout pouvoir décisionnel réel et le marginalise grandement au sein du processus de règlement. Cette constatation est fondamentale pour l'identification de la juridictionnalité du système mémorandaire. Elle est approfondie à de nombreuses reprises ; voir en particulier le Chapitre consacré à la portée décisionnelle des effets juridiques (Deuxième Partie, Titre II).

⁸⁷ Voir M.J. Andrianarivony, « Un panel ... », *op. cit.*, p. 1197.

⁸⁸ Au mois d'octobre 2003, les différends interétatiques traités dépassaient les 300 unités.

⁸⁹ Telle est la démarche suivie par M. Bae dans sa Thèse de doctorat intitulée *Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce*, soutenue en janvier 1999, Université de Strasbourg III (Robert Schuman), Faculté de droit international public.

activité importante et remarquable induit une analyse crédible de la pratique, puisque cette dernière sera effective, stabilisée et suffisamment volumineuse sans l'être trop, de telle sorte qu'elle reste encore « **étudiable** » et que les résultats de cette analyse pourront être acceptables.

Toutes ces raisons impliquent une étude théorique particulière du système mémorandaire : celui-ci doit être catégorisé de manière précise afin de mieux comprendre son fonctionnement et d'envisager son évolution, afin de mieux cerner sa place et son rôle au sein des relations internationales et plus particulièrement du droit international dans lesquels il s'inscrit. Plus précisément, il faut rappeler que ni la juridictionnalisation ni le « **sui generis** » ni le « quasi- » ne sont des qualificatifs pertinents du système mémorandaire ; ils donnent, tout au plus, quelques premières pistes de réflexions sur l'appréhension de la réalité et de l'évolution d'un système nouveau. Il faut, à cet égard, constater avec M. Santulli « **la fanfare des anciens panels du GATT : "quasi-juridictions" certes, mais en "juridictionnalisation progressive" par une "juridicisation croissante" due à la mise en place de l'Organe de règlement des différends (...) de l'Organisation mondiale du commerce** », et se poser la question : « **qu'est donc encore ce machin international si indocile aux concepts classiques du droit, relégué dans la contrée où alignent, malignes, les quasi-qualifications ?** »

91 .

Par conséquent, une question simple peut être posée : le système de règlement des différends interétatiques est-il une juridiction internationale ? Si la réponse est positive, les tendances « **juridictionnalisantes** » décelées par les analyses doctrinales s'en trouveront non seulement confirmées et précisées mais surtout parachevées, la confusion et l'ambiguïté caractéristiques du Mémoire seront réduites, le système mémorandaire bénéficiera d'une catégorisation explicative de son fonctionnement et d'une qualification propice à l'étude prospective de son évolution. Si la réponse est négative, la juridictionnalisation dégagée par la doctrine restera une caractéristique d'un système qui pourra désormais être qualifié de *sui generis* ou selon la gamme assez large des processus de règlement des différends de nature diplomatique, l'élimination de la juridictionnalité laissera le champ libre à une identification non-juridictionnelle qui pourra de la sorte émerger sans scrupules.

Dans les deux cas, la juridiction est l'analyseur constitutif pertinent du système de règlement des différends de l'OMC. Elle est le critère, le « **label** » qui doit être attribué ou refusé à ce système. Elle donne une grille de lecture efficace dudit système. La préférence donnée à la juridiction plutôt qu'à tout autre mécanisme classique de règlement des différends interétatiques est aisément justifiable. D'abord, l'écrasante majorité des analyses doctrinales du système mémorandaire ne cesse de graviter autour

⁹⁰ La catégorisation du système de règlement mémorandaire opérée par M. Andrianarivony est peu satisfaisante puisqu'elle ne dégage, de la description du passage du GATT de 1947 à l'OMC de 1995 et de la description du fonctionnement organisé par le Mémoire, que des éléments de juridictionnalisation et de juridicisation. Voir sa Thèse de doctorat intitulée *L'émergence progressive d'une juridiction internationale des échanges...*, *op. cit.*

⁹¹ C. Santulli, *op. cit.*, p. 58.

du concept de juridiction sans pour autant s'impliquer davantage en l'identifiant ou en le rejetant, ce qui pourrait utilement être tranché. Ensuite, le règlement juridictionnel occupe une place privilégiée au sein des types de règlement des différends interétatiques car il est unique et fondamentalement distinct des nombreux types diplomatiques⁹² ; son identification ou son absence éliminerait une alternative irréductible qui est source d'hésitations compréhensibles. Enfin, les juridictions internationales restent fort peu nombreuses dans le paysage interétatique, même si elles tendent à se multiplier⁹³ ; de la sorte, l'étiquette juridictionnelle peut individualiser singulièrement le système étudié, modifier sensiblement la perception du droit international et de la société qu'il régule, et constituer une base de réflexion pertinente sur l'évolution de ce droit et de cette société.

La recherche de l'identification d'une juridiction internationale constituée par le système mémorandaire mérite donc d'être menée. La démarche doit nécessairement consister en l'examen approfondi du dispositif textuel organisant ce système ainsi qu'en l'observation détaillée de la pratique générée par l'application de ce dispositif. Afin de rechercher une juridictionnalité, cette démarche doit relever dans le texte et dans la pratique les éléments de nature juridictionnelle et doit les évaluer pour en déduire leur portée et, partant, leur force persuasive à qualifier une juridiction. Ce faisant, cette recherche aboutira à un résultat gradué : soit le système mémorandaire n'est aucunement de nature juridictionnelle parce que ces éléments juridictionnels seraient totalement absents ou singulièrement marginaux ; soit le système se juridictionnalise parce que ces éléments juridictionnels s'affirmeraient de plus en plus et le feraient tendre vers la juridiction, ce qui implique, en outre, d'évaluer cette juridictionnalisation qui peut être plus ou moins primitive et plus ou moins efficace ; soit le système est indubitablement de nature juridictionnelle parce que ces éléments juridictionnels sont à ce point centraux qu'ils lui confèrent sa juridictionnalité.

Immédiatement, considérer la juridiction comme l'analyseur constitutif du système mémorandaire implique trois difficultés majeures dont il faut, d'emblée, lever l'hypothèque qu'elles font peser sur la démarche. La première d'entre elles concerne la nature du droit étudié. En effet, « **droit apparemment original, le droit international économique constitue-t-il pour autant un droit réellement spécifique, une discipline véritablement autonome ?** »⁹⁴ Si la réponse à cette question est positive, l'utilisation de la juridiction comme grille de lecture du système mémorandaire aura une portée très limitée. Il sera difficile d'utiliser le critère juridictionnel en tant qu'outil d'analyse d'un mécanisme de règlement de différends ayant pour cadre un droit *sui generis*, cette catégorisation pouvant faire douter de la juridicité même de ce « **droit** ». En outre, l'intérêt d'une catégorisation de ce système sera somme toute restreint, voire inexistant en considérant simplement qu'un mécanisme *sui generis* fonctionne dans un cadre juridique

⁹² Voir pour exemple l'étude détaillée des multiples mécanismes de règlement des différends interétatiques et la classification couramment admise – voire unanime – de ces mécanismes in P. Daillier et A. Pellet (N. Quoc Dinh †), *op. cit.*, pp. 821-927, et in J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, Montchrestien, E.J.A., 4^{ème} éd., Paris, 1999, pp. 556-569.

⁹³ Voir pour exemple sur ce point P.-M. Dupuy, *Droit international public*, Dalloz, 4^{ème} édition, Paris, 1998, pp. 19□20.

⁹⁴ P. Weil, *Ecrits de droit international*, P.U.F., coll. Doctrine juridique, 1^{ère} édition, Paris, 2000, p. 69.

*sui generis*⁹⁵ – à supposer par ailleurs que le droit international économique soit bien de nature juridique.

Cette première difficulté peut être, cependant, rapidement écartée. Certes, brièvement, le droit international économique semble se situer « **davantage sur le plan des moyens que sur celui des fins** »⁹⁶ et peut constituer un « **droit prospectif** » distinct du « **droit normatif** »⁹⁷. Néanmoins, le débat de l'individualisation d'un droit international économique est « **récurrent** »⁹⁸ et, pour tout dire, suranné car tranché : « **le droit international économique fait partie intégrante du droit international** », il n'est pas « **un concept, mais un terme-résumé** », une « **discipline** »⁹⁹ ; en réalité, « **le caractère économique des matières en cause ne constitue guère plus qu'un simple coefficient inapte à donner naissance à une discipline autonome, à un corps droit distinct** »¹⁰⁰. Il n'existe pas de différences fondamentales entre le droit international public et le droit international économique mais une hétérogénéité¹⁰¹. En outre, confirmation de cette assimilation peut être donnée par la constatation précédemment formulée d'une évolution particulière du droit international public contemporain vers une diversification de ses branches et des institutions organisationnelles. Par ailleurs, la distinction opérée entre ces deux droits se justifie essentiellement par ses caractéristiques techniques particulières dont l'une des conséquences principales est « **l'inadaptation des mécanismes judiciaires** »¹⁰². Aussi ne faut-il pas inverser la cause et la conséquence : ce n'est pas la spécificité du droit international économique qui entraîne l'absence de juge mais cette absence qui caractérise un droit spécifique. Partant, c'est l'identification d'une juridiction qui contribuera à affirmer la non-distinction de ce droit et non ce même droit qui serait rédhibitoire à la reconnaissance d'une juridiction internationale.

La seconde difficulté est celle de la nature des différends interétatiques. D'aucuns ont pu distinguer entre les différends politiques et les différends juridiques¹⁰³. Cependant, il

⁹⁵ « Certains ont même cru pouvoir suggérer l'institution d'une espèce de magistrature économique internationale, qui pallierait les inconvénients de la technique judiciaire tout en offrant les mêmes avantages », in P. Weil, *op. cit.*, p. 77.

⁹⁶ P. Weil, *op. cit.*, p. 69.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 89.

⁹⁸ D. Carreau, P. Juillard, *Droit international économique*, L.G.D.J., 4^{ème} éd., Paris, 1998, p. 5.

⁹⁹ P. Weil, *op. cit.*, p. 97.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 100.

¹⁰¹ Voir D. Carreau, P. Juillard, *op. cit.*, p. 9, et pour une étude détaillée complète, pp. 5-16.

¹⁰² P. Weil, *op. cit.*, p. 75. Voir pour étude détaillée ce même Article, pp. 67-78.

¹⁰³ Voir sur ce point, pour exemple, d'étude détaillée P. Pazartzis, *Les engagements internationaux en matière de règlement pacifique des différends entre Etats*, L.G.D.J., Paris, 1992, pp. 35-54.

est très largement admis que cette distinction est inopérante¹⁰⁴. En réalité, c'est le choix du mode de règlement qui détermine si un différend est politique ou juridique¹⁰⁵ et il faut plus pertinemment considérer la distinction, plus significative, entre « **différends justiciables et non justiciables** »¹⁰⁶ ou encore celle entre les « **moyens politiques, encore qualifiés de diplomatiques** » de règlement des différends, et les « **moyens juridiques (...) dont relèvent l'arbitrage et le règlement judiciaire** »¹⁰⁷. Aussi cette difficulté tombe-t-elle d'elle-même : c'est le recours au mode juridictionnel qui détermine la nature du différend et non la nature du différend qui interdit ce recours.

La troisième difficulté, en revanche, est insurmontable. Adopter la juridiction comme grille de lecture du système mémorandaire nécessite de définir le concept de juridiction. Or, il n'existe aucune définition unique et unanime de ce concept. Bien plus, les définitions pleuvent et s'accumulent, se superposent, se complètent, se contredisent. La raison en est simple : les sources légitimes de définition du concept de juridiction sont multiples et s'attachent à des réalités variées et contingentes. Plus clairement, la définition de la juridiction pourra être donnée par le droit écrit, la jurisprudence et la doctrine ; et ces trois sources, en plus de n'être pas systématiquement concordantes intrinsèquement et entre elles, ne s'appliquent pas à une matière unique.

D'une part, le droit écrit ne définit pas explicitement la juridiction. Il délivre parfois des indices significatifs d'identification de ce concept. Par exemple, le Statut de la CIJ, dans son article 38, définit la fonction juridictionnelle de la Cour en précisant que sa mission est « **de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis** ». De même, l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) dispose que « **toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue, équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi** »¹⁰⁸. Ce faisant, des critères de juridiction sont formulés. Cependant, ils ne sont ni communs aux différents ordres juridiques, ni hiérarchisés, ni considérés exhaustivement. Ils sont contingentés par la fonction et les objectifs particuliers du dispositif normatif considéré. De la sorte, la seule lecture du droit

¹⁰⁴ Voir pour exemples : P. Daillier et A. Pellet (N. Quoc Dinh †), *op. cit.*, pp. 824-825 ; N. Konstantinovitch Tarassov, « Le règlement pacifique des différends – Introduction », in M. Bedjaoui (rédacteur général), *Droit international – bilan et perspectives*, t. 1, Pedone Unesco, Paris, 1991, pp. 528-529 ; J. Sette-Camara, « Les modes de règlement obligatoire », in M. Bedjaoui (rédacteur général), *Droit international – bilan et perspectives*, t. 1, Pedone Unesco, Paris, 1991, pp. 549-551.

¹⁰⁵ Voir pour exemples : J. Combacau, S. Sur, *op. cit.*, pp. 551-552 ; P.-M. Martin, *Droit international public*, Masson, coll. Droit-Sciences Economiques, Paris, 1995, p. 224 ; E. Decaux, *Droit international public*, Dalloz, Paris, 1997, pp. 168-170.

¹⁰⁶ J. Combacau, S. Sur, *op. cit.*, p. 552.

¹⁰⁷ H. Ruiz Fabri, J.-M. Sorel, « Organisation judiciaire internationale », *Juris-Classeur de Droit international*, Volume 5, Fascicule 215 du 21 mars 2001, éd. Du Juris-Classeur, 2001, pp. 4-5.

¹⁰⁸ M. Andrianarivony, dans sa Thèse de doctorat, s'en remet, avec toutes les précautions nécessaires, à ces critères de juridiction donnés par la Convention européenne des droits de l'homme, in *L'émergence progressive d'une juridiction internationale des échanges...*, *op. cit.*, pp. 24-32.

écrit ne saurait être suffisante à caractériser le concept de juridiction.

Par ailleurs, cette source écrite ne donne que rarement des éléments explicites de définition mais se contente, au mieux, de qualifier certaines entités comme étant de nature « **juridictionnelle** ». Le plus souvent, la juridictionnalité se déduira d'un vocabulaire, comme « **cour** », « **tribunal** », « juge », « **magistrat** », « **procès** », « **litige** », ce vocabulaire renvoyant à l'idée de justice qui elle-même renvoie dans son sens commun à la juridiction¹⁰⁹. Il faudra rechercher dans les règles de fonctionnement de l'entité quels sont les éléments constitutifs de cette juridictionnalité. Le droit écrit ne se préoccupe pas des catégorisations théoriques et son pragmatisme logique, associé à l'extrême diversité des branches du droit, des ordres juridiques et des institutions juridiques, rend impossible l'identification d'un concept unique de juridiction. En outre, même quand le droit écrit confère explicitement un qualificatif « juridictionnel » à une entité déterminée, il n'est pas certain que le fonctionnement effectif de cette entité ne puisse être exempt de critiques quant à sa juridictionnalité¹¹⁰. En général, le droit écrit doit être analysé et interprété pour pouvoir en tirer la qualification juridictionnelle de l'entité qu'il institue et organise ; il ne constitue qu'un des indices permettant la reconnaissance d'une juridiction ; et l'absence de cet indice, comme la présence d'indices contraires, peuvent être surmontées.

D'autre part, la jurisprudence paraît plus à même de définir le concept de juridiction. Le juge peut être amené à se prononcer sur la juridictionnalité d'une entité déterminée, parce que ce qualificatif aurait des conséquences juridiques particulières. Ce faisant, il dégagera des critères de définition de la juridiction qu'il appliquera à l'espèce qui lui est soumise. Deux illustrations éloquents peuvent être données. La première est relative au juge administratif français qui a souvent l'occasion de considérer le caractère juridictionnel d'un organisme particulier, par exemple d'un organe à vocation disciplinaire¹¹¹. Le juge fixera alors des critères de juridiction auxquels il confrontera la réalité de ladite entité. En réalité, « **sa démarche est pragmatique** », le juge privilégiant « **tantôt les éléments formels, tantôt les éléments matériels** », faisant même parfois appel « **à des critères d'opportunité** »¹¹². De la sorte, une multiplicité de critères est énoncée ; aucun n'est déterminant et tous sont étroitement dépendants du cas d'espèce.

¹⁰⁹ Voir, pour exemple de lien terminologique communément admis, la définition de la « *juridiction* » in P. Robert, *Le Nouveau Petit Robert*, éditions Dictionnaires Le Robert, Paris, 2000, texte remanié et amplifié sous la direction de J. Rey-Debove et A. Rey, p. 1388. Pour de plus amples développements, il peut être pertinent de se reporter aux différentes contributions de la Revue *Droits*, « Mots de la justice », n° 34, 2002.

¹¹⁰ Voir pour exemple L. Cavaré, « La notion de juridiction internationale », *A.F.D.I.* 1956, pp. 500-502.

¹¹¹ Voir sur ce point G. Vedel et P. Delvolvé, in *Droit administratif*, tome 2, P.U.F., coll. Thémis Droit Public, 12^{ème} édition, Paris, 1992, p. 60 et 61. Ces auteurs énoncent que certains organes « *statuant sur des mesures disciplinaires (...) constituent des juridictions (...) relevant du Conseil d'Etat par la voie de la cassation* ».

¹¹² M.J. Andrianarivony, « Un *panel* institué ... », *op. cit.*, pp. 1186. Voir pour étude détaillée cet Article, pp. 1185-1186, dans lequel l'auteur développe l'analyse de la jurisprudence du Conseil d'Etat, du juge constitutionnel et du juge judiciaire relative à la notion de juridiction.

La seconde illustration est celle de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) et plus particulièrement de la question préjudicielle de l'article 234 CE (anciennement article 177 CE) : aux termes de cette disposition, **« la Cour de justice est compétente pour statuer à titre préjudiciel sur l'interprétation du traité et du droit communautaire dérivé, ou sur la validité de ce dernier, lorsqu'une telle question lui est posée par une "juridiction d'un des Etats membres" »**¹¹³, ce qui implique que la CJCE doive examiner la recevabilité de toute question préjudicielle en identifiant le caractère juridictionnel de l'auteur de cette question. Depuis l'affaire Vaassen-Göbbels de 1966¹¹⁴, une quarantaine d'affaires a pu être recensée¹¹⁵ et des éléments de juridiction ont pu être énoncés : lien constitutif avec l'autorité publique, indépendance, impartialité, procédure contradictoire, etc. Toutefois, la liste de ces éléments **« n'est pas nécessairement close (...) et la pondération des divers éléments n'est pas nécessairement immuable. (...) De cette jurisprudence ne résulte pas une définition de la notion de juridiction, que la Cour ne s'est jamais essayé à fournir »**¹¹⁶. En réalité, la CJCE va considérer des indices de juridiction, dont certains seront plus déterminants que d'autres, afin de dégager une convergence emportant la conviction d'une qualification juridictionnelle¹¹⁷.

Ainsi, la source juridictionnelle ne peut donner une définition unique et générale du concept de juridiction. D'abord, la décision du juge est, par sa nature même, d'une portée limitée au cas d'espèce et d'une instabilité patente dans sa succession. De même, l'extrême diversité des ordres juridiques dans lesquels peut s'insérer une telle décision restreint la définition à un ordre juridique déterminé ; chaque **« droit »** possède ses spécificités et ses objectifs qui rejaillissent forcément sur celles des institutions qui lui sont soumises et des juges qui identifient la juridiction. Ensuite, la démarche utilisée est celle d'un faisceau d'indices variables et hétérogènes et non celle de la fixation de critères généraux et immuables ; si cette démarche peut être efficace, elle n'autorise pas la formulation d'une définition conceptuelle unique. Pour finir, un paradoxe naît de la nature même de la source jurisprudentielle : ce sont des juridictions qui vont définir la juridiction, de telle sorte qu'il n'est pas certain que la définition soit des plus rigoureuses et des moins

¹¹³ P. Fouchard, Note sous l'arrêt de la CJCE du 27 avril 1994, Affaire C-393-92, *Revue de l'arbitrage* n° 3, 1995, p. 506.

¹¹⁴ CJCE, 30 juin 1966, Vaassen-Göbbels, affaire 61/65, Rec. CJCE, p. 377.

¹¹⁵ Voir pour détails J. Pertek, Note sous l'arrêt de la CJCE du 29 novembre 2001, affaire C-17/00, F. De Coster c/ Collège des bourgmestres et échevins de Watermael-Boitsfort, *JCP – La Semaine Juridique Edition Générale* 2002, n° 10160, pp. 1861-1862. Cet Article est très éloquent, en ce sens qu'il dresse le bilan de la question préjudicielle telle qu'abordée par la CJCE et, partant, analyse la notion de juridiction telle qu'appréhendée par cette Cour.

¹¹⁶ J. Pertek, *op. cit.*, p. 1862.

¹¹⁷ Une autre illustration du pragmatisme de la CJCE dans la détermination des critères de juridiction peut être donnée par l'arrêt du 30 mars 1993, Corbiau c/ Administration des contributions (C-24-92), dans lequel la Cour estime que, comme le note M. Cartou, **« une juridiction doit avoir la qualité de tiers à l'égard de l'autorité qui a pris la décision qui fait l'objet d'une question préjudicielle »**. Voir sur ce point L. Cartou, « La notion de juridiction au sens de l'article 177 du traité », *P.A.* 1993, n° 114, p. 9.

discutables sur le plan théorique. Aussi la définition de la juridiction donnée par la jurisprudence sera-t-elle pragmatique et difficilement exportable dans son intégralité à d'autres espèces ou à d'autres ordres juridiques. Par voie de conséquence, la source doctrinale ne peut produire une définition unique unanime de la juridiction, ayant pour fondement d'analyse le droit écrit et jurisprudentiel lui-même empêtré dans la contingence.

Cette source doctrinale ne doit pas pour autant être négligée. De nombreuses études fondamentales s'attachent à la définition du concept de juridiction. En particulier, les plus éminents publicistes français ont développé de remarquables analyses de ce concept¹¹⁸, et cette démarche ne cesse d'être renouvelée¹¹⁹. De même, cette définition occupe une place centrale au sein des réflexions attachées au droit international¹²⁰. Toutes ces contributions à l'identification du concept ne sont pas cloisonnées, car « **la même fonction [juridictionnelle], substantiellement, s'exerce de part et d'autre (...) [des frontières]** »¹²¹. Cependant, aucune étude n'est moins convaincante que les autres. Bien entendu, toute réflexion théorique doctrinale attachée à la définition de la juridiction possède un intérêt majeur qui est celui de l'étude des mécanismes précis considérés, ainsi qu'un intérêt considérable pour l'analyse plus générale du mode de régulation sociale que constitue le droit. Cependant, la définition du concept de juridiction ne bénéficie pas d'une unicité et d'une limpidité telles que la recherche de la juridictionnalité du système mémorandaire serait construite sur un nombre fini de critères définis et serait fondé sur un raisonnement implacable et indiscutable.

La difficulté liée à la définition de la juridiction ne pouvant être surmontée par le choix d'une définition unique, elle conduit soit à refuser tout qualificatif juridictionnel pour cause d'absence de définition, soit à accepter tout énoncé d'une juridictionnalité en admettant la crédibilité de tout choix personnel de critères de définition. Ces deux positions ne sont pourtant pas tenables, car elles reviendraient à nier l'importance fondamentale de toute théorisation de la réalité. Aussi faut-il plus sûrement se positionner par rapport à un choix

¹¹⁸ Il faut ici, avec M. Santulli, (*op. cit.*, p. 61, note 5), évoquer les différentes études théoriques fondamentales du concept de juridiction menées, entre autres, par L. Duguit, G. Jèze, M. Waline, C. Chaumont, P. Lampué, J. Chevallier ou encore C. Eisemann. D'autres éminents auteurs pourraient être également cités, comme R. Guillien dans sa Thèse intitulée *L'acte juridictionnel et l'autorité de la chose jugée : essai critique* (1931, Bordeaux). De même, il faut, comme M. Andrianarivony (*in* « Un panel institué ... » *op. cit.*, pp. 1182-1183, note 1), évoquer R. Carré de Malberg, R. Bonnard ou encore R. Chapus.

¹¹⁹ Par exemple, des études doctrinales plus contemporaines peuvent être citées, comme celles contenues dans la Revue *Droits*, « La fonction de juger », n° 9, 1989 (et plus particulièrement : Rials (S.), « Ouverture : l'office du juge », et O. Gohin, « Qu'est-ce qu'une juridiction pour le juge français ? », *in* cette Revue, respectivement pp. 3-20 et 93-105) ou encore D. d'Ambra, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher des litiges*, L.G.D.J., 1994.

¹²⁰ Voir pour exemples : L. Cavaré, « La notion de juridiction internationale », *A.F.D.I.* 1956, pp. 496-509 ; G. De Geouffre De La Pradelle, « La fonction des juridictions de l'ordre international », *J.D.I.* 2, 1998, pp. 389-429 ; Leben (C.), « La juridiction internationale », *Droits*, n° 9, 1989, pp. 143-155 ; C. Santulli, *op. cit.*, et plus particulièrement note 5 ; Société Française pour le Droit International, *La juridiction internationale permanente*, Colloque de Lyon, Pedone, Paris, 1987.

¹²¹ G. De Geouffre De La Pradelle, *op. cit.*, p. 428.

de définition de la juridiction. Cependant, cette dernière attitude comporte des écueils. Opérer le choix d'une seule source écrite et/ou jurisprudentielle est réducteur. Il pourrait être possible de constater préalablement qu'existe un droit écrit ou jurisprudentiel, applicable au système étudié et donnant des critères de la juridiction, de telle sorte qu'il suffirait de confronter ces critères précis à la réalité du système pour en déduire une éventuelle juridictionnalité. Cette connotation réduirait singulièrement la portée de la juridictionnalité à l'ordre juridique étudié, alors qu'un tel cloisonnement est maladroit, d'autant plus quand il est question de droit international. Opérer le choix d'une source doctrinale précise serait perdre de vue la problématique qui sous-tend le présent propos et qui est précise puisqu'elle consiste en l'attribution ou le rejet de la qualification juridictionnelle du système mémorandaire de règlement des différends interétatiques. En effet, choisir une définition doctrinale précise reviendrait à en éliminer d'autres, alors même que le débat doctrinal serait ancien et récurrent, donc irréductible. De plus, ce choix prêterait le flanc à des critiques essentielles et légitimes de la part des adversaires dudit choix, ce qui déplacerait le débat, donc la problématique, de la catégorisation d'un système particulier de règlement à la définition théorique de la juridiction ; cette substitution de problématique n'est pas présentement souhaitable.

En réalité, seule la source doctrinale est utilisable car elle est la moins susceptible d'être contingente, par rapport à une norme juridique précise ou à une jurisprudence particulière, à partir du moment où elle adopte une démarche synthétique, théorique et transversale dans la recherche des critères de la juridiction suggérés par le droit écrit et jurisprudentiel. Elle peut être d'autant plus facilement utilisable que le temps des luttes entre les « **grands esprits** »¹²² publicistes français partisans du « **critérium purement formel** » ou du « **critérium matériel** »¹²³ semble révolu pour donner lieu, en définitive, à une « **définition qui peut se réclamer de la tradition (même si elle n'est adoptée qu'avec précaution), et peut faire ainsi figure rhétorique de "définition classique"** »¹²⁴. De plus, « **tant au point de vue formel qu'au point de vue matériel, les juridictions dans le domaine des relations internationales ne ressemblent que d'assez loin aux juridictions internes** »¹²⁵. Cette « **"définition classique"** » est le fruit de la synthèse remarquable opérée par M. Santulli : « **une juridiction est 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** », ce qui définit selon lui « **le concept d'acte juridictionnel** » ; ce dernier doit être complété par le « **concept de fonction juridictionnelle** » qui est le « **lien logique entre les trois éléments** » de cet acte juridictionnel ; aucun autre élément ne mérite, selon lui, d'être ajouté¹²⁶.

Pour intéressante qu'elle soit, cette définition n'en reste pas moins restrictive. Sa validité est subordonnée à son interprétation extensive, alors même que l'auteur paraît

¹²² L. Cavaré, *op. cit.*, p. 498.

¹²³ Voir pour détails *ibid.*, pp. 498-499.

¹²⁴ C. Santulli, *op. cit.*, p. 61.

¹²⁵ L. Cavaré, *op. cit.*, p. 500.

peu enclin à admettre une telle interprétation. En effet, axée sur trois éléments essentiels et rejetant tout critère annexe, cette « **définition classique** » envisagée strictement est susceptible d'exclure de la qualification juridictionnelle un nombre important d'entités pourtant considérées tout aussi classiquement comme juridictionnelles. Par exemple, le juge constitutionnel français n'a pas réellement pour fonction de mettre fin à un différend *stricto sensu* quand il effectue le contrôle de constitutionnalité d'une norme juridique nationale¹²⁷. De même, il est difficile d'admettre l'effectivité de l'autorité de chose jugée conférée à la décision prise par le juge administratif à l'encontre de la personne publique étatique, comme il est malaisé d'exclure la juridictionnalité du juge qui se prononce en équité et non « **en application du droit** ». Ces quelques illustrations sont, certes, discutables et mériteraient d'être approfondies et diversifiées, mais elles suffisent à montrer la tension consécutive à l'application d'une définition stricte et catégorique de la juridiction, tension entre une conceptualisation unique de la juridiction et la diversité des mécanismes juridictionnels qu'elle est sensée englober.

Or, cette tension est difficilement acceptable quand il s'agit de considérer un concept comme grille de lecture d'une réalité. En effet, la juridiction est présentement utilisée comme analyseur constitutif d'un système particulier de règlement des différends, et non comme concept théorique confronté à d'autres concepts ; sa définition théorique ne répond pas à la présente problématique de la juridictionnalité du système mémorandaire même si elle constitue un outil fort utile au service de la résolution de cette problématique. L'objectif premier de l'utilisation du concept de juridiction est d'appréhender et d'explicitier une réalité complexe et confuse, de confronter un mécanisme concret à une classification scientifique pour trancher la question particulière de la catégorisation dudit mécanisme. Aussi, adopter des critères de juridiction trop restrictifs et, partant, très discutables, ne convaincra pas les plus réticents de la juridictionnalité du système mémorandaire. Il faut au contraire « **ratissier large** » et « **faire feu de tout bois** » afin que la crédibilité de la démonstration soit renforcée.

Il n'est pas question, par cette démarche pragmatique, d'esquiver, par faiblesse ou par peur, l'engagement dans la réflexion théorique et dans le débat doctrinal. Il est

¹²⁶ Se reporter à C. Santulli, *op. cit.*, pp. 61-64 et 72-79. Se reporter également à l'ouvrage de M. Bergel, *Méthodologie juridique* (P.U.F., coll. Thémis, 1^{ère} éd., 2001), dans lequel l'auteur réussit une synthèse particulièrement pertinente des éléments de définition de la juridiction, pp. 335-337.

¹²⁷ « *La saisine n'ouvre pas un contentieux ; elle déclenche une procédure qui s'inscrit dans le processus d'élaboration de la loi (...). la loi est sur la table du Conseil constitutionnel et celui-ci est le seul acteur juridique de la procédure qui s'ensuit* », in G. Vedel, « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif », *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 1, 1996. Bien entendu, il est toujours possible de voir un différend implicite entre le législateur et l'auteur de la saisine, mais cette dernière « *ne déclenche pas un contentieux mais une lecture complémentaire de la loi par un organe dont l'intervention est de vérifier que la loi est prise dans le respect de la Constitution* » ; il ne s'agit donc pas vraiment de « mettre fin à un différend » au sens commun de cette expression. Certes, il est toujours loisible de débattre sur la juridictionnalité du juge constitutionnel français mais cette problématique datée ne peut être encore aujourd'hui raisonnablement exploitée. Dans le même sens, M. Bergel précise que « *la fonction juridictionnelle consiste à juger, c'est-à-dire à trancher les litiges soumis aux tribunaux (...), en cas de procédures contentieuses, et à exercer une mission de contrôle, quand ils sont saisis, en l'absence de litige, d'une procédure gracieuse* » (in *Méthodologie juridique, op. cit.*, pp. 336-337).

davantage question de signifier une insatisfaction face à la pléthore des conceptualisations concurrentes ou complémentaires de la juridiction, de construire une démonstration convaincante, rigoureuse, efficace, qui soit la moins discutable et la plus exhaustive possibles, et, finalement, d'adopter une théorisation des critères de définition de la juridiction qui soit la plus fondamentale et la plus limpide. Pour ce faire, il ne serait pas pertinent de procéder à la synthèse et à la classification, par ordre de pertinence, des critères de la juridiction qui peuvent être énumérés, et par la norme juridique envisagée dans sa plus grande généralité – que cette norme soit écrite ou jurisprudentielle, et par les conceptualisations doctrinales pertinentes. En effet, cette démarche serait très difficilement menée à bien du fait de la quantité et de la diversité, toutes deux considérables, de ces critères ; elle aboutirait, en outre, à une conceptualisation supplémentaire guère plus convaincante que ses aînées et sans doute bien moins efficace. En réalité, il suffit, plus modestement, de reprendre la définition étymologique de la juridiction.

La juridiction est l'addition de deux termes simples : « **juris** » et « **dictio** », le premier étant une déclinaison du « **droit** » (*jus*) et le second signifiant « **action de dire, d'exprimer, de prononcer** »¹²⁸. Le *jurisdictio* est donc l'action de dire le droit. La juridiction est fondamentalement telle parce qu'elle « **dit** » le « **droit** ». Elle est une action particulière, logiquement menée par un acteur particulier, et désigne par conséquent l'entité qui dit le droit. Cette définition étymologique doit être précisée et clarifiée car, si l'acteur (l'entité) et l'objet (le droit) ne paraissent pas pouvoir être définis confusément, tel n'est pas le cas de l'action de dire le droit qui est une action floue. En effet, diverses entités sont susceptibles, dans un sens commun, de dire le droit, sans pour autant pouvoir être qualifiées de juridictions. Deux illustrations majeures peuvent être énoncées. La première est celle du législateur qui, créant le droit, va prononcer des règles juridiques, donc dire le droit. La seconde est celle du juriconsulte qui, donnant son avis sur des questions juridiques, va utiliser et interpréter des normes juridiques, donc dire le droit. Aussi l'action de dire le droit, appréhendée dans son sens le plus commun, ne peut-elle être l'attribut de la seule juridiction.

La définition de la juridiction comme entité qui dit le droit doit donc être précisée par l'approfondissement du sens de ce *dictio*. Le verbe « **dire** » a plusieurs sens communs. Il signifie « **émettre (...), prononcer** », « **exprimer par le langage** », « **faire connaître** »¹²⁹, et il aura un sens bien particulier quand il s'appliquera au droit. En effet, le droit est, de façon sommaire et globale, un mode de régulation sociale ; il a en charge de réguler les rapports entre les différentes composantes de la société considérée. Partant, il est une norme qui a vocation à s'appliquer à des situations concrètes qui sont celles survenant entre au moins deux de ces composantes en conflit¹³⁰, puisque tel est son rôle régulateur. Ainsi, du fait de cette vocation particulière, « **dire** » le droit signifie « **prononcer** », « **exprimer** », « **faire connaître** » le droit applicable à une situation

¹²⁸ Gaffiot (F.), *Le Grand Gaffiot – Dictionnaire latin-français*, Nouvelle édition revue et augmentée sous la direction de P. Flobert, Hachette-Livre, Paris, 2000, pp. 526 et 884.

¹²⁹ Ces trois sens sont les trois principales définitions du verbe « *dire* » données par P. Robert, *Le Nouveau Petit Robert*, op. cit., pp. 730-731.

concrète déterminée. Ce *dictio* confère donc à l'acteur qui l'a en charge une position particulière.

D'une part, prononçant ou encore exprimant le droit applicable, l'acteur juridictionnel ne le crée pas mais se charge, par le *dictio*, de faire le lien entre la norme générale et la situation concrète. Il confronte les règles, créées en dehors de lui et de tout rapport sociétal conflictuel, à la situation concrète conflictuelle qui lui est soumise et qui nécessite l'application du droit régulateur. Plus clairement, l'acteur juridictionnel prononce le droit applicable afin de trancher un différend. Aussi n'a-t-il pas pour fonction de créer du droit mais de dire le droit qui s'applique particulièrement au différend qui lui est soumis, afin de le trancher par application de ce droit. L'action de dire le droit n'est donc pas l'action de créer le droit, de telle sorte que la juridiction n'est pas le législateur. Certes, il est possible d'objecter que le juge, par son *dictio*, crée le droit par la voie jurisprudentielle. Mais cette création est une conséquence d'un *dictio* étendu et récurrent et non son objet. De même, il est possible d'objecter que le législateur tranche, par la création du droit, des conflits, soit actuels et sociaux, soit hypothétiques et à venir. Mais le principe de non-rétroactivité de la norme juridique prédomine, les conflits tranchés ne seront pas nés et actuels et le législateur n'a pour tâche ni de recevoir ni de traiter un cas d'espèce soumis par deux entités en conflit.

D'autre part, « **dire** » le droit consiste à le « **faire connaître** » ; et cette dernière expression ne saurait se résumer au prononcé du droit applicable au cas d'espèce mais elle est d'une portée plus grande. « **Faire connaître** » suggère la publicité et l'explicitation d'un objet non ou mal connu, la reconnaissance et la confirmation d'une centralité oubliée ou négligée, la consécration et la pérennisation d'une autorité ; et cette expression ne limite par le *dictio* au cas d'espèce traité mais suggère sa diffusion plus générale. Ainsi, dire le droit participe à l'explicitation, l'application, la validité et l'évolution de ce droit ; dire le droit, c'est, en définitive l' « **inventer** », le révéler et le consacrer. Dans ce sens, il n'est pas question de confondre la juridiction et le jurisconsulte car celui-ci ne peut conférer à son action d'énonciation du droit la portée que la juridiction attribue quand elle « **fait connaître** » ce droit. Ici se trouve la justification de la norme jurisprudentielle, norme que le jurisconsulte ne peut créer. Ce dernier lit et déchiffre le droit, l'interprète pour l'explicitier dans le cercle fermé de ses quelques auditeurs, mais il ne le dit pas – ne le fait pas connaître – dans le sens où il participerait à l'effectivité et l'évolution de ce droit. Par ailleurs, le jurisconsulte peut, certes, intervenir dans le cadre d'un conflit né et actuel mais il n'a pas pour fonction de trancher le conflit et pourra très bien être sollicité en dehors de tout conflit effectif.

Par conséquent, la définition de la juridiction, entité qui dit le droit, doit être appréciée au regard du sens précis du *dictio*, sens conféré par l'application de ce *dictio* à la matière juridique. Aussi faut-il, par souci de clarté, préciser cette définition afin de lui intégrer ce sens particulier. De la sorte, cette définition sera suffisamment stricte pour ne pas englober des entités et des actions non-juridictionnelles mais pour, au contraire, distinguer la juridiction des autres acteurs œuvrant dans le domaine du droit. Le *dictio* n'est pas la

¹³⁰ Le terme « conflit » est ici préféré au « différend » ou encore au « litige » car il est plus neutre. Il ne connote pas l'institutionnalisation de son règlement (« différend ») et encore moins sa juridictionnalisation (« litige »). Pour détails, voir *infra*.

création du droit par le législateur car il a pour fonction de trancher un différend en fonction du droit applicable ; il n'est pas la lecture du droit par le juriste car il révèle et consacre ce droit, qui plus est à l'occasion d'un différend. Ainsi, la juridiction est l'entité qui fait connaître le droit applicable au conflit qu'elle tranche.

Si cette définition peut être formulée dans son sens simplifié d'entité qui dit le droit ou d'entité qui opère le *juris dictio*, c'est à la condition de ne pas négliger de prendre toute la mesure du sens et de la portée de ce *dictio*. Dire le droit consiste à faire connaître le droit applicable au différend ainsi tranché et non créer, lire, énoncer, interpréter ou encore reformuler le droit. C'est présentement la définition simplifiée qui sera retenue, pour d'évidentes raisons de simplicité et de clarté stylistique, mais ce choix formel ne méconnaît pas, loin s'en faut, la définition complète précédemment énoncée. Il faut systématiquement garder à l'esprit le sens plein du « **dictio** » et du « **dire** » quand ils s'appliquent au droit¹³¹.

Qu'elle soit ou non simplifiée, la définition fait apparaître les deux critères essentiels de la juridiction : un acteur, qui est l'entité, et une action, qui est le *juris dictio*. Tous deux sont particuliers. L'action l'est forcément puisqu'elle consiste à dire le droit ; l'acteur l'est consécutivement puisqu'il doit mener effectivement et efficacement cette action particulière. De la sorte, la juridiction est une structure et une fonction, toutes deux spécifiques puisque communiant dans le *juris dictio*, et toutes deux inséparables puisque l'effectivité et la substance de l'action sont dépendantes de l'acteur et que l'identité de l'acteur est conditionnée par l'action particulière qu'il a en charge de mener. Fonction et structure participent de manière indivisible à l'effectivité de la qualification juridictionnelle dudit système. La tentation pourrait être de dire que la fonction juridictionnelle est la condition nécessaire et suffisante de la juridiction. En réalité, il ne saurait en être ainsi. La structure différencie le *juris dictio* des autres « **énoncés** » du droit et lui garantit son effectivité, sa rigueur et sa portée. Il ne peut y avoir d'action sans acteur ; il ne peut y avoir de *dictio* sans incarnation d'une autorité et d'une aptitude.

Les multiples critères juridiques jurisprudentiels et doctrinaux, *a priori* constitutifs de la juridiction, s'en trouvent replacés : ils s'appliqueront à l'acteur et/ou à l'action du *juris dictio*, c'est-à-dire à la structure et à la fonction de la juridiction ; ils seront les conséquences de l'identité respective particulière de cet acteur et de cette action. Ces critères ne sont donc pas les fondements mais les conséquences de la juridictionnalité. Partant, la démarche d'identification d'une juridiction n'est pas l'élaboration ou la consécration de critères de la juridiction mais la recherche d'un faisceau d'indices particularisant une structure et une fonction, de telle sorte que ces deux dernières puissent atteindre par leur articulation le *juris dictio*. Ainsi, aucun indice n'est *a priori*

¹³¹ Accessoirement, il faut constater que nombreuses sont les institutions classiquement qualifiées de juridictionnelles qui n'agissent pas seulement dans le cadre de leur mission juridictionnelle. Cependant, leur juridictionnalité n'est pas remise en cause car elle leur est donnée par la mission principale qu'elles exercent, les autres actions non-juridictionnelles étant annexes. Ces dernières actions seront tout de même exercées par la juridiction, mais cette fois-ci envisagée dans son seul sens organique. Cette occurrence n'est pas présentement prise en considération car elle ne peut ni établir ni rejeter indiscutablement la juridictionnalité du système mémorandaire. Tout au plus pourra-t-elle confirmer une juridictionnalité avérée en constituant la catégorie annexe dans laquelle certaines actions subalternes pourront être placées sans pour autant que la qualification juridictionnelle soit retirée.

déterminant. La démarche du faisceau conduit à se laisser convaincre par une concordance d'indices suffisamment significative pour que le *juris dictio* soit avéré dans ses deux éléments constitutifs que sont sa structure et sa fonction. En définitive, la juridiction est attestée par une conviction issue de l'observation d'un faisceau d'indices suffisamment denses et concordants pour persuader de l'existence d'un acteur qui dit le droit, d'une structure juridictionnelle qui a une fonction juridictionnelle.

Plus concrètement, répondre à la question de la juridictionnalité du système mémorandaire implique d'identifier une structure et une fonction, toutes deux de nature juridictionnelle. Cette identification s'opèrera par la recherche des caractéristiques structurelles et fonctionnelles de ce système, par l'identification de deux faisceaux d'indices tentant d'établir une juridictionnalité respectivement structurelle et fonctionnelle, par l'appréciation du caractère persuasif de ces deux séries d'indices concordants, et par l'évaluation de la capacité de l'articulation entre structure et fonction à un *juris dictio*. Le système mémorandaire sera une juridiction si sa structure est juridictionnelle et si sa fonction est juridictionnelle. Cette juridictionnalité sera établie par la mesure du faisceau des indices allant dans le sens d'une caractérisation juridictionnelle.

Cette démarche, appliquée à ce système particulier, est malaisée. Rien n'indique *a priori* la juridictionnalité structurelle et fonctionnelle du système mémorandaire. Le texte institutif n'utilise jamais un vocabulaire pouvant renvoyer à l'idée de justice, donc de juridiction. Le seul terme employé connotant la juridiction est le « **contentieux** »¹³² et le Mémorandum l'utilise pour le rejeter. S'en tenir à cette constatation et ne pas reconnaître de ce seul fait la juridictionnalité du système mémorandaire serait bien peu rigoureux, non seulement parce qu'une étude approfondie du texte doit confirmer ce rejet, mais également parce que la pratique du système doit donner des indices déterminants de la reconnaissance de cette juridictionnalité. Il reste que cette démarche est complexe car le système mémorandaire a une double caractéristique peu propice à l'identification d'une juridictionnalité : il est pragmatique et euphémique.

Le pragmatisme est évident. Il est à l'origine de la complexité, largement développée précédemment, du processus de règlement que le Mémorandum organise et rend difficile toute tentative de catégorisation du système mémorandaire. Force est de constater, avec M. Canal-Forgues, que « **le pragmatisme qui a présidé à l'élaboration des textes ayant donné naissance à l'Organe d'appel interdit d'y voir l'ébauche d'une construction intellectuelle rigoureuse ; ou l'esquisse d'une architecture logique ; ou encore le croquis d'une armature solide. Il s'agit d'un mécanisme expérimental qui nécessite d'être mis à l'épreuve d'une pratique étendue avant de présenter toutes les garanties de sécurité et de stabilité aux fins de la réalisation du droit** »¹³³.

Quant à l'euphémisme, sa réalité est aisément palpable par le seul examen de l'intitulé du Mémorandum. Ce dernier est le « **Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends** ». Le premier euphémisme provient du choix de qualifier ce texte de « **mémorandum** » qui a pour sens commun, davantage

¹³² Article 3 : 10 du Mémorandum.

¹³³ E. Canal-Forgues, « La procédure d'examen en appel... », *op. cit.*, p. 846.

de langue anglaise, d'être une « **note de service** »¹³⁴. Or, ce Mémoire est en réalité un accord multilatéral au même titre que les autres accords, d'ailleurs qualifiés comme tels, composant le dispositif normatif de l'OMC¹³⁵. Il faut donc croire que c'est l'objet même de ce texte qui lui confère une identité formelle atténuée. Cet euphémisme peut être parfaitement compréhensible si l'on considère la réticence naturelle des Etats souverains face à tout mécanisme de règlement de leurs différends qui leur est quasiment imposé, ce qui est le cas dans le cadre de l'OMC puisque les Membres ne peuvent, par principe, choisir lesquels des accords multilatéraux ne leur sont pas applicables.

Un second euphémisme peut être identifié qui concerne le terme même de « **différend** ». Ici, le Mémoire marque sa position médiane : il ne règle pas les « **conflits** » qui sont le degré minimal, sur l'échelle de la juridictionnalisation des désaccords entre parties, des antagonismes interétatiques ni les « **litiges** » qui ont une connotation juridictionnelle claire, mais les « **différends** » qui peuvent apparaître comme des « **conflits** » juridicisés dont le règlement est institutionnalisé¹³⁶. Pourtant, le Mémoire contient, dans sa complexité, des procédures d'arbitrage qui pourraient très bien substituer le « **litige** » au « **différend** », puisque l'arbitrage peut être considéré comme le mode juridictionnel non-institutionnalisé de règlement des différends. Là encore, il faut croire que l'atténuation des termes permet de ne pas effaroucher les Etats Membres soucieux de leur souveraineté. Etant placés dans l'intitulé même du texte organisant le système mémorandaire, ces deux euphémismes symbolisent une démarche euphémique qui aura toutes les chances de se retrouver au sein même du processus de règlement mémorandaire.

Par conséquent, l'identification d'une structure et d'une fonction juridictionnelles émergera difficilement car le pragmatisme et l'euphémisme, qui ont cours au sein du système mémorandaire, entretiennent le doute quant à cette double juridictionnalité. Bien plus, ces deux difficultés constituent des obstacles à l'émergence d'une juridictionnalité : le pragmatisme empêche l'individualisation d'un mécanisme unique et concis dont l'analyse aurait pu facilement identifier ou rejeter la juridictionnalité structurelle ; l'euphémisme obscurcit, voire dissimule le rôle réel dévolu au système mémorandaire, rendant *a priori* péremptoire l'affirmation ou la négation d'une juridictionnalité structurelle. Identifier une structure juridictionnelle requiert ainsi la nécessité de se détacher, par émancipation, du pragmatisme apparent caractéristique du système mémorandaire. Identifier une fonction juridictionnelle, dont cette structure sera l'acteur titulaire, requiert la nécessité de passer outre l'euphémisme, par désinhibition, pour assumer une pleine juridictionnalité.

¹³⁴ White (Patrick) (Rédacteur en chef), *Harrap's Compact – Dictionnaire Anglais-Français/Français-Anglais*, Editions Chambers Harrap Publishers Ltd 1997, p. 294. Voir dans le même sens P. Robert, *Le Nouveau Petit Robert*, *op. cit.*, p. 1552.

¹³⁵ Voir *supra*. Seul le Mécanisme d'examen des politiques commerciales n'est pas qualifié d'« accord », mais le « mécanisme » est beaucoup moins euphémique que le « mémorandum ».

¹³⁶ Voir, pour étude détaillée de la distinction entre le conflit, le différend et le litige, A. Jeammaud, « Conflit, différend, litige », *Droits*, n° 34, 2001, pp. 15-20.

De façon plus synthétique, le système mémorandaire ne peut constituer une juridiction internationale que s'il s'émancipe de son pragmatisme structurel (Première Partie) et se désinhibe de ses complexes fonctionnels (Deuxième Partie).

PREMIÈRE PARTIE : L'ÉMANCIPATION DE LA STRUCTURE JURIDICTIONNELLE

La juridiction étant l'acteur qui dit le droit, l'utiliser comme grille de lecture du système mémorandaire rend nécessaire l'identification de l'acteur mémorandaire. Cette identification induit deux exigences : il faut tout d'abord désigner l'acteur mémorandaire, car la juridiction est une entité concrète, pour la seule raison que dire le droit est une action qui nécessite un acteur ; il faut ensuite le caractériser, car sa fonction spécifique, pour être menée à bien, exige de l'acteur des caractéristiques particulières. Cette double démarche, simple en apparence, est malaisée pour deux raisons théoriques évidentes. La première tient dans l'objet même de la présente étude : un système peut difficilement apparaître comme un acteur mais implique une pluralité d'acteurs dont il faut établir non seulement l'existence mais aussi l'articulation, ce qui induit l'étude d'une structure et non d'une entité. La seconde réside dans la personnalité de l'acteur : l'action de l'acteur étant de dire le droit, l'acteur doit pouvoir être en mesure de l'exercer, ce qui induit une appréciation subjective de sa personnalité particulière en fonction de critères multiples dont la juridictionnalité doit être avérée.

La démarche d'analyse du système mémorandaire à travers la grille juridictionnelle consiste donc en l'étude de la structure du système mémorandaire par dégagement de ses traits principaux et évaluation de leur juridictionnalité par la méthode du faisceau

d'indices. Cette démarche doit être organisée pour ne pas se réduire à établir un catalogue peu éloquent de traits juridictionnels. Cette organisation peut être simplement établie par la seule considération de l'acteur : tout acteur a forcément une existence et une aptitude, c'est-à-dire une matérialité organique et un savoir-faire. Aussi la juridictionnalité de l'acteur implique-t-elle l'identification d'organes juridictionnels et l'identification de procédures juridictionnelles.

Or, cette démarche spécifique se heurte à une nouvelle difficulté, moins théorique mais encore plus préminente, qui découle de la substance même de la structure mémorandaire. Cette difficulté est celle du pragmatisme et, partant, de la complexité de la construction du système mémorandaire. Ils empêchent à la fois la reconnaissance et le rejet, immédiats et indiscutables, d'une structure de nature juridictionnelle. Le pragmatisme structurel apparent crée la complexité du système mémorandaire et constitue une barrière à l'identification d'une structure juridictionnelle. Le Mémoire juxtapose et coordonne des organes et des mécanismes hétéroclites et nombreux ; il n'est donc pas plus facile d'affirmer que de nier catégoriquement la juridictionnalité globale du système. Seule une juridictionnalisation peut être démontrée par l'identification de quelques organes et/ou mécanismes juridictionnels participant au déroulement du règlement mémorandaire du différend ; mais elle n'est pas satisfaisante à la catégorisation du système considéré. Elle peut même être rédhitoire, à la fois à la reconnaissance et au rejet d'une juridiction, puisqu'elle admet que des organes et des mécanismes non-juridictionnels entrent durablement en concurrence avec ceux qui le sont.

Dans ce cadre, choisir la juridiction comme analyseur constitutif du système mémorandaire consiste à évaluer la centralité d'organes et de procédures juridictionnels. Cette évaluation doit mener à une conclusion manichéenne, c'est-à-dire soit au rejet de la qualification juridictionnelle de la structure mémorandaire soit à son affirmation. Et, comme le Mémoire semble *a priori* rejeter ou du moins atténuer cette juridictionnalité structurelle, la matérialité organique du système mémorandaire ainsi que la procédure qu'il organise doivent être étudiées de manière approfondie, tant du point de vue textuel que du point de vue pratique, afin que soit confirmé le rejet ou établie la reconnaissance d'une structure juridictionnelle. Plus précisément, la juridictionnalité de la structure étant incertaine, du fait de l'hétérogénéité pragmatique du Mémoire, elle ne peut être avérée que par la constatation de son émancipation par rapport à la complexité du système. La question qui se pose est celle de savoir si le texte du Mémoire ainsi que la pratique du système ont abouti ou non à l'affranchissement et à la prévalence d'organes et de procédures juridictionnels par rapport à la multiplicité et à la diversité des organes et procédures qui contredisent, à première vue, la juridictionnalité dudit système.

En bref, affirmer le caractère juridictionnel de la structure mémorandaire revient à constater que les organes et procédures qui sont prédominants dans le texte et la pratique du Mémoire peuvent recevoir la qualification juridictionnelle. Et, cette qualification n'étant pas explicite, cette juridictionnalité ne peut être affirmée que si une structure mémorandaire clairement juridictionnelle peut être dégagée de la complexité pragmatique du texte. Cette extraction sera fondée sur le Mémoire en tant que texte normatif : il prévoira des organes et des procédures de nature clairement juridictionnelle, ne les

interdira pas ou sera suffisamment flou et permissif pour permettre une interprétation extensive allant dans le sens de la juridictionnalité. Cette extraction sera opérée par les protagonistes du système, qu'ils soient institutions ou Membres, au fur et à mesure de la pratique du système, à condition qu'un consensus – plus ou moins tacite – sur ce point entre tous ces participants soit trouvé.

L'acteur mémorandaire, pour être juridictionnel, doit avoir une structure juridictionnelle : il doit être composé d'organes juridictionnels et agir selon une procédure juridictionnelle. Pour être qualifiée comme telle, cette structure doit s'émanciper de la complexité pragmatique du Mémorandum. Cette émancipation structurelle passe non seulement par le constat de l'emploi des seuls organes dont la juridictionnalité peut être caractérisée (Titre Premier), mais également par l'observation de la solidification de leurs procédures dans le sens de la juridiction (Titre II).

TITRE PREMIER : L'affirmation des instances juridictionnelles

La complexité du système de règlement mémorandaire est la conséquence du pragmatisme qui a présidé à la rédaction du Mémorandum. Elle s'incarne dans l'hétérogénéité de la structure mémorandaire telle que le texte l'organise. Le Mémorandum prévoit la coexistence ou l'articulation de nombreuses et diverses entités distinctes susceptibles de participer au règlement du différend. Cette matérialité organique vaste et hétéroclite est *a priori* rédhibitoire à l'identification de l'acteur juridictionnel mémorandaire, sauf si l'on considère l'émancipation, par rapport à la masse hétérogène des entités mémorandaires, des acteurs dont la consistance organique est susceptible d'être juridictionnelle. Aussi n'est-il pas pertinent de déduire de la seule lecture transversale du Mémorandum le rejet de la qualification juridictionnelle organique. L'étude approfondie du texte et l'observation attentive de la pratique doivent confirmer ou infirmer ce rejet en montrant que s'affirment ou, au contraire, se marginalisent des instances mémorandaires de nature juridictionnelle.

Constater ou réfuter la juridictionnalité de la matérialité organique du système mémorandaire nécessite une approche particulière directement justifiée par la complexité double du Mémorandum. La première complexité est quantitative : l'élaboration pragmatique du texte a débouché sur une accumulation d'entités diverses de règlement, de telle sorte qu'il est difficile d'assurer la prédominance du juridictionnel sur le diplomatique ou encore sur le *sui generis*. La seconde complexité est qualitative : le Mémorandum se garde bien de consacrer explicitement la juridictionnalité de tout ou partie de la structure qu'il organise ; bien plus, il semble la rejeter ou, du moins, l'atténuer. Aussi l'approche particulière de la matérialité organique du système mémorandaire doit-elle être double : d'un point de vue quantitatif, l'étude de la pratique doit permettre de constater la centralité ou la marginalité de certains organes pouvant recevoir le qualificatif « **juridictionnel** » ; d'un point de vue qualitatif, la juridictionnalité de ces organes doit être

effectivement établie par l'évaluation de la juridictionnalité de leurs caractéristiques respectives.

Par conséquent, l'émancipation de la structure juridictionnelle du système mémorandaire sera visible à travers l'affirmation d'instances juridictionnelles obtenue par extraction, simple et *a fortiori* sélective, du matériau juridictionnel pouvant être contenu dans le texte et consacré par la pratique. Cette extraction sera attestée par une double constatation : la matérialité organique du système converge vers la juridiction (Chapitre I) et chaque organe la composant possède une identité de nature juridictionnelle (Chapitre II).

Chapitre I : La convergence juridictionnelle des organes de règlement

La conséquence organique de la définition de la juridiction est double. La juridiction étant l'entité qui fait connaître le droit applicable au différend¹³⁷ qu'elle tranche, elle est forcément un organe qui, non seulement, a une réalité tangible, mais également, s'inscrit dans un contexte particulier justifiant cette réalité. Ainsi, d'un point de vue organique, la juridiction est l'entité qui tranche les différends, c'est-à-dire un organe spécialisé. Il convient donc, pour établir ou réfuter la juridictionnalité organique du système mémorandaire, d'identifier l'organe spécialisé qui constitue la structure du processus organisé par le Mémorandum et activé en pratique.

Cette démarche n'est pas simple quand elle s'applique au système mémorandaire. Elle se heurte à une difficulté majeure tenant à la spécificité structurelle de ce système : celui-ci se compose d'entités qui sont diverses et dont l'action respective au sein du règlement varie. La structure mémorandaire ne se compose pas d'un organe unique et son rôle de règlement des différends ne rejait pas uniformément sur les diverses entités la composant. Aussi la matérialité organique ne peut-elle être immédiatement qualifiée de juridictionnelle car, d'une part, un amas informe d'instances de toute nature empêche l'instauration d'une structure organique linéaire clairement juridictionnelle et, d'autre part, la participation respective de ces instances au système réglant les différends ne leur confère qu'une parcelle de spécialité dans ce règlement.

La juridictionnalité organique du système mémorandaire ne peut donc être établie par la seule constatation de l'existence d'un organe spécialisé. Elle implique une convergence des instances vers la juridiction, autrement dit un resserrement des organes effectifs et spécialisés dans le règlement des différends. Afin que la matérialité organique puisse

¹³⁷ Le terme « différend » sera préféré à celui de « conflit » car la présence d'une entité ayant en charge la résolution d'une situation conflictuelle institutionnalise cette résolution, de telle sorte que le conflit peut être considéré comme un différend. Ce même terme sera également préféré à celui de « litige » pour deux raisons : le litige étant le différend soumis à la juridiction, il n'est pas présentement judicieux de l'employer puisque la juridictionnalité du système mémorandaire n'est pas, pour l'instant, établie ; plus prosaïquement, le « différend » est privilégié dans le présent propos pour de simples raisons de clarté stylistique, étant donné qu'il est le terme couramment employé par le Mémorandum et les instances mémorandaires. Il ne faut pas négliger, néanmoins, la distinction entre le conflit, le différend et le litige : le conflit n'est pas de mise dans la mesure où un processus institutionnalisé de règlement est en place au sein de l'OMC ; le différend est convenable puisqu'il exprime cette institutionnalisation ; le litige est sans doute le plus pertinent si la juridictionnalité pleine du système mémorandaire se trouve être avérée.

constituer une structure juridictionnelle, la diversité des organes mémorandaires doit se réduire par concentration des organes actifs (Section 1) et par effectivité de leur spécialisation dans le règlement des différends (Section 2).

Section 1 : La concentration organique du système de règlement

Que la caractérisation d'une juridiction passe d'abord par la reconnaissance, au sein du processus de règlement, de l'existence d'un organe tiers au différend est une évidence¹³⁸. Dans le cadre de la démonstration de l'existence de cette entité, condition organique première de la réalité d'un mécanisme juridictionnel, l'observation du Mémorandum et de la pratique du système qu'il organise montre une multiplicité d'acteurs divers, tous susceptibles du seul fait de leur existence de constituer un tel organe juridictionnel, et rend donc nécessaire une clarification. En réalité, une dualité organique peut être identifiée : coexistent, d'une part, des organes à la dénomination propre à l'Organisation et, d'autre part, des organes dont la dénomination est commune au système de règlement de l'OMC et plus généralement au règlement des différends interétatiques dans le cadre du droit international public général¹³⁹.

Les premiers organes participent au règlement des différends que le Mémorandum organise car leur effectivité et leurs missions sont prévues par ce texte. Ils sont l'ORD et son Président, le Secrétariat et le Directeur général qui le dirige, les groupes spéciaux et l'Organe d'appel aidé dans son travail par un secrétariat propre¹⁴⁰. L'étude textuelle de cette participation permet de classer ces entités en deux catégories qui sont fonction de la mission particulière que le Mémorandum leur attribue ; et ce classement est utile à l'identification précise des organes susceptibles de constituer le fondement organique d'une juridiction mémorandaire.

Les premières entités sont d'ordre administratif dans le sens commun de ce terme :

¹³⁸ Cette évidence se déduit aisément de la définition de la juridiction donnée en Introduction, définition selon laquelle la juridiction est une entité qui tranche un différend. Elle se retrouve dans la totalité des études doctrinales consacrées, de près ou de loin, au concept de juridiction et qui ne traitent que de manière tacite ce critère de l'existence d'organes comme composante de la définition d'une juridiction. Elle ressort également de la source jurisprudentielle de définition de la juridiction, à l'image de la CJCE qui a précisé que la juridiction doit avoir la qualité de tiers (30 mars 1993, arrêt C-24-92, Corbiau c/ Administration des contributions ; voir sur ce point l'Introduction et plus particulièrement la note 117).

¹³⁹ Une autre dualité organique est celle qui distingue les organes préconstitués de ceux qui ne le sont pas. Cette préconstitution participe à la définition organique d'une juridiction est fait, à ce titre, l'objet d'une étude détaillée dans la première Section du Chapitre Suivant.

¹⁴⁰ Une première lecture du Mémorandum permet aisément l'identification de toutes ces entités. Seul le Secrétariat de l'Organe d'appel n'est pas explicitement mentionné dans ce texte mais résulte de l'article 17 du Mémorandum qui dispose, dans son paragraphe 7, que « l'Organe d'appel recevra le soutien administratif et juridique dont il aura besoin ». Ce soutien prend la forme d'un « Secrétariat de l'Organe d'appel » comme le prévoient les premières Procédures de travail pour l'examen en appel (WT/AB/WP/1) élaborées par « l'Organe d'appel, en consultation avec le Président de l'ORD et le Directeur général » (Article 17 : 9 du Mémorandum). Ce Secrétariat de l'Organe d'appel est, selon M. Kesavapany, Président du Conseil général en 1996, « une importante branche du Secrétariat » de l'OMC. Cette déclaration est retranscrite dans le document WT/GC(96)/ST/1.

ces entités ont pour fonction de gérer la bonne application des règles et procédures que le Mémorandum prévoit¹⁴¹. Il s'agit de l'ORD et de son Président, du Secrétariat de l'OMC et du Directeur général, ainsi que du Secrétariat de l'Organe d'appel. D'abord, l'ORD « **est institué pour administrer les (...) règles et procédures** » du Mémorandum et, sauf disposition contraire d'un autre accord OMC, les dispositions « **relatives aux consultations et au règlement des différends** » que ces accords peuvent prévoir¹⁴². De même, le Président de l'ORD est cantonné par le Mémorandum à un rôle identique¹⁴³. Ensuite, le Secrétariat est « **chargé d'aider les groupes spéciaux (...) et d'offrir des services de secrétariat et un soutien technique** »¹⁴⁴, tout comme le Secrétariat de l'Organe d'appel qui fournit à ce dernier « **le soutien administratif et juridique dont il aura besoin** »¹⁴⁵. Enfin, le Directeur général, selon l'article VI de l'Acte final de l'OMC, dirige le Secrétariat et possède également des attributions administratives que le Mémorandum lui confère¹⁴⁶.

L'ORD comme son Président ont par conséquent le même rôle de formalisation et de

¹⁴¹ Pour un exemple de sens communément admis attribué au terme « administration », voir P. Robert, *Le Nouveau Petit Robert*, éditions Dictionnaires Le Robert, Paris, 2000, texte remanié et amplifié sous la direction de J. Rey-Debove et A. Rey, p. 34.

¹⁴² Voir sur ce point le Mémorandum, article 2 : 1. En réalité, la fonction de l'ORD est complexe ; elle ne saurait se résumer à cette fonction administrative sommairement établie, et ce du seul fait de la composition politique de cette instance. Il est procédé à l'analyse détaillée de l'ORD par séquences dans la totalité des développements suivants, du fait de la centralité de cet Organe dans le système mémorandaire ; l'étude synthétique principale se trouve dans la Section consacrée à la force obligatoire (Deuxième Partie, Titre II) ; voir également en particulier la présente Section (*infra*), les deux Sections suivantes (relatives à la spécialisation et à la permanence des organes), ainsi que le Chapitre I du Titre suivant (consacré à la systématisation juridictionnelle). Sur le statut juridique de l'ORD ainsi que sur le détail de ses origines, sa formation, sa composition et son rôle, se reporter par exemple aux études suivantes : M.N. Andrianarivony, *L'émergence progressive d'une juridiction internationale des échanges. Contribution à l'étude du système de règlement des différends au sein de l'Organisation mondiale du commerce*, thèse soutenue le 27 septembre 1998 à l'Université de Saint-Denis de La Réunion, sous la direction de X. Philippe, pp. 289-294 ; V. Pace, *L'Organisation Mondiale du Commerce et le renforcement de la réglementation juridique des échanges commerciaux*, L'Harmattan, coll. Logiques Juridiques, Paris, 2000, pp. 216-219.

¹⁴³ Il intervient dans l'applicabilité des règles et procédures spéciales ou additionnelles (article 1 : 2), dans la définition du mandat du groupe spécial en consultation avec les parties quand ce mandat n'est pas, du fait de la volonté commune de ces parties, le mandat type prévu par le Mémorandum (article 7 : 3), dans l'information des parties sur la composition du groupe spécial quand celles-ci n'ont pas réussi à se mettre d'accord sur ladite composition qui a, par voie de conséquence, été fixée par le Directeur général (article 8 : 7), ainsi que dans la décision de prolonger un délai de consultations quand une partie est un pays en développement Membre (article 12 : 10).

¹⁴⁴ Article 27 : 1. A ce titre, le Secrétariat « *aide au choix des personnes appelées à faire partie des groupes spéciaux* » et propose aux parties des personnes susceptibles de constituer le groupe spécial de l'espèce (article 8), reçoit les communications écrites des parties qu'il transmet au groupe spécial (article 12), et possède une activité très importante dans la pratique sans se départir de la mission de secrétariat et de soutien technique que le Mémorandum lui a attribuée.

¹⁴⁵ Mémorandum, article 17 : 7. Les Procédures de travail pour l'examen en appel décrivent plus précisément les différentes fonctions du Secrétariat de l'Organe d'appel. Se reporter pour détails à ces Procédures dans le document WT/AB/WP/7.

référence pour les problèmes d'application du Mémoire. Le Secrétariat de l'OMC et celui de l'Organe spécial restent dans les missions d'aide et de soutien attribuées par le Mémoire. Le Directeur général exerce des fonctions de désignation quand un blocage du système de règlement menace. Ces cinq institutions ne sont pas déterminantes dans l'identification d'une juridiction car elles n'ont pas pour mission de traiter directement le différend. Leur action se limite à l'aspect procédural du système de règlement que le Mémoire organise et à la gestion des règles et procédures que prévoit ce texte. Tout au plus le Président de l'ORD et le Directeur général peuvent-ils se départir de leur rôle administratif en s'intégrant dans un processus de bons offices, de conciliation ou de médiation, sous certaines conditions¹⁴⁷, mais cette fonction annexe ne les fait plus agir en leur qualité de Président de l'ORD ou encore de Directeur général mais en tant qu'offres de bons offices, médiateurs ou conciliateurs au même titre que d'autres entités pouvant également constituer ces mêmes acteurs du règlement.

En revanche, les secondes entités sont, quant à elles, d'ordre opérationnel dans le sens où leur fonction, définie par le Mémoire, est l'intervention directe dans l'aspect matériel du règlement du différend. Ce sont les groupes spéciaux et l'Organe d'appel, ainsi que, dans une bien moindre mesure, l'ORD. En effet, la fonction des groupes spéciaux est d'examiner le différend en procédant « **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** »¹⁴⁸ et celle de l'Organe d'appel est de connaître « **des appels concernant des affaires soumises à des groupes spéciaux** »¹⁴⁹. En outre, ces deux organes pourront, le cas échéant, arriver à la conclusion selon laquelle « **une mesure est incompatible avec un accord visé** », pourront recommander « **que le Membre concerné la rende conforme audit accord** » et pourront « **suggérer au Membre concerné des façons de mettre en œuvre ces recommandations** »¹⁵⁰. Par ailleurs, l'ORD est susceptible d'avoir, malgré sa fonction générale essentiellement administrative précédemment établie, une fonction opérationnelle dans la phase des consultations dans la mesure où il constitue le seul organe tiers y participant. Encore faut-il plus précisément vérifier la réalité de cette fonction par une étude plus détaillée de ces consultations, dans la mesure où celles-ci ne semblent admettre d'autre organe tiers

¹⁴⁶ Le Directeur général détermine la composition du groupe spécial en cas de désaccord persistant entre les parties (article 8 : 7), désigne l'arbitre de l'article 22 : 6 si les membres du groupe spécial initial ne sont pas disponibles (article 22 : 6) et de l'article 21 : 3 si les parties ne parviennent pas à un accord (note 12 du Mémoire).

¹⁴⁷ Selon l'article 5 : 6, le Directeur général pourra « *offrir ses bons offices, sa conciliation ou sa médiation en vue d'aider les Membres à régler leur différend* ». De même, le Président de l'ORD effectuera également les bons offices, la conciliation et la médiation sur la demande d'un pays moins avancé partie (article 24 : 2).

¹⁴⁸ Article 11.

¹⁴⁹ Article 17 : 1.

¹⁵⁰ Article 19 : 1.

que l'ORD.

Ces consultations ¹⁵¹ constituent la première phase du système de règlement des différends interétatiques de l'OMC. Elles sont prévues à l'article 4 du Mémoire qui stipule, avant de détailler des aspects procéduraux, que « **chaque Membre s'engage à examiner avec compréhension toutes représentations que pourra lui adresser un autre Membre au sujet de mesures affectant le fonctionnement de tout accord visé prises sur son territoire et à ménager des possibilités adéquates de consultation sur ces représentations** » ¹⁵². Le Mémoire précise que « **les Membres affirment leur résolution de renforcer et d'améliorer l'efficacité des procédures de consultation utilisées par les Membres** » ¹⁵³; ce faisant, ce texte affirme une continuité entre ces consultations et celles qui existaient déjà dans le cadre du GATT de 1947 ¹⁵⁴ et donne implicitement une définition des consultations : elles sont une phase de discussions entre Etats opposés par un différend.

Ces consultations se caractérisent par leur institutionnalisation visible à travers le rôle que joue l'ORD dans cette phase. En effet, cette dernière est encadrée par une exigence procédurale particulière : la notification ¹⁵⁵, qui est double. D'une part, l'article 4 : 4 prévoit que « **toutes les demandes de consultations de ce type seront notifiées à l'ORD et aux Conseils et Comités compétents par le Membre qui demande l'ouverture de consultations** ». La discussion qui peut s'instaurer entre Etats séparés par un différend est donc précédée de formalités. L'Etat plaignant ne peut se contenter d'adresser une simple demande de consultations à l'Etat qui est à l'origine de la mesure en cause mais doit aussi informer l'ORD de cette démarche. Il conserve des rapports directs avec l'Etat partie au conflit car il lui adresse directement cette demande et les instances de l'OMC n'interviennent pas pour transmettre et donc éventuellement filtrer à la base les demandes

¹⁵¹ Appelée par le Mémoire « consultations », cette discussion est prévue dans son article 4 et concerne les rapports entre Etats membres parties à un même différend. Le terme de « consultations » est également prévu dans de nombreux autres articles mais il s'applique plus généralement aux discussions que les Membres peuvent entretenir avec les instances de l'OMC et n'a donc pas la signification des discussions interétatiques en vue du règlement d'un différend.

¹⁵² Paragraphe 2. Comme le précise l'article premier du Mémoire, « les règles et procédures du présent mémorandum d'accord s'appliqueront aux différends soumis en vertu des dispositions relatives aux consultations et au règlement des différends des accords énumérés à l'Appendice 1 du présent mémorandum d'accord (dénommés dans le présent mémorandum d'accord "accords visés") ».

¹⁵³ Article 4 : 1.

¹⁵⁴ Par ce premier paragraphe, les Membres affirment une continuité avec le GATT 47 qui prévoyait déjà la possibilité de consultations. Voir sur ce point : 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*, éditions Bruylant, coll. Organisation internationale et Relations internationales, Bruxelles, 1993, pp. 34-36. Voir également la thèse de doctorat, citée par M. Canal-Forgues, de J.L. Coste, *Le règlement des différends au G.A.T.T.*, Lyon III, 1989, dans laquelle l'auteur procède à une typologie des consultations.

¹⁵⁵ Cette exigence procédurale n'est pas unique dans la phase des consultations. Elle est liée à une autre exigence : les conditions de délais, étudiées dans le Titre suivant (Chapitre I, Section 2).

de consultations. Cependant, par l'obligation de notification, l'ORD entre de façon systématique dans cette phase des consultations. Cette obligation de notification a deux effets : une information car, la demande de l'Etat plaignant parvenant à l'ORD composé des représentants de tous les Etats Membres de l'OMC, les Etats tiers peuvent être au fait de l'existence de cette demande et de sa teneur, et ainsi se déterminer sur leur éventuelle participation¹⁵⁶ ; une obligation formelle de motivation de la demande car celle-ci doit contenir des précisions quant aux mesures visées par l'Etat plaignant et un fondement d'ordre juridique¹⁵⁷.

D'autre part, le Mémoire prévoit dans son article 3 : 6 que « **les solutions convenues d'un commun accord pour régler des questions soulevées formellement au titre des dispositions des accords visés relatives aux consultations et au règlement des différends seront notifiées à l'ORD et aux Conseils et Comités compétents, devant lesquels tout Membre pourra soulever toute question à ce sujet** ». Ici encore, l'ORD est impliqué de manière systématique dans ces consultations lorsque celles-ci s'achèvent par la résolution du différend. Cette affirmation doit cependant être nuancée : l'article 3 prévoyant cette notification est consacré comme l'indique son titre aux « **dispositions générales** » et le mécanisme qu'il prévoit n'est pas encadré par une procédure stricte qui aurait pu rendre plus rigoureux le système de notification ; en outre, cette dernière notification n'est cependant pas automatique mais ne concerne que la moitié des affaires réglées à l'amiable¹⁵⁸. Pourtant, le Président de l'ORD a rappelé dès 1995 « **qu'il importait, à ce stade de mise en place des pratiques de l'ORD, que les Membres envisagent la nécessité de faire connaître officiellement non seulement le début des différends mais aussi leur règlement". Ce précédent n'avait pas été suivi. Le Président a invité les Membres à mettre en oeuvre intégralement les dispositions de l'article 3: 6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends pour assurer la transparence la plus complète en matière de règlement des différends** »¹⁵⁹.

Par conséquent, la notification double a une fonction « **institutionnalisatrice** » des discussions menées dans le cadre des consultations, en raison de la participation de l'ORD qui est le destinataire de toutes les notifications. Si quelques défaillances sont notables dans cette notification et s'il n'existe pas d'organe particulier autre que l'ORD appuyant cette institutionnalisation, c'est parce que le principe même de ces consultations est la discussion libre entre parties à un différend. Il reste que cette institutionnalisation, fondée sur la présence de l'ORD, peut contribuer à constituer les prémices d'une assise organique juridictionnelle du système mémorandaire de règlement des différends puisque

¹⁵⁶ L'article 4 : 11 prévoit la participation sous certaines conditions de Membres tiers aux consultations. Cette disposition est utilisée dans la moitié des affaires et il n'est pas rare que les demandes de participations en qualité de tiers soient multiples pour une même procédure de consultations.

¹⁵⁷ Le Mémoire prévoit en effet que « *toute demande de consultations sera déposée par écrit et motivée ; elle comprendra une indication des mesures en cause et du fondement juridique de la plainte* ».

¹⁵⁹ Le compte-rendu de la réunion de l'ORD du 15 mai 1996 fait état de cette déclaration du Président de l'ORD qui rappelle avoir tenu le propos qu'il cite en juillet 1995. Voir le document WT/DSB/M/15, p. 6.

UNE NOUVELLE JURIDICTION INTERNATIONALE : LE SYSTÈME DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS INTERÉTATIQUES DE L'O.M.C.

le concept de juridiction implique que l'agent de règlement des différends soit un organe institutionnalisé.

Certes, la fonction administrative de l'ORD ne lui permet pas de jouer réellement un rôle d'agent de règlement. Mais cette fonction lui attribue un rôle de catalyseur de dialogue interétatique voire, par voie de conséquence, de catalyseur de solution convenue d'un commun accord entre les parties au différend. Cette fonction opérationnelle minimale n'est pas très éloignée de celle d'un juge national qui permettrait une confrontation entre parties opposées dans un but par exemple transactionnel¹⁶⁰. Ce faisant, l'ORD institutionnalise les consultations et les intègre dans le système plus vaste du règlement des différends mémorandaires dont l'éventuelle juridictionnalité pourra rejaillir sur cette première phase, alors même que ce procédé de discussions interétatiques peut être *a priori* qualifié de diplomatique et non de juridictionnel. La consultation, par le biais de l'institutionnalisation, entre grâce à la fonction administrative de l'ORD dans le giron d'un mécanisme général qui pourra plus logiquement être qualifié de juridictionnel. L'institutionnalisation semble constituer l'équilibre qui a pu être trouvé entre la rigueur d'un mécanisme complet de règlement des différends et l'incontournable respect des souverainetés étatiques dans le processus de consultations.

¹⁵⁸ Sur les 295 plaintes notifiées à l'OMC entre le 1^{er} janvier 1995 et le 26 juin 2003, les consultations en cours concernent 116 affaires. 43 affaires ont fait l'objet de solutions convenues d'un commun accord et 24 sont considérées comme des « *autres différends réglés à l'amiable ou en suspens* », soit 67 affaires susceptibles de s'être conclues formellement par la notification à l'ORD d'une solution convenue d'un commun accord, comme le prévoit l'article 3 : 6 du Mémoire (Voir sur ces chiffres l'« *état des différends soumis à l'OMC* », WT/DS/OV/14 du 30 juin 2002). Sur ces 67 affaires, 37 ont réellement eu pour conclusion formelle cette notification. Les autres affaires ont bien souvent une conclusion amiable à la forme particulière, et non seulement une notification informelle à l'ORD. Par exemple, les conclusions suivantes sont envisageables : retrait de la demande d'établissement du groupe spécial dans les affaires DS1, DS13 (dans laquelle plusieurs demandes successives ont été formulées puis retirées devant l'ORD ou devant le Secrétariat), DS89 (retrait temporaire puis définitif), DS106, DS181, et DS240 ; interruption sur demande du plaignant de la constitution du groupe spécial dans les affaires DS32, DS35 et DS227 ; déclaration conjointe ou séparée des parties au cours d'une réunion de l'ORD dans les affaires DS6 et DS39 ; règlement paraissant avoir été fait par voie bilatérale sans notification officielle dans les affaires DS15 et DS228 ; règlement après une demande d'établissement d'un groupe spécial sans désignation effective de ses membres dans l'affaire DS9 ; affaires semblant implicitement jointes à une autre affaire dans DS16, DS17, DS25 et DS101 ; conclusion par notification unilatérale du plaignant considérant que les consultations ne sont plus nécessaires dans l'affaire DS23 ; caducité du pouvoir conféré au groupe spécial après suspension des travaux du groupe spécial à la demande du plaignant en vertu de l'article 12 : 12 du Mémoire dans les affaires DS38, DS77, DS88 et 95 ; communiqués officiels émis par l'administration de l'Etat défendeur (DS49) ou plaignant (DS57) ; notification commune des deux parties au Secrétariat (DS93) ; « *arrangement provisoire* » signifié à l'ORD par deux communications distinctes des parties (DS193). Seules les affaires suivantes ont été formellement conclues par une notification officielle telle que la prévoit le Mémoire dans son article 3 : 6 : DS5, DS7, 12 et 14, DS19, DS20, DS21, DS28, DS36, DS37, DS40, DS42, DS43, DS72 (pour laquelle la notification est intervenue après plusieurs suspensions des travaux du groupe spécial en vertu de l'article 12 : 12), DS73, DS74 et 102, DS83, DS85, DS86, DS91, 92, 94 et 96, DS99 (pour laquelle une solution d'un commun accord a été notifiée alors que le groupe spécial reconvoqué au nom de l'article 21 : 5, après rapport adopté du premier groupe spécial, était en activité), DS103 et 113, DS119, DS124, DS125, DS151, DS190, DS198, DS199, DS210, DS235 et DS237.

¹⁶⁰ Une qualification plus précise de cette phase des consultations au sein du système mémorandaire est formulée dans la Section suivante ainsi que dans le Titre suivant (Chapitre I, Section 2).

Aussi faut-il distinguer, dans la mise en évidence de cette matière organique créée de toute pièce par le Mémorandum, les entités administratives des entités opérationnelles. Si toutes administrent les règles et procédures mémorandaires, seuls les groupes spéciaux et l'Organe d'appel, en leur qualité préétablie d'organes opérationnels, joueront un rôle majeur dans la mise en évidence d'une possible juridictionnalité du système de règlement des différends qu'organise le Mémorandum. La qualification organique d'une juridiction ne peut se contenter d'organes administratifs qui gèrent des règles et procédures organisant un mécanisme de règlement des différends extérieur à leur participation matérielle. Elle nécessite au contraire l'identification d'organes agissant sur les questions matérielles que pose le différend, ce qu'opèrent les groupes spéciaux et l'Organe d'appel¹⁶¹. Par ailleurs, l'ORD peut être considéré comme indirectement opérationnel dans sa fonction particulière lors de la phase des consultations, car il institutionnalise cette phase par sa centralité dans le mécanisme de notification. Il ne faut donc considérer dans l'identification organique d'une juridictionnalité du système mémorandaire que les groupes spéciaux et l'Organe d'appel¹⁶², ainsi que l'ORD dans une moindre mesure quand il s'agira de traiter de la phase des consultations. La présence effective et les fonctions administratives précises des autres organes internes de l'OMC n'aura pour intérêt que de renforcer la consistance organique du système de règlement des différends organisé par le Mémorandum ; elles montreront simplement que les instances opérationnelles de règlement disposent d'une administration d'appui effective¹⁶³.

L'existence des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel est prévue par le Mémorandum¹⁶⁴. Les groupes spéciaux qui existaient déjà sous la dénomination de panels dans le cadre du GATT de 1947 sont donc « **désormais institutionnalisés** »¹⁶⁵ et l'Organe d'appel, création des fondateurs de l'OMC, bénéficie d'une attention particulière dans le texte l'instituant¹⁶⁶. De plus, l'existence des groupes spéciaux¹⁶⁷ et de l'Organe d'appel est effective dans la pratique¹⁶⁸, de même que la procédure de notification à l'ORD lors de la phase des consultations¹⁶⁹. Cette considération suffit à

¹⁶¹ Bien entendu, cette condition ne se fonde que sur une première lecture du Mémorandum et ne contribue qu'à la clarification de ce texte. La fonction matérielle précise de ces deux organes dans le règlement des différends interétatiques au sein de l'OMC est un thème d'étude majeur traité tout au long du présent travail.

¹⁶² M. Andrianarivony reconnaît également que les instances principales de règlement sont le groupe spécial et l'Organe d'appel, bien qu'aucune démonstration ne vienne étayer son propos. Se reporter à sa Thèse, *L'émergence progressive d'une juridiction internationale des échanges...*, op. cit., pp. 25-26.

¹⁶³ A l'instar de l'administration de la justice existant dans le fonctionnement judiciaire interne.

¹⁶⁴ Voir pour les groupes spéciaux à titre principal les articles 6 à 16 du Mémorandum.

¹⁶⁵ V. Pace, *L'Organisation Mondiale du Commerce et...*, op. cit., pp. 195-196.

¹⁶⁶ Voir, pour l'Organe d'appel, l'article 17.

¹⁶⁹ Il suffit pour s'en convaincre de comptabiliser toutes les notifications de demande de consultations adressées par les plaignants à l'ORD. Au 26 juin 2003, le nombre de ces notifications est de 295.

montrer la présence d'entités, propres à l'Organisation, qui constituent le critère organique constitutif d'une juridiction. Qu'elles soient administratives ou opérationnelles, toutes ces entités attribuent une consistance organique certaine au système de règlement des différends que le Mémoire organise ; mais leur distinction permet de réduire l'apparente complexité organique du Mémoire et de dégager plus particulièrement une assise organique à la juridictionnalité de ce système de règlement : seules les secondes entités servent à l'établissement d'une consistance juridictionnelle, les premières ne constituant que leur appui administratif.

Le second membre de la dualité organique précédemment constatée est constitué par des mécanismes classiques de règlement des différends interétatiques que connaît le droit international public général et que le Mémoire inclut formellement dans le système de règlement qu'il organise. Ils sont au nombre de deux : d'une part les bons offices, conciliation et médiation¹⁷⁰ et, d'autre part, l'arbitrage¹⁷¹.

¹⁶⁷ Au 26 juin 2003, sur 295 affaires déclarées à l'ORD depuis la mise en application du Mémoire, 62 ont été réglées sans qu'aucun rapport de groupe spécial ne soit adopté par l'ORD et 3 ont été réglées *in fine* à l'amiable malgré l'adoption d'un tel rapport (DS99, DS103 et 113). Au total, 71 rapports de groupe spécial ont été rédigés concernant 87 affaires distinctes. Les affaires restantes sont celles encore en suspens à cette date, n'ayant toujours pas bénéficié d'un règlement définitif. Plus de la moitié des affaires définitivement réglées ont vu l'intervention effective d'un groupe spécial. En outre, 12 rapports du groupe spécial initial reconvoqué au titre de l'article 21 : 5 ont été rendus. Il faut ajouter qu'à la même date, 18 groupes spéciaux étaient en activité, un rapport de groupe spécial était rédigé mais non encore adopté et un dernier faisait l'objet d'un appel. Voir *L'Etat des différends soumis à l'OMC* du 26 juin 2003, WT/DS/OV/14. Par ailleurs, ces chiffres ne prennent pas en considération les groupes spéciaux qui ont été établis mais n'ont pas commencé leur activité du fait de l'intervention d'une solution amiable (9), de même que les groupes spéciaux dont le travail a été suspendu au titre de l'article 12 : 12 et dont l'établissement est devenu caduc (6). Il faut noter que certains groupes spéciaux ont vu leur travail être suspendu et finalement arrêté du fait d'une solution amiable que lesdits groupes ont tout de même rendu un rapport succinct sur l'affaire dont ils étaient saisis.

¹⁶⁸ Au 26 juin 2003, 48 rapports de l'Organe d'appel ont été rédigés sur 61 affaires. De plus, 7 rapports de l'Organe d'appel au titre de cet article 21 : 5 ont été rendus concernant 9 affaires. Ces chiffres confirment les conclusions de M. Pace qui constatait en 2000 que l'Organe d'appel a une « *charge de travail, considérable, (...) appelée à augmenter encore davantage* » (*in L'Organisation Mondiale du Commerce et...*, *op. cit.*, pp. 207 et 211).

¹⁷⁰ Les bons offices, conciliation et médiation sont prévus à l'article 5 du Mémoire. Le terme de conciliation est également employé dans le paragraphe 10 de l'article 3 du Mémoire mais il a dans ce dernier cas une signification différente puisqu'il est question dans cet article des « *dispositions générales* ». L'expression « *les demandes de conciliation et le recours aux procédures de règlement des différends* » doit s'entendre comme une distinction entre, d'une part, les procédures à caractère diplomatique de règlement des différends, procédures destinées à l'élaboration d'une solution mutuellement convenue entre les parties, au besoin en ayant recours à l'intervention d'un tiers offrant son aide pour l'obtention d'une telle solution et, d'autre part, les procédures faisant intervenir les instances de l'OMC pour un règlement plus contraignant en cas d'échec des parties dans leur recherche d'une solution amiable. Cette interprétation correspond bien à l'esprit du Mémoire car son article 3 : 7 prévoit que « *le but du mécanisme de règlement des différends est d'arriver à une solution positive des différends. Une solution mutuellement acceptable pour les parties et compatible avec les accords visés est nettement préférable* », « *le mécanisme de règlement des différends* » n'agissant qu'en « *l'absence d'une solution mutuellement convenue* ». Aussi l'utilisation dans l'article 3 : 10 de l'expression « *conciliation* » peut-elle sembler maladroite car elle contribue à une certaine confusion des dispositions du Mémoire, du moins concernant la bonne compréhension institutionnelle du système de règlement des différends que ce texte organise.

En premier lieu, le Mémorandum contient un article 5 intitulé « **bons offices, conciliation et médiation** »¹⁷². Ce titre appelle naturellement l'existence d'organes participant à ces mécanismes : une entité offrant ses bons offices, un conciliateur et un médiateur. Aucune définition n'est donnée par le Mémorandum concernant ces trois points. De plus, l'article 5, de son intitulé à l'ensemble de ses paragraphes, les traite simultanément ; aucune distinction n'est faite entre les bons offices, la conciliation et la médiation au sein de cette disposition. La raison de cette double constatation paraît simple : ces trois mécanismes sont des modes interétatiques de règlement des différends déjà parfaitement connus, ayant un caractère traditionnel dans le domaine du droit international public. Il s'agit en effet de « **procédures diplomatiques** » qui « **appartiennent à l'arsenal des modes de règlement les plus classiques et les plus anciens** »¹⁷³. Les bons offices et la médiation sont deux modes « **d'origine coutumière (...) codifiés par les Conventions de La Haye du 29 juillet 1899 et du 18 octobre 1907** », et « **la consécration du procédé de la conciliation a été apportée par la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités** »¹⁷⁴.

Encore faut-il établir avec certitude la similitude totale entre ces mécanismes prévus par le Mémorandum et les mécanismes du même nom que le droit international public général connaît classiquement. Cette démarche semble à première vue malaisée puisque le Mémorandum rassemble dans le même article les trois mécanismes, avec un intitulé unique, et ne les distingue pas dans le corps de cet article quant aux procédures qui leur sont applicables. Trois mécanismes d'apparence complexe, puisque traitant des rapports entre Etats souverains dans le cadre d'un différend, sont contenus dans un seul article qui, par ailleurs, n'est pas très long.

Cependant, la présomption d'un accord total entre cet article 5 et les règles coutumières du droit international est forte. D'abord, le silence de définition du Mémorandum ne s'accompagne pas de dispositions nombreuses et denses traitant des fondements, des conditions d'application ou encore de procédures strictes et précises, applicables aux bons offices, à la conciliation ou à la médiation. Cette démarche textuelle

¹⁷¹ Trois procédures distinctes d'arbitrage sont prévues par le Mémorandum, aux articles 21 : 3 c) pour la fixation du délai de mise en œuvre des recommandations et décisions de l'ORD, 22 : 6 concernant le niveau de suspension des concessions ou d'autres obligations faisant suite à la non-conformation de la partie non respectueuse des accords OMC aux recommandations et décisions de l'ORD, et 25 pour une procédure alternative de règlement des différends.

¹⁷² Force est de constater une certaine incohérence du Mémorandum. D'abord, les trois mécanismes ne sont pas distingués, comme le note M. Merrills (*in International Dispute Settlement*, Cambridge University Press, Third Edition, 1998, p. 216). Surtout, ce texte traite de ces trois mécanismes de règlement dans un ordre particulier. Ce texte, en effet, parle constamment des « *bons offices, conciliation et médiation* » alors qu'il aurait été plus rigoureux d'adopter comme ordre la variation croissante de l'intensité de participation des tiers au règlement du différend et, ainsi, plutôt traiter des « *bons offices, médiation et conciliation* ». Cette démarche aurait permis une meilleure lisibilité du Mémorandum sur ce point. Le présent propos reprendra l'ordre donné par le Mémorandum, par souci de clarté par rapport à l'étude de ce texte et de la pratique en découlant.

¹⁷³ P.-M. Dupuy, *Droit international public*, Dalloz, 4^{ème} édition, Paris, 1998, p. 467.

¹⁷⁴ P. Daillier et A. Pellet (N. Quoc Dinh †), *Droit international public*, L.G.D.J., E.J.A., 7^{ème} éd., Paris, 2002, pp. 833 et 837 □ 838.

laisse supposer la connaissance généralisée de ces procédures à caractère coutumier. Le paragraphe 1^{er} dudit article confirme cette démarche en affirmant que « **les bons offices, la conciliation et la médiation sont des procédures qui sont ouvertes volontairement si les parties au différend en conviennent ainsi** » et cette désignation semble participer à l'intégration au sein du Mémoire de mécanismes déjà existants dont la concrétisation est subordonnée à la volonté des Etats opposés par un conflit.

Enfin, cette présomption paraît être confirmée par l'article 3 : 2 du Mémoire qui dispose que le système de règlement des différends de l'OMC « **a pour objet de préserver les droits et les obligations résultant pour les Membres des accords visés, et de clarifier les dispositions existantes de ces accords conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public** ». Il n'est pas fait explicitement référence à la clarification de la disposition consacrée aux bons offices, à la conciliation et à la médiation par les « **règles coutumières d'interprétation du droit international public** », mais le principe est affirmé d'une confrontation entre les « **accords visés** » et le droit international public. Or, le Mémoire figure bien dans la liste de ces accords¹⁷⁵ et la reconnaissance de l'application de « **règles coutumières** » du droit international pour ce texte permet de penser qu'est confirmée une identité entre ces trois mécanismes prévus par le Mémoire et ceux dont l'existence est avérée en droit international.

En réalité, il n'est pas expressément précisé que les dispositions du Mémoire doivent s'interpréter à la lumière des règles du droit international public. Mais la mise en parallèle flagrante des dispositions du Mémoire et de ces « **règles coutumières** » montre une volonté non équivoque des Membres de prendre en considération et d'utiliser l'acquis juridique international et non de s'en démarquer systématiquement. Le Mémoire ne peut donc que refléter cette volonté et ses dispositions ne sauraient être distinctes voire contraires de manière automatique aux coutumes du droit international. La présomption d'une identité entre, d'un côté, les bons offices, la conciliation et la médiation, et, de l'autre, les mécanismes coutumiers du droit international, est donc confirmée.

De la sorte, le Mémoire procède à l'institutionnalisation des mécanismes coutumiers de bons offices, conciliation et médiation dans un système plus vaste de règlement des différends tel qu'organisé par le Mémoire. Pour autant, ces trois mécanismes ne suffisent pas à justifier la participation d'entités particulières à une consistance organique pouvant caractériser une juridiction. Au contraire, leur centralité pourrait faire perdre au système mémorandaire sa juridictionnalité organique dans la mesure où les bons offices, la conciliation et la médiation sont unanimement rangés parmi les modes diplomatiques – par opposition aux modes juridictionnels – de règlement des différends interétatiques¹⁷⁶. Elle pourrait affirmer ainsi l'absence – ou du moins l'atténuation conséquente – d'une juridictionnalité appliquée au système mémorandaire.

¹⁷⁵ Le paragraphe 1^{er} de l'article 1^{er} du Mémoire établit que les « *accords visés* » sont ceux qui sont énumérés à l'Appendice 1 dudit Mémoire, appendice qui précise que l'« *Annexe 2 : Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends* » est l'un des « *accords visés* ».

¹⁷⁶ Voir pour exemple P. Daillier et A. Pellet (N. Quoc Dinh †), *op. cit.*, pp. 821-927.

Le système mémorandaire s'inscrirait ainsi dans la continuité du mécanisme de règlement des différends du GATT de 1947 brillamment qualifié par M. Canal-Forgues de conciliation quasi judiciaire ¹⁷⁷.

Cependant, cette centralité ne saurait être affirmée. En effet, bien qu'explicitement prévue par le Mémorandum dans son article 5 comme un mécanisme à part entière et apportant à ce titre un aspect novateur au système de règlement des différends au sein de l'OMC en comparaison du système ayant eu cours au sein du GATT de 1947, cette conciliation ¹⁷⁸ ne constitue qu'un mécanisme alternatif. Elle ne fait que s'ajouter, du fait d'une volonté commune des parties à un différend, aux divers autres mécanismes de règlement que le Mémorandum prévoit. Concernant l'identité des tiers participant au règlement des différends, cet article 5, en se référant aux mécanismes traditionnels de bons offices, de médiation et de conciliation, accepte implicitement l'entremise d'Etats et d'organes tiers, la libre volonté commune des Etats parties au différend désignant précisément pour chaque cas d'espèce l'entité extérieure au différend participant à sa résolution. Les parties à un différend ayant choisi la conciliation peuvent opter pour un organe de leur choix, pour une commission de conciliation qu'ils choisiront librement et qui n'aura pas forcément de rapport avec le système mis en place par l'OMC.

Cependant, le caractère alternatif du mécanisme conciliatoire pourrait être décisif. En effet, le Mémorandum semble ménager aux parties, en leur laissant le choix du mode de conciliation pour la résolution de leurs différends, une porte de sortie du système que ce texte organise. Cette issue est explicitement offerte aux Etats par la possibilité de choisir la conciliation, ce mécanisme étant explicitement inscrit dans le texte du Mémorandum. Néanmoins, cette institutionnalisation de la conciliation est paradoxale : d'un côté, elle en fait un mécanisme central en lui attribuant le statut de « **porte de sortie** » du système et, de l'autre côté, elle lui impose la concurrence d'un système de règlement intégré, voire renforcé et exclusif ¹⁷⁹. Or, la conciliation est soumise, dans son enclenchement comme dans son déroulement, à la volonté commune des parties au différend. Les Etats ne peuvent sortir efficacement du système mémorandaire que d'un commun accord, par intérêt unilatéral convergent d'éviter le recours au groupe spécial et par volonté bilatérale d'un règlement conciliatoire. La soumission de ce règlement à la volonté commune de parties opposées rend ce règlement non-viable, et ce d'autant plus qu'un système intégré et renforcé le concurrence directement. Le plaignant n'aura que peu d'intérêt à demander au défendeur la conciliation dans la mesure où celle-ci aura toutes les chances d'aboutir à un ralentissement du règlement, voire à un blocage de la procédure ; il préférera un mode de règlement plus contraignant pour le défendeur. De même, à supposer que le plaignant

¹⁷⁷ Cette qualification est établie par M. Canal-Forgues dans sa Thèse, *L'institution de la conciliation...* Voir en particulier pp. 581-583.

¹⁷⁸ Le présent propos se consacre essentiellement à l'étude de la conciliation, dans la mesure où celle-ci constitue la question principale de la catégorisation du système mémorandaire, puisqu'elle est le mode de règlement caractéristique du mécanisme prédécesseur du système OMC (voir *supra*). En outre, la conciliation est sans doute le mode de règlement diplomatique le moins éloigné du mode juridictionnel, et ce d'autant plus qu'elle a pu être qualifiée de « quasi judiciaire » dans le cadre du GATT de 1947. Néanmoins, les présents développements axés sur la conciliation s'appliquent également aux mécanismes des bons offices et de la médiation.

formule une telle demande de conciliation, le défendeur, sûr de son bon droit, ne voudra pas d'un mécanisme diplomatique ; il préférera que son comportement ne fasse pas l'objet d' » **arrangements** » mais que sa « **légalité** » soit consacrée par un mode de règlement intégré.

Aussi, en conciliant le caractère diplomatique de la conciliation et la concurrence exercée par le processus mémorandaire normal, l'institutionnalisation a pour effet de marginaliser la conciliation. De la sorte, la porte de sortie que celle-ci constitue ne sera pas empruntée par les Membres qui n'auront aucun intérêt particulier à le faire. La pratique confirme ce désintéressement généralisé des Membres pour la conciliation puisque cette dernière n'a jamais été employée comme mode de règlement des différends au sein de l'OMC. Cette sortie du système commun de règlement prévu par le Mémorandum était difficilement cohérente par rapport au caractère intégré, voire renforcé et exclusif, que ce système, novateur sur ces trois points, semble revêtir selon une opinion largement formulée par les analyses doctrinales du système mémorandaire¹⁸⁰. Elle est ineffective en pratique. Les rédacteurs du Mémorandum ayant ainsi marginalisé la conciliation par une institutionnalisation paradoxale, cette conciliation ne peut plus constituer la grille de lecture du nouveau mécanisme de règlement des différends de l'OMC, alors qu'elle le pouvait dans le cadre du GATT de 1947, comme l'a établi M. Canal-Forgues.

Cette marginalisation soutient le souci de recherche d'une nouvelle grille de lecture remplaçant la conciliation périmée, à savoir la juridiction, comme semble déjà implicitement le supposer M. Canal-Forgues quand il affirme en conclusion de sa thèse sur le GATT que « **la nouvelle régulation internationale des échanges commerciaux (...) pourrait (...) bénéficier de l'appui d'un système de règlement des différends "intégré" dans le cadre duquel un organe spécifique, de préférence permanent et composé de professionnels du droit et du commerce, serait chargé d'assurer notamment la consistance et la cohérence des interprétations relatives aux dispositions de fond des divers accords conclus** »¹⁸¹.

Par conséquent, les bons offices, la conciliation et la médiation ne sauraient

¹⁷⁹ De nombreux auteurs établissent le caractère intégré, voire renforcé et/ou exclusif du système organisé par le Mémorandum. Voir pour exemples : T. Flory, « Chronique de Droit international économique- Commerce international », *A.F.D.I.* XXXIX, 1993, pp. 758-762 ; T. Flory, « Remarques à propos du nouveau système commercial mondial issu des accords du cycle d'Uruguay », *J.D.I.* 4, 1995, pp. 882-884 ; E. Canal-Forgues, « Le système de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce », *R.G.D.I.P.*, 1994, pp. 692-694 ; Y. Renouf, « Le règlement des litiges », in T. Flory (Sous la direction de), *La Communauté européenne et le GATT. Evaluation des accords du cycle d'Uruguay*, Travaux de la Commission pour l'étude des Communautés européennes, publications du Centre de Recherches Européennes, Université Rennes I, éditions Apogée, Rennes, 1995, p. 47 ; H. Ruiz Fabri qui se réfère à un rapport de l'Organe d'appel rappelant le caractère intégré du système, in « L'appel dans le règlement des différends de l'OMC : trois ans après, quinze rapports plus tard », *R.G.D.I.P.*, Pedone, Paris, Tome 103, 1999, p. 98 ; M.N. Andrianarivony, *L'émergence progressive d'une juridiction internationale des échanges...*, *op. cit.*, pp. 288-408.

¹⁸⁰ Voir note précédente.

¹⁸¹ E. Canal-Forgues, *L'institution de la conciliation...*, p. 584.

constituer les mécanismes classiques du droit international public assurant l'assise organique d'un système mémorandaire de nature juridictionnelle. Tout au plus peuvent-ils être considérés comme des compléments au mécanisme des consultations. Comme celles-ci, ils se caractérisent par un principe de libre volonté commune des parties, cette fois-ci assisté d'un organe tiers qui, à des degrés divers, a pour fonction de faciliter l'obtention d'un accord bilatéral sur le règlement du différend¹⁸². A ce titre, ils pourraient être assimilés à un mécanisme de médiation tel que les systèmes juridictionnels nationaux le prévoient généralement ; ce mécanisme serait géré par le Directeur général de l'OMC ou par le Président de l'ORD qui ne se comporteraient ainsi plus comme des entités administratives mais opérationnelles du règlement des différends. Cette médiation particulière compléterait le mécanisme transactionnel que la phase des consultations organise. En effet, **« ces procédures peuvent être actionnées à tout moment et il peut y être mis fin à tout moment. Elles peuvent même continuer pendant l'examen du litige par un groupe spécial si les parties le décident, des règles de 'coexistence' des procédures étant aménagées. Mais il est clair que la période privilégiée pour y recourir est, dans l'esprit du Mémoire, la phase des consultations et qu'il s'agit d'un préalable à la constitution d'un groupe spécial »**¹⁸³.

Néanmoins, même cette hypothèse doit être invalidée. L'institutionnalisation des bons offices, de la conciliation et de la médiation n'est que le fait du Mémoire. Jusqu'à présent, ces mécanismes n'ont pas été utilisés par les Etats parties aux nombreux différends qui ont été traités. La multiplicité des tiers participant à la phase des consultations peut, certes, faire croire à l'application informelle de mécanismes tels que les bons offices ou la médiation, en raison de l'action que les tiers sont susceptibles de jouer dans les discussions interétatiques. De même, la conciliation pourrait être le fait de ces Etats tiers, même si elle nécessite généralement la participation comme tiers d'un organe préconstitué¹⁸⁴. Cependant, l'action informelle de tiers pendant les consultations ne saurait être assimilée à une application de l'article 5 du Mémoire. Celui-ci, en offrant les services du Directeur général¹⁸⁵ et en prévoyant que les tiers participant aux

¹⁸² Dans le cadre des bons offices, de la conciliation et de la médiation, les tiers sont étrangers au différend, par opposition à la phase des consultations au cours de laquelle des Etats pouvaient se considérer comme impliqués dans la question posée par le différend et se joindre en leur qualité de tierces parties aux discussions concernant le litige. Dans ce dernier cas, ils ne pouvaient être considérés comme simples tiers qu'au début de la phase des consultations, c'est-à-dire lorsque était adressée une demande déclenchant cette phase, mais étaient par la suite des tierces parties au différend puisque participant aux discussions sous certaines conditions. Dans le cadre de la phase des bons offices, conciliation et médiation, ces tiers n'ont aucun rapport direct avec le conflit, ne sont pas des tierces parties, et leur aide extérieure est sollicitée par les Etats parties. Cette différence fondamentale particularise la phase des bons offices, conciliation et médiation de la phase des consultations.

¹⁸³ H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », *J.D.I.* 3, 1997, p. 720.

¹⁸⁴ Généralement, la conciliation est le fait de « commissions composées de personnes ayant la confiance des Parties » (P.-M. Dupuy, *op. cit.*, p. 469), d'un « organe, pré-constitué ou accepté par les parties à l'occasion d'un litige » (P. Daillier et A. Pellet (N. Quoc Dinh †), *op. cit.*, 2002, pp. 836).

¹⁸⁵ Article 5 : 6.

consultations doivent avoir « **un intérêt commercial substantiel dans les consultations** »¹⁸⁶, semble implicitement considérer que les Etats tiers à un différend ne sont pas à même de constituer le tiers indispensable au bon déroulement d'un mécanisme de bons offices ou de médiation.

L'ineffectivité de l'article 5 est confirmée par le Directeur général adjoint de l'OMC. Au cours de la réunion de l'ORD du 20 juin 2001, ce dernier « **a fait remarquer que, à ce jour, presque tous les différends concernant les dispositions des accords visés avaient été réglés par le biais de la procédure de groupe spécial. L'article 5 du Mémoire d'accord prévoyait le recours aux bons offices, à la conciliation et à la médiation mais cette disposition n'avait pas été utilisée depuis l'institution de l'OMC. Comme le Directeur général était d'avis qu'il fallait ménager aux Membres toutes les possibilités de régler leurs différends par voie de négociation chaque fois que cela était possible, le Directeur général souhaitait appeler l'attention des Membres sur le fait qu'il était prêt à les aider en rendant opérationnel l'article 5** »¹⁸⁷. Depuis cette date, l'article 5 n'a toujours pas été activé par les Etats, malgré la volonté contraire explicite du Directeur général.

Par conséquent, la consistance organique qui peut être attribuée au système de règlement des différends au sein de l'OMC ne saurait être mise en évidence par l'institutionnalisation de mécanismes classiques de règlement comme peuvent l'être les bons offices, la conciliation et la médiation. L'ineffectivité réelle de ces mécanismes ainsi que leur marginalisation au sein du système mémorandaires s'opposent à leur institutionnalisation textuelle. Les entités susceptibles d'offrir leurs bons offices, leur conciliation ou leur médiation ne s'ajoutent pas en pratique aux autres organes ayant une fonction opérationnelle dans le règlement des différends organisé par le Mémoire.

En second lieu, un dernier organe peut être identifié par l'existence d'une procédure traditionnelle du droit international public reprise par le Mémoire et intégrée dans le système de règlement des différends interétatiques qu'il organise : il s'agit de l'arbitre incorporé au système de règlement des différends par les articles 25, 22 : 6 et 21 : 3 qui définissent trois mécanismes distincts d'arbitrage¹⁸⁸. Leur fonction opérationnelle et, partant, leur contribution à la réalité organique d'une juridiction doit être précisée pour

¹⁸⁶ Article 4 : 11.

¹⁸⁷ WT/DSB/M/106, p. 17.

¹⁸⁸ Une classification est parfois adoptée. Elle distingue entre la procédure d'arbitrage à part entière de l'article 25, alternative au mécanisme classique de règlement des différends, et les procédures complémentaires à ce mécanisme que sont les articles 22 : 6 et 21 : 3 c). Voir pour exemples de l'établissement et de l'utilisation de cette classification : V. Pace, *L'Organisation Mondiale du Commerce et...*, op. cit., pp. 231-239 ; V. Pace, « Cinq ans après sa mise en place : la nécessaire réforme du mécanisme de règlement des différends de l'OMC », *R.G.D.I.P.* 2000 n°3 spec., pp. 632-634. Il faut préciser qu'une quatrième procédure d'arbitrage, prévue par l'article 26 : 1 c), est consacrée à « *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* » ; ce mécanisme est, comme le précise cette disposition, inclus dans celui de l'article 21 : 3. De même, l'article 22 : 7 complète les dispositions relatives à l'arbitrage instauré par l'article 22 : 6.

chacun d'entre eux.

D'abord, l'arbitrage de l'article 25 est **« un arbitrage rapide dans le cadre de l'OMC, conçu comme un autre moyen de règlement des différends, [qui] peut faciliter la solution de certains différends concernant des questions clairement définies par les deux parties »**¹⁸⁹. En réalité, **« le recours à la procédure d'arbitrage dans le cadre institutionnel de l'OMC peut (...) constituer une alternative à la procédure de droit commun »**¹⁹⁰. La relative brièveté de cet article 25 indique que le Mémorandum n'entend pas remettre en cause l'économie générale de cette procédure d'arbitrage ; même **« le champ d'application de l'arbitrage ne fait pas l'objet d'une détermination précise dans le Mémorandum »**¹⁹¹. Les procédures faisant rentrer le processus d'arbitrage au sein du mécanisme de règlement des différends organisé par le Mémorandum sont peu nombreuses et consistent simplement en une notification¹⁹² ainsi qu'en la dévolution du processus exécutoire des articles 21 et 22 à la décision arbitrale¹⁹³. Aussi ces deux mécanismes ne peuvent-ils modifier ni le déroulement du travail arbitral ni le contenu de la décision qui en découle. Tout au plus aboutissent-ils à une institutionnalisation de cet arbitrage au sein du système mémorandaire.

Le souci est donc constant de conserver les différends dans le giron de l'OMC et de ne pas faire de cette procédure d'arbitrage, forcément prévue car classique des rapports interétatiques, une échappatoire au système mis en place par le Mémorandum. Ce dernier organise des procédures complémentaires qui vont pouvoir accompagner ce règlement arbitral, avec une décision considérée comme définitive, pour le rendre plus rationnel et efficace grâce à l'applicabilité à l'arbitrage des articles 21 et 22. Par conséquent, l'arbitrage, procédure de règlement des différends interétatiques traditionnelle du droit international public, fait l'objet d'une institutionnalisation par le Mémorandum. Même si le Mémorandum n'identifie pas, contrairement aux bons offices, conciliation et médiation, une entité de l'OMC susceptible de pouvoir jouer le rôle d'arbitre,

¹⁸⁹ Article 25 : 1.

¹⁹⁰ T. Flory, « Remarques à propos du nouveau système commercial mondial issu des accords du cycle d'Uruguay », *J.D.I.* 4, 1995, p.883.

¹⁹¹ Alors que tel n'était pas le vœu de nombreuses Parties Contractantes du GATT lors des négociations de l'Uruguay Round. Voir les développements que V. Pace consacre à ce thème *in L'Organisation Mondiale du Commerce et...*, *op. cit.*, p. 233.

¹⁹² L'article 25 : 2 dispose que **« les accords sur le recours à l'arbitrage seront notifiés à tous les Membres assez longtemps avant l'ouverture effective de la procédure d'arbitrage »** afin, entre autres, que ces Membres puissent devenir parties à cette procédure s'ils le souhaitent et si les parties à cette procédure l'acceptent (voir sur ce point l'article 25 : 3). Ensuite, d'après l'article 25 : 3, **« les décisions arbitrales seront notifiées à l'ORD et au Conseil ou Comité de tout accord pertinent, où tout Membre pourra soulever toute question s'y rapportant »**.

¹⁹³ L'article 25 : 4 prévoit que **« les articles 21 et 22 du présent mémorandum s'appliqueront mutatis mutandis aux décisions arbitrales »**. Ces articles 21 et 22 organisent la surveillance de la mise en œuvre des décisions de règlement ainsi que l'application de mesures contraignantes à l'encontre de la partie refusant l'exécution. Cette disposition ajoute donc au mécanisme traditionnel d'arbitrage un processus d'exécution des décisions de cet arbitre.

ce texte reprend et encadre l'arbitrage.

De plus, cette institutionnalisation de l'arbitrage de l'article 25 s'accompagne de sa marginalisation. En effet, le Mémoire caractérise cet arbitrage de « **rapide** » en le considérant « **comme un autre moyen de règlement des différends** » pour « **faciliter la solution de certains différends concernant des questions clairement définies par les deux parties** »¹⁹⁴. Aussi cette disposition place-t-elle l'arbitrage dans le cadre d'un système plus général de règlement des différends en le cantonnant à un rôle subalterne : celui de régler des divergences de points de vue entre Etats et non forcément un différend naissant complexe caractérisé par de profonds antagonismes ; les Etats choisissent volontairement cette procédure dans la mesure où ils estiment pouvoir régler un léger différend clair de manière relativement rapide ; l'arbitrage ne saurait donc constituer un mécanisme efficace de règlement de différends importants dans lesquels les Etats opposés entre eux ne sont même pas d'accord sur les termes de ce différend et sur l'interprétation objective des faits en cause.

Cette marginalisation est discutable car l'article 25 offre en réalité aux parties la possibilité, d'un commun accord entre elles, de sortir du règlement mémorandaire normal. Cependant, cet arbitrage subit la même marginalisation que les procédures de bons offices, conciliation et médiation. Il est institutionnalisé de manière paradoxale, dans la mesure où il constitue une porte de sortie du système mémorandaire par accord bilatéral tout en étant concurrencé par le règlement normal que ce système intégré et renforcé prévoit. Les parties n'ont pas d'intérêt commun à enclencher et utiliser cet arbitrage. En particulier, le plaignant préférera la procédure normale du groupe spécial au cours de laquelle l'accord mutuel entre parties n'est pas incontournable. Cette institutionnalisation spécifique conduit donc à la marginalisation de l'arbitrage de l'article 25.

En pratique, la constatation de l'ineffectivité de cette disposition confirme la mise à l'écart de cet arbitrage particulier : il n'a été utilisé qu'une seule fois jusqu'à présent. Bien plus, cette utilisation unique atteste de la marginalisation d'un arbitrage alternatif au système mémorandaire. En effet, le seul recours effectif à l'article 25¹⁹⁵ n'a pas eu pour objectif de résoudre le différend en se substituant au processus mémorandaire intégré, ce règlement ayant déjà été opéré par la voie des consultations et du groupe spécial. Il a visé au règlement du différend induit relatif aux modalités de mise en œuvre du rapport de ce groupe spécial adopté par l'ORD¹⁹⁶. Ainsi, l'article 25 s'est appliqué au désaccord minime intervenant à l'intérieur du mécanisme de règlement du différend originel. En outre, les arbitres désignés ont été choisis, à la demande des parties, à l'intérieur de l'OMC ; il s'est agi en l'espèce du groupe spécial initial¹⁹⁷ qui a rendu une décision en qualité d'arbitre¹⁹⁸. Aussi cet arbitre n'a-t-il constitué qu'un outil technique pour régler un

¹⁹⁴ Article 25 : 1.

¹⁹⁵ Affaire DS160.

¹⁹⁶ Voir sur ce point le document WT/DS160/15.

¹⁹⁷ WT/DS160/16.

désaccord entre parties à l'occasion d'un différend traité dans le cadre mémorandaire. Certes, l'unicité de l'application de l'article 25 confirme la tendance à l'institutionnalisation de la procédure d'arbitrage : les conditions formelles énoncées par le Mémoire ont été respectées¹⁹⁹ ; les parties ont choisi comme arbitre le groupe spécial initial et restent ainsi de leur plein gré dans le giron du système OMC de règlement des différends, alors même que le Mémoire ne propose pas la participation de quelque instance de l'OMC, contrairement à d'autres procédures²⁰⁰. Mais cet approfondissement pratique de l'institutionnalisation ne fait que renforcer la marginalisation, puisqu'il n'a pas été question de sortir du système mémorandaire mais au contraire d'y faire entrer l'arbitrage comme procédure annexe de règlement d'un désaccord secondaire.

De plus, cet article 25 a été utilisé de manière dévoyée. Il a été employé pour résoudre un désaccord portant sur la détermination du niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages, ce qui semble peu conforme au texte. En effet, celui-ci prévoit que cet arbitrage est « **conçu comme un autre moyen de règlement des différends** » dans son paragraphe 1^{er}, organisant ainsi une possibilité pour les parties d'un commun accord de sortir du système mémorandaire. Les arbitres saisis dans cette affaire ont d'ailleurs implicitement reconnu le dévoiement de cette utilisation particulière de l'article 25 quand ils ont tranché la question en constatant, au terme d'un raisonnement complexe, « **qu'en attendant une interprétation ultérieure donnée par les Membres, ils devraient se déclarer compétents au titre de l'article 25** »²⁰¹. Cette utilisation esseulée n'a concerné qu'un différend induit, et non-initial comme le laisserait pourtant supposer le Mémoire. La question qui opposait les deux parties était celle de la détermination du niveau des avantages annulés ou compromis à la suite d'un manquement à des obligations découlant de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Accord ADPIC) et non la détermination même d'un manquement qui constituait l'objet de cette affaire²⁰². Cette illustration unique atteste de la démarche étatique qui est non seulement de marginaliser l'arbitrage en tant que porte de sortie du système de règlement, mais également de ne le concevoir que dans le cadre de ce règlement mémorandaire. La concentration organique des instances de règlement s'en trouve renforcée.

Ensuite, la tendance à l'institutionnalisation de l'arbitrage est encore plus nette dans

¹⁹⁸ Voir cette décision dans le document WT/DS160/ARB25/1.

¹⁹⁹ Ces conditions sont : la notification à l'ORD de la décision de recourir à l'arbitrage, dans le document WT/DS160/15 ; la notification de la décision arbitrale, dans le document WT/DS160/17.

²⁰⁰ Voir pour exemples les procédures des bons offices, conciliation et médiation pour lesquelles le Mémoire prévoit la possibilité pour les parties de demander l'intervention du Directeur général, ou encore la procédure d'arbitrage de l'article 22 : 6, qui sera étudiée ci-après, et qui prévoit la participation du groupe spécial initial ou d'un arbitre désigné par le Directeur général.

²⁰¹ Décision des arbitres, document WT/DS160/ARB25/1, pp. 7□9.

²⁰² Voir sur ce point l'affaire DS160 et en particulier le document WT/DS160/15 dans lequel les deux parties, conformément à l'article 25 : 2, notifient à l'ORD leur décision commune de recourir à l'arbitrage de l'article 25.

l'article 22 : 6. Ce dernier confie à un arbitre le soin de régler toute contestation émanant du destinataire des mesures de compensation et de suspension qui peuvent être prises à son encontre, mesures auxquelles peut recourir la partie plaignante quand les recommandations et décisions de l'ORD ne sont pas mises en œuvre. En effet, la désignation de l'arbitre est soumise à des conditions très restrictives²⁰³, de telle sorte que le Mémoire « *personnalise* » le droit commun du règlement des litiges interétatiques en ne confiant plus le soin du choix de l'arbitre aux seules parties au conflit mais en imposant un arbitre désigné précisément : le groupe spécial initial ou un arbitre désigné par le Directeur général. Dans la pratique, toutes les décisions arbitrales ont été le fait du groupe spécial reconvoqué²⁰⁴. De plus, l'arbitre de l'article 22 voit son existence comme son action contraintes : les cas dans lesquels il pourra être fait appel à l'arbitre sont strictement définis²⁰⁵ ; l'arbitre voit sa désignation clairement définie²⁰⁶ ; son domaine d'action est strictement prévu et ne concerne qu'une petite partie du processus plus vaste du mécanisme de règlement des différends prévu par le Mémoire²⁰⁷ ; l'arbitrage est enfermé dans un délai strict²⁰⁸ ; l'ORD devra être informé « *dans les moindres délais* » de la décision arbitrale et pourra se prononcer sur les suites de cette décision²⁰⁹. Un groupe spécial désigné comme arbitre a d'ailleurs admis que la procédure de l'article 22 : 6 était distincte de celle de l'article 25 et plus contraignante que cette dernière²¹⁰.

Cet arbitrage de l'article 22 : 6 bénéficie d'un encadrement et de compétences strictement définis. L'institutionnalisation de cette procédure courante du droit international public est donc forte, d'autant plus que l'arbitre a toujours été en pratique le groupe spécial initial. Le degré d'institutionnalisation correspond bien à l'effectivité de cet arbitrage puisque, contrairement aux bons offices, conciliation et médiation n'ayant eu aucune application, et à l'arbitrage de l'article 25 n'ayant connu qu'une unique mise en

²⁰³ Se reporter pour de plus amples détails à l'article 22 : 6 ainsi qu'aux notes 15 et 16 du Mémoire.

²⁰⁴ Cette affirmation est consécutive à l'étude de l'ensemble des décisions arbitrales prises en vertu de l'article 22 au 26 juin 2003. Ces différents groupes spéciaux ont parfois subi quelques modifications dans leur composition, modifications dues à l'indisponibilité de certains membres de ces groupes spéciaux.

²⁰⁵ Voir les conditions énoncées à l'article 22 : 6.

²⁰⁶ Voir sur ce point le paragraphe précédent.

²⁰⁷ Voir sur ce point l'article 22, paragraphes 6 et 7.

²⁰⁸ Article 22 : 6.

²⁰⁹ Article 22 : 7.

²¹⁰ Dans leur décision WT/DS160/ARB25/1, paragraphe 4.19, prise au titre de l'article 25, « *Les arbitres font observer qu'ils ont été désignés au titre de l'article 25 du Mémoire d'accord. En conséquence, ils ne pensent pas être soumis aux contraintes découlant d'un certain nombre d'obligations imposées aux arbitres dans une procédure au titre de l'article 22: 6.* ».

œuvre, qui plus est dévoyée, l'arbitrage de l'article 22 : 6 est effectif, même s'il n'est pas d'application courante²¹¹. Néanmoins, il faut constater que cet arbitrage ne concerne que des différends induits par un premier différend principal en cours de résolution, ce qui ne laisse pas une place prépondérante à l'arbitre dans le règlement des différends au sein de l'OMC. En outre, il ne s'applique qu'à la phase non seulement la plus contraignante du processus d'exécution mais également, et à ce titre, la plus exceptionnelle ; des mesures de compensation ou de suspension ne s'appliquent qu'en cas de résistance durable et ferme de la partie sommée d'exécuter la décision réglant le différend. Ici, l'institutionnalisation ne mène pas à l'exclusion. Elle conduit cependant à une certaine marginalisation car ce mécanisme n'est pas central dans le règlement mémorandaire des différends et sa pratique n'est pas courante. L'arbitre de l'article 21 : 3 c) semble subir le même sort.

Enfin, la procédure d'arbitrage prévue à l'article 21 : 3 c) confirme l'institutionnalisation déjà observée par ailleurs. Cette dernière provient du cadre précis dans lequel cet arbitrage s'inscrit : cette disposition prévoit un « **arbitrage contraignant** » pour déterminer le délai raisonnable de conformation de la partie défenderesse aux recommandations et décisions adoptées par l'ORD à la suite d'un rapport d'un groupe spécial ou de l'Organe d'appel²¹² ; en plus de la référence explicite à la « **procédure d'arbitrage** »²¹³, qui laisse à penser qu'il s'agit d'une reprise du mécanisme traditionnel du droit international public, un certain nombre de conditions prévues par le Mémoire viennent préciser le sujet de cet arbitrage et les obligations lui incombant ; l'arbitrage contraignant est une des trois solutions permettant la fixation du « **délai raisonnable** », les deux autres étant le fruit de la volonté du défendeur approuvé par l'ORD ou de l'accord entre les parties²¹⁴ ; un délai précis est donné pour la décision de l'arbitre²¹⁵ ; le choix de l'arbitre appartient aux parties dans un court délai²¹⁶ puis au Directeur général qui va le choisir en pratique parmi les membres de l'Organe d'appel alors que cette pratique n'est ni imposée ni même suggérée par le Mémoire²¹⁷ ; et le Mémoire suggère des limites que l'arbitre doit adopter dans sa décision puisque « **l'arbitre devrait**

²¹¹ Au 26 juin 2003, 11 affaires ont fait l'objet d'une procédure d'arbitrage au titre de l'article 22 : 6, dont 9 distinctes. Sur ces 11 affaires, 7 décisions arbitrales ont été rendues, les autres procédures ayant été suspendues ou semblant être tombées en désuétude.

²¹² Voir sur ce point l'article 21 : 3.

²¹³ Article 21 : 3 c).

²¹⁴ Voir les paragraphes a), b) et c) de l'article 21 : 3.

²¹⁵ Ce délai est de « 90 jours suivant la date d'adoption des recommandations et décisions », comme le prévoit l'article 21 : 3 c).

²¹⁶ Voir sur ce point la note 12 du Mémoire.

²¹⁷ Cette constatation a été formulée par V. Pace, « Cinq ans après... », *op. cit.*, p. 633, note 47. Elle se confirme depuis lors par l'observation des différents cas d'arbitrage donné en vertu de l'article 21 : 3 c).

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 dépasser 15 mois à compter de la date d'adoption du rapport »²¹⁸.

Une institutionnalisation est effective. Elle provient du cadre précis dans lequel cet arbitrage s'inscrit et des règles et procédures rigoureuses qu'il doit observer. Là encore, elle marginalise cet arbitrage dans la mesure où ce dernier ne s'applique qu'à la fixation d'un délai consécutif au prononcé de la décision de règlement. L'arbitrage est ainsi conduit à la périphérie du système de règlement que le Mémoire instaure, même si la mise en œuvre du présent arbitrage est effective²¹⁹.

La prévision par le Mémoire de la participation des trois procédures d'arbitrage au système de règlement des différends au sein de l'OMC montre un mouvement d'institutionnalisation de l'arbitrage, du fait de son intégration dans un système plus vaste et du fait de procédures et mécanismes particuliers que le Mémoire associe à son application. D'aucuns ont tiré de cette conclusion la constatation d'une juridictionnalisation. En effet, ***« dans le cadre de l'OMC, l'arbitrage est conçu soit comme une procédure à part entière, alternative au mécanisme classique de règlement des différends, soit comme un moyen complémentaire, destiné à améliorer l'efficacité des procédures prévues par le Mémoire d'Accord. Quelle que soit sa fonction, l'institutionnalisation de l'arbitrage participe très largement de la juridictionnalisation des procédures de règlement des différends de l'OMC. L'arbitrage, qui peut être défini comme le processus permettant de régler les différends sur la base du respect du droit au moyen de décisions liant les parties en cause, s'oppose fondamentalement aux voies diplomatiques de règlement des différends »***²²⁰. De même, il a pu être affirmé que ***« la juridictionnalisation des procédures de règlement des différends résulte (...) de l'institutionnalisation de l'arbitrage »***²²¹, que l'utilisation de l'arbitrage introduit par le Mémoire ***« pourrait aboutir à un glissement vers le règlement juridictionnel »***²²² ou encore que le recours à la procédure d'arbitrage dans le cadre institutionnel de l'OMC est ***« un renforcement de procédures dans le sens d'une plus grande 'juridictionnalisation' des procédures »***²²³. Il faut d'ailleurs remarquer le glissement plus généralisé de l'arbitrage vers l'institutionnalisation²²⁴ et l'inscription du système mémorandaire dans ce mouvement.

²¹⁸ Article 21 : 3 c).

²¹⁹ Au 26 juin 2003, 15 affaires distinctes ont fait l'objet d'une décision arbitrale en vertu de l'article 21 : 3 c).

²²⁰ V. Pace, *L'Organisation Mondiale du Commerce et...*, op. cit., p. 231.

²²¹ E. Canal-Forgues, « Le système de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce », *R.G.D.I.P.*, 1994, p. 705..

²²² M.N. Andrianarivony, *L'émergence progressive d'une juridiction internationale des échanges...*, op. cit., p. 95.

²²³ T. Flory, « Remarques à propos... », op. cit., p. 883.

Cependant, le rapport entre institutionnalisation et juridictionnalisation n'est pas pertinent dans le cadre du système de règlement des différends de l'OMC. Le texte du Mémorandum et la pratique montrent un mouvement contraire de marginalisation de l'arbitrage. Les arbitrages des articles 21 : 3 c) et 22 : 6 ne sont que des « **moyens complémentaires de la procédure classique de règlement des différends** »²²⁵ ; l'arbitrage de l'article 25 n'est qu'une « **alternative** »²²⁶ ; cette dernière disposition, du fait de son caractère « **laconique** »²²⁷, montre que « **l'arbitrage est conçu comme un moyen marginal** »²²⁸. « **La brièveté des dispositions relatives à l'arbitrage en tant que procédure à part entière montre bien qu'il s'agit là d'un moyen secondaire de règlement des différends** »²²⁹ ; « **la procédure classique des groupes spéciaux, renforcée par l'institution d'un Organe d'Appel (...) a vocation à rester la méthode privilégiée de règlement des différends au sein de l'OMC** »²³⁰. La pratique confirme cette marginalisation quand l'arbitrage de l'article 25²³¹, qui pourrait s'intéresser au différend principal puisque le Mémorandum le prévoit, n'a comme application que le règlement d'un unique différend induit.

Certes, le Mémorandum organise une certaine consistance organique : il crée des organes particuliers agissant dans le règlement des différends, comme l'ORD, les

²²⁴ Traditionnellement rangé parmi les modes de règlement juridictionnels non institutionnalisés, l'arbitrage est souvent l'objet de tentatives d'institutionnalisation. Sur ce point, voir pour exemple P. Daillier et A. Pellet (N. Quoc Dinh †), *op. cit.*, pp. 879-883. Se reporter également à l'ouvrage de G. Agniel, *Droit des relations internationales*, Hachette, coll. Les Fondamentaux, Paris, 1997, p. 147 à 157, ouvrage dans lequel l'auteur estime que les tentatives d'institutionnalisation de l'arbitrage, jusqu'à une période récente, se caractérisaient par une institutionnalisation « *fausse* ».

²²⁵ V. Pace, « Cinq ans après... », *op. cit.*, pp. 632-633.

²²⁶ H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », *J.D.I.* 3, 1997, p. 720.

²²⁷ M.N. Andrianarivony, *L'émergence progressive d'une juridiction internationale des échanges...*, *op. cit.*, p. 6.

²²⁸ H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends... », *op. cit.*, p. 720.

²²⁹ V. Pace, « Cinq ans après... » *op. cit.*, pp. 632-633.

²³⁰ V. Pace, *L'Organisation Mondiale du Commerce et...*, *op. cit.*, p. 234.

²³¹ Dans sa Thèse (*op. cit.*, p. 6), M. Andrianarivony considère que l'arbitrage de l'article 25 a été prévu « *pour parer à certaines faiblesses du règlement par les panels* ». Or, cet arbitrage est qualifié par le Mémorandum de « *rapide* ». « *Certaines faiblesses* » pourraient donc se résumer à la lourdeur de la procédure du groupe spécial, lourdeur qui s'opposerait à l'efficacité d'un règlement par la voie de l'arbitrage. Il n'est pas du tout certain que l'arbitrage de l'article 25 aux dispositions floues et lapidaires puisse être le gage d'une procédure efficace et rapide alors même que le Mémorandum met en place des procédures rigoureuses encadrant la phase des groupes spéciaux dans un souci explicitement formulé de rapidité et d'efficacité. Le Mémorandum semble davantage, à travers l'article 25, tenter de rassurer les Membres sur la rigueur du système OMC de règlement des différends, en intégrant un mécanisme traditionnel et connu de règlement des différends et en ménageant pour les parties une « porte de sortie » du système instauré par le Mémorandum.

groupes spéciaux et l'Organe d'appel ; il appuie ces organes opérationnels sur des organes à la fonction administrative ; il institutionnalise les mécanismes classiques de règlement des différends que sont les bons offices, la conciliation, la médiation et l'arbitrage. Certes, « **il y a incontestablement un lien entre la création de juridictions internationales permanentes et celle d'organisations internationales** »²³² . Certes, cette consistance organique, obtenue par création et par institutionnalisation, est de nature à contribuer à l'identification du critère organique indispensable à la définition d'une juridiction. Cependant, l'institutionnalisation textuelle et pratique de ces mécanismes classiques s'accompagne de leur marginalisation au profit des organes internes à l'OMC. Quant aux organes exclusivement mémorandaires, une distinction doit être faite qui exclut les entités à fonction administrative de l'assise organique juridictionnelle pour ne les considérer que comme un appui administratif.

Aussi, création et institutionnalisation organiques ne sauraient suffire à définir le critère organique de la juridiction. D'abord, une marginalisation des procédés traditionnels de règlement des différends interétatiques est patente. Bons offices, conciliation, médiation et arbitrage de l'article 25 ne constituent que des moyens secondaires de règlement des différends ; arbitrages des articles 22 : 6 et 21 : 3 c) ne s'appliquent qu'à des différends issus de procédures annexes au règlement principal du différend initial. Ensuite, la pratique de ces mécanismes traditionnels est d'une effectivité mitigée puisque seuls sont utilisés les arbitrages des articles 22 : 6 et 21 : 3 c). Les autres procédés traditionnels de règlement des différends ne sont pas effectifs car « **le recours aux moyens alternatifs (bons offices, médiation, conciliation, arbitrage rapide) suppose un accord des parties alors que la procédure du groupe spécial peut être actionnée unilatéralement, si bien qu'elle domine en pratique et fonctionne même à titre exclusif** »²³³ . Enfin, la distinction entre entités administratives et opérationnelles au sein des organes spécifiques à l'OMC exclut de l'assise organique juridictionnelle bon nombre d'organes mémorandaires.

Néanmoins, cette marginalisation n'est pas un obstacle à l'affirmation d'une consistance organique effective caractéristique du système de règlement OMC. Au contraire, elle pallie la complexité d'un Mémoire prévoyant un enchevêtrement des mécanismes hétérogènes participant au système de règlement qu'il organise. En effet, l'institutionnalisation des bons offices, de la conciliation, de la médiation et de l'arbitrage de l'article 25 mène à leur marginalisation textuelle qui elle-même aboutit à leur exclusion effective. De même, l'institutionnalisation des arbitrages des articles 21 : 3 c) et 22 : 6 est telle que ces mécanismes sont relégués à la fonction subalterne de règlement de procédures litigieuses d'exécution des décisions traitant le différend initial. Enfin, l'institutionnalisation d'organes propres à l'Organisation s'accompagne de la dévolution d'une fonction administrative qui les exclut de la catégorie des organes potentiellement juridictionnels.

²³² H. Ruiz Fabri, J.-M. Sorel, « Organisation judiciaire internationale », *Juris-Classeur de Droit international*, Volume 5, Fascicule 215 du 21 mars 2001, éd. Du Juris-Classeur, 2001, p. 8.

²³³ *Ibid.*, p. 4.

De la sorte, l'institutionnalisation est marginalisante et, de ce fait, écarte un nombre conséquent d'organes pour valoriser ceux qui participent effectivement au règlement des différends au sein de l'OMC. Ces derniers organes se trouvent mis en valeur dans leur contribution à l'établissement d'une consistance organique au système du Mémoire. Plus clairement, l'institutionnalisation marginalisante, opérée par le Mémoire et la pratique, aboutit à la concentration des entités participant au système, clarifiant ainsi l'assise organique dudit système de telle sorte que se trouve identifié le critère de l'existence organique d'une juridiction.

Cette concentration se déroule au profit des organes créés par les textes de l'OMC et propres à cette Organisation : les groupes spéciaux, l'Organe d'appel et, dans la mesure où il participe à la procédure des consultations, l'ORD. En effet, ceux-ci ont bénéficié d'une concentration textuelle des organes internes de l'OMC puisque le caractère administratif – et non opérationnel dans le règlement effectif des différends – de nombreuses entités présentes dans le texte du Mémoire a fait considérer lesdites entités comme subalternes pour la définition de la consistance organique d'une juridiction. Ils ont également bénéficié d'une concentration textuelle et pratique au détriment des organes classiques du règlement général des différends interétatiques, le Mémoire et la pratique les marginalisant, voire les désactivant.

Il peut sembler paradoxal, d'un côté, de tenter de montrer une institutionnalisation et de s'efforcer de la faire rentrer dans le cadre d'une création organique susceptible d'identifier la présence d'une juridiction et, d'un autre côté d'établir que ces procédures institutionnalisées sont marginalisées et que cette marginalisation pourrait affirmer la préférence pour des créations organiques nouvelles. Ce paradoxe n'en est pourtant pas un puisque, dans les deux cas, la contribution à la démonstration de l'identification organique d'une juridiction est opérée. Bien plus, le texte du Mémoire crée la consistance organique de la juridiction par la création d'organes nouveaux centraux dans le système de règlement des différends de l'OMC et assure cette consistance en intégrant par institutionnalisation des mécanismes traditionnels du droit international public, de telle sorte que les Etats parties à un différend ne pourront pas réellement sortir du système puisque le Mémoire inclut tous les mécanismes que le droit international prévoit dans le système qu'il organise et pose des conditions procédurales encadrant ces procédés classiques.

Le Mémoire ne pouvait pas se permettre d'ignorer les mécanismes traditionnels du droit international, au risque de voir les Etats membres sortir du système qu'il organise. Il les a donc intégrés par l'institutionnalisation et rendus secondaires par une marginalisation formelle, confirmée et parfois intensifiée par la pratique. La marginalisation des mécanismes traditionnels du droit international public « **atteste incontestablement de la bonne santé du mécanisme de règlement des différends** »²³⁴. Elle confirme également que les groupes spéciaux et l'Organe d'appel vont constituer les fondements organiques du système de règlement des différends organisé par le Mémoire.

En définitive, ce sont les organes propres à l'OMC, Organe d'appel et groupes spéciaux, qui sont centraux dans l'identité organique du système mémorandaire. Cette consistance organique donne une assise stable et claire à la structure mémorandaire. Il

n'est pas encore question, cependant, de qualification juridictionnelle de cette structure. La juridiction étant l'entité qui tranche le différend, cette assise doit être dotée d'une spécialisation particulière.

Section 2 : La spécialisation contentieuse des organes de règlement

La spécialisation est un critère organique essentiel de la juridiction. Elle s'entend d'une caractéristique particulière donnée à un organe : la fonction essentielle de cet organe serait de trancher des différends²³⁵. Le critère de spécialisation n'est pas celui communément utilisé en droit international pour définir une instance ou encore une organisation, par opposition au critère de l'universalité²³⁶. Il est davantage celui utilisé en droit interne pour définir la mission exacte d'un organe particulier. La recherche d'une juridictionnalité organique du système mémorandaire doit donc passer par l'étude de la spécialisation de ce système dans le règlement de différends.

Il faut d'emblée constater que le système étudié est celui organisé par le Mémoire consacré, comme son intitulé l'indique, au « **règles et procédures régissant le règlement des différends** ». Cependant, cette observation ne suffit pas à attester d'une spécialisation typique de la juridictionnalité organique de ce système ; celui-ci s'insère dans un système plus large qui est celui de l'OMC, de telle sorte que cette spécialisation peut être soit atténuée par d'autres fonctions annexes, soit concurrencée par d'autres dispositifs, soit même inexistante malgré la présomption de spécialisation que l'intitulé du Mémoire fait peser sur lui. Une première approche de la structure globale de l'OMC permet immédiatement de mesurer la spécialisation du système de règlement des différends que le Mémoire organise. Il serait inutile et fastidieux de procéder ici à une analyse détaillée du système OMC, du fait de la redondance de cette étude et du

²³⁴ V. Pace, « Cinq ans après... », *op. cit.*, p. 633, note 44. L'auteur ne traite dans cet article que de « la bonne santé » induite par « l'inutilisation de l'arbitrage en tant que procédure à part entière », mais l'extrapolation est possible pour les bons offices, conciliation et médiation qui n'ont jamais non plus été utilisés. Quant aux consultations, leur pratique est très courante mais les solutions négociées ne sont pas toujours trouvées, les parties utilisant souvent les mécanismes propres à l'OMC, comme les groupes spéciaux et l'Organe d'appel ; l'absence systématique de réussite des consultations montre également la bonne santé du mécanisme de règlement des différends puisque les parties à un différend n'hésiteront pas à se tourner vers les organes de l'OMC ne correspondant pas à un règlement traditionnel des différends.

²³⁵ Se reporter aux études doctrinales consacrées à la définition d'une juridiction sur le plan interne et qui pose comme critère de définition la spécialisation du juge dans le règlement des différends, et en particulier : J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 3^{ème} éd. 1999, pp. 317-319 ; G. Vedel, P. Delvolvé, *Droit administratif*, tome 2, P.U.F., coll. Thémis Droit Public, 12^{ème} édition, Paris, 1992, pp. 19 à 21. Voir également sur le plan international l'admission de ce même critère de spécialisation, comme par exemple in D. Ruzié, *Droit international public*, Dalloz, coll. Mémentos, 15^{ème} édition, Paris, 2000, p. 220 et 221.

²³⁶ De nombreux manuels de droit international public utilisent le critère de spécialisation pour différencier les institutions des organisations internationales à vocation régionale ou spécialisée des institutions de l'ONU ou de la CIJ, ces deux dernières étant seules réputées à vocation universelle. Voir pour exemples : P.-M. Dupuy, *Droit international public*, Dalloz, 4^{ème} édition, Paris, 1998, p. 485 ; J. Touscoz, *Droit international*, P.U.F., coll. Thémis Droit Public, Paris, 1993, pp. 361-372.

faible intérêt qu'elle présenterait pour l'analyse du mécanisme de règlement des différends présentement étudié²³⁷. Il faut tout de même rappeler quelques traits principaux caractérisant la situation et le rôle du système mémorandaire au sein de l'OMC.

Cette Organisation est effectivement instituée le 1^{er} janvier 1995. Sa création a pour fondement l'Accord instituant l'OMC qui est une annexe de l'Acte final reprenant les résultats des négociations commerciales multilatérales du cycle d'Uruguay, signé à Marrakech le 15 avril 1994, à l'issue du cycle de négociations dénommé « **cycle d'Uruguay** » mené dans le cadre du GATT. Cet Acte prévoit que « ***L'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce (dénommé dans le présent acte final l'Accord sur l'OMC), les Déclarations et Décisions ministérielles, ainsi que le Mémoire d'accord sur les engagements relatifs aux services financiers, joints en annexe, reprennent les résultats de leurs négociations et font partie intégrante du présent acte final*** »²³⁸ ; « ***En signant le présent acte final, les représentants conviennent (...) de soumettre pour examen, selon qu'il sera approprié, l'Accord sur l'OMC à leurs autorités compétentes respectives, en vue d'obtenir l'approbation de l'Accord conformément à leurs procédures ; et (...) qu'il est souhaitable que l'Accord sur l'OMC soit accepté par tous les participants aux Négociations commerciales multilatérales du Cycle d'Uruguay (dénommés dans le présent acte final les "participants") afin qu'il entre en vigueur le 1er janvier 1995 ou le plus tôt possible après cette date*** »²³⁹.

Cet Acte final renvoie donc expressément à l'Accord instituant l'OMC qu'il contient en annexe. C'est ce dernier qui est déterminant pour la création et le fonctionnement de l'OMC. Son préambule exprime les objectifs du système commercial multilatéral que se sont fixées les parties à cet Accord. « ***Déterminées à préserver les principes fondamentaux et à favoriser la réalisation des objectifs qui sous-tendent ce système commercial multilatéral*** »²⁴⁰, lesdites parties conviennent que « ***L'Organisation mondiale du commerce (...) est instituée par le présent accord*** »²⁴¹

²³⁷ Pour une analyse détaillée du système OMC, voir en particulier : H. Ruiz Fabri, « Organisation mondiale du commerce ; Droit institutionnel », *Juris-Classeur de Droit international*, Volume 1, Fascicule 130-10 de mai 1998, éd. Du Juris-Classeur, 1998, pp. 5-14 ; H. Ruiz Fabri, « Organisation mondiale du commerce ; Droit matériel ; Généralités. Marchandises », *Juris-Classeur de Droit international*, Volume 1, Fascicule 130-15 de mai 1998, éd. Du Juris-Classeur, 1998 ; H. Ruiz Fabri, « Organisation mondiale du commerce ; Droit matériel ; Services. Propriété intellectuelle. Investissements. Marchés publics. Aéronefs. », *Juris-Classeur de Droit international*, Volume 1, Fascicule 130-15 de mai 1998, éd. Du Juris-Classeur, 1998 ; T. Flory, « Remarques à propos... », *op. cit.*, pp. 877-882 ; J. H. Jackson, « Observations sur les résultats du cycle de l'Uruguay », *R.G.D.I.P.* 1994, pp. 675-684 ; D. Carreau, P. Juillard, *Droit international économique*, L.G.D.J., 4^{ème} éd., Paris, 1998, pp. 58-67 ; T. Flory, « Chronique de Droit international économique – Commerce », *A.F.D.I.* XL, 1994, pp. 708-716 ; M. Rainelli, *L'Organisation mondiale du commerce*, La Découverte, coll. Repères, 6^{ème} éd., Paris, 2002, pp. 88-99.

²³⁸ Article 1.

²³⁹ Articles 2 et 3.

²⁴⁰ Préambule de l'Acte instituant l'OMC.

Le « *champ d'action de l'OMC* »²⁴² est le suivant : « *L'OMC servira de cadre institutionnel commun pour la conduite des relations commerciales entre ses Membres en ce qui concerne les questions liées aux accords et instruments juridiques connexes repris dans les Annexes du présent accord* »²⁴³. Tous les accords OMC sont donc repris dans ces annexes ; ce sont les Accords plurilatéraux sur le commerce des marchandises²⁴⁴, l'Accord général sur le commerce des services²⁴⁵, l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce²⁴⁶, le Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends²⁴⁷, le Mécanisme d'examen des politiques commerciales²⁴⁸ ainsi que les Accords commerciaux plurilatéraux²⁴⁹. Une différenciation est immédiatement opérée par l'Accord instituant l'OMC entre les accords multilatéraux – tous les accords OMC moins la dernière catégorie – et les accords plurilatéraux – la dernière catégorie. Cette distinction est fondamentale dans la mesure où les premiers « *sont contraignants pour tous les Membres* »²⁵⁰ alors que les seconds ne sont contraignants que pour les Membres les ayant acceptés car ils « *ne créent ni obligations ni droits pour les Membres qui ne les ont pas acceptés* »²⁵¹.

Pour résumer, l'OMC est un cadre institutionnel commun pour la conduite des relations commerciales définies par les accords OMC. Les Membres de l'OMC sont automatiquement contraints par les accords multilatéraux, de loin les plus importants, au rang desquels figure le Mémoire. Or, ce dernier organise les règles et procédures s'appliquant aux différends entre les Membres concernant leurs droits et obligations au titre des dispositions des accords OMC²⁵². En outre, ce Mémoire fait partie des accords multilatéraux qui sont, du fait de cette nature, contraignants pour tous les

²⁴¹ Article premier de l'Acte instituant l'OMC.

²⁴² Intitulé de l'Article II.

²⁴³ Article II, paragraphe 1.

²⁴⁴ Annexe 1A.

²⁴⁵ Et Annexes, Annexe 1B.

²⁴⁶ Annexe 1C.

²⁴⁷ Annexe 2.

²⁴⁸ Annexe 3.

²⁴⁹ Annexe 4.

²⁵⁰ Article II, paragraphe 2.

²⁵¹ Article II, paragraphe 3.

Membres de l'OMC. Par conséquent, l'OMC organise bien un système clairement identifié spécialisé dans le règlement des différends interétatiques concernant les droits et obligations des Membres au titre des dispositions de l'ensemble des textes dont l'OMC est le cadre institutionnel.

Cette spécialisation d'un texte unique régissant un système unique de règlement des différends est confirmée par le renvoi qu'opèrent les différents accords multilatéraux au Mémorandum pour le règlement des différends que l'application desdits accords peut entraîner. Ainsi, tous les accords multilatéraux organisant un mécanisme de règlement des différends²⁵³ prévoient que « **les dispositions des articles XXII et XXIII du GATT de 1994, telles qu'elles sont précisées et mises en application par le Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, s'appliqueront aux consultations et au règlement des différends relevant du présent accord** »²⁵⁴, que « **pour toute question concernant le fonctionnement du présent accord, les consultations et le règlement des différends se dérouleront sous les auspices de l'Organe de règlement des différends et suivant, mutatis mutandis, les dispositions des articles XXII et XXIII du GATT de 1994, telles qu'elles sont précisées et mises en application par le Mémorandum (...)** »²⁵⁵, que « **le Mémorandum (...) est applicable aux consultations et au règlement des différends dans le cadre du présent accord** »²⁵⁶.

²⁵² Voir l'article premier du Mémorandum. Cette disposition, ici résumée, est en réalité beaucoup plus complexe. Le Mémorandum ne se contente pas de prévoir des règles et procédures s'appliquant pour tout différend né de l'application des accords OMC ; ces règles et procédures prévues à l'article premier s'appliquent « *aux différends soumis en vertu des dispositions relatives aux consultations et au règlement des différends des accords énumérés à l'Appendice 1 du présent mémorandum d'accord* » – Appendice qui reprend l'ensemble des accords OMC ainsi que l'*Accord instituant l'OMC* qui reprend même en annexe ces différents accords, et « *aux consultations et au règlement des différends entre les Membres concernant leurs droits et obligations au titre des dispositions de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce* ». Pour clarifier, le Mémorandum prévoit les règles et procédures du règlement des différends interétatiques que chaque accord OMC prévoit ou que l'inapplication de chaque accord entraîne. Force est de constater le manque de clarté du Mémorandum dans son « *champ et mode d'application* » – intitulé de son article premier – ainsi qu'une certaine incohérence dans l'organisation des textes juridiques dont l'OMC est le cadre. Une explication serait le mode d'élaboration des textes juridiques à vocation internationale. Même parcellaire, le souci de cohérence exprimé par l'organisation d'un système intégré doit être loué car il constitue un progrès indéniable dans les relations commerciales internationales.

²⁵³ Ce sont tous les accords multilatéraux cités en annexe de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, sauf le texte prévoyant le Mécanisme d'examen des politiques commerciales qui ne contient aucun dispositif de règlement du fait de l'objet même de ce Mécanisme.

²⁵⁴ Accord sur l'agriculture, article 19 ; Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires, article 11 : 2. 1 ; Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce, article 8 ; Accord sur les sauvegardes, article 14, Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, article 64 : 1. Une disposition au sens identique et à la formulation similaire est prévue dans l'Accord sur l'inspection avant expédition aux articles 7 et 8, dans l'Accord sur les règles d'origine aux articles 7 et 8, dans l'Accord sur les procédures de licences d'importation à l'article 6 et dans l'Accord général sur le commerce des services aux paragraphes 1^{er} des articles XXII et XXIII. Les Annexes de ce dernier Accord, citées à l'Appendice 2 du Mémorandum, concernant les services financiers et les services de transport aérien renvoient également aux instances de règlement que le Mémorandum prévoit.

Seuls l'Accord sur les textiles et les vêtements et l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires sont moins clairs sur ce renvoi au Mémorandum. Ils précisent tout de même que le Mémorandum s'applique aux différends nés de l'application « **du présent accord** »²⁵⁷ ou encore que toute question ne pouvant être résolue par les procédures particulières de certains accords OMC pourra être soumise à « **l'Organe de règlement des différends** »²⁵⁸, les Membres pouvant « **invoquer le paragraphe 2 de l'article XXIII du GATT de 1994 et les dispositions pertinentes du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends** »²⁵⁹.

Le renvoi aux articles XXII et XXIII du GATT de 1994 ne crée pas de diversion préjudiciable à la centralité du Mémorandum ; il est davantage le simple signe d'une continuité entre le GATT de 1947 et l'OMC pour le règlement des différends puisque le GATT de 1994 comprend *mutatis mutandis* le texte du GATT de 1947²⁶⁰, que ce GATT de 1994 ne concerne qu'une sphère précise des relations commerciales désormais gérées par l'OMC²⁶¹, et que « **les Membres affirment leur adhésion aux principes du règlement des différends appliqués jusqu'ici conformément aux articles XXII et XXIII du GATT de 1947, et aux règles et procédures telles qu'elles sont précisées et modifiées dans le présent mémorandum d'accord** »²⁶². Le Mémorandum, s'il semble à première vue découler des articles XXII et XXIII du GATT de 1947, articles organisant alors seuls le règlement des différends interétatiques dans le cadre du GATT, dépasse ces seuls articles car ils les complètent, les modifient, et possède un champ d'application beaucoup plus large puisque s'étendant de l'aveu même de ce Mémorandum à l'ensemble des accords de l'OMC²⁶³. Aussi, plus simplement, chaque accord OMC dudit Mémorandum prévoit que « **le Mémorandum d'accord sur le règlement des différends est applicable aux consultations et au règlement des différends dans le cadre du présent accord** »²⁶⁴.

Cette apparente clarté de la spécialisation du système mémorandaire dans la

²⁵⁵ Accord sur les obstacles techniques au commerce, article 14 : 1.

²⁵⁶ Accord sur la mise en œuvre de l'article VI du GATT de 1994, article 17.1. La même disposition est formulée dans l'Accord sur la mise en œuvre de l'article VII du GATT de 1994, article 19 : 1.

²⁵⁷ Article 30 de l'Accord sur les subventions et mesures compensatoires.

²⁵⁸ Accord sur les textiles et les vêtements, article 8 : 10 ; Accord sur les subventions et les mesures compensatoires, article 4.4.

²⁵⁹ Accord sur les textiles et les vêtements, article 8 : 10.

²⁶⁰ Voir l'article 1 de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 qui précise cette continuité.

²⁶¹ Le commerce des marchandises.

²⁶² Article 3 : 1 du Mémorandum.

²⁶³ Comme l'affirme l'article premier dudit Mémorandum.

résolution de litiges interétatiques doit cependant être nuancée. En effet, le Mémorandum rappelle que des règles et procédures spéciales ou additionnelles relatives au règlement des différends sont contenues dans des accords OMC ; elles sont récapitulées dans son Appendice 2²⁶⁵. Le Mémorandum prévoit la prévalence de ces règles et procédures spéciales ou additionnelles sur les siennes propres, ainsi qu'un mécanisme de gestion des conflits de normes²⁶⁶. Aussi faut-il croire que la spécialisation du système organisé par le Mémorandum n'est pas monopolistique, mais que d'autres accords OMC prévoient également des mécanismes de règlement alternatifs et prioritaires. La conséquence de cette constatation serait l'atténuation de la spécialisation réelle du système mémorandaire.

Le Mémorandum cite dans son Appendice 2 toutes les dispositions des accords OMC multilatéraux susceptibles de prévaloir sur les règles et procédures qu'il formule²⁶⁷. L'examen de ces accords montre un renvoi systématique au mécanisme mémorandaire. Les changements apportés par ces dispositions concernent essentiellement la tenue de consultations et/ou le travail du groupe spécial. Plusieurs catégories de changements peuvent être individualisées. La première catégorie est caractérisée par une allégerance totale au Mémorandum assortie d'une possibilité complémentaire : le groupe spécial pourra « **demander l'avis d'experts choisis par lui en consultation avec les parties au différend. A cette fin, le groupe spécial pourra, lorsqu'il le jugera approprié, établir un groupe consultatif d'experts techniques, ou consulter les organisations internationales compétentes, à la demande de l'une ou l'autre des parties au différend ou de sa propre initiative** »²⁶⁸. La deuxième catégorie est celle des accords qui précisent quelques points de la procédure organisée par le Mémorandum afin de prendre en considération les spécificités des questions pouvant surgir de l'application de

²⁶⁴ Accord sur la mise en œuvre de l'article VI du GATT de 1994, article 17 : 1 ; Accord sur la mise en œuvre de l'article VII du GATT de 1994, article 19 : 1 ; dans le même sens, voir l'Accord général sur le commerce des services, articles XXII et XXIII.

²⁶⁵ Article 1 : 2.

²⁶⁶ *Ibid.*

²⁶⁷ Dans cet Appendice, le Mémorandum cite également les « *règles et procédures spéciales ou additionnelles contenues dans les Accords commerciaux plurilatéraux, telles qu'elles auront été déterminées par les organes compétents pour chacun des accords et notifiées à l'ORD* ». Sans détailler chacun de ces accords multilatéraux, il faut constater que la notification est une reconnaissance implicite du monopole mémorandaire dans le règlement des différends. Aussi faut-il croire que les dispositions spéciales ou additionnelles que ces accords multilatéraux contiennent ne viendront que confirmer l'applicabilité du système mis en place par le Mémorandum et n'auront pour objet que des précisions procédurales rendues nécessaires par le particularisme matériel de chacun de ces accords.

²⁶⁸ Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires, article 11 : 2. Voir également l'Accord sur les obstacles techniques au commerce qui contient un dispositif similaire, dans son article 14, paragraphes 2 à 4. De même, l'Accord sur la mise en œuvre de l'article VII du GATT de 1994 prévoit dans son article 19, paragraphes 3 à 5, un dispositif similaire : un Comité technique peut, à la demande des parties, les aider dans leurs consultations, et peut, à la demande d'une partie ou à l'initiative du groupe spécial, intervenir dans cette phase du groupe spécial.

ces accords particuliers ; ces quelques précisions concernant les consultations ou encore la phase du groupe spécial sont peu novatrices, voire redondantes par rapport au fonctionnement classique de cette phase tel que prévu par le Mémoire²⁶⁹. La troisième catégorie est celle des dispositions organisant un mécanisme interne de consultations avant basculement dans la phase du groupe spécial organisée par le Mémoire, ledit groupe spécial pouvant demander l'aide d'un « **groupe d'experts permanent** »²⁷⁰. Enfin, la quatrième catégorie regroupe les dispositions qui déterminent certaines questions précises pour lesquelles sont organisées des consultations puis des recommandations d'un organe chargé de l'application dudit accord²⁷¹.

Le principe des consultations tel qu'il est organisé par le Mémoire n'est donc pas profondément remis en cause. En outre, les précisions qui concernent également le travail du groupe spécial susceptible d'être établi en cas de différend persistant sont minimales ; ce groupe spécial est celui que le Mémoire prévoit et les accords particuliers n'ont d'autre objectif que de permettre une aide technique à ce groupe spécial, du fait de la spécificité de chaque accord. Le plus grand bouleversement est contenu dans l'Accord sur les textiles et les vêtements qui organise des consultations particulières pouvant déboucher en cas d'échec sur des recommandations de l'Organe de supervision des textiles (l'OSpT). Ce dernier surveillera la mise en œuvre de ses recommandations et pourra en formuler une seconde série en cas de non-conformité, cette entière double procédure étant enfermée dans de stricts délais²⁷². Ce grand bouleversement n'en est pourtant pas un, car l'échec des recommandations de l'OSpT conduit à l'application du mécanisme normal du Mémoire s'enclenchant directement à la phase du groupe spécial. Certes, deux accords sont susceptibles de porter atteinte au principe de bilatéralisme qui semble caractériser les consultations puisqu'ils prévoient, pour l'un, une

²⁶⁹ Accord sur la mise en œuvre de l'article VI du GATT de 1994, article 17, paragraphes 2 à 7 ; Accord général sur le commerce des services, articles XXII et XXIII. L'Accord sur la mise en œuvre de l'article VI du GATT de 1994 organise, de plus, des consultations se substituant à celles que le Mémoire prévoit. Cependant, ces consultations alternatives ont une similitude très marquée avec celles du Mémoire.

²⁷⁰ Accord sur les subventions et les mesures compensatoires, article 4. Cet Accord reprend peu ou prou le mécanisme de consultations prévu par le Mémoire. Il répète certaines dispositions relatives au travail du groupe spécial et au passage de la phase du groupe spécial à la phase d'appel. Il traite également de l'arbitrage qu'il désigne comme étant celui du Mémoire, se contentant de donner quelques précisions relatives au comportement de l'arbitre eu égard au particularisme des questions soulevées par l'application de cet Accord particulier.

²⁷¹ L'Accord sur les textiles et les vêtements donne une liste de questions précises pouvant émerger à propos de l'application de cet Accord. Pour chacune d'entre elles, un mécanisme de consultations encadrées par des conditions de délais est prévu, et l'échec d'une solution mutuellement satisfaisante débouche sur des recommandations formulées par l'Organe de supervision des textiles (OSpT) chargé de la gestion de la mise en œuvre de cet Accord. En outre, cet Accord organise des mesures transitoires et certains mécanismes spécifiques d'établissement et d'évolution des niveaux de restriction qui sont gérés par l'OSpT, par dérogation aux règles du Mémoire.

²⁷² Voir l'article 8 de l'Accord sur les textiles et les vêtements organisant rigoureusement cette double procédure de consultations et de recommandations par l'OSpT.

aide du Comité technique aux Membres en consultations dans le cadre de l'Accord sur la mise en œuvre de l'article VII du GATT de 1994²⁷³ et, pour l'autre, la possible entrée en consultations du Conseil du commerce des services ou de l'ORD après échec des premières consultations bilatérales²⁷⁴. Néanmoins, la portée de ces deux accords sur le système de règlement des différends est limitée aux consultations et à une aide technique de l'Organisation en vue de parvenir plus facilement à une solution convenue avant l'enclenchement du processus de règlement prévu par le Mémorandum.

Par conséquent, il ne faut pas craindre une perte de monopole du système organisé par le Mémorandum sur le règlement des différends général. Chaque différend pouvant entrer dans le cadre d'un traitement par un accord particulier – accord prévalant sur le dispositif du Mémorandum²⁷⁵ – tombera dans l'escarcelle du Mémorandum après échec des consultations particulières quand ces accords les prévoient²⁷⁶. De plus, en pratique, les Membres plaignants des affaires dans lesquelles est en cause l'application des trois accords prévoyant des consultations alternatives²⁷⁷ ont quand même recours aux consultations du Mémorandum, même si celles-ci ne sont que facultatives. Seules cinq affaires ont débuté devant l'ORD par une demande d'établissement d'un groupe spécial sans formulation préalable d'une demande de consultations au titre de l'article 4 du Mémorandum²⁷⁸. Pourtant, près d'un quart des affaires concernait l'application d'au moins un de ces trois accords et aurait pu connaître le recours direct aux groupes spéciaux²⁷⁹. Les Membres semblent donc opter pour la résolution de leurs différends par la discussion dans le cadre du Mémorandum, même si de telles discussions ont déjà été menées dans le cadre d'autres Accords OMC qui en prévoient également. La spécialisation des organes participant, du fait du Mémorandum, au règlement des différends ne peut donc être remise en cause par la considération de mécanismes alternatifs propres à des accords OMC particuliers²⁸⁰.

²⁷³ Article 19 : 3.

²⁷⁴ Article XXII de l'Accord général sur le commerce des services.

²⁷⁵ D'après l'article 1 : 2 du Mémorandum.

²⁷⁶ Comme précisé *supra*, trois accords prévoient des consultations alternatives à celles du Mémorandum : l'Accord sur la mise en œuvre de l'article VI du GATT de 1994, l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires et l'Accord sur les textiles et les vêtements.

²⁷⁷ Voir note précédente.

²⁷⁸ Il s'agit, au 26 juin 2003, des affaires DS32, DS33, DS181, DS190 et DS192, qui ont toutes concerné l'application de l'Accord sur les textiles et les vêtements. Ces 5 affaires ne représentent toutefois pas l'ensemble des affaires découlant de l'application de cet Accord, le nombre total étant de 13.

²⁷⁹ Sur 295 affaires au 16 juin 2003, 109 ont concerné l'application d'au moins un des trois accords prévoyant la possibilité de consultations alternatives à celles du Mémorandum : 51 affaires pour l'Accord sur la mise en œuvre de l'article VI du GATT de 1958, 41 pour l'Accord sur les subventions et mesures compensatoires, 4 pour ces deux accords en commun, et 13 pour l'Accord sur les textiles et les vêtements

Par conséquent, le système de règlement des différends que le Mémorandum organise est spécialisé dans la résolution des litiges nés de l'application des règles de l'OMC. Le critère de spécialisation contribuant à la définition organique d'une juridiction, cette reconnaissance d'une spécialisation du Mémorandum dans le règlement des différends interétatiques donne un indice précieux de la juridictionnalité du système mémorandaire. Cependant, cet indice ne saurait être en lui-même déterminant si les organes opérationnels concrétisant le fonctionnement de ce système ne se caractérisaient pas également par leur spécialisation dans la résolution de litiges. En effet, la spécialisation jusqu'à présent établie ne concerne que la place occupée par le Mémorandum au sein du système de l'OMC. Encore faut-il que ce Mémorandum assure lui-même la concrétisation de son rôle particulier. Il faut donc renforcer cette présomption de spécialité par l'étude détaillée des organes participant effectivement au règlement des différends que le Mémorandum organise. Aussi faut-il examiner avec la plus grande attention la fonction de l'ORD au sein du mécanisme des consultations, celle des groupes spéciaux et celle de l'Organe d'appel²⁸¹, afin d'en déduire leur éventuelle spécialisation, composante organique d'une juridiction. Si la spécialisation des deux derniers organes semble aisément identifiable, tel n'est pas le cas de l'ORD.

En premier lieu, les groupes spéciaux ont bien pour fonction la résolution de litiges puisque le Mémorandum affirme clairement que **« La fonction des groupes spéciaux est d'aider l'ORD à s'acquitter de ses responsabilités au titre du présent mémorandum d'accord et des accords visés. En conséquence, 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. Le groupe spécial devrait avoir régulièrement des consultations avec les parties au différend et leur donner des possibilités adéquates d'élaborer une solution mutuellement satisfaisante »**²⁸².

²⁸⁰ Le présent propos ne prendra donc en considération que le Mémorandum pour l'étude du système de règlement des différends interétatiques au sein de l'OMC. Il intégrera si besoin les procédures particulières de règlement contenues dans les autres accords OMC puisque ces derniers prévoient des mécanismes particuliers de consultations ainsi que l'éventualité d'une aide technique originale dévolue aux groupes spéciaux. Cependant, comme il vient d'être démontré, la présence de ces mécanismes atypiques ne remet pas en cause l'économie générale du système de règlement organisé par le Mémorandum ; elle ne saurait donc venir troubler la pertinence de la démonstration d'une juridictionnalisation.

²⁸¹ D'autres mécanismes prévus par le Mémorandum participent en théorie au règlement des différends : ce sont les bons offices, la conciliation, la médiation et l'arbitrage de l'article 25 du Mémorandum. Cependant, la Section précédente a montré leur ineffectivité comme elle a établi la marginalité des arbitrages des articles 21 : 3 c) et 22 : 6 consacrés aux litiges découlant de l'exécution de la décision de règlement. Cette ineffectivité et cette marginalité caractérisant une concentration organique au profit des groupes spéciaux, de l'Organe d'appel et de l'ORD, ces autres mécanismes ne seront pas pris en considération présentement, leur éventuelle spécialisation ne pouvant contribuer à la caractérisation d'une juridictionnalité.

²⁸² Article 11.

Bien entendu, le groupe spécial ne semble avoir pour attribution que de délivrer une aide aux véritables acteurs du règlement des différends, à savoir l'ORD et les parties au différend. Cependant, cette considération n'empêche en rien la reconnaissance d'une spécialisation dudit groupe spécial. D'abord, il est simplement question présentement d'identifier une spécialisation et non de caractériser une articulation particulière des instances mémorandaires au sein du système de règlement. Ensuite, les parties au différend ne sont actrices effectives que par leur commun accord, de telle sorte qu'un palliatif de leur désaccord doit être trouvé pour ne pas que le système de règlement se bloque. Enfin, la centralité apparente de l'ORD doit être foncièrement relativisée par le mécanisme du consensus négatif qui préside à la procédure d'adoption par l'ORD des rapports des groupes spéciaux²⁸³ et qui confie ainsi au groupe spécial une mission déterminante dans le règlement des différends. Ainsi, la fonction d'aide du groupe spécial devient une fonction de formulation de recommandations ayant pour objectif de mettre fin au différend, après analyse objective des faits, des textes et leur confrontation.

En outre, cette spécialisation n'est pas concurrencée par d'autres fonctions pouvant nuire à la concentration de l'instance sur les problèmes de résolution de litiges. D'abord, le groupe spécial pourra être reconvoqué par les parties en vertu de l'article 21 : 5 du Mémoire pour un différend induit né de la mise en œuvre des recommandations et décisions formellement prises par l'ORD. Dans ce cas, le Mémoire précise que « **ce différend sera réglé suivant les présentes procédures de règlement des différends** »²⁸⁴, ce qui implique que la mission déterminante de règlement des différends confiée en pratique au groupe spécial pour un différend initial reste inchangée pour le différend induit. Ensuite, le groupe spécial peut jouer un rôle d'arbitre concernant le niveau de suspension de concessions ou d'autres obligations en vertu de l'article 22 : 6, et le joue en pratique systématiquement ; là encore, il s'agit bien pour ledit groupe spécial de régler un différend induit et la décision qui en découle n'est pas soumise à une adoption de l'ORD, même par le système du consensus négatif²⁸⁵. Enfin, l'unique utilisation de l'article 25 a vu l'arbitrage être confié au groupe spécial initial alors même qu'aucune disposition ne le prévoit ni ne l'envisage, ce qui confirme là encore la spécialisation des groupes spéciaux dans le règlement des différends²⁸⁶.

Par ailleurs, chaque groupe spécial est spécifiquement établi et constitué pour un différend précis, et achève son existence après la remise de son rapport à l'ORD. Cette existence éphémère insiste sur l'originalité de sa fonction, directement attachée à un différend particulier. Elle appuie l'idée d'une spécialisation des groupes spéciaux dans le

²⁸³ Voir l'article 16 : 4.

²⁸⁴ Article 21 : 5.

²⁸⁵ Voir l'article 22 : 7.

²⁸⁶ L'arbitrage de l'article 25 est un mode alternatif de règlement de différends initiaux et ne concerne pas au premier chef les différends induits par l'exécution de la décision initiale. L'unique utilisation de cet article ayant été consécutive à un différend induit, le recours au groupe spécial initial ne serait pas envisageable pour un différend principal, dans la mesure où aucun groupe spécial n'a encore pu être constitué.

règlement des différends, d'autant plus que les groupes spéciaux ne se voient confier aucune autre mission que celle de participer au règlement des différends pour lesquels ils sont constitués. Par conséquent, les panels sont spécialisés dans la résolution de litiges ; et cette conclusion confère une spécialisation remarquable à l'assise organique du système mémorandaire dans la mesure où le groupe spécial donne une consistance organique importante à ce système.

En deuxième lieu, l'Organe d'appel se voit également confier par le Mémoire d'avis une fonction spécialisée dans le règlement des différends. Il « **connaîtra des affaires soumises à des groupes spéciaux** », l'appel étant « **limité aux questions de droit couvertes par le rapport du groupe spécial et aux interprétations du droit données par celui-ci** ». « **L'Organe d'appel pourra confirmer, modifier ou infirmer les constatations et les conclusions juridiques du groupe spécial** »²⁸⁷. De même que le groupe spécial, l'Organe d'appel peut agir en vertu de l'article 21 : 5 en cas de différend persistant au sujet de la mise en œuvre des recommandations et décisions de l'ORD puisque « **ce différend sera réglé suivant les présentes procédures de règlement des différends** »²⁸⁸.

Certes, ici encore, et même si le Mémoire d'avis est moins clair que pour les groupes spéciaux, l'Organe d'appel n'est qu'une aide à la prise de décision de l'ORD dans la mesure où le « **rapport de l'Organe d'appel sera adopté par l'ORD** »²⁸⁹. Néanmoins, la spécialisation de l'Organe d'appel n'est pas pour autant remise en cause, et ce pour les trois raisons identiques à celles qui fondaient la spécialisation du groupe spécial. Au contraire, la fonction spécialisée de l'Organe d'appel est renforcée par son exclusivité : les membres de l'Organe d'appel sont systématiquement, à titre individuel, les arbitres désignés pour l'arbitrage de l'article 21 : 3 c), et ce alors même que le Mémoire d'avis ne le prévoit ni ne le suggère ; de plus, la pratique a pu conférer à l'Organe d'appel, même de manière anecdotique, un rôle de consultant dans le cadre du réexamen du Mémoire d'avis²⁹⁰. Aussi l'Organe d'appel n'a d'autre fonction que de participer au règlement des différends dans le cadre du système mémorandaire, de même que le groupe spécial, de telle sorte que la spécialisation de ces deux organes est facilement caractérisée.

En troisième lieu, en revanche, il faut s'attarder sur l'ORD en sa qualité d'organe

²⁸⁷ Article 17.

²⁸⁸ Article 21 : 5.

²⁸⁹ Article 17 : 14.

²⁹⁰ Le Président de l'ORD a proposé que « *l'Organe d'appel [soit] invité en premier lieu à formuler des observations sur les suggestions informelles reçues des Membres et compilées par le Secrétariat. Les Membres pourront demander d'autres contributions à l'Organe d'appel au fur et à mesure du déroulement du réexamen* » (Compte-rendu de la réunion de l'ORD tenue le 22 juin 1998, WT/DSB/M/46, pp. 21-22). Toutefois, ce rôle nouveau est anecdotique : le Président de l'ORD ne fait que suggérer que « *l'Organe d'appel sera invité à exposer (...) ses vues* » « *de façon informelle* » et une contribution plus soutenue de cet Organe est subordonnée au souhait des Membres (Compte-rendu de la réunion de l'ORD du 23 juillet 1998, WT/DSB/M/47, pp. 21-22).

participant au mécanisme des consultations car cette participation est pour le moins atypique. En effet, l'ORD est à la fois au centre et à la marge de ces consultations : il est au centre en ce sens que sa fonction procédurale relative à la notification institutionnalise les consultations au sein du système mémorandaire ; il est à la marge car cette centralité n'est que procédurale et ne lui permet de maîtriser ni le déroulement ni l'issue de ces consultations. En réalité, l'ORD n'a pas pour seule fonction celle qu'il occupe au sein de ces consultations mais il possède plus généralement une fonction administrative au sein du système mémorandaire. Qui plus est, sa fonction institutionnalisatrice le place à la tête d'un mécanisme dont la fonction propre lui échappe. Ainsi, son éventuelle spécialisation ne pourra que s'attacher à son rôle particulier au sein des consultations et ne débordera pas sur la fonction administrative générale. De même, cette spécialisation hypothétique ne peut que découler de la spécialisation plus générale de la phase des consultations dans le règlement de différends et non la fonder.

Or, le Mémoire et la quasi-totalité des accords multilatéraux annexés à l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce distinguent explicitement dans leur texte les « **consultations** » du « **règlement des différends** »²⁹¹. Cette distinction est de nature à rejeter implicitement la spécialisation des consultations dans la résolution des litiges et, de la sorte, à porter atteinte à la spécialité générale du système mémorandaire donc à sa juridictionnalité organique. Aussi serait-il pertinent d'élaborer une définition précise des consultations afin d'évaluer leur spécialisation et, partant, d'appréhender celle de l'ORD qui les institutionnalise. Cette définition regroupe deux réalités.

D'une part, les consultations sont « **bilatérales** »²⁹² et consistent en une discussion entre deux Membres de l'OMC visant à parvenir à une solution réglant la question qui les oppose²⁹³. Cette conclusion ressort non seulement du Mémoire mais également des autres Accords de l'OMC prévoyant un tel mécanisme de consultations²⁹⁴. Le principe des consultations est décrit à l'article 4 du Mémoire qui stipule que

²⁹¹ Voir le Mémoire, articles 1 : 1, 2 : 1, 3 : 5 et 3 : 6. Voir également : Accord sur l'agriculture, article 19 ; Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires, article 11 : 1 ; Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce, article 8 ; Accord sur les sauvegardes, article 14, Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, article 64 : 1 ; Accord sur l'inspection avant expédition aux articles 7 et 8 ; Accord sur les règles d'origine aux articles 7 et 8, dans l'Accord sur les procédures de licences d'importation à l'article 6 ; Accord général sur le commerce des services aux paragraphes 1^{er} des articles XXII et XXIII ; Accord sur les obstacles techniques au commerce, article 14 : 1 ; Accord sur la mise en œuvre de l'article VI du GATT de 1994, article 17.1 ; Accord sur la mise en œuvre de l'article VII du GATT de 1994, article 19 : 1.

²⁹² Accord sur les textiles et les vêtements, article 8 : 5. Il faut noter que l'Accord général sur le commerce des services prévoit dans son article XXII : 2 la possibilité pour le Conseil du commerce des services ou l'ORD, à la demande d'un Membre, d'entrer en consultations avec un ou plusieurs Membres si des premières consultations ont échoué. Cette disposition porte atteinte au principe du bilatéralisme qui semblait caractériser la phase des consultations. Cependant, des premières consultations *a contrario* bilatérales se déroulent normalement et il est prévu l'application du Mémoire dans l'article XXII : 1. Aussi faut-il croire que cette immixtion d'organes dans le processus des consultations n'est que marginale puisqu'elle ne remet pas en cause le fonctionnement normal du Mémoire ; tout au plus le précise-t-elle sur un point, à savoir la possibilité d'intégrer dans une seconde série de consultations des organes de l'OMC susceptibles, pour cet Accord, d'aider la résolution du différend, tout en sachant que la procédure est enfermée dans les délais prévus par le Mémoire.

« chaque Membre s'engage à examiner avec compréhension toutes représentations que pourra lui adresser un autre Membre au sujet de mesures affectant le fonctionnement de tout accord visé prises sur son territoire et à ménager des possibilités adéquates de consultation sur ces représentations »²⁹⁵ et que **« les Membres affirment leur résolution de renforcer et d'améliorer l'efficacité des procédures de consultation utilisées par les Membres »**²⁹⁶. Ce principe est précisé dans le Mémorandum et synthétisé par l'Accord sur la mise en œuvre de l'article VI du GATT de 1994 : **« Dans le cas où un Membre considère qu'un avantage résultant pour lui directement ou indirectement [d'un accord OMC] (...) se trouve annulé ou compromis, ou que la réalisation de l'un de ses objectifs est entravée, par un autre ou d'autres Membres, il pourra (...) demander par écrit à tenir des consultations avec le ou les Membres en question. Chaque Membre examinera avec compréhension toute demande de consultations formulée par un autre Membre »**²⁹⁷. L'objectif de ces consultations est clairement **« d'arriver à une solution mutuellement satisfaisante »**²⁹⁸ de telle sorte que les consultations sont explicitement spécialisées dans le règlement des différends.

²⁹³ Il faut dès à présent préciser qu'un différend peut opposer plus de deux Etats car l'éventualité d'une pluralité de plaignants pour un même différend ainsi que d'une participation de tierces parties est largement admise par le Mémorandum qui la prévoit expressément (voir en particulier les articles 4 : 11, 9, 10 et 17 : 4). Pour des raisons de clarté, la suite de ce propos ne prendra généralement en considération que deux parties, le plaignant et le destinataire de la plainte – le défendeur. L'éventualité d'une pluralité de plaignants et/ou de tierces parties sera sous-entendue, sauf quand cette éventualité est traitée de manière centrale pour les besoins de la démonstration. Cette commodité ne remet d'ailleurs pas en cause la pertinence du raisonnement puisqu'un même litige n'admet globalement que deux parties : la victime qui formule la plainte à la suite d'un problème posé et l'Etat à l'origine de ce problème qui est le destinataire de ladite plainte.

²⁹⁴ La contribution des accords de l'OMC extérieurs au Mémorandum à la définition des consultations ne doit pas être négligée car, comme le Mémorandum le prévoit dans son article premier, leurs *« dispositions relatives aux consultations et au règlement des différends »* sont en corrélation étroite avec *« les règles et procédures du présent mémorandum »*.

²⁹⁵ Paragraphe 2. Cette disposition reprend et complète la formulation des consultations contenue dans l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994, article XXII, article qui est celui de l'Accord GATT de 1947. Dans le même sens, voir l'article 8 : 4 de l'Accord sur les textiles et les vêtements et l'article 17 : 2 de l'Accord sur la mise en œuvre de l'article VI du GATT de 1994.

²⁹⁶ Paragraphe 1.

²⁹⁷ Article 17 : 3. Cet article traite d'un *« avantage résultant pour lui directement ou indirectement du présent accord »* mais cette disposition peut être élargie à l'ensemble des accords de l'OMC puisque ceux-ci sont tous visés par le Mémorandum qui établit dans son article 3 : 3 que *« le règlement rapide de toute situation dans laquelle 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 est indispensable au bon fonctionnement de l'OMC et à l'existence d'un juste équilibre entre les droits et obligations des Membres »*. Aussi le rapprochement peut-il être fait entre le principe formulé à l'article 3 : 3 du Mémorandum et le principe édicté à l'article 17 : 3 de l'Accord sur la mise en œuvre de l'article VI du GATT de 1994. Voir dans le même sens l'article 4 : 3 du Mémorandum, l'article 19 : 2 de l'Accord sur la mise en œuvre de l'article VII du GATT de 1994, l'article 7 paragraphes 1 et 2 de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires et l'article XXII : 1 de l'Accord général sur le commerce des services.

D'autre part, le Mémorandum parle de « **procédures de consultation** »²⁹⁹ et ne se contente pas d'affirmer un principe de discussion interétatique. Il précise un certain nombre de règles procédurales s'appliquant à ces discussions susmentionnées afin de les enfermer dans des conditions strictes : des délais sont prévus pour encadrer la réponse à la demande du Membre plaignant, la date effective de début des discussions et le délai pour leur aboutissement ; le cas de leur non-déroulement et de leur échec est évoqué ; des conditions de notification, de contenu et de statut sont précisées ; la position particulière de certains membres est organisée³⁰⁰. Il faut surtout retenir de ces procédures qu'elles prévoient l'hypothèse d'une discussion bilatérale inexistante en précisant quels seront les mécanismes qui s'enclencheront « **si le Membre ne répond pas (...) ou n'engage pas de consultation** »³⁰¹, ce qui particularise la définition des consultations en y insérant une dualité.

La phase des consultations est donc, d'une part, la procédure qui permet à un Membre de l'OMC, s'estimant lésé par une mesure prise par un autre Membre, de demander l'ouverture de discussions et qui encadre le déroulement éventuel de ces discussions et, d'autre part, ces mêmes discussions éventuellement menées entre ces deux Membres en vue de parvenir à un accord amiable sur le règlement du différend créé par cette mesure. Du fait de la possible inexistence de discussions entre les Membres en conflit, le second élément de définition peut perdre de sa pertinence, de telle sorte que la phase de consultations se caractérisera parfois uniquement par son aspect procédural. La phase des consultations est ainsi constituée de deux éléments constituant sa définition double : l'affirmation du principe de discussions libres entre Etats opposés par un différend dans le but de trouver une solution mutuellement acceptable ; l'organisation par des règles du cadre de ces discussions. Plus précisément, il ne s'agit pas d'une dualité de définition mais d'une définition duale puisque se crée un équilibre entre deux éléments réciproques, à la fois contradictoires et complémentaires dans la mesure où le premier tend vers une liberté de discussion et le second vers une rationalisation de cette liberté. Cet équilibre va caractériser cette phase des consultations. Cette ambivalence de définition crée un équilibre : un principe de libre volonté des Etats est affirmé et sa pérennité est assurée par des règles procédurales qui l'aménagent afin que cette liberté de tous ne confine pas à la tyrannie de quelques-uns.

Le caractère dual et équilibré de la définition découle directement de l'institutionnalisation des consultations. Plus clairement, il ressort de cette définition la spécialisation des consultations dans le règlement des litiges, ce qui pourrait conférer à l'ORD cette spécialisation dans le cadre de sa fonction procédurale attachée aux

²⁹⁸ Mémorandum, article 4 : 3. Voir dans le même sens : Mémorandum, article 4.5 ; Accord sur les textiles et les vêtements, article 4 : 4 et Article 5 paragraphes 2, 4 et 6 ; Accord sur la mise en œuvre de l'article VI du GATT de 1994, article 17 : 4 ; Accord sur les subventions et les mesures compensatoires, articles 4 : 3, 7 : 3 et 9 : 2.

²⁹⁹ Article 4 : 1.

³⁰⁰ Se reporter pour de plus amples détails à l'article 4, paragraphes 3 à 11.

³⁰¹ Article 4 : 3.

consultations. Cependant, le caractère dual et équilibré de cette définition établit en réalité une institutionnalisation des discussions bilatérales, de telle sorte qu'une analogie peut être trouvée entre les consultations et les négociations institutionnalisées.

Encore faut-il préciser la définition de la négociation. Elle est complexe en droit international public, malgré l'apparente simplicité de son sens commun : un rapport interétatique consistant en des échanges de vues, des entretiens, des démarches pour parvenir à un accord³⁰². En effet, elle est le mécanisme utilisé soit à l'occasion de la construction éventuelle d'une convention bilatérale ou multilatérale qui sera source de droit, soit pour tenter de régler un différend interétatique³⁰³. En outre, certains auteurs considèrent parfois qu'elle désigne « **au sens large (...) l'ensemble des modes diplomatiques [de règlement des différends] ; les tiers quand ils y prennent part, ne [faisant] que prêter leur concours aux parties au différend, lesquelles sont maîtresses en dernière instance du sort qu'elles lui réserveront** », ce qui inclut les bons offices et la médiation³⁰⁴. « *La négociation est partout. Elle est d'abord le point de départ de tout. C'est d'ailleurs l'essence même de la diplomatie et les deux mots sont synonymes dans certains traités* »³⁰⁵. La négociation est aujourd'hui permanente et universelle dans les relations internationales³⁰⁶.

Il ne saurait être question dans le présent propos d'une étude détaillée de la négociation en droit international public. La définition retenue sera celle de la négociation au sens étroit appliquée au règlement des différends interétatiques. Aussi la négociation peut-elle être définie comme « **toute rencontre en vue de parvenir à un accord** »³⁰⁷, un « **tête-à-tête bilatéral** » « **au sens étroit** »³⁰⁸. « **Elle consiste en "conversations" et débouche soit sur l'acceptation concertée d'une solution (...), soit sur le constat de l'échec** »³⁰⁹. « **En règle générale, elle ne met en présence que les Etats directement en litige. Les tiers peuvent cependant y intervenir, en vue d'en faciliter**

³⁰² Voir pour un sens général communément admis : P. Robert, *Le Nouveau Petit Robert*, op. cit., p. 1660.

³⁰³ Le thème de la négociation est souvent étudié dans les manuels de droit international public à deux reprises : dans la partie consacrée à la formation du droit et dans celle analysant le règlement des différends interétatiques. Voir pour exemple ; P.-M. Dupuy, *Droit international public*, op. cit., pp. 5-6, 336-364 et 466-468 ; P.-M. Martin, *Droit international public*, Masson, coll. Droit-Sciences Economiques, Paris, 1995, pp. 125-127 et 215-218 ; D. Alland (Sous la direction de), *Droit international public*, P.U.F, coll. Droit fondamental, 1^{ère} éd., Paris, 2000, pp. 220-221, 477-480 ; J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, Montchrestien, E.J.A., coll. Domat Droit Public, 4^{ème} éd., Paris, 1999, pp. 113-116 et 554-560.

³⁰⁴ J. Combacau, S. Sur, op. cit., p. 555. Ces auteurs incluent ensuite dans la négociation « au sens large » les bons offices et la médiation.

³⁰⁵ D. Alland (Sous la direction de), *Droit international public*, op. cit., p. 477.

³⁰⁶ Voir le développement de cette idée in P.-M. Dupuy, op. cit., pp. 5-6.

³⁰⁷ P.-M. Dupuy, op. cit., p. 468.

³⁰⁸ J. Combacau, S. Sur, op. cit., p. 555.

l'aboutissement : une telle interférence, dans la mesure où elle ne diminue pas juridiquement la liberté de décision des parties, ne modifie pas la nature de cette modalité de règlement »³¹⁰.

La négociation, « ***au sens étroit du terme*** », désigne un mode de règlement des différends « ***n'impliquant que les seules parties*** » et peut aboutir à « ***un règlement directement convenu entre les parties*** », « ***un règlement amiable*** »³¹¹. A cet égard, il est couramment admis que la négociation constitue souvent l'un des différents modes successivement ou simultanément utilisés pour la résolution de différends, en particulier dans le cadre d'organisations internationales³¹².

Par conséquent, une similarité forte peut être dégagée de la comparaison entre les consultations et la négociation institutionnalisée. C'est sans doute cette identité qui explique le relatif silence des auteurs sur la définition et le traitement rigoureux des consultations, auteurs qui ont pourtant mené une analyse détaillée du système de règlement des différends. Rares sont ceux qui formulent explicitement l'idée d'une négociation³¹³. C'est sous l'angle de la mise en situation que cette phase des consultations est analysée. Et, bien que cette phase ait été remarquée à plusieurs reprises, sa définition ne fait pas l'objet de leur plus vif intérêt.

Par exemple, M. Flory traite des consultations comme d'une « ***phase de la procédure*** »³¹⁴ et s'attarde pour une analyse détaillée sur d'autres aspects du mécanisme de règlement des différends. MM. Daillier et Pellet considèrent les consultations comme le « ***premier temps*** » d'une procédure plus vaste et « ***fort complexe*** » : « ***un Membre peut demander des consultations auxquelles le ou les autres Membres concernés ne peuvent se soustraire*** »³¹⁵. Même Mme Ruiz Fabri, qui considère cette phase comme une introduction à une première étape qui « ***ne peut (...) démarrer si les parties n'ont pas d'abord tenté de négocier et de parvenir à un accord amiable dans le cadre de "consultations"*** » et qui affirme que « ***les consultations sont un élément tout à fait essentiel de la procédure*** »³¹⁶, ne va pas

³⁰⁹ P. Daillier et A. Pellet (N. Quoc Dinh †), *op. cit.*, p. 831.

³¹⁰ *Ibid.*, p. 828.

³¹¹ H. Ruiz Fabri, J.-M. Sorel, « Organisation judiciaire internationale », *op. cit.*, p. 5.

³¹² Voir sur ce point *ibid.*, p. 7.

³¹³ Comme le précise Mme Ruiz Fabri, il est question pour les parties aux consultations de « *négocier* », de « *l'engagement de négociations* », in « Organisation mondiale du commerce ; Droit institutionnel », *op. cit.*, pp. 17 et 24.

³¹⁴ T. Flory in D. Carreau, T. Flory et P. Juillard, « Chronique de Droit international économique », *A.F.D.I.* XXXIX, 1993, p. 759.

³¹⁵ P. Daillier et A. Pellet (N. Quoc Dinh †), *op. cit.*, p. 918.

³¹⁶ H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », *J.D.I.* 3, 1997, pp. 732 et 733.

au-delà de l'esquisse d'une définition. L'imprécision doctrinale n'est cependant pas condamnable ; elle s'explique aisément par le rapprochement implicite que les auteurs opèrent entre les consultations et les négociations.

Et cette idée d'une institutionnalisation des négociations se dégage également de la distinction que les groupes spéciaux font parfois entre « **consultations** » et « **consultations additionnelles** »³¹⁷ ou encore de la précision terminologique que les Membres, les groupes spéciaux et l'Organe d'appel donnent quand ils traitent de « **consultations formelles** » ou « **consultation formelle** »³¹⁸ et de « **consultations informelles** »³¹⁹. Les consultations prévues par le Mémorandum peuvent même constituer un recours pour un plaignant en cas d'échec de consultations informelles préalables que le plaignant avait demandées en vertu de l'article XXII du GATT de 1994 par le biais d'une note diplomatique verbale³²⁰.

Cependant, cette analogie doctrinale, confirmée implicitement par quelques illustrations issues de la pratique, n'est partagée explicitement ni par le texte du

³¹⁷ Voir les rapports WT/DS54, 55, 59 et 64/R, paragraphes 1.2 à 1.6, et WT/DS126/RW, paragraphe 17. La cote des rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel comprenant l'abréviation « RW » signale les rapports relatifs au mécanisme d'exécution de la décision initiale réglant le différend. Ces rapports ne seront pas écartés de l'analyse du règlement du différend initial. Au contraire, ils seront pris en compte en tant que de besoin dans les titres consacrés uniquement au règlement du différend initial, dans la mesure où ils sont rédigés par les mêmes instances que celles intervenant dans le règlement initial et selon la même démarche, et où leur existence et leur contenu sont particulièrement significatifs et pertinents pour appuyer la démonstration. Par ailleurs, il est courant de désigner les affaires soumises au règlement du système mémorandaire, non seulement par leur cote, mais également par l'identité de la partie défenderesse et par l'objet du différend. Cependant, le *corpus* des affaires soumises à l'OMC est présentement l'objet d'une attention soutenue, du fait de la problématique générale, ce qui se traduit par des renvois constants à de nombreux documents issus de l'OMC. Aussi, et afin de ne pas alourdir le propos, seules les cotes seront citées dans le corps du texte. La référence complète de chacune des affaires évoquée se trouve en annexe.

³¹⁸ Pour les parties, voir pour exemples les documents : WT/DS22/1, p. 1 ; WT/DS22/3, p. 3 ; WT/DS23/1, p. 1 ; WT/DS30/1, p. 4 (à propos de l'article XXII du GATT) ; WT/DS49/1, p. 1 ; WT/DS50/11, p. 1 ; WT/DS60/1, p. 1 ; WT/DS60/2, p. 1 ; WT/DS85/9, p. 5 ; WT/DS122/2, p. 1 ; WT/DS156/1, p. 1 ; WT/DS182/1, p. 1 ; WT/DS191/1, p. 1. Voir également les rapports des groupes spéciaux retranscrivant les positions des parties dont, pour exemples, les rapports : WT/DS22/R, p. 108 ; WT/DS58/RW, paragraphe 4.40 ; WT/DS60/R, paragraphe 4.8 ; WT/DS87 et 110/R, paragraphe 4.562 (à propos des consultations prévues à l'article XXIII du GATT) ; WT/DS108/R, paragraphe 4.582 ; WT/DS114/R, paragraphes 4.5, 4.8 et 4.18 ; WT/DS132/RW, paragraphe 4.7 ; WT/DS189/R, paragraphe 4.882. Voir également pour exemples les rapports de l'Organe d'appel procédant à la même reformulation : WT/DS46/AB/RW, paragraphe 29 ; WT/DS70/AB/RW, paragraphe 19 ; WT/DS132/AB/RW, paragraphes 21 et 23. Par ailleurs, le groupe spécial de l'affaire DS90 constate lui-même la tenue de consultations qu'il nomme « *formelles* » (voir son Rapport WT/DS90/R, paragraphe 1.1 ; le groupe spécial de l'affaire DS146 et 175 fait de même (voir son Rapport WT/DS146 et 175/R, paragraphe 7.117).

³¹⁹ Pour les Membres, voir pour exemples les documents WT/DS59/6, p. 1, et WT/DS60/R, paragraphe 4.8. Pour l'Organe d'appel, voir le Rapport WT/DS62, 67 et 68/ABR, paragraphe 70.

³²⁰ Voir le document WT/DS30/1 dans lequel le Sri Lanka adresse une demande de consultations au Brésil, justifiant cette demande par l'échec de « *consultations bilatérales* » demandées par la voie d'une « *note diplomatique* » qu'il qualifie de « *verbale* ».

Mémorandum ni par les instances dont il organise directement le fonctionnement. D'abord, le Mémorandum n'emploie explicitement le terme « *négociier* » que dans son article 22 : 2 concernant les « *compensation et suspension de concessions* », c'est-à-dire au stade de la mise en œuvre des décisions visant à régler le différend, et non dans les dispositions relatives aux consultations. Bien plus, il ne procède qu'au rapprochement implicite de la négociation et de la consultation quand il prévoit que « *le Membre auquel la demande [de consultations] est adressée y répondra (...) et engagera des consultations de bonne foi* »³²¹. En effet, ce texte affirme ici deux principes directeurs des consultations : l'obligation de répondre et le principe de bonne foi. Ces deux principes sont à rapprocher des principes directeurs des négociations, dégagés par la jurisprudence de la C.P.J.I., de la C.I.J. ainsi que par la doctrine³²².

Le principe de bonne foi est, de plus, réaffirmé par l'Organe d'appel selon lequel « *l'article 3: 10 du Mémorandum d'accord fait obligation aux Membres de l'OMC, si un différend survient, d'engager les procédures de règlement des différends "de bonne foi dans un effort visant à régler ce différend". Cela est une autre manifestation concrète du principe de la bonne foi qui, comme nous l'avons déjà indiqué, est en même temps un principe juridique général et un principe général du droit international* »³²³. De même, un groupe spécial constate que « *puisque le Mémorandum d'accord prévoit à l'article 3: 7 qu'"[u]ne solution mutuellement acceptable pour les parties et compatible avec les accords visés est nettement préférable", les parties au différend devraient engager des consultations de bonne foi et s'efforcer d'arriver à une solution de ce type* »³²⁴.

Quant à l'obligation de répondre, elle semble être fortement atténuée par le Mémorandum qui prévoit le cas d'une non-réponse. L'atteinte à l'obligation de répondre entraîne, au-delà d'un délai fixé, la possibilité pour la partie demanderesse de demander l'établissement d'un groupe spécial³²⁵. Si cette obligation de répondre n'est pas très affirmée puisque son inexistence est prévue, son non-respect entraîne néanmoins une possibilité de recours de la part de la partie plaignante. L'atteinte est donc assortie d'une conséquence, d'une échappatoire empêchant le blocage, ce qui est moins évident dans le cas de négociations hors OMC, l'obligation de répondre n'étant alors pas pareillement encadrée. Le Mémorandum confirme de la sorte avec force cette obligation.

Ensuite, les groupes spéciaux s'abstiennent de formuler une synonymie entre les

³²¹ Article 4 : 2.

³²² Voir par exemple sur les principes de la négociation : P. Daillier et A. Pellet (N. Quoc Dinh †), *op. cit.*, pp. 828-831 ; D. Alland (Sous la direction de), *Droit international public, op. cit.*, pp. 477-480 ; P.-M. Dupuy, *Droit international public, op. cit.*, p. 468.

³²³ WT/DS108/AB/R, paragraphe 166. L'Organe d'appel renvoie ici à son Rapport DS/58/AB/R, note 99, paragraphe 158, Rapport dans lequel il a été amené à étudier la question de la bonne foi dans le contexte du texte introductif de l'article XX du GATT de 1994.

³²⁴ WT/DS27/RECU, pp. 344-345.

³²⁵ Article 4 : 3.

consultations et les négociations et ne font que retranscrire les argumentations des parties sur ce point³²⁶. Enfin, seul l'Organe d'appel a pu à une occasion rapprocher consultations et négociations en posant le principe de la négociation par le biais des consultations³²⁷. Encore s'agissait-il ici des consultations prévues par l'article 12 : 3 de l'Accord sur les sauvegardes.

En réalité, la synonymie explicite est le fait des entités politiques de l'OMC. Par exemple, il est précisé dans le Compte-rendu de la réunion de l'ORD du 18 novembre 1997 que les Communautés européennes, « **à la suite de leur demande de consultations, (...) avaient eu des négociations** » avec l'Inde³²⁸. Un autre compte-rendu donne implicitement une définition des négociations en juxtaposant le fait de mener des consultations avec l'acceptation de négocier³²⁹, ce que confirme le Président de l'ORD en rapprochant le fait de « **procéder immédiatement à des consultations au titre de l'article 4** » et des « **négociations menées de bonne foi** »³³⁰. Surtout, ce sont les Membres eux-mêmes qui identifient explicitement consultations et négociations. Cette démarche se retrouve à la fois dans les comptes-rendus des réunions de l'ORD qui retranscrivent les propos que les Membres y ont tenu³³¹ et dans les divers documents relatifs au règlement des différends que les parties ont elles-mêmes rédigés³³² ou qui font état des argumentations respectives de chacune d'entre elles³³³. C'est

³²⁶ Les exemples sont nombreux dans lesquels cette synonymie est formulée ; mais, à chaque fois, elle l'est dans les paragraphes résumant les prétentions des parties et non exprimant les constatations et conclusions de l'instance. Voir pour exemple le Rapport WT/DS126/R, paragraphes 6.32 et 7.204

³²⁷ WT/DS/202/AB/R, paragraphe 101.

³²⁸ WT/DSB/M/39, p. 5.

³²⁹ WT/DSB/M/54, p. 12.

³³⁰ WT/DSB/M/54, p. 36.

³³¹ Voir pour exemples : la Corée et les Communautés européennes, *in* WT/DSB/M/46, respectivement pp. 6 et 20 ; les Etats-Unis, *in* WT/DSB/M/49, p. 13 ; le Canada, *in* WT/DSB/M/81, p. 1 ; l'Argentine, *in* WT/DSB/M/101, p. 12.

³³² Voir pour exemples : la Déclaration orale du Canada du 3 février 2000, annexe 1-3 du Rapport du groupe spécial reconvoqué au titre de l'article 21 : 5, WT/DS46/RW, p. 7 ; la Communication présentée à titre de réfutation par le Brésil du 17 janvier 2000, annexe 2-2 du Rapport du groupe spécial reconvoqué au titre de l'article 21 : 5, WT/DS46/RW, p. 127 ; la Première communication écrite des Communautés européennes et de leurs Etats membres du 5 octobre 1999, reproduite dans le Rapport du groupe spécial, appendice 1.1, WT/DS160/R, p. 86 ; la Demande de consultations présentée par les Etats-Unis, le Guatemala, le Honduras, le Mexique et le Panama, WT/DS158/1, p. 1, avec renvoi aux annexes du Rapport du groupe spécial WT/DS/222/R, p. A-65 ; Communication des Philippines, WT/DS195/4, p. 2.

³³³ Voir pour exemples les rapports des groupes spéciaux : WT/DS34/R, paragraphe 6.1 (Turquie) ; WT/DS70/R, paragraphes 4.48 et 4.67 (respectivement Canada et Brésil) ; WT/DS98/R, paragraphes 4.6 et 4.752 (Corée) et 7.11 (Communautés européennes) ; WT/DS126/R, paragraphe 7.204 (Etats-Unis).

sans doute le propos du Canada qui est le plus significatif de la position des Membres sur cette similarité : « **les consultations représentent le premier stade, contentieux, du processus de règlement des différends de l'OMC. Elles représentent aussi, en bien des cas, le dernier stade du processus de négociations diplomatiques visant à éviter un recours au contentieux** »³³⁴. Les consultations pourraient alors être définies comme le cadre temporel et spatial offrant la possibilité de négociations dans le cadre d'une organisation internationale pour un objectif précis : le règlement d'un différend interétatique.

Cependant, les termes « **négociations** » et « **négociateurs** » sont plus souvent utilisés par les instances de l'OMC et les Etats pour qualifier des mécanismes mémorandaires distincts de la phase des consultations³³⁵ et surtout pour qualifier le mode de formation de multiples et variés accords : dans le cadre du Cycle d'Uruguay ou interétatiques extérieurs à l'OMC³³⁶, dans le cadre de différents contrats et autres accords passés entre personnes privées, entre un Etat et des personnes privées ou encore entre un Etat et une organisation internationale³³⁷, concernant un mémorandum d'accord trouvant une solution équilibrée à un différend³³⁸. De même, il est très souvent fait référence à « **l'historique de la négociation** » ou « **des négociations** » qui désigne des documents relatifs aux discussions préalables à la rédaction et à l'adoption de différents accords internationaux et qui sert aux instances et de règlement et aux parties d'appui à leur argumentation³³⁹.

Bien plus, les instances de l'OMC opèrent une distinction claire entre négociations et consultations. Si un groupe spécial admet bien l'existence, reconnue par les tribunaux internationaux, de « **négociations tenues entre les parties au différend en vue de trouver un règlement** », il précise que « **les circonstances de ces négociations sont**

³³⁴ WT/DS70/R, paragraphe 4.17.

³³⁵ Par exemple, des négociations entre les parties se déroulent lors de la phase d'exécution de la décision réglant le différend initial, phase qui est l'objet du second Titre de la deuxième Partie. Quelques illustrations peuvent être trouvées dans les documents WT/DS18/12, WT/DS27/43 et 50, WT/DS50/10.

³³⁶ Ces termes abondent dans de nombreux rapports de groupes spéciaux et de l'Organe d'appel. Voir pour exemples les rapports des groupes spéciaux WT/DS46/R, WT/DS99/R, WT/DS103 et 113/R, WT/DS184/R, WT/DS231/R, ainsi que les rapports de l'Organe d'appel WT/DS58/AB/R, WT/DS69/AB/R, WT/DS70/AB/R, WT/DS90/AB/R, WT/DS176/AB/R et DS192/AB/R.

³³⁷ Voir, pour exemples, les rapports des groupes spéciaux WT/DS46/RW, WT/DS70/R, WT/DS87 et 110/R, WT/DS126/RW, WT/DS138/R, WT/DS139 et 142/R, WT/DS160/R, WT/DS184/R, WT/DS211/R, WT/DS222/R, ainsi que le Rapport de l'Organe d'appel WT/DS103 et 113/AB/R.

³³⁸ Voir pour exemple le document DS27/61

³³⁹ Les parties, dans leurs argumentations, et les instances de règlement, dans leurs constatations et conclusions, s'appuient souvent sur de tels historiques de négociations. Voir pour exemples les rapports des groupes spéciaux WT/DS87 et 110/R, WT/DS99/R, WT/DS122/R, WT/DS177 et 178/R, WT/DS213/R, ainsi que les rapports de l'Organe d'appel WT/DS70/AB/R, WT/DS103 et 113/ABR, et WT/DS176/AB/R.

de toute évidence différentes de celles des consultations menées dans le cadre de la procédure de règlement des différends de l'OMC qui, comme l'Organe d'appel l'a fait observer, font partie des moyens par lesquels les faits sont clarifiés avant l'engagement d'une procédure de groupe spécial »³⁴⁰. L'Organe d'appel semble aussi implicitement distinguer les consultations « **et** » les négociations³⁴¹, de même que les Membres de l'OMC³⁴².

Les instances de l'OMC ainsi que les Membres sont plus précis sur la distinction. Un groupe spécial estime en effet que « **tel est l'objet de tout processus de consultation (...), à savoir faciliter les efforts déployés par les parties pour arriver à une solution convenue d'un commun accord de leur litige** »³⁴³. Les Membres paraissent en phase avec cette approche quand ils déclarent, par exemple, que « **ce n'est pas sans raison que les consultations sont un processus oral, c'est dans le souci de favoriser le règlement des différends par voie de négociation et d'un commun accord** »³⁴⁴, que les consultations ont pour objectif « **d'arriver à une solution négociée** »³⁴⁵ ou encore quand ils disent souhaiter une « **solution négociée** » et parlent d'engagement de « **négociations bilatérales** » et de « **négocier dans le cadre d'une consultation bilatérale** »³⁴⁶.

Par conséquent, la distinction entre consultations et négociations est non seulement affirmée, mais aussi qualifiée. Les consultations semblent constituer le cadre dans lequel peuvent se dérouler des négociations en vue de parvenir à un règlement amiable du différend. L'identification entre les consultations et les négociations est donc loin d'être totale dans la mesure où les premières sont l'organisation du cadre des secondes. A cet

³⁴⁰ WT/DS141/R, p. 16, note 22.

³⁴¹ WT/DS166/AB/R, p. 9.

³⁴² Par exemple, le Japon distingue entre consultations et négociations quand il dit avoir « *demandé (...) l'ouverture de consultations (...). La question a finalement été réglée par des négociations politiques, indépendamment du processus de règlement des différends* » (Rapport du groupe spécial WT/DS152R, paragraphe 5.273). De même, les Communautés européennes parlent de « *possibilités de consultation et de négociation* » (Rapport de l'Organe d'appel WT/DS166/AB/R, paragraphe 21. Voir dans le même sens le propos du Canada retranscrit dans le Rapport du groupe spécial WT/DS70/R, paragraphes 4.84 et 4.86). La distinction est encore plus claire dans le Rapport du groupe spécial de l'affaire DS27 dans lequel il est clairement distingué, pour un différend interétatique, entre les « *négociations bilatérales* » et les « *consultations formelles* », les premières devant se dérouler en dehors du cadre de l'OMC car une des parties n'était pas encore Membre, les secondes étant les consultations prévues par le Mémorandum (voir le Rapport du groupe spécial WT/DS27/R/ECU, paragraphe 4.193).

³⁴³ WT/DS98/R, paragraphe 7.153.

³⁴⁴ Déclaration orale des Etats-Unis concernant les questions préliminaires, *in* Rapport du groupe spécial WT/DS177 et 178/R, Annexe 3-3, pp. A-395 et A-396.

³⁴⁵ *Ibid.*

³⁴⁶ WT/DS34/R, paragraphes 6.1 et 6.11.

égard, les parties à un différend précisent souvent que « **ces consultations (...) ont permis de mieux comprendre les positions respectives, mais n'ont pas abouti à un règlement satisfaisant du différend** »³⁴⁷.

Cette précision est également donnée par l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires qui affirme à plusieurs reprises que « **l'objet des consultations sera de préciser les faits et d'arriver à une solution mutuellement convenue** »³⁴⁸. L'Organe d'appel définit l'intérêt des consultations. Il convient « **de l'importance des consultations. À la faveur des consultations, les parties échangent des renseignements, évaluent les points forts et les points faibles de leurs thèses respectives, réduisent la portée des divergences qui les séparent et, bien souvent, trouvent une solution mutuellement acceptable, suivant la préférence exprimée explicitement à l'article 3: 7 du Mémoire d'accord. Par ailleurs, même lorsque aucune solution mutuellement acceptable n'est trouvée, les consultations donnent aux parties la possibilité de définir et de circonscrire la portée du différend entre elles. Manifestement, les consultations comportent de nombreux avantages pour les parties plaignantes et les parties défenderesses, de même que pour les tierces parties et le système de règlement des différends dans son ensemble. (...) La pratique des parties contractantes du GATT consistant à tenir régulièrement des consultations témoigne du rôle important des consultations dans le règlement des différends. Cette pratique est reconnue à l'article 4: 1 du Mémoire d'accord (...). La valeur des consultations dans le cadre du processus de règlement des différends est reconnue dans un certain nombre de rapports de groupes spéciaux et de l'Organe d'appel** »³⁴⁹. Il donne également les références de nombreux exemples de rapports de groupes spéciaux et de l'Organe d'appel qui ont « **maintes fois reconnu** » « **le rôle important des consultations** »³⁵⁰.

D'autres rapports des groupes spéciaux ou de l'Organe d'appel insistent sur ce rôle particulier des consultations qui est pour les parties de clarifier et circonscrire la question qui les oppose³⁵¹ et insistent également sur la nécessaire continuité entre les consultations et la procédure du groupe spécial, la première influant sur la seconde³⁵². Les consultations, de l'avis de l'Organe d'appel, « **doivent normalement constituer la première étape du processus de règlement des différends de l'OMC** »³⁵³; elles « **sont une condition préalable à une procédure de groupe spécial** »³⁵⁴. Aussi les

³⁴⁷ WT/DS160/5, p. 2. Voir également dans le même sens, pour exemples, les documents WT/DS38/2, p. 1 ; WT/DS77/3, p. 1 ; WT/DS108/2, p. 1 ; WT/DS121/3, p. 1 ; WT/DS122/2, p. 1 ; WT/DS136/2, p. 1 ; WT/DS162/3, p. 1 ; WT/DS138/3, p. 1 ; WT/DS155/2, p. 1 ; WT/DS160/5, p. 2 ; WT/DS166/3, p. 1 ; WT/DS176/2, p. 3 ; WT/DS189/2, p. 1 ; WT/DS189/3, p. 1 ; WT/DS193/2, p. 1 ; WT/DS255/3, p. 1 ; WT/DS248/12, p. 1 ; WT/DS252/5, p. 1 ; WT/DS253/5, p. 1 ; WT/DS213/3, p. 1 ; WT/DS214/4, p. 2 ; WT/DS227/2, p. 1 ; WT/DS238/2, p. 1.

³⁴⁸ Articles 4: 3, 7: 3 et 9: 2 (le dernier article remplace « *convenue* » par « *acceptable* »).

³⁴⁹ WT/DS132/AB/RW, paragraphe 56.

³⁵⁰ Note 48 du paragraphe cité note précédente. Cette note est une référence utile à l'évaluation de la portée du propos de l'Organe d'appel présentement cité car elle dresse une liste détaillée des rapports précédents allant dans le même sens.

consultations ne doivent-elles pas être détachées de l'ensemble de la procédure mémorandaire dans la mesure où elles sont considérées, et par les Membres, et par les instances de l'OMC, comme indissociables du système organisé par le Mémoire, même si ce dernier ne semblait pas très clair sur ce point.

Comparaison peut être faite entre les consultations mémorandaires et les mécanismes, pour la plupart nouveaux et en plein essor, de transaction en droit interne. Ces derniers ne peuvent pas être qualifiés de mécanismes juridictionnels mais ils ne restent pas moins parties d'un système de type juridictionnel duquel ils sont de plus en plus indissociables et auquel ils sont nécessaires, et ce pour de multiples raisons dont les principales sont : la limitation de l'engorgement des tribunaux néfaste au bon fonctionnement de la justice ; le soutien de l'objectif ultime de la justice, à savoir le règlement des conflits entre sujets de droit, puisque cet objectif est partagé par la transaction ; la rationalisation des questionnements liés au différend né car elle aide au règlement effectif ; la traduction et le soutien judiciaire du phénomène généralisé de contractualisation sociétale. Les consultations peuvent parfaitement être assimilées au processus transactionnel.

Par voie de conséquence, les consultations peuvent légitimement être intégrées au système mémorandaire et, finalement, être considérées comme une phase préparatoire au règlement, et même comme un soutien à la juridictionnalité du système puisqu'elles en constituent le prélude transactionnel. Elles sont, dans ce cadre, l'équivalent en matière internationale des mécanismes récents fruits de l'évolution des systèmes juridictionnels internes et doivent donc être vues non comme une réminiscence de la négociation, dont elles se départissent nettement, mais au contraire comme une évolution normale des règlements de type juridictionnel.

Ainsi, l'objectif des consultations formulé dans la définition proposée précédemment est donc le règlement des différends interétatiques. La distinction textuelle susmentionnée entre « **consultations** » et « **règlement des différends** » n'exprime pas une non-spécialisation de ces consultations dans le règlement des différends mais plus simplement la différenciation entre le caractère bilatéral des premières et l'intervention d'une instance tierce dans le second. En réalité, cette distinction formelle s'explique par la

³⁵¹ Voir pour exemple le Rapport WT/DS46/AB/R, paragraphes 131 et 132, dans lequel l'Organe d'appel rappelle que l'objet des consultations est, d'après l'article 4 : 3 de l'Accord SMC « *de préciser les faits et d'arriver à une solution mutuellement convenue* ». Voir dans le même sens le Rapport du groupe spécial WT/DS75 et 84/R, paragraphe 10.23, ainsi que le Rapport WT/DS141/R, paragraphe 6.16.

³⁵² Voir le Rapport de l'Organe d'appel WT/DS50/AB/R, paragraphe 94. Cette conclusion est reprise dans le Rapport du groupe spécial WT/DS46/R, paragraphe 7.9, qui renvoie au Rapport de l'Organe d'appel susmentionné. Voir dans le même sens le Rapport WT/DS75 et 84/R, paragraphe 10.23, ainsi que le Rapport WT/DS70/R, paragraphe 9.12.

³⁵³ WT/DS27/AB/R/ECU, paragraphe 7.17. L'Organe d'appel fonde cette conclusion sur l'article 4, paragraphes 2, 5 et 7. Cette conclusion est répétée dans le paragraphe 7.20. Voir dans le même sens le paragraphe 7.19 qui affirme l'intégration des consultations au sein du « *processus de règlement des différends de l'OMC* ».

³⁵⁴ WT/DS132/AB/RW, paragraphe 58.

continuité existant entre le système du GATT et celui de l'OMC. Le GATT de 1947, repris dans le GATT de 1994 distingue entre les « **consultations** » de l'article XXII et la « **protection des concessions et des avantages** » de l'article XXIII, ces deux articles fondant en 1947 le système de règlement des différends alors en application. Le Mémoire comme les différents accords multilatéraux reprennent cette distinction en séparant les consultations qui ont un fonctionnement similaire à celui organisé par le GATT de 1947 et le règlement des différends du Mémoire qui se fonde sur le règlement de l'article XXIII du GATT de 1947 en le modifiant de manière davantage déterminante.

Bien plus, les consultations ne sont pas de simples négociations institutionnalisées mais elles sont en réalité pleinement intégrées dans le processus de règlement des différends que le Mémoire organise. Elles ne se contentent pas d'être le cadre de discussions bilatérales ayant pour objet la résolution d'un litige, mais constituent une étape de rationalisation du différend et des arguments et prétentions des parties. En effet, « **subrepticement aussi, on contrôle le sérieux de la demande de négociation** »³⁵⁵ ; même si ce ne sont pas les organes de l'OMC qui vérifient directement le sérieux de cette demande et influent sur son contenu et son devenir, l'Etat destinataire sera davantage fondé à en demander « **la redétermination ou le recadrage** »³⁵⁶. Paradoxalement, leur unique spécialisation dans le règlement des différends aboutirait à la non-spécialisation de l'ORD. Celui-ci n'aurait qu'une fonction administrative doublée d'une fonction institutionnalisatrice, dans la mesure où cet organe n'aurait d'autre rôle que de susciter la création d'un espace de négociations dont l'effectivité et l'issue seraient entièrement dépendantes de la libre volonté commune des parties. Il serait alors difficile d'accorder à l'ORD la qualité d'organe spécialisé et, partant, d'admettre une réalité organique juridictionnalisante. Cependant, telle n'est pas la conséquence de ces consultations.

Leur fonction rationalisante ne les confine pas dans la négociation, aussi institutionnalisée soit-elle, mais les intègre dans le processus de règlement mémorandaire du seul fait de l'ORD qui n'a donc pas qu'une centralité d'institutionnalisation mais également et surtout une centralité d'intégration en raison du processus de consultations qu'il gère. L'ORD n'est donc pas spécialisé dans l'institutionnalisation d'un règlement désincarné puisque diplomatique, mais dans la création et l'insertion d'une étape particulière de ce règlement – la rationalisation du différend et des parties – au sein d'un système plus vaste, matérialisé par deux organes : le groupe spécial et l'Organe d'appel. Aussi, bien que de manière plus atténuée car partielle et implicite, l'ORD est bien au même titre que les groupes spéciaux et l'Organe d'appel un organe spécialisé dans la résolution de litiges. Partant, les trois instances constituant le socle organique du système mémorandaire confèrent à ce système, du fait de leur spécialisation, une consistance organique de type juridictionnel. De la sorte, la juridictionnalité organique du système mémorandaire prend forme peu à peu et sera confirmée par l'identification du statut particulier des agents de règlement.

³⁵⁵ H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », *J.D.I.* 3, 1997, p. 732.

³⁵⁶ *Ibid.*, p. 733.

Chapitre II : L'institution juridictionnelle des agents de règlement

La constatation d'une matérialité organique spécialisée est de nature à identifier l'acteur qui a en charge l'action de dire le droit. En conclure immédiatement que la structure organique mémorandaire est juridictionnelle serait, néanmoins, peu rigoureux et, par voie de conséquence, peu convaincant. La juridiction se définissant comme l'acteur qui dit le droit, elle mène une action très spécifique. Cette spécificité rejaillit sur l'identité de l'acteur, puisque celui-ci doit mener convenablement et totalement cette action particulière. L'acteur juridictionnel est donc tel dans la mesure où les caractéristiques de son identité lui permettent, ou du moins ne l'empêchent pas, de mener à bien l'action juridictionnelle. Dès lors, la question se pose de la détermination de ces caractéristiques. Bien entendu, l'identité de l'acteur juridictionnel n'est pas unique. Cette variabilité est immédiatement perceptible en considérant l'extrême diversité des acteurs juridictionnels connus sur le plan interne comme international. En outre, il ne peut exister de définition unique et indiscutable de la juridiction. Aussi faut-il employer la méthode du faisceau d'indices afin d'acquérir la conviction que telle entité spécialisée dans le règlement des différends est de nature juridictionnelle, du point de vue organique.

Cette méthode particulière du faisceau d'indices de juridictionnalité organique pourrait rapidement s'avérer confuse et peu efficace, si son utilisation impliquait le recensement de l'ensemble des indices que la multitude et la diversité des sources écrites, jurisprudentielle et doctrinale énoncent. En revanche, une orientation particulière de ce faisceau peut permettre une rationalisation de la recherche, rendant cette dernière plus complète et plus convaincante. Pour établir cette orientation, il faut revenir à la définition de la juridiction. Celle-ci formulant le *juris dictio*, son action spécifique est dotée d'une portée particulière faisant de l'acteur titulaire de ce *dictio* le titulaire d'une certaine autorité. Cette « **titularité** » particulière rejoint une définition générale et commune de la juridiction, « **pouvoir de juger, de rendre la justice** »³⁵⁷. La justice étant à la fois le « **principe moral de conformité au droit** » et le « **pouvoir de faire régner le droit** »³⁵⁸, l'acteur juridictionnel est celui qui détient le pouvoir de justice appliqué à un cas d'espèce dans lequel le principe de justice semble avoir été bafoué.

La connexion entre justice et juridiction oriente de manière déterminante le faisceau d'indices de juridictionnalité appliqué à l'acteur mémorandaire. L'acteur juridictionnel étant le titulaire du pouvoir de juger, il détient une autorité qui doit être garantie et légitimée par l'identité même de cet acteur. Il ne suffit donc pas qu'il soit un organe spécialisé ; il doit également « **agir en juste** ». Pour ce faire, son intégrité³⁵⁹ doit être protégée et promue. Les indices de juridictionnalité de l'organe doivent donc converger vers cette garantie organique de l'intégrité. En réalité, celle-ci recouvre deux aspects. Quand il est question

³⁵⁷ P. Robert, *Le Nouveau Petit Robert*, op. cit., p. 1388.

³⁵⁸ *Ibid.*, p. 1239.

³⁵⁹ Le terme « intégrité » choisi présentement admet de fort nombreux synonymes tout aussi convenables, mais plus réducteurs, tels que « honnêteté », « impartialité », « probité », « droiture », « équité », etc.

d'un organe spécialisé dans le règlement des différends, son intégrité doit s'appliquer aussi bien dans le temps que dans l'espace. L'intégrité temporelle suppose que l'organe ne soit pas lié à l'existence du différend : l'acteur juridictionnel est donc permanent. L'intégrité spatiale suppose que l'organe ne soit pas influencé par des entités externes, qu'elles soient des parties au différend, des justiciables autres ou encore, par exemple, des autorités politiques ou administratives : l'acteur juridictionnel est donc indépendant. Dans les deux cas, l'intégrité de l'organe s'étend forcément à ses agents : la permanence de l'organe inclut une certaine permanence, même atténuée, des agents le composant ; l'indépendance de l'organe ne peut être totale sans que celle de ses agents soit également assurée.

Toujours soumis au pragmatisme du Mémoire, l'établissement d'une juridictionnalité organique du système mémorandaire passe par l'extraction de la garantie d'intégrité des instances spécialisées qui constituent l'assise organique structurelle dudit système. Chaque instance de la structure mémorandaire et, partant, chacun de ses agents, doivent donc être institués, par le texte et/ou par la pratique, de telle sorte que leur intégrité soit assurée. Par conséquent, une institution des instances de règlement doit être établie dans le sens de l'organisation et de la garantie d'une intégrité à la fois temporelle et spatiale, intégrité double indispensable à la qualification juridictionnelle de la structure organique du système mémorandaire. Or, si la permanence des instances de règlement peut être textuellement assurée, l'indépendance de leurs agents doit être effectivement garantie. Afin qu'une telle intégrité soit reconnue, il faut donc vérifier qu'à la permanence des instances de règlement (Section 1) s'ajoute l'indépendance des agents (Section 2).

Section 1 : La permanence instituée des instances de règlement

Dans son sens commun, la permanence est le « **caractère de ce qui est durable** »³⁶⁰. Or, cette définition générale doit être précisée quand le critère de permanence s'applique à une institution spécialisée dans le règlement de différends car cette permanence s'apprécie par rapport au différend, dans la mesure où le règlement de celui-ci est la fonction essentielle de l'organe. Immédiatement, la permanence de l'organe impliquant par définition son caractère « **durable** », elle suppose que l'organe existe indépendamment du différend particulier qu'il traite et, par voie de conséquence, que son existence n'est pas mise en cause une fois le différend examiné, voire résolu, puisqu'il faut qu'il reste existant pour un différend futur. De la sorte, la préconstitution³⁶¹ apparaît comme la caractéristique essentielle du critère de permanence : par définition, l'organe de règlement doit être préétabli par rapport au différend qu'il est chargé de traiter. Néanmoins, cette préconstitution ne peut à elle seule signifier la permanence car elle ne caractérise que la date de création de l'organe. Elle n'a comme apport à l'identification d'une permanence qu'une considération temporelle alors que le « **caractère de ce qui**

³⁶⁰ P. Robert, *Le Nouveau Petit Robert*, op. cit., p. 1841.

³⁶¹ La « préconstitution », le « préétablissement » et la « préexistence », ainsi que leurs déclinaisons respectives, seront présentement traités comme synonymes.

est durable » suppose un élément de définition matériel : la continuité³⁶² .

Le critère de préconstitution et celui de continuité semblent donc logiquement constituer les deux composantes de la permanence. Cependant, une ambiguïté existe qui doit être levée. En effet, d'aucuns, s'attachant à différencier l'arbitrage de la juridiction, distinguent classiquement préconstitution et permanence tout en reliant systématiquement ces deux termes. Par exemple, ils distinguent la juridiction, « **institution de caractère préétabli et permanent** » de « **l'arbitrage à caractère occasionnel** »³⁶³, affirment que « **le règlement judiciaire se distingue de l'arbitrage par l'existence d'un tribunal pré-établi, de caractère permanent** »³⁶⁴ ou encore estiment que « **l'existence d'un règlement de procédure permanent et préétabli est une des caractéristiques différenciant le règlement judiciaire du règlement arbitral** »³⁶⁵. Cette approche distinctive est peu conforme à l'idée d'une permanence composée d'une préconstitution et d'une continuité, puisqu'elle sort la préconstitution de la définition de la permanence ; elle en est pourtant relativement proche car elle associe systématiquement ces deux termes au sein d'une même idée caractéristique d'une juridictionnalité *stricto sensu*. En réalité, cette association-distinction entre préétablissement et permanence signifie que l'organe auquel elle s'applique est à la fois antérieur au différend né actuel, et non soumis à la fluctuation et aux influences de ces différends. Cette distinction doctrinale est simplement formulée pour mieux affirmer que l'aspect temporel ne suffit pas à la définition d'un organe qualifié de permanent et qu'il faut prendre également en considération une stabilité que le terme de préétablissement ne recouvre pas entièrement.

En définitive, préconstitution et continuité se retrouvent, la dernière étant simplement assimilée à la permanence ; et ces deux critères peuvent être réunis sous le terme de permanence, cette fois-ci envisagée dans un sens moins restrictif. Cette définition double de la permanence n'est pas démentie par MM. Combacau et Sur quand ils affirment que l'organe judiciaire est « **un organe permanent dont l'institution, la composition et le mode de fonctionnement échappent à la maîtrise des parties** »³⁶⁶, insistant de la sorte sur la seule permanence et y incluant la préconstitution – en traitant de l'institution – et la continuité – en traitant de la composition et du mode de fonctionnement. La permanence concerne donc bien une continuité organique de l'institution, en dehors de la préconstitution qui ne s'attache qu'à l'aspect temporel de la création de l'organe.

³⁶² Le terme de « continuité » est d'ailleurs considéré communément comme l'un des synonymes du terme « permanence », ayant « *un grand rapport de sens* » avec le terme de permanence. Voir sur ce point P. Robert, *Le Nouveau Petit Robert, op. cit.*, p. XXIII et p. 1841.

³⁶³ Union Académique Internationale (Publié sous le patronage de l'), *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Sirey, 1960, pp. 354-356.

³⁶⁴ C.-A. Colliard, L. Dubouis, *Institutions internationales*, Dalloz, coll. Précis, 10^{ème} éd., Paris, 1995, p. 160.

³⁶⁵ H. Ruiz Fabri, J.-M. Sorel, « Organisation judiciaire internationale », *op. cit.*, p. 9.

³⁶⁶ J. Combacau, S. Sur, *op. cit.*, p. 568. Voir dans le même sens : C.-A. Colliard, L. Dubouis, *op. cit.*, p. 160 ; D. Ruzié, *Droit international public*, Dalloz, coll. Mémentos, 15^{ème} édition, Paris, 2000, pp. 220-221.

La préconstitution désigne l'existence d'une entité préalable à la naissance du différend ; elle suppose que l'institution est toujours disponible, et peut donc être sollicitée à n'importe quel moment. Elle est d'identification aisée, puisqu'il suffit de déterminer une date de création de l'organe et de constater une antériorité par comparaison à celle de la naissance du différend. La continuité, quant à elle, s'attache davantage au visage même de cette entité ; une institution continue suppose une stabilité³⁶⁷ organique. Le caractère préétabli s'identifie par rapport au système de règlement dans son ensemble alors que le caractère continu concerne la composition de cet organe. Aussi le critère de permanence ici abordé regroupera-t-il en réalité la préconstitution institutionnelle ainsi que la continuité constitutive.

La détermination de l'articulation des deux critères constitutifs de la permanence doit être précisée. Un organe ne saurait *a priori* être permanent s'il n'est pas préétabli car l'absence de préconstitution suppose une durée éphémère de l'existence de l'organe, durée coïncidant avec le différend particulier à traiter. Cependant, la permanence, du point de vue du préétablissement, peut être sporadique quand ledit organe fonctionne par session – comme par exemple la Cour d'assise en droit français, ou se constitue à l'identique à l'occasion de chaque différend qu'il doit traiter – à l'image du juge judiciaire français qui peut agir en qualité de juge civil ou encore de juge répressif selon les litiges dont il est saisi. L'essentiel de cette permanence « *perlée* » est une reconstitution de l'organe à l'identique d'un point de vue de sa composition, de son statut et de sa fonction ; et cette reconstitution particulière est assurée par des textes généraux rigoureux prévoyant des conditions strictes de reformation de l'organe échappant à la maîtrise des parties, sans pour autant leur interdire toute participation mesurée à cette reconstitution³⁶⁸. Si la préconstitution est nécessaire à la caractérisation de la permanence, elle doit être interprétée de manière extensive et non se cantonner à son sens le plus commun et le plus strict. Elle doit, en outre, nécessairement s'associer au critère de continuité qui ajoute une stabilité organique d'autant plus nécessaire que cette préconstitution sera extensivement appliquée.

Ainsi parée de sa dimension temporelle et de sa dimension organique, la permanence doit caractériser l'assise organique du système mémorandaire, afin que celui-ci ne puisse se voir refuser le qualificatif juridictionnel. Partant, ce sont l'ORD – en sa qualité d'instance institutionnalisatrice des consultations, les groupes spéciaux et l'Organe d'appel, les trois organes spécialisés constituant par concentration la matérialité organique du système mémorandaire, qui doivent être qualifiés de permanents.

En premier lieu, la permanence de l'ORD ne paraît pas poser des difficultés particulières d'identification. Cet Organe est à la fois préétabli et continu. Il est préétabli dans la mesure où l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce l'a immédiatement institué, en précisant qu'il est le Conseil général réuni « *pour s'acquitter*

³⁶⁷ Le terme « stabilité » est d'ailleurs proposé comme synonyme de la permanence par P. Robert, *Le Nouveau Petit Robert*, op. cit., p. 1841.

³⁶⁸ Ici encore, l'exemple de la Cour d'assises française est éloquent : celle-ci se reconstitue par session et les parties ont un rôle, certes, mesuré mais certain dans sa composition par le système de la récusation des jurés.

des fonctions de l'Organe de règlement des différends »³⁶⁹ et « composé de représentants de tous les Membres »³⁷⁰. Il est continu puisqu'il « est institué pour administrer les présentes règles et procédures et, sauf disposition contraire d'un accord visé, les dispositions des accords visés relatives aux consultations et au règlement des différends »³⁷¹ et que, à ce titre, sa continuité découle de celle des règles et procédures mémorandaires qu'il a en charge d'administrer. Ainsi, il n'est pas nécessaire d'insister sur la permanence de l'ORD agissant en sa qualité d'instance-cadre des consultations puisque sa permanence générale rejaillit sur cette action particulière, celle-ci découlant des règles et procédures mémorandaires que l'ORD a en charge d'administrer.

Néanmoins, la permanence organique du système mémorandaire implique une étude plus détaillée de la phase des consultations. En effet, l'ORD ne joue qu'un rôle indirect d'encadrement de consultations se déclenchant, se déroulant et s'achevant en dehors de lui, par la seule volonté des parties. Aussi la permanence de l'ORD est-elle entièrement dépendante de celle desdites consultations. Si la préconstitution institutionnelle de l'ORD n'est pas dépendante de ces consultations, sa continuité, en revanche, l'est dans une certaine mesure. Bien que préétabli, l'ORD ne doit sa continuité qu'à l'effectivité constante des consultations. Or, cette dernière est étroitement dépendante en pratique des parties aux multiples différends, puisque ce sont ces parties qui mènent ces consultations, l'ORD n'ayant pour fonction que de fournir un cadre à ces discussions hypothétiques. Ainsi, l'absence de consultations, si elle n'enlève nullement le caractère préconstitué de l'ORD, porterait atteinte à sa continuité effective et, partant, à la permanence de cet Organe au sein de la phase des consultations devenue inexistante. La continuité des consultations doit être établie ; elle rejaillira sur celle de l'ORD qui ne pourra qu'alors être qualifié d'organe permanent.

La continuité des consultations peut être identifiée facilement car la procédure de notification fonctionne à plein : le traitement mémorandaire de chaque affaire est enclenché par la notification à l'ORD d'une demande de consultations³⁷². Bien entendu, ne sont avérées, par l'observation de la pratique du Mémorandum, que les affaires ayant été déclarées au moyen de cette demande notifiée, de telle sorte que la supposition peut

³⁶⁹ Article IV, paragraphe 3.

³⁷⁰ Article IV, paragraphe 2.

³⁷¹ Article 2 : 1.

³⁷² Sur 295 affaires enclenchées depuis la création de l'OMC jusqu'au 26 juin 2003, seules cinq d'entre elles n'ont pas fait l'objet d'une notification de la demande de consultations adressée à l'ORD et débutent, devant l'ORD, par une demande d'établissement d'un groupe spécial (Se reporter aux affaires DS32, DS33 et DS181, DS190 et DS192). Ces cinq exceptions sont cependant logiques car des consultations alternatives sont prévues par l'article 6 de l'Accord sur les textiles et les vêtements, cet article étant une des « règles et procédures spéciales ou additionnelles » que l'appendice 2 du Mémorandum énumère et qui prévaut sur les règles et procédures du Mémorandum. Leur rareté est, en outre, remarquable et renforce la continuité des consultations prévues par le Mémorandum, car de telles consultations alternatives auraient pu juridiquement se dérouler dans d'autres affaires ayant eu trait à cet Accord particulier ; mais tel n'a pas été le choix des parties plaignantes.

être formulée selon laquelle des différends sont réglés sans le passage par la phase des consultations formelles mais le sont simplement par un mécanisme alternatif de discussions bilatérales informelles. De la sorte, la continuité des consultations serait fortement atténuée. Cependant, si les documents de l'OMC font parfois état de consultations informelles, c'est de manière très peu fréquente. Surtout, cette indication renforce la continuité des consultations formelles : les consultations informelles ne sont pas une alternative mais un complément puisqu'elles sont signifiées dans des documents relatifs aux affaires traitées, c'est-à-dire lors d'une procédure de règlement forcément enclenchée par une demande de consultations formelles.

La continuité des consultations peut être, en outre, largement reconnue car ces consultations ne consistent pas obligatoirement en la tenue de discussions bilatérales effectives. Le Mémorandum admet tout à fait l'absence de tenue de consultations effectives malgré la formulation de la part du plaignant d'une demande de consultations³⁷³. Ici se retrouve la distinction entre les deux éléments de la définition des consultations précédemment énoncés : la procédure des consultations est nécessaire mais le déroulement de consultations, en tant que discussions, ne l'est pas. La position des instances de règlement des différends de l'OMC est identique. Les groupes spéciaux vont estimer **« qu'un groupe spécial a seulement pour fonction de s'assurer que des consultations, si elles sont nécessaires, ont en fait eu lieu ou ont tout au moins été demandées »**³⁷⁴ ; **« ce qui se passe lors de ces consultations n'est pas la préoccupation d'un groupe spécial »**³⁷⁵. Une partie ne peut pas **« demander l'établissement d'un groupe spécial pour un "différend" pour lequel aucune consultation n'a été demandée »**³⁷⁶. Un groupe spécial rappelle d'ailleurs que **« la seule fonction que nous avons en tant que groupe spécial en ce qui concerne les questions procédurales (...) consiste à déterminer si des consultations ont été correctement demandées, conformément au Mémorandum d'accord, et à vérifier que le plaignant était disposé à tenir des consultations avec le défendeur et que le délai de 60 jours s'est écoulé avant que l'établissement d'un groupe spécial a été demandé par le plaignant »**³⁷⁷.

³⁷³ Voir sur ce point les articles 4 et 6 du Mémorandum. L'article 4 : 3 prévoit la non-réponse du Membre auquel la demande de consultations est adressée ainsi que le non-engagement de ces consultations, avec des conditions strictes de délais. Cette absence de réponse ou d'engagement ne bloque pas la procédure mais ouvre le droit pour le plaignant à demander l'établissement d'un groupe spécial. De même, l'article 6 : 2 du Mémorandum exige que la demande d'établissement du groupe spécial précise **« si des consultations ont eu lieu »** mais n'exige pas que les consultations aient eu lieu.

³⁷⁴ WT/DS27/R/ECU, paragraphe 7.19. Voir également le Rapport WT/DS75 et 84/R, paragraphe 10.19, qui reprend ces conclusions, ainsi que le Rapport WT/DS108/R, paragraphe 7.7 qui se réfère aux conclusions du groupe spécial de l'affaire DS75 et 84.

³⁷⁵ WT/DS75 et 84/R, paragraphe 10.19.

³⁷⁶ WT/DS70/R, paragraphe 9.12.

³⁷⁷ WT/DS34/R, pp. 124-126. Le groupe spécial reprend ici les conclusions du Rapport du groupe spécial WT/DS27/R/ECU, paragraphes 7.18 et 7.19, ainsi que du Rapport WT/DS75 et 84/R, paragraphe 10.19.

De même, comme a pu le reconnaître l'Organe d'appel dans l'affaire DS132, **« s'agissant de l'appréciation de l'importance de l'obligation qui est faite de "préciser si des consultations ont eu lieu", nous observons qu'il sera satisfait à cette exigence si l'on inclut, dans la demande d'établissement d'un groupe spécial, une mention précisant si des consultations ont eu lieu ou non. Cette exigence semble avoir essentiellement pour objet d'informer l'ORD et les Membres sur la question de savoir si des consultations ont eu lieu »**³⁷⁸. En effet, l'Organe d'appel l'affirme, **« il est explicitement admis dans le Mémoire d'accord 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. À notre avis, il s'ensuit que lorsque la partie défenderesse ne s'oppose pas, explicitement et en temps opportun, au défaut de la partie plaignante de demander ou d'engager des consultations, on peut considérer que la partie défenderesse a accepté l'absence de consultations et qu'elle a donc renoncé à quelque droit qu'elle pouvait avoir d'entrer en consultation. (...) Pour cette raison, nous constatons 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 et que, par conséquent, ce vice n'est pas un défaut qu'un groupe spécial doit examiner même lorsque les deux parties au différend restent muettes à ce sujet »** ; **« le Mémoire d'accord prévoit expressément que, dans certaines circonstances, un groupe spécial peut traiter et régler la question dont il est saisi même lorsque aucune consultation n'a eu lieu »**³⁷⁹.

Aussi le défaut de consultations effectives malgré la formulation d'une demande de consultations, argument parfois utilisé par une partie lors de la phase du groupe spécial ou de l'Organe d'appel, n'est-il jamais pris en considération de manière déterminante par les instances de l'OMC³⁸⁰. Bien plus, **« la compétence du groupe spécial ne peut être infirmée par l'absence, dans la demande d'établissement du groupe spécial, d'une mention précisant "si des consultations ont eu lieu" »**³⁸¹. Les consultations étant caractérisées par leur existence procédurale et non par l'effectivité des discussions bilatérales qu'elle encadre, la continuité de ces consultations est avérée systématiquement. Elle découle de l'interprétation extensive que les instances de règlement ont donnée aux dispositions mémorandaires déjà larges sur ce point.

Certes, il faut relever que les instances de règlement des différends de l'OMC sont parfois beaucoup plus ambiguës. Elles ont souvent été amenées à insister sur la nécessité des consultations. Ainsi l'Organe d'appel a-t-il pu affirmer que **« les articles 4 et 6 du Mémoire d'accord, ainsi que les paragraphes 1 à 4 de l'article 4 de l'Accord SMC, définissent un processus selon lequel une partie plaignante doit**

³⁷⁸ WT/DS132/AB/RW, paragraphe 70.

³⁷⁹ *Ibid.*, paragraphes 63, 64 et 70.

³⁸⁰ Voir pour exemple le Rapport du groupe spécial WT/DS34/R, paragraphes 9.18 à 9.24.

³⁸¹ Rapport de l'Organe d'appel WT/DS132/AB/RW, paragraphe 70.

*demander des consultations, et des consultations doivent avoir lieu, avant qu'une question puisse être portée devant l'ORD en vue de l'établissement d'un groupe spécial »*³⁸². Les groupes spéciaux sont aussi peu clairs puisque l'un d'entre eux a pu affirmer que « *le respect de l'obligation fondamentale des Membres de l'OMC d'entrer en consultation lorsqu'une demande est présentée à cet effet au titre du Mémoire d'accord sur le règlement des différends est capital pour le fonctionnement du mécanisme de règlement des différends* » et que « *l'obligation faite aux Membres de tenir des consultations est absolue et qu'elle ne peut faire l'objet de modalités ou conditions imposées au préalable par un Membre* »³⁸³. Cependant, ces deux confusions ne remettent pas en cause la constatation précédemment formulée d'une position claire des instances sur la tenue des consultations. Elles sont à relativiser : l'Organe d'appel prend en considération les dispositions relatives aux consultations contenues dans des accords multilatéraux extérieurs au Mémoire, lesquelles dispositions sont en général plus impératives que celles du Mémoire concernant la tenue effective de consultations du seul fait qu'elles sont souvent l'unique méthode de règlement des différends avant le passage au système mémorandaire ; le groupe spécial fonde sa présente affirmation sur les principes énoncés aux paragraphes 2 et 6 de l'article 4 et non sur les possibilités procédurales offertes aux parties aux articles 4 : 3 et 6 : 2 du Mémoire de ne pas tenir effectivement des consultations. En réalité, la variabilité des différents accords prévoyant une procédure de consultations s'estompe pour laisser place à la libre volonté étatique. Pour exemple, un groupe spécial a pu considérer, en comparant le Mémoire et l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (Accord SMC), que, « *bien que ces dispositions diffèrent en ce qui concerne l'échéancier et à certains autres égards, nous considérons que l'une et l'autre énoncent le principe en vertu duquel l'unique condition préalable pour demander l'établissement d'un groupe spécial est que des consultations aient eu lieu ou aient été demandées et que le délai spécifié applicable se soit écoulé* »³⁸⁴.

Par ailleurs, cette continuité est confirmée par la participation de tiers à la phase des consultations ainsi que par la demande jointe de consultations. Ces deux mécanismes ne doivent pas être confondus avec la jonction de plainte elle aussi régulièrement effectuée³⁸⁵, étant prévue par souci d'efficacité et de rapidité par le Mémoire dans son article 9³⁸⁶. La participation de tiers au stade des consultations concerne une bonne partie des consultations demandées et notifiées³⁸⁷ même s'il faut noter que la procédure de l'article 4 : 11 appliquée à cette participation n'est pas toujours respectée³⁸⁸. La demande jointe

³⁸² WT/DS46/AB/R, paragraphe 131. L'Organe d'appel reprend cette conclusion dans son Rapport WT/DS165/AB/R, paragraphe 70, ainsi que dans son Rapport WT/DS132/AB/RW, paragraphe 57.

³⁸³ WT/DS22/R, p. 97.

³⁸⁴ WT/DS108/R, paragraphe 7.7.

³⁸⁵ Au 26 juin 2003, 18 regroupements concernant 45 affaires ont été effectués, sur 87 groupes spéciaux établis et composés – sur 295 demandes de consultations formulées.

de consultations, non-prévue par le Mémoire, est parfois organisée en pratique³⁸⁹. Certes, ce mécanisme n'est pas très prisé mais son effectivité dans le silence du Mémoire montre le volontarisme étatique sur ce point. Ces deux mécanismes confirment l'engouement des Etats Membres pour les consultations et soutiennent de la sorte une certaine continuité effective de cette phase.

La récurrence des consultations et la multiplicité de leurs participants montrent leur continuité. Celle-ci rejaillit sur l'ORD : la continuité textuelle de l'ORD, organe central du mécanisme des consultations, est rendue effective par la continuité reconnue de ces consultations en pratique. Aussi l'ORD est-il un organe préétabli et continu au sein de la phase des consultations et apporte-t-il donc au système mémorandaire une permanence

³⁸⁶ La pluralité de plaignants prévue à l'article 9 du Mémoire ne concerne le regroupement des affaires qu'au stade de l'établissement du groupe spécial, et non à celui des consultations ou encore de la demande d'établissement du groupe spécial. En outre, les paragraphes 2 et 3 de cette disposition expriment la plus grande prudence sur une éventuelle compromission des « *droits dont les parties auraient joui si des groupes spéciaux distincts avaient examiné leurs plaintes respectives* » et prévoient des mécanismes permettant de préserver ces droits. L'article 9 insiste ainsi exclusivement sur un souci d'efficacité et non de continuité, article, qui plus est, non-appliqué aux consultations.

³⁸⁷ Environ la moitié des demandes de consultations notifiées est suivie d'au moins une demande de participation aux consultations de la part de tiers au différend. Il est assez rare qu'une seule demande de participation soit dans ces cas formulée, la moyenne étant d'environ trois tiers par affaire, et le maximum de 18 pour les affaires DS265 et DS266.

³⁸⁸ Le Mémoire dans son article 4 : 11 soumet la participation effective des tiers aux consultations à son acceptation par le défendeur. Néanmoins, le non-respect de la procédure de l'article 4 : 11 par le défendeur – qui ne notifie pas formellement son accord à la participation de tiers aux consultations – ne signifie pas le rejet de cette participation effective. Dans le cadre de la phase du groupe spécial, l'article 10 prévoit, sous réserve d'un « *intérêt substantiel* », la participation, indépendante de la volonté des parties, de tiers à la phase du groupe spécial. Cette dernière participation automatique est rappelée par le groupe spécial établi dans l'affaire DS132 : « *les parties à la procédure de groupe spécial ne peuvent pas s'opposer à la participation de tierces parties à ladite procédure* » (WT/DS132/R, paragraphe 7.41). Cette participation indépendante des parties se retrouve en pratique dans le cadre des consultations. En réalité, l'acceptation formelle de la participation de tiers aux consultations n'est pas systématique, bien qu'elle ait tendance à croître de manière significative depuis 2002 ; elle n'a été formulée que dans 51 affaires sur les 151 ayant fait l'objet de demandes de participation aux consultations, au 26 juin 2003. A cet égard, le Japon, s'étant vu refuser sa demande de participation aux consultations concernant l'affaire DS200, a signalé que les refus et acceptation de demandes n'étaient plus, selon une pratique courante, l'objet de distribution aux Membres (voir sur ce problème sa communication sous la référence WT/DS200/12 ainsi que la réponse du Président de l'ORD dans le document WT/DS200/13). Il est par conséquent difficile de savoir quels sont les Membres tiers aux différends qui ont pu ou non participer aux consultations après la formulation d'une demande de participation à l'ORD.

³⁸⁹ Jusqu'au 26 septembre 2003, 6 demandes de consultations ont été le fait d'une pluralité de Membres, sur 295 demandes de consultations notifiées à l'ORD. Ce regroupement de plaignants dans une demande commune de consultations a été le fait de 2 à 9 Etats, dans les affaires DS16, DS27, DS35, DS58, DS158, DS217 et DS234. Cette pratique n'est pas formellement prévue par le Mémoire mais elle se justifie dans le fait que ce texte organise un système de règlement des différends qu'il veut efficace, pragmatique et rapide et dans le fait que le regroupement de plaintes pour la phase du groupe spécial est prévu formellement. Cette pratique est cependant peu courante, les Membres préférant de toute évidence déclencher leur propre demande de consultations ou se constituer tiers participant à ces consultations.

participant à la définition organique d'une juridictionnalité dudit système.

L'ineffectivité des bons offices, conciliation et médiation vient confirmer cette permanence de l'ORD. Certes, ces trois mécanismes traditionnels du droit international public apparaissent dans le Mémoire comme le moyen pour les parties à un différend de sortir du système que ce texte organise ; leur effectivité serait une occasion offerte aux parties d'éviter le recours à des organes de l'OMC, ce qui atténuerait la permanence caractéristique organique du système mémorandum. En effet, ces procédures de bons offices, de conciliation et de médiation, engagées durant la phase des consultations, ne pourront donner lieu à une demande d'établissement d'un groupe spécial de la part de la partie plaignante que **« si les parties au différend considèrent toutes que les procédures de bons offices, de conciliation ou de médiation n'ont pas abouti à un règlement du différend »**. Cet article 5 : 4 organise ainsi le blocage du système mis en place par le Mémoire puisque le désaccord des parties sur la fin des procédures de bons offices, de conciliation ou de médiation, ne permettent pas, du fait d'une interprétation stricte du texte, la formulation d'une demande d'établissement d'un groupe spécial.

Cependant, cette sortie du système mémorandaire est toute théorique car ces procédures diplomatiques ne sont assorties d'aucun contrôle rigoureux du consentement explicite des parties à l'échec de ces procédures. La demande d'établissement d'un groupe spécial pourra être formulée sans exigence préalable d'un mécanisme particulier d'expression, par les parties, d'une constatation d'échec. En outre, le Mémoire prévoit l'intervention de l'OMC dans ces procédures de bons offices, conciliation et médiation par le biais du Directeur général, même si cette participation n'est pas automatique puisqu'elle n'est qu'une proposition faite aux parties ; et cette intervention est susceptible d'intégrer une dose de permanence dans un mécanisme qui en semble *a priori* dépourvu du fait de son instabilité organique. Surtout, la concentration organique précédemment mise en lumière ravale ces mécanismes au rang de dispositions dépourvues de toute effectivité et insiste sur la centralité de l'ORD, des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel : la phase des consultations, dans laquelle l'ORD joue un rôle certain, sera, en cas d'échec, suivie immédiatement par la phase du groupe spécial. Aucune procédure permettant de sortir du système mémorandaire, donc de mettre à l'écart l'ORD, n'est en réalité effective. La continuité des consultations et, partant, de l'ORD acteur de cette phase, s'en trouve renforcée.

L'ineffectivité de l'article 25 a pour même conséquence de renforcer la continuité de l'ORD. Cette disposition prévoit un arbitrage alternatif au mécanisme commun de règlement des différends au sein de l'OMC ; elle est susceptible d'atténuer la continuité organique des consultations. Cependant, cet arbitrage n'a été utilisé qu'une fois, et de manière dévoyée puisqu'il ne concernait pas un différend principal mais les modalités de mise en œuvre du rapport du groupe spécial adopté par l'ORD³⁹⁰. En outre, dans cette affaire, les parties ont choisi d'un commun accord de recourir aux membres du groupe spécial initial en leur qualité d'arbitres, et ont demandé au Directeur général de les aider dans le choix d'autres arbitres en cas d'impossibilité de ces membres originels³⁹¹. Le

³⁹⁰ Affaire DS160.

choix des arbitres dans l'application de l'article 25 révèle donc un souci de permanence. Même si le travail d'un groupe spécial ne s'apparente pas explicitement à celui de l'arbitre, une sorte de préconstitution est souhaitée par les parties qui choisissent le recours pour l'arbitrage aux membres du groupe spécial initial ; la continuité est assurée par la présence de ces trois membres du groupe spécial, et à défaut des arbitres impliqués dans le fonctionnement de l'OMC et choisis par un Directeur général qui l'est tout autant. Cette continuité n'est logiquement pas prévue par le Mémoire puisque le différend, dans le cas de l'article 25, est un différend premier et non induit, ce qui élimine toute participation préalable d'un quelconque groupe spécial. Il reste que l'interprétation plutôt audacieuse du champ d'application de l'article 25 a conduit les parties à suivre la logique de continuité que prône le Mémoire pour l'arbitrage de l'article 22 : 6³⁹².

Surtout, il en va de l'arbitrage de l'article 25 comme des bons offices, conciliation et médiation : il n'a pas les faveurs des Etats, comme le supposait déjà M. Canal-Forgues dès 1994 quand il affirmait que, « **à la vérité, il n'est pas sûr que cette procédure sommaire d'arbitrage à titre principal se révèle en pratique très attractive pour les Membres de l'OMC. Son caractère court et général n'augure pas très bien de son utilisation** »³⁹³. Cette ineffectivité contribue au renforcement de la continuité des consultations déjà constatée. Cette continuité complète le préétablissement caractéristique par nature de l'ORD, de telle sorte que le critère de permanence organique s'applique à la phase des consultations.

En deuxième lieu, la phase du groupe spécial se caractérise, comme pour celle des consultations, par une intervention de l'ORD. Ce dernier y possède en outre un rôle plus important : il réceptionne la demande d'établissement du groupe spécial, établit ce groupe spécial et peut décider par consensus de ne pas l'établir³⁹⁴ ; il s'intéresse au mandat attribué à ce groupe spécial³⁹⁵, à la composition de cet organe³⁹⁶, au cas d'une pluralité de plaignants, à l'intervention de tierces parties³⁹⁷ ainsi qu'à de diverses occurrences procédurales liées, entre autres, aux conditions de délais³⁹⁸ ; surtout, l'ORD « **aura le**

³⁹¹ Se reporter au document WT/DS160/15. Un seul des trois membres du groupe spécial était encore disponible et s'est vu attribuer la qualité d'arbitre ; les deux autres arbitres ont été choisis par le Directeur général mais cette démarche était simplement dictée par une impossibilité matérielle due à l'indisponibilité de ces deux membres initiaux.

³⁹² L'article 22 : 6 prévoit que « *cet arbitrage sera assuré par le groupe spécial initial, si les membres sont disponibles, ou par un arbitre désigné par le Directeur général* ». La continuité organique de cet arbitrage est caractérisée par l'impossibilité de constituer cet arbitre sans passer par des instances de l'OMC.

³⁹³ E. Canal-Forgues, « Le système de règlement... », *op. cit.*, p. 705.

³⁹⁴ Voir sur ces points l'article 6 du Mémoire.

³⁹⁵ Voir l'article 7

³⁹⁶ Voir l'article 8.

³⁹⁷ Voir les articles 9 et 10.

pouvoir (...) d'adopter les rapports des groupes spéciaux » et « *d'assurer la surveillance de la mise en œuvre des décisions et recommandations* »³⁹⁹, « *la fonction des groupes spéciaux [étant] d'aider l'ORD à s'acquitter de ses responsabilités* »⁴⁰⁰. Sans entrer dans le détail des procédures⁴⁰¹, force est de constater que le caractère préconstitué de l'ORD s'allie ici avec l'idée de continuité puisque l'ORD intervient sans interruption dès le début du déroulement du système mis en place par le Mémoire, à savoir la demande de consultations formulée par la partie plaignante, jusqu'à la phase des groupes spéciaux. Cette constatation d'une permanence de l'ORD ne suffit pourtant pas à identifier la permanence du socle organique du système mémorandaire car l'ORD ne joue, dans la phase du groupe spécial, qu'un rôle administratif. En réalité, la fonction centrale au sein de cette phase est logiquement celle du groupe spécial.

La préconstitution du groupe spécial est peu évidente. Le Mémoire prévoit sa participation au règlement des différends dans les articles 6 à 16 tout en précisant qu'il s'agit de « *groupes spéciaux* ». Le pluriel employé souligne ici qu'il n'existe pas une entité unique, le groupe spécial, établie précédemment à la naissance d'un différend et survivant à sa résolution. Le groupe spécial déterminé est établi sur demande de la partie plaignante à un différend particulier, selon un mécanisme précis prévu par ces mêmes articles ; il naît de la volonté de la partie plaignante⁴⁰² et, par conséquent, disparaît une fois son travail effectué pour le différend en question⁴⁰³, un autre groupe spécial pouvant être créé sur l'initiative d'une nouvelle partie plaignante pour un nouveau différend. Ce groupe spécial ne peut donc être considéré comme préconstitué restrictivement puisque la naissance d'un différend lui préexiste. Néanmoins, le préétablissement envisagé de manière extensive peut bien être avéré. La permanence peut être sporadique et le préétablissement ne devient alors que textuel. Il est simplement constitué par une série de critères organisant rigoureusement la reformation de l'instance, reformation échappant largement aux parties. Les articles 6 à 16 du Mémoire prévoient les conditions de formation des groupes spéciaux de manière stricte et relativement indépendante des parties – même si celles-ci conservent une certaine possibilité d'intervention très

³⁹⁸ Se reporter aux articles 12 et 16.

³⁹⁹ Article 2 : 1. Voir également l'article 16 qui a pour intitulé : « *adoption des rapports des groupes spéciaux* ».

⁴⁰⁰ Voir l'article 11.

⁴⁰¹ Ces procédures sont étudiées dans le Titre suivant.

⁴⁰² Sauf refus de l'ORD par consensus, ce qui est quasiment impossible car, pour le moins, le plaignant ayant demandé l'établissement du groupe spécial est supposé rester sur cette position et ainsi briser seul le consensus qui pourrait éventuellement se dégager.

⁴⁰³ Le Mémoire ne précise pas formellement la disparition du groupe spécial dès l'achèvement de la mission que ce texte lui confie pour un différend particulier, mais cette disparition est implicitement reconnue, sans quoi la disposition prévoyant pour un nouveau différend la procédure d'établissement d'un groupe spécial par volonté du plaignant n'aurait aucune raison d'être.

mesurée, de telle sorte qu'une préconstitution interprétée extensivement peut être reconnue. Aussi, il serait inexact d'affirmer que toute idée de préconstitution est absente à la fois du Mémoire et de la pratique qui en découle.

Une fois préétabli, le groupe spécial doit être continu pour être permanent. Cette continuité doit ressortir de la composition dudit groupe spécial. Or, sa composition varie car c'est le Secrétariat qui va proposer aux parties au différend des personnes désignées comme membres à partir d'une liste indicative qu'il a en charge de tenir et ce sont les parties d'un commun accord ou, à défaut, le Directeur général qui vont désigner ces personnes⁴⁰⁴. Sa composition n'est donc pas fixée de manière définitive préalablement au différend. Chaque groupe spécial a une identité particulière due à une composition variable. Cependant, si la composition de chaque groupe spécial est soumise à certaines variations, elle bénéficie pourtant d'une certaine continuité prévue par le Mémoire quand ce dernier pose les caractéristiques générales des membres⁴⁰⁵, des conditions de personnalités⁴⁰⁶, leur nombre déterminé⁴⁰⁷, c'est-à-dire leur identité précise.

Sur ce dernier point, le Mémoire est confus. Il prévoit, non sans les euphémismes et circonvolutions de rigueur quand il s'agit de souveraineté étatique, que chaque groupe spécial sera composé par le Secrétariat et non par les parties au différend⁴⁰⁸. L'auteur de cette composition est donc un organe permanent dont l'indépendance, du fait de sa vocation administrative au sein d'une organisation internationale, ne peut raisonnablement être mise en cause. Cependant, si le Secrétariat a plus généralement pour attribution « **d'aider les groupes spéciaux, (...) et d'offrir des services de secrétariat et un soutien technique** » ainsi que d'apporter, « **à la demande d'un Membre, (...) son concours dans le règlement d'un différend** »⁴⁰⁹, il ne paraît pas avoir textuellement le pouvoir de contrainte sur les parties quant à la désignation des membres du groupe spécial. Les parties peuvent, « **pour des raisons contraignantes** »⁴¹⁰, s'opposer à la désignation effectuée par le Secrétariat. En outre, « **si un accord sur la composition du groupe spécial n'intervient pas (...), le Directeur général, à la**

⁴⁰⁴ Voir l'article 8 qui traite de la « *composition des groupes spéciaux* ».

⁴⁰⁵ L'article 8 : 1 donne des conditions très précises d'appartenance à un groupe spécial. Ces conditions sont étudiées dans le Chapitre suivant.

⁴⁰⁶ Les articles 8 : 2 et 8 : 3 insistent sur « *l'indépendance des membres* » ainsi que « *la participation de personnes d'origines et de formations suffisamment diverses, ainsi qu'un large éventail d'expérience* ». Le Chapitre suivant revient plus en détails sur ces conditions.

⁴⁰⁷ Le principe est que, selon l'article 8 : 5, « *les groupes spéciaux seront composé de trois personnes, à moins que les parties au différend ne conviennent (...) que celui-ci sera composé de cinq personnes* ». En pratique, les groupes spéciaux ont été jusqu'à présent exclusivement composés de trois membres.

⁴⁰⁸ Selon l'article 6, « *le Secrétariat proposera aux parties au différend des personnes désignées comme membres du groupe spécial. Les parties au différend ne s'opposeront pas à ces désignations, sauf pour des raisons contraignantes* ».

⁴⁰⁹ Article 27, paragraphes 1 et 2.

*demande de l'une ou l'autre des parties et en consultation avec le Président de l'ORD et le Président du Comité ou Conseil compétent, déterminera la composition du groupe spécial en désignant les personnes qui lui paraissent les plus indiquées (...) après avoir consulté les parties au différend »*⁴¹¹. Le Secrétariat ne semble donc avoir qu'une fonction d'aide pour les parties dans leur libre choix commun de désignation des membres du groupe spécial.

Et la pratique confirme cette ambiguïté. En réalité, le Directeur général n'intervient qu'en cas de désaccord entre les parties et non en cas de désaccord entre les parties et le Secrétariat. En effet, ce dernier prend bien soin de préciser que la composition du groupe spécial a été arrêtée *« comme les parties au différend en sont convenues »*⁴¹². Il faut croire que cette mention n'est pas purement formelle, dans le but de contenter les parties, mais qu'elle a pour source un réel accord entre elles, car il n'est plus question, dans les documents de l'OMC faisant état du déroulement de procédures de règlement des différends, de *« raisons contraignantes »* justifiant une composition opérée par le Directeur général. Aussi faut-il atténuer le propos vigoureux de M. Pace qui affirme que seuls le Secrétariat et le Directeur général sont habilités à déterminer la composition des groupes spéciaux et en conclut que *« le fait que les Etats ne jouent plus aucun rôle dans cette désignation est un élément qui vient renforcer le caractère juridictionnel de la procédure et l'autorité des groupes spéciaux »*⁴¹³. Au contraire, ce sont les parties qui sont au centre de la composition effective du groupe spécial.

Cette interprétation large du Mémoire est confirmée par le groupe spécial de l'affaire DS156 qui a pu déclarer : *« Il ressort clairement de l'article 8: 6 du Mémoire d'accord que la composition d'un groupe spécial incombe avant tout aux parties au différend. Lorsque les parties ne sont pas en mesure de s'entendre sur la composition du groupe spécial, (...) l'article 8: 7 du Mémoire d'accord charge le Directeur général d'en déterminer la composition. Par conséquent, selon l'article 8 du Mémoire d'accord, la composition d'un groupe spécial est déterminée par les parties au différend et, dans certaines circonstances, par le Directeur général »*⁴¹⁴.

⁴¹⁰ Article 8 : 6.

⁴¹¹ Article 8 : 7. La rédaction de cette disposition est rédigée dans un style tentant d'adoucir formellement la contrainte en réalité imposée aux parties quant à la désignation des membres du groupe spécial.

⁴¹² Les nombreuses notes du Secrétariat formulant la composition de chaque groupe spécial en cas de non-intervention du Directeur général rappellent systématiquement que *« la composition suivante du Groupe spécial a été arrêtée »*, *« comme les parties au différend en sont convenues »*, ce qui concerne, au 26 juin 2003, 42 groupes spéciaux contre 45 nommés par le Directeur général, proportion non négligeable.

⁴¹³ In *L'Organisation Mondiale du Commerce et le renforcement de la réglementation juridique des échanges commerciaux*, L'Harmattan, coll. Logiques Juridiques, Paris, 2000, p. 197. Ce propos est repris in *« Cinq ans après... »*, *op. cit.*, p. 625.

⁴¹⁴ Rapport WT/DS156/R, paragraphe 8.11, citant une communication adressée par ce groupe spécial aux parties et tierces parties le 24 février 2000.

Cette centralité des parties est de nature à mettre en cause la continuité des groupes spéciaux, et ce pour deux raisons : l'opposition entre parties peut faire obstacle à une composition effective ; leur trop grande liberté peut rendre instable la composition effective du groupe spécial⁴¹⁵. Cependant, la participation éventuelle du Directeur général rationalise cette composition et rend le groupe spécial continu : il surmonte l'opposition des parties ; à ce titre, il incite les parties à rationaliser d'elles-mêmes cette composition car leur liberté ne peut être commune, puisque les parties sont opposées par un différend et que l'une comme l'autre peuvent demander au Directeur général d'établir cette composition. L'opposition des parties à la désignation par le Secrétariat n'est pas rare en pratique⁴¹⁶ puisqu'elle concerne la moitié des groupes spéciaux effectivement composés⁴¹⁷. Cette rationalisation ne paraît pas vouloir être remise en cause par les Membres de l'OMC car le désaccord sur le choix des membres des groupes spéciaux a une fréquence qui ne varie pas depuis la création de l'OMC, alors qu'un accord commun récurrent des Membres sur cette composition pourrait accentuer la variabilité de composition.

Le Directeur général intervient dans la désignation des membres de la moitié des groupes spéciaux composés et, sans pour autant procéder à des compositions identiques, il insuffle une certaine continuité dans cette désignation. Cette continuité est déjà prévue par le Mémoire qui met en place « **une liste indicative de personnes (...) parmi lesquelles les membres des groupes spéciaux seront choisis selon qu'il sera approprié** », liste qui sera tenue par le Secrétariat « **pour aider au choix des personnes appelées à faire partie des groupes spéciaux** »⁴¹⁸. Cette disposition est ambiguë compte tenu du fait que le Secrétariat n'est qu'une aide à la libre volonté concordante des parties quant à la désignation des membres du groupe spécial. En outre, le Mémoire ne précise pas si cette liste indicative n'est qu'au service des parties lors de leur recherche d'accord sur l'identité des membres du groupe spécial ou si le Directeur général intervenant en cas de désaccord est aussi soumis à cette liste.

Force est de constater que l'interprétation restrictive domine. Le Directeur général, dans les différends pour lesquels sa participation est requise, ne va pas systématiquement désigner des membres mentionnés dans la liste indicative. La

⁴¹⁵ Mme Marceau décrit très bien les difficultés qui émergent en pratique lors de la composition du groupe spécial par les parties d'un commun accord. Voir sur ce point G. Marceau, « Table ronde – La Communauté et l'organisation mondiale du commerce » (Participation à la), in Société Française pour le Droit International, *Droit international et droit Communautaire, perspectives actuelles*, Colloque de Bordeaux, Pedone, Paris, 2000, pp. 422-423.

⁴¹⁶ Il est fait état d'une désignation des membres du groupe spécial par le Directeur général, en vertu de l'article 8 : 7, en grande majorité sur la demande du plaignant ; voir pour exemples les documents WT/DS21/6, WT/DS84/5, WT/DS141/4, WT/DS176/3, WT/DS206/3 et WT/DS245/3. Une telle demande a pu être formulée de manière séparée par le plaignant et le défendeur dans les affaires jointes WT/DS87/6 et WT/DS110/5. Une demande a pu être faite par le défendeur lui-même dans l'affaire DS276. Une telle désignation intervient au total pour 45 groupes spéciaux distincts au 26 juin 2003.

⁴¹⁷ Au 26 juin 2003, 87 groupes spéciaux ont été établis et composés, concernant 111 affaires distinctes.

⁴¹⁸ Article 8 : 4.

rédaction du Mémoire laissait planer un doute quant à cette hypothèse, même si elle apparaissait comme la plus probable, et la pratique vient confirmer ce doute⁴¹⁹. De même, les Etats parties à un différend, quand ils nomment les membres d'un groupe spécial d'un commun accord, restent également dans la pratique que le Directeur général a adoptée. Le critère de continuité n'a donc pas la présence forte qu'il aurait pu avoir par une interprétation large de l'article 8 : 4 et par l'utilisation systématique de la liste indicative en découlant. Il reste que cette interprétation restrictive n'empêche pas la mise en valeur du critère de continuité. Même si la liste indicative n'est pas toujours utilisée, les membres des groupes spéciaux que le Directeur général nomme le sont parfois dans plusieurs affaires distinctes⁴²⁰ et une certaine continuité est privilégiée dans les qualifications et les origines desdits membres⁴²¹.

Tous les panélistes ne sont pas issus de la liste indicative, comme M. Lafer, Président de l'ORD, l'a admis et expliqué dès 1996 quand il a déclaré que **« la constitution des groupes spéciaux était devenue dans certains cas un processus lent et difficile, en partie parce qu'il était de règle que les membres des groupes spéciaux ne soient pas des ressortissants des pays dont les gouvernements étaient parties ou des tierces parties au différend. De ce fait, le Secrétariat devait trouver des personnes qualifiées dans un nombre restreint de pays avant de proposer leur candidature conformément à l'article 8: 6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends. Ces derniers mois, de nombreux noms étaient venus s'ajouter à la liste indicative établie par le Secrétariat des personnes appelées à faire partie de groupes spéciaux. Cette liste facilitait le processus de sélection, mais elle ne suffisait pas encore à satisfaire la demande croissante de candidats potentiels »**⁴²². Pourtant, la mise à jour de cette liste indicative est une préoccupation constante de l'ORD et des Membres qui le composent, comme en témoigne le nombre important de réunions de l'ORD au cours desquelles des désignations ont été proposées et adoptées⁴²³.

Les chiffres précédemment cités confirment que la constatation du Président de l'ORD est toujours d'actualité. Mais une continuité double est mise en avant : les membres des groupes spéciaux officient dans plusieurs affaires distinctes⁴²⁴ et leurs qualification et origine ont chaque fois des traits communs, même si seuls deux groupes spéciaux ont été nommés sans changement de composition pour un nouveau différend⁴²⁵.

⁴¹⁹ Le Directeur général, sur 108 panélistes distincts nommés au 26 juin 2003, n'a extrait de la liste indicative que 40 membres.

⁴²⁰ 18 des 108 panélistes nommés au 26 juin 2003 par le Directeur général l'ont été pour plus d'une affaire distincte. 2 panélistes ont été nommés une fois par le Directeur général et une fois par les parties d'un commun accord.

⁴²¹ Ces derniers ne sont pas, par principe, les ressortissants des Etats parties ou tiers déclarés au différend et leur nomination se justifie souvent par des compétences particulières. Le détail de la personnalité de ces différents membres est étudié dans la Section suivante.

⁴²² Déclaration du Président de l'ORD au cours d'une réunion de l'ORD tenue le 5 juillet 1996 (WT/DSB/M/20, p. 4).

⁴²³ Environ un quart des réunions de l'ORD traitent de désignations proposées et adoptées pour la liste indicative.

. Il est même possible d'affirmer que les Etats membres sont plus zélés dans la fixation d'une certaine continuité de nomination des membres des groupes spéciaux, eu égard à la constance de leur pratique⁴²⁶.

Cette pratique n'est pas sans base textuelle car le Mémoire dans son long article 8 consacré à la « **composition des groupes spéciaux** » relève, dans la liste énumérative des « **personnes très qualifiées** » devant composer les groupes spéciaux⁴²⁷, le souci d'une cohérence dans le traitement des différends par la procédure des groupes spéciaux. Cette disposition affirme que peuvent appartenir à un groupe spécial les « **personnes qui ont fait partie d'un groupe spécial** ». Cette admission paraît souhaiter une certaine continuité quant à la composition des groupes spéciaux successifs. Ce souci est ensuite confirmé puisque pourront faire partie des groupes spéciaux les personnes qui sont à même de connaître et maîtriser par leur expérience l'histoire et le fonctionnement de l'OMC, c'est-à-dire les personnes qui ont « **présenté une affaire devant un tel groupe, qui ont été représentants d'un Membre ou d'une Partie contractante au GATT de 1947, ou représentants auprès du Conseil ou du Comité d'un accord visé ou de l'accord qui l'a précédé, ou qui ont fait partie du Secrétariat** »⁴²⁸. Aussi est-il encore question de continuité sur deux points : d'abord par rapport au fonctionnement de l'OMC, à ses principes généraux, et à ses choix, en prenant aussi en compte l'évolution générale et les évolutions particulières de cette organisation ; ensuite par rapport à l'histoire des relations commerciales internationales en prenant en considération le GATT, système ayant précédé l'OMC et l'ayant aussi préfiguré, et en l'incluant explicitement dans le nouveau système. Par ailleurs, la continuité se révèle

⁴²⁴ Sur 94 panélistes distincts nommés par les parties elles-mêmes, seulement 52 n'ont pas été nommés également pour d'autres affaires par le Directeur général. En prenant en considération les panélistes nommés par les parties, les nominations uniques sont proportionnellement similaires car sur 94 panélistes nommés par elles, 52 n'ont été nommés que pour un seul groupe spécial. Au total, sur les 158 panélistes distincts nommés dans les groupes spéciaux, par les parties ou par le Directeur général, 104 d'entre eux n'ont été nommés que dans un seul groupe spécial. Ce dernier chiffre est assez élevé par rapport aux deux proportions précédemment données car nombreux sont les panélistes à avoir été choisis pour plus de deux groupes spéciaux, soit 24 sur les 56 nommés dans plus d'un groupe spécial.

⁴²⁵ Ce sont les deux groupes spéciaux agissant respectivement dans les affaires DS18 et DS21, et DS56 et DS77. Cette constatation va à l'encontre de l'affirmation péremptoire de M. Andrianarivony quand il énonce qu'il « *est fréquent qu'un groupe spécial ayant terminé l'examen d'une affaire soit de nouveau saisi pour instruire une autre affaire. On en arrive ainsi à introduire une certaine dose de permanence dans le statut des groupes spéciaux* », in *L'émergence progressive d'une juridiction internationale des échanges...*, op. cit., p. 25, et « *Un panel institué dans le cadre de l'Organisation Mondiale du Commerce n'est-il pas une juridiction ?* », R.R.J. NXXV – 84, p. 1191.

⁴²⁶ 21 panélistes ont été nommés par commun accord des parties dans plus d'une affaire distincte, ce qui dépasse la moyenne pratiquée par le Directeur général. 34 panélistes se trouvant sur la liste indicative ont été nommés par les parties, ce qui donne une proportion similaire à celle pratiquée par le Directeur général.

⁴²⁷ Article 8 : 1.

⁴²⁸ *Ibid.*

aussi dans le nombre de membres nommés pour chaque groupe spéciaux puisque les parties d'un commun accord peuvent déroger au principe de trois personnes en prévoyant un nombre de cinq⁴²⁹ mais que cette possibilité n'a jamais été appliquée jusqu'à présent.

Par conséquent, la continuité caractérise bien la composition des groupes spéciaux. Certes, elle est interprétée extensivement car les membres nommés n'ont pas une identité constante. Cependant, les imprécisions du Mémoire et les fluctuations pratiques, possibles du fait de la participation des parties, auraient pu tout à fait porter atteinte à une continuité textuellement fragile. Au contraire, cette continuité aurait même tendance à se renforcer avec l'aval des Etats membres qui non seulement, pour certains, l'appellent de leurs vœux, mais aussi la pratiquent alors même que le Directeur général semble plus prudent sur ce point. Certaines propositions de professionnalisation des groupes spéciaux confirment cette tendance car elles aboutissent finalement, même implicitement, à la constatation d'une permanence de ses groupes et de l'insuffisance de cette dernière⁴³⁰.

Cette continuité ne se trouve pas seulement dans la composition des groupes spéciaux. Elle se distingue également dans l'effectivité de la phase du groupe spécial au cours des années de pratique du système de règlement mémorandaire. En effet, l'incitation à la négociation et au règlement amiable des différends formulée à maintes reprises par le Mémoire⁴³¹ n'a pas pour conséquence de transformer le fonctionnement des groupes spéciaux en une exception qui ne serait appliquée qu'en cas de désaccord irrémédiable entre les parties quant au règlement de leur différend. Au contraire, l'effectivité du travail des groupes spéciaux est courante, comme en témoigne l'étude quantitative des différends déclarés à l'ORD depuis 1995⁴³². Bien entendu, l'adoption d'un rapport de groupe spécial est loin d'être systématique mais plus de la moitié des affaires définitivement réglées l'ont été avec l'intervention d'un groupe spécial⁴³³. En outre, une fois le groupe spécial établi et composé, il est très rare que cette instance n'aille pas jusqu'à voir son rapport être adopté par l'ORD⁴³⁴. Une certaine permanence de la présence des groupes spéciaux dans le règlement des différends doit être signalée, même s'il ne faut pas nier le rôle de repoussoir que joue la phase des

⁴²⁹ Article 8 : 5.

⁴³⁰ Voir pour une proposition formulée de professionnalisation des groupes spéciaux : V. Pace, « Cinq ans après... », *op. cit.*, pp. 625-626. Pour M. Davey, cette solution résoudrait les problèmes du choix des panélistes et de leur compétence technique, *in* « Supporting the World Trade Organization Dispute Settlement System », *J.W.T.* 34(1), 2000, pp. 167-169. Voir également : C.D. Ehlermann, « 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.* 36(4), 2002, pp. 627-628 ; J. Lebullenger, « La Communauté européenne face au processus de réexamen du système de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce », *R.M.C.U.E.* n° 422, 1998, p. 633 ; J.-F. Stoll (« L'ORD depuis l'Accord de Marrakech ») et L. Dubois Destrizais (« Groupe spécial et Organe d'appel »), *in Les Notes Bleues de Bercy*, Numéro Spécial OMC, n° 186, juillet 2000.

⁴³¹ Voir en particulier l'article 3 : 7.

⁴³² Sur 232 affaires distinctes au 26 juin 2003, 71 groupes spéciaux ont rendu un rapport adopté par l'ORD. Voir l'Etat des différends soumis à l'OMC du 26 juin 2003, WT/DS/OV/14.

groupes spéciaux, incitant les membres à parvenir à une solution négociée⁴³⁵. Une certaine continuité s'observe également dans les regroupements d'affaires, continuité qui apparaît dans le texte et se confirme en pratique : plusieurs affaires seront traitées par le même groupe spécial du simple fait de leur regroupement⁴³⁶ ; de même, « **le groupe spécial initial** » sera préférable pour la tierce partie qui choisira d'avoir recours aux procédures normales de règlement quand elle estimera « **qu'une mesure qui a déjà fait l'objet de la procédure des groupes spéciaux annule ou compromet des avantages résultant pour elle d'un accord visé** »⁴³⁷.

La même constatation d'une relative continuité s'observe dans l'application de l'article 21 : 5 qui prévoit pour la « **surveillance de la mise en œuvre des recommandations et décisions** »⁴³⁸ que, « **dans 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 confirmer aux recommandations et décisions, ce différend sera réglé suivant les présentes**

⁴³³ Se reporter à l'Etat des différends soumis à l'OMC du 26 juin 2003, WT/DS/OV/14. A première vue, le taux d'affaires traitées par le groupe spécial n'est pas très élevé car 71 rapports ont été adoptés sur 295 demandes de consultations adressées à l'ORD, soit moins d'un quart. Mais la relative faiblesse de ce taux doit être relativisée par la prise en considération des affaires encore en cours. En effet, sur les 295 demandes de consultations adressées à l'ORD au 26 juin 2003, 116 consultations sont en cours, 25 affaires en sont au stade du groupe spécial en activité, 1 rapport de groupe spécial est distribué et non encore adopté, 1 autre rapport de groupe spécial est en cours d'appel. En réalité, 71 rapports de groupes spéciaux ont été adoptés pour 41 affaires réglées par solution convenue d'un commun accord – dont une réglée d'un commun accord après adoption du rapport du groupe spécial (affaire WT/DS99) – et 24 « *autres affaires* » – toutes réglées d'un commun accord même si la procédure suivie n'est pas exactement celle prévue par le Mémoire. Aussi, 71 rapports ont été adoptés pour 65 affaires définitivement réglées à l'amiable. Il faut donc considérer que plus de la moitié des affaires portées devant l'OMC se règlent en sollicitant l'intervention d'un groupe spécial.

⁴³⁴ Sur 87 groupes spéciaux constitués au 26 juin 2003, seules 7 affaires distinctes se sont résolues d'un commun accord entre les parties, sans adoption de rapport du groupe spécial, malgré la composition effective de ce groupe. Par ailleurs, 12 groupes spéciaux ont été établis mais non composés ; ce chiffre est significatif de l'emploi par les Membres des procédures mémorandaires comme pression en vue d'un accord amiable. Se reporter à l'Etat des différends soumis à l'OMC, WT/DS/OV/14.

⁴³⁵ Que leurs rapports aient ou non abouti à une adoption par l'ORD, 87 groupes spéciaux ont effectivement été composés, pour 295 affaires distinctes déclarées dans le cadre de l'OMC au 26 juin 2003, alors que 119 demandes d'établissement de groupe spécial distinctes ont été formulées. Ainsi, 32 demandes d'établissement n'ont pas donné lieu à la constitution effective d'un groupe spécial, le plaignant ayant sans doute estimé que le différend était réglé d'un commun accord entre les parties. En outre, sur les 87 groupes spéciaux établis et composés, 7 n'ont pas donné lieu à un rapport adopté, ces affaires ayant été résolues d'un commun accord entre les parties.

⁴³⁶ Cette possibilité est prévue à l'article 9 organisant les « *procédures applicables en cas de pluralité des plaignants* ». La pratique confirme cette occurrence puisque, comme il a déjà été signalé précédemment, 18 regroupements concernant 45 affaires ont été effectués, sur 87 groupes spéciaux établis et composés au 26 juin 2003.

⁴³⁷ Article 10 : 4.

⁴³⁸ Intitulé de l'article 21.

procédures de règlement des différends, y compris, dans tous les cas où cela sera possible, avec recours au groupe spécial initial ». Ce texte incite les parties à avoir recours au groupe spécial initial dans l'affaire en cours, et la pratique va dans le sens donné par le Mémoire. De plus, le critère de préconstitution peut être ici envisagé dans son sens le plus strict puisque le groupe spécial de mise en conformité a une composition préétablie, celle du groupe spécial initial, composition particulière jamais démentie en pratique⁴³⁹.

Par conséquent, la permanence des groupes spéciaux peut être affirmée : elle découle de la composition et de l'effectivité de ces groupes spéciaux. La supposition formulée par M. Goutal dès 1994 se trouve ainsi confirmée : « **compte tenu des délais, brefs à certains égards (...) dont les organes disposent pour constituer des panels – ces délais n'existaient pas avant – on va très probablement constater dans la pratique qu'on nommera un peu toujours les mêmes, c'est-à-dire ceux qui sont disponibles, ceux qui ne sont pas loin, ceux qui connaissent déjà ce type d'affaires parce qu'ils vont gagner du temps** »⁴⁴⁰. Des tendances lourdes se dégagent quant à la composition des groupes spéciaux : « **surreprésentation des traditionnels "neutres" du GATT (...) [et] montée des pays en développement** »⁴⁴¹, domination des diplomates en postes à Genève et des techniciens du droit de l'OMC⁴⁴², etc. Cette permanence peut sembler fragile puisque issue d'une interprétation extensive du critère de la préconstitution et d'une continuité textuellement aléatoire. Mais la pratique la confirme et la renforce.

En troisième et dernier lieu, cette permanence est beaucoup plus flagrante pour l'Organe d'appel et peut être identifiée ne serait-ce qu'en examinant les dispositions du Mémoire consacrées à cette institution⁴⁴³ et la première d'entre elles : l'article 17. Ce dernier, intitulé « **examen en appel** », a comme sous-titre des paragraphes 1 à 8 « **Organe d'appel permanent** ». La formulation explicite de l'adjectif « **permanent** » qualifie la volonté des rédacteurs du Mémoire, celle-ci étant rappelée dans le corps

⁴³⁹ Au 26 juin 2003, les 11 groupes spéciaux reconvoqués au titre de l'article 21 : 5, qui ont vu leur rapport être adopté par l'ORD, ont tous eu comme composition celle du groupe spécial initial, sauf pour 3 d'entre eux pour lesquels un seul des trois membres a été changé pour cause d'empêchement du membre initial dûment signalé. Les affaires dans lesquelles a officié un groupe spécial initial reconvoqué sont les affaires DS18, DS27, DS46, DS58, DS70, DS99, DS103 et 113, DS108, DS126, DS132 et DS141. Dans les affaires DS103 et 113, DS132 et DS141, un seul membre a été changé pour des raisons impératives formulées respectivement dans les documents WT/DS103 et 113/19, WT/DS132/7 et WT/DS141/14. Il faut ajouter à ce décompte deux groupes spéciaux reconvoqués pour un second recours à l'article 21 : 5 du Mémoire : il s'agit des affaires DS46 ainsi que DS103 et 113 (voir les rapports WT/DS46/RW/2 et WT/DS103/RW/2 et 113/RW/2). Pour ces deux groupes spéciaux, la composition établie a été celle du groupe spécial initial, identique à celle du groupe spécial reconvoqué pour un premier recours à l'article 21 : 5. Dans le cas de l'affaire DS103 et 113, le groupe du second recours était identique à celui du premier recours, ce dernier groupe ne se différenciant du groupe initial que par un seul membre, remplacé comme il a été précisé ci-dessus pour cause d'indisponibilité.

⁴⁴⁰ J.-L. Goutal, « Le rôle normatif de l'Organisation mondiale du commerce », *P.A.*, n° 5, 11 janvier 1995, p. 26.

⁴⁴¹ L. Dubois Destrizais, *op. cit.*

⁴⁴² Voir *ibid.*

de cet article 17 : « **un organe d'appel permanent sera institué par l'ORD. (...) Il sera composé de sept personnes dont trois siégeront pour une affaire donnée. Les personnes faisant partie de l'Organe d'appel siégeront par roulement** »⁴⁴⁴ . « **Leur mandat sera de quatre ans et, pour chacune, sera renouvelable une fois** »⁴⁴⁵ . « **Toutes les personnes qui feront partie de l'Organe d'appel seront disponibles à tout moment et à bref délai** »⁴⁴⁶ . De même, les Règles de conduite relatives au Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends nomment toujours l'Organe d'appel « **Organe d' appel permanent** »⁴⁴⁷ .

Il n'est nul besoin de s'appesantir sur l'idée de permanence qui se dégage de la lecture des textes juridiques de l'OMC. Il convient en revanche de préciser cette idée et de la confronter à la pratique du Mémorandum. Les dispositions de l'article 17 précédemment citées contiennent à la fois l'idée de préconstitution et de continuité qui caractérisent toutes deux le critère de permanence. En effet, l'Organe d'appel est préconstitué du fait qu'il est « **institué par l'ORD** » et qu'il est composé de sept membres siégeant par trois par le système du roulement⁴⁴⁸ . Il est continu dans le sens où le mandat des membres de l'Organe d'appel ne correspond pas à un différend déterminé et où ceux-ci doivent être d'une grande disponibilité⁴⁴⁹ , étant sous-entendu que cette dernière leur permettra de remplir leur mission pour tout différend futur porté devant l'Organe d'appel. Le système du roulement comme la longueur assez importante des mandats accréditent l'affirmation de l'organisation d'une continuité.

⁴⁴³ Un parallèle intéressant est opéré par le Professeur Goutal entre la permanence de l'Organe d'appel et celle de la Cour de cassation française, par analyse textuelle du Mémorandum, in J.-L. Goutal, *op. cit.*, p. 26. Nombre d'auteurs n'hésitent pas à qualifier l'Organe d'appel de permanent, cet adjectif étant alors employé sans que la nécessité d'une justification se soit révélée pour eux indispensable. Voir pour exemples : M.N. Andrianarivony, *L'émergence progressive d'une juridiction internationale des échanges...*, *op. cit.*, pp. 192-193 ; H. Ruiz Fabri, J.-M. Sorel, « Organisation judiciaire internationale », *op. cit.*, p. 7 ; H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », *J.D.I.* 3, 1997, pp. 741-742 ; V. Pace, *L'Organisation Mondiale du Commerce et...*, *op. cit.*, pp. 206 et 240-247 ; G. Guibert, « L'Organisation mondiale du commerce (OMC), continuité, changement et incertitudes », *Politique Etrangère*, n°3, 1995, p. 813 ; H. Comte, « Le renforcement des mesures de surveillance et de contrôle », *P.A.*, n° 5, 11 janvier 1995, p. 23 ; E. Canal-Forgues, « Le système de règlement... », *op. cit.*, p. 702 ; D. Ruzié, *op. cit.*, pp. 228-229 ; Y. Renouf, « Les mécanismes d'adoption et de mise en œuvre du règlement des différends dans le cadre de l'OMC sont-ils viables ? », *A.F.D.I.* XL, 1994, p. 783 ; Y. Renouf, « Le règlement des litiges », in T. Flory (Sous la direction de), *La Communauté européenne et le GATT...*, *op. cit.*, pp. 47-51.

⁴⁴⁴ Paragraphe 1^{er} .

⁴⁴⁵ Paragraphe 2.

⁴⁴⁶ Paragraphe 3.

⁴⁴⁷ Voir l'Annexe II du document Procédures de travail pour l'examen en appel, WT/AB/WP/7 du 1^{er} mai 2003.

⁴⁴⁸ Paragraphe 1.

⁴⁴⁹ Voir paragraphes 1 à 3.

Cette continuité se constate depuis novembre 1995, dès les premières nominations des sept membres de l'Organe d'appel. Cinq d'entre eux ont vu leur mandat de membre de l'Organe d'appel être renouvelé, les deux autres n'ayant fait qu'un seul mandat pour des « **raisons personnelles** »⁴⁵⁰. C'est le Mémoire et son souci de continuité qui a été respecté concernant les différentes nominations ultérieures⁴⁵¹. Ainsi, depuis la première composition de l'Organe d'appel et jusqu'à fin 2003⁴⁵², treize personnes seulement se seront succédées dans les sept sièges que compte l'Organe d'appel, ce qui représente une continuité bien établie⁴⁵³.

En outre, cette continuité est prônée par le Président de l'ORD, considérant qu'il est « **impératif qu'il n'y ait pas de vacance au sein de l'Organe d'appel** »⁴⁵⁴, qu'il est « **nécessaire de faire preuve de la plus grande responsabilité et du plus grand soin pour éviter toute interruption des travaux de cet organe vital de l'OMC** »⁴⁵⁵; elle est encouragée de manière générale par les Membres qui, selon le Président de l'ORD, envisagent « **la nécessité impérative de faire en sorte que l'Organe d'appel puisse poursuivre son importante tâche sans avoir à souffrir de ruptures dans sa composition** »⁴⁵⁶. Aussi une réflexion s'est-elle engagée au sein de l'ORD sur la

⁴⁵⁰ Compte-rendu de la réunion de l'ORD du 20 octobre 1999, WT/DSB/M/68, p. 29. MM. Bacchus et Beeby, nommés en novembre 1995 pour 4 ans, ont bénéficié d'un renouvellement de leur mandat en décembre 1999 pour quatre nouvelles années. MM. Ehlermann, Feliciano et Lacarte Muro ont vu leur mandat être renouvelé pour 4 ans en décembre 1997, à la suite d'un tirage au sort faisant expirer leur premier mandat au bout de deux ans, conformément à l'article 17 : 2 du Mémoire. Seuls MM. El-Naggar et Matsushita n'ont pas souhaité un renouvellement de leur mandat à l'expiration du premier en décembre 1999. Le renouvellement du premier mandat de deux ans n'était pas explicitement prévu par le Mémoire; aussi le Président de l'ORD a-t-il proposé, après consultation des Membres, de permettre ce renouvellement après tirage au sort, proposition que l'ORD a acceptée à sa réunion du 25 juin 1997 (WT/DSB/M/35, pp. 6-7).

⁴⁵¹ M. Abi-Saab a remplacé M. El-Naggar à la fin de son premier mandat en mars 2000 et M. Ganesan a remplacé de la même façon M. Matsushita à cette même date. Ensuite, MM. Baptista, Lockhart et Sacerdoti ont remplacé MM. Ehlermann, Feliciano et Lacarte Muro à échéance de leur second mandat de quatre ans, en décembre 2001.

⁴⁵² Sauf situation survenant de manière incidente. Voir note suivante.

⁴⁵³ Il faut noter que, d'après une application rigoureuse du Mémoire et sans renouvellement des membres à la fin de leur premier mandat, dix-sept membres se seraient succédés au poste de membre de l'Organe d'appel. En fonction des différents renouvellements intervenus dans la pratique, seules treize personnes s'y sont succédées. En outre, seules douze personnes auraient dû se succéder dans les sièges de membres de l'Organe d'appel si le décès de M. Beeby au début de l'année 2000, après son renouvellement pour un second mandat de quatre ans, n'avait pas eu pour conséquence la nomination de M. Toniguchi, nouveau membre remplaçant chargé de terminer, conformément à ce que le Mémoire prévoit dans son article 17 : 2, le mandat initialement dévolu au membre originel.

⁴⁵⁴ WT/DSB/M/68, p. 29. Dans ce compte-rendu de réunion de l'ORD, le Président de l'ORD exprime son souci de pourvoir le plus rapidement possible les sièges de l'Organe d'appel laissés vacants par des mandats arrivant à leur terme. Voir sur ce point pp. 28-29.

⁴⁵⁵ WT/DSB/M/78, p. 18.

question de « *l'harmonisation de la durée du mandat des membres de l'Organe d'appel et les processus de sélection pour les désignations futures des membres de l'Organe d'appel* » au printemps 2000⁴⁵⁷. Cette continuité renforce forcément le critère de préconstitution participant lui aussi à la définition de la permanence. Elle a pour source la conservation du siège de chaque membre de l'Organe d'appel au-delà de la première affaire qu'il traitera dans le cadre de son mandat. Dans le cas de l'Organe d'appel, il faut en conclure que la continuité et la préconstitution sont les deux parties de la permanence caractéristique de cet Organe, aussi bien d'un point de vue textuel que d'un point de vue pratique.

Les chiffres relatifs aux affaires traitées dans le cadre de l'OMC viennent confirmer cette idée de permanence. L'Organe d'appel a été sollicité dans plus de deux tiers des affaires traitées par des groupes spéciaux⁴⁵⁸ et dans plus de la moitié des différends sur la mise en conformité, différends déclenchés selon l'article 21 : 5 du Mémoire avec reconvoque du groupe spécial initial⁴⁵⁹. Il est difficile de parler de reconvoque des membres initiaux de l'Organe d'appel dans la mesure où le Mémoire comme les Procédures de travail pour l'examen en appel prévoient des sections de trois membres siégeant par roulement⁴⁶⁰. Mais une distinction selon le critère de permanence est notable entre des groupes spéciaux, constitués différemment pour chaque différend selon le bon vouloir des parties ou du Directeur général, et un Organe d'appel, composé pour chaque différend de trois des sept membres appartenant à cette instance.

Pour conclure, il faut constater que la permanence des instances mémorandaires de règlement opérationnelles se situe généralement davantage dans la continuité que dans la préconstitution, l'Organe d'appel équilibrant ces deux critères. La permanence déjà

⁴⁵⁶ Compte-rendu de la réunion de l'ORD du 15 décembre 1999, WT/DSB/M/70, pp. 34-35.

⁴⁵⁷ Voir sur ce point le Compte-rendu de la réunion de l'ORD du 26 juin 2000 qui fait état de l'enclenchement et de l'avancement de cette réflexion, WT/DSB/M/82, p. 4.

⁴⁵⁸ Au 26 juin 2003, 49 rapports de l'Organe d'appel avaient été rédigés pour 87 affaires ayant fait l'objet d'un rapport d'un groupe spécial. Seul un rapport de l'Organe d'appel s'est conclu sur la constatation d'un désistement décidé par l'appelant selon la règle 30 1) des Procédures de travail pour l'examen en appel (voir sur ce point la Communication de l'Organe d'appel WT/DS/146 et 175/9 ainsi que le Rapport de l'Organe d'appel WT/DS146 et 175/AB/R). Trois désistements d'appel ont par ailleurs été notifiés à l'ORD mais pour des raisons de calendrier ; ils ont été suivis par une nouvelle notification de décision de faire appel et par un rapport de l'Organe d'appel rendu et adopté dans ces trois cas (voir ces désistements dans les documents WT/DS108/6, WT/DS202/8 et WT/DS231/11). Le fait que « *les Etats Membres font presque toujours appel des conclusions et constatations des groupes spéciaux* » semble d'ailleurs préoccuper M. Pace. Voir son Article : « Cinq ans après... », *op. cit.*, pp. 645-651.

⁴⁵⁹ Sur 11 différends sur la mise en conformité qui ont vu, au 26 juin 2003, la reconvoque du groupe spécial initial, 6 d'entre eux ont vu leur résolution passer par la sollicitation de l'Organe d'appel, toujours en vertu de l'article 21 : 5 du Mémoire. Seule une affaire n'ayant pas été traitée par l'Organe d'appel lors du différend initial a vu cet Organe intervenir dans le différend induit sur la mise en conformité (Voir sur ce point l'affaire DS132).

⁴⁶⁰ Voir sur ce point l'article 17 : 1 du Mémoire et les règles 6 et 7 des Procédures de travail pour l'examen en appel (WT/AB/WP/7).

constatée est variable selon s'il s'agit des groupes spéciaux, pour lesquels elle est existante mais mitigée, ou de l'Organe d'appel, pour lequel elle est avérée. Or, d'un point de vue organique, « *l'arbitrage et le règlement judiciaire (...) se distinguent par un certain nombre de caractéristiques. En particulier, la composition de l'organe arbitral est déterminée par les parties alors que le règlement judiciaire relève d'un organe pré-constitué* »⁴⁶¹. Aussi serait-il possible, sur un plan uniquement organique, de classer les groupes spéciaux dans la catégorie des instances arbitrales et l'Organe d'appel dans celle des juridictions à proprement parler. Cependant, si le second classement semble judicieux, du point de vue du critère de permanence, le premier est plus douteux.

L'intervention du Directeur général dans la détermination de la composition du groupe spécial, pour suppléer une volonté commune défailante des parties, vient relativiser la catégorisation arbitrale. Même quand la procédure arbitrale de règlement des différends est institutionnalisée en droit international public, le choix de l'arbitre appartient aux parties, même si une liste préétablie peut exister, par exemple dans le cas de la Cour Permanente d'Arbitrage ; aucune intervention tierce ne vient contraindre totalement les parties dans ce libre choix⁴⁶². La procédure des groupes spéciaux pourrait donc être considérée, en « *barbarisant* » la théorie administrativiste du Professeur Chapus relative aux normes jurisprudentielles du juge administratif français⁴⁶³, comme « *supra-arbitrale* » et « *infra-judiciaire* », sur une échelle exprimant le taux de permanence.

La permanence d'une instance de règlement des différends se constitue d'un préétablissement institutionnel et d'une continuité organique, le premier signifiant que l'instance préexiste au différend qu'elle a en charge de régler et la seconde signifiant une constance opérationnelle dépassant la résolution du différend de l'espèce. La permanence ne peut donc être assurée que par la pérennité de l'instance, par l'absence de soumission de son intégrité organique à la naissance d'un différend et au déroulement et à l'issue de son règlement. Plus clairement, l'intégrité organique de l'instance de règlement n'est pas modifiée voire menacée par les différends qui sont traités. Cette instance a donc une existence autonome par rapport au différend.

Cette permanence caractérise la juridictionnalité organique d'une instance de règlement des différends existante et spécialisée dans cette fonction ; elle définit l'autonomie temporelle de l'instance par rapport au différend et à ses protagonistes. L'intégrité de l'instance de règlement ne peut cependant se satisfaire de sa seule dimension organique ; la menace pesant sur l'instance est également d'ordre fonctionnel.

⁴⁶¹ H. Ruiz Fabri, J.-M. Sorel, « Organisation judiciaire internationale », *op. cit.*, p. 6. Une littérature foisonnante accepte comme critère de distinction entre l'arbitrage et le règlement judiciaire l'existence d'un organe pré-constitué. Voir pour exemple : Union Académique Internationale (Publié sous le patronage de l'), *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Sirey, 1960, pp. 352-356 et 361-362. D'autres illustrations bibliographiques, allant dans le même sens, sont citées *supra*, même Section.

⁴⁶² Voir, pour une étude plus détaillée des « *tentatives d'institutionnalisation* » de l'arbitrage, P. Daillier et A. Pellet (N. Quoc Dinh †), *op. cit.*, pp. 879-883.

⁴⁶³ Voir R. Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, Montchrestien E.J.A., 15^{ème} éd., Paris, 2001, pp. 111 s.

Si, du fait de sa permanence, l'instance ne subit pas de modification organique induite par la succession des différends qu'elle traite, sa fonction peut être soumise dans sa forme et dans son intensité à la variabilité de ces différends et de leurs protagonistes ; de la sorte, la permanence ne saurait suffire à la garantie d'une juridictionnalité organique puisqu'elle ne permet d'assurer que l'intégrité dans le temps et non dans l'espace. L'autonomie temporelle doit donc s'accompagner d'une autonomie matérielle, c'est-à-dire d'une indépendance de l'instance par rapport au différend et à ses protagonistes. Par voie de conséquence, dans le cadre de l'OMC, la recherche de la juridictionnalité du système mémorandaire passe par l'identification de l'indépendance de chacune des instances qui le composent.

Section 2 : L'indépendance institutionnalisée des agents de règlement

La définition du critère d'indépendance n'est pas immédiatement perceptible. Au sein de l'OMC, une distinction est opérée qui rend cette définition confuse : les Règles de conduite relatives au Mémorandum ⁴⁶⁴ prévoient que chaque personne appartenant aux instances participant au règlement des différends dans le cadre mémorandaire sera « **indépendante et impartiale** » ⁴⁶⁵ ; les organes de l'OMC ⁴⁶⁶ comme les Etats Membres confirment cette distinction en la formulant à de nombreuses reprises ⁴⁶⁷. De même, la source doctrinale n'est pas toujours très claire sur la définition du critère d'indépendance ⁴⁶⁸. Le plus souvent, elle opère une distinction entre impartialité et indépendance ⁴⁶⁹, voire entre impartialité et désintéressement ⁴⁷⁰.

La définition de l'indépendance doit donc être précisée. Un organe, censé constituer

⁴⁶⁴ Ces Règles de conduite sont en annexe II des Procédures de travail pour l'examen en appel, document WT/AB/WP/7 du 1^{er} mai 2003, pp. 16 et s.

⁴⁶⁵ Section II, paragraphe 1 ; section III, paragraphes 1 et 2 ; section VI, paragraphe 2 ; section VIII paragraphes 1 et 2. La liste exhaustive des personnes visées se trouve dans la Section IV, paragraphe 1, auquel la Section II renvoie.

⁴⁶⁶ Voir pour exemple la déclaration du Président de l'ORD, Compte-rendu de la réunion de l'ORD des 27 et 3 novembre 1999, WT/DSB/M/70, paragraphe 10 a).

⁴⁶⁷ Deux exemples peuvent être cités : la déclaration de l'Inde au cours de la réunion de l'ORD du 21 février 1996 (WT/DSB/M/11, paragraphe 5) et la déclaration du Japon au cours de la réunion de l'ORD du 19 novembre 1999 (WT/DSB/M/71, paragraphe 11 a)).

⁴⁶⁸ Voir pour exemples : C. Santulli, « Qu'est-ce qu'une juridiction internationale ? », *A.F.D.I.* XLVI, 2000, p. 63 ; H. Ruiz Fabri, J.-M. Sorel, *op. cit.*, pp. 7-8.

⁴⁶⁹ Voir pour exemples : J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 3^{ème} éd. 1999, pp. 316-317 et 327. ; E. Canal-Forgues, « La procédure d'examen en appel de l'Organisation Mondiale du Commerce », *A.F.D.I.* XLII, 1996, CNRS Editions, Paris, p. 852 ; M.J. Andrianarivony, « Un panel institué... », *op. cit.*, pp. 1181-1184, et *L'émergence progressive d'une juridiction internationale des échanges...*, *op. cit.*, pp. 25-27 ; P.-M. Dupuy, *Droit international public*, *op. cit.*, pp. 451-453. Voir également la constatation selon laquelle la distinction entre impartialité et indépendance est opérée par la Convention européenne des droits de l'homme, in F. Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. Précis, 4^{ème} édition, Paris, 1998, pp. 192-193.

une juridiction ou pour le moins contribuer au règlement d'un différend interétatique, aura plusieurs relations possibles plus ou moins caractérisées par une certaine dépendance : la dépendance vis-à-vis des parties, des tierces parties et des Etats tiers au différend, c'est-à-dire le risque de parti pris ou encore la partialité ; la dépendance vis-à-vis de l'organisation dans le cadre de laquelle il exerce sa fonction, c'est-à-dire l'autonomie de manière plus générale⁴⁷¹. L'indépendance de cet organe se mesurera donc à l'aune de son impartialité et de son autonomie. Ces deux termes ne sont pas synonymes puisque le premier considère le non engagement partisan et le second une liberté plus générale vis à vis du système dans lequel il évolue. Ils peuvent cependant tous deux être placés sous l'idée générale d'indépendance, en n'oubliant pas que l'impartialité s'applique à l'action de l'organe et l'autonomie davantage à son état.

Partant, la définition donnée par J.-L. Bergel doit-elle être redéployée. Il distingue en effet deux termes : l'impartialité qui s'obtient par « **la neutralisation des éventuels préjugés** » et l'indépendance qui est « **la liberté de décision** »⁴⁷². Or, les « **préjugés** » sont consécutifs à la personne des parties, et l'indépendance est plus généralement une « **liberté** » générale dans la décision c'est-à-dire une liberté par rapport aux parties et par rapport au système dans lequel le « **décideur** » agit. Par conséquent, une distinction claire entre impartialité et indépendance pourrait reprendre le propos de J.-L. Bergel en rangeant du côté de l'impartialité « **la neutralisation des éventuels préjugés** » et « **la liberté de décision** » par rapport aux parties, et du côté de l'indépendance « **la liberté de décision** » *ex parte*.

Bien plus, cette définition peut être amplifiée car cette impartialité et cette indépendance sont indubitablement liées mais il semble difficile de trouver un terme générique les englobant toutes deux. Si la doctrine comme les textes et instances de l'OMC distinguent impartialité et indépendance, aucun critère générique ne désigne à la fois ces deux termes. Pourtant, le critère unique existe matériellement puisque, si l'un de ces deux termes n'est pas toujours joint à l'autre, aucun des deux n'est considéré comme antinomique à l'autre ; au contraire, ils peuvent même être considérés comme étant de sens très proche. La proposition de nommer ce critère unique par le terme « **indépendance** » permet d'inclure à la fois l'impartialité et l'indépendance utilisée pour désigner la suppression de toute influence extérieure et distincte de celle des parties au différend. L'indépendance ne serait plus considérée dans son sens le plus strict d'indépendance *ex parte* mais dans son sens commun de liberté⁴⁷³ : liberté par rapport aux parties – impartialité – et liberté par rapport à l'organisation – autonomie⁴⁷⁴. Le critère d'indépendance se compose donc de l'impartialité – qui est l'objectif de la

⁴⁷⁰ F. Terré, *op. cit.*, p. 567. Voir également M.N. Andrianarivony, *L'émergence progressive...*, *op. cit.*, pp. 16-17.

⁴⁷¹ Il faut ajouter à cette dernière dépendance celle par rapport aux autres organes de règlement de la même organisation et celle par rapport aux entités extérieures à cette organisation. Cette première autre dépendance pose la question de la structure du système mémorandaire, structure étudiée dans le Titre suivant consacré à l'aspect procédural. Quant à la seconde autre dépendance, elle s'intègre dans un questionnement plus large sur la place et le rôle de l'Organisation dans le paysage du droit international public, questionnement que le présent travail ne veut mener, pour des raisons de cohérence et de pertinence.

⁴⁷² J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p. 327.

démarche de l'organe – et de l'autonomie – qui est la liberté de l'état de l'organe, deux critères qui doivent être successivement identifiés pour que la juridictionnalité organique du système mémorandaire puisse être établie.

Si les Règles de conduite et les Etats Membres ne définissent pas la distinction entre impartialité et indépendance, ils donnent des indices de sens en énonçant que le mécanisme de règlement des différends que le Memorandum organise doit être impartial⁴⁷⁵ sans préciser son indépendance⁴⁷⁶. Cette absence de précision induit une distinction entre, d'une part, l'impartialité qui caractériserait le comportement des acteurs et, d'autre part, l'indépendance qui s'appliquerait aux relations entre ces instances de règlement et l'extérieur, relation non gérée par ces Règles de conduite. Le Comité préparatoire concernant l'OMC procède de même⁴⁷⁷ quand il formule le souci d'impartialité des membres de l'Organe d'appel, sans traiter de l'indépendance de ces membres ou de cet Organe. De plus, il précise les conditions d'impartialité en exigeant l'absence d'influence des Etats dont les membres sont ressortissants ou encore l'absence de conflits d'intérêt. Pareillement, d'autres instances de l'OMC⁴⁷⁸ et certains Membres⁴⁷⁹ confirment cette absence de précision.

Le critère d'indépendance étant principalement de nature organique, son étude attachée au système mémorandaire insistera davantage sur le thème de l'impartialité que sur celui de l'autonomie. En effet, le premier thème caractérise entièrement la juridictionnalité organique puisqu'il s'intéresse aux agents de règlement. Mais le second thème ne comporte qu'une dimension organique atténuée, étant principalement tourné vers les rapports entre l'instance et l'extérieur, c'est-à-dire vers la problématique de la

⁴⁷³ L'indépendance se fonde communément sur l'idée de liberté. Voir pour exemple les définitions des termes « indépendance » et « indépendant », in P. Robert, *Le Nouveau Petit Robert*, op. cit., p. 1297.

⁴⁷⁴ Par souci de clarté, le critère d'indépendance *ex parte* est dénommé présentement critère d'autonomie ; l'indépendance est envisagée ici dans son sens le plus large.

⁴⁷⁵ Voir pour exemple ces Règles, section I, section II paragraphe 1, et section VIII paragraphe 1.

⁴⁷⁶ De même, de nombreux Etats Membres formulent, et ainsi admettent, le principe d'impartialité du système de règlement ou d'une des instances y participant, sans pour autant traiter de l'indépendance à proprement parler. Voir pour exemple les déclarations de la Norvège et du Japon au cours de la réunion de l'ORD des 25, 28, 29 janvier et 1^{er} février 1999, WT/DSB/M/54, paragraphe 1 a).

⁴⁷⁷ Dans ses recommandations approuvées par l'ORD le 10 février 1995. Document WT/DSB/1 du 19 juin 1995 concernant l'« établissement de l'Organe d'appel », paragraphe A 3.

⁴⁷⁸ Voir pour exemples les déclarations du Président de l'ORD dans les comptes-rendus des réunions de l'ORD WT/DSB/M/5, paragraphe 2 et WT/DSB/M/70, paragraphe 10 a).

⁴⁷⁹ Voir pour exemples les déclarations suivantes : Mexique, WT/DSB/M/11, paragraphe 5, et WT/DSB/M/78, paragraphe 11 ; Japon, WT/DSB/M/45, paragraphe 3 ; Etats-Unis, WT/DSB/M/1, paragraphe 2 ; Brésil, WT/DSB/M/4, paragraphe 2 ; Haïti, WT/DSB/M/11, paragraphe 34 ; divers Membres, WT/DSB/M/44, paragraphes 7 et 8, et WT/DSB/M/6, paragraphe 4 ;

structure procédurale du système mémorandaire, étudiée dans le Titre suivant.

En premier lieu, l'impartialité des instances chargées de régler les différends interétatiques dans le cadre d'une organisation internationale est loin d'être évidente, car ce sont les Etats fondateurs de l'organisation⁴⁸⁰ qui les créent et les font fonctionner par leur participation plus ou moins directe aux différents organes administrateurs de ladite organisation et qui sont le cas échéant parties aux différends que cette organisation a pour charge de régler. En outre, ce règlement des différends induits par le fonctionnement de l'organisation s'opère selon les modalités que ces Etats ont déterminées d'un commun accord lors de la fondation de cette structure et les mécanismes de règlement voient forcément la participation plus ou moins directe des Etats Membres à leur fonctionnement.

Certes, les sujets de droit sont dans toute société la source et la légitimation de l'appareil de régulation sociale ; et il est logique que le même schéma puisse se reproduire au niveau international. Cependant, à ce dernier niveau, le lien entre le sujet et la régulation est direct et la décision est par principe consensuelle, les relations interétatiques étant de nature contractuelle. Aussi, puisque l'organisation internationale procède de la volonté des Membres desquels elle tire sa légitimité, il faut *a priori* redouter une influence importante desdits Membres sur le fonctionnement de cette organisation en général, et sur le système de règlement des différends interétatiques en particulier.

Cependant, l'étude du Mémoire et de son application depuis la création de l'OMC révèle, pour chacune des trois instances de règlement opérationnelles, une impartialité conséquente. Bien entendu, si la seule impartialité organique des agents de règlement est présentement envisagée, il ne faut pas oublier que des signes d'impartialité sont partout identifiables, *a fortiori* dans l'organisation procédurale du système mémorandaire. Deux illustrations éloquentes peuvent être données : la collégialité et la confidentialité sont des garanties évidentes d'impartialité dans la prise de décision. Aussi le Titre suivant consacré au volet procédural traitera-t-il incidemment de points confirmatifs de cette impartialité organique.

La phase des consultations se caractérise par la possibilité offerte aux parties de mener des discussions en vue de régler leur différend. Bien entendu, un règlement entre parties ne saurait être sous-tendu par quelque règle d'impartialité. Le déroulement et l'issue des consultations sont logiquement le fruit du libre jeu de la partialité de chaque partie et, par voie de conséquence, cette règle d'impartialité ne peut s'appliquer qu'aux tiers ayant pour fonction de faciliter le règlement. De même, le rôle marginal de l'ORD ne nécessite pas que soit garantie une impartialité conséquente de cet organe. Pourtant, une partialité extérieure aux parties peut s'immiscer dans cette phase des consultations et perturber l'équilibre des partialités bilatérales ; elle peut venir de l'ORD ou d'Etats tiers. D'aucuns considèrent que « **L'ORD est un organe fondamentalement politique** »⁴⁸¹ ;

⁴⁸⁰ Le terme « créateurs » est ici pris dans son sens large. Il désigne l'ensemble des Etats Membres qui sont nécessairement à la base de la légitimité de l'organisation internationale, qu'ils aient participé directement à la fondation de l'organisation par leur statut de signataires originels des actes créateurs de cette organisation ou qu'ils aient décidé d'adhérer à cette organisation une fois cette dernière constituée.

⁴⁸¹ V. Pace, *L'Organisation Mondiale du Commerce et...*, *op. cit.*, p. 218.

encore faut-il préciser que si le visage de l'ORD peut être qualifié de politique du fait de sa composition, son action au sein des consultations n'est pas l'application d'un pouvoir décisionnel. L'ORD ne constitue qu'un cadre procédural favorisant l'effectivité et la rationalisation des discussions bilatérales sur le règlement du différend considéré. La seule décision qu'il peut prendre – établir le groupe spécial à la demande du plaignant – est adoptée automatiquement par le mécanisme du consensus négatif.

Ainsi tombe le soupçon de partialité pouvant peser sur tout organe devant par nature faire des choix ou prendre des décisions tranchant des oppositions. Néanmoins, il peut être qualifié d'impartial, dans le sens minimal que cet adjectif comporte, puisque l'impartialité peut être obtenue non seulement par l'action mais également par l'abstention⁴⁸². Certes, cette pression s'appliquera davantage au défendeur qu'au plaignant, quoique les circonstances particulières du différend et l'identité de chacune des parties peuvent inverser cette pression. Cependant, l'origine de cette partialité n'est pas l'ORD mais la décision du plaignant de formuler une demande de consultations. Cette impartialité est évoquée et implicitement confirmée dans les déclarations de diverses instances de l'OMC. Ainsi un groupe spécial a-t-il pu affirmer que « **les consultations ont lieu (...) uniquement entre les parties. L'ORD n'intervient pas ; aucun groupe spécial n'intervient et les consultations ont lieu en l'absence du Secrétariat** »⁴⁸³, ces consultations étant « **essentiellement une procédure bilatérale** »⁴⁸⁴. L'impartialité de l'ORD est une impartialité-abstention caractéristique d'un organe neutre.

Quant aux Etats tiers au différend, leur intervention dans les consultations est prévue et encadrée par le Mémoire⁴⁸⁵. Elle est également de nature à créer de la partialité car les discussions ne seront plus bilatérales mais pourront être menées entre deux « **clans** », la raison du plus fort l'emportant. Or cette raison sera sans doute celle du plaignant dans la mesure où les tiers se joignant aux consultations seront les Etats estimant avoir un « **intérêt substantiel** »⁴⁸⁶ à voir ce différend se régler, c'est-à-dire à voir le défendeur être remis en cause. Bien entendu, cette domination du plaignant n'est pas automatique en théorie. Des tiers peuvent s'impliquer dans le différend pour se mettre

⁴⁸² Une définition proposée de l'adjectif « *impartial* » est : « *qui n'est pas partial, qui est sans parti pris* », qui est « *juste, neutre* » (P. Robert, *Le Nouveau Petit Robert, op. cit.*, p. 1269). Cette définition paraît être double : l'impartial est « *juste* », ce qui réclame de sa part une action positive (sens maximal) ou « *neutre* », ce qui est consécutif à une abstention (sens minimal).

⁴⁸³ WT/DS27/R/ECU, paragraphes 7.18 et 7.19. Ces conclusions ont été reprises et citées par le groupe spécial de l'affaire DS75 et 84, *in* WT/DS75 et 84/R, paragraphe 10.19. Le groupe spécial de l'affaire DS34 reprend les conclusions des deux rapports précédemment cités, *in* WT/DS34/R, paragraphes 9.18 à 9.24.

⁴⁸⁴ WT/DS24/R, paragraphe 7.61. Dans ce rapport, les consultations sont celles de l'article 6 : 7 de l'ATV et non celles du Mémoire. Mais la Section précédente a montré que ces consultations peuvent être assimilées à celles du Mémoire d'un point de vue procédural, puisqu'elles ont pour but le règlement amiable du différend et se substituent aux consultations du Mémoire ou les précèdent.

⁴⁸⁵ Cette possibilité est prévue, sous des conditions précises, par le Mémoire dans son article 4 : 11.

⁴⁸⁶ Article 4 : 11.

du côté du défendeur et défendre avec lui sa pratique pourtant contestée, si tel est leur « *intérêt substantiel* ». Cependant, la pratique est exclusivement celle de l'acceptation de tiers se plaçant aux côtés du plaignant⁴⁸⁷. Cette partialité n'est pas celle d'un intermédiaire mais celle de tiers intervenant dans le différend. Elle est le déséquilibre entre les parties susceptible d'influer de manière déterminante sur le contenu et le résultat des discussions menées dans le cadre de consultations.

Cette partialité est naturelle, inhérente à tout mécanisme de discussions interétatiques dans le cadre de relations multilatérales comme l'organise l'OMC. Elle est néanmoins relativisée par la reconnaissance d'un statut spécifique du tiers dans le cadre des consultations⁴⁸⁸. Mais ce statut n'organise ni une acceptation limitée de ces tiers ni leur participation mesurée. Surtout, la relativisation de cette partialité découlera de l'organisation mémorandaire d'un système de règlement intégré dans lequel les consultations s'insèrent et par lequel une échappatoire est offerte au défendeur victime de cette partialité : la saisine d'un groupe spécial.

La partialité du groupe spécial, quant à elle, peut provenir de la mainmise étatique sur la composition des groupes spéciaux. L'impartialité du groupe spécial s'évalue en fonction du degré de dépendance de cette instance et de ses membres par rapport aux parties et aux tierces parties du différend qu'ils traitent. Or, cette impartialité peut être *a priori* douteuse dans la mesure où, dans le cadre des relations internationales, la création, les règles de fonctionnement ainsi que les composantes organiques des organisations internationales procèdent forcément des Etats souverains. De même, les personnes composant les diverses instances de telles organisations auront systématiquement une origine étatique précise appartenant à leur identité propre. Cela ne signifie pas que cette identité ressort obligatoirement lors de l'exercice des fonctions desdites personnes ; de nombreux et divers mécanismes et règles peuvent prévenir de telles influences étatiques. Il reste que l'impartialité est souvent recherchée quand il est question de régler des différends, et qu'elle est souvent problématique du fait de l'identité particulière des sujets du droit international public.

Le Mémorandum encadre l'influence des Etats parties, tierces parties et tiers sur la composition des groupes spéciaux en organisant la participation des ressortissants. Les panélistes sont nommés par principe par les parties d'un commun accord, ou par le Directeur général en cas d'absence de cet accord ; soucieux d'éviter le blocage de la phase, le Mémorandum relativise l'influence étatique sur la composition du groupe spécial en exigeant un accord bilatéral et en prévoyant une alternative institutionnelle. Certes, est

⁴⁸⁷ Il faut pour s'en convaincre, puisque les débats menés pendant les consultations, quand ils ont lieu, ne sont pas consultables, examiner les déclarations des tierces parties à l'occasion de l'examen du différend par le groupe spécial, déclarations qui sont reformulées dans les rapports de ces groupes spéciaux. Cette pratique a d'ailleurs pour effet de cantonner le système mémorandaire à la fonction d'un mécanisme de règlement des différends et non de le transformer en un espace de négociations multilatérales. Evidemment, tel est l'esprit du Mémorandum entièrement consacré à ce règlement ; mais ce dispositif aurait très bien pu être détourné par des Membres peu soucieux de préserver le rôle premier de ce système et au contraire désireux de le rendre inefficace.

⁴⁸⁸ Voir sur ce point l'article 4 : 11.

prévue la nomination possible de personnes pouvant avoir « **des attaches avec des administrations nationales** »⁴⁸⁹, l'éventuelle participation des fonctionnaires nationaux des Etats Membres⁴⁹⁰, ainsi que celle de ressortissants d'un pays en développement pour le cas d'un différend entre un pays en développement Membre et un pays développé Membre⁴⁹¹. Cependant, le Mémoire énonce clairement que « **les membres des groupes spéciaux devraient être choisis de façon à assurer l'indépendance des membres** »⁴⁹². Le paragraphe 3 de l'article 8 prévoit qu' « **aucun ressortissant des Membres dont le gouvernement est partie à un différend, ou tierce partie au sens du paragraphe 2 de l'article 10, ne siègera au groupe spécial appelé à en connaître, à moins que les parties au différend n'en conviennent autrement** ». Par le renvoi que cette disposition opère, il est question d'interdire la participation aux groupes spéciaux des parties ayant un « **intérêt substantiel dans une affaire** »⁴⁹³.

Il n'est donc pas rédhibitoire de nommer en qualité de membre d'un groupe spécial une personne dont l'identité est fortement liée aux Membres, à la condition énoncée par l'article 8 : 3 précité. Cette condition est d'ailleurs confirmée par le Président de l'ORD dès 1996 déclarant « **qu'il était de règle que les membres des groupes spéciaux ne soient pas des ressortissants des pays dont les gouvernements étaient parties ou des tierces parties au différend** »⁴⁹⁴. Cette « **règle** » est conforme aux Règles de conduite qui ont comme principe directeur que « **toute personne (...) faisant partie d'un groupe spécial** »⁴⁹⁵ « **sera indépendante et impartiale, évitera les conflits d'intérêts directs ou indirects et respectera la confidentialité des procédures des organes conformément au mécanisme de règlement des différends, de façon que, grâce à l'observation de ces normes de conduite, l'intégrité et l'impartialité de ce mécanisme soient préservées** »⁴⁹⁶, même s'il faut constater que le Président de l'ORD est beaucoup plus explicite que le texte qui aurait pu aller plus loin en formulant une

⁴⁸⁹ Article 8, paragraphes 1 et 4.

⁴⁹⁰ Le paragraphe 8 de l'article 8 prévoit que « *les Membres s'engageront, en règle générale, à autoriser leurs fonctionnaires à faire partie de groupes spéciaux* ».

⁴⁹¹ Le paragraphe 10 de l'article 8 prévoit le cas échéant que « *le groupe spécial comprendra, si le pays en développement Membre le demande, au moins un ressortissant d'un pays en développement Membre* ».

⁴⁹² Article 8 : 2.

⁴⁹³ Article 10 : 2. En outre, l'article 8 : 3 renvoie à la note 6 qui stipule que « *dans le cas où une union douanière ou un marché commun est partie à un différend, cette disposition s'applique aux ressortissants de tous les pays membres de l'union douanière ou du marché commun* ».

⁴⁹⁴ Déclaration du Président de l'ORD au cours de la réunion de l'ORD du 5 juillet 1996 (WT/DSB/M/20, p. 4).

⁴⁹⁵ Section IV, paragraphe 1.

⁴⁹⁶ Section II.

interdiction claire comme celle prévue à l'article 8 : 3 du Mémoire.

La pratique consacre largement le principe de la non-participation aux groupes spéciaux des ressortissants des Etats parties. Sur cent quatre-vingt dix désignations de panélistes identifiés⁴⁹⁷, une seule a été celle d'un panéliste ressortissant d'un Membre plaignant⁴⁹⁸, nommé par le Directeur général. Cette occurrence est notable dans la mesure où le soupçon de partialité pèse *a priori* davantage sur les parties que sur le Directeur général de l'OMC. Elle reste peu significative car la nationalité de ce panéliste – française – ne correspondait pas exactement à celle du plaignant – les Communautés européennes⁴⁹⁹ – et, étant isolée, elle ne saurait remettre en cause le respect du Mémoire et la garantie d'impartialité qu'il s'efforce de protéger. Surtout, le principe d'impartialité est d'autant plus confirmé par la pratique que les parties ne se sont jusqu'à présent jamais arrangées pour, d'un commun accord, choisir des panélistes parmi leurs ressortissants alors même que le Mémoire leur en donne la possibilité⁵⁰⁰.

En revanche, les parties admettent moins difficilement un panéliste ressortissant d'une tierce partie au différend. Sur cent-une désignations de panélistes effectuées par les parties et dont les nationalités ont pu être vérifiées⁵⁰¹, six d'entre eux étaient ressortissants de tierces parties⁵⁰². Il reste que cette pratique, bien qu'admise par le Mémoire qui la subordonne à un accord entre les parties, reste relativement marginale : elle représente moins d'un dixième des panélistes identifiés ; quatre de ces six membres sont ressortissants d'un pays membre de l'Union européenne alors que ce sont les Communautés européennes qui se constituent tierces parties⁵⁰³ ; les deux autres panélistes sont ressortissants américains mais semblent davantage avoir été choisis en fonction de leurs compétences scientifiques particulières puisqu'il s'agit des professeurs Robert Hudec et John H. Jackson ; un contre-exemple montre qu'un panéliste a refusé de

⁴⁹⁷ Au 26 juin 2003, deux tiers des panélistes ont pu être identifiés comme ressortissants de Membres malgré les contraintes matérielles liées à l'accessibilité restreinte des *curriculum vitae*, soit 104 panélistes sur 158. Ils représentent les trois-quarts des désignations distinctes, soit 190 désignations pour un total de 261 distinctes. Bien que la nationalité de 54 panélistes n'a pu être identifiée, la proportion de panélistes identifiés et surtout de désignations avérées sont assez significatives pour étayer la présente conclusion.

⁴⁹⁸ Il s'agit de M. Jenny, ressortissant français, nommé membre du groupe spécial de l'affaire DS75 et 84.

⁴⁹⁹ L'affaire en question est l'affaire DS75 et 84. M. Jenny, ressortissant français a été désigné, à la demande des parties, par le Directeur général. M. Jenny est apparu deux ans plus tard sur la liste indicative WT/DSB/17 qui précise qu'il est un ressortissant français.

⁵⁰⁰ Voir sur ce point l'article 8 : 3.

⁵⁰¹ Au 26 juin 2003, parmi 126 désignations de panélistes d'un commun accord entre les parties, 101 d'entre elles s'attachent à un panéliste dont la nationalité est identifiée. La proportion de ces panélistes identifiées est donc largement significative.

⁵⁰² Il s'agit des affaires DS58, DS72, DS122, DS177 et 178, DS194 et DS243.

⁵⁰³ Dans les affaires DS58, DS 177 et 178, DS194 et DS243.

siéger alors que l'Etat duquel il était ressortissant était tierce partie au différend⁵⁰⁴.

De même, le Directeur général a pu nommer un panéliste ressortissant d'une tierce partie au différend. Ici encore, cette pratique reste marginale puisque seuls quatre panélistes ressortissants de tierces parties au différend ont été nommés⁵⁰⁵. Les parties comme le Directeur général s'appliquent globalement à respecter le principe d'impartialité. Pourtant, les parties auraient pu s'entendre pour désigner leurs ressortissants au sein des groupes spéciaux, comme le Mémoire le leur permet. De même, le Directeur général aurait pu équilibrer les partialités au sein d'un même groupe spécial. Tel n'a pas été leur choix, les Etats Membres et le Directeur général préférant donc l'impartialité à la « **pluri-partialité** ».

Ainsi est opérée une dissociation fondamentale entre les parties au différend et les personnes s'efforçant de régler le différend en cause par le biais de la phase des groupes spéciaux. Le Mémoire et la pratique n'instaurent pas un équilibre des partialités mais au contraire un rejet de toute partialité. La phase du groupe spécial va plus loin que celle des consultations : la seconde prévoyait deux types d'acteurs qui étaient l'Etat plaignant et l'Etat destinataire de la plainte, avec l'éventualité de tiers se plaçant d'un côté ou de l'autre ; la première, en revanche, place les deux parties du même côté, l'autre acteur étant le groupe spécial qui se doit d'être distinct de ces parties, voire également des tierces parties ayant un intérêt à agir. Cette impartialité provient de l'atténuation de la mainmise étatique sur la composition du groupe spécial. En réalité, « **le mode de désignation a été choisi en principe pour assurer au mieux l'impartialité du groupe spécial** »⁵⁰⁶.

En outre, la garantie d'une impartialité du groupe spécial ne s'arrête pas à cette atténuation de la maîtrise étatique sur la désignation des membres. Elle est singulièrement renforcée par l'exigence d'une qualification particulière de chaque membre du groupe spécial. En effet, le Mémoire non seulement pose le principe selon lequel « **les groupes spéciaux seront composés de personnes très qualifiées ayant ou non des attaches avec des administrations nationales** »⁵⁰⁷ mais également précise leur identité de manière assez détaillée : il s'agit ainsi de personnes qualifiées, « **y compris des personnes qui ont fait partie d'un groupe spécial ou présenté une affaire devant un tel groupe, qui ont été représentants d'un Membre ou d'une partie contractante au GATT de 1947, ou représentants auprès du Conseil ou du Comité d'un accord**

⁵⁰⁴ Il s'agit du Professeur Hudec, Américain, dans l'affaire DS34.

⁵⁰⁵ Sur 89 nominations de panélistes dont la nationalité a été identifiée et qui ont été nommés par le Directeur général, au 26 juin 2003. L'un des quatre est en outre un ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne alors que ce sont les Communautés européennes qui se sont portées tierces parties. Ces chiffres ne prennent pas en compte la totalité des désignations par le Directeur général (135) du fait de la difficulté susmentionnée d'identifier clairement la nationalité de certains membres des groupes spéciaux. Il reste que les deux tiers des nominations sont ici traités, ce qui est assez significatif des pratiques en cours.

⁵⁰⁶ H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », *J.D.I.* 3, 1997, p. 734. Voir cet article, pp. 734-735, pour une étude détaillée du texte du Mémoire sur ce point.

⁵⁰⁷ Article 8 : 1.

visé ou de l'accord qui l'a précédé, ou qui ont fait partie du Secrétariat, qui ont enseigné le droit ou la politique commerciale international ou publié des ouvrages dans ces domaines, ou qui ont été responsables de la politique commerciale d'un Membre »⁵⁰⁸.

En réalité, le Mémoire peine à définir le profil-type du membre du groupe spécial. D'abord, il est question de personnes « **très qualifiées** », notion qui échappe à toute définition générale rationnelle, à moins de fixer une liste exhaustive de conditions auxquelles ces personnes devront nécessairement répondre, ou alors à déterminer avec précision une série de critères permettant d'exclure automatiquement certaines catégories de personnes. Ensuite, le Mémoire juxtapose une caractérisation générale subjective, relative à la qualification des personnes susceptibles de composer les groupes spéciaux, et une énumération de cas précis qui ne constituent pas une liste exhaustive ; l'expression « **y compris** », qui permet cette juxtaposition, révèle une évidente absence de limpidité en signifiant implicitement que vont suivre des cas qui ne sauraient constituer un inventaire complet.

De même, l'énumération manque de cohérence. Le Mémoire procède à une juxtaposition hétéroclite d'identités diverses et la synthèse de cette énumération ne permet pas sa rationalisation. Trois types hétéroclites de personnes peuvent être dégagés qui sont celles qui ont été représentants des Membres, dans le cadre de l'OMC ou dans celui du GATT de 1947, ou leur responsable en matière commerciale, celles qui ont évolué au sein des institutions de l'OMC ou du GATT, et celles qui sont spécialistes de droit ou politique commercial(e) international(e). Enfin s'ajoute à ce profil-type confus la nécessité d'une diversité au sein du groupe spécial ; le Mémoire insiste sur cette hétérogénéité qui ressortait déjà du premier paragraphe de l'article 8, en prévoyant que « **les membres des groupes spéciaux devraient être choisis de façon à assurer (...) la participation de personnes d'origines et de formations suffisamment diverses, ainsi qu'un large éventail d'expérience** »⁵⁰⁹.

Nonobstant, cette définition confuse du profil-type du membre du groupe spécial véhicule l'idée selon laquelle toute personne qui est estimée être suffisamment qualifiée du fait de sa connaissance particulière et de son expérience dans les matières relatives au règlement des différends interétatiques, au fonctionnement général de l'OMC, aux domaines visés par cette organisation, au fonctionnement étatique du commerce ou de la politique commerciale, ou encore aux relations internationales, peut composer un groupe spécial. Le Mémoire, pour ainsi dire, « **ratisse large** », l'essentiel étant que ces personnes membres soient « **très qualifiées** »⁵¹⁰.

De la sorte, le Mémoire accorde une place importante à l'expert, au spécialiste, en tant que trait caractéristique des personnes composant les groupes spéciaux, et non à la fonction politique, administrative ou encore juridique. Il privilégie la compétence et

⁵⁰⁸ *Ibid.*

⁵⁰⁹ Article 8 : 2. Cette idée d'hétérogénéité se retrouve dans le premier paragraphe de cet article 8.

⁵¹⁰ Article 8 : 1.

énumère en réalité toutes les sources où celle-ci peut se rencontrer. Ainsi peut alors se justifier la confusion précédemment notée de l'énumération à laquelle le Mémorandum procède. L'idée d'un pouvoir d'expert, d'une compétence technique, se dégage de l'article 8 : 1. Elle est le moyen pour le Mémorandum d'assurer une impartialité renforcée des membres des groupes spéciaux, au-delà de la seule atténuation de la mainmise étatique sur la composition du groupe spécial. Cette impartialité n'est jamais vraiment remise en cause par les auteurs étudiant le système de règlement mémorandaire. M. Nicora propose, « **au stade initial du dépôt de la plainte, de donner mandat à une autorité indépendante des experts de l'OMC d'apprécier le montant des dommages causés par une mesure déclarée incompatible avec sa législation. Ni l'expertise des panélistes, ni leur objectivité ne seraient ainsi mises en cause. Les méthodes d'évaluation des dommages devraient s'appuyer sur les recommandations des Nations unies pour harmoniser la comptabilité** »⁵¹¹. Cet auteur confirme de la sorte l'idée de membres spécialistes impartiaux mais il n'est pas certain que cette proposition soit efficace : elle diminue la centralité du système de l'OMC et peut induire, outre les blocages et lenteurs qu'elle pourrait générer, une méfiance envers les membres des groupes spéciaux et un souci de dilution des exigences juridiques en matière commerciale dans une autre Organisation moins spécialisée et plus respectueuse des souverainetés étatiques des plus puissants.

La pratique du Mémorandum va confirmer cette utilisation de la compétence technique comme gage d'impartialité. Les membres des groupes spéciaux ne sont pas toujours choisis, par le Directeur général ou par les parties, parmi les noms figurant sur la liste indicative tenue par le Secrétariat. Cette pratique n'est pas forcément contraire à toute garantie d'impartialité. Bien au contraire, les personnes figurant sur les listes indicatives sont étiquetées quant à leur nationalité, même si des conditions particulières de compétences sont requises, et choisir des personnes hors-liste peut signifier que les critères de choix sont guidés par le souci de trouver les meilleurs spécialistes et non les ressortissants que les Membres ont proposés sans considération du différend précis à traiter.

Surtout, qu'ils appartiennent ou non à cette liste indicative, les panélistes répondent généralement à ce critère de compétence technique. Le souci des Membres proposant les personnes des listes indicatives est partagé par le Directeur général et les parties choisissant ces membres : il est de privilégier une compétence technique dans le choix des panélistes. En effet, le Mémorandum prévoit bien que les Membres suggérant des personnes pour figurer sur les listes indicatives doivent préciser les domaines de compétence desdites personnes⁵¹² ; et chaque Membre proposant une telle personne doit fournir un « **Curriculum vitae succinct** », dont le modèle est prévu, et qui est mis à la disposition de tous les Membres par le Secrétariat de l'OMC une fois la personne inscrite sur cette liste indicative⁵¹³. Quant aux panélistes nommés hors liste indicative, ils

⁵¹¹ P. Nicora « L'organe de règlement des différends a-t-il un avenir ? », in F. Osman (Sous la direction de), *L'Organisation Mondiale du Commerce : vers un droit mondial du commerce ?*, Colloque, Lyon, 2 mars 2001, Bruylant, Bruxelles, 2001, pp. 242-243.

⁵¹² Voir l'article 8 : 4.

ont, antérieurement, simultanément ou postérieurement à leur désignation dans des groupes spéciaux, exercé des fonctions particulières qui confirment leur compétence technique : au sein même de l'OMC⁵¹⁴, du GATT⁵¹⁵, de l'ONU⁵¹⁶ ou comme chercheurs⁵¹⁷. La difficulté de dresser un inventaire exhaustif⁵¹⁸ dissimule mal la constatation d'une compétence technique des membres des groupes spéciaux, de telle sorte qu'apparaît le souci d'impartialité qui règne dans la désignation des panélistes et qui est à même de crédibiliser le système des groupes spéciaux que le Mémorandum instaure.

L'impartialité de l'Organe d'appel est consacrée de même. Le souci est constant de protéger les membres de l'Organe d'appel de l'influence étatique, même si cette influence,

⁵¹³ Ce mécanisme est prévu dans l'annexe intitulée « *administration de la liste indicative* » qui se trouve dans le document intitulé « *liste indicative des personnes ayant ou non des attaches avec des administrations nationales appelées à faire partie de groupes spéciaux* ». La dernière liste, en date du 6 mars 2003, est le document WT/DSB/33. Cette annexe revient sur les dispositions du Mémorandum concernant cette liste ainsi que sur les règles pratiques que l'ORD a décidé de faire observer dès 1995 concernant la proposition de personnes pour cette liste et la gestion de ladite liste. La pratique instaurée prévoit bien la rédaction pour chacune des personnes d'un Curriculum vitæ dont le modèle se trouve dans cette annexe. L'accès à ces curriculum vitæ est limité aux Etats Membres.

⁵¹⁴ Comme membres, présidents ou vice-présidents de conseils, comités, groupes de travail, réunions de haut niveau, groupes de contact, centres consultatifs, groupes d'experts ; comme présentateur dans le cadre du Mécanisme d'examen des politiques commerciales, ancien président de l'ORD, membres du Secrétariat de l'OMC, collaborateur de présidents de comités OMC ; ou encore comme ancien membre de l'Organe d'appel (voir sur ce dernier point la désignation de M. Lacarte Muro en tant que membre du groupe spécial de l'affaire DS246).

⁵¹⁵ Par exemple : M. Dunkel, président du groupe spécial pour l'affaire DS38, a exercé la fonction de Directeur général du GATT ; M. Schröder, président du groupe spécial pour l'affaire DS60, était membre du Secrétariat du GATT en 1990 ; M. Simon, membre du groupe spécial de l'affaire DS155, était membre d'un groupe spécial dans le cadre du GATT en 1988.

⁵¹⁶ Par exemple, M. Rossier, président du groupe spécial pour l'affaire DS44, a exercé la fonction de président du Conseil du commerce et du développement de la CNUCED.

⁵¹⁷ De nombreux panélistes sont des enseignants-chercheurs, des professeurs, des auteurs d'ouvrages scientifiques.

⁵¹⁸ Il n'est pas présentement procédé à une étude statistique exhaustive des compétences de chacun des panélistes ayant exercé depuis 1995, cette étude ne pouvant être réalisée. En effet, les curriculum vitæ des personnes figurant sur la Liste indicative ne sont accessibles qu'aux Membres de l'OMC, de sorte qu'il est impossible de dresser un inventaire exhaustif des compétences de chacune d'entre elles, et les curriculum vitæ n'existent pas pour les panélistes nommés hors liste. Il est seulement possible de relever certains indices significatifs de ces compétences quand ces personnes ont exercé des fonctions particulières au sein de l'OMC et/ou qu'elles sont citées dans des documents accessibles. Les présents développements sur les fonctions exercées par ces membres des groupes spéciaux se fondent sur l'identification exhaustive de tous les panélistes jusqu'au 26 juin 2003 confrontée à une recherche nom par nom sur le Mécanisme de diffusion des documents du site Internet de l'OMC. Ce travail a permis de consulter tous les documents de l'OMC dans lesquels les noms de panélistes apparaissaient et d'en déduire les fonctions que ces derniers ont pu exercer. Cette démarche ne peut être exhaustive car un certain nombre de noms n'ont donné aucun résultat. Cette démarche ne veut être exhaustive car les résultats montrent une très grande diversité des fonctions exercées, ce qui rendrait fastidieuse et peu éloquente une analyse détaillée des fonctions.

comme pour les groupes spéciaux, paraît être inévitable du fait de l'omniprésence étatique à la base et dans le fonctionnement de toute organisation internationale. En effet, le Mémoire prévoit : que « ***l'Organe d'appel comprendra des personnes dont l'autorité est reconnue, qui auront fait la preuve de leur connaissance du droit, du commerce international et des questions relevant des accords visés en général. Elles n'auront aucune attache avec une administration nationale. La composition de l'Organe d'appel sera, dans l'ensemble, représentative de celle de l'OMC. Toutes les personnes qui feront partie de l'Organe d'appel seront disponibles à tout moment et à bref délai et se maintiendront au courant des activités de l'OMC en matière de règlement des différends et de ses autres activités pertinentes. Elles ne participeront pas à l'examen d'un différend qui créerait un conflit d'intérêt direct ou indirect*** »⁵¹⁹. Le Mémoire énonce ainsi deux principes devant assurer cette impartialité : une interdiction double qui est l'absence de liens avec les administrations étatiques et l'absence d'intérêt dans les différends à régler ; une prescription double qui est une autorité reconnue acquise par la preuve d'une compétence d'expert et une représentativité de la composition de l'OMC.

L'interdiction est rappelée et développée dans les Procédures de travail pour l'examen en appel : les membres de l'Organe d'appel « ***rempliront leur mission sans solliciter ni accepter d'instructions d'aucune organisation, internationale, gouvernementale ou non gouvernementale, ni d'aucune source privée*** »⁵²⁰ et « ***les membres constituant une section seront choisis par roulement, compte tenu des principes de la sélection aléatoire et de l'imprévisibilité et du principe selon lequel tous les membres doivent avoir la possibilité de siéger quelle que soit leur origine nationale*** »⁵²¹ ; ces Procédures interdisent également aux membres de l'Organe d'appel tout contact avec un participant ou participant tiers en l'absence des autres participants ou participants tiers⁵²². De même, ce texte gère précisément les contacts que l'Organe d'appel va entretenir avec l'appelant⁵²³, l'intimé⁵²⁴, les participants tiers⁵²⁵, ainsi que l'éventualité d'appels multiples⁵²⁶, le déroulement de l'audience⁵²⁷ et les

⁵¹⁹ Article 17 : 3.

⁵²⁰ Règle 2 3).

⁵²¹ Règle 6 2).

⁵²² Règle 19.

⁵²³ Règle 21.

⁵²⁴ Règle 22.

⁵²⁵ Règle 24.

⁵²⁶ Règle 23.

⁵²⁷ Règle 27.

réponses écrites⁵²⁸. De plus, divers mécanismes préservent l'étanchéité des rapports entre Organe d'appel et Etats : le Mémoire prévoit que l'Organe d'appel, « **en consultation avec le Président de l'ORD et le Directeur général, élaborera des procédures de travail qui seront communiquées aux Membres pour leur information** »⁵²⁹ ; l'Organe d'appel fonctionnant ainsi selon les procédures de travail qu'il a lui-même fixées et qui échappent à des Etats simplement informés. Enfin, les travaux de l'Organe d'appel « **seront confidentiels** », les rapports étant rédigés « **sans que les parties au différend soient présentes et au vu des renseignements fournis et des déclarations faites** »⁵³⁰ ; cette confidentialité est gage de protection du travail de l'Organe contre d'éventuelles pressions extérieures.

Une différence du degré de dépendance étatique des membres est notable par rapport à la composition du groupe spécial : les membres de l'Organe d'appel ne doivent pas avoir d'attaches avec une administration nationale⁵³¹, alors que les membres des groupes spéciaux peuvent en avoir⁵³², et « **les Membres s'engageront, en règle générale, à autoriser leurs fonctionnaires à faire partie de groupes spéciaux** »⁵³³. Cette différence peut s'expliquer par une différence de statut : les membres de l'Organe d'appel exercent leur fonction pour un mandat de quatre ans alors que les membres des groupes spéciaux n'interviennent que dans l'affaire pour laquelle ils ont été nommés. Surtout, le respect de cette interdiction est garanti par un dispositif rigoureux appliqué non seulement à l'Organe d'appel mais également aux autres instances de règlement mémorandaire.

Les différentes institutions de l'OMC participant au règlement des différends que le Mémoire organise sont visées par des « **Règles de conduite relatives au Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends** » qui traitent explicitement de l'impartialité⁵³⁴. Expressément incorporées dans les Procédures de travail pour l'examen en appel⁵³⁵, ces Règles rappellent dès leur

⁵²⁸ Règle 28.

⁵²⁹ Article 17 : 9.

⁵³⁰ Article 17 : 10.

⁵³¹ Article 17 : 3.

⁵³² Articles 8 : 1 et 8 : 4.

⁵³³ Article 8 : 8.

⁵³⁴ Ces Règles de conduite prévoient dans leur règle IV quelles sont les entités auxquelles elles s'appliquent. Ce sont : « *toute personne: a) faisant partie d'un groupe spécial; b) siégeant à l'Organe d'appel permanent; c) agissant en tant qu'arbitre (...) ou d) participant en qualité d'expert au mécanisme de règlement des différends (...). Elles s'appliqueront également (...)aux membres du Secrétariat appelés à aider un groupe spécial (...) ou à prêter leur concours dans les procédures d'arbitrage formelles (...); au Président de l'Organe de supervision des textiles (...) et aux autres membres du Secrétariat de l'OSpT (...); et au personnel de soutien de l'Organe d'appel permanent chargé d'apporter à celui-ci un soutien administratif ou juridique (...)* ».

« **Préambule** » le souci des Membres fondateurs de l'OMC : « **le fonctionnement du Mémoire d'accord serait renforcé par des règles de conduite destinées à préserver l'intégrité, l'impartialité et la confidentialité des procédures menées conformément au Mémoire d'accord, ce qui accroîtrait la confiance dans le nouveau mécanisme de règlement des différends** ». Ces Règles sont de véritables « **prescriptions déontologiques pour garantir l'impartialité** ». Elles organisent « **l'indépendance des tiers envers... eux-mêmes. Autrement dit, l'éthique consiste pour les tiers à dresser une frontière contre eux-mêmes, assurant l'étanchéité entre leurs problèmes personnels et leur fonction juridictionnelle** »⁵³⁶. Cette impartialité des « **procédures menées** » passe par celle des membres composant les différents organes participant au règlement des différends. L'impartialité est l'élément central de ces Règles⁵³⁷ qui la mettent en œuvre précisément.

En effet, « **chaque personne visée par les présentes règles (...) sera indépendante et impartiale, évitera les conflits d'intérêts directs ou indirects (...) conformément au mécanisme de règlement des différends, de façon que, grâce à l'observation de ces normes de conduite, l'intégrité et l'impartialité de ce mécanisme soient préservées** »⁵³⁸, et sera soumise à des obligations assurant l'« **observation du principe directeur** »⁵³⁹. Ensuite, l'annexe 2 des Règles de conduite énonce la « **liste exemplative de renseignements à communiquer** » qui indique « **le type de renseignements qu'une personne appelée à participer à l'examen d'un**

⁵³⁵ A l'annexe II, par leur règle 8, document WT/AB/WP/7 du 1^{er} mai 2003. Voir une analyse de ces Procédures de travail et de ces Règles de conduite in E. Canal-Forgues, « La procédure d'examen en appel de l'Organisation Mondiale du Commerce », A.F.D.I. XLII, 1996, pp. 850-853.

⁵³⁶ M.N. Andrianarivony, *L'émergence progressive d'une juridiction internationale des échanges...*, op. cit., pp. 26-27.

⁵³⁷ Ces Règles de conduite furent d'abord nommées « *code d'éthique* » quand elles n'étaient qu'un projet initié dès novembre 1994. Cette première dénomination rend encore mieux compte du souci constant des fondateurs de l'OMC de doter le système de règlement des différends de principes d'impartialité s'appliquant aux différents protagonistes dont le Mémoire organise l'intervention. Voir pour une description du déroulement de l'adoption de ces Règles le compte-rendu de la réunion de l'ORD du 20 novembre 1996, WT/DSB/M/26, pp. 5-6. Ces Règles ont été adoptées par l'ORD à sa réunion du 3 décembre 1996 (WT/DSB/M/27).

⁵³⁸ Section II, paragraphe unique. Les « *personnes visées* » sont, comme le précise cette disposition, celles définies au paragraphe 1 et la Section IV, à savoir « *toute personne: a) faisant partie d'un groupe spécial ; b) siégeant à l'Organe d'appel permanent; c) agissant en tant qu'arbitre (...); ou d) participant en qualité d'expert au mécanisme de règlement des différends* » ainsi que les « *membres du Secrétariat appelés à aider un groupe spécial conformément à l'article 27: 1 du Mémoire d'accord ou à prêter leur concours dans les procédures d'arbitrage formelles* », le « *Président de l'Organe de supervision des textiles* », les « *autres membres du Secrétariat de l'OSpT appelés à aider l'OSpT à formuler des recommandations, des constatations ou des observations conformément à l'Accord de l'OMC sur les textiles et les vêtements* » et le « *personnel de soutien de l'Organe d'appel permanent chargé d'apporter à celui-ci un soutien administratif ou juridique conformément à l'article 17: 7 du Mémoire d'accord (...), en considération de leur acceptation des normes établies qui régissent la conduite de ces personnes en tant que fonctionnaires internationaux et du principe directeur des présentes règles* ».

⁵³⁹ Intitulé de la section III de ces Règles de conduite. Voir cette même section pour le détail de ces obligations.

différend devrait communiquer »⁵⁴⁰ lors de sa déclaration volontaire de « **tout renseignement (...) qui, parce qu'il entre dans le champ d'application du principe directeur des présentes règles, est susceptible d'influer sur leur indépendance ou leur impartialité ou de soulever des doutes sérieux sur celles-ci** »⁵⁴¹. Puis, l'annexe 3 des règles de conduite contient une « **formule de déclaration** » concernant l'impartialité et l'indépendance des personnes participant au règlement des différends ; cette « **formule** » doit être remplie par tous les membres des groupes spéciaux, les arbitres et les experts avant la confirmation de leur désignation⁵⁴².

Surtout, la Section VIII de ces Règles de conduite organise de manière détaillée des mécanismes de lutte contre la « **violation importante des obligations d'indépendance, d'impartialité ou de confidentialité ou de l'obligation, pour les personnes visées, d'éviter les conflits d'intérêts directs ou indirects qui pourraient compromettre l'intégrité, l'impartialité ou la confidentialité du mécanisme de règlement des différends** »⁵⁴³. Elle organise un système de preuves et diverses procédures particulières à chaque instance de règlement qui peuvent aller jusqu'à la récusation. La centralité de ces mécanismes n'est pas négligée, puisqu'un groupe spécial a pu mettre en valeur ces Règles de conduite et la procédure de récusation qu'elles contiennent. Le défendeur de l'affaire DS156 a estimé que la présence d'un panéliste déjà membre d'un groupe spécial chargé d'examiner précédemment la même question « **empêche d'examiner en toute objectivité et indépendance la question** » dont le présent groupe spécial était saisi. Ce dernier a cependant considéré qu'il ne pouvait pas statuer sur cette question car il n'avait aucun rôle dans sa propre formation et que le seul moyen pour le défendeur de contester l'indépendance et l'impartialité d'un membre du groupe spécial était de recourir au mécanisme de la règle VIII : 1 des Règles de conduite⁵⁴⁴.

Certes, l'irrévocabilité, qui peut être naturellement considérée comme une garantie forte d'impartialité, n'est un principe clairement énoncé ni par le Mémoire ni par les Règles de conduite. Il n'en reste pas moins que la révocabilité n'est pas non plus

⁵⁴⁰ Ce devoir de communication est prévu par la section VI des Règles de conduite.

⁵⁴¹ Règle VI : 2.

⁵⁴² Le texte de cette formule de déclaration est le suivant : « *J'ai pris connaissance du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (le Mémoire d'accord) et des Règles de conduite relatives au Mémoire d'accord. Je sais que je suis constamment tenu, tant que je participerai au mécanisme de règlement des différends, et jusqu'à ce que l'Organe de règlement des différends (l'ORD) prenne une décision au sujet de l'adoption d'un rapport relatif à la procédure ou prenne note de son règlement, de communiquer par la présente et à l'avenir tout renseignement susceptible d'influer sur mon indépendance ou mon impartialité, ou de soulever des doutes sérieux sur l'intégrité et l'impartialité du mécanisme de règlement des différends, et de respecter mes obligations concernant la confidentialité de la procédure de règlement des différends* ».

⁵⁴³ Section VIII, paragraphe 1. Cette violation, par souci de commodité et d'allègement stylistique, sera ci-après dénommée « violation du principe d'indépendance ».

⁵⁴⁴ Voir le Rapport du groupe spécial WT/DS/156/R et plus particulièrement les paragraphes 8.10 à 8.12 contenant les conclusions et recommandations dudit groupe spécial.

expressément prévue. Il lui est préféré le mécanisme de récusation. La récusation devient révocation quand elle s'applique aux membres des groupes spéciaux, puisque ces personnes ne participent qu'au seul différend pour lequel elles ont été nommées. Mais elle est strictement prévue et ne remet pas en cause l'impartialité ; elle se justifie, d'après les Règles de conduite, par une violation prouvée par les seules parties au différend et n'aboutit donc pas à une exclusion générale du système de règlement des différends mais simplement à un écartement pour le différend en question ; et les Membres extérieurs au différend ne peuvent que fournir des preuves aux parties afin qu'elles décident éventuellement d'enclencher un mécanisme de sanction de la violation du principe général d'impartialité susmentionné⁵⁴⁵.

Quant aux membres de l'Organe d'appel, qui sont en fonction pour un mandat de quatre ans, la récusation n'est pas la révocation. Si le principe d'irrévocabilité est formellement absent pour l'Organe d'appel, il n'en reste pas moins que le silence sur ce point vaut refus de révocabilité. Au contraire, les Règles de conduite prévoient des mécanismes ne consistant qu'à écarter pour une affaire donnée le membre de l'Organe d'appel auteur d'une telle violation. Elles citent, de plus, les possibilités offertes aux membres de ne pas siéger dans une section s'occupant d'une affaire, et ce de manière exhaustive : la dispense après déclaration volontaire desdits membres ou procédures engagées par une partie pour violation du principe d'indépendance des Règles de conduite, l'empêchement pour maladie ou autres raisons sérieuses, et la démission⁵⁴⁶. En outre, ces trois possibilités sont strictement encadrées quant à leur effectivité par ces mêmes Règles de conduite⁵⁴⁷. Dans ce contexte, la non-stipulation de la possibilité de révocation assortie de la seule organisation d'une récusation – parfois même volontaire – vaut formulation implicite du principe d'irrévocabilité, une fois que l'ORD a nommé les membres de l'Organe d'appel. Cette irrévocabilité peut, par ailleurs, paraître logique eu égard à la procédure longue, rigoureuse et précautionneuse de nomination des membres de cet Organe d'appel⁵⁴⁸.

Il n'y a d'ailleurs pas lieu de différencier le principe d'impartialité selon qu'il s'applique aux groupes spéciaux ou à l'Organe d'appel puisque les mêmes Règles de conduite organisent la bonne application de ce principe quelle que soit l'entité visée. La seule distinction notable concerne l'auteur des mesures de lutte contre la violation d'indépendance ; destinataire des preuves, il sera différencié selon l'organe : le Président de l'ORD pour les membres des groupes spéciaux, les arbitres et les experts ; le Directeur général pour les membres du Secrétariat, et l'Organe d'appel pour les membres de l'Organe d'appel et le personnel de soutien de cet Organe. Il faut toutefois noter le

⁵⁴⁵ Voir sur ce point le paragraphe VIII : 1 des Règles de conduite.

⁵⁴⁶ Voir la règle 6 : 3.

⁵⁴⁷ Par les Règles de conduite dans leurs articles VI et VIII pour la violation ; par les Procédures de travail dans leur article 12 pour l'empêchement et 14 pour la démission. Voir le document WT/AB/WP/4.

⁵⁴⁸ Sur cette procédure de nomination, voir pour exemples les comptes-rendus des réunions de l'ORD qui se sont tenues de février à novembre 1995, documents WT/DSB/M/1 à 9.

caractère fortement marqué de l'indépendance de cet Organe d'appel puisqu'il va même gérer la non-violation du principe d'indépendance dont un de ses membres peut être l'auteur et possèdera le pouvoir de décision sur les mesures à prendre le cas échéant. Ce mécanisme se rapproche de celui de la CIJ, par exemple, qui confie le pouvoir de révocation au jugement unanime de ses pairs. Mais la récusation est préférée à la révocation, de même que les Règles de conduite prévoient des « **prescriptions en matière de déclaration volontaire pour les personnes visées** » afin que les participants au règlement des différends formulent eux-mêmes les risques de violation d'indépendance qu'ils représentent⁵⁴⁹.

Ce principe tacite d'irrévocabilité peut contenir le principe d'inamovibilité, lui aussi naturellement confirmatif d'une impartialité. L'inamovibilité est automatique dans le cas du système mémorandaire puisque les organes impliqués dans le règlement des différends ne sont pas constitutifs d'une administration unique qui pourrait permettre le changement d'institution. Chaque entité de règlement a un processus de constitution interne propre qui ôte pour leurs membres toute possibilité de passage d'une instance à l'autre par mutation ou avancement. Il existe, certes, des pratiques tendant, par exemple, à nommer dans un groupe spécial ou au sein de l'Organe d'appel, des personnes ayant appartenu au Secrétariat, à un autre groupe spécial, etc. Mais elles ne se déroulent pas dans le cadre d'une promotion ou d'une rétrogradation juridiquement fondée par un quelconque statut ou par une sorte de droit de la fonction publique internationale.

Il reste que ce principe d'inamovibilité n'en reste pas moins limité. Il est borné par l'existence éphémère du groupe spécial constitué pour un seul différend ou par la durée limitée du mandat dans le cas des membres de l'Organe d'appel. Les membres ne participant au règlement que pour un seul différend ont une inamovibilité relative car ils s'occupent entièrement dudit différend ; il en est de même pour ceux qui restent en fonction pour la totalité d'un mandat limité dans le temps. Toutes courent le risque de n'être plus choisies par la suite. Le principe d'inamovibilité est par conséquent fragile ; il est cependant solide d'un point de vue juridique. Pour les membres des groupes spéciaux, il est fragilisé par des considérations politiques pouvant primer, à l'instar de certaines pratiques nationales dans le domaine de l'administration de la justice, mais il reste paradoxalement assuré par l'inexistence même de normes juridiques le garantissant, car ces dispositions prévoiraient forcément une amovibilité, même limitée et encadrée. Quant aux membres de l'Organe d'appel, des considérations politiques peuvent primer mais elles seront forcément diluées dans l'importance quantitative des Membres participant au sein de l'ORD à la décision de renouvellement ; de plus, l'unicité du renouvellement atténue fortement le clientélisme et par voie de conséquence les risques d'atteinte au principe d'inamovibilité.

La prescription double d'impartialité énoncée par le Mémoire concerne la représentativité et la compétence. La composition de l'Organe d'appel doit être, « **dans l'ensemble, représentative de celle de l'OMC** »⁵⁵⁰. Cette représentativité est une

⁵⁴⁹ Article VI.

⁵⁵⁰ Article 17 : 3.

garantie d'impartialité. En effet, si l'on considère, à l'instar de M. Bergel, l'impartialité comme « **la neutralisation des éventuels préjugés** »⁵⁵¹ et non simplement comme des « **préjugés** », ceux-ci doivent être supprimés par « **neutralisation** ». Cette neutralisation implique soit un travail individuel des membres de l'Organe d'appel soit la recherche d'un équilibre collectif à même d'empêcher toute prédominance d'un unique préjugé sur les autres. La représentativité géographique peut être un gage de neutralisation collective de la partialité. « **C'est en effet une caractéristique des tribunaux internationaux que de chercher à produire, à travers le choix des juges, une représentation des grandes formes de civilisation et des principaux systèmes juridiques du monde** »⁵⁵².

Encore faut-il qu'elle ne soit pas abusivement géographique car la pratique de sièges réservés à différentes régions du monde serait de nature à privilégier l'origine géographique des membres de l'Organe d'appel au détriment de leur compétence. Or, le Président de l'ORD, appuyé par plusieurs Membres, affirme qu'« **aucun siège de l'Organe d'appel n'était réservé à aucune région en particulier** »⁵⁵³. La qualification des candidats reste prioritaire car, comme le précisent les recommandations du Comité préparatoire concernant l'OMC, « **il faut veiller principalement à ce que l'Organe d'appel soit constitué de membres hautement qualifiés, mais le Mémoire d'accord dispose aussi que la composition de l'Organe d'appel devra être "dans l'ensemble représentative" de celle de l'OMC. Par conséquent, des facteurs tels que différentes régions, différents niveaux de développement et différents systèmes juridiques seront dûment pris en compte** »⁵⁵⁴.

La représentativité est donc un critère complémentaire de choix des membres de l'Organe d'appel qui doivent également être dotés d'une compétence particulière. Elle est un renforcement d'une impartialité déjà assurée par la compétence technique des membres et ne mène donc pas à l'établissement d'un organe plus politique qu'expert. L'équilibre doit être recherché entre représentativité et compétence ; il a en pratique été trouvé dans la composition de l'Organe d'appel. Les procédures de première composition effective de l'Organe d'appel furent longues et complexes, de nombreuses précautions ayant été prises par le texte mais aussi par les Membres lors des discussions. « **Les premières désignations sont intervenues le 29 novembre 1995. Il a donc fallu près d'un an aux Etats pour s'accorder sur cette composition, ce qui est significatif de l'enjeu que représente pour eux cette procédure d'appel** »⁵⁵⁵. En effet, « **l'identité**

⁵⁵¹ J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 327.

⁵⁵² V. Pace, *L'Organisation Mondiale du Commerce et...*, op. cit., p. 208.

⁵⁵³ Compte-rendu de la réunion de l'ORD du 27 janvier 2000, WT/DSB/M/74, paragraphe 4 a). Le débat sur l'effectivité de cette représentativité géographique n'est pas éteint, comme le montrent les déclarations opposées de la Pologne et de l'Australie dans le compte-rendu de la réunion de l'ORD du 7 avril 2000, WT/DSB/M/78, paragraphes 83 et 89, ou encore de la Bulgarie et des Communautés européennes et Australie dans le compte-rendu du 25 mai 2000, WT/DSB/M/82, paragraphes 5 et 7 à 10.

⁵⁵⁴ Document WT/DSB/1, Paragraphe A 2). Ces recommandations ont été approuvées par l'ORD le 10 février 1995.

⁵⁵⁵ H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », *J.D.I.* 3, 1997, p. 742.

des membres composant l'Organe d'appel est (...) fondamentale : elle agit forcément dans la solution des litiges, ce qui justifie les précautions prises par les Etats membres ». « Deux critères ont donc présidé à la nomination des membres de l'Organe d'appel ; d'une part, des exigences de compétences et, d'autre part, des impératifs de répartition géographique. Les précautions qui ont entouré la composition de l'Organe d'appel attestent de la nature quasi-juridictionnelle de cette institution ».⁵⁵⁶

Le résultat fut la nomination de sept membres initiaux, puis six autres au fur et à mesure de l'achèvement des mandats. Leur l'identité est de toute évidence gage d'impartialité⁵⁵⁷. Ces membres sont en effet d'éminents spécialistes du droit ou du commerce international, de l'économie ou encore de la politique commerciale. Ils sont majoritairement universitaires et ont exercé d'importantes fonctions publiques auprès de gouvernements nationaux, de l'Union européenne et/ou d'institutions internationales dont le GATT et l'OMC. Certains ont mené des carrières diplomatiques, ont pu être arbitres internationaux, magistrats nationaux et internationaux, avocats, conseils, etc. Leurs qualifications sont très élevées, multiples, cumulées, et leur expérience de spécialistes est très importante⁵⁵⁸.

En plus de leur qualification, ces membres ne sont pas tous issus, loin s'en faut, de la même zone géographique. Si la représentativité démographique est discutable, un effort de disparité géographique est notable et ne donne pas un avantage déterminant aux Etats les plus riches ou au Nord au détriment du Sud. Tous les continents sont représentés et les remplacements s'effectuent quasiment à l'identique d'un point de vue géographique⁵⁵⁹. Bien entendu, ne nommer que sept membres ne peut que provoquer des critiques quant à la représentativité de toutes les régions du monde. Il reste que le Mémorandum ne prévoit pas une représentativité démographique ou politique stricte et que la réalité des nominations n'est pas aussi restrictive et déséquilibrée que certains

⁵⁵⁶ V. Pace, *L'Organisation Mondiale du Commerce et...*, op. cit., p. 208.

⁵⁵⁷ Pour de plus amples détails sur la procédure ayant permis la première composition de l'Organe d'appel ainsi que sur l'identité des premiers membres de cet Organe, voir la thèse de V. Pace, *L'Organisation Mondiale du Commerce et...*, op. cit., pp. 206-211. Voir également : H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », *J.D.I.* 3, 1997, pp. 741-742 ; V. Pace, « Cinq ans après... », op. cit., pp. 627-631 ; E. Canal-Forgues, « La procédure d'examen en appel... », op. cit., pp. 848-849. Tous ces articles expriment la même idée indiscutée d'une indépendance réalisée par la composition de l'Organe d'appel.

⁵⁵⁸ Se reporter pour une biographie détaillée des différents membres de l'Organe d'appel depuis 1995 aux communiqués de presse de l'OMC faisant état des différentes nominations. Pour MM. Bacchus, Beeby, Ehlermann, El-Naggar, Feliciano, Lacarte Muro et Matsushita, voir le document PRESS/32 du 29 novembre 1995. Pour MM. Abi-Saab, Ganesan et Tanigushi, voir le document PRESS/179 du 25 mai 2000. Pour MM. Baptista, Lockhart et Sacerdoti, voir le document PRESS/246 du 25 septembre 2001. Les différents changements de membres intervenus depuis 1995 n'ont pas réellement bouleversé le niveau et le contenu des qualifications. Une alliance est toujours opérée entre le niveau théorique et l'expérience pratique. Tout au plus peut-on remarquer une légère tendance à l'infléchissement du niveau théorique exigé pour se tourner davantage vers des praticiens, mais cette constatation n'est pas déterminante puisque l'alliance susmentionnée reste un souci constant aboutissant à la nomination des spécialistes les plus éminents.

auraient pu le craindre.

Cette impartialité générale est rappelée par le Président de l'ORD qui a déclaré qu'il **« fallait aussi être très attentif à protéger et préserver avec le plus grand soin l'indépendance et l'impartialité de l'Organe d'appel et de ses membres. Les Membres de l'OMC bénéficiaient d'un système de règlement des différends qui était respecté pour son indépendance, son impartialité et la cohérence de ses décisions. Récemment, un grand organe de presse, le New York Times, avait justement qualifié le système de règlement des différends de l'OMC d'impartial et implacable. Il fallait qu'il le demeure, et la préservation de la crédibilité, de l'impartialité et de l'efficacité de l'Organe d'appel était essentielle pour qu'il en soit ainsi »**⁵⁶⁰. Ce souci n'est jamais remis en cause par les Membres dans leurs multiples déclarations formulées dans le cadre des réunions de l'ORD ; au contraire, ils appellent de leurs vœux ou louent l'impartialité de l'Organe d'appel et plus généralement du système mémorandaire dans son ensemble⁵⁶¹.

Cette impartialité générale est également reconnue par de nombreux auteurs de manière générale. Certains estiment à la lecture du texte du Mémoire que les

⁵⁵⁹ Les sept premiers membres de l'Organe d'appel étaient des ressortissants des Etats suivants : Etats-Unis, Nouvelle-Zélande, Allemagne, Egypte, Philippines, Uruguay et Japon. En 2000, les ressortissants de l'Egypte, du Japon et de Nouvelle-Zélande ont été remplacés par des ressortissants de l'Egypte, du Japon et de l'Inde. En 2001, les ressortissants de l'Allemagne, des Philippines et de l'Uruguay ont été remplacés par des ressortissants de l'Italie, de l'Australie et du Brésil. La représentativité géographique est donc relativement assurée dès la création de l'Organe d'appel et n'est pas sensiblement remise en cause lors des différents changements intervenus depuis.

⁵⁶⁰ Compte-rendu de la réunion de l'ORD tenue les 27 octobre et 3 novembre 1999, WT/DSB/M/70, point 10.

⁵⁶¹ Quelques illustrations peuvent être citées. Le Guatemala a déclaré que *« les décisions rendues par le Groupe spécial et l'Organe d'appel témoignaient du fonctionnement impartial et transparent du système de règlement des différends »* (WT/DSB/M/37, point 5). Le Japon, *« s'agissant de l'impartialité ou de l'indépendance des membres de l'Organe d'appel, (...) ne trouvait rien à redire au système actuel »* (WT/DSB/M/71, p. 28), a loué le travail d'un groupe spécial qui *« avait prononcé ses conclusions de manière objective et impartiale, comme en attestait la qualité de son rapport »* (WT/DSB/M/45, point 3, point 11 a), et a également exprimé sa *« confiance dans l'OMC, où les différends commerciaux pouvaient être traités de manière impartiale et dépolitisée »* (WT/DSB/M/5, point 2). Les pays d'Amérique latine et des Caraïbes ont le souci de ne pas détruire *« l'équilibre et la garantie d'objectivité et d'impartialité »* (WT/DSB/M/6, point 4). Haïti *« rendait hommage à l'équité et à l'impartialité dont l'Organe avait fait preuve »* (WT/DSB/M/119, paragraphe 34). Le Mexique affirme qu'*« aucun Membre n'avait jamais douté de l'impartialité et de l'objectivité dont avait fait preuve le Président »* de l'ORD (WT/DSB/M/78, point 1 a), paragraphe 11) et que *« les autorités mexicaines ne mettaient pas en doute l'impartialité, l'honnêteté et l'intégrité morale des membres de l'Organe d'appel »* (WT/DSB/M/11, point 5). Les Etats-Unis ont le souci d'*« élaborer des procédures qui instaurent la confiance dans l'intégrité et l'impartialité du système de règlement des différends de l'OMC »* (WT/DSB/M/1, point 2), ont pu considérer que l'impartialité du Secrétariat devait être préservée et qu'il était dès lors *« préférable que le personnel du Secrétariat, ou toute autre personne employée par l'OMC ou fournissant des services à celle-ci sur une base contractuelle, s'abstienne de participer à un groupe spécial dans les cas de règlement d'un différend »* (WT/DSB/M/44, point 7). Il faut tout de même souligner que les Membres utilisent parfois le concept d'impartialité pour défendre ou souhaiter la participation d'un de leurs ressortissants au travail d'un groupe spécial ou de l'Organe d'appel. Même si cette position est marginale, elle montre la démarche des Membres qui assimilent encore parfois impartialité et équilibre des partialités.

décisions émanant du système de règlement OMC ont un **contenu « déterminé par un tiers réputé impartial »**⁵⁶². D'autres, s'appuyant sur l'étude de la pratique, affirment que **« le mécanisme de règlement des différends de l'OMC a su apporter la preuve de (...) son impartialité »**⁵⁶³ et suggèrent des améliorations allant dans le sens d'une plus grande indépendance : **« professionnaliser les groupes spéciaux », « régler la participation des personnes privées à la procédure de règlement des différends »** et **« modifier la composition de l'Organe d'appel afin de réduire l'influence anglo-saxonne et de mieux prendre en compte toutes les dimensions de l'environnement international »**⁵⁶⁴.

En second lieu, l'impartialité doit être soutenue par une autonomie des organes de règlement par rapport à l'Organisation, afin que l'indépendance de ces organes puisse être caractérisée. Le caractère spécialisé de ces organes dans la résolution des litiges a montré leur autonomie fonctionnelle. Cette constatation n'est cependant pas suffisante pour caractériser l'indépendance des organes de règlement puisque l'autonomie n'est pas dans ce cas une liberté par rapport à l'Organisation mais une spécialisation au sein de l'Organisation. L'autonomie en tant que liberté doit donc être recherchée.

L'ORD a une autonomie peu évidente à première vue. Cet organe est le Conseil général réuni **« pour s'acquitter des fonctions de l'Organe de règlement des différends »**⁵⁶⁵ ; il est **« composé de représentants de tous les Membres »**⁵⁶⁶ et apparaît donc comme difficilement autonome par rapport à la structure même de l'Organisation. En outre, son rôle administratif au sein de la phase des consultations, en réalité conféré principalement par un processus de décision particulier – le mécanisme du consensus négatif – rend la prise en considération de son éventuelle autonomie peu intéressante. Malgré ce désintéret, il faut constater qu'une séparation organique est assurée entre l'ORD et le reste du système organisationnel de l'OMC. D'abord, même si l'ORD n'est dans l'organigramme de l'OMC que la **« réunion du Conseil général en tant que »**, il faut souligner l'évolution notable depuis le GATT de 1947 dans lequel aucun organe politique n'était spécialisé dans le règlement des différends, les décisions étant prises par les Parties Contractantes réunies en session, équivalentes au niveau de la hiérarchie à la Conférence ministérielle de l'OMC⁵⁶⁷. Cette dernière assure une

⁵⁶² H. Ruiz Fabri, J.-M. Sorel, « Organisation judiciaire internationale », *op. cit.*, p. 7.

⁵⁶³ V. Pace, « Cinq ans après... », *op. cit.*, pp. 617-625.

⁵⁶⁴ *Ibid.*, pp. 625-632.

⁵⁶⁵ Acte final de l'OMC, article IV, paragraphe 3.

⁵⁶⁶ Acte final de l'OMC, article IV, paragraphe 2.

⁵⁶⁷ Le Conseil du GATT est l'équivalent hiérarchique du Conseil général de l'OMC. Il n'intervenait pas directement dans la prise de décisions concernant le règlement d'un différend après rapport d'un groupe de travail ou d'un groupe spécial souvent appelé *panel*. Pour une vue générale de l'organigramme du GATT, voir par exemple : M. Rainelli, *Le GATT*, La Découverte, coll. Repères, Paris, 1993, pp. 19-23 et pp. 31-35 ; E. Canal-Forgues, *L'institution de la conciliation...*, *op. cit.*, pp. 33-45.

existence autonome à un organe spécialement chargé du règlement des différends. Ensuite, cette séparation formelle entre le Conseil général, instance généraliste de l'OMC, et l'ORD, instance consacrée plus particulièrement au règlement des différends, est appuyée par la dissociation entre les présidents de ces deux organes et par la possibilité de règles de fonctionnement particulières à l'ORD ; l'Acte final de l'OMC prévoit, en effet, que « ***l'Organe de règlement des différends pourra avoir son propre président et établira le règlement intérieur qu'il jugera nécessaire*** »⁵⁶⁸, ce qui s'est rapidement concrétisé⁵⁶⁹. Enfin, cette individualisation de l'ORD au sein de l'organigramme de l'OMC, sans être totale, est un indice de l'autonomisation organique du système de règlement des différends, certes, peu profonde mais suffisante eu égard à la fonction annexe qu'exerce l'ORD au sein de la phase des consultations.

Les groupes spéciaux ne sont pas toujours constitués de personnes à l'identité autonome par rapport à l'OMC car l'article 8 prévoit la participation éventuelle de personnes qui « ***ont été représentants auprès du Conseil ou du Comité d'un accord visé ou de l'accord qui l'a précédé, ou qui ont fait partie du Secrétariat*** »⁵⁷⁰. Cependant, l'emploi du passé composé exclut les personnes en poste au moment de leur nomination en tant que membre d'un groupe spécial. En outre, « ***l'indépendance des membres*** »⁵⁷¹ des groupes spéciaux est assurée puisque « ***les personnes appelées à faire partie des groupes spéciaux y siègeront à titre personnel et non en qualité de représentants d'un gouvernement ou d'une organisation*** »⁵⁷². Enfin, l'effectivité de leur lien passé ou présent avec l'OMC n'est pas réhabilitaire car le règlement d'un différend est forcément lié à l'Organisation et à son fonctionnement. Il paraît logique qu'une organisation à la personnalité juridique propre et aux objectifs distincts des objectifs particuliers de chaque Membre admette des personnes en lien direct avec elle pour participer au règlement de différends qu'elle engendre du fait même de son existence.

Cette autonomie relative par rapport à l'Organisation est également préservée par la prévision de dispositions consacrées au volet financier. Le Mémoire prévoit en effet que « ***les frais des personnes appelées à faire partie des groupes spéciaux, y compris les frais de déplacement et les indemnités de subsistance, seront mis à la charge du budget de l'OMC conformément aux critères qu'adoptera le Conseil***

⁵⁶⁸ Article IV, paragraphe 3.

⁵⁶⁹ Le chapitre V du Règlement intérieur de l'Organe de règlement des différends, relatif au Président est le document WT/DSB/W/4 du 11 avril 1995. Il renvoie pour les « *lignes directrices pertinentes* » à suivre au document « *lignes directrices pour la désignation des présidents des organes de l'OMC* », document WT/L/31. Il a été adopté par l'ORD lors de sa première réunion du 10 février 1995, document WT/DSB/M/1, point 1. Le premier Président de l'ORD était en fonction dès la seconde réunion de cet Organe, le 29 mars 1995.

⁵⁷⁰ Article 8 : 1.

⁵⁷¹ Article 8 : 2.

⁵⁷² Article 8 : 9.

général sur la base de recommandations du Comité du budget, des finances et de l'administration »⁵⁷³. Outre la prévision par ce texte de l'autonomie financière par rapport aux parties ou tierces parties au différend, est organisé un mode de financement clair et dépendant directement de l'OMC par le biais d'une concertation large et d'une décision majeure. Ce mode de financement transparent et concerté est de nature à concilier la nécessaire autonomie des groupes spéciaux et leur naturel rattachement à l'Organisation pour laquelle ils travaillent. Il faut à cet égard noter que le principe directeur du volet financier est celui de l'indemnisation et non de la rémunération, ce qui éloigne un peu plus les membres des groupes spéciaux de la dépendance à l'Organisation et les rapproche d'une fonction d'experts indépendants louant leurs services.

L'autonomie financière des membres de l'Organe d'appel par rapport à l'Organisation est comparable à celle des groupes spéciaux puisque le Mémoire formule deux dispositions identiques⁵⁷⁴. Ici encore, la logique de l'indemnisation semble prévaloir sur celle de la rémunération. Cette démarche assure une certaine autonomie des membres de l'Organe d'appel par rapport à l'Organisation et assure leur compétence d'expert mais elle semble moins judicieuse du fait que les membres de l'Organe d'appel sont permanents, nommés pour un mandat de quatre ans et non pour une affaire précise. Le niveau de cette indemnisation a d'ailleurs fait l'objet de discussions au sein de l'ORD car elle semblait inadaptée à la charge de travail des membres, charge plus lourde qu'initialement prévue. Ces discussions n'ont cependant pas porté sur la remise en cause d'une certaine autonomie mais sur le souci d'attirer au sein de l'Organe d'appel des personnes de grande qualité et d'équilibrer l'indemnisation en fonction de la charge de travail⁵⁷⁵. Des principes d'indemnités permettant d'assurer une grande qualification des membres et leur entière disponibilité sont prévus dans le détail par le Comité préparatoire concernant l'OMC : « **rétribution mensuelle** », « **vacations pour les jours de travail effectifs** », « **indemnité journalière de subsistance** », etc. Surtout, ce Comité précise que « **la rémunération devrait être suffisamment élevée pour encourager le membre à ne pas prendre un travail qui pourrait être à l'origine de conflits d'intérêts** »⁵⁷⁶, ce qui signifie que l'impartialité des membres doit être préservée par des rémunérations importantes.

Par ailleurs, l'autonomie des membres de l'Organe d'appel est plus importante que celle des membres de groupes spéciaux, du fait même de l'existence d'un mandat qui les détache d'une dépendance par rapport au différend de l'espèce. En outre, ce mandat est

⁵⁷³ **Article 8 : 11.**

⁵⁷⁴ La confrontation entre l'article 8 : 11 concernant les membres des groupes spéciaux et l'article 17 : 8 appliqué aux membres de l'Organe d'appel montre une formulation rigoureusement identique si l'on excepte le changement de « *groupes spéciaux* » en « *Organe d'appel* ».

⁵⁷⁵ Pour l'examen de la teneur des débats sur la révision de la rémunération des membres de l'Organe d'appel, se reporter aux comptes-rendus des réunions de l'ORD des 8 mai et 17 juillet 2001, documents WT/DSB/M/101 et WT/DSB/M/106.

⁵⁷⁶ Document WT/DSB/1. Il s'agit des « *recommandations du Comité préparatoire concernant l'OMC approuvées par l'Organe de règlement des différends le 10 février 1995* ».

de quatre ans renouvelable une fois ; il est donc relativement long pour permettre d'assurer une autonomie assez importante, et l'unicité de son renouvellement évite aux membres de s'installer trop durablement dans leurs fonctions et de tenter de s'y accrocher par l'adoption d'une attitude par trop clientéliste. Certes, le statut des membres de l'Organe d'appel n'est pas explicitement celui de fonctionnaires internationaux. Mais leur mode de rémunération ainsi que les règles d'impartialité établies font de ces membres des personnes détachées de leurs liens étatiques et rattachés seulement à l'Organisation.

A l'autonomie des membres doit s'ajouter celle de l'Organe. Le Mémoire prévoit que « ***l'Organe d'appel recevra le soutien administratif et juridique dont il aura besoin*** »⁵⁷⁷, à savoir un appui de secrétariat distinct du Secrétariat de l'ORD. Cette démarche assure une certaine autonomie de l'Organe d'appel par rapport aux institutions autres de l'OMC. Ce soutien, d'après les Recommandations du Comité préparatoire concernant l'OMC approuvées par l'ORD⁵⁷⁸, doit prévoir : « ***un greffier, trois assistants professionnels ayant une formation juridique, et du personnel de bureau en nombre suffisant. Le greffier serait responsable du soutien fourni à l'Organe d'appel et veillerait à ce que l'Organe et ses membres aient à leur disposition un ensemble de compétences en matière de droit et de politiques commerciales, et une assistance administrative*** ». Ce « ***personnel de soutien de l'Organe d'appel permanent*** », dont les règles de conduite sont prévues⁵⁷⁹, comme pour les membres de l'Organe d'appel, « ***devraient être indépendants du Secrétariat. Le personnel de soutien serait choisi par le Directeur général, en consultation avec le Président de l'ORD, après annonce publique et mise en concurrence des candidats. Ce personnel serait employé par l'OMC, à des conditions similaires à celles qui sont prévues pour le personnel du Secrétariat de rang similaire, mais en serait administrativement distinct et relèverait de l'Organe d'appel. Les éventuels mouvements de personnel entre l'Organe d'appel et le Secrétariat de l'OMC devraient se faire après annonce publique et mise en concurrence des candidats, et non par simples transferts administratifs*** ». Ainsi a été créé le Secrétariat de l'Organe d'appel dont les fonctions sont décrites dans les Procédures de travail pour l'examen en appel⁵⁸⁰.

L'impartialité est une préoccupation constante largement assurée par les textes, les procédures qu'ils organisent, et leur pratique, et ce malgré quelques différences d'intensité en fonction des organes concernés. L'autonomie parvient également à être assurée malgré une nécessaire dépendance minimale due au lien naturel rattachant les organes de règlement des différends à l'Organisation dont ils sont les acteurs spécialisés. Ces deux critères forment celui de l'indépendance organique qui, même si elle n'est pas sans lacunes et pourrait être améliorée, reste effective et n'est jamais vraiment remise en cause par les auteurs⁵⁸¹. Elle semble même être souvent promue par les instances de

⁵⁷⁷ Article 17 : 7.

⁵⁷⁸ Document WT/DSB/1, approuvé le 10 février 1995.

⁵⁷⁹ Par les Règles de conduite annexées aux Procédures de travail, document WT/AB/WP/7.

⁵⁸⁰ Document WT/AB/WP/4.

l'OMC et les parties aux différends alors même que le Mémoire est sur ce point beaucoup plus timide.

Cette dernière conclusion est significative de la juridictionnalité organique du système mémorandaire, qui est instaurée et acquise par interprétation d'un texte relativement flou donc permissif, et par développement de la pratique dans ce même sens. Cette démarche pragmatique a émancipé une matérialité organique juridictionnelle *a priori* noyée et atténuée dans le texte du Mémoire. De la sorte, la juridictionnalité de la structure mémorandaire peut être affirmée pour sa partie organique. Cependant, cette structure ne se résume pas à son aspect organique : l'acteur juridictionnel, doté d'une réalité tangible, est également doué d'une aptitude à remplir sa fonction juridictionnelle ; aussi la juridictionnalité organique de la structure mémorandaire doit-elle être complétée par sa juridictionnalité procédurale.

TITRE II :

La concrétion de la procédure juridictionnelle

Etablir la prédominance, au sein du système mémorandaire, d'une matérialité organique de nature juridictionnelle ne suffit pas à attester la juridictionnalité structurelle dudit système. En effet, cette démarche constate une juxtaposition d'instances juridictionnelles à même de constituer l'assise organique de l'acteur juridictionnel mais elle ne peut affirmer que le système est entièrement juridictionnel dans sa structure. La juridiction étant une entité titulaire du *juris dictio* tranchant le différend, la considérer comme grille de lecture du mécanisme de règlement des différends dans le cadre de l'OMC implique que la structure du système soit identifiée à cette entité. Plus exactement, l'assimilation entre structure et acteur ne peut s'opérer qu'en considérant l'organisation de cette structure par l'examen de la procédure de règlement.

L'acteur juridictionnel tranche, par le *juris dictio*, le différend qui lui est soumis. La procédure qu'il utilise est donc non seulement unique mais également spécifique car à même de garantir l'accomplissement de ce *dictio*. Par conséquent, le système de règlement mémorandaire doit, pour pouvoir recevoir le qualificatif juridictionnel, s'organiser selon une procédure unique et spécifique pouvant être qualifiée de juridictionnelle. Il n'est donc plus question d'envisager séparément les organes juridictionnels composant la structure mémorandaire mais de les concevoir comme des mécanismes permettant à la procédure systémique de fonctionner de manière linéaire en vue de trancher le différend par *dictio*. Or, si l'affirmation d'une consistance organique de nature juridictionnelle a pu être précédemment constatée, elle n'entraîne par pour autant, de manière automatique, la juridictionnalité de la procédure structurelle : l'unicité de cette procédure peut être menacée par l'absence d'articulation entre les composantes

⁵⁸¹ Il est regrettable que certains auteurs se contentent d'affirmer l'indépendance du système et des organes le composant sans même prendre le soin d'établir rigoureusement cette affirmation. Voir par exemple M.J. Andrianarivony, « Un *panel* institué ... », *op. cit.*, p. 1181.

juridictionnelles ou encore par la concurrence de composantes non-juridictionnelles ; la spécificité de cette procédure peut être atténuée par des mécanismes ne garantissant pas l'accomplissement d'un *juris dictio*.

Ainsi, étant données la complexité et la timidité apparentes du Mémoire, découlant du pragmatisme de sa rédaction, la qualification juridique de la structure mémorandaire ne peut être reconnue que si une procédure unique de nature juridique s'émancipe de la confusion que semble faire régner le texte, que si cette procédure particulière est consacrée par son extraction du texte et sa solidification dans la pratique. De la sorte, la concrétion d'une procédure juridique parachèvera la juridictionnalité de la structure mémorandaire. Doit alors être recherchée la juridictionnalité de la procédure de règlement mémorandaire. L'acteur juridique tranchant le différend par le *juris dictio*, la question est de savoir si une procédure unique de règlement parvient à garantir la capacité de l'acteur juridique à remplir sa fonction de règlement par *dictio*. Un faisceau d'indices de juridictionnalité tirés des propriétés de la procédure mémorandaire doit donc être évalué.

Ces indices concordants doivent fonder la conviction d'une juridictionnalité procédurale. Pour être juridique, la procédure de règlement doit s'inscrire dans le processus juridique : elle encadre le comportement de l'acteur de telle sorte que celui-ci puisse parvenir le plus efficacement possible au prononcé d'un *juris dictio* congru. Aussi cette procédure particulière concerne-t-elle le processus du règlement. Plutôt que de dresser une liste incomplète et hétéroclite de critères procéduraux de la juridiction, la recherche et l'évaluation d'un faisceau d'indices juridiques peuvent s'articuler autour de ce processus. Celui-ci se compose de deux phases : son enclenchement et son déroulement, tous deux étant de nature juridique s'ils concourent au règlement effectif du différend par l'acteur titulaire du *juris dictio*.

Pour que l'acteur juridique puisse trancher le différend, la procédure, attachée à l'enclenchement et au déroulement du règlement, doit avoir deux effets : elle doit permettre la transformation du conflit en différend par l'organisation d'un système de présentation du conflit à l'acteur ; elle doit favoriser l'accomplissement convenable du règlement par *juris dictio*. Pour ce faire, le règlement doit faire l'objet d'une systématisation (Chapitre I) et se dérouler selon une mécanique de nature juridique (Chapitre II).

Chapitre I : La systématisation juridique du règlement des différends

La juridiction est une entité unique sollicitée pour trancher des différends par *juris dictio*. La procédure juridique doit donc prévoir la soumission du différend à l'entité chargée de le trancher. Elle transformera le conflit en différend par l'organisation d'une systématisation du règlement des conflits nés et actuels. Cependant, cette procédure comporte des caractéristiques particulières. La juridiction ayant pour fonction de faire connaître le droit applicable au différend qu'elle tranche, elle constitue le lien entre le dispositif normatif dans lequel elle s'insère et le différend particulier qui peut naître de l'application de ce droit. Ainsi, la procédure juridique doit constituer le cadre de ce

protégé en vertu de la loi du droit d'auteur.

lien entre droit et différend. En effet, elle ne permettrait pas à l'acteur de mener à bien son *juris dictio* si le différend était sans lien avec le droit applicable ou si le conflit pouvait facilement échapper à sa résolution par la voie juridictionnelle.

Plus concrètement, dans le cadre du règlement des différends interétatiques par le système mémorandaire, la procédure doit favoriser l'enclenchement du règlement mémorandaire afin que le système ne soit pas ineffectif, et elle doit garantir le lien entre le droit de l'OMC et le différend soumis à ce système afin que ledit *dictio* soit possible. Cette double condition procédurale est tout à fait centrale dans le cas des conflits au sein de l'OMC car, le droit de l'Organisation étant d'application interétatique, la souveraineté nationale des Membres constitue un risque majeur de soustraction des conflits au règlement mémorandaire. Par conséquent, pour être juridictionnelle, la procédure prévue par le Mémoire devra définir les entités ayant accès au règlement mémorandaire (Section 1) et garantir la transformation des conflits en différends traités par le système mémorandaire (Section 2).

Section 1 : La justiciabilité encadrée des Etats Membres

Traiter de l'enclenchement du système mémorandaire de règlement des différends implique d'étudier son accès. Il s'agit d'identifier les entités pouvant être impliquées dans un tel règlement. Jusqu'à présent, il a été admis que le Mémoire et le mécanisme qu'il organise s'appliquent aux Membres de l'OMC. En effet, les Membres de l'OMC sont les Etats qui se sont dotés d'une organisation internationale qui « **servira de cadre institutionnel commun pour la conduite des relations commerciales entre ses Membres en ce qui concerne les questions liées aux accords et instruments juridiques connexes repris dans les Annexes du présent accord** »⁵⁸², au rang desquels se trouve le Mémoire. L'OMC traitant des relations commerciales interétatiques, il est logique que son système de règlement des différends ne s'attache qu'aux litiges pouvant survenir entre les Etats qui sont Membres de cette Organisation.

Cet accès en apparence naturellement réservé aux Etats Membres doit cependant être précisé dans la mesure où d'autres entités peuvent être concernées par l'activité de l'Organisation (personnes morales de droit privé comme les entreprises, autres organisations internationales, organisations non-gouvernementales, etc.) et où une absence d'encadrement de cet accès est de nature à infirmer l'hypothèse d'une juridictionnalité car l'existence d'une juridiction implique naturellement l'existence de personnes justiciables déterminées. L'individualisation de justiciables permet non seulement de déterminer le champ d'application du système mémorandaire mais aussi de catégoriser la place de ce système au sein des relations interétatiques envisagées dans leur globalité.

Il ne fait pas de doute que ce système a pour champ d'application le règlement de différends particuliers : ceux survenant entre les Etats à l'occasion de leurs relations commerciales encadrées par l'ensemble des textes internationaux ayant pour cadre l'OMC. Le contexte juridique international dans lequel le Mémoire s'inscrit à travers sa structure organisationnelle ne peut qu'appuyer cette affirmation, étayée en outre par la

⁵⁸² Article II, paragraphe 1 de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce.

lecture de ce texte n'admettant comme parties aux différends que les Etats Membres de l'OMC ⁵⁸³ et largement confirmée par de nombreuses analyses doctrinales ⁵⁸⁴. En revanche, la catégorisation de ce mécanisme à l'intérieur des multiples procédés qu'offre le droit international public en matière de règlement des différends interétatiques est plus difficile car le Mémoire mêle différents mécanismes d'origine et de fonctionnement divers : classiques ou particuliers à l'Organisation, diplomatiques ou juridictionnels. Mais l'accès au mécanisme de règlement peut constituer un indice déterminant de catégorisation du système mémorandaire.

Les mécanismes diplomatiques et le règlement arbitral sont constitués à l'occasion d'un différend né et actuel par les parties elles-mêmes d'un commun accord, à la différence d'une juridiction qui sera toujours préconstituée et permanente ⁵⁸⁵. Elle ne sera donc saisie que par des entités nécessairement prédéterminées en vertu des textes établissant cette instance préalablement à la naissance du différend alors que les autres mécanismes de règlement n'existant que par l'accord des parties sont forcément accessibles par leurs créateurs. La juridiction connaît par conséquent un mécanisme général d'identification des justiciables alors que les autres systèmes de règlement ne peuvent pas en être dotés.

Ce mécanisme d'identification va forcément générer la fixation de limites s'appliquant à l'accès dans la mesure où il doit nécessairement prévoir de manière générale et préalable l'identité des justiciables. Ces limites seront plus ou moins strictes mais leur portée doit être évaluée car elle est susceptible de peser sur l'envergure du système. L'ouverture de l'accès à une grande diversité de justiciables, si elle permet une universalisation de la compétence de l'instance, peut atténuer la spécialisation de l'organe et ainsi diluer sa mission dans une multiplication et une hétérogénéité des recours, et par conséquent des décisions. L'ouverture de l'accès à un grand nombre de justiciables, si elle est gage d'une plus grande justice, peut transformer le traitement du différend en une discussion multilatérale ayant pour objet de traiter le problème à l'origine dudit différend et ainsi porter atteinte à son autorité. Une limitation de l'accès à l'organe de règlement est

⁵⁸³ Sans même examiner le détail de chaque mécanisme constituant le système mémorandaire de règlement des différends, force est de constater que les dispositions générales du Mémoire se focalisent sur les différends entre Membres et n'admettent pas l'accès aux procédures de règlement à des entités non étatiques et non-Membres. Les seules entités citées par le Mémoire sont, en dehors des instances de l'OMC susceptibles de contribuer au règlement effectif des différends, les Membres de l'OMC. Voir en particulier les articles 1 et 3.

⁵⁸⁴ Ce champ d'application exclusif est confirmé par nombre d'auteurs. Voir pour exemples : T. Flory, « Chronique de Droit international économique- Commerce international », *A.F.D.I.* XXXIX, 1993, p. 762 ; H. Ruiz Fabri, J.-M. Sorel, « Organisation judiciaire internationale », *op. cit.*, p. 4 ; M.N. Andrianarivony, *L'émergence progressive d'une juridiction internationale des échanges...*, *op. cit.*, pp. 340-359.

⁵⁸⁵ Cette distinction de principe admet des exceptions inhérentes à l'institutionnalisation progressive contemporaine de certains mécanismes de règlement – essentiellement l'arbitrage et la conciliation. Cette institutionnalisation est de nature à remettre en cause la spécificité de la juridiction par rapport aux autres modes de règlement. Cette évolution est cependant l'exception au principe de non-prédétermination ; elle est d'ailleurs souvent désignée comme une juridictionnalisation de ce fait même. Cette distinction de principe reste donc valable.

donc à même d'assurer la juridictionnalité dudit organe, à la condition que cette limitation soit équilibrée. Pour ce faire, elle doit non seulement distinguer justiciables et non-justiciables mais également conditionner le recours à l'organe.

En premier lieu, l'identification des justiciables est assurée par le Mémoire qui fixe les titulaires de l'accès au système qu'il organise. Son propos n'est pourtant pas clair sur ce point car il ne contient aucune disposition venant établir explicitement une catégorie de justiciables ou encore interdisant formellement à certaines entités l'accès à ce système. Cependant, il y est précisé à de nombreuses reprises l'identité des utilisateurs du système de règlements : les Membres de l'OMC. En effet, « **les règles et procédures du présent Mémoire d'accord s'appliqueront (...) aux différends entre les Membres** »⁵⁸⁶ qui reconnaissent que le système de règlement des différends de l'OMC « **a pour objet de préserver les droits et les obligations résultant pour les Membres des accords visés** » et qui sont les seuls cités par le Mémoire susceptibles de « **déposer un recours** » « **que le présent mémoire d'accord ouvre au Membre qui se prévaut des procédures de règlement des différends** »⁵⁸⁷.

Plus particulièrement, les différents mécanismes composant le système mémorandaire ne sont accessibles que pour les Etats Membres car le Mémoire traite des « **Membres** » pour la phase des consultations puis des « **parties au différend** » pour les autres phases mais n'ouvre pas l'accès à cette phase pour d'autres entités⁵⁸⁸. Quelques dispositions précisent incidemment cet accès limité. L'article 8 : 3 traite d'un « **ressortissant des Membres dont le gouvernement est partie à un différend** » et précise dans la note 6 que peut exister à la place de ces « **Membres** » « **une union douanière ou un marché commun (...) partie à un différend** ». L'article 8 : 10 organise le « **cas de différend entre un pays en développement Membre et un pays développé Membre** »⁵⁸⁹ et l'article 19 : 1 désigne le « **Membre** » comme destinataire des conclusions des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel⁵⁹⁰.

⁵⁸⁶ Article 1 : 1. Cette disposition précise également que ces « *règles et procédures (...) s'appliqueront aux différends soumis en vertu des dispositions relatives aux consultations et au règlement des différends des accords énumérés à l'Appendice 1* » qui contient l'ensemble des textes constituant le dispositif normatif de l'OMC ; et tous ces textes ne prévoient dans leurs dispositions relatives au règlement des différends que l'accès des Membres mais également ne s'attachent qu'à la régulation des relations commerciales interétatiques, à l'exclusion de toute autre entité.

⁵⁸⁷ Article 3 : 7. Cet article 3 associe plusieurs fois le système mémorandaire et les Etats Membres, ce qui appuie cette idée d'un accès aux procédures réservé à ces Membres.

⁵⁸⁸ Pour les consultations, l'article 4, paragraphes 2 à 5 et 8, ne traite que des Membres quand il établit la procédure d'enclenchement et de déroulement des consultations. Puis, les articles 4 : 7 et 6 : 1 confient la demande d'établissement d'un groupe spécial à la « *partie plaignante* » qui est également appelée « *partie requérante* » par l'article 6 : 2. Ensuite, la phase du groupe spécial, celle de l'examen en appel et celle de la mise en œuvre des recommandations et décisions, sont axées sur les « *parties au différend* » qui sont dans le cadre de la phase du groupe spécial, selon l'article 12 : 6, « *la partie plaignante* » et « *la partie défenderesse* ».

⁵⁸⁹ Voir dans le même sens, par exemple, l'article 12, paragraphes 10 et 11, l'article 21 : 7 ou encore l'article 24.

Le manque de clarté du Mémoire sur l'identité des justiciables est comblé par un faisceau d'indices concordants. Il est surtout comblé par les Procédures de travail pour l'examen en appel⁵⁹¹ qui formulent des définitions précises. Rédigées et adoptées par l'Organe d'appel, elles disposent que les « *participant* », « *intimé* » et « *appelant* » sont « *toute partie au différend* »⁵⁹², que cette dernière est « *tout Membre de l'OMC qui était partie plaignante ou défenderesse dans le différend soumis au groupe spécial* », et donnent même une définition du « *Membre de l'OMC* ». Celui-ci est « *tout Etat ou territoire douanier distinct jouissant d'une entière autonomie dans la conduite de ses relations commerciales extérieures qui a accepté l'Accord sur l'OMC ou y a accédé conformément aux articles XI, XII ou XIV dudit accord* ». Ainsi se trouve confirmée la limitation de l'accès à l'examen en appel aux seuls Membres de l'OMC par ailleurs strictement définis. Bien entendu, ces Procédures de travail ne suffisent pas à affirmer que seuls lesdits Membres ont accès aux consultations et à la phase du groupe spécial ; il est tout à fait possible de supposer que seuls certains justiciables ont accès à l'appel alors que les parties non-Membres auraient accès aux consultations et au groupe spécial, et ne seraient évincées que de l'examen en appel. Cependant, le rapprochement entre ces Procédures de travail et le Mémoire, en ce que celui-ci prévoit la participation exclusive implicite de ces mêmes « *Membres* » et « *parties au différend* », permet d'affirmer l'exclusivité d'accès aux consultations et au groupe spécial dévolue à ces Membres. Plus clairement, l'Organe d'appel affirme dans l'affaire DS58, et confirme dans l'affaire DS138⁵⁹³, que « *seuls les Membres de l'Organisation ont accès au processus de règlement des différends de l'OMC. En vertu de l'Accord sur l'OMC et des autres accords visés actuellement en vigueur, les personnes ou les organisations internationales, qu'elles soient gouvernementales ou non gouvernementales, n'y ont pas accès. Seuls les Membres peuvent devenir parties à un différend dont un groupe spécial peut être saisi* »⁵⁹⁴.

En second lieu, une fois la catégorie des justiciables déterminée, la limitation de l'accès au système, nécessaire à la reconnaissance d'une juridictionnalité, doit s'appliquer à l'action de ces justiciables. Il s'agit d'encadrer le recours au système de règlement de telle sorte qu'il ne soit ouvert qu'aux justiciables effectivement impliqués dans le différend à traiter et n'aboutisse pas au basculement du règlement dans la discussion multilatérale. Groupes spéciaux et Organe d'appel constatent sur ce point le silence du Mémoire et en déduisent la liberté de décision des Membres quant au dépôt d'un recours. En effet, dans l'affaire DS27, les Communautés européennes, partie défenderesse, a pu estimer

⁵⁹⁰ Voir dans le même sens, par exemple, les articles 21 à 23.

⁵⁹¹ Document WT/AB/WP/7.

⁵⁹² Suivent des caractéristiques particulières à chaque « *partie au différend* » en fonction de sa qualité de participant, d'intimé ou d'appelant. Voir sur ce point ces Procédures, WT/AB/WP/7, pp. 1-2.

⁵⁹³ WT/DS138/AB/R, paragraphe 40.

⁵⁹⁴ WT/DS58/AB/R, paragraphe 101.

que les Etats-Unis, plaignant, « **ne peuvent soulever de questions relatives aux marchandises parce qu'ils n'ont aucun "droit ou intérêt juridique" dans ces questions. Elle fait valoir qu'il doit être exigé, dans le cadre du système de règlement des différends de l'OMC, qu'une partie plaignante ait un tel "intérêt juridique" car l'absence d'une telle prescription affaiblirait le Mémoire d'accord en autorisant des actions "de tous contre tous". La CE laisse aussi entendre que les Membres peuvent protéger leurs intérêts de façon appropriée dans n'importe quelle affaire donnée en faisant valoir leur intérêt dans cette affaire en tant que tierce partie** »⁵⁹⁵. Néanmoins, le groupe spécial saisi de la question va estimer que « **ni l'article 3: 3 ni l'article 3: 7 du Mémoire d'accord, ni aucune autre disposition du Mémoire d'accord, ne contient de prescription exigeant explicitement qu'un Membre ait un "intérêt juridique" pour pouvoir demander l'établissement d'un groupe spécial** »⁵⁹⁶. Il affirme en effet : « **il ne nous semble pas que le Mémoire d'accord contienne, ou doive contenir, un critère de l'intérêt juridique** »⁵⁹⁷. Cette décision se fonde sur la pratique antérieure du GATT et le groupe spécial note que « **cette conclusion est compatible avec des décisions de tribunaux internationaux** »⁵⁹⁸. De plus, le groupe spécial répond aux arguments du plaignant en affirmant que « **la possibilité de faire valoir des droits de tierce partie ne permet pas de défendre parfaitement cet intérêt puisqu'il peut arriver qu'il ne se présente aucune occasion de le faire, à moins qu'un autre Membre n'engage une procédure dans le cadre du Mémoire d'accord, et que les droits des tierces parties sont plus limités que ceux des parties** »⁵⁹⁹. De même, un autre groupe spécial note que l'absence d'intérêt économique du plaignant allégué par le défendeur ne saurait être acceptée car cet intérêt économique n'est pas prévu par le Mémoire d'accord⁶⁰⁰.

L'Organe d'appel va confirmer les conclusions du groupe spécial et déplacer le débat de « **l'intérêt juridique** » à la « **qualité pour agir** » en constatant que si, comme le groupe spécial l'a constaté, aucun arrêt de la CIJ ou de la CPJI « **n'établit une règle générale selon laquelle, dans le cadre des tribunaux internationaux, une partie plaignante doit avoir un "intérêt juridique" pour pouvoir déposer un recours** », « **ces arrêts ne nient pas la nécessité d'examiner la question de la qualité pour agir en vertu des dispositions d'un traité multilatéral relatives au règlement des**

⁵⁹⁵ WT/DS27/R/ECU, paragraphe 7.47.

⁵⁹⁶ *Ibid.*, paragraphe 7.49.

⁵⁹⁷ Paragraphe 7.50.

⁵⁹⁸ Voir paragraphe 7.50. Le groupe spécial note que « *La Cour internationale de justice n'a pas défini la notion d'intérêt juridique en termes spécifiques* » même si « *un certain nombre d'affaires tendraient à montrer qu'il est justifié de constater l'existence d'un intérêt juridique en l'espèce* ». Voir ce même paragraphe, note 588.

⁵⁹⁹ Paragraphe 7.51.

⁶⁰⁰ Voir le Rapport WT/DS98/R, paragraphes 7.8 à 7.15.

différends, en faisant référence aux termes de ce traité »⁶⁰¹. Se fondant sur la partie introductive de l'article XXIII : 1 du GATT de 1994 et sur l'article 3 : 7 du Mémorandum, il conclut « **qu'un Membre a un large pouvoir d'appréciation pour décider s'il y a lieu de déposer un recours contre un autre Membre en vertu du Mémorandum d'accord** » et « **devrait faire preuve d'une grande discipline pour décider si une action serait "utile"** ». Selon le Groupe spécial de l'affaire DS165, la conclusion de l'Organe d'appel précitée revient à affirmer qu' « **il n'est pas nécessaire qu'il y ait un intérêt juridique spécial et [que] la "qualité pour agir" ne concerne que l'intérêt commercial "potentiel"** »⁶⁰².

En réalité, la liberté d'appréciation des Membres dans leur décision de recours n'est pas tirée du silence du Mémorandum. Même si celui-ci ne pose pas clairement un principe de liberté d'accès, il prévoit incidemment cette liberté. En effet, « **le règlement rapide de toute situation dans laquelle 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 est indispensable au bon fonctionnement de l'OMC et à l'existence d'un juste équilibre entre les droits et les obligations des Membres** »⁶⁰³ et, « **avant de déposer un recours, un Membre jugera si une action au titre des présentes procédures serait utile** »⁶⁰⁴.

Surtout, l'article 3 : 8 établit une présomption de préjudice justifiant le recours : « **dans les cas où il y a infraction aux obligations souscrites au titre d'un accord visé, la mesure en cause est présumée annuler ou compromettre un avantage. En d'autres termes, il y a normalement présomption qu'une infraction aux règles a une incidence défavorable pour d'autres Membres parties à l'accord visé, et il appartiendra alors au Membre mis en cause d'apporter la preuve du contraire** ». Cette liberté d'appréciation est directement due aux termes mêmes du Mémorandum qui organise dans son article 3 : 8 une « **présomption** » qui « **historiquement (...) a eu pour but de fonder l'intérêt à agir et d'éviter d'avoir à prouver l'existence d'un préjudice qui justifie la demande de retrait de la mesure incriminée** » et qui, maintenant, « **contribue à configurer un système subjectif** »⁶⁰⁵.

Pour conclure, la limitation de l'accès au système mémorandaire peut paraître équilibrée dans le sens où la restriction s'accompagne d'une liberté : seuls les Membres de l'OMC sont justiciables mais leur qualité pour agir est librement appréciée par eux-mêmes. Les instances de l'OMC ne s'octroient pas, dans le silence du Mémorandum, la compétence d'évaluer cette qualité pour agir et laissent aux Etats Membres le soin de s'autodéterminer puisque « **le Membre jugera si une action serait utile** »⁶⁰⁶. Cette

⁶⁰¹ WT/DS27/AB/R, p. 77.

⁶⁰² WT/DS165/R, paragraphe 6.109.

⁶⁰³ Article 3 : 3.

⁶⁰⁴ Article 3 : 7.

⁶⁰⁵ H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », *J.D.I.* 3, 1997, p. 721.

liberté pourrait être de nature à multiplier de manière peu rationnelle les recours au système mémorandaire et par voie de conséquence à porter atteinte à l'efficacité, à l'autorité et, partant, à la juridictionnalité d'un système devenu « **subjectif** »⁶⁰⁷. Cependant, l'étude des affaires déclenchées depuis la création de l'OMC tend à montrer le contraire car les Membres font preuve de la plus grande modération quant à l'utilisation libre de leur qualité pour agir⁶⁰⁸. Cette modération n'empêche pas le développement quantitatif du contentieux du fait de la spécificité du champ d'action de l'OMC ; l'Organe d'appel explicite ce développement en reprenant les conclusions du groupe spécial de l'affaire DS27 selon lequel : « **vu l'interdépendance croissante de l'économie mondiale, (...) les Membres ont plus que par le passé intérêt à faire respecter les règles de l'OMC car il est probable, plus que jamais, que tout ce qui porte atteinte à l'équilibre négocié de droits et d'obligations aura des conséquences directes ou indirectes pour eux** »⁶⁰⁹. La pratique semble donc faire reculer la subjectivité redoutée par Mme Ruiz Fabri et lui préférer un accès plus équilibré au système mémorandaire.

Nonobstant, le caractère équilibré de l'accès au système mémorandaire peut être remis en cause par l'admission, au sein de la procédure de règlement, de Membres tiers aux parties qui sont les Etats désirant participer à la procédure de règlement par intérêt pour la question objet du litige et pour son règlement. Ces tierces parties ne doivent pas être confondues avec les tiers participant au règlement diplomatique des différends en vue d'aider à ce règlement. Elles sont couramment admises dans le règlement arbitral et juridictionnel par le biais du mécanisme d'intervention. En effet, si « **le procès met en présence deux ou plusieurs Etats qu'oppose un différend, (...) il ne doit pas mettre en cause des tiers** »⁶¹⁰. Cependant, « **comme dans une instance interne** »⁶¹¹, « **le droit arbitral et judiciaire connaît un mécanisme permettant à un Etat tiers qui le désire de s'immiscer dans un procès sans y devenir partie lorsqu'un intérêt d'ordre juridique est pour lui en cause : il s'agit de l'intervention** »⁶¹².

⁶⁰⁶ Mémoire, article 3 : 7.

⁶⁰⁷ H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends... », *op. cit.*, p. 721.

⁶⁰⁸ Depuis 1995, sur 295 affaires enclenchées au 26 juin 2003, seules deux affaires ont donné lieu à des contestations sur la qualité pour agir. Il s'agit des affaires DS27 et DS165. En outre, les 295 affaires représentent 263 procédures distinctes, ce qui montre un nombre élevé d'affaires non jointes, et ce même en considérant que le regroupement d'affaires ne peut se constituer qu'au stade de la procédure du groupe spécial et que certaines affaires en cours en sont encore au stade des consultations. Enfin, la pratique de la jonction de plaignants dès la demande de consultations est rarissime puisqu'elle n'a été effective que 6 fois. Par conséquent, la crainte susmentionnée d'une généralisation outrancière du recours au système mémorandaire et d'une multiplication irrationnelle des parties à chaque différend doit être écartée par l'examen de la pratique.

⁶⁰⁹ Rapport du groupe spécial WT/DS27/R/ECU, paragraphe 7.50, repris par l'Organe d'appel dans son Rapport WT/DS27/AB/R, p. 79.

⁶¹⁰ J. Combacau, S. Sur, *op. cit.*, p. 594.

⁶¹¹ P. Daillier et A. Pellet (N. Quoc Dinh †), *op. cit.*, p. 901.

L'intervention de tierces parties est donc un mécanisme caractéristique du règlement juridictionnel au sens large – qui comprend le règlement arbitral et le règlement judiciaire. En effet, les mécanismes diplomatiques consistent en des discussions plus ou moins facilitées et encadrées. Cette intervention doit cependant être strictement délimitée car la présence de Membres tiers participant au règlement du différend est à même de déséquilibrer le fonctionnement du système de règlement par généralisation de son accès, et de créer soit une confrontation de deux blocs de justiciables, soit un déséquilibre du bilatéralisme des parties. La discussion interétatique multilatérale se substituerait au règlement assuré normalement par un organe spécialisé dont l'autorité et l'efficacité seraient de la sorte singulièrement amoindries.

A cet égard, l'intervention est traditionnellement soumise à une condition stricte d'admission tenant à la liaison entre l'existence d'un intérêt juridique invoqué par l'intervenant et l'objet de l'instance, cette admission étant contrôlée par l'instance juridictionnelle⁶¹³. En outre, la tierce partie n'est pas partie à l'instance et le rapprochement entre son statut et celui des parties n'est possible qu'avec le consentement de ces parties⁶¹⁴. Une distinction entre parties et tierces parties est opérée. Ainsi, le règlement juridictionnel se caractérise par l'intervention de tierces parties dans la procédure tout en limitant cette intervention à une condition stricte d'admission assortie d'une limitation de la participation. Cette condition et cette limitation doivent être recherchées afin que soit confirmée la juridictionnalité formelle du système mémorandaire.

En premier lieu, le Mémoire prévoit l'intervention conditionnée de tierces parties. Il identifie non seulement systématiquement deux parties opposées par un différend mais également des Membres autres qui peuvent prendre « **part aux consultations** »⁶¹⁵ ou encore constituer des « **tierces parties** » dans la procédure des groupes spéciaux⁶¹⁶ et dans celle de l'examen en appel⁶¹⁷. La qualité de tierce partie est réservée aux Etats Membres de l'OMC comme les textes le prévoient⁶¹⁸ et comme les instances de règlement mémorandaire ont pu être amenées à le confirmer⁶¹⁹.

⁶¹² J. Combacau, S. Sur, *op. cit.*, p. 594.

⁶¹³ Voir sur ce point J. Combacau, S. Sur, *op. cit.*, p. 594.

⁶¹⁴ Voir sur ce point P. Daillier et A. Pellet (N. Quoc Dinh †), *op. cit.*, pp. 901-902.

⁶¹⁵ Article 4 : 11.

⁶¹⁶ Article 10.

⁶¹⁷ Article 17 : 4.

⁶¹⁸ Voir sur ce point les articles 4 : 11, 10 : 2 et 17 : 4 du Mémoire. Voir également les Procédures de travail pour l'examen en appel, WT/AB/WP/7, pp. 1-2, qui définissent la « tierce partie » comme « tout Membre de l'OMC » et qui définissent le « Membre de l'OMC » comme étant « tout État ou territoire douanier distinct jouissant d'une entière autonomie dans la conduite de ses relations commerciales extérieures qui a accepté l'Accord sur l'OMC ou y a accédé conformément aux articles XI, XII ou XIV dudit accord ».

Le Mémorandum prévoit la participation de tiers aux consultations en prenant en considération des Membres, quels qu'ils soient, qui ne sont pas initialement concernés formellement par la demande de consultations : **« chaque fois qu'un Membre autre que les Membres qui prennent part aux consultations considérera qu'il a un intérêt commercial substantiel dans les consultations tenues (...) il pourra informer lesdits Membres ainsi que l'ORD, dans les 10 jours suivant la date de transmission de la demande de consultations (...) de son désir d'être admis à participer aux consultations »**⁶²⁰. Cette participation est rendue possible par l'organisation préalable d'une procédure de notification à l'ORD de la demande de consultations émanant du plaignant⁶²¹. Cette procédure a pour intérêt l'information des Membres – étant tous membres de l'ORD – et la précision exigée de son contenu rationalise la question objet du différend. De la sorte, la notification constitue le préalable indispensable à la participation effective de tiers aux consultations en même temps qu'elle permet l'encadrement de cette participation en **« fixant »** les termes du différend ainsi que la date de l'enclenchement procédural de son règlement. Sont ainsi évitées l'accumulation de griefs variés adressés par une multiplicité de plaignants à l'encontre du destinataire de la demande de consultations, ainsi que l'arrivée intempestive de tiers dans cette phase.

En outre, la motivation du Membre désirant intégrer la procédure engagée par l'Etat plaignant originel est encadrée. Ce Membre doit considérer avoir dans ces consultations **« un intérêt commercial substantiel »**, tel que le Mémorandum le précise dans son article 4 : 11. Ce dernier prévoit donc bien une condition d'admission de l'intervention de tierces parties, comme l'exigent classiquement les instances juridictionnelles internationales et internes. Cependant, aucune définition précise de cet **« intérêt commercial substantiel »** n'est donnée par le Mémorandum. Au contraire, la confusion grandit quand ce même article 4 : 11 ne parle plus d'un **« intérêt commercial substantiel »** mais d'un **« intérêt substantiel »**. En outre, ces accords prévoyant un mécanisme de consultations⁶²² se contentent souvent de renvoyer au système mémorandaire ou prévoient des consultations alternatives dans des termes fortement similaires à ceux de l'article 4 du Mémorandum, mais aucun ne traite de la possibilité de tiers au différend. Seul l'Accord sur les textiles et les vêtements, qui est d'ailleurs le seul à organiser un mécanisme alternatif de consultations original, organise la présence de tiers ; mais cette présence est limitée puisqu'elle ne peut intervenir qu'après les consultations bilatérales, dans la phase au cours de laquelle l'Organe de supervision des textiles (OSpT) peut adresser des recommandations aux parties en cas d'échec des consultations ; dans cette

⁶¹⁹ Voir par exemple le Rapport de l'Organe d'appel WT/DS58/AB/R qui, dans son paragraphe 101, souligne que *« seuls les Membres de l'Organisation ont accès au processus de règlement des différends de l'OMC. En vertu de l'Accord sur l'OMC et des autres accords visés actuellement en vigueur, les personnes ou les organisations internationales, qu'elles soient gouvernementales ou non gouvernementales, n'y ont pas accès. Seuls les Membres (...) qui ont "un intérêt substantiel dans une affaire portée devant un groupe spécial" peuvent être tierces parties dans la procédure de ce groupe spécial »*. Cette conclusion est confirmée par le Rapport de l'Organe d'appel WT/DS138/AB/R, paragraphe 40.

⁶²⁰ Article 4 : 11.

⁶²¹ Voir sur ce point l'article 4 : 4.

phase, l'OSpT, « **avant de formuler ces recommandations ou observations, (...) sollicitera la participation de tout Membre qui pourrait être affecté directement par la question à l'examen** »⁶²³. L'intervention de tiers est donc limitée à l'une des deux phases alternatives ; elle est, de plus, à l'initiative de l'OSpT et non des Membres mêmes, ce qui change singulièrement la nature de cette intervention. Ainsi, aucune définition de l'« **intérêt commercial substantiel** » n'est formulée. Tout au plus l'Accord sur les textiles et les vêtements suggère-t-il que le Membre ayant cet « **intérêt** » et pouvant, de la sorte, se constituer tiers aux consultations sera celui qui « **pourrait être affecté directement par la question à l'examen** ».

Cette notion n'est donc pas définie avec rigueur, bien qu'étant énoncée de telle sorte qu'elle constitue la justification centrale de la participation d'Etats tiers à la demande initiale de consultation. Elle fonde toutefois une limitation de la participation de tiers. En effet, le Mémoire précise dans son article 4 : 11 précité que le Membre désirent être admis à participer aux consultations doit d'abord mener une démarche double d'information quant à son vœu de participation, auprès de l'ORD et auprès de l'expéditeur et du destinataire de la demande, démarche soumise à une condition de délai⁶²⁴. La démarche menant à l'intégration d'un Membre tiers dans les discussions passe par la volonté de l'Etat auquel la demande de consultations est adressée, car « **ledit Membre sera admis à participer aux consultations à condition que le Membre auquel la demande de consultations est adressée reconnaisse l'existence d'un intérêt substantiel** »⁶²⁵. La décision de participation appartient à l'Etat destinataire de la demande de consultations au vu de cet « **intérêt substantiel** » qu'il apprécie discrétionnairement et sur lequel il basera son acceptation ou son refus de cette participation. La phase des consultations diffère sensiblement des procédures de règlement juridictionnel traditionnelles sur la question de l'acceptation de tierces parties

⁶²² La Note 4 du Mémoire précise que « *les dispositions correspondantes des accords visés relatives aux consultations sont les suivantes: Accord sur l'agriculture, article 19 ; Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires, paragraphe 1 de l'article 11 ; Accord sur les textiles et les vêtements, paragraphe 4 de l'article 8 ; Accord sur les obstacles techniques au commerce, paragraphe 1 de l'article 14 ; Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce, article 8 ; Accord sur la mise en oeuvre de l'article VI du GATT de 1994, paragraphe 2 de l'article 17 ; Accord sur la mise en oeuvre de l'article VII du GATT de 1994, paragraphe 2 de l'article 19 ; Accord sur l'inspection avant expédition, article 7 ; Accord sur les règles d'origine, article 7 ; Accord sur les procédures de licences d'importation, article 6 ; Accord sur les subventions et les mesures compensatoires, article 30 ; Accord sur les sauvegardes, article 14 ; Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, article 64.1 ; et les dispositions correspondantes des Accords commerciaux plurilatéraux relatives aux consultations, telles qu'elles sont déterminées par les organes compétents de chaque Accord et notifiées à l'ORD* ».

⁶²³ Article 8 : 7.

⁶²⁴ Le délai imposé est de dix jours suivant la date de transmission de la demande. Cette date n'est pas très claire puisqu'elle n'est pas forcément identique à la date de réception de la demande par le destinataire ou à la date de notification, même si elle peut en être proche, alors que le délai est court et que les hypothétiques tiers ne peuvent être informés officiellement d'une demande de consultations qu'à sa date de notification à l'ORD.

⁶²⁵ Article 4 : 11.

puisqu, dans le premier cas, c'est la partie défenderesse qui décide de l'admission alors que, dans le second cas, c'est l'instance juridictionnelle qui se prononce sur cette admission. Cette différence s'explique par le caractère bilatéral de cette phase qui se déroule essentiellement entre les parties sans intervention déterminante d'une instance de règlement en capacité de se prononcer sur cette admission⁶²⁶.

La soumission de l'acceptation de tiers à la volonté de l'Etat destinataire de la demande de consultations explique l'absence de définition de l' **« intérêt commercial substantiel »**. De plus, le Mémoire, en traitant dans la même disposition, une fois d'un **« intérêt commercial substantiel »** et une autre fois d'un plus vague **« intérêt substantiel »**, consacre la liberté étatique de la décision d'acceptation de tiers. En pratique, il faut constater des refus de participation en qualité de tiers, refus émanant d'Etats destinataires de plaintes. Deux affaires ont fait l'objet de diverses déclarations de Membres devant l'ORD et peuvent constituer des exemples : l'affaire DS200⁶²⁷ et l'affaire DS217⁶²⁸. Les diverses discussions alors menées montrent que l'Etat destinataire de la plainte est seul juge de l' **« intérêt commercial substantiel »**, que les Etats demandeurs ne peuvent contrer un refus, qu'aucune explication des raisons du rejet n'est fournie par le destinataire qui exerce un droit discrétionnaire et, comme l'a rappelé le Président de l'ORD, qu'aucune obligation n'incombe au Secrétariat quant à la distribution des noms des Membres non-admis à participer aux consultations. En outre, les discussions à propos de l'affaire DS217 insistent sur l'interprétation plus ou moins extensive de cet **« intérêt commercial substantiel »** et sur sa traduction en langue anglaise qui en donne une définition somme toute assez large⁶²⁹.

Il reste que le faible nombre de refus plaide en faveur d'une condition d'admission peu sévère des tiers aux consultations, et ce d'autant plus que la pratique de la participation de tiers connaît un réel succès⁶³⁰. Par ailleurs, le Mémoire offre tout de même une alternative au tiers essayant un refus de l'Etat destinataire de la demande : **« s'il n'est pas donné suite à la demande de participer aux consultations, le Membre requérant aura la faculté de demander l'ouverture de consultations »**⁶³¹. De la sorte, l'Etat destinataire de la demande devra en réalité choisir entre un différend

⁶²⁶ Le Mémoire ne confie pas à l'ORD, seule instance participant à la phase des consultations, le soin de décider de l'acceptation de tiers.

⁶²⁷ Se reporter au Compte-rendu de la réunion de l'ORD du 20 septembre 2000, WT/DSB/M/86, paragraphes 80 à 97.

⁶²⁸ Se reporter au Compte-rendu de la réunion de l'ORD du 3 avril 2001, WT/DSB/M/99, paragraphes 51 à 63.

⁶²⁹ Le Canada a en effet déclaré que *« l'article 4: 11 du Mémoire d'accord permettait aux Membres de participer aux consultations s'ils avaient un "intérêt commercial substantiel" ("substantial trade interest" en anglais). L'expression d'"intérêt commercial substantiel" était formulée de façon large et incluait entièrement, aux yeux du Canada, un intérêt commercial ("commercial interest" en anglais) et un intérêt systémique ou les deux. Si les rédacteurs du Mémoire d'accord avaient voulu limiter la participation aux consultations aux Membres qui n'avaient qu'un intérêt commercial ("commercial interest"), ils l'auraient formulé de façon expresse »*, paragraphe 52 du compte-rendu cité dans la note précédente.

⁶³⁰ Voir pour une étude chiffrée la Section précédente.

l'opposant à plusieurs Etats et une multiplicité de différends distincts se déclarant quasiment simultanément⁶³². En effet, les Membres mécontents du refus discrétionnaire du destinataire de la plainte quant à leur participation en qualité de tiers aux consultations ont souvent utilisé l'argument suivant : **« le rejet d'une demande de participation à des consultations ne faisait qu'encourager les parties rejetées à demander elles-mêmes l'ouverture de consultations, ce qui (...) était préjudiciable au règlement rapide de différends qui impliquaient plusieurs parties. Par conséquent, une interprétation large de l'article 4: 11 était compatible tant avec le libellé qu'avec l'objet du Mémorandum d'accord et contribuait à rendre plus stable le système de règlement des différends »**⁶³³.

De même, le Mémorandum organise l'admission conditionnée de tiers à la procédure du groupe spécial. Il faut distinguer, comme le fait le texte, entre les Etats entrant dans une même procédure du groupe spécial pour cause de pluralité de plaignants et les Etats ayant qualité de tierces parties. En effet, l'article 9 prévoit dans son paragraphe 1^{er} que **« dans les cas où plusieurs Membres demanderont l'établissement d'un groupe spécial en relation avec la même question, un seul groupe pourra être établi pour examiner leur plainte (...). Chaque fois que possible, il conviendra d'établir un seul groupe spécial pour examiner ces plaintes »**. A l'énoncé de ce principe s'ajoute l'organisation du déroulement de cette phase quand une pluralité de plaignants est organisée⁶³⁴.

Et la pluralité de plaignants est une pratique effective⁶³⁵. Certes, elle doit être distinguée de l'intervention en ce sens qu'elle ne constitue pas une extension de la justiciabilité. Elle est une pratique dictée par un souci d'efficacité et de cohérence de l'action du système mémorandaire, et non une généralisation du différend par admission élargie de plaignants s'encourageant de telle sorte que l'extension de la justiciabilité pourrait être avérée. Il reste que cette occurrence n'est que théorique car la procédure de règlement est lourde et peut être décourageante pour des plaignants peu convaincus de leur intérêt à voir le différend se régler ainsi ; de plus, la pratique montre une modération certaine des Membres quant à la multiplication abusive de plaintes⁶³⁶.

L'intervention conditionnée de tierces parties est, quant à elle, organisée par le Mémorandum. L'article 10 pose le principe selon lequel **« les intérêts des parties à un**

⁶³¹ Article 4 : 11.

⁶³² En sachant, au surplus, que le Mémorandum prévoit la possibilité de lier plusieurs différends similaires afin qu'ils soient traités simultanément par un même groupe spécial.

⁶³³ Voir pour exemple l'argumentation du Canada développée à propos de l'affaire DS217, WT/DSB/M/99, paragraphe 52.

⁶³⁴ Voir pour détails l'article 9, paragraphes 2 et 3.

⁶³⁵ Elle concerne, comme il a été précisé dans la Section précédente, 18 regroupements concernant 45 affaires, sur 87 groupes spéciaux établis et composés – sur 295 demandes de consultations formulées au 26 juin 2003.

⁶³⁶ Cette observation de la pratique est établie dans la Section précédente.

différend et ceux des autres Membres dans le cadre d'un accord visé invoqué dans le différend seront pleinement pris en compte dans la procédure des groupes spéciaux »⁶³⁷. Le critère retenu comme justification de l'intervention, dans la procédure, de Membres tiers au différend particulier est celui d'un « **intérêt substantiel** »⁶³⁸. Ce dernier critère servait déjà de fondement à cette possibilité dans la phase des consultations⁶³⁹. Est ici reprise – donc confirmée – l'acceptation large de cette notion puisqu'il n'est pas précisé le caractère « **commercial** » de cet « **intérêt substantiel** » comme le prévoyait pour partie l'article 4.

La nouveauté réside cependant dans la perte de choix offert au destinataire de la plainte. Celui-ci pouvait admettre ou refuser la participation de tierces parties aux consultations par la considération et l'évaluation de cet « **intérêt** ». Or, la seule condition de participation en qualité de tierce partie, au sein de la phase du groupe spécial, est pour le Membre tiers ayant un tel intérêt substantiel d'en informer l'ORD⁶⁴⁰, étant entendu que cet « **intérêt** » n'a pas davantage de définition objective qu'il n'en avait au stade des consultations ; seul l'Etat désirant se constituer tierce partie est juge de son propre « **intérêt substantiel** ». Les Procédures de travail des groupes spéciaux⁶⁴¹ confirment la liberté laissée aux Etats tiers puisqu'il y est précisé que les « **tierces parties** » bénéficieront des procédures inhérentes à leur statut quand elles « **auront informé l'ORD de leur intérêt dans l'affaire** »⁶⁴². La contrepartie de cette relative liberté de choix est un rôle mieux défini de la tierce partie : elle « **aura la possibilité de se faire entendre par ce groupe spécial et de lui présenter des communications écrites. Ces communications seront également remises aux parties au différend et il en sera fait état dans le rapport du groupe spécial** »⁶⁴³. La participation de la tierce partie est plus libre quant à son effectivité mais mieux balisée quant à son impact, limitant de la sorte la partialité de cette phase du groupe spécial tout en permettant l'inclusion de tiers.

Enfin, l'admission conditionnée de tierces parties au sein du mécanisme d'examen en appel est également organisée. Les tierces parties seront qualifiées comme telles si elles ont « **informé l'ORD qu'elles ont un intérêt substantiel dans l'affaire conformément au paragraphe 2 de l'article 10** »⁶⁴⁴. Ici encore, le vague concept de l'« **intérêt substantiel** » est utilisé et le renvoi à la phase des groupes spéciaux est explicite. Ici encore, c'est l'Etat désirant se constituer tiers au différend qui décidera lui-même de

⁶³⁷ Paragraphe 1.

⁶³⁸ Article 10 : 2.

⁶³⁹ Article 4 : 11.

⁶⁴⁰ Article 10 : 2.

⁶⁴¹ Appendice 3 du Mémoire.

⁶⁴² Paragraphe 6.

⁶⁴³ Article 10 : 2.

l'existence de son « *intérêt substantiel* » puisque la seule condition d'utilisation de ce critère est une information dans ce sens à destination de l'ORD⁶⁴⁵. Ces deux constatations sont confirmées par les Procédures de travail pour l'examen en appel qui donnent une définition précise de la tierce partie qui est « *tout Membre de l'OMC qui a notifié à l'ORD son intérêt substantiel dans l'affaire portée devant le groupe spécial conformément au paragraphe 2 de l'article 10 du Mémoire d'accord* »⁶⁴⁶.

Un Etat peut facilement se constituer tierce partie au stade du groupe spécial ou de l'Organe d'appel puisqu'il lui suffit d'en informer l'ORD par une procédure prévue expressément par le Mémoire et que le consentement d'une ou des deux parties n'est pas requis. Cette facilité tranche avec l'admission de l'intervention au sein de règlements juridictionnels classiques du droit international public. Elle se justifie par la consécration de l'attraction obligatoire qui écarte tout risque d'utilisation dévoyée de l'intervention par des Etats désireux de régler leur différend sans respecter le principe du consentement préalable de la compétence de la juridiction par le défendeur⁶⁴⁷.

Dans le cadre du système mémorandaire, un choix véritable est offert aux Etats qui peuvent se constituer soit plaignant soit tierce partie sans être influencés par l'acceptation ou le refus de la partie adverse de la compétence des instances de règlement. La condition d'admission d'une intervention de tierce partie n'est pas stricte, loin s'en faut. Cette souplesse est gage d'un fonctionnement effectif et efficace du système mémorandaire et ses excès éventuels sont évités par la modération dont les Etats Membres font preuve sur ce point. De même, elle n'est pas le signe d'une absence de juridictionnalité, dans la mesure où elle est contrebalancée par la limitation de la participation de ces tierces parties au déroulement du règlement mémorandaire.

En second lieu est organisée la limitation de la participation des tierces parties à la procédure de règlement. En effet, le Mémoire enferme les tierces parties dans un rôle strictement défini et clairement distinct de celui attribué aux parties seules ou d'un commun accord. La procédure des consultations se limite à l'admission et ne traite pas d'une participation particulière des tierces parties. Le Membre tiers sera simplement « *admis à participer aux consultations* »⁶⁴⁸ quand celles-ci, bien évidemment, donnent lieu à des discussions effectives sur le règlement du différend. Il ne pourra influencer ni sur la

⁶⁴⁴ Article 17 : 4. L'expression « *intérêt substantiel* » est ici utilisée, confirmant l'imprécision de la notion et la possibilité de son interprétation extensive déjà supposées par la constatation dans l'article 4 : 11 de l'emploi indifférent de l'expression « *intérêt substantiel* » et « *intérêt commercial substantiel* ».

⁶⁴⁵ Voir sur ce point l'article 17: 4.

⁶⁴⁶ WT/AB/WP/7, p. 2.

⁶⁴⁷ En effet, l'encadrement de la procédure d'intervention de tiers justiciables dans un mécanisme juridictionnel classique du droit international public a pour justification « *la crainte de voir cette procédure utilisée pour étendre indirectement (...) [la] compétence [du juge], sans que soit respecté le principe du consentement préalable des Etats qui ont accepté sa juridiction pour un différend précis* » (P. Daillier et A. Pellet (N. Quoc Dinh †), *op. cit.*, p. 902). Or, l'attraction obligatoire caractéristique du système mémorandaire, comme le souligne la Section suivante, rend cette crainte infondée car cette compétence est déjà étendue par convention multilatérale.

demande de consultations, ni sur le passage de cette phase à la suivante en cas d'échec des discussions, ni sur l'accélération de la procédure pour raison d'urgence⁶⁴⁹. Tout au plus les tierces parties ont-elles l'obligation, comme les parties elles-mêmes, de **« s'efforcer d'arriver à un règlement satisfaisant de la question »** et d' **« accorder une attention spéciale aux problèmes et intérêts particuliers des pays en développement Membres »**⁶⁵⁰.

En revanche, à la phase du groupe spécial s'appliquent des dispositions plus précises et plus strictes quant à la participation des tierces parties aux procédures qui les encadrent. Une distinction nette est opérée entre le niveau d'action procédurale des parties et celui des tierces parties. Cette distinction est confirmée par le principe énoncé par le Mémoire selon lequel, **« si une tierce partie estime qu'une mesure qui a déjà fait l'objet de la procédure des groupes spéciaux annule ou compromet des avantages résultant pour elle d'un accord visé, ce Membre pourra avoir recours aux procédures normales de règlement des différends prévues dans le présent mémorandum d'accord. Un tel différend sera, dans tous les cas où cela sera possible, porté devant le groupe spécial initial »**⁶⁵¹. La distinction entre parties et tierces parties prévaut sur le souci de rationalisation du système de règlement même si un groupe spécial le déplore en constatant que **« reconnaître le droit absolu pour différentes parties de déposer des plaintes successives fondées sur les mêmes faits et allégations juridiques entraînerait de graves risques pour l'ordre commercial multilatéral car il pourrait y avoir des décisions incohérentes ainsi que des problèmes de gaspillage des ressources et de harcèlement injustifié. Nous reconnaissons que ce sont des sujets de vive préoccupation, mais le présent Groupe spécial n'est pas une enceinte appropriée pour traiter ces questions »**⁶⁵². Cependant, la limitation de la participation des tiers à la procédure mémorandaire est ainsi consacrée et la juridictionnalité de cette phase s'en trouve renforcée. A l'image du mécanisme d'intervention s'appliquant aux juridictions internationales ordinaires, la tierce partie n'est pas une partie et la première doit se muter en la seconde pour pouvoir

⁶⁴⁸ Article 4 : 11.

⁶⁴⁹ L'article 4 insiste bien sur la maîtrise par les seules parties des différents points de procédure qu'il prévoit (demande de consultations, notification, délais, demande d'établissement d'un groupe spécial, etc.). L'existence de tierces parties n'est évoquée que dans le dernier paragraphe de cet article tout entier consacré aux *« consultations »*, comme l'indique son intitulé, et leur action se limite *« à participer aux consultations »*.

⁶⁵⁰ Article 4, paragraphes 5 et 10. Cette généralisation aux tierces parties des obligations incombant naturellement aux parties est possible du fait même de la formulation de l'article 4. Ce dernier confère les obligations précitées des paragraphes 5 et 10 aux *« Membres »* et non pas seulement aux parties. L'extension de l'interprétation de ces dispositions aux tierces parties est donc possible. Elle a cependant une portée faible dans la mesure où ce sont les parties qui maîtrisent la procédure des consultations et qui possèdent le pouvoir décisionnel quant au déroulement et à l'issue de celles-ci.

⁶⁵¹ Article 10 : 4. Voir pour une interprétation de cet article le Rapport du groupe spécial WT/DS79/R, paragraphes 7.18 à 7.21.

⁶⁵² WT/DS79/R, paragraphe 7.22.

prétendre au règlement de son propre différend par les procédures mémorandaires.

Concrètement, plusieurs dispositions relatives aux tierces parties et à leur participation dans la procédure mémorandaire viennent confirmer la marginalisation de ces tiers par rapport aux parties maîtresses de la procédure dans le cadre fixé par le Mémorandum. En effet, l'article 10 est spécialement consacré, comme l'indique son intitulé, aux « **tierces parties** » au sein de la phase du groupe spécial⁶⁵³ ; il prévoit « **la possibilité de se faire entendre par ce groupe spécial et de lui présenter des communications écrites. Ces communications seront également remises aux parties au différend et il en sera fait état dans le rapport du groupe spécial** »⁶⁵⁴. Les Procédures de travail des groupes spéciaux⁶⁵⁵ précisent que « **toutes les tierces parties qui auront informé l'ORD de leur intérêt dans l'affaire seront invitées par écrit à présenter leurs vues au cours d'une séance de la première réunion de fond du groupe spécial réservée à cette fin. Toutes ces tierces parties pourront être présentes pendant toute cette séance** » ; « **les parties au différend, ainsi que toute tierce partie invitée à exposer ses vues conformément à l'article 10, mettront à la disposition du groupe spécial une version écrite de leurs déclarations orales** »⁶⁵⁶.

Ce mécanisme se concrétise dans les rapports des groupes spéciaux qui incorporent et, de la sorte, individualisent les « **arguments des tierces parties** »⁶⁵⁷, les « **déclarations des tierces parties** »⁶⁵⁸ ou encore le « **résumé des communications des tierces parties** »⁶⁵⁹. Celles-ci sont entendues par le groupe spécial au cours d'une réunion spécifiquement prévue à leur intention et à laquelle assistent les parties⁶⁶⁰. Ces communications sont orales à la première réunion et précédées de communications écrites mais il arrive qu'elles ne soient qu'orales⁶⁶¹. Les tierces parties ont pour éléments à leur disposition « **les communications présentées par les parties au différend à la**

⁶⁵³ Que ce groupe spécial traite le différend initial ou ait été reconvoqué au titre de l'article 21 : 5, les mêmes remarques s'attachant à évaluer l'impact des tierces parties sur la procédure s'appliquent. La raison est que cet article 21 : 5 prévoit que le différend induit sera traité selon les procédures du Mémorandum qui s'appliquent identiquement au règlement du différend initial.

⁶⁵⁴ Article 10 : 2.

⁶⁵⁵ Ces procédures de travail se trouvent à l'Appendice 3 du Mémorandum. Elles doivent être suivies par ces groupes, « *a moins qu'ils n'en décident autrement après avoir consulté les parties au différend* » comme le prévoit l'article 12 : 1 du Mémorandum.

⁶⁵⁶ Respectivement paragraphes 6 et 9.

⁶⁵⁷ Voir pour exemple le Rapport WT/DS146 et 175/R.

⁶⁵⁸ V. pour ex. le Rapport WT/DS126/RW.

⁶⁵⁹ Voir pour exemple le Rapport WT/DS103 et 113/R. Tous les rapports des groupes spéciaux, sauf ceux se contentant de constater une solution convenue d'un commun accord (par exemple les affaires DS7 et DS12 et 14) individualisent les arguments des tierces parties, soit dans le corps du rapport, soit en annexe. Un seul rapport met davantage en valeur les arguments des tierces parties par une construction originale regroupant par thème ces arguments et faisant état pour chacun d'entre eux des arguments des parties en réponse (Voir le Rapport WT/DS69/R).

première réunion du groupe spécial »⁶⁶², ce qui limite leur participation à la procédure, dans la mesure où deux réunions de fond sont organisées. La première concerne « **les faits de la cause et (...) [les] arguments respectifs des parties** » que celles-ci doivent remettre par écrit au groupe spécial avant ladite réunion, et la seconde est consacrée aux réfutations bénéficiant également d'une phase écrite préalable⁶⁶³, de telle sorte que les tierces parties ne pourront pas intervenir sur les réfutations.

L'intervention des tierces parties est donc limitée à l'expression de leur position sur le différend en début de phase du groupe spécial. Certes, des groupes spéciaux ont pu attribuer aux tierces parties une extension de leurs droits par rapport à ce que prévoient l'article 10 et l'Appendice 3 du Mémoire. Par exemple, dans l'affaire DS48, la tierce partie a pu être autorisée à participer en qualité d'observateur à la deuxième réunion de fond et à présenter une déclaration à l'issue de cette réunion, à participer à la réunion avec les experts scientifiques et à recevoir tous les renseignements. Cependant, cette extension est exceptionnelle ; elle se justifie par le fait que cette tierce partie est dans le même temps partie à un différend similaire⁶⁶⁴ ; cette démarche du groupe spécial a été confirmée par l'Organe d'appel qui a conclu que « **les circonstances justifiaient la décision du Groupe spécial** » en estimant que « **bien que l'article 12 : 1 et l'Appendice 3 du Mémoire d'accord n'obligent pas expressément le Groupe spécial à accorder cette possibilité (...) cette décision ne va pas au-delà de la liberté d'appréciation raisonnable et des pouvoirs qui sont conférés au Groupe spécial** »

⁶⁶⁵ .

En réalité, le groupe spécial maîtrise, dans le cadre du Mémoire⁶⁶⁶, la limitation de l'intervention des tierces parties. Le principe est posé par l'Organe d'appel qui, rappelant son Rapport précédemment cité, a affirmé que « **la décision d'un groupe spécial d'accorder ou non des droits de participation "renforcés" aux tierces parties est (...) une question qui relève du pouvoir discrétionnaire de ce groupe spécial. Bien entendu, ce pouvoir discrétionnaire n'est pas infini et est limité, par exemple,**

⁶⁶⁰ Les rapports des groupes spéciaux font dans la grande majorité des cas état de ces réunions spéciales lors de la description de la procédure suivie. La date de ces réunions est souvent précisée et ces dernières se déroulent au tout début de la phase du groupe spécial, en général au cours de la deuxième rencontre entre les parties et le groupe spécial qui a souvent lieu le lendemain de la première.

⁶⁶¹ Au cours de la première réunion du groupe spécial reconvoqué au titre de l'article 21 : 5 dans l'affaire DS138, une tierce partie n'a pas rédigé de communication écrite mais est intervenue oralement. Voir le Rapport du groupe spécial WT/DS132/RW, paragraphes 4.1 à 4.11. Voir également le Rapport de l'Organe d'appel qui fait état de cette participation orale, WT/DS132/AB/RW, paragraphe 43.

⁶⁶² Article 10 : 3.

⁶⁶³ Ces deux types de réunions sont prévus par les Procédures de travail des groupes spéciaux, Appendice 3 du Mémoire.

⁶⁶⁴ Voir WT/DS48/R/CAN, paragraphes 8.12 à 8.20.

⁶⁶⁵ WT/DS26 et 48/AB/R, pp. 66-70.

par les prescriptions imposant une procédure régulière »⁶⁶⁷. La pratique des groupes spéciaux adopte une attitude mesurée en autorisant avec circonspection l'extension de ces limites. En effet, dans l'affaire DS27, au cours de laquelle les nombreuses tierces parties ont demandé une extension conséquente de leurs droits, le groupe spécial n'a accédé qu'en partie à leur demande en leur permettant d'être des observateurs à la deuxième réunion et de pouvoir présenter une brève déclaration au cours de cette réunion⁶⁶⁸; ledit groupe spécial a constaté à l'appui de sa décision que **« donner aux tierces parties tous les droits dont jouissent les parties atténuerait de façon inappropriée la distinction établie dans le Mémoire d'accord entre parties et tierces parties »**⁶⁶⁹.

De même, le groupe spécial de l'affaire DS136 a refusé, après consultation des tierces parties et parties au différend, le renforcement des droits demandé par une tierce partie qui souhaitait participer à la deuxième réunion, au motif que **« le Mémoire d'accord fait une différence en ce qui concerne leurs droits entre les parties principales et les tierces parties, et que ce principe doit être respecté si l'on veut rester fidèle à l'esprit du Mémoire d'accord à cet égard »**⁶⁷⁰. L'extension des limites est appréhendée par les groupes spéciaux de manière équilibrée. Une interprétation trop restrictive de cette limitation est condamnée par l'Organe d'appel⁶⁷¹. Une interprétation trop large n'est pas celle qu'adoptent les groupes spéciaux préférant autoriser **« un élargissement des droits des tierces parties (...) s'il y avait des circonstances spéciales »**⁶⁷². Ainsi, par exemple, les groupes spéciaux ont pu **« limiter le droit des tierces parties, prévu à l'article 10: 3, de recevoir "les communications présentées par les parties au différend à la première réunion du groupe spécial" aux premières communications des parties et à leurs suppléments, y compris tout élément de preuve additionnel présenté avant la communication soumise à titre de réfutation, mais non compris cette dernière »**⁶⁷³ ou encore estimer

⁶⁶⁶ En effet, l'article 12 : 1 prévoit que *« les groupes spéciaux suivront les procédures de travail énoncées dans l'Appendice 3, à moins qu'ils n'en décident autrement après avoir consulté les parties au différend »*. Il permet aux groupes spéciaux, comme l'a constaté l'Organe d'appel, d'avoir *« une certaine latitude pour établir leurs propres procédures de travail »*, tout en n'oubliant pas que *« cette latitude ne permet pas de modifier les dispositions de fond du Mémoire d'accord. (...) Rien dans le Mémoire d'accord n'autorise un groupe spécial à ne pas tenir compte d'autres dispositions expresses du Mémoire d'accord ou à les modifier »*. L'Organe d'appel, dans son Rapport WT/DS108/AB/RW, paragraphe 241, rappelle ce qu'il a déjà affirmé dans son Rapport WT/DS50/AB/R, paragraphe 92.

⁶⁶⁷ WT/DS136 et 162/AB/R, paragraphes 139 à 150.

⁶⁶⁸ Voir le Rapport du groupe spécial WT/DS27/R/USA, paragraphes 7.4 à 7.9.

⁶⁶⁹ Paragraphe 7.9.

⁶⁷⁰ WT/DS136/R, paragraphes 6.29 à 6.36.

⁶⁷¹ Voir pour exemple le Rapport de l'Organe d'appel WT/DS108/AB/RW, paragraphes 232 à 252.

⁶⁷² Voir sur ce point le Rapport WT/DS108/RW, paragraphe 6.3. Voir également le Rapport WT/DS18/RW, paragraphe 7.5.

« que rien dans le Mémoire d'accord ne l'autorise à limiter les droits des tierces parties à la seule remise des "premières" communications (...), et à empêcher que leur soient fournies les communications présentées à titre de réfutation (...) »⁶⁷⁴.

Quant au mécanisme d'examen en appel, il prévoit également la limitation de l'action des tierces parties dans la procédure d'appel, du fait de sa nature même. En effet, **« l'appel sera limité aux questions de droit couvertes par le rapport du groupe spécial et aux interprétations du droit données par celui-ci »**⁶⁷⁵. L'Organe d'appel ne tranche pas un différend entre deux parties – et avec les tiers et autres plaignants pouvant s'y greffer – mais il examine les aspects juridiques du rapport du groupe spécial qui lui a été soumis dans le cadre de l'appel. De la sorte, le poids éventuel d'Etats impliqués dans le différend, parties ou tiers, est donc moins important que dans la phase du groupe spécial dans laquelle le différend était directement traité. La limitation est ensuite due à l'initiative de l'appel puisque le Mémoire affirme explicitement que **« seules les parties au différend, et non les tierces parties, pourront faire appel du rapport d'un groupe spécial »**⁶⁷⁶. Elle est enfin consécutive à l'individualisation d'un **« participant tiers »** défini comme **« toute tierce partie qui a déposé une communication (...) ou toute tierce partie qui comparait à l'audience, qu'elle fasse ou non une déclaration orale à cette audience »**⁶⁷⁷, étant entendu que **« tierce partie »**, **« participant tiers »** et **« partie au différend »** ont chacun une définition précise distincte⁶⁷⁸.

Le Mémoire est silencieux sur la participation de tierces parties à la phase d'appel et il faut se reporter aux Procédures de travail pour l'examen en appel pour l'évaluer. Elles opèrent une distinction entre tierce partie et participant tiers, ce qui révèle à la fois une continuité et un accroissement : une continuité dans la mesure où existe une identité entre le participant tiers de la phase d'appel et la tierce partie de la phase du groupe spécial, le premier étant défini en fonction de la seconde⁶⁷⁹ ; un accroissement dans la mesure où les Procédures de travail admettent la comparution de participants

⁶⁷³ WT/DS18/RW, paragraphe 7.5. Voir dans le même sens le Rapport WT/DS126/RW, paragraphes 3.7 à 3.10.

⁶⁷⁴ WT/DS103/RW, paragraphes 2.32 à 2.35.

⁶⁷⁵ Article 17 : 6.

⁶⁷⁶ Article 17 : 4.

⁶⁷⁷ Procédures de travail pour l'examen en appel, WT/AB/WP/7, p. 2.

⁶⁷⁸ Cette précision est donnée par les Procédures de travail pour l'examen en appel définissant la **« partie au différend »**, WT/AB/WP/7, p. 2.

⁶⁷⁹ Voir paragraphe précédent. Se reporter également aux Procédures de travail, règle 25, qui expriment plus implicitement cette continuité en précisant que **« lorsqu'une déclaration d'appel aura été déposée, le Directeur général de l'OMC transmettra immédiatement à l'Organe d'appel le dossier complet relatif à la procédure du groupe spécial »** qui comprendra **« les communications écrites (...) fournies par (...) les tierces parties »**.

tiers qui n'ont pas déposé de communication alors que la phase des groupes spéciaux n'admet pour seule action des tierces parties qu'un dépôt de communication. La tierce partie existe dans l'examen en appel du fait de son existence dans la phase du groupe spécial ; sa passivité totale lui laisse sa qualité de tierce partie et sa participation effective la transformera en participant tiers⁶⁸⁰. Une dualité de tiers est donc avérée, qui n'existait pas lors des phases précédentes.

Cette dualité contribue à l'extension de la participation des tiers à la phase d'appel. En effet, les Etats tiers bénéficient, même dans leur passivité, de procédures d'informations, au même titre que les parties elles-mêmes, émanant de l'Organe d'appel sur certains points précisés dans les Procédures de travail⁶⁸¹. En outre, certains mécanismes procéduraux leur sont ouverts et des limitations leur sont imposées, au même titre que les parties au différend⁶⁸². Surtout, les Procédures de travail fixent précisément le rôle des tiers dans la procédure d'appel dans leur règle 24 consacrée aux « *participants tiers* »⁶⁸³. L'Etat tiers pourra « *déposer une communication écrite contenant les motifs et arguments juridiques à l'appui de sa position* », pourra « *comparaître à l'audience et (...) faire une déclaration orale* »⁶⁸⁴. L'objectif de cette participation est non seulement l'expression, du fait de la nature même de cette participation, mais aussi « *la prise en compte* » des « *positions [de l'Etat tiers] par la section qui connaît de l'appel* »⁶⁸⁵. La participation de tiers n'est donc pas uniquement l'expression d'une position et sa divulgation ; elle est également la prise en considération

⁶⁸⁰ Dans le présent propos, le « *participant tiers* » et la « *tierce partie* », tels que les définissent les Procédures de travail, ne seront pas distingués, pour des raisons de cohérence stylistique facilement compréhensibles. Il seront nommés Etats tiers. Ce choix se justifie, en outre, sur le plan matériel dans la mesure où la tierce partie est définie par les Procédures de travail comme un acteur passif dans la procédure d'appel et ne comporte à ce titre aucun intérêt d'étude approfondie ; il faut simplement noter que la tierce partie intervient dans la procédure en qualité de destinataire d'informations diverses en provenance de l'Organe d'appel, des parties et des participants tiers. En revanche, l'activité de la tierce partie la transforme en participant tiers et mérite ainsi une attention soutenue. L'assimilation du participant tiers à la tierce partie n'a comme objectif, dans ce cadre, que de conserver une cohérence dans le propos s'attachant à analyser la participation d'Etats tiers à une procédure de règlement des différends opposant deux parties. Les définitions données par les Procédures de travail ne démentent pas ce choix rédactionnel puisqu'elles distinguent parmi les tierces parties deux catégories, une active et une passive, et que le participant tiers constitue une de ces deux catégories : la tierce partie active.

⁶⁸¹ Règle 16 1) sur la procédure appropriée éventuellement adoptée par une section lors d'un appel ; règle 18 sur le dépôt de documents, sur la signification des documents déposés ainsi que sur la correction d'erreur matérielle contenue dans les communications par leur auteur ; règle 21 1) sur la copie de la communication de l'appelant et règle 22 1) pour l'intimé ; règle 26 4) sur le plan de travail fixé par la section d'appel ; règle 27 2) sur la date de l'audience communiquée par le Secrétariat ; règle 28 2) et 3) sur la mise à disposition des mémoires des participants.

⁶⁸² Règle 16 2) sur la demande de modification par la section de l'Organe d'appel de certains délais ou dates ; Règle 19 sur la communication *ex parte*.

⁶⁸³ Comme son intitulé l'indique.

⁶⁸⁴ Règle 24, 1) et 2).

de ces positions par l'instance de règlement.

Cette intervention particulière de l'Etat tiers est soumise à des conditions de notification au Secrétariat de l'intention de comparaître et de l'intention de faire une déclaration orale⁶⁸⁶ ainsi qu'à des conditions de délais pour le dépôt des communications et pour la notification⁶⁸⁷. Néanmoins, ces conditions ne sont pas strictes. La notification contient une « **intention** » du tiers. Aucune acceptation ou autorisation quelconque n'est exigée, de telle sorte que l'Etat tiers ne sera pas contraint dans sa volonté de comparaître et de formuler une déclaration orale⁶⁸⁸. Il est même précisé que le dépôt de communication ou la notification d'intention de comparaître entraînent la comparution, la déclaration orale ainsi que la réponse aux questions que la section d'appel peut poser⁶⁸⁹. Les conditions de délais sont relativisées pour la notification ; en effet, la comparution peut être notifiée en dehors de toute condition de délai et cette dernière notification peut comporter une demande de déclaration orale adressée au Secrétariat, « **le plus tôt possible** »⁶⁹⁰. Comparution et déclaration ne sont donc pas strictement limitées dans le temps. La première admet comme seule condition d'effectivité la notification⁶⁹¹. La seconde est à la discrétion de la section d'appel, le Secrétariat se contentant d'une action administrative et ne se préoccupant que de l'organisation procédurale et temporelle de la phase d'appel⁶⁹². En outre, l'Etat tiers, « **dans des circonstances exceptionnelles, lorsque le strict respect d'un délai prévu dans les présentes règles entraînerait une iniquité manifeste** », peut demander à la section d'appel une modification dudit délai⁶⁹³.

L'intervention d'Etats tiers dans la procédure d'appel n'est pas enchâssée dans de

⁶⁸⁵ Règle 24 3). Ces Procédures de travail forment cet objectif quand elles encouragent dans cette disposition les tierces parties « à déposer des communications écrites pour faciliter la prise en compte intégrale de leurs positions par la section qui connaît de l'appel et afin que les participants et les autres participants tiers aient connaissance des positions qui seront prises à l'audience ».

⁶⁸⁶ Règle 24 2).

⁶⁸⁷ Règle 24 1) et 2).

⁶⁸⁸ Voir la règle 24 2).

⁶⁸⁹ Voir sur ce point la règle 27 3) a).

⁶⁹⁰ Règle 24 4).

⁶⁹¹ Voir la règle 27 3) b) qui prévoit que « toute tierce partie qui aura notifié au Secrétariat conformément à la règle 24 4) qu'elle a l'intention de comparaître à l'audience pourra comparaître à l'audience ».

⁶⁹² Voir la règle 27 3) c) qui prévoit que « toute tierce partie qui aura présenté une demande conformément à la règle 24 4) pourra, à la discrétion de la section qui connaît de l'appel, et compte tenu des prescriptions relatives à la régularité de la procédure, faire une déclaration orale à l'audience et répondre aux questions posées par la section ».

⁶⁹³ Voir la règle 16 2).

strictes conditions d'effectivité : la comparution et la déclaration orale ne sont pas soumises à d'autres limitations que celles dont le souci est la rationalité du déroulement procédural ; la communication écrite est encouragée et n'est contrainte que par un délai assez réaliste⁶⁹⁴. Les textes installent ainsi une procédure de participation relativement libre des Etats tiers au mécanisme d'appel et la pratique montre qu'une grande majorité des examens en appel connaît l'intervention de tels tiers⁶⁹⁵.

Cette liberté pourrait aboutir à une participation généralisée des Membres à chaque problème soumis à l'Organe d'appel. La conséquence serait la généralisation du problème posé par le différend et de son traitement, généralisation peu en accord avec la reconnaissance d'une juridictionnalité. Dans cette hypothèse, il n'est pas certain que la spécificité de l'identité des parties au différend ainsi que de l'instance de règlement soit sauvegardée. Le schéma tripartite d'une juridiction comprenant des parties face à un organe de règlement et des tierces parties intervenant de manière limitée serait détruit. Il serait difficile de maintenir un trop grand nombre de Membres dans leur action de tierces parties et la juridiction serait par conséquent écartée au profit d'une rencontre multilatérale des Membres de l'OMC, parce que la légitimité d'une écrasante majorité de Membres annihilerait celle que l'Organisation a donnée à l'instance de règlement et pourrait passer outre les textes régissant la procédure de règlement.

Cependant, cette facilité n'aboutit pas à la remise en cause du modèle juridictionnel. D'abord, le participant tiers est une tierce partie de la phase du groupe spécial, ce qui empêche l'arrivée au stade de l'appel de nouveaux tiers. Ensuite, l'intervention est quantitativement limitée par la pratique : la moyenne de tiers participants pour chaque examen est de trois et seul un rapport dénombre dix-sept participants tiers⁶⁹⁶, leur nombre oscillant le plus souvent entre un et trois⁶⁹⁷. En outre, des participations prennent parfois la forme de communications écrites jointes, de telle sorte que chaque Etat tiers s'auto-limite dans son intervention⁶⁹⁸. Par ailleurs, la pratique est constante : les tiers rédigent des communications écrites, comparaissent et, à chaque fois, « **ont présenté leurs arguments oralement et ont répondu aux questions qui leur étaient posées par les membres de la section chargée de l'appel** »⁶⁹⁹. Seules quelques rares tiers choisissent de se constituer « **observateur passif** »⁷⁰⁰, l'Organe d'appel acceptant cette

⁶⁹⁴ Il est de 25 jours après la date du dépôt de la déclaration d'appel.

⁶⁹⁵ Au 26 juin 2003, sur 55 rapports de l'Organe d'appel adoptés par l'ORD, seuls 7 ne font pas état de la présence de tiers participants, soit environ 1 examen en appel sur 8.

⁶⁹⁶ Il s'agit de l'affaire aussi fameuse que particulière *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation et à la vente de bananes*. Voir le Rapport de l'Organe d'appel WT/DS27/AB/R.

⁶⁹⁷ Seuls 3 examens en appel ont connu 4 tierces parties, 5 examens 5 tierces parties, 3 examens entre 6 et 8 tierces parties, au 26 juin 2003.

⁶⁹⁸ Ainsi, une communication écrite conjointe a été rédigée pour 2 des 6 tiers dans l'examen en appel de l'affaire DS165 et 5 communications ont été écrites par 17 tierces parties dans l'affaire DS27, une communication rassemblant 2 tiers et une autre 12 tiers.

qualité après avoir constaté que les autres parties et Etats tiers n'y étaient pas opposés⁷⁰¹. Paradoxalement, l'extension de cette pratique de l'observateur passif aurait pu menacer la qualification juridictionnelle de la procédure d'appel dans la mesure où une multiplication de ces observateurs diluerait la distribution tripartite des rôles entre parties, participants tiers et instance dans une discussion d'assemblée abordant le problème objet du différend d'une manière multilatérale. Or, la limitation pratique du nombre de ces observateurs passifs concentre l'intervention des Etats tiers dans un même modèle prévu comme la normalité procédurale par les Procédures de travail pour l'examen en appel.

Quelques élargissements de la participation sont en pratique admis par l'Organe d'appel : un délai supplémentaire de dépôt par la tierce partie de sa communication pour « **circonstances exceptionnelles** » au sens de la règle 16 2)⁷⁰² ; des demandes de mémoires additionnels conformément à la règle 28 1) sous la forme d'exposés finals écrits des positions des participants⁷⁰³ ou de mémoires sur des questions particulières après audience⁷⁰⁴ ; des réponses écrites après audience conformément à la règle 28 2)⁷⁰⁵ ; un délai pour problème de traduction⁷⁰⁶ ; des « **déclarations récapitulatives** »⁷⁰⁷. Les trois premiers types d'élargissements sont prévus par les Procédures de travail pour l'examen en appel ; encore ne sont-ils admis qu'exceptionnellement⁷⁰⁸ ou sont-ils rigoureusement justifiés pour ce qui est des délais⁷⁰⁹, restrictivement utilisés pour ce qui est des communications additionnelles⁷¹⁰, voire parfois inutilisés⁷¹¹. En outre, ces

⁶⁹⁹ Tous les rapports de l'Organe d'appel notant la participation des tierces parties précisent cette présentation orale ainsi que ces réponses données par les tierces parties, sauf dans l'affaire DS70 pour laquelle l'Organe d'appel est plus évasif (voir WT/DS70/AB/R, paragraphes 5 et 6).

⁷⁰⁰ Voir la partie « introduction » des rapports WT/DS58/AB/RW, WT/DS121/AB/R, WT/DS135/AB/R, WT/DS146 et 175/AB/R, WT/DS177 et 178/AB/R, WT/DS207/AB/R et WT/DS231/AB/R.

⁷⁰¹ Les participants ne se sont jamais unanimement opposés à la présence d'un « *observateur passif* » mais il faut croire que, malgré la démarche de la section d'appel qui consiste à demander à ces participants leur position, cette opposition n'est pas réhibitoire puisque, selon les Procédures de travail pour l'examen en appel, c'est la section d'appel qui décide des règles procédurales particulières. Le principe de cette compétence se trouve dans la règle 16 1).

⁷⁰² Rapport WT/DS108/AB/RW, paragraphe 8.

⁷⁰³ Rapport WT/DS2/AB/R, pp. 3-4. Ce cas peut être rapproché de l'affaire DS217 et 234 dans laquelle l'Organe d'appel a demandé aux participants tiers, en sus des communications, des observations sur une demande de décision préliminaire formulée par un intimé.

⁷⁰⁴ Rapport WT/DS24/AB/R, pp. 4-5. Cette proposition de l'Organe d'appel est restée lettre morte. Voir également le Rapport WT/DS69/AB/R, paragraphe 6.

⁷⁰⁵ Rapport WT/DS108/AB/RW, paragraphe 8.

⁷⁰⁶ Rapport de l'Organe d'appel WT/DS60/AB/R, paragraphe 4.

⁷⁰⁷ Rapports : WT/DS26 et 48/AB/R, p. 5 ; WT/DS27/AB/R, p. 8 ; WT/DS69/AB/R, paragraphe 6.

UNE NOUVELLE JURIDICTION INTERNATIONALE : LE SYSTÈME DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS INTERÉTATIQUES DE L'O.M.C.

Procédures ouvre d'autres voies d'élargissement de la compétence de la section d'appel mais ces voies ne sont pas exploitées⁷¹².

Quant aux deux derniers types d'élargissements, s'ils ne sont pas expressément prévus par ces mêmes Procédures, ils restent cependant marginaux, tout d'abord quantitativement⁷¹³, mais également dans leur impact sur la procédure d'appel : le premier concernant un délai pour traduction peut se rattacher à la règle 16, cette disposition justifiant des changements de procédures et de délais décidés par la section d'appel « ***pour assurer l'équité et le bon déroulement d'une procédure d'appel*** »⁷¹⁴ ; le second s'applique aux « ***déclarations récapitulatives*** » et l'adjectif limite en lui-même la participation des tierces parties à la seule première réunion de la section d'appel, en la clôturant.

Par conséquent, l'admission et l'intervention d'Etats tiers au sein de la procédure de

⁷⁰⁸ Leur nombre est faible puisque seules 5 affaires distinctes sont concernées sur 48 examens comprenant la participation de tierces parties au 26 juin 2003. L'une d'entre ces 5 affaires comprend à la fois la mise en œuvre de la règle 16 2) et de la règle 28 2) (voir le Rapport WT/DS108/AB/RW, paragraphes 8 et 11).

⁷⁰⁹ Voir sur ce point le Rapport WT/DS108/AB/RW, paragraphe 8, seul exemple d'admission par l'Organe d'appel de circonstances exceptionnelles au titre de la règle 16 2). La section d'appel justifie cette admission par un propos clair et rigoureux et prend en considération des circonstances légitimement « *exceptionnelles* » dont sont victimes les Etats-Unis : « *des attaques bioterroristes présumées* » ayant « *compromis leur capacité de mener avec le Congrès des Etats-Unis les consultations requises par le présent appel* » « *en raison de l'envoi du bacille du charbon au Congrès des Etats-Unis* ». Ce Membre est une partie au différend et non une tierce partie mais l'ensemble des communications des parties et tierces parties a bénéficié d'un délai supplémentaire pour le dépôt

⁷¹⁰ Il ressort des rapports de l'Organe d'appel faisant état de la mise en œuvre de la règle 28 que les mémoires additionnels demandés sont de simples résumés ou compléments de l'intervention des tierces parties. Leur dénomination variable – exposés finals écrits et mémoires sur des questions particulières – n'en fait pas des éléments essentiels d'une intervention omniprésente dans la procédure d'examen en appel mais raccroche la participation des tierces parties au principe d'une limitation de leur intervention à la première réunion de la section d'appel.

⁷¹¹ La section d'appel de l'affaire DS108 autorise une partie et les participants tiers à formuler une réponse écrite aux réponses écrites demandées par cette section à l'autre partie en vertu de la règle 28 1). Seules la partie et non les tierces parties a souhaité rédiger une telle réponse écrite. Voir le Rapport WT/DS108/AB/RW, paragraphe 11.

⁷¹² C'est le cas du principe général d'adoption par la section d'appel d'une procédure « *appropriée* » « *pour assurer l'équité et le bon déroulement d'une procédure d'appel, dans les cas où se pose une question de procédure qui n'est pas visée par les présentes règles* » (règle 16 1)) ainsi que du mécanisme de correction d'erreurs matérielles dans une communication, sur autorisation de la section (voir la règle 18 5)). La formulation de ces deux dernières voies d'élargissement semble répondre à un objectif de simple rationalisation de la procédure d'appel dans le sens d'une efficacité accrue, mais ces deux mécanismes peuvent également être une porte ouverte à l'élargissement intempestif de la procédure aux tierces parties avec l'aval d'un Organe d'appel désireux de se soumettre aux volontés étatiques.

⁷¹³ Ils ne concernent que 4 affaires distinctes sur les 48 dénombrées au 26 juin 2003 contenant la participation d'Etats tiers.

⁷¹⁴ Règle 16 1). Voir dans le même sens la règle 16 2).

règlement sont spécifiques et ne peuvent être confondues avec le rôle joué par les parties au différend. Si une assez grande liberté les caractérise, leur encadrement textuel et leur pratique modérée contribuent à la confirmation d'une juridictionnalité procédurale dans la mesure où le triangle déséquilibré partie-instance-tiers caractéristique d'un mécanisme juridictionnel n'est pas rééquilibré ou bouleversé dans le sens d'une discussion interétatique multilatérale⁷¹⁵.

Pour conclure, il faut considérer que, si l'accès en qualité de partie ou de tierce partie est ainsi clairement limité aux Etats Membres de l'OMC, la participation d'autres entités n'est pas pour autant totalement exclue⁷¹⁶. Cette dernière prend la forme de communications écrites appelées « **observations, ou (...) "interventions désintéressées" (amicus curiae briefs)** »⁷¹⁷, « **soumissions écrites** »⁷¹⁸, « **communications d'amicus** »⁷¹⁹ ou plus souvent « **communications présentées par des entités privées intéressées et dénommées mémoires d'amicus curiae** »⁷²⁰ ou encore « **mémoires d'amicus** »⁷²¹. Ces communications sont rédigées par des organisations non gouvernementales⁷²², diverses personnes morales nationales d'une partie⁷²³, des personnes physiques à titre individuel⁷²⁴, voire un Etat Membre de l'OMC⁷²⁵. Elles s'écartent des dispositions mémorandaires qui ne les prévoient pas. Le

⁷¹⁵ Cette conclusion est confirmée par la constatation selon laquelle le système mémorandaire se rapproche du système de la CIJ quant au mécanisme et à la pratique des tiers au différends. Voir sur ce point N. Covelli, « Public International Law and Third Party Participation in WTO Panel Proceedings », *J.W.T.* 33(2), 1999, pp. 125-139.

⁷¹⁶ Voir pour étude détaillée B. Stern, « L'intervention des tiers dans le contentieux de l'OMC », *R.G.D.I.P.* 2003-2, pp. 257-303. Se reporter également à : E. Hernández-López, « Recent Trends and Perspectives for Non-State Actor Participation in World Trade Organization Disputes », *J.W.T.* 35(3), 2001, pp. 469-498 ; G. Marceau, M. Stilwell, « Practical suggestions for amicus curiae briefs before WTO adjudicating bodies », *J.I.E.L.* 2001/4 ; H. Ascensio, « L'*amicus curiae* devant les juridictions internationales », *R.G.D.I.P.* 2001-4, pp. 897-930.

⁷¹⁷ Rapport de l'Organe d'appel WT/DS58/AB/R, paragraphe 79. Voir dans le même sens pour exemple le Compte-rendu de la réunion de l'ORD WT/DSB/M/37, point 8, et le Rapport du groupe spécial WT/DS58/R, paragraphes 3.129 et 7.7.

⁷¹⁸ Rapport du groupe spécial WT/DS135/R, paragraphe 8.12.

⁷¹⁹ Compte-rendu de la réunion de l'ORD WT/DSB/M/92, paragraphe 134. Voir dans le même sens le Rapport du groupe spécial WT/DS141/R, paragraphe 6.1.

⁷²⁰ Compte-rendu de la réunion de l'ORD WT/DSB/M/83, paragraphe 8. Le terme d'*amicus curiae* est le plus employé pour désigner les communications d'entités extérieures aux Membres de l'OMC.

⁷²¹ Voir pour exemple les comptes-rendus de la réunion de l'ORD WT/DSB/M/103, paragraphes 46-47 et 54-59, et WT/DSB/M/92, paragraphe 128.

⁷²² Voir : le compte-rendu de la réunion de l'ORD WT/DSB/M/37, point 8 ; les rapports de l'Organe d'appel WT/DS58/AB/R, paragraphe 79, WT/DS50/AB/R, paragraphe 53 et WT/DS135/AB/R, paragraphes 53 à 57 ; les rapports des groupes spéciaux WT/DS135/R, paragraphes 6.1 à 6.3, WT/DS58/R, paragraphe 3.129 et WT/DS58/RW, paragraphe 5.14.

Mémoire n'admet, pour les groupes spéciaux, que des renseignements et autres avis techniques demandés par l'instance et délivrés par « **toute source** », « **toute personne** » ou « **tout organisme** » qu'ils jugeront appropriés⁷²⁶ ou par des « **groupes consultatifs d'experts** »⁷²⁷ ; il n'admet, pour l'Organe d'appel, que la possibilité assez large⁷²⁸ d'élaborer ses propres procédures de travail⁷²⁹ mais l'Organe d'appel n'a pas saisi l'opportunité de prévoir l'admission de telles communications⁷³⁰.

Néanmoins, les groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont été amenés à se prononcer sur la pratique des mémoires d'*amicus* non demandés par ces instances. Ainsi, l'Organe d'appel a pu admettre qu'une partie joigne un tel mémoire à l'une de ses communications, à la condition qu'elle « **assume la responsabilité de la teneur de celle-ci, y compris les éventuelles annexes ou autres pièces jointes** »⁷³¹, neutralisant ainsi le problème « **d'un envahissement des procédures par les groupes de pression** »⁷³². Bien plus, l'Organe d'appel a également accepté d'examiner directement des mémoires d'*amicus* qui lui seraient présentés en faisant fi de « **l'écran étatique** »⁷³³ qu'il avait jusqu'alors maintenu, en constatant « **qu'aucune disposition du Mémoire d'accord ou des Procédures de travail ne dispose expressément que l'Organe d'appel peut accepter et examiner des communications ou des mémoires émanant de sources autres que les participants et les participants tiers à une procédure d'appel** », que « **par contre, ni le Mémoire d'accord ni les Procédures de travail n'interdisent explicitement**

⁷²³ Ces personnes sont des associations professionnelles, de sociétés ou encore liées au commerce. Voir pour détail les rapports : WT/DS122/AB/R, paragraphe 62 ; WT/DS138/AB/R, paragraphe 36 ; WT/DS141/R, paragraphe 6.1, note 10 ; WT/DS212/AB/R, paragraphe 76. Elles peuvent également être beaucoup plus diversifiées comme dans l'affaire DS135 liée à l'amiante : voir sur ce point le Rapport WT/DS135/AB/R, paragraphes 53 à 57.

⁷²⁴ Voir les rapports WT/DS135/AB/R, paragraphe 56, note 32, et WT/DS231/AB/R, paragraphe 153. Le premier Rapport précise que la personne auteur du mémoire est un scientifique.

⁷²⁵ Rapport WT/DS231/AB/R, paragraphe 153.

⁷²⁶ Article 13.

⁷²⁷ Appendice 4.

⁷²⁸ Procédures de travail pour l'examen en appel, règle 16 : 1.

⁷²⁹ Article 17: 9.

⁷³⁰ Il est également silencieux concernant la phase des consultations mais fort logiquement puisqu'elles consistent en des discussions libres, quant elles ont lieu, entre les parties qui choisiront discrétionnairement cette admission et sa forme.

⁷³¹ WT/DS58/AB/R, paragraphe 89.

⁷³² H. Ruiz Fabri, « L'appel dans le règlement des différends... », *op. cit.*, pp. 73-74.

⁷³³ *Ibid.*, p. 74.

d'accepter ou d'examiner ces mémoires » et que, par conséquent, **« nous sommes habilités en droit, en vertu du Mémoire d'accord, à accepter et à examiner des mémoires d'amicus curiae si nous jugeons qu'il est pertinent et utile de le faire dans le cadre d'une procédure d'appel »**⁷³⁴. Cette position considérant une acceptation à la discrétion de l'instance est depuis constante⁷³⁵, même quand elle doit s'appliquer pour la première fois au mémoire rédigé par un Etat Membre de l'OMC en dépit de la possibilité qui lui est offerte de se constituer tierce partie⁷³⁶. L'Organe d'appel a même pu anticiper et préparer la réception de nombreuses présentations de mémoires écrits en organisant une procédure additionnelle à cet effet⁷³⁷.

Nonobstant, cette largesse de principe ne se retrouve pas en pratique. Une seule section d'appel a accepté la prise en considération de mémoires d'*amicus*⁷³⁸ sur six concernées⁷³⁹. De même, si trois des quatre groupes spéciaux ont reçu de tels mémoires, ils les ont communiqués aux parties et ont simplement accepté que ces dernières les incorporent dans leurs propres communications⁷⁴⁰, dont une fois en se fondant sur les conclusions précitées de l'Organe d'appel⁷⁴¹. Au total, moins de la moitié des mémoires remis aux instances de règlement a, *in fine*, été acceptée⁷⁴². En outre,

⁷³⁴ WT/DS138/AB/R, paragraphes 39 et 42.

⁷³⁵ Voir pour exemple le Rapport de l'Organe d'appel WT/DS231/AB/R, paragraphes 153 à 170, qui rappelle, en s'appuyant sur ses décisions antérieures, la liberté de décision qui lui incombe sur l'acceptation de tels mémoires.

⁷³⁶ Le Rapport de l'Organe d'appel de l'affaire DS231 est une illustration éloquente de la gestion par l'Organe d'appel du problème des mémoires. Le Maroc, Membre de l'OMC ne participant pas au règlement du différend, ne serait-ce qu'en qualité de tierce partie, a adressé à l'Organe d'appel un mémoire. Cette action a pu être réprouvée par certaines parties considérant que l'intention d'un Membre désirant s'exprimer dans le cadre d'un différend en cours de traitement mémorandaire doit se concrétiser dans la procédure des tierces parties. Nonobstant ces arguments sommairement résumés présentement, l'Organe d'appel a décidé d'assimiler ce mémoire particulier aux autres mémoires d'*amicus* non-Membre, d'y appliquer sa décision discrétionnaire de refus et de ne considérer que quelques arguments pertinents de ce mémoire. Voir pour détails ce Rapport, paragraphes 153 à 170. Se reporter également aux différentes déclarations de Membres sur ce mémoire et sur la position de l'Organe d'appel formulées au cours de la réunion de l'ORD du 23 octobre 2002, WT/DSB/M/134, paragraphes 23 à 76.

⁷³⁷ Voir le Rapport de l'Organe d'appel WT/DS135/AB/R, paragraphes 50 à 57.

⁷³⁸ Voir sur ce point le Rapport WT/DS58/AB/R, paragraphe 91. Une précision peut être apportée : dans l'affaire DS231, l'Organe d'appel n'a retenu que certains arguments contenus dans le mémoire rédigé par un Membre (voir sur ce point le Rapport WT/DS231/AB/R, paragraphes 169 à 170).

⁷³⁹ Les cinq autres rapports faisant état de la question de l'acceptation des mémoires sont les rapports WT/DS122/AB/R, WT/DS138/AB/R et WT/DS135/AB/R, WT/DS212/AB/R et WT/DS231/AB/R. Le Rapport de l'affaire DS135 a même mis en place une procédure additionnelle spécialement prévue pour la réception et la prise en considération des mémoires d'*amicus* mais il n'a pas accepté les nombreux mémoires qui lui ont été présentés (voir ce Rapport, paragraphes 50 à 57).

⁷⁴⁰ Ont pris en compte des mémoires d'*amicus* le groupe spécial agissant dans la phase de règlement initial puis au titre de l'article 21: 5 dans l'affaire DS58 ainsi que le groupe spécial de l'affaire DS135. Seul le groupe spécial de l'affaire DS141 n'a pas accepté de prendre en considération le mémoire qui lui avait été soumis.

UNE NOUVELLE JURIDICTION INTERNATIONALE : LE SYSTÈME DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS INTERÉTATIQUES DE L'O.M.C.

rares sont les mémoires effectivement remis aux instances en comparaison du nombre important d'affaires traitées depuis la création de l'OMC⁷⁴³. Si la pratique de l'acceptation des mémoires d'*amicus* existe alors même que le Mémoire ne la prévoit pas explicitement, son effectivité est faible.

Les groupes spéciaux et l'Organe d'appel n'expliquent leur refus que par l'absence de nécessité, de pertinence, d'utilité ou d'aide apportée⁷⁴⁴ sans forcément invoquer d'autre raison que leur propre décision discrétionnaire⁷⁴⁵. De plus, si l'acceptation ou le refus sont le plus souvent la seule décision de l'instance⁷⁴⁶, les parties ne sont pas absentes de ladite décision : le contradictoire est assuré par des échanges d'observations entre parties sur l'acceptation de ces mémoires⁷⁴⁷, sur leur contenu⁷⁴⁸, sur la mise en

⁷⁴¹ Le groupe spécial de l'affaire DS135 fonde explicitement ses conclusions sur le Rapport de l'Organe d'appel WT/DS138/AB/R.

⁷⁴² Au 26 juin 2003, seuls 7 des 18 mémoires ont été acceptés, auxquels il faut ajouter 1 mémoire dont seuls quelques arguments ont été retenus par l'Organe d'appel (voir sur ce point le Rapport WT/DS231/AB/R, paragraphes 169 et 170). Ces chiffres ne tiennent pas compte de l'appel de l'affaire DS135 au cours duquel l'Organe d'appel a reçu 13 mémoires écrits, 17 demandes d'autorisation de déposer un mémoire écrit, tous et toutes refusés. Cette affaire est exceptionnelle de ce point de vue du fait du différend particulier – attaché au problème de l'amiante – et de la procédure additionnelle concernant la réception des mémoires adoptée par la section d'appel. Aussi cette affaire n'est-elle pas comptabilisée dans les chiffres précités car ces derniers seraient devenus peu significatifs du fait de leur augmentation qui aurait été peu révélatrice de la tendance des instances sur ce point.

⁷⁴³ Au 26 juin 2003, la question de ces mémoires a concerné 7 affaires distinctes sur les 295 demandes de consultations déposées. Ces affaires sont les suivantes : DS58, DS122, DS135, DS138, DS141, DS212 et DS231.

⁷⁴⁴ Pour l'Organe d'appel : WT/DS122/AB/R, paragraphe 78, WY/DS135/AB/R, paragraphe 56, WT/DS138/AB/R, paragraphe 42, WT/DS212/AB/R, paragraphe 76, et WT/DS231/AB/R, paragraphes 160 et 170. Pour les groupes spéciaux : WT/DS135/R, paragraphes 8.13 et 8.14, WT/DS141/R, paragraphe 6.1, WT/DS58/R, paragraphes 3.129 et 7.7.

⁷⁴⁵ Voir le Rapport WT/DS58/RW, paragraphe 5.16. Certes, deux groupes spéciaux ont donné des justifications ; un groupe spécial a refusé de prendre en considération de tels mémoires estimant qu'il n'avait pas demandé de tels renseignements et que les parties auxquelles ces mémoires avaient été communiqués étaient libres de les intégrer dans leurs communications, ce qu'elles n'ont pas fait (WT/DS58/R, paragraphe 7.7 à 7.10) ; un autre groupe spécial a accepté des mémoires intégrés par une partie dans ses communications mais a refusé de prendre en considération certains autres mémoires du fait d'une procédure trop avancée (WT/DS135/R, paragraphes 8.13 et 8.14). De même, la section d'appel de l'affaire DS135 a justifié son refus d'acceptation par le non-respect de la procédure additionnelle qu'elle avait élaborée à cet effet (voir ce Rapport, paragraphes 53 et 57). Enfin, l'Organe d'appel a expliqué son refus par l'approche essentiellement factuelle adoptée par un mémoire alors que l'examen en appel se focalise sur les questions juridiques (WT/DS231/AB/R, paragraphes 169 et 170). Cependant, ces refus se fondent sur la seule libre décision de l'instance.

⁷⁴⁶ Voir les rapports WT/DS58/R, paragraphe 3.129, WT/DS58/RW, paragraphe 5.16, WT/DS122/AB/R, paragraphe 78, WT/DS135/R, paragraphes 8.13 et 8.14, WT/DS138/AB/R, paragraphes 36 à 42, WT/DS141/R, paragraphe 6.1, note 10, et le Rapport de l'Organe d'appel WT/DS135/AB/R, paragraphes 50 à 57, soit 7 rapports sur un total de 8 concernés par les mémoires d'*amicus*.

⁷⁴⁷ Voir pour exemples les rapports WT/DS58/R, paragraphe 3.129 et 7.7 à 7.10, WT/DS58/RW, paragraphes 5.14 et 5.15, WT/DS122/AB/R, paragraphes 62-78, WT/DS138/AB/R, paragraphes 36 à 38.

place d'une procédure additionnelle spéciale de réception de ces documents⁷⁴⁹ ou sur l'incorporation des mémoires par une partie dans ses communications⁷⁵⁰ ; et l'acceptation ou le refus peuvent découler de la volonté des parties souhaitant ou non intégrer ces mémoires au sein de leurs communications⁷⁵¹.

Cette faible activité des entités non-étatiques n'empêche par de vifs débats entre les Membres de l'OMC au sein des réunions de l'ORD⁷⁵² et surtout à l'occasion de la réunion du Conseil général du 22 novembre 2000⁷⁵³. Cette réunion fut provoquée par un groupe d'Etats consécutivement à la communication de l'Organe d'appel du 8 novembre 2000 faisant part de l'adoption d'une « **procédure additionnelle pour traiter les éventuels mémoires écrits reçus par l'Organe d'appel de personnes autres qu'une partie ou tierce partie au différend** »⁷⁵⁴. Au cours de celle-ci, de nombreux Membres s'élevèrent contre la pratique, instaurée par l'Organe d'appel et certains groupes spéciaux, consistant à accepter d'examiner les mémoires d'*amicus*. La conclusion du Président du Conseil général fut donc que, « **en l'absence de règles claires, (...) l'Organe d'appel devrait faire preuve de la plus grande prudence dans les affaires à venir, jusqu'à ce que les Membres aient examiné quelles règles étaient nécessaires** »⁷⁵⁵.

L'organisation de cette réunion montre l'attachement important des Membres au problème des mémoires d'*amicus* et leur volonté de limiter sensiblement leur acceptation par les instances de règlement. Aussi la faiblesse quantitative des mémoires formulés – qu'ils aient été rejetés ou acceptés – peut-elle s'expliquer par l'impact de cette réunion à la solennité remarquable sur lesdites instances. En effet, seuls deux rapports adoptés ultérieurement à cette réunion firent état de mémoires d'*amicus*, et ils conclurent deux fois à un refus d'examen⁷⁵⁶ et une fois à une acceptation consécutive à l'intégration par une

⁷⁴⁸ Rapport WT/DS141/R, paragraphe 6.1, note 10.

⁷⁴⁹ WT/DS135/AB/R, paragraphes 50 à 57.

⁷⁵⁰ Voir les rapports WT/DS58/AB/R, paragraphes 81 à 87, et WT/DS135/R, paragraphe 8.12.

⁷⁵¹ Voir pour exemples les rapports WT/DS58/R, paragraphe 3.129, WT/DS58/RW, paragraphe 5.16, WT/DS58/AB/R, paragraphes 79 à 91, WT/DS135/R, paragraphes 8.12 à 8.14.

⁷⁵² Et ce en sus des arguments et réfutations présentés par les parties et tierces parties à l'occasion des rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel, précités, sur les affaires concernées par ces mémoires. Voir pour exemples les comptes-rendus des réunions de l'ORD WT/DSB/M/37, point 8, WT/DSB/M/92, paragraphes 127 à 137, WT/DSB/M/83, paragraphes 5 à 35, WT/DSB/M/103, paragraphes 46-50, et WT/DSB/M/134, paragraphes 23 à 76.

⁷⁵³ Document WT/GC/M/60.

⁷⁵⁴ Document WT/DS135/9. Se reporter également, pour des explications complètes, au Rapport de l'Organe d'appel WT/DS135/AB/R, paragraphes 50 à 57.

⁷⁵⁵ WT/GC/M/60, paragraphe 120.

⁷⁵⁶ Rapport de l'Organe d'appel WT/DS122/AB/R et Rapport du groupe spécial intervenant au titre de l'article 21: 5 WT/DS58/RW.

partie du mémoire à ses communications ⁷⁵⁷. La quantité faible des mémoires examinés ne s'explique pas totalement par l'impact de la position des instances de l'OMC. Cette position n'empêche pas les entités non-Membres de présenter de nouveaux mémoires aux instances. Au contraire, les groupes spéciaux et l'Organe d'appel n'ont pas saisi l'occasion de nouveaux mémoires pour affirmer une position plus restrictive sur l'acceptation de ces mémoires, position qui aurait pu se fonder sur la conclusion précitée du Président du Conseil général. Les entités extérieures ne sont donc pas découragées par un renversement de position institutionnelle. Aussi cette faiblesse peut-elle également s'expliquer par la concurrence des parties et des experts qui, eux, ont la possibilité textuelle et l'opportunité pratique d'intervenir dans la procédure mémorandaire et qui, à ce titre, formuleront des arguments et positions similaires, voire inspirés de ceux des entités non-étatiques. En clair, les entités non-Membres sont peu enclines à forcer la main des instances et préfèrent agir en sous-main auprès des parties.

Cette situation ne peut être provisoire, et le débat vif et récurrent sur la question de l'acceptation d'entités non-Membres au système mémorandaire devra être tranchée. Il reste que la tendance est, si l'on en croit les débats menés lors de la réunion précitée du Conseil général de novembre 2000, à une acceptation mesurée des mémoires d'*amicus* qui n'aboutira pas à la reconnaissance de la qualité de parties aux personnes privées et autres organisations internationales. Tout au plus leur reconnaîtra-t-on un rôle de tiers participant mais les Membres ne parviendront certainement pas à faire basculer le caractère interétatique du système de règlement mémorandaire dans une justiciabilité élargie. Les Membres n'ont qu'un intérêt sporadique et variable à promouvoir la participation d'entités non-Membres. Cet intérêt n'existe qu'à l'occasion d'un différend dans lequel ils sont parties et pour lequel la personne extérieure peut leur apporter soutien. Encore n'est-il réel qu'à la condition que l'autre partie soit dans une situation plus faible l'empêchant de mettre à son service les mêmes moyens.

Section 2 : L'attraction obligatoire de l'Etat Membre

De manière *a priori* surprenante, l'attraction obligatoire ne saurait, dans l'ordre international, identifier à coup sûr une juridiction. Elle est le mécanisme qui permet à une partie, de manière unilatérale, d'impliquer l'autre partie dans un processus de règlement de leur différend sans que cette dernière ait exprimé sans équivoque son accord sur le choix précis du moyen de règlement et son intention d'utiliser un tel moyen. Or, une procédure de règlement d'un différend interétatique n'est pratiquement jamais enclenchée par une action unilatérale. Si l'unilatéralisme existe, il est dans le différend et non dans sa résolution. Encore est-il un unilatéralisme bilatéral. En effet, un différend naît de la désapprobation par un Etat du comportement ⁷⁵⁸ d'un autre Etat, désapprobation qui crée un désaccord, une opposition, entre ces deux Etats. Aussi l'unilatéralisme du

⁷⁵⁷ Rapport WT/DS58/RW. Dans cette affaire, le groupe spécial reconvoqué a reçu 2 mémoires. Il en a rejeté un et accepté l'autre en se contentant de constater qu'une partie l'avait intégré à ses communications (paragraphe 5.16).

⁷⁵⁸ Le comportement caractérise un fait ou une série de faits commis par l'Etat en question. Il peut également caractériser une abstention, une inaction.

comportement d'une partie doit-il entraîner l'unilatéralisme de la désapprobation de l'autre partie car, en l'absence d'une telle désapprobation, il ne peut y avoir de différend⁷⁵⁹.

La naissance du différend doit par conséquent être distinguée de l'effectivité du différend. Elles ne sont pas simultanées car le comportement intervient forcément avant l'expression du mécontentement induit. Elles ne sont pas liées car le comportement ne donne pas automatiquement lieu à une désapprobation formulée et n'entraîne donc pas de différend. Elles ont pour seul point commun d'être toutes deux unilatérales : le comportement objet du différend est le fait d'un seul Etat ; la désapprobation et sa formulation sont le fait d'un seul autre Etat⁷⁶⁰. Cet unilatéralisme alterné cesse dès que les Etats tentent de résoudre le différend qui les oppose. L'opposition entre ces deux Etats est un lien qui crée le différend et sa résolution pacifique passe par le bilatéralisme, même si ce dernier peut être qualifié de bilatéralisme d'opposition dans la mesure où c'est un désaccord qui crée la nécessité d'un accord pour être surmonté.

Bien entendu, l'initiative du recours à des mécanismes de règlement du différend sera bien souvent unilatérale car c'est l'Etat lésé qui formulera le souhait de voir le différend se régler. Mais cette initiative est distincte du choix et de l'efficacité du mécanisme. Le recours à un mode de règlement ne peut se faire que par accord entre les parties. Une partie veut le recours ; les deux parties décident d'un commun accord de recourir et déterminent ensemble le type de mécanisme qu'elles enclencheront. D'une manière générale, le « **principe** » est celui du « **libre choix des moyens de règlement des différends pour les Etats** ». « **Le libre choix des moyens (...) ne s'exerce que par une volonté concordante des Etats en cause (...). Le caractère facultatif pour les deux parties du recours à un mode de règlement quel qu'il soit, (...) est un des principes les plus fermement établis du droit international (...); il est en même temps ce qui exclut toute assimilation entre les mécanismes du contentieux international et du contentieux interne** »⁷⁶¹.

Il n'existe donc pas, par principe, d'attraction obligatoire en droit international public. Ainsi, l'attraction obligatoire ne saurait être utilisée pour distinguer le mode juridictionnel des autres modes de règlement, puisqu'elle n'existe pas par principe. Bien plus, les nuances qui peuvent être apportées à ce principe ne créent pas cette distinction mais contribuent au contraire à son affaiblissement. Il suffit pour s'en convaincre de considérer, même brièvement, chaque mode classique de règlement des différends du droit international public.

D'abord, la négociation est paradoxalement d'initiative unilatérale. En effet, « **degré minimum de l'obligation de régler pacifiquement les différends internationaux, et**

⁷⁵⁹ Il faut ici noter que l'existence d'un différend peut être contestée, celle-ci devant être établie objectivement selon la jurisprudence de la CIJ. Voir sur ce point J. Combacau, S. Sur, *op. cit.*, pp. 554-555.

⁷⁶⁰ Bien entendu, cette réflexion théorique ne se fonde que sur deux Etats opposés mais force est de constater que la pratique va bien souvent voir l'intervention de plusieurs Etats qui vont se répartir en fonction de ces deux pôles, que ces Etats soient également des parties au différend ou des tierces parties.

⁷⁶¹ J. Combacau, S. Sur, *op. cit.*, p. 556.

condition de mise en œuvre de procédés plus techniques, l'obligation de négocier a un fondement coutumier »⁷⁶². Aussi la volonté unilatérale de négocier entraînera-t-elle l'obligation coutumière de négocier. La négociation admet donc une initiative unilatérale par une partie, ce qui aura pour conséquence une attraction obligatoire de l'autre partie dans ce mode de règlement des différends. En outre, l'absence de la tenue effective des négociations, du fait d'un refus unilatéral du destinataire de la demande, est un échec, et non une absence, de ces négociations. L'absence de négociation est une négociation, dès lors qu'une volonté de négocier s'est exprimée. **« Très souvent, la négociation n'est qu'un des éléments d'un engagement plus vaste ; elle intervient alors soit en tant que préalable nécessaire à une procédure complexe (...), soit en vue de faciliter l'achèvement de la procédure »**⁷⁶³.

Ensuite, le même schéma s'applique aux bons offices. **« Les bons offices désignent l'intervention d'une tierce puissance qui juge "bon d'offrir" son entremise pour faire cesser un litige entre deux Etats, ou qui est invitée à le faire par l'un ou les deux Etats en conflit »**⁷⁶⁴. Ils sont donc effectifs par l'intervention unilatérale d'un tiers ou d'une partie, même s'ils peuvent l'être par action bilatérale. Cette **« offre de bons offices (...) peut être refusée par l'un ou l'autre des Etats en litige »**⁷⁶⁵ mais cette possibilité ne remet pas en cause la constatation d'une attraction obligatoire, car le refus de cette offre sera le cas échéant formulé consécutivement à ce contact qui constitue la procédure de bons offices. Les bons offices peuvent être déclenchés de manière bilatérale, mais également par attraction obligatoire exercée par une partie ou par le tiers les offrant. Ce dernier **« utilise son influence morale ou politique pour établir le contact (...) entre les parties et faciliter l'organisation matérielle de la négociation. En principe, l'Etat tiers ne prend pas une part directe aux conversations, qui restent l'œuvre exclusive des parties au différend. Sa tâche est terminée dès que les adversaires acceptent de se rencontrer et entament la négociation »**⁷⁶⁶ ; il **« ne peut faire plus que suggérer un mode de règlement propre à déboucher sur une solution substantielle, sans en dégager une lui-même »**⁷⁶⁷.

La négociation et les bons offices sont un moyen de choisir un mode de règlement. C'est à cette condition que l'unilatéralisme est admis. Aussi l'attraction obligatoire les caractérise-t-elle, la première du fait de son caractère coutumier, les seconds du fait de leur nature diplomatique basique et de leur fonction de préparation au règlement. En

⁷⁶² P. Daillier et A. Pellet (N. Quoc Dinh †), *op. cit.*, p. 828. Voir dans le même sens pour exemples : J. Combacau, S. Sur, *op. cit.*, pp. 552-556. P.-M. Dupuy, *Droit international public, op. cit.*, p. 468.

⁷⁶³ P. Daillier et A. Pellet (N. Quoc Dinh †), *op. cit.*, p. 829.

⁷⁶⁴ *Ibid.*, p. 833.

⁷⁶⁵ *Ibid.*, p. 834.

⁷⁶⁶ *Ibid.*, p. 833.

⁷⁶⁷ J. Combacau, S. Sur, *op. cit.*, p. 560.

revanche, les autres procédés de règlement ne bénéficient pas d'une obligation coutumière reconnue par le droit international public en dehors de tout accord interétatique ou déclaration étatique et aboutissant automatiquement à l'attraction obligatoire d'une ou des deux parties. De plus, leur nature est plus élaborée du fait de l'intervention appuyée d'un tiers et leur fonction est plus directement celle de régler le différend. Ainsi, ils ne peuvent admettre aussi facilement une attraction obligatoire. Ces procédures ayant pour caractéristique l'intervention d'une entité tierce au différend, à la participation plus ou moins marquée selon celle des procédures choisie, l'accord entre parties n'en sera que plus difficile à obtenir ; en outre, ce tiers a une action décisive à la fois dans le mécanisme et dans son résultat. Ces parties devront donc non seulement, du fait de l'enjeu, s'entendre sur l'utilisation d'un des trois mécanismes, c'est-à-dire sur le niveau d'intervention du tiers au différend, mais également sur l'identité de ce tiers intervenant. Ces procédures sont la médiation, l'enquête, la conciliation, l'arbitrage et le règlement juridictionnel *stricto sensu*.

D'abord, la médiation est souvent confondue à juste titre avec les bons offices dans la mesure où, « **dans la pratique, une mission réussie de bons offices est de nature à inciter les parties à accepter une offre de médiation pour la conduite des négociations. En outre, par définition, une médiation inclut les bons offices** »⁷⁶⁸ et « **le tiers intervient souvent tour à tour à l'un et l'autre titres** »⁷⁶⁹. Cependant, elle s'en singularise par l'intervention du tiers médiateur qui « **propose des bases de négociation et intervient dans le déroulement de la négociation pour favoriser un rapprochement des points de vue des intéressés** », qui va « **suivre et même (...) guider la négociation jusqu'à son aboutissement** »⁷⁷⁰. Cette immixtion d'un tiers pour la première fois – à la différence des négociations et des bons offices – dans le déroulement même du mécanisme de règlement effectif du différend fait de la médiation un procédé à déclenchement bilatéral. A partir du moment où la médiation n'est enclenchée que par l'action du médiateur au sein du règlement, et où « **l'offre (...) de médiation peut être refusée par l'un ou l'autre des Etats en litige** »⁷⁷¹, cette médiation ne sera pas effective sans accord des deux parties.

En outre, l'enclenchement de la médiation répond parfois à des conditions fixées par un accord de procédure⁷⁷², la présence de ce texte matérialisant encore davantage la nécessité d'un accord mutuel entre les parties sur le recours à une procédure de médiation. Certes, l'unilatéralisme peut se détecter dans « **l'hypothèse, assez rare, où il existe un engagement conventionnel d'accepter une médiation dans certaines**

⁷⁶⁸ P. Daillier et A. Pellet (N. Quoc Dinh †), *op. cit.*, p. 833

⁷⁶⁹ J. Combacau, S. Sur, *op. cit.*, p. 560.

⁷⁷⁰ P. Daillier et A. Pellet (N. Quoc Dinh †), *op. cit.*, p. 833.

⁷⁷¹ *Ibid.*, p. 834.

⁷⁷² Voir sur ce point J. Combacau, S. Sur, *op. cit.*, p. 560. Dans cet ouvrage est cité l'exemple de l'article 8 du Traité de Paris de 1856.

circonstances »⁷⁷³. Cependant, ce cas ne remet pas en cause le bilatéralisme de l'enclenchement car ce sont les parties qui ont adopté le texte prévoyant cette médiation. Seulement peut-il être atténué par éloignement, puisque le choix de la médiation peut être fait en dehors de tout différend avéré et préalablement à ce différend, et qu'il a pu parfois s'exprimer dans un cadre multilatéral et non simplement entre les parties au différend.

De même, la procédure d'enquête ne s'enclenche pas de manière unilatérale. **« Complémentaire des procédés de négociation ou du règlement juridictionnel ou arbitral »**, elle **« ne se suffit pas à elle-même comme moyen de règlement »**⁷⁷⁴. Elle participe néanmoins, au même titre que les mécanismes précédemment considérés, à la résolution des différends interétatiques : utilisée pour **« l'établissement de faits controversés »**, elle est **« un des moyens destinés à tirer au clair les circonstances qui (...) ont donné naissance »** au différend⁷⁷⁵. Le déclenchement de l'enquête ne saurait être unilatéral, puisqu'elle est une procédure facultative, **« une commission d'enquête (...) [étant] constituée en vertu d'un accord spécial entre les parties en litige »**⁷⁷⁶. Certes, ce caractère facultatif est quelquefois atténué par des accords interétatiques prévoyant l'institution de commissions d'enquête permanentes à saisine unilatérale ou encore l'obligation de recourir dans certains cas précis à enquête⁷⁷⁷. Il reste que le principe du libre choix des parties du moyen de règlement n'est pas remis en cause car, à l'instar de la procédure de médiation, le bilatéralisme de déclenchement est simplement nuancé par l'antériorité de l'accord interétatique par rapport à la naissance du différend.

Quant à la conciliation, elle s'intéresse au différend **« dans tous ses aspects pour pouvoir élaborer une solution »**. Prenant la forme de commissions de conciliation, elle **« repose toujours sur un accord »**, qu'il soit **« de caractère préventif qui organise à**

⁷⁷³ P. Daillier et A. Pellet (N. Quoc Dinh †), *op. cit.*, p. 834.

⁷⁷⁴ *Ibid.*, p. 835.

⁷⁷⁵ J. Combacau, S. Sur, *op. cit.*, p. 563. Ces auteurs précisent que l'enquête a une place peu évidente dans l'étude des modes de règlement des différends interétatiques car **« elle ne s'incorpore pas toujours à une procédure de règlement d'un différend »**. Elle est cependant bien souvent traitée comme un des moyens de règlement des différends interétatiques par de nombreux manuels de droit international public. C'est à ce titre que l'enquête est examinée dans le présent propos. La démonstration d'une absence d'attraction obligatoire au sein des mécanismes traditionnels de règlement des différends interétatiques se trouvera confirmée par l'étude de l'enquête. La présente analyse se consacre à l'influence des parties sur le déclenchement des mécanismes traditionnels de règlement des différends, et non sur leurs effets quant à l'efficacité de ces mécanismes. Si l'enquête devait être écartée de cette étude, il faudrait évidemment écartier également la procédure des bons offices qui ne s'occupe pas davantage de régler le différend mais de parvenir à un accord interétatique sur le moyen de règlement choisi. Peut-être faudrait-il alors écartier aussi la négociation ainsi que la médiation qui sont, elles, centrales dans le règlement mais semblent bien trop soumises aux aléas de la volonté des parties pour pouvoir être réellement qualifiées de procédures efficaces en pratique.

⁷⁷⁶ P. Daillier et A. Pellet (N. Quoc Dinh †), *op. cit.*, p. 834.

⁷⁷⁷ Voir sur les cas de perte du caractère facultatif du recours à enquête : P. Daillier et A. Pellet (N. Quoc Dinh †), *op. cit.*, pp. 834-836 ; J. Combacau, S. Sur, *op. cit.*, pp. 563-564.

l'avance la constitution et le mode de saisine de l'organe, la commission n'étant saisie que si un différend survient » ou qu'il soit *« conclu aux fins d'un différend déjà né »*⁷⁷⁸. Ici encore, la saisine unilatérale est possible et entraîne l'attraction obligatoire d'une partie par une autre. Ici encore, cette possibilité offerte à une partie ne remet pas en cause le principe de libre choix des Etats quant aux moyens de règlement de leurs différends dans la mesure où cette attraction obligatoire n'est possible qu'à la condition qu'un accord entre parties ou futures parties ne soit intervenu préalablement. Ainsi, seuls la négociation et les bons offices admettent une attraction obligatoire en dehors de tout engagement international. Si la saisine unilatérale d'un organe tiers participant au règlement diplomatique existe, elle est donc obligatoirement précédée d'un bilatéralisme conventionnel.

Enfin, il en est des mécanismes juridictionnels comme des mécanismes diplomatiques : une saisine unilatérale de l'organe arbitral ou juridictionnel ne peut être consécutive qu'à un engagement conventionnel. En effet, *« dans l'ordre international, le recours à une procédure juridictionnelle ou arbitrale est subordonné au consentement de toutes les parties à un litige. Aussi longtemps que survivra la souveraineté étatique, il sera difficile d'établir une justice internationale obligatoire, autorisant chaque Etat à citer unilatéralement un autre Etat devant une juridiction internationale à propos de n'importe quel différend. En fait, le règlement juridictionnel international est en progrès, mais son évolution continue de dépendre de la conclusion volontaire d'engagements de se soumettre à un procédé juridictionnel déterminé. Aussi peut-on parler de justice internationale obligatoire, mais seulement en précisant dans quelles relations et entre quels Etats : cette obligation ne repose pas sur un principe général du droit international mais toujours sur un fondement conventionnel »*⁷⁷⁹.

Ces fondements conventionnels sont divers. L'arbitrage peut être facultatif, par la voie d'un compromis d'arbitrage, ou obligatoire, soit par la voie d'une clause compromissoire contenue dans un traité dont l'objet est autre que le seul règlement des différends soit par la voie d'un traité d'arbitrage. En tout état de cause, *« le plus souvent, les engagements conventionnels ne créent qu'une obligation de principe de recourir à l'arbitrage. Pour que le recours soit effectif, il est alors nécessaire de déterminer la composition, les règles de fonctionnement et les pouvoirs de l'organe arbitral »* par un accord spécifique également appelé *« compromis d'arbitrage »*. *« Dans le cadre d'une justice non institutionnalisée, la libre volonté des Etats demeure la règle d'or »*. L'obstruction d'une partie est donc toujours possible dans le déclenchement d'une procédure d'arbitrage, même si elle est irrégulière au regard des engagements interétatiques auparavant contractés⁷⁸⁰. En outre, malgré des tentatives d'institutionnalisation et même *« si des progrès dans ce sens sont possibles, ils ne peuvent supprimer le caractère occasionnel de la technique arbitrale »*⁷⁸¹ ; sinon,

⁷⁷⁸ P. Daillier et A. Pellet (N. Quoc Dinh †), *op. cit.*, p. 836. Voir également J. Combacau, S. Sur, *op. cit.*, pp. 561-563.

⁷⁷⁹ P. Daillier et A. Pellet (N. Quoc Dinh †), *op. cit.*, p. 863.

⁷⁸⁰ Voir *ibid.*, pp. 869-879.

l'organe d'arbitrage deviendrait judiciaire⁷⁸².

De même, l'attraction obligatoire est conditionnée par un engagement conventionnel quand elle s'applique à l'enclenchement du mécanisme juridictionnel *stricto sensu*. « **Le principe du libre choix des moyens de règlement des différends comporte la faculté pour les Etats de recourir ou non aux moyens juridictionnels ; ceux-ci ne sont donc disponibles que si les deux parties au différend consentent ou ont consenti à établir entre elles un lien juridictionnel** »⁷⁸³. Le consentement nécessaire des parties à l'enclenchement de la procédure juridictionnelle peut s'exprimer de deux manières principales⁷⁸⁴ : par le compromis juridictionnel, acte individuel correspondant à un différend né et actuel⁷⁸⁵ ; par un acte réglementaire, correspondant à des différends éventuels, qui est soit une clause compromissoire, engagement spécial « **inclus dans une clause spéciale de règlement juridictionnel contenue dans un traité dont l'objet principal n'est pas le règlement des différends** », soit un engagement général figurant « **dans des traités (...) consacrés principalement au règlement pacifique des différends** »⁷⁸⁶. Par ailleurs, dans le cas de la CIJ⁷⁸⁷, les Etats peuvent, indépendamment de tout différend et de manière unilatérale, souscrire à la clause facultative de juridiction obligatoire qui a le principe suivant fixé par le Statut de la CIJ : « **les Etats parties au présent Statut pourront, à n'importe quel moment, déclarer reconnaître comme obligatoire de plein droit et sans convention spéciale à l'égard de tout autre Etat acceptant la même obligation, la juridiction de la Cour sur tous les différends d'ordre juridique (...)** »⁷⁸⁸. Cette clause facultative est souvent assortie de réserves pour limiter le champ d'application de cet engagement⁷⁸⁹. Quoiqu'il en soit, l'attraction obligatoire est précédée d'un engagement qui ne peut être unilatéral.

Le déclenchement du règlement juridictionnel, qu'il soit arbitral ou judiciaire, est donc

⁷⁸¹ *Ibid.*, p. 879.

⁷⁸² Voir pour une étude détaillée des tentatives d'institutionnalisation *Ibid.*, pp. 879-883.

⁷⁸³ J. Combacau, S. Sur, *op. cit.*, p. 575.

⁷⁸⁴ Voir sur ce point J. Combacau, S. Sur, *op. cit.*, pp. 575-581.

⁷⁸⁵ Il est couramment admis que ce compromis puisse ne pas être exprès mais résulter « *du comportement de l'Etat défendeur postérieurement à la saisine* » ; voir pour détails P. Daillier et A. Pellet (N. Quoc Dinh †), *op. cit.*, p. 896. Il s'agit dans ce cas « *d'établir la juridiction du tribunal par la technique unilatérale* » ; voir J. Combacau, S. Sur, *op. cit.*, pp. 576-577.

⁷⁸⁶ P. Daillier et A. Pellet (N. Quoc Dinh †), *op. cit.*, pp. 897-898.

⁷⁸⁷ Et auparavant de la CPJI.

⁷⁸⁸ Article 36, paragraphe 2.

⁷⁸⁹ Voir pour études détaillées, par exemple : J. Combacau, S. Sur, *op. cit.*, pp. 579-581 ; P. Daillier et A. Pellet (N. Quoc Dinh †), *op. cit.*, pp. 898-900.

bien bilatéral : il est caractérisé par une attraction obligatoire, à la condition que la saisine unilatérale soit précédée d'une procédure bilatérale – ou multilatérale – conventionnelle une fois le différend né et actuel ou préalablement à un tel différend. L'originalité de l'enclenchement du règlement juridictionnel réside dans la clause facultative de juridiction obligatoire qui permet une acceptation unilatérale quand les parties décident de reconnaître la juridiction d'un tribunal de manière séparée et avant toute naissance de différend les opposant. Cette originalité ne remet cependant pas en cause le principe de libre volonté étatique dans le choix des moyens de règlement puisque la clause facultative nécessite en réalité un « **mono-latéralisme** » double et concordant des parties au différend, condition essentielle d'une attraction obligatoire postérieure. Cette attraction obligatoire s'appelle alors, dans le cas d'un procédé juridictionnel de règlement, une « **juridiction obligatoire** »⁷⁹⁰. La seule particularité remarquable de la clause facultative est double. D'une part, l'engagement de chaque Etat est véritablement monolatéral, c'est à dire que « **c'est par le jeu de son autonomie que l'Etat renonce une fois pour toutes à une partie de sa liberté de choisir le moment venu entre les voies de règlement que lui offrait le droit international général** »⁷⁹¹. D'autre part, cette clause facultative ne s'applique par à un différend unique mais à un ensemble de différends pouvant survenir dans une catégorie définie à l'avance⁷⁹².

Les caractéristiques respectives de déclenchement des différents modes de règlement sont toutes sous-tendues par le même principe de libre choix des parties du moyen de régler leurs différends et admettent un déclenchement soit directement bilatéral une fois le différend né et actuel soit unilatéral après accord bilatéral ou mono-latéral double préalables à la naissance du différend. Par conséquent, la distinction majeure entre le mode de règlement juridictionnel et les autres modes de règlement, diplomatiques ou arbitral, ne se fera pas entre unilatéralisme et bilatéralisme de la saisine, ni entre attraction obligatoire après engagement préalable bilatéral ou mono-latéral double et accord des parties une fois né le différend. Tous les modes de règlement sans exception admettent pour principe l'accord bilatéral de déclenchement d'un mode de règlement choisi d'un commun accord et pour exception l'attraction obligatoire par saisine unilatérale après engagement conventionnel préalable au différend. Seuls la négociation et parfois les bons offices sont à déclenchement unilatéral. L'attraction obligatoire n'est donc pas caractéristique de la juridiction internationale.

Nonobstant, l'attraction obligatoire constitue du point de vue de nombreux auteurs un progrès indéniable qui va dans le sens d'une valorisation et d'une individualisation grandissantes du règlement juridictionnel par rapport aux autres modes de règlement des différends interétatiques ; finalement, elle va dans le sens d'un rapprochement avec la juridiction obligatoire telle que les systèmes juridictionnels internes la connaissent. Déjà, certains qualifient « **l'acceptation de l'arbitrage pour des litiges encore éventuels** » de « **progrès du droit de l'arbitrage, en ce qu'elle permet de définir la portée de ce**

⁷⁹⁰ Voir pour une définition précise de la juridiction obligatoire l'ouvrage de MM. Combacau et Sur, *op. cit.*, p. 577.

⁷⁹¹ J. Combacau, S. Sur, *op. cit.*, p. 577.

⁷⁹² Voir *Ibid.*, p. 577.

mode de règlement en l'absence de tension politique, à l'issue d'une négociation diplomatique, mais surtout en ce qu'elle autorise le déclenchement unilatéral de la procédure d'arbitrage lorsque survient un litige » et reconnaissent que **« le nombre de tels engagements a augmenté régulièrement au XXe siècle »**⁷⁹³.

Surtout, bien qu'il s'agisse **« en réalité d'un cas particulier du consentement des Etats au règlement juridictionnel des différends »**⁷⁹⁴, **« le procédé réglementaire constitue une amélioration technique considérable puisqu'il consiste à conférer à un tribunal une juridiction non plus pour un différend unique mais pour l'ensemble de ceux qui peuvent survenir dans le champ de catégories définies à l'avance ; il s'agit donc bien de déterminer des cas de "juridiction obligatoire" »**⁷⁹⁵. Bien entendu, la juridiction obligatoire est, en droit international général, relativement peu prisee par les Etats. En outre, ceux-ci vont souvent, quand ils s'engagent sur ce point, formuler des réserves limitant son champ d'application, voire dénoncer cet engagement de telle sorte que fort peu nombreux et peu puissants sont les Etats qui s'estiment encore actuellement liés par une clause ou un engagement de juridiction obligatoire devant les tribunaux internationaux importants tels que la CIJ par exemple⁷⁹⁶.

Mais ici réside l'intérêt d'une étude de l'attraction obligatoire appliquée au système mémorandaire. Bien qu'en pratique l'attraction obligatoire reste marginale, elle est en théorie un progrès considérable à même de renforcer les procédures de règlement des différends qui la mettent en place. Cette amélioration est de nature à garantir une juridictionnalité de ces procédures puisqu'elle permet le rapprochement entre ces mécanismes et les systèmes juridictionnels de droit interne. Même si **« la base légale de l'obligation de recourir au règlement juridictionnel (...) ne se trouve pas comme en droit interne dans une règle objective (...) mais dans l'acte par lequel deux Etats se sont, par leur propre volonté, rendu opposable entre eux un cas de compétence obligatoire du tribunal : c'est par le jeu de son autonomie que l'Etat renonce une fois pour toutes à une partie de sa liberté de choisir le moment venu entre les voies de règlement que lui offrait le droit international général »**⁷⁹⁷.

D'ailleurs, M. Canal-Forgues, établissant une grille de lecture du mécanisme de règlement des différends institués par le GATT, parle de **« conciliation quasi judiciaire »** quand il trouve **« un certain nombre d'indices concordants [qui] attestent d'une volonté commune des parties contractantes d'établir un régime juridique**

⁷⁹³ P. Daillier et A. Pellet (N. Quoc Dinh †), *op. cit.*, p. 871.

⁷⁹⁴ *Ibid.*, p. 897.

⁷⁹⁵ J. Combacau, S. Sur, *op. cit.*, p. 577. Voir ce même ouvrage pour une définition complète de la notion de juridiction obligatoire.

⁷⁹⁶ De nombreux auteurs affirment qu'une baisse considérable des engagements et clauses de juridiction obligatoire, ainsi que des réserves importantes et des dénonciations de ces conventions se sont produites récemment, de telle sorte que l'effectivité de la juridiction obligatoire devient exceptionnelle par rapport aux engagements pris par les parties une fois le différend né et actuel. Voir pour exemples : P. Daillier et A. Pellet (N. Quoc Dinh †), *op. cit.*, pp. 898-900. ; J. Combacau, S. Sur, *op. cit.*, pp. 578-581.

⁷⁹⁷ J. Combacau, S. Sur, *op. cit.*, p. 577.

harmonisé de la conciliation »⁷⁹⁸, au rang desquels se trouve « **un droit absolu à la demande d'établissement d'un Groupe spécial** », aménagement important renforçant « **le mouvement général de juridictionnalisation des procédures** »⁷⁹⁹. Ce rapprochement entre l'attraction obligatoire et la qualification juridictionnelle d'un mécanisme de règlement interétatique est également opéré plus généralement à propos de la conciliation quand il est question de constater que la procédure de conciliation comporte « **une plus grande autonomie de l'organe de règlement par rapport aux parties** » qui la **rapproche « des modes juridictionnels** »⁸⁰⁰.

L'identification d'une saisine unilatérale appliquée au système mémorandaire est donc à même d'appuyer la démonstration d'une juridictionnalité ; bien que n'étant pas déterminante dans le cadre international, elle rapprocherait le système mémorandaire du modèle juridictionnel interne, ou au moins du mécanisme de la clause facultative de juridiction obligatoire telle que la connaît la CIJ, et elle constituerait à ce titre un renforcement de la juridictionnalité envisagée globalement. Le dispositif normatif de l'OMC se compose essentiellement d'accords multilatéraux au titre desquels figure le Mémorandum. Chaque Membre est forcément lié par la totalité de ces accords multilatéraux. Aussi la prévision par le Mémorandum d'un mécanisme d'attraction obligatoire éliminerait-t-elle toute possibilité de négocier, signer ou se désister d'un compromis « **juridictionnel** » ou d'une clause facultative de juridiction obligatoire, ni même d'accepter pour tel différend et de refuser pour tel autre la compétence de telle instance de règlement. L'adhésion à l'OMC implique pour chaque Etat Membre de nombreux avantages commerciaux garantis par les nombreux accords multilatéraux gérés par l'OMC mais aussi l'éventuel désagrément de pouvoir être attiré par un plaignant devant le système mémorandaire de règlement des différends si tel est le mécanisme que le Mémorandum met en place.

Le système de l'OMC constitue le terrain propice à l'instauration d'une attraction obligatoire alors qu'en droit international général, c'est le compromis juridictionnel qui l'emporte, ce compromis étant formulé à l'occasion d'un différend né et actuel. Le vœu pieux des auteurs, constatant les progrès théoriques d'une attraction obligatoire née d'engagements détachés de tout différend né et actuel tout en notant la rareté de l'effectivité de ce système, peut être réalisé dans le cadre de l'OMC. L'exception constituée par la juridiction obligatoire face au principe du compromis juridictionnel dans le droit international général se transformerait, dans le cadre de l'OMC, en principe ne souffrant aucune exception.

⁷⁹⁸ E. Canal-Forgues, *L'institution de la conciliation...*, p. 581.

⁷⁹⁹ *Ibid.*, pp. 560-561.

⁸⁰⁰ J. Combacau, S. Sur, *op. cit.*, p. 561. Il reste tout de même difficile d'établir un tel rapprochement à propos de la conciliation car les auteurs traitant de conciliation quasi judiciaire ou encore de conciliation obligatoire s'intéressent davantage aux effets sur les parties de la procédure et de la décision qu'à l'enclenchement de cette procédure ; voir, pour exemple, MM. Daillier et Pellet qui définissent la conciliation obligatoire comme un « *arbitrage qui ne veut pas dire son nom* », in P. Daillier et A. Pellet (N. Quoc Dinh †), *op. cit.*, p. 918.

Pour ce faire, deux conditions doivent être réunies. D'une part, il ne faut pas que les Membres puissent sortir du système mémorandaire pour lui préférer un mécanisme traditionnel du droit international public qui n'admet pas une telle attraction obligatoire ; et la concentration organique précédemment établie montre que les bons offices, conciliation et médiation de l'article 5 ainsi que l'arbitrage de l'article 25 ne peuvent constituer de telles alternatives puisqu'ils nécessitent un accord bilatéral entre les parties, sont concurrencés, du fait de leur institutionnalisation particulière, par le mécanisme mémorandaire « *normal* » qui peut passer outre cet accord, et n'auront donc pas les faveurs du plaignant préférant ne pas soumettre le déroulement du règlement à la résistance du défendeur. D'autre part, si l'exclusivité du système mémorandaire permet d'affirmer la situation monopolistique d'une éventuelle attraction obligatoire, encore faut-il préciser l'effectivité de cette attraction à l'intérieur d'un système composé de plusieurs phases distinctes ; l'attraction obligatoire d'un Etat par un autre Etat au sein d'un mécanisme de règlement des différends doit donc se vérifier non pas une fois, lors du seul premier enclenchement du système de règlement, mais pour chacune des trois étapes du système mémorandaire que sont les consultations, la phase du groupe spécial et l'examen en appel.

En premier lieu, il est ici difficile de parler de saisine dans le cadre des consultations, dans la mesure où le seul organe « *saisi* » est l'ORD mais où sa fonction au sein de la procédure de règlement n'est pas centrale. En revanche, le critère plus général d'attraction obligatoire découlant du caractère unilatéral de toute saisine peut convenir, à condition de considérer qu'il s'agit d'une attraction au sein d'un mécanisme bilatéral de règlement et non devant un organe de règlement. Le Mémoire prévoit bien un mécanisme d'attraction obligatoire d'un Etat défendeur au bénéfice d'un Etat plaignant. Son article 4 pose en effet le principe suivant : « **les Membres affirment leur résolution de renforcer et d'améliorer l'efficacité des procédures de consultation utilisées par les Membres** »⁸⁰¹ et précise que « **chaque Membre s'engage à examiner avec compréhension toutes représentations que pourra lui adresser un autre Membre au sujet de mesures affectant le fonctionnement de tout accord visé prises sur son territoire et à ménager des possibilités adéquates de consultation sur ces représentations** »⁸⁰². Pour ce faire, « **si une demande de consultations est formulée (...), le Membre auquel la demande est adressée y répondra (...) et engagera des consultations de bonne foi (...) en vue d'arriver à une solution mutuellement satisfaisante** »⁸⁰³, le but étant le suivant : « **au cours des consultations engagées (...) les Membres devraient s'efforcer d'arriver à un règlement satisfaisant de la question** »⁸⁰⁴. L'initiative des consultations est donc bien unilatérale et la passivité du Membre destinataire est par principe proscrite.

⁸⁰¹ Article 4 : 1.

⁸⁰² Article 4 : 2.

⁸⁰³ Article 4 : 3.

⁸⁰⁴ Article 4 : 5.

Le caractère unilatéral de l'initiative n'entraîne pas automatiquement une attraction obligatoire car le Membre destinataire peut toujours rester inactif à partir du moment où aucun mécanisme contraignant ne vient l'inciter à répondre à cette demande de consultations. Néanmoins, il a précédemment été établi que les consultations ne sont pas synonymes de discussions interétatiques mais consistent en un cadre temporel et spatial dans lequel peuvent se dérouler des discussions en vue de résoudre le différend, ce qui signifie que la phase des consultations sera effective même en l'absence de toute réponse de la part de l'Etat destinataire de la demande de consultations.

De même, le Mémoire délimite la phase des consultations dans leur durée en prévoyant des conditions strictes de délais. Il assure de la sorte l'effectivité des consultations et précise que cette effectivité n'est aucunement liée à la participation active du Membre destinataire. En effet, **« le Membre auquel la demande est adressée y répondra, sauf accord mutuel, dans les 10 jours suivant la date de réception et engagera des consultations de bonne foi au plus tard 30 jours après la date de réception de la demande (...). Si le Membre ne répond pas dans les 10 jours suivant la date de réception de la demande, ou n'engage pas de consultations au plus tard 30 jours, ou dans un délai convenu par ailleurs d'un commun accord, après la date de réception de la demande »**⁸⁰⁵, ou **« si les consultations n'aboutissent pas à un règlement du différend dans les 60 jours suivant la date de réception de la demande de consultations »**⁸⁰⁶, le plaignant **« pourra alors directement demander l'établissement d'un groupe spécial »**⁸⁰⁷.

Par conséquent, l'inertie du destinataire de la demande de consultations est possible mais n'est pas rédhitoire. La phase des consultations est caractérisée par la seule volonté unilatérale du plaignant exprimée par la notification de la demande de consultations à l'ORD⁸⁰⁸ et garantie par la fixation de stricts délais. L'inertie du destinataire n'empêche pas son attraction obligatoire au sein de la phase des consultations car le Mémoire admet tout à fait l'ineffectivité des discussions pendant la phase des consultations et les groupes spéciaux comme l'Organe d'appel ont pu à de nombreuses reprises, malgré quelques confusions parfois notables, admettre que l'absence de discussions n'entraîne pas l'inexistence de la phase des consultations⁸⁰⁹.

En deuxième lieu, plus complexe est l'examen de l'attraction obligatoire au sein de la phase du groupe spécial car cette dernière se caractérise par l'intervention d'un organe tiers au différend et non-préétabli⁸¹⁰. Il est difficile d'admettre l'effectivité d'une attraction obligatoire si le groupe spécial n'existe pas, malgré l'enclenchement de cette phase, à partir du moment où il constitue l'organe central de cette phase, spécialisé dans le

⁸⁰⁵ Article 4 : 3.

⁸⁰⁶ Article 4 : 7.

⁸⁰⁷ Article 4 : 3.

⁸⁰⁸ conformément à l'article 4 : 4 du Mémoire.

⁸⁰⁹ Voir la première Section du Chapitre précédent.

règlement des différends. Il ne s'agit donc plus de considérer l'attraction au sein d'un processus particulier de règlement mais d'établir une saisine unilatérale. Or, la saisine d'un groupe spécial comporte en réalité trois étapes : une demande d'établissement du groupe spécial⁸¹¹, son établissement effectif⁸¹² et la détermination de son mandat et de sa composition⁸¹³. Ces trois étapes sont autant de mécanismes qui peuvent définir une attraction obligatoire et qui, bloqués, peuvent l'interdire.

D'abord, la demande d'établissement d'un groupe spécial est formulée par la partie plaignante à l'issue des délais de consultations précédemment précisés ou des délais plus courts ou plus longs fixés par les parties d'un commun accord⁸¹⁴. Ce texte précise bien que c'est « **le Membre qui aura demandé l'ouverture des consultations** »⁸¹⁵, appelé également « **partie plaignante** »⁸¹⁶, qui pourra formuler la demande d'établissement d'un groupe spécial. Cette demande a un contenu imposé qui ne peut être fixé que par le plaignant puisque doivent être énoncés « **un bref exposé du fondement juridique de la plainte** » et éventuellement « **le texte du mandat spécial proposé** » par « **la partie requérante** »⁸¹⁷. Il en résulte que cette demande est soumise au libre choix de l'Etat plaignant et qu'il possède le monopole de l'initiative.

Ensuite, une fois la demande d'établissement formulée par la partie plaignante, « **un groupe spécial sera établi au plus tard à la réunion de l'ORD qui suivra celle à laquelle la demande aura été inscrite pour la première fois à l'ordre du jour de l'ORD, à moins qu'à ladite réunion l'ORD ne décide par consensus de ne pas établir de groupe spécial** »⁸¹⁸. L'unilatéralisme de la demande d'établissement se prolonge dans l'établissement effectif : le système du consensus négatif implique l'automatisme de l'établissement par l'ORD du groupe spécial, puisque le plaignant, membre de l'ORD, suffit, seul, à empêcher un consensus du refus ; le plaignant a, seul, la décision de

⁸¹⁰ Ce caractère préétabli n'a pas de consécration immédiate dans le Mémoire, même s'il a été précédemment démontré qu'une certaine dose de permanence caractérisait ces groupes spéciaux. Se reporter pour l'étude du préétablissement des groupes spéciaux à la Section du Titre précédent consacrée au critère de permanence. Le Présent propos concernant le volet procédural, il ne sera retenu que l'absence formelle de préétablissement que le Mémoire prévoit.

⁸¹¹ Voir particulièrement les articles 4, paragraphes 3 et 7, et l'article 6 : 2.

⁸¹² Voir sur ce point l'article 6 : 1.

⁸¹³ Voir les articles 7 et 8.

⁸¹⁴ Voir sur ces points l'article 4.

⁸¹⁵ Article 4 : 3.

⁸¹⁶ Articles 4 : 7 et 6 : 1.

⁸¹⁷ Article 6 : 2.

⁸¹⁸ Article 6 : 1.

l'établissement du groupe spécial car le refus du défendeur lors de la première réunion sera surmonté par l'inscription de la demande pour la seconde fois à l'ordre du jour d'une réunion de l'ORD par ledit plaignant. En pratique, l'ORD n'établit pas les groupes spéciaux au cours de la première réunion⁸¹⁹. A de rares exceptions près, c'est à la réunion de l'ORD qui suit celle au cours de laquelle la demande a été examinée pour la première fois que le groupe spécial est établi par l'ORD⁸²⁰.

Aussi l'établissement effectif du groupe spécial est-il automatique et enclenché par la seule volonté du plaignant, comme le constate l'Organe d'appel⁸²¹ et comme le montrent les différents comptes-rendus des réunions de l'ORD. Ces dernières, en effet, font souvent état de la résignation des défendeurs reconnaissant leur impuissance face au Mémoire à s'opposer à cet établissement⁸²², parfois de leur désaccord profond et de leur opposition formulée⁸²³, quelquefois de problèmes de procédures renvoyés pour traitement au groupe spécial constitué⁸²⁴, plus rarement de l'accord du défendeur sur cet établissement⁸²⁵; Ces comptes-rendus rapportent que le Président de l'ORD propose l'établissement que l'ORD accepte toujours ou, plus rarement, que le Président se borne à

⁸¹⁹ Au 19 mai 2003 (date de la réunion de l'ORD WT/DSB/M/150), l'examen de tous les comptes-rendus des réunions de l'ORD montre que 147 demandes d'établissement de groupes spéciaux lui ont été soumises, concernant *in fine* 123 affaires distinctes. Sur ces dernières, seules 12 ont donné lieu à un accord des parties dès la première réunion de l'ORD sur l'établissement par cet organe d'un groupe spécial. Ne sont pas comptabilisés ici les cas de demandes d'établissement satisfaites par l'ORD dès la première réunion du fait du regroupement des affaires pour un même groupe spécial alors que le premier établissement de ce groupe spécial, consécutif à la première des affaires jointes, se fait toujours en pratique lors de la seconde réunion de l'ORD.

⁸²⁰ Au 19 mai 2003, sur 110 groupes spéciaux établis, une seule première demande d'établissement est fort éloignée de la seconde. Dans l'affaire DS46, 10 mois séparent la première de la seconde demande. Voir sur ce point les comptes-rendus des réunions de l'ORD WT/DSB/M/22 et M/27. Pour les 98 autres groupes spéciaux établis par l'ORD après la première réunion, l'écart entre la première et la seconde réunion est très faible, même si ce n'est pas toujours à la réunion suivant immédiatement la première que la demande d'établissement est pour la seconde fois inscrite à l'ordre du jour. Cette distorsion par rapport aux prévisions du Mémoire s'explique parfois par une volonté du plaignant et plus souvent par des impératifs de gestion de l'ordre du jour qui créent des réunions spéciales ou extraordinaires s'intercalant entre les deux demandes d'établissement. Il reste que les délais entre première et seconde demandes sont toujours, sauf dans l'exception précédemment signalée, très courts, c'est-à-dire en général inférieurs à 1 mois.

⁸²¹ Voir par exemple le Rapport WT/DS27/AB/R/ECU, paragraphe 7.20.

⁸²² Voir pour exemples les comptes-rendus des réunions de l'ORD : WT/DSB/M/14, pp. 3-4 ; WT/DSB/M/17, p. 4 ; WT/DSB/M/19, p. 2 ; WT/DSB/M/24, pp. 2-3 ; WT/DSB/M/26, p. 2 ; WT/DSB/M/31, p. 3 ; WT/DSB/M/39, pp. 4-5 ; WT/DSB/M/47, p. 7 et p. 9 ; WT/DSB/M/48, p. 4 ; WT/DSB/M/49, p. 11 ; WT/DSB/M/54, pp. 43-44 ; WT/DSB/M/64, p. 6 ; WT/DSB/M/65, p. 13 ; WT/DSB/M/92, paragraphe 45 ; WT/DSB/M/106, paragraphe 44 ; WT/DSB/M/107, paragraphe 36 ; WT/DSB/M/123, paragraphe 21.

⁸²³ Voir pour exemples les comptes-rendus des réunions de l'ORD : WT/DSB/M/51, p. 11 ; WT/DSB/M/68, p. 8 ; WT/DSB/M/71, p. 17, WT/DSB/M/86, paragraphes 46 à 59, WT/DSB/M/88, paragraphe 11 ; WT/DSB/M/98, paragraphe 71.

⁸²⁴ Voir pour exemples les comptes-rendus des réunions de l'ORD : WT/DSB/M/64, point 3 ; WT/DSB/M/80, paragraphe 39 ; WT/DSB/M/92, paragraphe 85.

préciser qu'aucun consensus ne se dégage pour refuser, à la seconde demande, l'établissement effectif du groupe spécial⁸²⁶. Une chance est laissée au commun accord des parties sur la proposition du plaignant désirant l'établissement du groupe spécial puis un mécanisme contraignant est prévu pour ne pas que l'attraction obligatoire soit inefficace du fait de la résistance du défendeur.

Enfin, une fois établi par l'ORD, le groupe spécial doit être effectivement composé et doté d'un mandat précis. Ce dernier est par principe fixé par le Mémoire de manière automatique, « *à moins que les parties au différend n'en conviennent autrement dans un délai de 20 jours à compter de l'établissement du groupe spécial* », l'ORD pouvant « *autoriser son Président à (...) définir le mandat en consultation avec les parties* »⁸²⁷. Il ne pose guère de problème quant à sa fixation en pratique car le modèle du mandat type est formulé par le Mémoire⁸²⁸ et ce mandat type sera la plupart du temps appliqué⁸²⁹. La fixation du mandat découle directement de l'établissement effectif du groupe spécial et, étant automatique, elle ne peut remettre en cause le caractère unilatéral de la saisine du groupe spécial.

En revanche, la composition du groupe spécial suscite davantage de difficultés. A première vue, il semble que la désignation des membres des groupes spéciaux est simplement administrative. Le Mémoire, en effet, prévoit que la désignation des membres des groupes spéciaux est de la compétence du Secrétariat, sauf opposition des parties « *pour des raisons contraignantes* »⁸³⁰ auquel cas c'est le Directeur général qui

⁸²⁵ Voir pour exemples les comptes-rendus des réunions de l'ORD : WT/DSB/M/16, p. 2 ; WT/DSB/M/36, p. 4 ; WT/DSB/M/77, paragraphe 42.

⁸²⁶ Voir pour exemples les comptes-rendus des réunions de l'ORD : WT/DSB/M/64, p. 12 ; WT/DSB/M/80, paragraphe 39.

⁸²⁷ Article 7.

⁸²⁸ Article 7 : 1.

⁸²⁹ Au 19 mai 2003, 99 groupes spéciaux ont été dotés d'un mandat-type sur 110 établis. Il faut ajouter 3 mandats dont le type n'est pas précisé lors des établissements en réunion de l'ORD et pour lesquels il faut donc croire que ce sont encore trois mandats-type supplémentaires qui ont été déterminés. En outre, 1 mandat était un mandat-type prévu non par le Mémoire mais par l'article XXII : 4 de l'Accord sur les marchés publics qui est un accord plurilatéral (Voir les affaires jointes DS88 et 95 et plus particulièrement le compte-rendu de la réunion de l'ORD du 21 octobre 1998, WT/DSB/M/49, pp. 10-12). Ainsi, seuls 7 mandats n'ont pas été définis lors des réunions de l'ORD, 5 devant l'être par les parties d'un commun accord (affaires DS18, DS21, DS35, DS44 et DS76) et 2 par le Président en consultation avec les parties (affaires DS22 et DS188). Par ailleurs, pour les affaires DS18 et DS21, le Président précise que l'absence d'accord entre les parties sur un mandat précis entraînera l'application du mandat-type après le délai précisé à l'article 7 : 1 du Mémoire. Au surplus, deux affaires montrent la volonté du Président de l'ORD de renforcer l'automatisme de la fixation du mandat en la « *dédramatisant* » : dans l'affaire DS44, il ravalait cette fixation au rang de procédure administrative ordinaire en confiant le soin au Secrétariat de fixer le mandat en consultation avec les parties alors que l'article 7 : 3 prévoit que cette compétence est du seul ressort du Président ; dans l'affaire DS34, le Président offre aux parties la possibilité de lui demander son aide lors de la négociation de cette fixation, si elles le décident ainsi.

⁸³⁰ Article 8 : 6.

déterminera cette composition à la demande de l'une ou l'autre des parties si celles-ci n'ont pas trouvé d'accord dans un délai de 20 jours après la date d'établissement du groupe⁸³¹. Le texte garantit ainsi l'effectivité de la composition des groupes et atténue la confrontation entre parties en attribuant compétence au Secrétariat et au Directeur général⁸³². Cette composition ne paraît donc pas problématique pour la garantie d'une saisine unilatérale puisque, étant administrative, elle est la conséquence logique et automatique de l'établissement du groupe spécial décidé de manière unilatérale.

Cependant, en pratique, ce sont les parties qui sont maîtresses de la désignation d'un commun accord de ces membres⁸³³ et leur désaccord est fréquent puisqu'il concerne la moitié des groupes spéciaux établis et composés⁸³⁴. Aussi faut-il croire que le désaccord des parties entraînera l'impossibilité de composer le groupe spécial et par conséquent l'inefficacité totale de l'attraction obligatoire précédemment mise en évidence. Néanmoins, comme dans le cas de l'établissement par l'ORD du groupe spécial, une ouverture à la libre volonté concordante des parties est laissée mais assortie d'un délai strict et d'un mécanisme garantissant l'unilatéralisme gage d'une absence de blocage du déroulement procédural. Et, en pratique, le recours au Directeur général est toujours le fait du plaignant⁸³⁵ qui use ainsi de son pouvoir d'attraction obligatoire à l'encontre du défendeur. Celle-ci n'est donc pas remise en cause au stade de la composition du groupe spécial.

Une procédure atypique aurait pu, en pratique, mettre en cause le schéma d'une saisine unilatérale activée par le plaignant : c'est le défendeur – les Communautés européennes – de l'affaire DS27 qui a formulé une demande d'établissement d'un groupe spécial initial reconvoqué au titre de l'article 21 : 5, avec pour mandat de « **constater que les mesures de mise en œuvre des Communautés européennes (...) doivent être présumées conformes aux règles de l'OMC tant que leur conformité n'a pas été dûment mise en cause au titre des procédures appropriées du Mémoire d'Accord** »⁸³⁶. Certes, cette procédure ne concerne pas le règlement d'un différend initial mais celui d'un différend de l'exécution, mais cet exemple reste éloquent : le

⁸³¹ Voir sur ce point l'article 8 : 7.

⁸³² Même s'il faut noter que la participation du Directeur général et non par exemple du Président de l'ORD est le signe de la grande importance des enjeux de ces désignations.

⁸³³ Un décalage entre le texte et la pratique a été précédemment établi quant au titulaire effectif du choix des membres des groupes spéciaux. Voir sur ce point le Chapitre précédent.

⁸³⁴ Au 26 juin 2003, 45 groupes spéciaux ont été composés par le Directeur général sur un total de 87 distincts pour 111 affaires.

⁸³⁵ Au 26 juin 2003, dans 43 des 45 cas de désignation des membres du groupe spécial par le Directeur général, en vertu de l'article 8 : 7, l'enclenchement de ce recours est le fait du plaignant seul. Seule une demande concernant une affaire groupée a été formulée de manière séparée par le plaignant et le défendeur (voir les documents WT/DS87/6 et WT/DS110/5) et une autre a été formulée par le défendeur (voir le document WT/DS276/7).

⁸³⁶ WT/DS27/40.

mécanisme de l'article 21 : 5 est le même que celui s'appliquant au différend initial et, en théorie, le destinataire d'une demande de consultations pourrait très bien adopter le même comportement que le défendeur de l'affaire DS27 contraint à l'exécution.

La saisine est opérée en dehors de tout différend par un Membre en quête de garantie de conformité de son action individuelle au droit de l'OMC. Il est donc difficile en l'occurrence de parler d'attraction obligatoire qui, en principe, est exercée par le plaignant à l'encontre du défendeur et dans le cadre d'un différend. Ici, au contraire, la démarche des Communautés européennes est celle d'un Membre demandant à une instance tierce un avis plus ou moins impératif, souhaitant une légitimation de son action. Il est question de consultation d'un tiers et non de procédure de règlement d'un différend. Cette démarche, si elle était acceptée par ledit groupe spécial, éloignerait sensiblement le système mémorandaire de la juridiction en portant atteinte au principe d'attraction obligatoire consécutif à un différend et en détournant la fonction spécialisée du groupe spécial. Certes, en l'espèce, l'ORD ne s'est pas opposé à cette démarche atypique car, comme l'a déclaré son Président, « *l'ORD ne pouvait refuser la demande d'établissement d'un groupe spécial* »⁸³⁷, ce qui confirme le caractère unilatéral de la saisine du groupe spécial.

Mais le groupe spécial a clairement rejeté la validité d'une saisine unilatérale en observant 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. En conséquence, nous n'avons pas le pouvoir d'obliger les plaignants initiaux à participer à la présente procédure (...). 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* »⁸³⁸. Nonobstant, la pertinence de cette illustration est plus contrastée. Cette déclaration du groupe spécial provient de sa volonté d'éviter de traiter la question de la régularité de la procédure, et ce d'autant plus qu'il pouvait utiliser l'écran de son autre rapport remis le même jour à la suite d'une demande d'établissement émanant cette fois-ci d'un plaignant⁸³⁹ et, ainsi, évacuer un examen complet de la demande du défendeur en renvoyant à ce second rapport⁸⁴⁰. Par ailleurs, la demande d'établissement du défendeur⁸⁴¹ est antérieure de trois jours à celle du plaignant⁸⁴² mais la seconde a été

⁸³⁷ Réunion de l'ORD du 12 janvier 1999, WT/DSB/M/53, p. 9. Cette déclaration constitue un aveu d'impuissance de l'ORD sur le déroulement procédural, montre toute l'ambiguïté du mécanisme du consensus négatif et apporte une preuve supplémentaire du rôle décisionnel passif de l'ORD déjà affirmé.

⁸³⁸ WT/DS27/RW/EEC, paragraphe 4.12.

⁸³⁹ Il s'agit du Rapport WT/DS27/RW/ECU.

⁸⁴⁰ WT/DS27/RW/EEC, paragraphe 4.15.

⁸⁴¹ WT/DS27/40.

⁸⁴² WT/DS27/41.

acceptée en première position par l'ORD du fait d'un accord entre les parties⁸⁴³. Au surplus, cette utilisation particulière de la procédure mémorandaire est unique.

Par conséquent, il faut croire que ni les Membres ni le groupe spécial n'ont eu l'intention de porter atteinte au principe d'attraction obligatoire et, partant, à la juridictionnalité procédurale de la phase du groupe spécial. D'abord, le défendeur n'a pas imposé, du fait de l'antériorité de sa demande d'établissement, une autorisation de l'ORD en première position, alors que cette attitude aurait empêché le groupe spécial de se cacher derrière l'écran de l'autre rapport. Ensuite, dans les autres affaires, les parties n'ont pas exploité l'ouverture faite par le groupe spécial du présent exemple quand il déclare ne pas exclure « **la possibilité de recourir à l'article 21: 5 de cette façon** »⁸⁴⁴. Enfin, le groupe spécial ne s'est pas engouffré dans la brèche ouverte par le défendeur de l'affaire DS27 alors qu'il aurait pu profiter de cette occasion pour se positionner nettement comme entité de légitimation et d'avis technique plutôt que comme entité juridictionnelle ; il est au contraire resté timoré dans ses conclusions sur ce point. De la sorte, le principe d'une saisine unilatérale du groupe spécial est confirmé par l'ORD et n'est remis en cause ni par le groupe spécial ni par les Membres.

La saisine de l'Organe d'appel, quant à elle, n'est pas toujours le fait du plaignant. C'est bien au contraire le défendeur qui va souvent notifier à l'ORD sa décision de faire appel⁸⁴⁵. Que la saisine de l'Organe d'appel ne soit pas toujours le fait de la partie plaignante, contrairement à la phase du groupe spécial, n'est pas déterminant pour l'étude de l'attraction obligatoire au sein du mécanisme d'appel, puisque l'identité de l'initiateur de la notification d'appel dépendra des circonstances de chaque affaire et de la teneur du rapport du groupe spécial. En revanche, il importe d'examiner la procédure d'enclenchement de l'appel afin de déterminer si elle admet une attraction obligatoire. La saisine de l'Organe d'appel est unilatérale puisque le Mémoire dispose que, « **dans les 60 jours suivant la date de distribution du rapport d'un groupe spécial aux Membres, ce rapport sera adopté à une réunion de l'ORD, à moins qu'une partie au différend ne notifie formellement à l'ORD sa décision de faire appel** »⁸⁴⁶. De plus, les Procédures de travail pour l'examen en appel⁸⁴⁷ précisent les règles d'« **engagement de la procédure d'appel** » : « **Un appel sera formé par notification écrite à l'ORD conformément au paragraphe 4 de l'article 16 du Mémoire d'accord et dépôt simultané d'une déclaration d'appel auprès du Secrétariat** » ; « **Une déclaration d'appel comprendra les renseignements suivants : (...) le nom de la partie au différend déposant la déclaration d'appel (...)** »⁸⁴⁸ ; les deux parties deviennent pour l'une « **l'appelant** » et pour l'autre « **l'intimé** »⁸⁴⁹.

⁸⁴³ Voir sur ce point le compte-rendu de la réunion de l'ORD du 12 janvier 1999, WT/DSB/M/53, p. 1.

⁸⁴⁴ WT/DS27/RW/EEC, paragraphe 4.18.

⁸⁴⁵ Sur 49 notifications formulées au 26 juin 2003, seules 7 sont le fait du plaignant.

⁸⁴⁶ Article 16 : 4.

⁸⁴⁷ WT/AB/WP/4.

L'unilatéralisme prévu par ces textes est confirmé en pratique par les documents de « **Notification d'un appel (...) présentée conformément au paragraphe 4 de l'article 16 du Mémoire (...)** »⁸⁵⁰. Ils prévoient toujours que « **la notification ci-après, datée du (...) [date], adressée par (...) [l'appelant] à l'Organe de règlement des différends (ORD) est distribuée aux Membres. Elle constitue aussi la déclaration d'appel, déposée le même jour auprès de l'Organe d'appel, conformément aux Procédures de travail pour l'examen en appel** »⁸⁵¹. Le caractère unilatéral de la saisine de l'Organe d'appel est donc bien établi et il aboutit à une attraction obligatoire car l'Organe d'appel est préétabli et sa composition échappe aux parties au différend. Cette attraction obligatoire est, au surplus, notablement renforcée puisque, contrairement à la phase des groupes spéciaux, aucune place n'est laissée à la volonté commune des parties concernant l'établissement et la composition de l'Organe d'appel. La saisine unilatérale de l'Organe d'appel est donc bien le déclencheur d'une attraction obligatoire décidée par l'appelant au détriment de l'intimé.

Par conséquent, le système de l'OMC assure l'attraction obligatoire d'un Membre à l'initiative d'un autre Membre au sein du système mémorandaire. Bien entendu, ce mécanisme est garanti par les règles écrites de l'OMC et appliqué en pratique de bonne grâce par les Membres et les instances de règlement. Cependant, la question se pose de la viabilité de ce mécanisme si un Membre refusait d'être attiré au sein du système mémorandaire en rejetant toute consultation, en ne se présentant pas devant le groupe spécial ou devant l'Organe d'appel et en ne communiquant d'aucune sorte avec ces instances. La réponse à cette question est double. D'une part, d'un point de vue politique, l'intérêt de ce Membre dans son adhésion à l'OMC, associé à la pression des autres Membres au sein d'un ORD à la croisée de toutes les procédures mémorandaires, sont de nature à préserver cette attraction obligatoire par la bonne volonté dudit Membre. D'autre part, d'un point de vue juridique, la phase des consultations est effective même en l'absence de réponse du défendeur et les Procédures de travail pour l'examen en appel prévoient le « **défaut de comparution** » pour lequel « **la section, après avoir entendu les vues des participants, rendra l'ordonnance qu'elle jugera appropriée** »⁸⁵². Ce traitement du différend « **par contumace** » n'est pas très affirmé, l'Organe d'appel étant libre de sa décision du fait d'une timidité textuelle, et il n'est pas prévu pour le groupe spécial. Néanmoins, il est tout de même organisé et, quelle que soit la décision du groupe spécial, celle-ci pourra être déférée à l'Organe d'appel qui, lui, se prononcera sur la

⁸⁴⁸ Règle 20.

⁸⁴⁹ Respectivement règles 21 et 22 des Procédures de travail pour l'examen en appel. Ces deux termes sont définis par ces mêmes Procédures, p. 1.

⁸⁵⁰ Ce titre est donné par l'appelant dans la totalité des documents notifiant sa décision de faire appel.

⁸⁵¹ Cette formulation est en tête de tous les documents de notification d'appel. Elle subit parfois quelques rajouts sur des références textuelles mais son sens est systématiquement conservé.

⁸⁵² Règle 29.

démarche juridique du groupe spécial, et ce même en l'absence de la comparution d'une partie.

Par ailleurs, la soustraction à cette attraction obligatoire pourrait consister à interrompre la procédure en cours. Elle n'est cependant pas envisageable : les consultations sont effectives du seul fait de la formulation d'une demande de consultations ; le travail du groupe spécial ne peut être interrompu que par une solution mutuellement convenue entre les parties⁸⁵³ ou par décision du seul plaignant⁸⁵⁴ ; le « **désistement d'appel** » ne peut être effectué que par l'appelant ou par les parties bilatéralement si une solution convenue d'un commun accord a été trouvée⁸⁵⁵. De la sorte, la partie à laquelle s'applique l'attraction obligatoire ne peut décider seule de se soustraire à une phase de la procédure mémorandaire par interruption unilatérale de cette procédure.

Chacune des trois phases effectives du système de règlement des différends que le Mémorandum organise se caractérise ainsi par une attraction obligatoire. La phase des consultations et celle du groupe spécial sont ouvertes par la seule volonté du plaignant ; l'appel est effectif du fait de l'initiative d'une seule des deux parties ; Tous ces mécanismes sont enclenchés par le plaignant et le défendeur n'a d'autre possibilité pour exprimer son mécontentement que de pouvoir faire appel du rapport du groupe spécial. Le bilatéralisme des parties n'est donc pas nécessaire à l'enclenchement des mécanismes de règlement des différends mémorandaires ; tout au plus permet-il une accélération des enchaînements qui de toute façon seront effectifs par action d'attraction obligatoire opérée par la partie désignée par le Mémorandum comme titulaire de cette compétence.

Même s'il peut exister, le bilatéralisme ne conditionne pas l'effectivité de tout recours au système mémorandaire. Tout se passe comme dans un processus juridictionnel de droit interne : une partie peut mettre en œuvre unilatéralement différents mécanismes de règlement des litiges auxquels l'autre partie ne pourra se soustraire. L'attraction au sein du système mémorandaire dépasse le modèle de la juridiction internationale et, plus largement, celui des différents modes classiques de règlement des différends interétatiques. Elle provient de l'intégration juridique opérée par l'OMC associée à l'intégration procédurale organisée par le Mémorandum ; elle consolide, de la sorte, la juridictionnalité du système mémorandaire. La procédure de règlement mémorandaire des différends peut recevoir le qualificatif juridictionnel pour sa partie relative à l'enclenchement, car l'accès au système est à la fois encadré par la détermination d'une justiciabilité et facilité par l'organisation d'une attraction obligatoire. Ce double point étant établi, il reste maintenant à examiner si la juridictionnalité procédurale de l'enclenchement du règlement s'accompagne de celle de son déroulement.

⁸⁵³ Voir sur ce point l'article 12 : 7.

⁸⁵⁴ Voir sur ce point l'article 12 : 12 qui prévoit la suspension des travaux du groupe spécial et la caducité du pouvoir qui lui a été conféré.

⁸⁵⁵ Règle 30.

Chapitre II : La mécanique juridictionnelle de règlement des différends

L'acteur juridictionnel auquel est soumis le différend a pour fonction de faire connaître le droit applicable à ce différend. La soumission du différend à l'acteur est canalisée par une procédure d'enclenchement définissant les justiciables et encourageant l'effectivité du recours. De la sorte, la systématisation du règlement mémorandaire ainsi encadrée renforce la juridictionnalité de la structure mémorandaire en garantissant à l'acteur la rationalisation du différend qui lui est soumis et en favorisant le développement de l'action jusqu'au prononcé d'un *juris dictio* congru. Il reste que favoriser ce développement de l'action par la rigueur d'une procédure d'enclenchement de type juridictionnel n'est pas suffisant.

Trancher le différend en énonçant un *juris dictio* nécessite, en sus de l'encadrement du déclenchement du processus, un déroulement particulier du travail de l'acteur et une issue effective. Une procédure spécifique doit être organisée, qui permette l'accomplissement réel d'un *dictio*. Cette spécificité est la condition de l'accomplissement du travail juridictionnel ; elle est donc un trait de juridictionnalité. Plus clairement, une procédure de type juridictionnel doit non seulement encadrer l'enclenchement du système de règlement mais, également, encadrer le déroulement dudit règlement. La question se pose, ici encore, des indices pertinents de la juridictionnalité procédurale. En réalité, leur détermination et leur évaluation sont fonction de l'objectif double de la procédure de règlement qui est de garantir le développement efficace et l'issue effective du règlement. Cet objectif est celui de la juridiction qui est de rendre la justice.

La procédure juridictionnelle devant respecter et garantir l'idée de justice, elle doit concilier l'autorité de l'acteur juridictionnel et l'intégrité de sa démarche. Aussi les indices de juridictionnalité de la procédure de règlement seront-ils ceux qui assurent cette conciliation. Du point de vue du déroulement, la procédure doit garantir l'intégrité du travail juridictionnel en prévoyant l'équité entre les parties au différend. Du point de vue de l'issue, la procédure doit permettre de trancher effectivement le différend. Par conséquent, outre que la procédure doit être contradictoire (Section 1), elle doit déboucher sur l'obligation de juger (Section 2).

Section 1 : Le processus contradictoire du règlement

La juridictionnalité du système mémorandaire ne saurait être consacrée sans l'effectivité d'une procédure contradictoire. En effet, les auteurs traitant de la juridiction par une approche théorique s'accordent à considérer que le principe du contradictoire est un des principes directeurs de l'organisation juridictionnelle⁸⁵⁶, un des « **principes généraux du procès** »⁸⁵⁷. Ils ne sont pas démentis par les internationalistes qui reconnaissent que

⁸⁵⁶ Voir sur ce point M. Gaillard, *L'Intelligence Du Droit*, Les Editions D'Organisation, Paris, 1992, p. 135.

⁸⁵⁷ J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, op. cit., pp. 330-333. Voir également F. Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. Précis, 4^{ème} édition, Paris, 1998, pp. 606-607.

« le caractère contradictoire de la procédure fait (...) partie des principes généraux du droit »⁸⁵⁸ et qu'il est un des « éléments fondamentaux de la fonction juridictionnelle »⁸⁵⁹. Ce principe est d'une centralité telle dans la définition d'une juridiction qu'il peut donner à des mécanismes de règlement non-juridictionnels le qualificatif de « quasi-judiciaire »⁸⁶⁰ et définir leur évolution par le terme de « juridictionnalisation » du seul fait de sa caractérisation au sein de la procédure de ces mécanismes⁸⁶¹.

Ce principe du contradictoire doit être défini. Il veut que « *nulle partie ne puisse être jugée sans avoir été entendue ou appelée (...) et implique que chacune des parties en cause soit en mesure de discuter et de contredire les prétentions, les moyens, les arguments et les éléments de preuve qui lui sont opposés ; il s'impose aux parties, mais aussi au juge* »⁸⁶². « *Ce principe veut qu'une décision de justice ne puisse être rendue qu'après un échange aussi large que possible, après que chaque partie a été mise en mesure d'exposer ses revendications, de présenter ses arguments et les documents qui les appuient, et de répondre à son adversaire. C'est un principe d'équité élémentaire qui rejoint la sauvegarde des droits de la défense. Quantité de dispositions procédurales précises organisent cette confrontation des points de vue qui est le meilleur moyen d'éclairer la juridiction* »⁸⁶³. Aussi caractérise-t-il une procédure « *garantissant les droits de la défense et l'égalité des parties* »⁸⁶⁴, plus généralement « *le respect de règles précises (droits de la défense...)* »⁸⁶⁵.

Le principe du contradictoire reste pourtant de définition malaisée. Il est assurément le principe selon lequel les parties, devant un juge, doivent pouvoir échanger et discuter des idées contraires, confronter leurs positions respectives et contredire les arguments

⁸⁵⁸ J. Combacau, S. Sur, *op. cit.*, p. 593.

⁸⁵⁹ P. Daillier et A. Pellet (N. Quoc Dinh †), *op. cit.*, p. 862. Voir également P. Le Jeune, *Introduction au droit des relations internationales*, L.G.D.J., coll. Systèmes, Paris, 1994, pp. 119-120.

⁸⁶⁰ Voir sur ce point H. Ruiz Fabri, J.-M. Sorel, « Organisation judiciaire internationale », *op. cit.*, p. 7. Ces deux auteurs renvoient à la Thèse de M. 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*, Bruylant, coll. Organisation internationale et Relations internationales, Bruxelles, 1993.

⁸⁶¹ Voir sur ce point H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », *J.D.I.* 3, 1997, p. 738. Voir également M.N. Andrianarivony, *L'émergence progressive d'une juridiction internationale des échanges...*, *op. cit.*, pp. 5-6.

⁸⁶² J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p. 331.

⁸⁶³ M. Gaillard, *L'Intelligence Du Droit*, *op. cit.*, p. 135.

⁸⁶⁴ P. Daillier et A. Pellet (N. Quoc Dinh †), *op. cit.*, p. 862.

⁸⁶⁵ P. Le Jeune, *Introduction au droit des relations internationales*, L.G.D.J., coll. Systèmes, Paris, 1994, pp. 119-120.

présentés par la partie adverse, cette démarche ayant pour objectif double l'égalité des parties dans leur droit de se défendre et l'information la plus rigoureuse du juge chargé *in fine* de trancher le litige. Il n'est cependant qu'un principe théorique dont l'effectivité ne peut être assurée que par des mécanismes procéduraux multiples et variés ; il est, en outre, lié à d'autres principes tels que celui de l'équité ou celui du respect des droits de la défense, principes à même de confirmer, voire de garantir, une contradiction.

Le principe du contradictoire est, par conséquent, d'individualisation difficile dans la mesure où il implique une constatation qui n'est pas de type binaire : il n'est pas question de rechercher un mécanisme procédural attestant seul de l'existence ou de l'inexistence du contradictoire dans la procédure de règlement étudiée mais d'évaluer les mécanismes mis en place et appliqués, afin d'en déduire la place accordée dans la procédure à la contradiction entre les parties. Cette évaluation implique donc non seulement de se consacrer principalement à l'étude des mécanismes explicitement « **contradictaires** » mais également de dégager, de l'examen d'autres mécanismes procéduraux pouvant paraître annexes, des indices d'une garantie effective et efficace d'une contradiction. C'est cette évaluation double qui doit être menée.

La première évaluation s'attache à la détermination de mécanismes explicitement contradictoires. Si des auteurs s'accordent à affirmer le caractère contradictoire du système mémorandaire⁸⁶⁶, rares sont ceux qui établissent rigoureusement la garantie du principe du contradictoire dans la procédure que le Memorandum organise. Peut-être tombent-ils ainsi dans le piège de l'analyse binaire susmentionnée sans procéder à une évaluation précise des mécanismes de contradiction. Aussi cette première évaluation doit-elle consister en l'examen du dispositif normatif du système de règlement de l'OMC ainsi qu'en l'étude de la pratique. Elle est la seule démarche à même d'établir rigoureusement l'existence du principe du contradictoire, et ce d'autant plus qu'aucun texte de l'OMC ne traite explicitement du contradictoire. Ce principe doit donc être recherché à travers la mise en évidence d'un certain nombre d'indices procéduraux révélant quelque garantie d'une discussion équilibrée entre les parties au sein des différentes procédures opérationnelles de règlement mémorandaire que sont les consultations, la phase du groupe spécial et l'examen en appel.

En premier lieu, dans le cadre des consultations, le principe d'une contradiction est inhérent à l'essence même du mécanisme qui consiste en une discussion bilatérale entre parties. Il est assuré par les parties elles-mêmes qui tenteront de trouver une solution mutuellement acceptable et sa violation est laissée à la libre appréciation de la partie victime du non-respect du principe qui aura tout loisir de ne pas permettre un règlement du différend dans ce cadre et ainsi de provoquer l'enclenchement de la phase du groupe spécial. L'égalité entre les parties est naturellement effective dans les consultations en raison du particularisme même d'un mécanisme de règlement axé sur la discussion entre parties et sur l'acceptation mutuelle d'une solution. Les procédures mémorandaires venant garantir le principe du contradictoire sont donc celles qui encadrent le déroulement

⁸⁶⁶ Voir pour exemples : H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », *J.D.I.* 3, 1997, p. 737 ; H. Ruiz Fabri, « L'appel dans le règlement... », p. 75 ; M.J. Andrianarivony, « Un *panel* institué... », *op. cit.*, pp. 1191-1192. Voir *contra* P. Daillier et A. Pellet (N. Quoc Dinh †), *op. cit.*, p. 919.

des consultations : la notification de la demande qui doit comporter « **une indication des mesures en cause et du fondement juridique de la plainte** »⁸⁶⁷ afin que les termes du différend et les bases argumentaires du plaignant soient connus par le destinataire de la plainte ; la fixation de délais stricts permettant à chaque partie de faire pression sur l'autre pour que les discussions soient effectives et aboutissent⁸⁶⁸ ; l'acceptation encadrée de tiers Membres participant aux consultations afin d'éviter le déséquilibre du bilatéralisme⁸⁶⁹.

Bien entendu, cette égalité juridique entre parties ne peut assurer à elle seule une contradiction efficace. D'une part, l'équilibre de la discussion sera influencé par un rapport dominant/dominé souvent inhérent à la différence de poids diplomatique ou encore de niveau économique entre les parties. D'autre part, « **le principe de contradiction gouverne le comportement des trois protagonistes** »⁸⁷⁰ que sont les deux parties et l'instance de règlement et ne peut être avéré dans une procédure essentiellement bilatérale. Nonobstant, ces deux difficultés peuvent être résolues. D'abord, le Mémorandum exprime le souci constant de prendre en considération la situation particulière des pays en développement qui seraient parties à une procédure de règlement, ce qui se traduit, dans le cadre des consultations, par « **une attention spéciale aux problèmes et intérêts particuliers** »⁸⁷¹ de ces pays de la part des autres Membres et, de manière plus générale, par la formulation d'un principe⁸⁷² assorti de procédures particulières mises en place tout au long du déroulement du système mémorandaire⁸⁷³. De même, le Mémorandum consacre un article aux « **procédures spéciales concernant les pays les moins avancés Membres** »⁸⁷⁴.

Certes, le Mémorandum est très évasif quant aux solutions procédurales permettant de prendre en compte la situation particulière des pays en développement et pays les moins avancés Membres⁸⁷⁵, mais il promeut une certaine idée d'égalité et non d'égalitarisme entre les parties. Elle est cependant significative à double titre d'une certaine juridictionnalité qu'elle assure par son imprécision : les pays en développement et les pays les moins avancés appartiennent comme les autres Membres à la catégorie des justiciables du système mémorandaire et il n'est pas fait de distinction susceptible

⁸⁶⁷ Article 4 : 4.

⁸⁶⁸ Voir sur ce point l'article 4, paragraphes 3, 7 et 8.

⁸⁶⁹ Voir sur ce point l'article 4 : 11.

⁸⁷⁰ F. Terré, *op. cit.*, p. 606.

⁸⁷¹ Article 4 : 10.

⁸⁷² Voir sur ce point les articles 3 : 12, 4 : 10, 21 : 2.

⁸⁷³ Voir sur ce point les articles 8 : 10, 12 : 10, 12 : 11, 21 : 7, 21 : 8, 27 : 2.

⁸⁷⁴ Intitulé de l'article 24.

d'entraîner un règlement à la carte peu en phase avec le modèle juridictionnel qui suppose l'impartialité des instances et des procédures ; il n'est nul besoin de prévoir des différences de traitement à partir du moment où la confiance existe en un système qui tend à garantir, par la position des instances de règlement et par la rigueur des procédures, une décision inspirée par le souci de bonne justice. Ensuite, et surtout, l'insertion de ces consultations dans un système plus vaste comportant une attraction obligatoire dans d'autres mécanismes de règlement atténue l'éventuel déséquilibre entre parties. Si l'instance de règlement susceptible de constituer le troisième protagoniste d'une procédure contradictoire fait défaut, elle s'incarnera dans le groupe spécial et l'Organe d'appel de telle sorte que le défaut de contradiction subi par une partie au stade des consultations sera surmonté par la mise en échec des consultations suivie de l'enclenchement d'une phase de règlement non-bilatérale.

En deuxième lieu, la procédure des groupes spéciaux comporte un certain nombre de mécanismes assurant la contradiction. Celle-ci est tout d'abord rendue possible grâce à une base claire : la demande d'établissement du groupe spécial. Elle **« sera présentée par écrit. Elle précisera si des consultations ont eu lieu, indiquera les mesures spécifiques en cause et contiendra un bref exposé du fondement juridique de la plainte, qui doit être suffisant pour énoncer clairement le problème. Dans le cas où la partie requérante demande l'établissement d'un groupe spécial dont le mandat diffère du mandat type, sa demande écrite contiendra le texte du mandat spécial proposé »**⁸⁷⁶. Cette rationalité imposée de la question que pose le différend et de la plainte formulée par le plaignant fonde l'éventuelle confrontation entre les parties sur un document formellement explicite et sur une plainte matériellement rationalisée par juridicisation. Ensuite, elle est implicitement prévue pour les étapes préparatoires à l'examen du différend par le groupe spécial : la détermination du mandat⁸⁷⁷ et la composition du groupe spécial⁸⁷⁸, si elles sont gérées par les parties, ne peuvent l'être que d'un commun accord, et la participation de tierces parties ainsi que l'éventualité d'une

⁸⁷⁵ Le Mémoire se contente souvent de demander une attention particulière de la part des Membres (articles 4 : 10 et 24 : 1), du groupe spécial (article 12, paragraphes 10 et 11) ou plus généralement des participants au système mémorandaire (article 21, paragraphes 2, 7 et 8, et article 24), par rapport aux pays en développement ou moins avancés Membres. Les seuls changements procéduraux significatifs concernent une modification mineure de la composition du groupe spécial (article 8 : 10), des prolongations de délais de consultations sous conditions (article 12 : 10) et « des avis et une aide juridiques additionnels » sous la forme d'un « expert juridique qualifié des services de coopération technique de l'OMC » (article 27 : 2) ou encore l'offre de bons offices, conciliation et médiation après un échec des consultations à la demande du pays moins avancé Membre (article 24 : 2). Par ailleurs, les Procédures de travail pour les groupes spéciaux (Appendice 3 du Mémoire) ainsi que celles pour l'examen en appel (WT/AB/WP/7) ne contiennent aucune modification procédurale attachée à la situation particulière de tels Membres en développement ou les moins avancés.

⁸⁷⁶ Article 6 : 2. Les procédures relatives au mandat du groupe spécial font l'objet d'un article 7 qui donne, de plus, le modèle du « mandat type ».

⁸⁷⁷ Article 7.

⁸⁷⁸ Article 8.

pluralité de plaignants sont encadrées par le Mémoire⁸⁷⁹ ; de la sorte, la contradiction est assurée par l'imposition d'un bilatéralisme égalitaire et par l'organisation de mécanismes régulateurs d'un déséquilibre possible.

Cette phase préparatoire à la procédure de règlement par le groupe spécial préserve un certain équilibre entre les deux parties opposées et constitue ainsi le terrain propice à l'instauration d'une contradiction effective et efficace. Encore faut-il que cette contradiction soit assurée lors de la procédure d'examen du différend par le groupe spécial non seulement par l'expression égalitaire de chaque partie mais également par la confrontation de leurs arguments respectifs. Le Mémoire confirme la garantie d'un mécanisme égalitaire d'expression des points de vue des parties. Le principe est posé à l'article 12 : « **chaque partie déposera ses communications écrites auprès du Secrétariat pour transmission immédiate au groupe spécial et à l'autre ou aux autres parties au différend** »⁸⁸⁰. En outre, le principe d'une confrontation est énoncé à l'article 15 qui ajoute l'existence de « **communications et arguments oraux présentés à titre de réfutation** »⁸⁸¹. Il faut consulter l'Appendice 3 du Mémoire pour connaître le détail de ces échanges entre parties : ces « **communications écrites** » sont remises au groupe spécial avant la première réunion de fond et sont « **des exposés écrits dans lesquels elles [les parties] présenteront les faits de la cause et leurs arguments respectifs** »⁸⁸² ; quant aux communications orales, « **à sa première réunion de fond avec les parties, le groupe spécial demandera à la partie qui a introduit la plainte de présenter son dossier, puis, pendant la même séance, la partie mise en cause sera invitée à exposer ses vues** »⁸⁸³ ; ensuite intervient une deuxième réunion de fond avant laquelle les parties doivent présenter des « **réfutations** » écrites au groupe spécial et au cours de laquelle les parties présentent par oral leurs « **réfutations formelles** »⁸⁸⁴.

Deux étapes, écrite et orale, sont donc prévues à la deuxième réunion de fond, comme pour la première, cette fois-ci sous la forme de « **réfutations** » et non plus de « **communications** ». Le passage des « **communications** » aux « **réfutations** » est le signe d'une confrontation organisée lors de la deuxième réunion et s'appuyant sur l'expression des points de vue respectifs de chaque partie que la première réunion organise. En outre, l'expression des points de vue des parties se poursuit au-delà des deux réunions de fond. L'Appendice 3 précise que « **Le groupe spécial pourra à tout moment poser des questions aux parties et leur demander de donner des**

⁸⁷⁹ Voir sur ces deux points respectivement les articles 10 et 9.

⁸⁸⁰ Article 12 : 6.

⁸⁸¹ Paragraphe 1.

⁸⁸² Appendice 3, paragraphe 4.

⁸⁸³ Appendice 3, paragraphe 5.

⁸⁸⁴ Appendice 3, paragraphe 7.

explications, soit lors d'une réunion avec elles, soit par écrit »⁸⁸⁵ . L'initiative appartient ici au groupe spécial qui pourra créer un déséquilibre entre les parties en n'interrogeant que l'une d'entre elles mais, les questions étant posées lors de réunions auxquelles les deux parties assistent, ce déséquilibre s'atténuera par connaissance réciproque des réponses adverses et ne pourra remettre en cause le principe d'une contradiction. Le groupe spécial est maître de la procédure dans la mesure où il établit, **« après avoir consulté les parties au différend, (...) au plus tard une semaine après que la composition et le mandat du groupe spécial auront été arrêtés, le calendrier des travaux de ce groupe »⁸⁸⁶** .

Ce mécanisme double d'expression et de confrontation assure une contradiction. Il est renforcé par l'organisation rigoureuse d'un processus d'information réciproque des positions respectives de chaque partie. En effet, la formulation écrite et orale des points de vues par chaque partie est portée à la connaissance non seulement du groupe spécial mais aussi de la partie adverse. Pour la première réunion de fond, l'article 12 : 6 du Mémoire prévoit clairement la transmission de la communication écrite de chaque partie au groupe spécial et à l'autre partie, et l'Appendice 3 la participation simultanée des deux parties à cette réunion au cours de laquelle se forment les communications orales⁸⁸⁷ . Pour la seconde réunion de fond, il n'est textuellement prévu ni transmission ni participation ; il faut cependant croire que la similarité de dénomination des deux réunions **« de fond »** ainsi que la différence de précision textuelle des procédures entre ces deux réunions justifient une transposition des règles de transmission et de participation de la première réunion à la deuxième. Surtout, l'Appendice 3 insiste sur l'information des points de vues en posant un principe général de **« transparence »** . En effet, **« Afin de garantir une totale transparence, les parties seront présentes lors des exposés, réfutations et déclarations dont il est fait mention aux paragraphes 5 à 9. De plus, les exposés écrits de chaque partie, y compris les observations sur la partie descriptive du rapport et les réponses aux questions posées par le groupe spécial, seront mis à la disposition de l'autre partie ou des autres parties »⁸⁸⁸** . De même, **« Les parties au différend (...) mettront à la disposition du groupe spécial une version écrite de leurs déclarations orales »⁸⁸⁹** . Ce principe de transparence garantit une communication complète entre les parties de leurs points de vues respectifs sur le différend que traite le groupe spécial.

L'évocation par le Mémoire d'un principe de transparence est maladroite et trompeuse car sa généralisation ne saurait conforter l'hypothèse d'une juridictionnalité du

⁸⁸⁵ Paragraphe 8.

⁸⁸⁶ Article 12 : 3. Voir également l'article 12 : 6 qui dispose que le groupe spécial peut faire varier l'ordre et les délais pour le dépôt des communications lors de l'établissement dudit calendrier.

⁸⁸⁷ Voir le paragraphe 5.

⁸⁸⁸ Paragraphe 10.

⁸⁸⁹ Paragraphe 9.

système mémorandaire. Au contraire, la transparence d'une procédure de règlement des différends interétatiques induirait sa publicité et par voie de conséquence une atteinte à la sérénité et à l'impartialité nécessaires à une instance de règlement de type juridictionnel. Or, s'il est indispensable pour la qualification juridictionnelle d'une procédure de règlement que soit assuré le principe de publicité des débats et de la décision⁸⁹⁰, le délibéré et les points de procédure en lien avec lui exigent quant à eux une certaine confidentialité⁸⁹¹. Une articulation équilibrée et précise entre publicité et confidentialité est significative de l'identification procédurale d'un mécanisme juridictionnel.

La notion de transparence paraît, dans ce cadre, incongrue. Fort heureusement pour la pertinence de la démonstration d'une juridictionnalité, ce principe de transparence est enfermé dans une contingence particulière : il est limité aux rapports entre les deux parties opposées ainsi qu'aux rapports entre ces parties et le groupe spécial. De la sorte, s'il permet de garantir la circulation de l'information entre les parties quant à leurs positions respectives sur le différend en cours de traitement par le groupe spécial, il ne saurait caractériser l'entière procédure de règlement des différends mémorandaire. Il ne remet pas en cause l'identification procédurale d'une juridiction et va au contraire l'appuyer du fait même de sa contingence. Par exemple, un groupe spécial n'a pas permis **« que la partie défenderesse dans une procédure de groupe spécial ait recours à des considérations qui n'ont pas été communiquées aux parties intéressées, ou à des faits dont l'existence n'était pas discernable dans les documents mis à la disposition des parties intéressées »**⁸⁹². Ce faisant, le groupe spécial traite implicitement de transparence entre les parties et renforce du même coup l'échange d'éléments à même de fonder une contradiction efficace. Il reste que ce terme de transparence est sans doute mal choisi car il renvoie généralement aux réflexions liées à la modernisation institutionnelle et organisationnelle sur le plan national, communautaire ou encore international. L'affirmation d'un principe de communication ou encore d'échange des prétentions et arguments aurait été plus adéquat, bien que peut-être trop formellement marquée du sceau de la qualification juridictionnelle pour seoir aux créateurs du système mémorandaire. Le principe de transparence tel qu'il est prévu dans le Mémoire contribue paradoxalement à l'identification procédurale d'un mécanisme de type juridictionnel, du fait de sa contingence.

La contradiction ainsi assurée et renforcée est rigoureusement garantie par l'organisation d'une confrontation directe entre les parties sur leurs arguments et prétentions respectives. Le Mémoire complète le dispositif d'expression écrite et orale des parties associées au mécanisme d'échange de ces communications par un système de confrontation ainsi prévu : **« la partie plaignante présentera sa première communication avant celle de la partie défenderesse, à moins que le groupe spécial ne décide (...) que les parties devraient présenter leurs premières communications**

⁸⁹⁰ Voir pour exemple H. Ruiz Fabri qui parle « d'une certaine publicité des débats (...) témoignant (...) d'une juridictionnalisation », in « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », *J.D.I.* 3, 1997, p. 738

⁸⁹¹ Voir sur ce point J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 333.

⁸⁹² WT/DS122/R, paragraphe 7.147.

simultanément. Lorsqu'il est prévu que les premières communications seront déposées successivement, le groupe spécial fixera un délai ferme pour la réception de la communication de la partie défenderesse. Toutes les communications écrites ultérieures seront présentées simultanément »⁸⁹³. L'Appendice 3 va dans le même sens et se fait plus précis quand il prévoit que, « **à sa première réunion de fond avec les parties, le groupe spécial demandera à la partie qui a introduit la plainte de présenter son dossier, puis, pendant la même séance, la partie mise en cause sera invitée à exposer ses vues** »⁸⁹⁴ et que « **les réfutations formelles seront présentées lors d'une deuxième réunion de fond du groupe spécial. La partie mise en cause aura le droit de prendre la parole avant la partie plaignante** »⁸⁹⁵.

La confrontation est assurée par un mécanisme double protégeant la partie défenderesse : elle répond aux prétentions du plaignant en intervenant après lui au cours de la première réunion ; elle formule, au cours de la deuxième réunion des « **réfutations** ». Il ne s'agit donc pas d'organiser de simples expressions parallèles par les parties de leurs points de vues respectifs mais de mettre en place une véritable confrontation. Cette dernière est assurée par le décalage en fonction de chacune des deux parties des communications et réfutations, décalage associé à une « **transparence** » favorisant l'échange des prétentions. Un mécanisme contradictoire est ainsi garanti par un échange constant entre parties adverses devant le groupe spécial. Il n'est pas seulement la formulation parallèle de prétentions mais également leur confrontation au cours des deux premières réunions. Certes, cette contradiction pourrait être améliorée. Comme le remarque M. Renouf⁸⁹⁶, le dernier mot est donné au plaignant et non au défendeur lors de la deuxième réunion, le défendeur parlant le premier. Il n'empêche qu'une « **égalité des armes** »⁸⁹⁷ est globalement assurée et qu'un « **développement du contradictoire** »⁸⁹⁸ est tout à fait remarquable : il se fonde sur un texte rigoureux dans l'organisation d'une confrontation et évolue par l'action des instances qui vise à favoriser cette confrontation⁸⁹⁹.

Un mécanisme particulier pourrait atténuer cette contradiction et porter atteinte à la juridictionnalité procédurale de la phase du groupe spécial. Il est consécutif à ces deux

⁸⁹³ Article 12 : 6.

⁸⁹⁴ Paragraphe 5.

⁸⁹⁵ Paragraphe 7.

⁸⁹⁶ In Société Française pour le Droit international, *La réorganisation mondiale des échanges*, Colloque de Nice, Pedone, Paris, 1996, pp. 302-303. M.J. Andrianarivony, « Un *panel* institué ... », *op. cit.*, p. 1191.

⁸⁹⁷ H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », *J.D.I.* 3, 1997, p. 737, et H. Ruiz Fabri, « L'appel dans le règlement... », *op. cit.*, p. 76.

⁸⁹⁸ H. Ruiz Fabri, « L'appel... », *op. cit.*, p. 75.

⁸⁹⁹ *Ibid.*, pp. 75-76.

réunions : les parties poursuivent l'expression individuelle de nouveaux arguments au cours de la « **phase de réexamen intérimaire** »⁹⁰⁰. Son organisation est la suivante : après la deuxième réunion de fond, « **le groupe spécial remettra aux parties au différend les sections descriptives (éléments factuels et arguments) de son projet de rapport. Dans un délai fixé par le groupe spécial, les parties présenteront leurs observations par écrit. (...) Après l'expiration du délai fixé pour la réception des observations des parties au différend, le groupe spécial remettra à celles-ci un rapport intérimaire comprenant aussi bien les sections descriptives que ses constatations et conclusions. Dans un délai fixé par le groupe spécial, une partie pourra demander par écrit que celui-ci réexamine des aspects précis de son rapport intérimaire avant de distribuer le rapport final aux Membres. A la demande d'une partie, le groupe spécial tiendra une nouvelle réunion avec les parties pour examiner les questions identifiées dans les observations présentées par écrit. Si aucune observation n'est reçue d'une partie durant la période prévue à cet effet, le rapport intérimaire sera considéré comme étant le rapport final du groupe spécial et distribué dans les moindres délais aux Membres. (...) Les constatations du rapport final du groupe spécial comprendront un examen des arguments avancés durant la phase de réexamen intérimaire** »⁹⁰¹.

Cette étape de la phase du groupe spécial répond de manière peu commune au principe du contradictoire. En effet, les parties peuvent formuler individuellement des observations écrites sur les sections descriptives et le projet de rapport du groupe spécial. Ensuite, elles peuvent demander de manière individuelle et par écrit le réexamen du rapport intérimaire comprenant « **les sections descriptives** » et « **ses constatations et conclusions** » ainsi que la tenue d'une nouvelle réunion du groupe spécial avec les deux parties. Par conséquent, si l'expression et la confrontation de points de vues existent bien, elles se déroulent dans le cadre d'une nouvelle opposition entre, d'une part, chacune des deux parties et, d'autre part, l'instance de règlement. Elles ne sont effectives entre les parties que de manière marginale.

De plus, cette confrontation est inégalitaire dans la mesure où il ne s'agit pas de l'affrontement entre prétentions opposées mais de l'expression par les parties de désaccords consécutifs à des conclusions de l'instance relatives au règlement du différend. Le Mémoire ne prévoit de la part du groupe spécial qu'une écoute des observations des parties et non un réel échange de points de vues. Cet échange ne peut avoir lieu qu'au cours de la réunion demandée par une partie ; il n'est pas certain puisque le groupe spécial pourra très bien décider de ne pas répondre à ces observations ; il n'est pas central puisque le Mémoire ne le prévoit pas pour la partie écrite, qui est principale. Il est en réalité remplacé par une critique des conclusions de l'instance, le groupe spécial devant simplement dans son rapport final examiner les arguments avancés durant cette étape par les parties. Le principe du contradictoire qui avait pour intérêt d'éclairer l'instance grâce à la confrontation des arguments respectifs des parties et leur confrontation n'est donc pas vérifié dans la phase de réexamen intérimaire qui

⁹⁰⁰ Intitulé de l'article 15.

⁹⁰¹ Article 15, paragraphes 1 à 3.

organise davantage une confrontation entre arguments des parties et conclusions de l'instance.

Le Mémoire dans cette étape intérimaire substitue la critique à la contradiction. Ce changement intervenant au cours de la phase du groupe spécial lui fait perdre sa caractéristique procédurale centrale : la garantie d'une contradiction. En outre, la démarche selon laquelle les parties peuvent discuter les conclusions formulées par une instance de règlement des différends et par là-même influencer sur leur contenu qui n'est pas immédiatement définitif est peu significative d'une procédure à caractère juridictionnel qui, au contraire, assure une solennité inhérente à la mission de trancher les différends. La phase de réexamen intérimaire est donc **« surprenante. En effet, alors que le règlement des différends est soumis à des règles qui l'assimilent de plus en plus à un système juridictionnel, l'autorité du panel se voit soudain exposée à une possibilité de remise en cause qui semble d'autant plus injustifiée que l'appel est ouvert sans contrainte à l'une ou l'autre partie »**. Cette phase va donc à l'encontre d'un système juridictionnel, et ce d'autant plus que **« le texte ne pose quasiment aucun garde-fou concernant ce que les parties peuvent demander au panel de réexaminer »**⁹⁰². Ce réexamen insiste par sa présence et son fonctionnement sur le caractère diplomatique du système mémorandaire car **« la communication des constatations et conclusions (...) signifie qu'on les considère comme éventuellement négociables »**⁹⁰³. Il oriente le système mémorandaire vers un mécanisme de règlement interétatique des différends constitué d'une instance tierce avec laquelle les parties collaborent dans le but de dégager une solution convenable au différend. Ainsi, le réexamen intérimaire permet **« aux groupes spéciaux de tenter une véritable conciliation entre les parties et donc de faciliter une solution acceptable par tous »**⁹⁰⁴, ce qui conduit **« peut-être à une revalorisation de la fonction de conciliation »**⁹⁰⁵.

Ces considérations sur la perte de juridictionnalité de la phase du groupe spécial inhérente à l'organisation d'une étape de réexamen intérimaire doivent cependant être approfondies par l'étude de la pratique. Les auteurs cités dans le précédent paragraphe peuvent légitimement reconnaître dans cette étape une phase conciliatoire à partir du moment où leur analyse était essentiellement textuelle et n'était que faiblement étayée par une étude trop sommaire de la pratique, les dates de formulation de leur analyse ne leur permettant pas d'appréhender rigoureusement une pratique alors trop peu développée. En revanche, M. Pace a pu affirmer plus récemment, sans toutefois le démontrer par une étude rigoureuse de la pratique, que les parties au différend étaient amenées **« à délaissier la phase de réexamen intérimaire »**⁹⁰⁶. Ce dernier propos induit par

⁹⁰² Y. Renouf, « Le règlement des litiges », in T. Flory (Sous la direction de), *La Communauté européenne et le GATT...*, op. cit., pp. 49-50.

⁹⁰³ H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », *J.D.I.* 3, 1997, p. 738.

⁹⁰⁴ *Ibid.*

⁹⁰⁵ E. Canal-Forgues, « Le système de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce », *R.G.D.I.P.*, 1994, p. 701.

conséquent un doute majeur sur le caractère conciliatoire, donné par l'existence d'une procédure non-contradictoire de réexamen intérimaire, de la phase du groupe spécial. Nonobstant, les deux argumentaires opposés ne le sont qu'implicitement⁹⁰⁷ et leur assise est défaillante par absence d'étude complète de la pratique du Mémoire. Le doute susmentionné doit donc être confirmé ou invalidé par l'observation de l'effectivité de cette phase de réexamen intérimaire.

L'idée de délaissement par les parties du réexamen intérimaire précédemment citée ne peut être confirmée par une étude quantitative de la pratique qui montre que seuls douze pour cent des rapports n'ont pas fait l'objet d'un réexamen intérimaire⁹⁰⁸. En outre, ce dernier est le plus souvent demandé par les deux parties opposées à la fois⁹⁰⁹. Par ailleurs, d'un point de vue qualitatif, il est difficile d'affirmer que les parties négligent cette étape intérimaire dans la mesure où elles vont fréquemment y développer des argumentaires conséquents. Outre les nombreuses demandes de modifications d'erreurs formelles diverses⁹¹⁰, et sans donner une liste exhaustive, aussi assommante qu'inutile, des prétentions des parties dans la totalité des examens intérimaires effectués, il faut constater la diversité d'observations substantielles des parties. Certes, les demandes de réexamen sont consacrées principalement à des modifications ou compléments relatifs aux parties descriptives des rapports et aux arguments et allégations des parties⁹¹¹ ou encore à des clarifications et éclaircissements du propos du groupe spécial⁹¹², ce qui n'a pas un impact majeur sur la teneur des conclusions de l'instance. Mais la multiplicité des

⁹⁰⁶ V. Pace, *L'Organisation Mondiale du Commerce et...*, op. cit., p. 242.

⁹⁰⁷ M. Pace, dans son affirmation, ne traite pas d'une quelconque évolution de la pratique sur l'effectivité de la phase de réexamen intérimaire ni ne se réfère aux auteurs précédemment cités ou ne formule une analyse similaire axée sur le phénomène conciliatoire.

⁹⁰⁸ Sur 88 rapports de groupes spéciaux rendus au 26 juin 2003, seuls 11 ne sont pas passés par la procédure du réexamen intérimaire. Sur ces derniers, seuls 3 n'étaient pas rédigés par le groupe spécial initial reconvoqué au titre de l'article 21 : 5.

⁹⁰⁹ Sur 77 examens intérimaires effectifs au 26 juin 2003, seuls 15 réexamens intérimaires n'ont été demandés que par une seule partie et 2 l'ont été par l'ensemble des parties moins un seul plaignant dans le cas d'une pluralité de plaignants.

⁹¹⁰ Sans dresser de liste exhaustive trop fastidieuse, il faut constater que les parties relèvent fréquemment des erreurs formelles et demandent leur rectification. Par exemple, il est souvent question de « *fautes typographiques* » (WT/DS99/R), « *modifications rédactionnelles* » (WT/DS33/R et WT/DS192/R), « *modifications et précisions de forme* » (WT/DS108/RW), « *coquilles ou d'erreurs matérielles* » (WT/DS122/R), corrections techniques (voir pour exemples WT/DS138/R, WT/DS155R ou encore WT/DS163/R), problèmes de traduction (WT/DS132/RW) et autres modifications typographiques ou stylistiques, de termes ou de ponctuations (comme par exemple dans les rapports WT/DS122/R, WT/DS135/R et WT/DS138/R), modifications linguistiques (WT/DS139 et 142/R), différences entre les versions (WT/DS156/R), inexactitudes factuelles (WT/DS44/R et WT/DS70/RW), ou encore paraphrase (WT/DS114/R).

⁹¹¹ Voir pour exemples les rapports des affaires : DS26, 27, 33, 56, 60, 70, 75 et 84, 87 et 110, 76, 90, 98, 99, 114, 121, 122, 132, 135, 136, 138, 139 et 142, 146 et 175, 152, 155, 156, 161 et 169, 165, 170, 177, 194, 189, 206, 211, 212, 213 ou encore 231.

⁹¹² V. pour ex. les rapports des affaires : DS44, 46, 108, 126, 136, 162, 141, 163, 177, 103 et 113, 202, 207, 211, 213, 121, 155.

réexamens s'accompagne d'une diversité d'observations à la « **charge** » substantielle conséquente : elles demandent des constatations révisées⁹¹³ ou nouvelles⁹¹⁴, leur retrait⁹¹⁵, l'élargissement de leur champ⁹¹⁶, des changements d'interprétation de textes ou de modification d'analyse⁹¹⁷, des inversions de charge de la preuve⁹¹⁸ ou la prise en considération tardive de preuves⁹¹⁹, des ajouts ou modifications structurelles du rapport⁹²⁰, ou encore des précisions et développements terminologiques⁹²¹. Les parties vont même parfois plus loin ; elles n'hésitent pas à critiquer le travail du groupe spécial en parlant d'une « **affirmation péremptoire** »⁹²², en désapprouvant largement ses constatations ou conclusions⁹²³, en qualifiant certaines descriptions d'erronées ou d'inutiles⁹²⁴, en constatant des erreurs, des oublis substantiels, des constatations superflues ou des mauvaises démarches ou interprétations⁹²⁵, en constatant que le groupe spécial a outrepassé sa compétence ou mal interprété son mandat⁹²⁶, qu'il n'a pas examiné toutes les allégations ou n'a pas compris tous les arguments invoqués⁹²⁷, en demandant des modifications de conclusions ou de recommandations⁹²⁸, voire en formulant une « **allégation selon laquelle un groupe spécial n'a pas procédé à une**

⁹¹³ V. pour ex. les rapports des affaires DS18, 50, 58, 60, 62 et 67 et 68, 75 et 84, 132, 202.

⁹¹⁴ V. pour ex. les rapports des affaires DS18, 33, 99, 166, 177.

⁹¹⁵ V. pour ex. les rapports des affaires DS176, 202.

⁹¹⁶ V. pour ex. le Rapport de l'affaire DS90.

⁹¹⁷ V. pour ex. les rapports des affaires DS33, 69, 108, 87 et 110, 222.

⁹¹⁸ Voir les rapports WT/DS33/R et WT/DS108/RW.

⁹¹⁹ V. pour ex. le Rapport WT/DS207/R.

⁹²⁰ V. pour ex. les rapports des affaires DS26, 75 et 84, 146 et 175, 163, 192.

⁹²¹ V. pour ex. les rapports des affaires DS27, 31.

⁹²² WT/DS99/R, paragraphe 5.5.

⁹²³ V. pour ex. les rapports des affaires DS8 et 10 et 11, 44, 75 et 84, 87 et 110, 166, 212, 231.

⁹²⁴ V. pour ex. le Rapport de l'affaire DS121.

⁹²⁵ V. pour ex. les rapports des affaires DS24, 31, 56, 69, 79, 146 et 175, 207, 212.

⁹²⁶ V. pour ex. les rapports des affaires DS121, 135, 136, 221.

⁹²⁷ V. pour ex. les rapports des affaires DS69, 192, 194, 206, 207.

⁹²⁸ V. pour ex. les rapports des affaires DS34, 146 et 175, 176, 207.

évaluation objective » ce que le groupe spécial considère comme une allégation « **très grave** »⁹²⁹. Au vu de ces illustrations, il est difficile d'affirmer avec M. Pace que les parties délaissent la phase de réexamen intérimaire.

Faut-il pour autant se ranger à l'analyse qualifiant ce réexamen de procédé conciliatoire ? Rien n'est moins sûr car des aspects procéduraux plaident en faveur d'un mécanisme non-conciliatoire. Si « **la mise en oeuvre du procédé de conciliation n'a pas pour but l'application du droit** » mais « **pour objet essentiel de circonscrire le débat en laissant aux parties de le soin d'accommoder in fine les intérêts en présence** »⁹³⁰, il faudrait donc croire non seulement en l'absence de « **garde-fou** »⁹³¹ sur ce que demandent les parties sur le rapport intérimaire mais aussi en une grande « **négociabilité** » par les parties entre elles⁹³² du rapport intérimaire rédigé par le groupe spécial qui, en conséquence, se pliera assez largement aux résultats de ces discussions.

Or, l'absence de garde-fou n'invite pas pour autant le groupe spécial à prendre automatiquement en considération les observations des parties. Celui-ci va au contraire fréquemment refuser de se plier à la volonté modificatrice des parties, surtout quand cette volonté s'applique à des considérations substantielles formulées par le groupe spécial. De plus, la négociabilité est atténuée par ce refus du groupe spécial qui se fonde sur le Mémoire prévoyant que ce refus ne peut être immédiatement surmonté par les parties. Celles-ci ne pourront que « **demandeur par écrit que [le groupe spécial] réexamine des aspects précis de son rapport intérimaire avant de distribuer le rapport final aux Membres** » et demander « **une nouvelle réunion avec les parties pour examiner les questions identifiées dans les observations présentées par écrit** »⁹³³. Elles verront le rapport final être rédigé puis adopté sans pouvoir bloquer ou influencer de manière déterminante sa teneur, une fois le réexamen intérimaire achevé. Tout au plus le Mémoire prévoit-il que « **les constatations du rapport final du groupe spécial comprendront un examen des arguments avancés durant la phase de réexamen intérimaire** »⁹³⁴.

Par conséquent, l'impact des parties sur le réexamen intérimaire se limite à la critique. Le groupe spécial doit s'exposer à cette critique mais ne peut s'y soumettre sans sa propre volonté. Les parties ne mènent pas de discussions assistées par une instance tierce mais présentent des arguments et émettent séparément des observations sur le

⁹²⁹ WT/DS231/R, paragraphe 6.13. Dans ce rapport, le groupe spécial formule cette gravité en reprenant les propos tenus par l'Organe d'appel dans son Rapport WT/DS69/AB/R, paragraphe 133.

⁹³⁰ E. Canal-Forgues, *L'institution de la conciliation...*, *op. cit.*, p. 52.

⁹³¹ Y. Renouf, « Le règlement des litiges », *op. cit.*, p. 50.

⁹³² Voir sur ce point H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », *J.D.I.* 3, 1997, p. 738

⁹³³ Article 15 : 2.

⁹³⁴ Article 15 : 3.

rapport rendu par le groupe spécial⁹³⁵. De plus, l'étude des observations présentées en pratique depuis 1995 montre que les parties multiplient les champs de leurs observations et formulent des critiques parfois généralisées et souvent véhémentes qu'un mécanisme conciliatoire, défini par « ***l'intervention dans le règlement d'un différend international d'un organe sans autorité politique propre, jouissant de la confiance des parties en litige, chargé d'examiner tous les aspects du litige et de proposer une solution qui n'est pas obligatoire pour les parties*** »⁹³⁶, ne saurait provoquer. Si les parties semblent guidées par « ***l'énergie du désespoir*** », c'est qu'elles sont soumises individuellement à un système de règlement qui leur échappe et qui ne peut donc être à ce titre conciliatoire.

La critique est contingente car sa fonction est de commenter et non de décider. Cette contingence va, de ce fait, à l'encontre du modèle de conciliation qui laisse, quant à lui, la part belle aux parties dans la résolution de leur différend. Elle implique des procédures de réexamen intérimaire qui ne sont pas caractéristiques d'un mécanisme conciliatoire. Cette constatation permet de dire ce que n'est pas la procédure de réexamen intérimaire. Encore faut-il tenter d'établir ce qu'elle peut être. Si le Mémoire ne donne pas de renseignements déterminants sur ce point, tel n'est pas le cas de l'étude procédurale de la pratique des différents réexamens intérimaires.

L'organisation procédurale textuelle de la partie écrite du réexamen ne donne pas des garanties suffisantes de contradictoire dans la mesure où elle ne prévoit que l'expression individuelle par une partie de ses critiques à l'encontre du rapport intérimaire. L'échange entre parties n'est pas prévu et il faut supposer que la partie souhaitant le réexamen intérimaire n'aura de contacts qu'avec le groupe spécial, l'autre partie n'étant pas obligatoirement informée du mécanisme s'enclenchant alors ni du contenu de ces critiques. Le Mémoire ne prévoit pas de confrontation et il est alors difficile de parler d'une procédure de type contradictoire. En outre, cette procédure écrite de réexamen n'a pas besoin de l'instauration d'une contradiction car la partie demandera par écrit que le groupe spécial réexamine « ***des aspects précis*** »⁹³⁷ du rapport intérimaire. Le réexamen n'est donc pas un réexamen général de l'affaire traitée mais concerne davantage des corrections et modifications éventuelles. Les différents groupes spéciaux constitués ont pris l'exacte mesure de cette disposition en estimant par interprétation de l'article 15 : 2 que « ***la réunion de réexamen n'avait pas pour objet de donner aux parties la possibilité de soulever de nouvelles questions juridiques et de présenter de nouveaux éléments de preuve, ni d'engager un débat avec le Groupe spécial. A son avis, le but de la phase de réexamen intérimaire était d'examiner des aspects spécifiques et particuliers du rapport intérimaire*** »⁹³⁸. Par conséquent, le réexamen

⁹³⁵ Certains rapports de groupes spéciaux insistent d'ailleurs sur l'aspect contradictoire des arguments présentés par les parties en parlant de « *contre-arguments* ». Voir pour exemple le Rapport WT/DS54, 55, 59 et 64/R qui place ce terme à plusieurs reprises en titre de subdivision dans sa table des matières.

⁹³⁶ J.P. Cot, *La conciliation internationale*, Pedone, Paris, 1968, p. 253, cité par E. Canal-Forgues, *L'institution de la conciliation...*, p. 53.

⁹³⁷ Article 15 : 2.

intérimaire assuré par une procédure écrite ne nécessite pas une procédure contradictoire car il n'est nullement besoin de garantir une confrontation d'arguments par principe inexistant en l'espèce.

En revanche, la possibilité d'une procédure orale, à la demande d'une partie, sous la forme d'une réunion rassemblant les deux parties et le groupe spécial⁹³⁹, serait susceptible de favoriser un échange d'expressions et la confrontation des observations entre parties. Par exemple, dans l'affaire DS2 et 4, « **Le Groupe spécial a rencontré les parties (...) afin d'entendre leurs arguments concernant le rapport intérimaire. Il a soigneusement examiné les arguments présentés par [le défendeur] (...) et les réponses données par [les plaignants]** »⁹⁴⁰. Néanmoins, cette immixtion du contradictoire par l'oral n'est que peu effective en pratique. Le principe est une procédure écrite et seulement un quart des procédures de réexamens passe par une réunion⁹⁴¹ rarement à l'initiative de plusieurs parties⁹⁴². Le caractère exceptionnel des réunions intérimaires ainsi que le caractère individuel des initiatives montrent que les parties sont peu enclines à assurer une contradiction dans le réexamen intérimaire. Aussi celle-ci semble-t-elle éliminée de la procédure de réexamen intérimaire à la fois par le Mémoire concernant la partie écrite et par la pratique concernant la partie orale.

Cependant, la contradiction n'est pas totalement éliminée du réexamen intérimaire. Elle est au contraire assurée par la pratique de l'écrit alors même que le Mémoire reste silencieux sur ce point. En effet, des « **parties ont réservé leur droit de répondre aux observations de chacune d'entre elles au sujet du rapport intérimaire** » en « **invoquant la pratique des groupes spéciaux de l'OMC** »⁹⁴³. Dans l'affaire DS135, « **lors de l'envoi du rapport intérimaire aux parties, le Groupe spécial (...) [a] offert à**

⁹³⁸ Rapport WT/DS8, 10 et 11/R, paragraphe 5.2. Voir dans le même sens les rapports : WT/DS24/R, paragraphe 6.2 ; WT/DS18/R, paragraphe 7.3 ; WT/DS60/R, paragraphe 6.2 ; WT/DS90/R, paragraphe 4.2 ; WT/DS146 et 175/R, paragraphe 6.2. Seul un groupe spécial semble s'écarter de ce faisceau concordant de conclusions en affirmant que, d'après l'article 15 : 2, « *Le but du réexamen intérimaire est, à notre avis, de donner aux parties une possibilité de présenter de nouvelles questions de droit* ». Cette affirmation reste marginale, n'est pas argumentée, et semble servir en l'espèce au groupe spécial à avouer un certain manque de rigueur dans la rédaction du rapport et à justifier des modifications de constatations et conclusions relativement substantielles, ce qui n'est pas habituel.

⁹³⁹ Voir sur ce point l'article 15 : 2.

⁹⁴⁰ WT/DS2 et 4/R, paragraphe 5.1. Voir pour exemples dans le même sens les rapports WT/DS27/R/ECU, paragraphe 6.1, WT/DS58/R, paragraphe 6.1, WT/DS146 et 175/R, paragraphe 6.1 et 6.2.

⁹⁴¹ Au 12 septembre 2002, 19 réexamens sur 72 ont fait l'objet d'une réunion s'ajoutant à la procédure écrite que prévoit l'article 15.

⁹⁴² Seules les trois affaires DS8 et 10 et 11, DS24 et DS146 et 175 ont vu l'organisation d'une réunion de réexamen intérimaire à la demande des deux parties. Encore faut-il constater qu'un des plaignants de la première affaire n'a pas souhaité s'associer à la demande de réunion.

⁹⁴³ WT/DS161 et 169/R, paragraphe 488.

chacune d'elles la possibilité, au cas où aucune réunion ne serait demandée, de remettre par écrit des commentaires sur la demande initiale de réexamen soumise par l'autre partie, à la condition que ces commentaires se limitent strictement aux questions identifiées par l'autre partie dans sa demande initiale de réexamen »⁹⁴⁴.

Dans une autre affaire, « *comme convenu par le Groupe spécial, les deux parties ont été autorisées à présenter des observations supplémentaires sur la demande de réexamen intérimaire de l'autre partie* »⁹⁴⁵. De même, dans l'affaire DS114, « *Le Canada a (...) demandé qu'on lui donne la possibilité de faire des observations sur les observations présentées par les CE. Le Groupe spécial a décidé que les deux parties devraient avoir la possibilité de présenter (...) des observations complémentaires strictement limitées aux observations de l'autre partie* »⁹⁴⁶, cet échange étant indispensable « *dans un souci d'équité* »⁹⁴⁷. Par ailleurs, dans l'affaire DS136, le groupe spécial ne s'est pas contenté d'examiner un point important soulevé par une partie mais a « *posé des questions aux deux parties à propos de l'admissibilité de l'argument* » et ont « *aussi demandé aux Etats-Unis d'explicitier leur déclaration et aux Communautés européennes de présenter des observations à son sujet* »⁹⁴⁸.

La pratique des observations sur la demande de réexamen intérimaire accompagnées de réponses aux observations voire d'observations additionnelles s'est ainsi largement installée⁹⁴⁹, remplaçant même la tenue d'une réunion intérimaire⁹⁵⁰, en étant soit prévue dans les procédures de travail déterminées par le groupe spécial pour l'affaire qu'il traite⁹⁵¹, soit acceptée par le groupe spécial sur demande d'une partie⁹⁵².

⁹⁴⁴ WT/DS135/R, paragraphe 7.1.

⁹⁴⁵ WT/DS155/R, paragraphe 10.1.

⁹⁴⁶ WT/DS114/R, paragraphe 6.1.

⁹⁴⁷ WT/DS163/R, paragraphe 6.1.

⁹⁴⁸ WT/DS136/R, paragraphe 5.2.

⁹⁴⁹ Voir pour exemple les rapports des affaires DS31, 44, 46, 46/RW2, 70, 165, 166, 194, 212, 213, 221, ou encore 222. Au total, 34 des 72 examens intérimaires au 12 septembre 2002 font état d'observations formulées hors demande de réexamen écrite et réunion, avec une systématisation assez marquée depuis 2001.

⁹⁵⁰ Voir par exemple le Rapport WT/DS170/R, paragraphe 5, dans lequel « *Les Etats-Unis n'ont pas demandé la tenue d'une réunion dans le cadre du réexamen intérimaire mais se sont réservé le droit de présenter des observations sur les changements qui pourraient être proposés par le Canada. Le Canada a demandé qu'on lui donne la possibilité de présenter par écrit des observations sur les changements proposés par les Etats-Unis et, dans l'éventualité où cette possibilité lui serait refusée, il s'est réservé le droit de demander la tenue d'une nouvelle réunion avec le Groupe spécial pour examiner la question en litige* ». Le Rapport WT/DS207/R, paragraphe 6.1, traite d'une procédure atypique de réexamen dans laquelle « *Les deux parties ont fait des déclarations orales et ont obtenu la possibilité de présenter des exposés écrits avant la fermeture des bureaux le lendemain* ».

⁹⁵¹ Les rapports sont parfois explicites sur ce point. Voir par exemple les rapports WT/DS192/R paragraphe 6.1, WT/DS176/R paragraphe 7.1, WT/DS202/R paragraphe 6.1.

La formulation d'observations, en sus de la demande de réexamen et de la réunion, est souvent le fait des deux parties⁹⁵³ ou est une réponse d'une partie à la demande initiale de réexamen intérimaire de l'autre partie. La pratique crée donc un nouveau mécanisme d'expression et d'échange des observations des parties venant s'ajouter à la demande écrite et à la demande de réunion toutes deux prévues par le Mémoire. Cette pratique admise et parfois encouragée par le groupe spécial installe la contradiction là où n'existait que la critique, à un point tel que la généralisation des observations remplace la demande de réunion qui aurait pu être à même d'assurer le caractère contradictoire de la procédure intérimaire.

La contradiction est par conséquent une caractéristique majeure de la phase entière du groupe spécial. Si la crainte de son ineffectivité, due à l'organisation mémorandaire d'une étape d'examen intérimaire, peut amener le doute sur la juridictionnalité de la procédure de règlement du groupe spécial, cette crainte est balayée par une étude de la pratique qui montre que les différents groupes spéciaux et les Etats Membres sont désireux, dans le silence ou le flou du Mémoire, d'assurer une procédure de type contradictoire. La procédure de réexamen intérimaire ne classe pas la phase du groupe spécial parmi les procédés conciliatoires mais confirme et renforce au contraire une procédure contradictoire typique du modèle juridictionnel.

En troisième lieu, au vu du seul dispositif textuel organisant le règlement des différends, la contradiction n'est pas plus évidente pour l'examen en appel qu'elle ne l'était pour la phase du groupe spécial. Ni le Mémoire ni les Procédures de travail pour l'examen en appel ne posent explicitement le principe du contradictoire. Cependant, ces dernières contiennent des indices favorables à l'identification d'une contradiction. Tout d'abord est prévu une formation de l'appel « **par notification écrite à l'ORD conformément au paragraphe 4 de l'article 16 du Mémoire d'accord et dépôt simultané d'une déclaration d'appel auprès du Secrétariat** »⁹⁵⁴ ainsi qu'un contenu précis de cette déclaration d'appel⁹⁵⁵, de telle sorte que l'appelant renseignera précisément l'intimé sur ses prétentions, par le biais de l'ORD auquel l'appelant siège forcément et d'une déclaration au contenu rationalisé. Ensuite est posé le principe selon lequel « **Aucune section ni aucun de ses membres ne se réunira ou ne se mettra en contact avec une partie au différend (...) en l'absence des autres parties au différend (...)** »⁹⁵⁶, de telle sorte qu'aucune information ne peut échapper à une partie

⁹⁵² Voir pour exemple le Rapport WT/DS103/R et 113/R, paragraphe 6.1.

⁹⁵³ Dans deux cas sur trois. Parfois, seule une partie communique ses observations sur la demande de réexamen intérimaire. Voir pour exemple les rapports WT/DS31/R, WT/DS46/RW, WT/DS192/R, WT/DS70/RW, WT/DS79/R, WT/DS189/R, WT/DS202/R, WT/DS206/R, WT/DS231/R. Par ailleurs, certains rapports précisent l'absence d'observations formulées malgré la possibilité qu'a offerte le groupe spécial. Voir pour exemple le Rapport WT/DS50/R et WT/DS211/R.

⁹⁵⁴ Règle 20 1).

⁹⁵⁵ Voir la règle 20 2).

⁹⁵⁶ Règle 19 1. Cette règle 19 est intitulée « *Communications ex parte* ».

seule. Puis est prévu un mécanisme d'expression écrite par chaque partie assorti d'un accès automatique par l'autre partie à l'information délivrée : « **chaque document déposé par une partie au différend (...) sera signifié à chaque autre partie au différend (...)** »⁹⁵⁷. Cet échange est, de plus, renforcé par une gestion confiée au Secrétariat de l'Organe d'appel⁹⁵⁸, un mécanisme de « **preuve de signification** »⁹⁵⁹ ainsi qu'un « **mode de remise ou de communication le plus rapide qui soit disponible** »⁹⁶⁰. Enfin, les Procédures de travail garantissent et rationalisent davantage cet échange en prévoyant avec précision le contenu de la « **communication de l'appelant** »⁹⁶¹ comme « **de l'intimé** »⁹⁶² ainsi que des conditions de délais strictes pour leur dépôt et un mécanisme de signification d'une « **copie aux autres parties au différend** »⁹⁶³.

Ces dispositions sont bien à même d'assurer non seulement le principe d'une expression écrite de chaque partie assortie de sa signification à l'autre partie mais également la garantie du respect par la section chargée de l'appel de l'équilibre de cet échange. Il reste que cette « **expression communiquée** » est largement insuffisante à établir le principe d'une contradiction qui, lui, suppose une confrontation entre parties et non simplement un échange de documents. Une confrontation écrite est également assurée qui garantit une contradiction effective fondée sur un échange rigoureux d'informations entre les parties. Les Procédures de travail prévoient non seulement que « **l'appelant déposera auprès du Secrétariat une communication écrite (...) et en signifiera une copie aux autres parties au différend et aux tierces parties** »⁹⁶⁴, mais aussi que « **toute partie au différend qui souhaite répondre aux allégations formulées dans la communication d'un appelant (...) pourra (...) déposer auprès du Secrétariat une communication écrite (...) et en signifier une copie à l'appelant (...) [et] aux autres parties au différend** »⁹⁶⁵.

La communication de l'appelant « **contiendra (...) un exposé précis des motifs de l'appel, y compris les allégations spécifiques d'erreurs dans les questions de droit**

⁹⁵⁷ Règle 18 2).

⁹⁵⁸ Règle 18.

⁹⁵⁹ Règle 18 3).

⁹⁶⁰ Règle 18 4).

⁹⁶¹ Règle 21.

⁹⁶² Règle 22.

⁹⁶³ Se reporter aux règles 21 et 22.

⁹⁶⁴ Règle 21 1).

⁹⁶⁵ Règle 22 1).

*couvertes par le rapport du groupe spécial et les interprétations du droit données par celui-ci, et les arguments juridiques à l'appui ; (...) un exposé précis des dispositions des accords visés et autres sources juridiques invoquées ; et (...) la nature de la décision demandée »*⁹⁶⁶. La communication de l'intimé « *contiendra (...) un exposé précis des motifs de l'opposition aux allégations spécifiques d'erreurs dans les questions de droit couvertes par le rapport du groupe spécial et les interprétations du droit données par le groupe spécial qui sont formulées dans la communication de l'appelant, et les arguments juridiques à l'appui ; (...) l'acceptation ou l'opposition en ce qui concerne chaque motif énoncé dans la (les) communication(s) de l' (des) appelant(s) ; (...) un exposé précis des dispositions des accords visés et autres sources juridiques invoquées; et (...) la nature de la décision demandée »*⁹⁶⁷. Par ailleurs, « *une partie au différend autre que l'appelant initial pourra se joindre à cet appel ou former un appel sur la base d'autres erreurs alléguées dans les questions de droit couvertes par le rapport du groupe spécial et les interprétations du droit données par celui-ci »*⁹⁶⁸ et « *l'appelant, tout intimé et toute autre partie au différend qui souhaite répondre à une communication déposée »*⁹⁶⁹ à ce titre « *pourra déposer une communication écrite »*⁹⁶⁹.

Ainsi, les Procédures de travail organisent une procédure écrite de contradiction en décalant dans le temps les communications de l'appelant et de l'intimé afin que le second puisse répondre au premier. De plus, les communications ont un contenu rationalisé puisqu'elles doivent formuler pour l'appelant des allégations et des arguments juridiques, des références textuelles ainsi que des prétentions individuelles, et pour l'intimé des motifs d'opposition à ces allégations et des arguments juridiques, l'acceptation ou l'opposition à « *chaque motif énoncé* », des références textuelles et des prétentions. Ces Procédures de travail prévoient une réponse précise de l'intimé à la communication de l'appelant et organisent de la sorte rigoureusement une contradiction écrite entre les parties sous les auspices de la section chargée de l'appel, le tout strictement encadré par des conditions de délais⁹⁷⁰.

En outre, cette contradiction écrite est notablement renforcée par une procédure orale qui assure une confrontation plus directe entre parties devant l'Organe d'appel. En effet, « *la section tiendra une audience, qui aura lieu, en règle générale, 30 jours après la date du dépôt de la déclaration d'appel »*⁹⁷¹. Le déroulement de cette audience est maîtrisé par l'Organe d'appel : « *le Président de section pourra, en tant*

⁹⁶⁶ Règle 21 2).

⁹⁶⁷ Règle 22 2).

⁹⁶⁸ Règle 23 1).

⁹⁶⁹ Règle 23 3).

⁹⁷⁰ Voir particulièrement les règles 21 à 26.

⁹⁷¹ Règle 27 1).

que de besoin, fixer des limites de temps pour la présentation orale des arguments et des exposés »⁹⁷² ; « à tout moment au cours de la procédure d'appel, y compris, en particulier, au cours de l'audience, la section pourra poser des questions oralement ou par écrit, ou demander des mémoires additionnels, à tout participant (...), et indiquer les délais dans lesquels les réponses ou mémoires écrits devront être reçus »⁹⁷³ ; le « défaut de comparution »⁹⁷⁴ est même prévu et n'empêche pas la section d'appel de rendre « l'ordonnance qu'elle jugera appropriée »⁹⁷⁵. Surtout, le principe du contradictoire écrit comme oral est posé de manière générale, bien qu'implicitement, quand les Procédures de travail disposent que « **toutes ces questions, toutes ces réponses ou tous ces mémoires seront mis à la disposition des autres participants et participants tiers à l'appel, auxquels il sera ménagé une possibilité de répondre »⁹⁷⁶.**

Et le principe du contradictoire est également central dans la pratique de la phase d'appel⁹⁷⁷. Une fois la déclaration d'appel formulée, l'appelant va déposer sa communication qui sera suivie quelques jours après par celle du défendeur. Aucune entorse à ce principe n'est observée en pratique ; la contradiction écrite prévue par les Procédures de travail est donc concrétisée en pratique⁹⁷⁸. Certes, la moitié des déclarations d'appel est formulée par des « **appelant(s)/intimé(s)** »⁹⁷⁹ de telle sorte que la contradiction apparaît à première vue peu effective. Néanmoins, les déclarations d'appel déclenchant le mécanisme ne sont pas formulées conjointement par le plaignant et le défendeur⁹⁸⁰. La déclaration n'est pas commune et une partie formule sa déclaration d'appel consécutivement à la déclaration de l'autre partie. Si cette pratique de l'appelant/intimé semble peu conforme au modèle juridictionnel et davantage en phase

⁹⁷² Règle 27 4).

⁹⁷³ Règle 28 1).

⁹⁷⁴ Intitulé de la règle 29.

⁹⁷⁵ Règle 29.

⁹⁷⁶ Règle 28 2).

⁹⁷⁷ Sont examinés ici tous les rapports de l'Organe d'appel, y compris ceux rédigés en vertu de l'article 21 : 5 et ceux qui se contentent de faire état d'un désistement d'appel puisque la même procédure est systématiquement appliquée.

⁹⁷⁸ L'Organe d'appel a d'ailleurs pu parler, à plusieurs reprises, de « *contre-arguments* ». Voir pour exemples les rapports WT/DS70/AB/R, paragraphe 182, et WT/DS26 et 48/AB/R, p. 117.

⁹⁷⁹ Sur 48 rapports rendus par l'Organe d'appel, au 12 septembre 2002, 25 sont concernés par des appelants/intimés, leur nombre allant de 2 à 6 pour l'affaire DS27. Voir pour exemples les rapports de l'Organe d'appel des affaires DS22, 26 et 48, 27, 108, 141, 184, 202. Parmi ces 25 examens en appel, une affaire connaît à la fois deux appelants/intimés et deux intimés (voir le Rapport WT/DS8, 10 et 11/AB/R, pp. 3-4). Par ailleurs, il est question dans l'affaire DS136 et 162 de Membres ayant la qualité de « *appelant/intimé/participant tiers* », du fait de la réunion de plusieurs affaires similaires pour un traitement mémorandaire unique. Voir sur ce dernier point le Rapport WT/DS136 et 162/AB/R, paragraphe 7.

avec un processus diplomatique dans lequel les Etats souverains décident du règlement de leurs différends, elle reste peu influente sur la suite de la procédure. La qualité d'appelant amène des décalages temporels entre les communications des parties agissant en cette qualité mais n'empêche pas la formulation séparée et simultanée de secondes communications, cette fois-ci en leur qualité d'intimé. Le contradictoire est assuré voire renforcé par la distinction opérée pour une même partie entre sa qualité d'appelant et sa qualité d'intimé à partir du moment où cette distinction se traduit dans la procédure des communications formulées par chacune des deux parties. Il est également assuré par le fait que chaque seconde communication des parties, en leur qualité d'intimé, est toujours déposée par les deux parties le même jour.

Cette phase écrite n'est pas toujours immédiatement suivie par l'étape de l'audience à l'issue des communications des parties. Elle est également parfois constituée de « *mémoires additionnels* »⁹⁸¹ ou de « *communications additionnelles* »⁹⁸², voire de « *lettre* »⁹⁸³. Les deux premiers documents sont demandés par la section chargée de l'appel, conformément aux Procédures de travail⁹⁸⁴, alors que le dernier est de l'initiative d'une partie. Systématiquement, la possibilité pour les autres parties de répondre à ces documents a été ménagée, soit sous la forme de lettres et communications⁹⁸⁵, soit sous la forme de réponses écrites⁹⁸⁶, soit sous la forme de réponses à l'audience⁹⁸⁷, « *Conformément à la règle 28 2) des Procédures de travail* »⁹⁸⁸, de telle sorte qu'une contradiction est ici encore assurée.

Il en est de même pour l'étape de l'audience au cours de laquelle « *les participants (...) ont présenté oralement leurs arguments. Des questions leur ont été posées par*

⁹⁸⁰ Parfois, des communications communes sont déposées mais elles proviennent soit de plusieurs appelants (voir pour exemples les rapports des affaires DS136 et 162) soit de plusieurs intimés (par exemple dans les affaires DS58), mais jamais d'une réunion d'appelants et d'intimés qui, de ce fait, casserait le modèle du contradictoire pour privilégier la consultation diplomatique d'une entité tierce.

⁹⁸¹ WT/DS170/AB/R, paragraphe 8 et WT/DS176/AB/R, paragraphe 13.

⁹⁸² WT/DS58/AB/R, paragraphe 8.

⁹⁸³ WT/DS27/AB/R, pp. 4-8.

⁹⁸⁴ Règle 28 1). Le renvoi à cette règle, qui par ailleurs ne traite que des « *mémoires additionnels* » et non des « *communications additionnelles* », n'est opéré que dans le Rapport de l'affaire DS176. Il faut cependant croire que dans les autres affaires citées, la section chargée de l'appel met en œuvre la même disposition.

⁹⁸⁵ Affaire DS27.

⁹⁸⁶ Affaire DS170.

⁹⁸⁷ Affaires DS58 et DS176.

⁹⁸⁸ WT/DS176/AB/R, paragraphe 13.

*les membres de l'Organe d'appel saisis de l'appel. Il a été répondu oralement à la plupart des questions et par écrit à certaines autres, les réponses étant communiquées aussi bien à l'Organe d'appel qu'aux autres participants (...) »*⁹⁸⁹. Cette formulation du premier rapport rédigé par l'Organe d'appel est depuis globalement conservée, malgré quelques modifications stylistiques mineures. Cette constance témoigne de la récurrence d'une procédure d'audience essentielle⁹⁹⁰, de type contradictoire, menée par la section chargée de l'appel⁹⁹¹, type qui, au-delà de cette simple formule, est consacré par diverses pratiques annexes.

Des démarches complémentaires à l'audience sont souvent menées, et des réponses sont systématiquement organisées et formulées, quand : la section offre aux parties la possibilité de présenter « **des mémoires après audience** »⁹⁹² ; des parties peuvent donner « **par écrit des éclaircissements et des précisions sur leur réponse orale à une des questions posées par la section** »⁹⁹³ ; la section peut leur demander « **des mémoires écrits établis après l'audience sur des questions particulières relatives à l'appel** »⁹⁹⁴. Par ailleurs, la pratique de l'audience préliminaire a été instaurée pour deux affaires⁹⁹⁵ en lien bien que non jointes⁹⁹⁶. Il s'agissait d'une demande des deux parties

⁹⁸⁹ WT/DS2/AB/R, p. 3.

⁹⁹⁰ L'étape de l'audience n'est pas négligée en pratique par l'Organe d'appel, loin s'en faut. Elle est privilégiée et les différentes sections d'appel ont conscience de son importance dans un souci de rigueur et d'efficacité des constatations et conclusions qu'elles formuleront dans leur rapport. Pour preuve, le décès d'un membre de la section chargée de l'examen en appel de l'affaire DS138 a provoqué la décision de la nouvelle section constituée « *de tenir une nouvelle audience (...) pour assurer l'équité et le bon déroulement de la présente procédure d'appel* ». Voir sur ce point le Rapport WT/DS138/AB/R, paragraphe 8.

⁹⁹¹ Deux rapports n'adoptent pas une formulation similaire mais leur rareté ne remettent pas en cause la récurrence susmentionnée et leur démarche atypique est justifiable. Le premier Rapport est celui de l'affaire DS70 dans laquelle s'est déroulée une audience préliminaire dont l'importance a masqué l'inscription de la formulation récurrente précitée ; l'examen attentif de ce Rapport permet cependant d'affirmer que l'audience a eu lieu (paragraphe 5) et que la section d'appel a posé à cette occasion des questions aux parties (paragraphe 210). Le second Rapport est celui des affaires jointes DS146 et DS175 qui ne traitent pas de l'effectivité d'une audience pour la simple et bonne raison qu'un désistement a eu lieu avant ladite réunion dont la date avait été fixée par l'Organe d'appel (paragraphe 14 à 18).

⁹⁹² WT/DS24/AB/R, p. 5. Dans ce rapport, la section d'appel constate que cette opportunité n'a pas été saisie par les parties.

⁹⁹³ WT/DS24/AB/R, p. 5.

⁹⁹⁴ WT/DS69/AB/R, paragraphe 6. Voir un cas similaire de mémoires écrits dans le Rapport WT/DS8, 10 et 11/AB/R, pp. 3-4.

⁹⁹⁵ Il s'agit des affaires DS46 et DS70. Une troisième affaire contient une procédure particulière d'échanges de lettres et communications entre parties à l'initiative d'une partie, sur « *la participation de deux experts juridiques, qui ne sont pas fonctionnaires à plein temps [de la partie], à l'audience de l'Organe d'appel* ». Cet échange de points de vue a donné lieu à une décision de l'Organe d'appel sur cette question de procédure. La décision est retranscrite dans le Rapport de l'Organe d'appel, sans toutefois qu'elle ait été précédée d'une audience. La confrontation était dans ce cas écrite. Il n'empêche que le déroulement procédural du traitement de cette question se caractérise par une contradiction entre les parties exprimée par écrit et tranchée par la section chargée de l'appel. Voir sur ce point le Rapport WT/DS27/AB/R, pp. 4-8.

⁹⁹⁷ visant à ce que « *l'Organe d'appel applique, mutatis mutandis, les procédures régissant les renseignements commerciaux confidentiels adoptées par le Groupe spécial dans la présente affaire* » ⁹⁹⁸. La procédure suivie fut la même que celle garantie par les Procédures de travail pour un examen normal : dépôt par les participants des mémoires juridiques à l'appui de leur demande, possibilité de répondre au mémoire de l'autre et dépôt d'une réponse écrite au mémoire présenté par l'autre partie et, enfin, « *audience préliminaire* » ⁹⁹⁹. Il n'est pas précisé pour cette audience préliminaire son déroulement exact, contrairement à ce que formulent systématiquement les rapports de l'Organe d'appel pour les audiences classiques. Il est cependant permis de penser que la procédure alors suivie n'est pas différente de la procédure normale, dans la mesure où toutes les descriptions procédurales de la période précédant cette audience sont identiques à celles normalement suivies et où l'un des deux rapports parle de « *questions* » qui ont été posées à l'une des deux parties et de « *réponses écrites* » ¹⁰⁰⁰. Cette constatation qui induit une grande similitude implicitement formulée entre la procédure normale et la procédure préliminaire permet de relever la continuité du contradictoire à travers l'ensemble de la phase d'appel, y compris dans le cas de pratiques non-explicitement prévues par les Procédures de travail.

La contradiction est donc bien un principe central de la procédure d'appel comme il l'est pour la phase du groupe spécial et, bien que de manière plus atténuée, dans le cadre des consultations. Elle reste cependant largement implicite, les instances de règlement se contentant de parler parfois des « *arguments contradictoires* » des parties ¹⁰⁰¹, d'une « *audition contradictoire* » ¹⁰⁰² ou encore de « *preuve contradictoire* », « *opinions contradictoires* », « *allégations contradictoires* » ¹⁰⁰³. Si le principe du contradictoire ne bénéficie pas d'un traitement explicite et central par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel, c'est sans doute parce que les parties comme les instances de règlement sont satisfaites de la procédure et l'appliquent avec rigueur, qu'elles ne la remettent pas en

⁹⁹⁶ Les affaires DS46 et DS70 entretiennent des liens étroits, bien que n'étant pas jointes, dans la mesure où elles concernent le même différend à des dates similaires, mais que la partie plaignante de la première affaire devient défenderesse dans la seconde et inversement. D'ailleurs, les rapports de l'Organe d'appel sont datés du même jour pour les deux affaires.

⁹⁹⁷ Le Brésil et le Canada, toutes deux parties aux deux affaires ayant fait l'objet d'une audience préliminaire. Voir note précédente.

⁹⁹⁸ WT/DS46/AB/R, paragraphe 9, et WT/DS70/AB/R, paragraphe 6.

⁹⁹⁹ Voir pour un descriptif détaillé de la procédure suivie dans ces deux affaires les rapports WT/DS46/AB/R, paragraphe 104, et WT/DS70/AB/R, paragraphe 126.

¹⁰⁰⁰ Voir sur ce point le Rapport WT/DS70/AB/R, paragraphe 210.

¹⁰⁰¹ Voir pour exemples les rapports des groupes spéciaux WT/DS135/R, paragraphe 8.206, et WT/DS189/R, paragraphe 6.42, ainsi que le Rapport de l'Organe d'appel WT/DS108/AB/R, paragraphe 111.

¹⁰⁰² Voir pour exemple le Rapport du groupe spécial WT/DS211/R, paragraphe 7.341.

¹⁰⁰³ Voir pour exemple le Rapport du groupe spécial WT/DS114/R, paragraphes 4.35, 7.29 et 7.98.

cause ni ne se plaignent de sa non-application, de telle sorte que les arguments des parties ne portent pas sur le respect de ce principe. Mais son absence de traitement explicite montre également la difficulté des Membres comme des instances à admettre le caractère juridictionnel de la procédure mémorandaire. S'il ne fait aucun doute que le principe du contradictoire est présent dans la procédure mémorandaire, cette certitude se fonde sur une pratique et non sur une base textuelle réellement solide. Cette démarche illustre à la fois une méfiance des créateurs, des utilisateurs et des instances du système mémorandaire à l'égard d'un basculement radical dans un système explicitement juridictionnel mais aussi une volonté commune des Membres et des instances d'évoluer dans le sens d'une juridiction.

La seconde évaluation de cette contradiction s'attache à la recherche d'indices subalternes l'assurant, après avoir recherché l'existence de mécanismes explicitement contradictoires¹⁰⁰⁴. Cette juridictionnalité procédurale n'est pas explicite dans le sens où le contradictoire n'est encore clairement posé, ni par les instances de règlement ni par les textes, comme le principe directeur de la procédure mémorandaire. Elle peut tout de même être explicitée et renforcée par ces mêmes instances qui n'hésitent déjà pas à protéger les droits de la défense¹⁰⁰⁵. En effet, groupes spéciaux et Organe d'appel se soucient de cette protection en posant le principe de leur respect¹⁰⁰⁶, en évaluant son atteinte par l'autre partie¹⁰⁰⁷ ou encore en recherchant si la « **capacité (...) de se défendre** » a été affectée¹⁰⁰⁸. L'Organe d'appel traite de « **l'équité élémentaire, ou ce qui est connu dans nombre de systèmes juridiques comme les droits de la défense ou la justice naturelle** »¹⁰⁰⁹ et donne une définition du principe de respect des droits de la défense en lien avec le principe de bonne foi, duquel il découle, posé à l'article 3 : 10

¹⁰⁰⁴ Cette seconde évaluation ne concernera que la phase du groupe spécial et l'examen en appel. En effet, il n'est pas nécessaire de s'appesantir sur la garantie d'une contradiction au sein du processus des consultations dans la mesure où, comme précédemment relevé, le contradictoire est assuré par les parties elles-mêmes et sa violation peut être sanctionnée par la partie victime elle-même quand elle refusera un règlement amiable du différend et provoquera l'enclenchement de la phase du groupe spécial.

¹⁰⁰⁵ « *L'idée en apparaît de plus en plus* », selon H. Ruiz Fabri, « L'appel dans le règlement... *op. cit.*, p. 75.

¹⁰⁰⁶ Voir pour exemple le Rapport de l'Organe d'appel WT/DS26/AB/R, page 68, note 138.

¹⁰⁰⁷ Voir pour exemples les rapports des groupes spéciaux : WT/DS121/R, paragraphe 7.20 ; WT/DS122/R, paragraphe 7.24 ; WT/DS132/R, paragraphe 7.17 ; WT/DS136/R, paragraphe 6.33 ; WT/DS156/R, paragraphe 8.179 ; WT/DS18/RW, paragraphe 7.20 ; WT/DS206/R, paragraphe 7.28.

¹⁰⁰⁸ WT/DS98/AB/R, paragraphe 127. Dans le paragraphe précédent, la section chargée de l'appel renvoie au Rapport WT/DS62, 67 et 68/AB/R, paragraphe 70. Cette conclusion de l'Organe d'appel dans l'affaire DS98 n'est pas isolée mais reprise par les groupes spéciaux dans les rapports suivants : WT/DS132/R, paragraphe 7.13 ; WT/DS141/R, paragraphe 6.25 ; WT/DS177 et 178/R, paragraphes 5.31 et s., qui examine longuement la capacité de défense ; WT/DS189/R, paragraphes 4.1049, 4.1062 et 6.103 ; WT/DS122/R, paragraphes 7.14 et 7.15 ainsi que p. 301. La démarche de ce dernier Rapport est avalisée par l'Organe d'appel dans son Rapport WT/DS122/AB/R, paragraphes 86 et s. Cette capacité de se défendre et également évaluée par le groupe spécial de l'affaire DS34 ; voir son Rapport WT/DS34/R, paragraphe 9.3.

du Mémoire. Le principe de bonne foi est « **en même temps un principe juridique général et un principe général du droit international** »¹⁰¹⁰ et, « **en respectant les prescriptions de bonne foi, les Membres plaignants accordent aux Membres défendeurs une protection intégrale et la pleine possibilité de se défendre, conformément à la lettre et à l'esprit des règles de procédure** »¹⁰¹¹.

Cette protection des droits de la défense est une reconnaissance implicite d'une procédure juridictionnelle puisqu'elle signifie, s'il existe une défense, qu'il existe à la fois un plaignant, un organe de règlement qui tranchera le différend et un échange de positions entre les parties, c'est-à-dire une procédure contradictoire. Comme il a été précédemment montré, l'identification d'une contradiction n'est pas suffisante à caractériser une procédure juridictionnelle et il importe également d'évaluer cette contradiction. Or, au sens strict, la seule garantie de droits de la défense est le niveau bas de la contradiction. Elle signifie qu'un déséquilibre existe entre les parties et qu'il doit être atténué par la possibilité offerte à la partie défenderesse d'examiner les positions du plaignant et d'exprimer ses propres positions. Elle n'assure pas seule un dialogue entre les parties mais tout au plus une réponse du défendeur au plaignant. Elle ne garantit que faiblement une contradiction efficace et pleine.

Cependant, au sens large, la garantie des droits de la défense comprendra non seulement l'expression du défendeur mais également celle du plaignant se défendant des réponses du défendeur. Elle sera alors un principe directeur de l'entière procédure et constituera ainsi le niveau haut de la contradiction puisqu'elle permettra le dialogue et non pas seulement l'information, la confrontation et non pas seulement la réponse. C'est ce sens large qui semble être privilégié par les instances mémorandaires quand un groupe spécial affirme avoir « **préservé l'équité élémentaire et garanti aux deux parties les droits de la défense** »¹⁰¹² ou encore quand l'Organe d'appel confirme un rapport de groupe spécial formulant son « **principal souci** » qui « **est de garantir une "procédure régulière" et de veiller à ce que toutes les parties au différend aient toutes les occasions de défendre leur position dans la plus large mesure possible** »¹⁰¹³. De la

¹⁰⁰⁹ Rapport WT/DS26 et 48/AB/R, paragraphe 133. Cette conclusion est reprise par différents groupes spéciaux. Voir par exemple dans les rapports : WT/DS18/AB/R, paragraphe 264 ; WT/DS69/AB/R, paragraphe 133 ; WT/DS75 et 84/AB/R, paragraphe 162.

¹⁰¹⁰ WT/DS108/AB/R, paragraphe 106. Ce Rapport renvoie pour une étude de la question de la bonne foi au Rapport WT/DS58/AB/R, paragraphe 158. Ses conclusions sont reprises par le groupe spécial des affaires jointes DS146 et 175, WT/DS146 et 175/R, paragraphe 4.70.

¹⁰¹¹ WT/DS108/AB/R, paragraphe 106. Le lien entre ces droits de la défense, découlant du principe de bonne foi, et l'évaluation de la capacité de se défendre, reconnue par l'Organe d'appel dans l'affaire DS98 précitée, est opéré par le groupe spécial de l'affaire DS161 et 169. Ce dernier, en effet, reprend et relie, dans ses paragraphes 7.96 à 7.98, les conclusions précitées des rapports de l'Organe d'appel dans les affaires DS98 et DS108.

¹⁰¹² WT/DS121/R, paragraphe 7.20.

¹⁰¹³ Cette conclusion paragraphe 6.55 du Rapport du groupe spécial WT/DS56/R a été explicitement confirmée, paragraphe 6.55, par l'Organe d'appel dans son Rapport WT/DS56/AB/R, p. 36.

sorte, le principe du contradictoire est pleinement assuré par ce niveau haut du respect des droits de la défense. La garantie des droits de la défense n'est pas explicitement assurée par les textes qui reflètent, à l'image du principe du contradictoire, la timidité des Membres face à la création nette d'une juridiction ; elle pourrait même faire l'objet d'améliorations substantielles¹⁰¹⁴. Elle est pourtant effective par la pratique instaurée par les instances comme par les Membres, et ce de manière appuyée par le souci d'un respect bilatéral des droits de la défense.

Bien entendu, le principe du contradictoire et celui du respect des droits de la défense ne sont pas explicitement consacrés, ni par le dispositif normatif de l'OMC ni par les instances de règlement. Cependant, la démarche pratique de protection des droits de la défense au sens large pourrait suffire à garantir le principe du contradictoire si l'on admet que la protection des droits de la défense et le principe du contradictoire sont synonymes. En effet, quand un groupe spécial affirme avoir « **préservé l'équité élémentaire et garanti aux deux parties les droits de la défense** »¹⁰¹⁵, quand l'Organe d'appel procède à « **une évocation croissante du nécessaire caractère équitable de la procédure et du respect des droits de la défense** »¹⁰¹⁶ ne signifient-ils pas qu'ils ont assuré une contradiction, si l'on considère la contradiction comme, « **un principe d'équité élémentaire qui rejoint la sauvegarde des droits de la défense** »¹⁰¹⁷ ? Non seulement, la protection simultanée de l'équité et des droits de la défense est bien à même « **d'accroître les caractéristiques juridictionnelles** »¹⁰¹⁸, « **Mais on pourrait aussi parler de développement du contradictoire, dans la mesure où ces droits [de la défense] se déclinent essentiellement ici dans un droit à une procédure régulière** »¹⁰¹⁹.

En sus du sens strict de réponse du défendeur au plaignant et du sens large de réponses réciproques des parties, un troisième sens des droits de la défense peut être individualisé qui ne dément pas la qualification juridictionnelle donnée à la procédure mémorandaire. Il s'agit des « **droits de la défense contre l'arbitraire du juge** »¹⁰²⁰. Ce sens rejoint le sens large précédemment évoqué qui s'appliquait non seulement au

¹⁰¹⁴ Voir sur ce point Y. Renouf, « Garantir les "droits de la défense" – Quelques remarques préliminaires sur la nécessité de développer les règles de procédure dans le règlement des différends de l'OMC », in Société Française pour le Droit international, *La réorganisation mondiale des échanges*, Colloque de Nice, Pedone, Paris, 1996, pp. 293-307.

¹⁰¹⁵ WT/DS121/R, paragraphe 7.20.

¹⁰¹⁶ H. Ruiz Fabri, « L'appel dans le règlement... », *op. cit.*, p. 58.

¹⁰¹⁷ M. Gaillard, *L'Intelligence Du Droit*, *op. cit.*, p. 135. Voir dans le même sens : P. Daillier et A. Pellet (N. Quoc Dinh †), *op. cit.*, p. 862 ; P. Le Jeune, *Introduction au droit des relations internationales*, L.G.D.J., coll. Systèmes, Paris, 1994, pp. 119-120. Ces auteurs rapprochent le principe du contradictoire de la garantie des droits de la défense et de l'égalité des parties, le premier étant l'addition des deux suivants.

¹⁰¹⁸ H. Ruiz Fabri, « L'appel dans le règlement... », *op. cit.*, p. 58.

¹⁰¹⁹ *Ibid.*, p. 75.

défendeur mais aussi au plaignant ; ici encore, les droits de la défense concernent les deux parties et leur protection est effective contre l'instance de règlement. Ces droits de la défense rejoignent le principe du contradictoire en ce que celui-ci caractérise une relation triangulaire : la contradiction permet à l'instance de règlement de connaître les positions respectives des parties en vue de la décision qu'elle devra formuler. La protection des droits de la défense dans ce cadre favorise l'expression et la confrontation des points de vues des parties et par voie de conséquence l'information de l'instance dont l'arbitraire sera de la sorte atténué.

Outre le principe du respect des droits de la défense, un indice supplémentaire confirmant l'effectivité d'une contradiction se trouve dans le principe de confidentialité. L'effectivité d'une procédure contradictoire suppose une démarche complète et sereine à la fois de l'expression et de la confrontation des positions de chacune des deux parties, et de la réflexion et la prise de décision de l'instance de règlement. Elle n'est donc pas pleinement envisageable sans la garantie de la confidentialité de cette discussion. Sans cette garantie, les parties pourraient hésiter à se livrer et l'instance de règlement pourrait voir perturbée sa tranquillité d'action. La qualité d'une contradiction pourtant consacrée s'en ressentirait car « **la confidentialité des procédures menées conformément au Mémorandum d'accord (...) [accroît] la confiance dans le nouveau mécanisme de règlement des différends** »¹⁰²¹. Néanmoins, une confidentialité totale n'est pas souhaitable et doit être rééquilibrée par un principe corollaire de publicité. Est en effet nécessaire un principe de publicité de la justice afin de ne pas douter de son impartialité même si ce principe ne s'applique pas à toutes les phases de la procédure comme celle du délibéré car cela compromettrait sa sérénité¹⁰²².

Les textes et la pratique du système mémorandaire protègent cette confidentialité et, de la sorte, garantissent l'effectivité du caractère contradictoire de la procédure. Comme l'a constaté Mme Ruiz Fabri, « **des règles complexes sont aménagées pour concilier les impératifs de confidentialité de certaines informations portées à la connaissance du groupe spécial et les impératifs du contradictoire, voire d'une certaine publicité des débats** »¹⁰²³. Cette observation peut être généralisée. Le Mémorandum et les Règles de conduite¹⁰²⁴ sont explicites sur la consécration d'une confidentialité procédurale. Le premier affirme que « **les consultations** »¹⁰²⁵, « **les délibérations des groupes spéciaux** »¹⁰²⁶, « **les travaux de l'Organe d'appel** »¹⁰²⁷, « **les communications écrites présentées au groupe spécial ou à l'Organe d'appel** »

¹⁰²⁰ J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit, op. cit.*, p. 332.

¹⁰²¹ Règles de conduite, Règle I, document WT/AB/WP/7, Annexe II.

¹⁰²² Voir sur ce point J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit, op. cit.*, pp. 332-333.

¹⁰²³ H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », *J.D.I.* 3, 1997, p. 738.

¹⁰²⁴ WT/AB/WP/7, Annexe II.

¹⁰²⁵ Article 4 : 6.

¹⁰²⁸ , « **les délibérations du groupe spécial et les documents qui lui auront été soumis** » ¹⁰²⁹ seront confidentiels. Les secondes insistent sur « **la confidentialité des procédures menées conformément au Mémorandum d'accord, ce qui accroîtrait la confiance dans le nouveau mécanisme de règlement des différends** » ¹⁰³⁰ . Elles prévoient le respect de « **la confidentialité des procédures des organes conformément au mécanisme de règlement des différends** » ¹⁰³¹ et de « **la confidentialité de tout renseignement révélé dans ce processus de déclaration, même après l'achèvement de la procédure du groupe spécial et de ses procédures d'exécution, le cas échéant** » ¹⁰³² . Plus largement, « **chaque personne visée préservera à tout moment la confidentialité des délibérations et procédures de règlement des différends ainsi que de tout renseignement identifié par une partie comme confidentiel. Aucune personne visée n'utilisera à aucun moment les renseignements obtenus au cours de ces délibérations et procédures à son avantage ou à l'avantage d'autrui** » et, « **au cours de la procédure, aucune personne visée n'aura de contacts ex parte au sujet de questions à l'examen** » ¹⁰³³ . Pour finir, ces Règles de conduite assurent le bon respect de ce principe en incluant son exigence dans le mécanisme de récusation pour violation ¹⁰³⁴ .

Le principe de confidentialité n'est cependant pas absolu car le Mémorandum et les Règles de conduite prévoient des aménagements afin de le concilier avec le principe de publicité, ce rééquilibrage étant nécessaire à la consolidation de l'impartialité et, partant, de la juridictionnalité des instances. D'abord, toutes les étapes procédurales ne sont pas confidentielles. Au contraire, le principe de publicité s'applique aux procédures passant par l'ORD : demande de consultations ¹⁰³⁵ , notification de solution convenue d'un commun accord ¹⁰³⁶ , demande d'établissement d'un groupe spécial ¹⁰³⁷ , remise du

¹⁰²⁶ Article 14 : 1.

¹⁰²⁷ Article 17 : 10.

¹⁰²⁸ Article 18 : 2.

¹⁰²⁹ Appendice 3 du Mémorandum, paragraphe 3.

¹⁰³⁰ Règle I.

¹⁰³¹ Règle II. Voir dans le même sens la Règle III.

¹⁰³² Règle VI : 6.

¹⁰³³ Règle VII intitulée « *confidentialité* », paragraphes 1 et 2.

¹⁰³⁴ Voir la Règle VIII prévoyant ce mécanisme et l'Annexe III contenant un modèle de « *formule de déclaration* ».

¹⁰³⁵ Article 4 : 4.

¹⁰³⁶ Article 3 : 6.

rapport du groupe spécial¹⁰³⁸ ou de l'Organe d'appel¹⁰³⁹, etc. D'ailleurs, le rôle essentiel de l'ORD est d'être le destinataire d'informations sur l'enclenchement, le déroulement et l'achèvement des mécanismes mémorandaires et d'être, en raison de sa composition, le centre de diffusion de cette information pour l'ensemble des Membres. Ensuite, la confidentialité est atténuée par la volonté des acteurs du système mémorandaire : « **les renseignements confidentiels [demandés par un groupe spécial] ne seront pas divulgués sans l'autorisation formelle de la personne, de l'organisme ou des autorités du Membre qui les aura fournis** »¹⁰⁴⁰. Par ailleurs, la confidentialité est forcément relativisée pour faire place à la contradiction : « **les communications écrites présentées au groupe spécial ou à l'Organe d'appel seront traitées comme confidentielles, mais elles seront tenues à la disposition des parties au différend** »¹⁰⁴¹. Enfin, la confidentialité est aménagée : « **aucune disposition du présent mémorandum d'accord n'empêchera une partie à un différend de communiquer au public ses propres positions. Les Membres traiteront comme confidentiels les renseignements qui auront été communiqués par un autre Membre au groupe spécial ou à l'Organe d'appel et que ce Membre aura désignés comme tels. Une partie à un différend fournira aussi, si un Membre le demande, un résumé non confidentiel des renseignements contenus dans ses exposés écrits qui peuvent être communiqués au public** »¹⁰⁴².

Confidentialité et publicité sont ainsi équilibrées : le déroulement procédural, les problèmes posés par le différend, les positions des parties et la décision de règlement sont publics, et le différend comme son règlement sont ainsi portés à la connaissance du public ; la discussion et la contradiction, comme le travail des instances préparant leurs conclusions, sont confidentiels pour l'assurance d'une sérénité des acteurs. La garantie d'une contradiction ne porte donc pas atteinte au principe de publicité de la justice mais elle est assurée par la confidentialité envisagée de manière équilibrée par les textes. Certes, la publicité pourrait être améliorée. « **Selon un certain point de vue, il faudrait**

¹⁰³⁷ Article 6.

¹⁰³⁸ Article 12 : 7.

¹⁰³⁹ Article 17 : 14.

¹⁰⁴⁰ Article 13 : 1.

¹⁰⁴¹ Article 18 : 2.

¹⁰⁴² Article 18 : 2. Se reporter également au paragraphe 3 de l'Appendice 3 qui détaille ce mécanisme de communication de données confidentielles. Voir également le paragraphe 5 dudit Appendice qui organise la confidentialité des « *renseignements pertinents qui auront été communiqués à un groupe consultatif d'experts* ». Cette dernière disposition est en marge de la confidentialité nécessaire à la consécration du contradictoire mais l'ensemble des considérations formulées dans la présente Section peut s'appliquer à ce mécanisme du groupe consultatif d'experts qui prévoit des communications aux parties, des résumés non confidentiels le cas échéant, l'expression par les parties de leurs observations, ainsi qu'une procédure s'apparentant à un réexamen intérimaire du rapport de ce groupe d'experts.

franchir un stade supplémentaire et rendre les procédures publiques »¹⁰⁴³. Cette insuffisance est notable mais elle est partiellement compensée par la publicité des rapports des instances reformulant l'ensemble des arguments et confrontations entre parties. Bien entendu cette publicité *a posteriori* n'est pas entièrement satisfaisante mais, plus développée, elle pourrait constituer une menace pour la viabilité d'un système interétatique de règlement nouveau et en voie de développement. Il faut croire que cet équilibre permet de promouvoir, en la consolidant, une juridictionnalité procédurale à même d'être par la suite approfondie par la mise en place de procédures publiques.

La confidentialité est d'application complexe eu égard au domaine commercial qui est la substance du système OMC et, par voie de conséquence, l'objet des différends traités dans ce cadre. Elle est d'abord parfois maltraitée par l'existence de **« fuites concernant les rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel, qui étaient devenues la règle plutôt que l'exception »**¹⁰⁴⁴, ce qui provoque inquiétudes et déceptions formulées aussi bien par les Membres¹⁰⁴⁵ que par les instances de l'OMC¹⁰⁴⁶. Elle est ensuite mise à mal par la présence de personnes privées¹⁰⁴⁷ ou encore de conseils privés¹⁰⁴⁸ lors des différentes phases de règlement mémorandaire. Si les fuites ne peuvent être jugulées autrement que par la formulation véhémement et systématique de condamnations morales, la confrontation entre le principe de confidentialité et la présence d'entités tierces privées a dû être traitée en pratique. Les groupes spéciaux ont ainsi admis des conseils privés, représentants et consultants dans la mesure où ils sont soumis au même principe de confidentialité que la délégation à laquelle ils appartiennent¹⁰⁴⁹ ou que la représentation qu'ils effectuent¹⁰⁵⁰; et cette approche a été consacrée également

¹⁰⁴³ H. Ruiz Fabri, « L'appel dans le règlement... », p. 76, note 48. L'auteur renvoie à V. D. Palmeter, « *The Need for Due Process in WTO Proceedings* », J.W.T. 1997/1, pp. 51-57.

¹⁰⁴⁴ Déclaration de la Norvège au cours de la réunion de l'ORD tenue le 12 juin 1997, WT/DSB/M/34, p. 3.

¹⁰⁴⁵ Voir par exemple, dans différentes réunions de l'ORD : les déclarations de la Norvège et du Mexique, WT/DSB/M/34, pp. 3-4 ; les déclarations de la Thaïlande et de l'Inde, WT/DSB/M/37, pp. 33-34 ; les déclarations des Communautés européennes, WT/DSB/M/77, paragraphe 17, et WT/DSB/M/41, point 8 ; les déclarations de l'Indonésie, des Communautés européennes, des Etats-Unis et de l'Inde, WT/DSB/M/45, point 9.

¹⁰⁴⁶ Voir pour exemple les déclarations d'un groupe spécial exprimant sa déception sur la parution d'articles de presse contrevenant au principe de confidentialité dans le Rapport WT/DS24/R, paragraphe 6.3, ainsi que les déclarations d'un autre groupe spécial concernant la confidentialité du rapport intérimaire dans le Rapport WT/DS54, 55, 59 et 64/R, paragraphe 13.3. De même, dans le Rapport WT/DS8, 10 et 11/R, le groupe spécial et les parties conviennent de l'importance de la confidentialité alors que des articles de presse ont été présentés lors du réexamen intérimaire.

¹⁰⁴⁷ Différents Membres ont pu exprimer leur position lors de la réunion de l'ORD WT/DSB/M/103, paragraphes 54 à 60, sur le conflit entre les exigences de confidentialité et l'acceptation par les instances de règlement des mémoires d'*amicus*.

¹⁰⁴⁸ Des parties ont pu formuler des inquiétudes liées à la présence de conseils privés assistant certains Membres. Voir pour exemple les rapports de l'Organe d'appel WT/DS27/AB/R, p. 7, ainsi que le Rapport du groupe spécial WT/DS27/RW, paragraphe 2.12.

par l'Organe d'appel¹⁰⁵¹.

La confidentialité est, enfin, problématique quand il est question pour une partie de communiquer des renseignements qu'elle considère comme confidentiels à la partie adverse et à l'instance de règlement sachant, en outre, que le rapport de cette instance est susceptible non seulement de fonder ses constatations et recommandations sur lesdits renseignements mais aussi de les dévoiler dans ses parties descriptives.

L'essentiel des considérations liées au problème de confidentialité porte sur ces renseignements et sous-tendent un questionnement plus général sur le conflit entre le principe de confidentialité et celui de publicité. En effet, à de nombreuses reprises, des parties souhaitent préserver la confidentialité de renseignements ou données susceptibles d'être utiles au traitement du différend. Les conséquences de ce souhait sont variables : elles vont de l'instauration de mécanismes particuliers de confidentialité au refus de communiquer. Souvent, la partie détentrice de renseignements qu'elle estime confidentiels demandera l'adoption par l'instance de règlement de procédures de travail additionnelles ou de mesures de sauvegarde additionnelles organisant des garanties particulières de confidentialité. Si l'effectivité de cette adoption est réelle¹⁰⁵², la demande n'entraîne pas l'adoption automatique de la procédure additionnelle. Les groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont été amenés à refuser une prise en considération particulière de tous¹⁰⁵³ renseignements ou données considérés par une partie comme confidentiels, et à se contenter de changements procéduraux minimums¹⁰⁵⁴. L'automatisme de la procédure additionnelle n'existe pas, car les instances de règlement

¹⁰⁴⁹ Voir WT/DS54, 55, 59 et 64/R, paragraphe 14.1. Voir également le Rapport du groupe spécial WT/DS46/RW qui fait part d'un débat autour du comportement d'une partie qui est sortie de la réunion entre les parties et le groupe spécial pour montrer à des personnes extérieures une communication confidentielle. Ledit groupe spécial en conclut, dans le paragraphe 3.15 de son rapport, « qu'il est important de préserver la confidentialité conformément aux obligations prévues par le Mémorandum d'accord. En revanche, lorsque nous appliquons les règles de confidentialité, nous devons prendre garde de ne pas juguler la communication nécessaire entre les gouvernements Membres et leurs conseillers, pour autant que des sauvegardes appropriées soient en place ». Cette conclusion s'appuie sur le Rapport du groupe spécial WT/DS75 et 84/R, paragraphe 10.32, et sur le Rapport de l'Organe d'appel WT/DS70/AB/R, paragraphe 141.

¹⁰⁵⁰ Voir le Rapport WT/DS75 et 84/R dans lequel le groupe spécial autorise une partie à se faire représenter par des conseils privés malgré les problèmes éventuels de confidentialité, paragraphes 10.26 à 10.33.

¹⁰⁵¹ Voir pour exemple le Rapport WT/DS70/AB/R, paragraphe 145, repris dans le Rapport WT/DS122/AB/R, paragraphe 74.

¹⁰⁵² Voir pour exemples les rapports des groupes spéciaux suivants : WT/DS18/RW, paragraphe 7.7 ; WT/DS122/R, paragraphes 5.1 et s. ; WT/DS126/RW, paragraphes 3.2 et s. ; WT/DS126/R, paragraphe 4.1 ; WT/DS166/R, paragraphes 3.1 et 3.2 ; WT/DS46/R, paragraphes 1.10, 9.54 et s. ; WT/DS70/R, paragraphes 4.171 à 4.172. Pour ces deux derniers rapports, se reporter à leur annexe 1 dans laquelle les procédures de travail qu'a adoptées le groupe spécial sont consignées et dans laquelle se trouvent une définition des « renseignements commerciaux confidentiels » et de la « déclaration de non-divulgaration ». Voir également les déclarations de présidents de groupes spéciaux qui précisent l'application particulière de certaines règles de confidentialité dans les rapports WT/DS18/RW, annexes 1 et 2, et WT/DS26/R/USA, annexe.

¹⁰⁵⁴ Voir pour exemple le Rapport du groupe spécial WT/DS18/RW, paragraphe 7.7.

exploitent la compétence que le Mémoire leur attribue en matière d'adoption des procédures de travail¹⁰⁵⁵. Elles évalueront les demandes particulières ainsi que les arguments des parties pour admettre ou refuser la confidentialité de certains renseignements¹⁰⁵⁶.

Il reste que, sans pour autant adopter des procédures additionnelles, les protagonistes du système mémorandaire ont le souci de protéger la confidentialité par la mise en place de certains mécanismes : la publication de deux rapports distincts, le premier contenant certains renseignements n'étant communiqué qu'aux parties¹⁰⁵⁷ ; la modification du rapport du groupe spécial lors du réexamen intérimaire pour prendre en considération la confidentialité de certaines données¹⁰⁵⁸ ; l'abstention du Président de l'ORD concernant la formulation de remarques sur les travaux d'un groupe spécial¹⁰⁵⁹ ; l'adoption dans un rapport de groupe spécial d'un nom factice de société pour respecter la confidentialité¹⁰⁶⁰ ; la modification de chiffres avec conservation des proportions pour des raisons de confidentialité¹⁰⁶¹.

Si le principe de confidentialité est un souci constant des instances de règlement comme des Membres, son applicabilité est mesurée. Les organes de règlement sont soucieux de concilier confidentialité et publicité, ce qui est gage de contradictoire. Mais ils sont surtout préoccupés par l'utilisation abusive possible par les Membres du principe de

¹⁰⁵³ Voir pour exemple les rapports de l'Organe d'appel : WT/DS70/AB/R, paragraphe 141 ; WT/DS46/AB/R, paragraphes 119 à 125 ; WT/DS70/AB/R, paragraphes 141 à 147. Voir également les rapports des groupes spéciaux : WT/DS103 et 113/RW, paragraphes 2.15 à 2.21 ; WT/DS222/R, paragraphe 7.135 ; WT/DS70/R, paragraphes 9.54 et s. Dans cette dernière affaire portée devant un groupe spécial, la partie demanderesse de procédures additionnelles en a effectivement bénéficié mais elle reste en désaccord avec ledit groupe spécial, étant mécontente des procédures adoptées ; le groupe spécial va cependant rejeter, après de longs débats, les nouveaux arguments de ladite partie.

¹⁰⁵⁵ Voir le Mémoire, articles 12 : 1 et 17 : 9.

¹⁰⁵⁶ Ainsi, par exemple, l'imprécision de la demande ou encore l'inadéquation de l'attribution d'une confidentialité particulière à certains renseignements sont des motifs de refus d'adoption d'une procédure additionnelle par des groupes spéciaux. Voir leurs rapports : WT/DS103 et 113/RW, paragraphes 2.15 à 2.21 ; WT/DS222/R, paragraphe 7.135. De même, le groupe spécial renonce à sa compétence d'acceptation unilatérale d'observateurs, que lui confie l'article 12 : 1 du Mémoire, en laissant aux parties le choix de créer par cette présence une rupture du principe de confidentialité (WT/DS138/R, paragraphe 6.2).

¹⁰⁵⁷ Décision de l'arbitre de l'article 22 : 6, WT/DS46/ARB, paragraphes 2.13-2.14. Cette démarche est reprise par l'arbitre de l'article 25 dans la décision WT/DS160/ARB25, paragraphe 1.22 et s. Cet exemple est pertinent, même s'il ne concerne pas le traitement du différend initial, dans la mesure où ces arbitres sont les groupes spéciaux initiaux.

¹⁰⁵⁸ Voir pour exemples les rapports WT/DS103 et 113/R, paragraphe 6.2, et WT/DS69/R, p. 66.

¹⁰⁵⁹ Compte-rendu de la réunion de l'ORD du 25 septembre 1997, WT/DSB/M/37, p. 34.

¹⁰⁶⁰ Voir le Rapport WT/DS179/R, paragraphe 6.56.

¹⁰⁶¹ Rapport du groupe spécial WT/DS27/RW/ECU, paragraphe 4.77.

confidentialité à des fins d'obstruction. Cette dernière pratique est susceptible de contrarier de manière déterminante l'efficacité et la crédibilité d'un système mémorandaire ne pouvant fonder une solution au différend que sur ce que les parties veulent bien communiquer ; en outre, elle démentira le caractère juridictionnel de la procédure en vidant la contradiction de toute sa matière. Or, l'obstruction semble être relativement courante. En effet, des parties se plaignent souvent de « **recours abusif aux restrictions en matière de confidentialité pour empêcher la divulgation de renseignements** »¹⁰⁶² ou encore de « **recours abusif au traitement confidentiel en ce qui concerne la divulgation des renseignements** »¹⁰⁶³.

Cette plainte n'est pas un simple argument d'une partie car les groupes spéciaux formulent également cette même constatation : ils expriment leurs regrets quant au refus de communication de renseignements, refus empêchant le fonctionnement efficace du système mémorandaire¹⁰⁶⁴ ; ils expriment leurs difficultés face à la confidentialité les empêchant de mener à bien leur mission¹⁰⁶⁵ ; ils encouragent toutes les parties à communiquer en rappelant que l'article 18 : 2 permet aux parties de désigner des renseignements comme étant confidentiels¹⁰⁶⁶ ; ils espèrent « **que les parties feront preuve de la plus grande modération pour ce qui est de désigner des renseignements comme renseignements commerciaux confidentiels** » car le traitement des renseignements confidentiels est lourd et peut limiter l'aide de personnes qualifiées pour les parties¹⁰⁶⁷ ; ils prévoient une continuité de la règle de confidentialité entre la phase des consultations et celle du groupe spécial en interprétant l'article 4 : 6 de telle sorte que les données utilisées pour les consultations ne soient pas frappées du sceau de la confidentialité les empêchant d'être produites devant le groupe spécial¹⁰⁶⁸.

¹⁰⁶² Voir pour exemple les documents WT/DS259/10, p. 2 ; WT/DS251/1, p. 2 ; WT/DS259/1, p. 2 ; WT/DS214/1, p. 2.

¹⁰⁶³ Voir pour exemples les documents : WT/DS249/1, p. 2 ; WT/DS252/1, p. 2. Voir dans le même sens les déclarations de Membres au cours de réunions de l'ORD dans les documents : WT/DSB/M/42, p. 11 ; WT/DSB/M/81, paragraphe 13 ; WT/DSB/M/87, paragraphe 23.

¹⁰⁶⁴ Voir les rapports WT/DS70/R, paragraphe 9.178, WT/DS87 et 110/R, note 390. Voir également le Rapport WT/DS166/R, paragraphe 8.12, qui reprend les deux premiers rapports cités.

¹⁰⁶⁵ WT/DS160/R, paragraphe 208, note 192. Voir également le Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS166/AB/R, paragraphes 170 et 199, qui approuve le groupe spécial ayant déploré des difficultés dans son évaluation objective des faits à cause de la non-divulgation de renseignements confidentiels, WT/DS166/R, paragraphe 8.12.

¹⁰⁶⁶ WT/DS54, 55, 59 et 64/R, paragraphe 14.7.

¹⁰⁶⁷ WT/DS46/R, annexe I. Voir dans le même sens WT/DS70/R, annexe 1.

¹⁰⁶⁸ Voir le Rapport WT/DS75 et 84/R, paragraphe 10.23. Cette conclusion a été reprise dans le Rapport WT/DS126/R, paragraphes 9.31 et s. ainsi que, pour les renseignements communiqués par les tierces parties, dans le Rapport WT/DS132/R, paragraphe 7.41. Voir dans le même sens le Rapport WT/DS75 et 84/R, paragraphes 5.31 et s. et 10.23, dans lesquels le groupe spécial constate une erreur d'interprétation de la part d'une partie, dans la mesure où les règles de confidentialité des consultations ne concernent pas les parties.

Les instances de règlement ne se contentent pas d'exprimer leur désapprobation et d'exhorter la bonne volonté des parties mais organisent des mécanismes pour surmonter ces blocages dus à une application exacerbée et outrancière de la confidentialité par les parties. Les groupes spéciaux affirment que **« le fait que les renseignements pertinents sont considérés comme confidentiels n'est pas une raison valable pour ne pas les fournir avec la demande afin d'étayer les affirmations contenues dans cette dernière »**¹⁰⁶⁹, car **« les plaignants ne peuvent pas être contraints à communiquer des renseignements commerciaux confidentiels aux groupes spéciaux de l'OMC chargés du règlement des différends, mais ils ne peuvent pas non plus invoquer la confidentialité pour justifier le fait de ne pas présenter les éléments de preuve positifs qui sont requis, en l'espèce, pour démontrer l'existence d'un préjudice grave »**¹⁰⁷⁰. Les groupes spéciaux vont parfois déclarer n'être pas gênés dans leur travail par la non-divulgaration de renseignements confidentiels non nécessaires¹⁰⁷¹. Le président de groupe spécial organisera clairement les règles de confidentialité s'appliquant aux experts interrogés par le groupe spécial¹⁰⁷².

Concrètement, l'Organe d'appel conclut **« qu'un groupe spécial a un vaste pouvoir juridique pour ce qui est de demander des renseignements à un Membre qui est partie à un différend, et que cette partie a le devoir juridique de fournir ces renseignements »**¹⁰⁷³ et que **« le Groupe spécial avait à l'évidence le pouvoir juridique et la possibilité de tirer des déductions des faits dont il était saisi – y compris le fait que [la partie] avait refusé de fournir les renseignements qu'il avait demandés »**¹⁰⁷⁴. A cet égard, un groupe spécial a pu récemment admettre qu'il détient **« le pouvoir, que lui confère l'article 13: 1 du Mémoire d'accord, de demander à une partie des renseignements confidentiels »**, même s'il estime devoir **« faire preuve de la modération voulue quand il exerce »** ce pouvoir¹⁰⁷⁵. Un autre groupe spécial a admis, **« dans certaines circonstances, lorsqu'on ne dispose pas d'éléments de preuve directs, que le Groupe spécial peut se voir appelé à tirer des déductions [défavorables] (...) s'il existe des raisons suffisantes de le faire »**¹⁰⁷⁶; et

¹⁰⁶⁹ WT/DS60/R, paragraphe 7.71.

¹⁰⁷⁰ WT/DS54, 55, 59 et 64/R, paragraphe 14.235.

¹⁰⁷¹ Voir pour exemple WT/DS177 et 178/R, paragraphe 7.176. Voir également dans le même sens le Rapport WT/DS27/R/ECU, paragraphe 7.331.

¹⁰⁷² Voir pour exemple le Rapport WT/DS18/RW, annexe 1. Voir également l'annexe du Rapport WT/DS26/R/USA. Dans ce dernier rapport, des experts soulignent des blocages dont ils sont victimes du fait de ces règles de confidentialité.

¹⁰⁷³ WT/DS70/AB/R, paragraphe 197.

¹⁰⁷⁴ WT/DS70/AB/R, paragraphe 203. Ces conclusions fondent l'Organe d'appel dans son Rapport WT/DS166/AB/R, paragraphes 170 à 176.

¹⁰⁷⁵ WT/DS202/R, paragraphe 7.4.

l'Organe d'appel a confirmé cette approche par un raisonnement étoffé selon lequel « *le pouvoir de tirer des déductions défavorables du refus d'un Membre de fournir des renseignements appartient également a fortiori aux groupes spéciaux (...). De fait, ce pouvoir nous paraît être un aspect ordinaire de la tâche de tous les groupes spéciaux consistant à déterminer les faits pertinents de tout différend faisant intervenir un accord visé ; ce point de vue est étayé par la pratique générale et l'usage des tribunaux internationaux* »¹⁰⁷⁷.

Les instances de l'OMC ont ainsi peu à peu mis en place un système de respect équilibré de la confidentialité. Cette dernière est assurée afin que la contradiction soit la plus sereine et la plus efficace possible, sans pour autant que le principe de publicité soit écorché. Elles parviennent en outre à éviter les travers de la pratique, travers susceptibles d'aboutir à une procédure contradictoire tronquée par un manque d'échanges de renseignements et données. Ainsi, la procédure du système mémorandaire peut être qualifiée de contradictoire, ce qui renforce la juridictionnalité du processus de règlement. Cette contradiction n'est pas un principe explicitement consacré, ni par les textes ni par les instances, mais elle est protégée par la pratique, avec l'aval des Membres, d'abord par l'application de mécanismes procéduraux l'assurant explicitement, ensuite par des mécanismes complémentaires qui la garantissent assurément. Le texte et la pratique sont tous deux fondés sur un principe du contradictoire qui, bien qu'inavoué, n'en consolide pas moins de manière déterminante la juridictionnalité procédurale du système mémorandaire. Encore faudrait-il que cette juridictionnalité se concrétise dans une décision effective.

Section 2 : La pondération de l'obligation de juger

Les procédures sont de type juridictionnel quand elles sont par leur nature de type contradictoire. Cependant, cette caractéristique ne saurait suffire à les définir. Une procédure est un moyen et non une fin ; elle est un mécanisme, un outil au service d'une entité afin que celle-ci puisse remplir au mieux la mission qui lui est assignée. Le principe du contradictoire est central dans l'organisation procédurale juridictionnelle non seulement parce qu'il garantit les droits des parties mais également parce qu'il permet de la sorte à la juridiction de forger une décision la plus objective et impartiale possible. La garantie des droits de la défense, souvent considérée comme l'objectif majeur d'une procédure juridictionnelle, n'est qu'un instrument permettant à la juridiction d'élaborer et formuler une décision juste. La centralité du contradictoire ne s'explique donc qu'en fonction de l'objectif qu'il permet d'atteindre : la formulation d'un acte. Etudier la procédure d'un système de règlement des différends implique d'analyser le déroulement procédural mais également son aboutissement. Identifier une juridiction implique de révéler une procédure contradictoire mais également l'effectivité d'une décision.

Il est difficile de parler ici d'acte juridictionnel car cette notion regroupe des réalités diverses. La qualification juridictionnelle peut être attribuée à un acte en fonction de son

¹⁰⁷⁶ WT/DS70/R, paragraphe 9.181.

¹⁰⁷⁷ WT/DS70/AB/R, paragraphe 202.

auteur, de sa procédure d'élaboration, de sa structure, de sa finalité, de sa fonction, de son destinataire ou encore de son devenir, de telle sorte que cette notion est soumise à de toujours vifs débats. M. Bergel résume cette diversité en affirmant que « **les controverses doctrinales relatives au concept et aux critères de l'acte juridictionnel sont inépuisables, aussi bien parmi les spécialistes du droit public que parmi ceux du droit privé** » et que, « **très schématiquement** », il faut considérer « **deux séries de critères, des critères formels et des critères matériels** »¹⁰⁷⁸. Si cette distinction a le mérite de la clarté, elle n'est pas pour autant opérationnelle. Elle décrit les termes du débat doctrinal sur la notion d'acte juridictionnel mais ne permet pas de dégager une définition unique de l'acte juridictionnel.

Pourtant, l'identification d'un acte juridictionnel est une étape importante de la qualification juridictionnelle d'un mécanisme de règlement des différends. La définition formelle signifie que tout acte pris par un juge est juridictionnel. La caractérisation d'un acte juridictionnel passera, dans ce cas, par l'identification d'un juge. L'acte ne servira donc pas à définir une juridiction, puisque l'identification d'un juge l'a préalablement fait. La définition formelle de l'acte juridictionnel est par conséquent inutile à définir une juridiction. Quant à la définition matérielle, elle s'intéresse à la finalité de l'acte juridictionnel et empiète ainsi largement sur le thème de la fonction juridictionnelle qui n'a que peu à voir avec l'aspect procédural du système présentement étudié. La définition formelle de l'acte juridictionnel ne permettra donc pas une étude procédurale mais une analyse des finalités¹⁰⁷⁹.

Ainsi, l'étude des caractéristiques de l'acte émanant du système mémorandaire ne permet pas d'identifier une procédure juridictionnelle. L'analyse formelle de l'acte est redondante dans la mesure où a déjà été démontrée l'effectivité organique de la juridiction¹⁰⁸⁰. L'analyse matérielle de l'acte est superflue dans la mesure où elle n'a pas sa place dans l'analyse procédurale du système mémorandaire. En revanche, l'étude de l'effectivité de l'acte est indispensable car un système de règlement des différends ne pourrait être qualifié formellement de juridictionnel si son identité organique ne produit pas, selon une procédure particulière, un acte contribuant au règlement du différend. A première vue, cette effectivité ne paraît être une condition ni déterminante ni problématique de l'existence d'une juridiction. De nombreux mécanismes non-juridictionnels de règlement des différends aboutissent à la formulation d'un acte et il faut croire que les instances de règlement mémorandaires ne négligent pas leur mission et expriment au contraire des conclusions pour chaque différend soumis. Aussi la démarche réaliste consistant à renforcer l'idée d'une juridiction en affirmant la réalité d'un acte semble-t-elle peu pertinente, à partir du moment où il a été facilement affirmé que la procédure de type contradictoire précédemment étudiée amène bien les instances de règlement à la formulation de leurs conclusions par un acte écrit¹⁰⁸¹.

¹⁰⁷⁸ In *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 318.

¹⁰⁷⁹ La fonction juridictionnelle fait l'objet de la Seconde Partie.

¹⁰⁸⁰ Voir sur ce point le Titre précédent.

Cependant, l'étude d'effectivité de l'acte devient indispensable si l'on prend en compte les particularismes procéduraux liée à la formation de l'acte émis par une juridiction. En effet, une caractéristique formelle s'attache à l'effectivité de l'acte, préside à sa formation et peut confirmer sa nature juridictionnelle : il s'agit de la condamnation du déni de justice. Les systèmes juridictionnels de droit interne et de droit international s'attachent tous à assurer une obligation de juger. Cette obligation différencie la juridiction des autres mécanismes de règlement des différends. Pour rester sur le plan international, la négociation ne donne pas lieu à la formulation d'un acte émis par une instance tierce ; les bons offices, l'enquête, la médiation et la conciliation sont des mécanismes diplomatiques d'aide au règlement interétatique du différend qui ne donnent pas forcément lieu à la rédaction par l'instance tierce d'une proposition de traitement du différend. Ces mécanismes étant d'essence diplomatique, ils sont, du fait de leur fonction d'aide aux parties, réfractaires à toute obligation d'effectivité d'acte final.

Quant à l'arbitrage, l'arbitre saisi communiquera bien ses conclusions consécutives au traitement du différend mais l'obligation de juger ne peut être qu'atténuée. En effet, le déni de justice est le refus d'une instance de règlement de remplir sa fonction pour un différend qui lui est soumis. Cette instance a donc une fonction plus large que le seul traitement dudit différend, ce qui implique qu'elle soit préétablie à la naissance de ce différend. Ainsi, un arbitre, qui est constitué par les parties d'un commun accord une fois le différend né et actuel, ne peut véritablement opérer un déni de justice. Sa fonction est le traitement du différend et son refus équivaldrait à nier sa propre existence. Le déni de justice sera alors atténué car il ne pourra concerner qu'une part des arguments présentés par une partie et ne sera pas généralisé au différend dans son ensemble.

L'obligation de juger ne peut par conséquent exister que dans un mécanisme juridictionnel. Elle peut donc constituer un indice d'identification d'une juridiction. Le principe d'effectivité de l'acte prend alors toute son ampleur car son respect ne peut s'imposer que dans un cadre juridictionnel. Il est ainsi une condition déterminante de l'existence d'une juridiction. Il en est, de plus, une condition problématique car sa caractérisation ne passe pas simplement par la constatation de l'existence de tels actes mais par la constatation de l'effectivité systématique d'un acte pour tout différend. Aussi cette obligation de juger a-t-elle des implications significatives d'un point de vue procédural sur deux points : à l'égard des parties, car l'obligation de juger devrait atténuer voir annihiler leur influence sur le déroulement et l'issue de la procédure de règlement ; à l'égard du système mémorandaire, car cette obligation devrait s'appliquer au système dans son ensemble afin que l'hétérogénéité des mécanismes qui le composent ne conduisent pas au non-respect de cette obligation. Pour être avérée, elle doit donc non seulement être garantie par l'assurance d'un acte de forme constante systématiquement élaboré et formulé par les instances de règlement, mais également être assurée par des mécanismes empêchant les parties de retarder indûment voire de bloquer le mécanisme de règlement du différend, et ce à tous les stades du règlement mémorandaire.

Néanmoins, l'obligation de juger n'implique pas la paralysie procédurale des parties

¹⁰⁸¹

Et le Titre précédent rassemble de nombreuses données chiffrées montrant l'effectivité des consultations, de la phase du groupe spécial et de l'examen en appel.

car, « **parmi "les principes directeurs du procès", le principe dispositif se place au premier rang. C'est le principe selon lequel les parties ont seules le pouvoir de déclencher, de conduire et d'arrêter l'instance, ainsi que de déterminer la matière litigieuse** »¹⁰⁸². Une procédure juridictionnelle se caractérise donc par un équilibre entre l'obligation de juger incombant à l'instance de règlement et ce « **principe dispositif** » laissant aux parties une certaine marge de liberté dans le déroulement et la conclusion du règlement. L'obligation de juger n'est donc pas absolue mais relativisée par le principe dispositif. La démarche présidant à son identification doit donc consister en une évaluation de l'inexorabilité du déroulement de la procédure mémorandaire jusqu'à la formulation de l'acte, et ce en fonction de l'impact du principe dispositif sur ce déroulement. Ainsi, l'obligation de juger est avant tout dépendante de la portée du principe dispositif, en sus d'être tributaire de l'invariabilité existentielle et formelle de l'acte.

En premier lieu, la portée du principe dispositif doit être évaluée. Le Mémoire consacre dans ses « **dispositions générales** »¹⁰⁸³ le principe d'un « **règlement rapide** » qui « **est indispensable au bon fonctionnement de l'OMC et à l'existence d'un juste équilibre entre les droits et les obligations des Membres** »¹⁰⁸⁴. Ce souci constant se traduit par la fixation de conditions strictes de délais. De la sorte, le Mémoire s'efforce d'assurer la fluidité du déroulement procédural du règlement et de garantir aux instances de règlement le respect de l'obligation de juger à l'encontre des parties. Ces délais concernent tous les aspects de la procédure mémorandaire. Leur organisation textuelle est précise¹⁰⁸⁵, tout comme certaines études qui leur sont consacrées¹⁰⁸⁶, de telle sorte que leur description exhaustive n'est pas ici nécessaire. Ces études s'accordent sur la conclusion selon laquelle « **les délais ne sont pas seulement stricts, ils sont également courts** »¹⁰⁸⁷. En effet, « **la volonté est évidente (...) de préciser les délais de façon rigoureuse** » et « **c'est sans doute la fixation de**

¹⁰⁸² J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, P.U.F., coll. Thémis, 1^{ère} éd., 2001, p. 340. Voir dans le même sens F. Terré, *Introduction générale au droit*, op. cit., pp. 607-610. En réalité, cette détermination de la matière litigieuse est peu pertinente dans un propos traitant des aspects procéduraux. Sans elle, le principe dispositif se réduit, selon M. Bergel, au « principe d'impulsion ». Cependant, c'est le principe dispositif qui sera présentement considéré : plus général, il est aussi plus fort et mieux à même d'illustrer la mainmise des parties sur le déroulement de la procédure de règlement. Il est donc plus éloquent.

¹⁰⁸³ Intitulé de l'article 3.

¹⁰⁸⁴ Article 3 : 3. Ce principe est rappelé dans les Règles de conduite annexée aux Procédures de travail pour l'examen en appel (Annexe II, WT/AB/WP/7) quand la règle VIII : 19 exprime le souci « *ne pas retarder l'achèvement de la procédure* ».

¹⁰⁸⁵ Voir sur ce point le Mémoire dans ses articles suivants : 4, 6, 7, 8, 12, 15, 16, 17, 20, 21, 22 et 23. En outre, l'Appendice 3 du Mémoire propose un calendrier que le groupe spécial pourra adopter et les Procédures de travail pour l'examen en appel insistent à de nombreuses reprises sur les délais et donnent dans leur Annexe I le « *calendrier applicable aux appels* ».

¹⁰⁸⁶ Voir en particulier : H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », *J.D.I.* 3, 1997, pp. 731-735, 739-740, 743, 745-746 ; H. Ruiz Fabri, « Organisation mondiale du commerce ; Droit institutionnel », *Juris-Classeur de Droit international*, Volume 1, Fascicule 130-10 de mai 1998, éd. Du Juris-Classeur, 1998, pp. 23-30 ; E. Canal-Forgues, « La procédure d'examen en appel... », op. cit., pp. 852-853.

délais stricts (...) qui apparaîtrait comme l'élément essentiel »¹⁰⁸⁸ . « Des délais stricts (...) ont été fixés par le Memorandum afin d'éviter que la procédure ne dure trop longtemps, et que finalement, elle ne s'enlise »¹⁰⁸⁹ ; « il s'agit de laisser une marge de manœuvre moins grande aux Etats, et, partant, de renforcer la sécurité et la prévisibilité du système commercial international »¹⁰⁹⁰ .

Cependant, une étude de la pratique des délais est nécessaire. En effet, une opposition doctrinale semble ressortir entre ceux qui considèrent que les délais sont trop courts¹⁰⁹¹ et ceux qui les critiquent pour leur longueur excessive¹⁰⁹² . En réalité, cette opposition n'en est pas vraiment une ; elle ne peut être considérée comme le fondement d'un débat axé sur le raccourcissement ou l'allongement des délais, car les délais paraissent trop brefs tels qu'ils sont prévus dans le Memorandum¹⁰⁹³ ou trop longs tels qu'ils sont mis en pratique¹⁰⁹⁴ . Elle a en revanche pour intérêt de révéler un décalage entre le texte et la pratique.

L'identification d'une obligation de juger est dépendante de l'étude des délais tels qu'ils sont prévus textuellement et tels qu'ils sont appliqués en pratique. Caractéristique d'un règlement juridictionnel, cette obligation ne peut se satisfaire d'une pratique trop éloignée des garanties de délais fixées par le Memorandum, sous peine de voir la mainmise des parties sur le déroulement procédural faire prévaloir le principe dispositif au

¹⁰⁸⁷ H. Ruiz Fabri, « Organisation mondiale du commerce ; Droit institutionnel », *op. cit.*, pp. 23-24 ; « Le règlement des différends... », *op. cit.*, p. 732.

¹⁰⁸⁸ *Ibid.*

¹⁰⁸⁹ T. Flory *in* D. Carreau, T. Flory et P. Juillard, « Chronique de Droit international économique », *A.F.D.I.* XXXIX, 1993, p. 759. Voir dans le même sens G. Guibert, « L'Organisation mondiale du commerce (OMC), continuité, changement et incertitudes », *Politique Etrangère*, n°3, 1995, p. 813.

¹⁰⁹⁰ V. Pace, « Cinq ans après... », *op. cit.*, p. 617.

¹⁰⁹¹ Voir pour exemple H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends... », *op. cit.*, p. 732. Le principe de cette brièveté est posé à l'article 4 : 9 ; Il se décline aux articles 4 : 8 pour les consultations, 12 : 8 et 12 : 9 pour le rapport du groupe spécial, et à la règle 26 : 3 des Procédures de travail pour l'examen en appel. En outre, Mme Ruiz Fabri constate que les délais en cas d'urgence « doivent dans la mesure du possible être divisés par moitié » par rapport aux délais de droit commun, *in* « Le règlement des différends... », *op. cit.*, p. 732.

¹⁰⁹² Voir pour exemple V. Pace, « Cinq ans après... », *op. cit.*, p. 618.

¹⁰⁹³ Mme Ruiz Fabri fait part des critiques liées à la brièveté exagérée des délais en se fondant presque exclusivement sur l'étude des règles mémorandaires, les dates de parution de ses deux articles précités ne lui permettant pas une étude pratique efficace.

¹⁰⁹⁴ M. Pace fonde essentiellement son souhait d'une diminution des délais sur un cas particulier, celui de l'affaire *Communautés européennes-Mesures concernant les viandes et les produits carnés (Hormones)*, DS26 et 48 qui a duré jusqu'à trois ans. Cette démarche ne bénéficie pas d'une assise analytique très rigoureuse puisque cette dernière se limite à une seule illustration qui, en outre, n'est pas forcément la plus significative en pratique.

détriment de cette obligation. L'évaluation du décalage entre les délais fixés et ceux appliqués est à même de constater l'effectivité ou les dysfonctionnements de cette obligation de juger. Il n'est pas certain qu'une procédure de type juridictionnel se satisfasse de l'application stricte de délais. En effet, si une lenteur extrême de la justice frôle le déni et peut être condamnable¹⁰⁹⁵, une lenteur mesurée est salutaire à son bon fonctionnement. Elle permet la sérénité du juge, l'étude la plus objective possible de l'affaire, un examen approfondi des éléments du différend, l'assurance d'une procédure équitable pour les parties, la constitution claire et juste de la décision.

Si dans le cadre national, des conditions de délais s'appliquent à la procédure juridictionnelle, elles ne concernent principalement que les rapports entre les parties et le juge, et non directement le seul travail prétorien. Le juge n'a pas à respecter de manière générale des délais stricts s'appliquant à son travail d'élaboration et de formulation de sa décision. L'excessive rapidité est l'ennemie de la bonne justice ; une lenteur mesurée est le gage d'une procédure et d'une décision justes. Bien entendu, dans ce cadre, l'urgence est gérée par des aménagements significatifs mais qui restent l'exception confirmant la règle de lenteur. Ainsi, l'existence de conditions strictes de délais balisant l'entière procédure mémorandaire est difficilement compatible avec l'identification d'une juridictionnalité de cette procédure, surtout quand les délais contraignent directement les instances de règlement dans le déroulement de leur fonction.

Néanmoins, il faut considérer que le règlement des différends interétatiques doit être soumis à de telles conditions strictes à partir du moment où son effectivité et son efficacité sont recherchées. En effet, la souveraineté étatique est souvent l'ennemie de la procédure de règlement et le respect de délais par les instances de règlement leur permet d'esquiver les ralentissements et blocages que les parties peuvent tenter. Le respect des délais relativise la portée de la souveraineté étatique et constitue un moteur d'effectivité. Même si ces délais ne sont pas respectés à la lettre, le souci constant de leur respect par les instances de règlement les incitera à l'effectivité et à l'efficacité, bref à respecter une obligation de juger fragilisée si ces conditions de délais étaient absentes. Ainsi, la fixation lourde de conditions de délais est par principe une atteinte à la juridictionnalité de la procédure de règlement mais elle est le gage de cette juridictionnalité dans des cas particuliers de règlement de différends interétatiques forcément marqué par l'absence d'autorité supra-étatique effective. Par conséquent, l'existence de délais, globalement incompatible avec le modèle juridictionnel, est, pour l'instant, paradoxalement garante de sa consolidation dans la mesure où elle garantit le respect de l'obligation de juger.

Sans pour autant revenir sur le détail des dispositions mémorandaires décrivant les conditions de délais, force est de constater que le Mémoire semble clair sur ce point. Dans son article 20, il précise que **« le délai entre la date à laquelle l'ORD établira le groupe spécial et celle à laquelle il examinera le rapport du groupe spécial ou de l'Organe d'appel en vue de son adoption ne dépassera pas, en règle générale, neuf mois dans les cas où il ne sera pas fait appel du rapport ou 12 mois dans les cas où il en sera fait appel »**. En comptant les consultations, les délais sont compris dans le

¹⁰⁹⁵ Par exemple, l'Etat français est souvent condamné par la Cour Européenne des Droits de l'Homme pour l'outrancière lenteur de sa justice nationale.

texte entre 330 et 540 jours, soit entre 11 et 16 mois, entre la demande de consultations et l'adoption par l'ORD du rapport du groupe spécial – délai minimum – ou de l'Organe d'appel – délai maximum ¹⁰⁹⁶. Cependant, les parties ont une influence certaine sur le bon déroulement de la procédure de règlement mémorandaire.

D'abord, le titulaire de l'attraction obligatoire – la partie plaignante ou appelante – peut casser la fluidité temporelle du déroulement procédural. Les consultations sont son terrain privilégié car elles constituent le mécanisme le plus irrespectueux des délais. Rares sont celles qui débouchent dans les soixante jours ¹⁰⁹⁷ sur un règlement amiable ou une demande d'établissement de groupe spécial. Seule une consultation sur quatre est soldée dans les soixante jours ¹⁰⁹⁸, et quasiment aucune dans les trente jours ¹⁰⁹⁹. Si la plupart des consultations se termine quelques mois après la fin du délai mémorandaire, certaines ont une durée conséquente puisque un tiers des consultations hors-délais ont une durée supérieure à trois ans ¹¹⁰⁰. Le plaignant peut utiliser l'article 12 : 12 lui permettant de retarder la procédure de règlement par la suspension des travaux du

¹⁰⁹⁶ Se reporter au tableau dressé par Mme Ruiz Fabri *in* « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », *J.D.I.* 3, 1997, p. 731. Le présent résumé des délais ne tient pas compte des délais d'exécution du rapport adopté par l'ORD qui oscilleront entre l'immédiateté (article 21, paragraphes 1 et 3) et un « *délai raisonnable* », ce dernier étant au maximum de 15 mois mais pouvant être « *plus court ou plus long* » (article 31 : 3), voire ne pas être respecté (article 22). Le processus d'exécution des décisions réglant le différend initial fait l'objet du second Titre de la Partie suivante.

¹⁰⁹⁷ Comme le prévoit l'article 4 : 7, « *si les consultations n'aboutissent pas à un règlement du différend dans les 60 jours suivant la date de réception de la demande de consultations, la partie plaignante pourra demander l'établissement d'un groupe spécial. Elle pourra faire cette demande dans le délai de 60 jours si les parties qui ont pris part aux consultations considèrent toutes que celles-ci n'ont pas abouti à un règlement du différend* ».

¹⁰⁹⁸ 205 des 290 demandes de consultations formulées au 16 juin 2003 se concluent par un règlement amiable ou sont suivies par une demande d'établissement de groupe spécial en dehors de ce délai de 60 jours. Encore faut-il noter que ce délai n'est pas, malgré la précision de sa prévision par le Mémoire, scrupuleusement respecté et qu'il est dans ce quart restant le plus souvent dépassé de quelques jours. Voir l'Etat des différends soumis à l'OMC, WT/DS/OV/14. En réalité, 5 demandes de consultations ne sont pas prises en compte car le délai de 60 jours courait toujours à la date du 26 juin 2003.

¹⁰⁹⁹ L'article 4 : 3 prévoit que « *si le Membre ne répond pas dans les 10 jours suivant la date de réception de la demande, ou n'engage pas de consultations au plus tard 30 jours, ou dans un délai convenu par ailleurs d'un commun accord, après la date de réception de la demande, le Membre qui aura demandé l'ouverture de consultations pourra alors directement demander l'établissement d'un groupe spécial* ». Les cas d'achèvement des consultations dans les 30 jours sont limités à un petit nombre d'affaires ; encore l'application de ce délai n'est-elle mue que par des considérations procédurales éloignées de la non-réponse ou du non-engagement prévus par le Mémoire à l'article précité. En effet, l'affaire DS115 est enclenchée par souci de cohérence, contre les Communautés européennes dans le cadre de l'affaire DS82 enclenchée, elle, à l'encontre de l'Irlande Membre des Communautés européennes. Par ailleurs, l'affaire DS240 correspond à la procédure mémorandaire d'urgence. Enfin, les affaires DS32, DS33, DS181, DS190 et DS192 démarrent par la demande d'établissement de groupe spécial dans la mesure où des consultations se sont déjà déroulées dans le cadre de l'Accord sur les textiles et les vêtements

¹¹⁰⁰ Au 26 juin 2003. Voir l'Etat des différends soumis à l'OMC, WT/DS/OV/7, pp. 1-45. L'affaire DS3 est la plus ancienne encore classée parmi les « *consultations en cours* » ; sa demande de consultations date du 6 avril 1995.

UNE NOUVELLE JURIDICTION INTERNATIONALE : LE SYSTÈME DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS INTERÉTATIQUES DE L'O.M.C.

groupe spécial, voire leur blocage par caducité du pouvoir conféré au groupe spécial¹¹⁰¹. Par ailleurs, le plaignant peut, par la manipulation des procédures, retarder le bon déroulement du règlement mémorandaire : il annulera et reformulera une demande de consultations¹¹⁰², voire la remplacera par une autre demande¹¹⁰³; il demandera de nouvelles consultations concernant le même différend¹¹⁰⁴; il attendra quelques mois avant de présenter à nouveau une demande d'établissement reportée lors de la première réunion de l'ORD¹¹⁰⁵; il notifiera une demande d'établissement d'un groupe spécial sans pour autant que ce dernier ne puisse rédiger son rapport, soit parce qu'il n'a pas été établi¹¹⁰⁶, soit parce qu'il a été établi mais non composé¹¹⁰⁷, soit parce que la demande d'établissement a été retirée¹¹⁰⁸, soit parce que la plainte a été retirée¹¹⁰⁹; il ne respectera pas systématiquement le délai de composition du groupe spécial¹¹¹⁰. De même, l'appelant dépassera le délai d'appel sans pour autant que cet appel ne soit pas pris en compte¹¹¹¹ ou encore notifiera un appel et se désistera cinq jours après pour

¹¹⁰¹ Le Mémoire prévoit en effet, dans son article 12 : 12 que « le groupe spécial pourra, à tout moment, suspendre ses travaux à la demande de la partie plaignante, pendant une période qui ne dépassera pas 12 mois. (...). Si les travaux du groupe spécial ont été suspendus pendant plus de 12 mois, le pouvoir conféré pour l'établissement du groupe spécial deviendra caduc ». En pratique, au 26 juin 2003, 12 groupes spéciaux distincts, initiaux ou reconvoqués, ont vu leurs travaux être ainsi suspendus, parfois de façon multiple par suspensions successives pour quatre d'entre ces affaires. Voir pour exemples de suspensions uniques les affaires DS60 et DS231; voir pour des exemples de suspensions successives les affaires DS72 (8 fois) et DS210 (6 fois). La caducité s'est appliquée à 3 de ces groupes spéciaux (voir les affaires DS38, DS77, et DS88 et 95).

¹¹⁰² Voir l'affaire DS239.

¹¹⁰³ Voir les affaires DS228 et DS16 respectivement remplacées par les demandes des affaires DS230 et DS27.

¹¹⁰⁴ Voir les affaires DS212 et DS213.

¹¹⁰⁵ L'article 6 : 1 prévoit que « si la partie plaignante le demande, un groupe spécial sera établi au plus tard à la réunion de l'ORD qui suivra celle à laquelle la demande aura été inscrite pour la première fois à l'ordre du jour de l'ORD » et, en pratique, cette partie plaignante ne renouvellera pas toujours sa demande d'établissement pour la réunion suivant immédiatement la première. Voir pour exemple les affaires DS114, DS136 et DS156.

¹¹⁰⁶ Voir les affaires DS1, DS36, DS39, DS82 et 115, DS120, DS143, et DS227.

¹¹⁰⁷ Voir les affaires DS9, DS32, DS35, DS43, DS164, DS188, DS190, DS 193, DS195, DS199, DS214, DS238. Pour la dernière affaire, la procédure de désignation des membres n'a pas été continuée une première fois à la demande du plaignant mais elle a été par la suite menée à terme selon les souhaits du même plaignant.

¹¹⁰⁸ Voir les affaires DS13, DS46, DS89, DS98, DS106, DS123, DS181 et DS240. Pour la première de ces affaires, trois demandes d'établissement successives ont été formulées puis retirées.

¹¹⁰⁹ Voir l'affaire DS227.

¹¹¹¹ Voir les affaires DS87 et 110, et DS121 dans lesquelles l'appelant notifie son appel 1 mois après le délai de 60 jours, prévu par le Mémoire dans son article 16 : 4, démarrant à la date de distribution du rapport du groupe spécial aux Membres.

finalement notifier un nouvel appel vingt-quatre jours plus tard ¹¹¹² . Par ailleurs, le plaignant ou l'appelant va parfois utiliser son influence procédurale comme une arme contre le défendeur ou l'intimé, pour le règlement à son profit du différend par la voie amiable. Par exemple, les solutions amiables obtenues après demande d'établissement ou constitution d'un groupe spécial, ou après les retraits de plaintes ou d'appel, sont autant d'accords obtenus par le plaignant ou le défendeur ayant appliqué une pression sur le défendeur ou l'intimé ; de même, les prolongations de délai préalables à l'enclenchement ou la poursuite d'une nouvelle phase de règlement permettent au plaignant ou à l'appelant de légitimer vis-à-vis du défendeur ou de l'intimé sa détermination quant au règlement par les instances de l'OMC.

Ensuite, les parties peuvent influencer sur les délais d'un commun accord, premièrement en les raccourcissant. Ainsi, le Mémoire prévoit l'abrègement de la période des consultations ¹¹¹³ et l'Organe d'appel constate que cette disposition ne précise pas la forme de cet accord entre parties ¹¹¹⁴ . Cet abrègement peut se faire éventuellement en cas d'urgence. Le Mémoire ne précise pas l'identité du titulaire de l'établissement de l'urgence ¹¹¹⁵ mais il faut croire que ce sont les parties, d'un commun accord, qui décident de l'urgence ¹¹¹⁶ puisque cette dernière a pu ne pas être acceptée par le défendeur et de ce fait ne pas être appliquée ¹¹¹⁷ . Deuxièmement, les parties, d'un commun accord,

¹¹¹⁰ L'article 8 : 7 prévoit au total un maximum de 30 jours entre la date d'établissement du groupe spécial et la date de sa composition. «*Si un accord sur la composition du groupe spécial n'intervient pas dans un délai de 20 jours après la date d'établissement du groupe, le Directeur général, à la demande de l'une ou l'autre des parties (...), déterminera la composition du groupe spécial en désignant les personnes qui lui paraissent les plus indiquées (...). Le Président de l'ORD informera les Membres de la composition du groupe spécial ainsi constitué au plus tard 10 jours après la date à laquelle il aura reçu une telle demande* ». En pratique, sur les 87 groupes spéciaux constitués au 26 juin 2003, plus de un tiers d'entre eux connaît des retards de constitution, soit 31 compositions tardives. La composition pouvant être opérée par le Directeur général en cas de désaccord des parties, le non-respect de ce délai est essentiellement le fait du plaignant qui n'écourtera pas les discussions entre les parties comme le lui permet pourtant le Mémoire ; le défendeur peut également écourter ces discussions mais il n'a que peu d'intérêt à le faire et s'en abstiendra en pratique.

¹¹¹² Voir les documents WT/DS108/5, WT/DS108/6 et WT/DS108/7. Le désistement est intervenu 5 jours après la notification d'appel et un nouvel appel a été notifié 24 jours après ce désistement. Malgré ces tergiversations, il faut noter que la seconde notification d'appel reste dans le délai de 60 jours après la distribution du rapport du groupe spécial aux Membres tel que le prévoit le Mémoire dans son article 16 : 4.

¹¹¹³ Article 4 : 7.

¹¹¹⁴ WT/DS132/AB/RW, paragraphe 61.

¹¹¹⁵ Se reporter aux articles 4 : 8, 4 : 9, 12 : 8 et 12 : 9 qui traitent de l'urgence. Ces articles se fondent sur le principe selon lequel «*En cas d'urgence, y compris dans les cas où il s'agit de biens périssables, les parties au différend, les groupes spéciaux et l'Organe d'appel ne ménageront aucun effort pour accélérer la procédure dans toute la mesure du possible* » (article 4 : 9).

¹¹¹⁶ Voir pour exemple les affaires DS143, DS144 et DS148.

¹¹¹⁷ Voir l'affaire DS247.

peuvent ralentir la procédure de règlement mémorandaire. Ici encore, les consultations sont le moment privilégié pour les parties d'un commun accord de retarder le déroulement procédural¹¹¹⁸. En outre, le groupe spécial peut retarder la remise de son rapport¹¹¹⁹, en pratique souvent du fait d'une demande des parties¹¹²⁰. Par ailleurs, en réalité, les ralentissements procéduraux dus au plaignant ou à l'appelant sont pour la plus grande part consécutifs à un accord plus ou moins tacite entre les deux parties. En effet, le plaignant ou l'appelant exerce formellement l'influence sur les délais du fait des dispositions mémorandaires qui lui en donnent la capacité. Mais son choix découle du comportement du défendeur ou de l'intimé qui connaît les moyens procéduraux mis à la disposition du plaignant par le Mémorandum et qui sait que de son attitude, laissant ou non entrevoir la possibilité d'un règlement amiable, dépend la détermination du plaignant à ralentir ou non la procédure de règlement.

Ensuite, le défendeur peut parfois agir sur le déroulement procédural. Outre l'influence qu'il exerce sur la détermination du plaignant, il possède un pouvoir d'obstruction temporaire à chaque fois qu'il s'agit d'enclencher ou de poursuivre une procédure mémorandaire d'un commun accord avec l'autre partie. Le Mémorandum privilégie l'accord entre parties quant au déroulement procédural et ne prévoit souvent d'initiative unilatérale et d'intervention des instances OMC qu'en cas de désaccord persistant entre les parties, afin que la procédure ne soit pas bloquée. Néanmoins, en pratique, l'obstruction est fréquente et le désaccord est règle, ce qui allonge la durée de la procédure. Ainsi, par exemple, les parties ne décident que rarement ensemble d'une demande d'établissement d'un groupe spécial formulée pendant le délai de soixante jours de consultations¹¹²¹ ou encore de l'effectivité de l'urgence ; les parties peuvent, d'un commun accord, désigner les membres du groupe spécial mais cette démarche est souvent source de conflit tranché par le Directeur général ; le défendeur peut retarder le travail du groupe spécial par exemple en demandant des travaux additionnels à titre préliminaires¹¹²² ; un accord amiable est toujours possible, quelle que soit l'étape de la procédure mémorandaire¹¹²³ mais le mécanisme du groupe spécial et l'examen en appel,

¹¹¹⁸ Les parties, d'un commun accord, peuvent prolonger, selon l'article 4 : 3, la durée de 30 jours pendant laquelle les consultations doivent s'engager. Cette disposition est utilisée en pratique. Voir pour exemple le compte-rendu de la réunion de l'ORD du 17 avril 1996, WT/DSB/M/14, p. 7, dans laquelle les parties à l'affaire DS29 font état de l'obtention d'un tel accord.

¹¹¹⁹ Voir sur ce point l'article 12 : 9.

¹¹²⁰ La justification de l'application par le groupe spécial de l'article 12 : 9 à la demande des parties peut être, par exemple, du temps supplémentaire pour présenter leurs communications (DS2, DS146 et 175) ou pour prolonger le réexamen (DS60), un report des premières communications (DS54, 55, 59 et 64), des problèmes techniques (DS211), des problèmes de calendrier (DS7, 12 et 14, DS121 et DS207), et surtout le bénéfice des délais maximaux prévus par le calendrier présenté à l'Appendice 3 du Mémorandum (20 groupes spéciaux dont ceux des affaires DS99, DS155, DS202 ou encore DS244). Au total, 28 retards sur 64 activations de l'article 12 : 9, pour des affaires distinctes, sont demandés explicitement par les parties, au 26 juin 2003.

¹¹²¹ Cette possibilité est pourtant prévue par le Mémorandum à l'article 4 : 7.

¹¹²² Voir pour exemple l'affaire DS34.

quand ils sont engagés, vont le plus souvent à leur terme ; par ailleurs, le défendeur influencera par l'expression d'un désaccord le plaignant qui, bien que n'y étant pas obligé par le Mémoire, prendra en considération cette remarque ¹¹²⁴.

Enfin, les parties ont la possibilité de bloquer, et non plus seulement de ralentir, le fonctionnement effectif du système mémorandaire. Les conditions sont cependant très restrictives. La solution amiable étant toujours préférable, le plaignant ou l'appelant va dans ce même esprit instaurer des pratiques de blocage par différents moyens déjà évoqués : l'annulation de demande de consultations, le retrait de la demande d'établissement d'un groupe spécial, le retrait de la plainte après établissement effectif du groupe spécial ou encore le retrait de la notification d'appel. En outre, les textes mettent à la disposition du plaignant ou de l'appelant deux moyens d'interruption de la procédure de règlement : la caducité du pouvoir conféré pour l'établissement du groupe spécial après suspension de ses travaux par le plaignant pendant plus de douze mois ¹¹²⁵ ; le « **désistement d'appel** » qui permet à l'appelant, « **à tout moment au cours d'un appel, (...) [de] se désister en le notifiant à l'Organe d'appel, qui le notifiera immédiatement à l'ORD** » ¹¹²⁶.

Le bon déroulement du système de règlement mémorandaire est bien influencé par les parties, ce qui est susceptible de porter atteinte à l'obligation de juger incombant aux instances de règlement. Cependant, l'examen précédent des textes et de la pratique montre les limites de cette influence : le plaignant ou l'appelant possède seul, formellement, de nombreuses possibilités de retarder ou bloquer la procédure mémorandaire ; l'accord entre les parties offre des possibilités similaires mais souvent de manière indirecte par la mise en œuvre des mécanismes d'influence sur les délais que seul ledit plaignant ou appelant peut actionner ; à l'inverse, le défendeur ou l'intimé n'a

¹¹²³ Le principe est clairement posé par le Mémoire dans son article 3 : 7 : « *le but du mécanisme de règlement des différends est d'arriver à une solution positive des différends. Une solution mutuellement acceptable pour les parties et compatible avec les accords visés est nettement préférable. 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* ». L'article 12 : 7 rappelle l'application de ce principe à la phase du groupe spécial.

¹¹²⁴ Par exemple, l'opposition d'un défendeur à une demande d'établissement de groupe spécial a pu inciter le plaignant à reformuler cette demande (voir pour exemple l'affaire DS46) ou a pu mener à la non-concrétisation de l'établissement (voir pour exemple l'affaire DS36).

¹¹²⁵ Article 12 : 12. Au 26 juin 2003, 3 groupes spéciaux avaient été frappés de caducité ; il s'agit des groupes spéciaux des affaires DS38, DS77 et DS88 et 95.

¹¹²⁶ Intitulé et paragraphe 1^{er} de la règle 30 des Procédures de travail pour l'examen en appel, WT/AB/WP/7. Ce mécanisme de désistement a été utilisé par les appelants à 4 reprises au 26 juin 2003. Voir les documents WT/DS108/6, WT/DS202/8, WT/DS231/11 et WT/DS146 et 175/9. Les trois premiers désistements ont été suivis par une nouvelle notification d'appel qui a débouché sur un rapport adopté de l'Organe d'appel. Seule la dernière affaire jointe s'est achevée sur le désistement ; la section chargée de l'appel a alors rendu un bref rapport faisant état de la procédure de règlement suivie par les parties. Voir, pour un exemple de traitement de la portée de cette procédure de désistement, le Rapport de l'Organe d'appel WT/DS231/AB/R, paragraphes 135 à 152.

pas ces mêmes possibilités car son pouvoir d'obstruction est marginal, n'est pas prévu par le Mémoire, n'est en réalité que la manipulation inhérente à l'application normale de toute procédure stricte et ne s'exerce que dans de rares cas sans portée décisive. Le phénomène d'attraction obligatoire reconnu dans le système mémorandaire est ainsi logiquement prolongé par un principe dispositif au bénéfice du plaignant ou de l'appelant et des parties d'un commun accord, principe dont la mesure garantit l'effectivité d'une obligation de juger. Si cette effectivité est caractéristique d'une juridictionnalité, elle ne peut être garantie qu'à la condition que les instances de l'OMC ne rechignent pas à achever leur travail par la rédaction systématique d'un rapport.

En deuxième lieu, l'obligation de juger est tributaire de l'invariabilité existentielle de l'acte. L'obligation de juger caractéristique d'une procédure juridictionnelle incombe à l'entité tierce au différend chargée de participer à son règlement et non aux parties. Elle doit déboucher sur la formulation d'un acte. Aussi ne paraît-elle pas pouvoir s'appliquer à une phase des consultations essentiellement bilatérale. S'il ne peut exister formellement une obligation de juger au stade des consultations, cette obligation se traduit par la garantie de consultations effectives entre les parties, garantie apportée par la procédure mémorandaire qui considère réalisées les consultations même en cas d'échec ou d'absence des discussions bilatérales. Certes, un acte positif de règlement n'est pas forcément formulé ; mais le constat d'échec ou l'absence de telles discussions, tous deux exprimés dans la demande d'établissement du groupe spécial, peuvent constituer des actes tacites résultant de la tenue effective de ces consultations. La procédure mémorandaire assure bien l'expression automatique de tels actes positifs ou tacites. De la sorte, une obligation de juger est bien confirmée par la variabilité existentielle d'un acte.

Quant à la variabilité existentielle des actes des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel, elle provient du non-refus de ces instances de formuler un acte de leur fonction, c'est-à-dire de l'absence de « **déni de justice** »¹¹²⁷. En réalité, les procédures de règlement interrompues le sont toujours par volonté du plaignant ou des deux parties d'un commun accord. A partir du moment où la demande de consultations est notifiée à l'ORD, nul refus ou blocage émanant du groupe spécial ou de l'Organe d'appel n'est venu troubler le déroulement normal de la procédure mémorandaire jusqu'à la formulation d'un rapport. L'enclenchement du système mémorandaire dans toutes ses phases est avéré à chaque fois que le plaignant ou les parties, d'un commun accord, activent le mécanisme de règlement selon les procédures prévues par le Mémoire. Les dispositions mémorandaires sont à cet égard sans équivoque : les instances de l'OMC participant au système de règlement ont des missions impératives¹¹²⁸ ; le Mémoire ne prévoit pas d'échappatoire au déroulement et à l'achèvement de la mission confiée aux instances. Au contraire, à propos de la phase du groupe spécial, il prévoit que « **dans les cas où les parties au différend ne seront pas arrivées à élaborer une solution mutuellement**

¹¹²⁷ Parler de déni de justice n'est correct qu'à la condition que le groupe spécial et l'Organe d'appel soient considérés comme des juges. Or, la présente démonstration tendant vers cette considération n'est pas achevée, de telle sorte que l'emploi de cette expression paraît abusif. Simplement, le « déni de justice » sera préféré au « déni » dont le sens est trop général pour être utile. En réalité, il serait plus exact de traiter de « déni de règlement du différend ». Le terme « déni de justice » est présentement privilégié par souci de fluidité stylistique autant que par souci de clarté : ce terme véhicule un sens commun qui est particulièrement adapté au propos ici tenu.

satisfaisante, le groupe spécial présentera ses constatations sous la forme d'un rapport écrit à l'ORD. Dans ces cas, les groupes spéciaux exposeront dans leur rapport leurs constatations de fait, l'applicabilité des dispositions en la matière et les justifications fondamentales de leurs constatations et recommandations »¹¹²⁹.

Bien qu'il ne constitue pas un principe explicitement protégé, le rejet du déni de justice est traité comme une évidence dans le texte du Mémoire.

En outre, le déni de justice est évité du fait de la situation monopolistique, déjà relevée, du système mémorandaire sur le règlement des différends survenant dans le cadre de l'OMC. Le Mémoire s'appliquera au règlement de tous les différends concernant les droits et obligations des Membres au titre de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce et au titre de tous les accords que cet Accord contient en annexe¹¹³⁰. Le mécanisme de l'attraction obligatoire est de nature à empêcher tout déni qui pourrait être causé par un blocage procédural initié par la partie adverse. Surtout, en pratique, les instances règlement de l'OMC n'ont jamais décidé de leur propre chef de ne pas commencer ou achever leur travail. De plus, le système du consensus négatif présidant à l'adoption des rapports du groupe spécial et de l'Organe d'appel a toujours permis l'adoption de ces rapports. Au surplus, l'interruption de procédure par le plaignant, l'appelant ou les parties d'un commun accord, n'est jamais restée sans constatation formelle rédigée par les instances concernées : **« dans les cas où un règlement sera intervenu entre les parties au différend, le groupe spécial se bornera dans son rapport à exposer succinctement l'affaire et à faire savoir qu'une solution a été trouvée »**¹¹³¹; l'Organe d'appel, en dehors de toute disposition expresse, procède de la même façon¹¹³².

Quelques déclarations des parties évoquent le déni de justice comme fondement d'une critique à l'encontre des rapports défavorables pour elles du groupe spécial et de l'Organe d'appel¹¹³³, à l'encontre du défendeur tentant de retarder le règlement du

¹¹²⁸ L'emploi de verbes conjugués à l'indicatif est à cet égard significatif. Par exemple, « les demandes de consultations (...) seront notifiées à l'ORD » (article 4 : 4), « un groupe spécial sera établi » (article 6 : 1), « les groupes spéciaux auront le mandat (...) » (article 7 : 1), « les groupes spéciaux examineront les dispositions pertinentes » (article 7 : 2), « le Directeur général (...) déterminera la composition du groupe spécial » (article 8 : 7), « le groupe spécial remettra (...) un rapport intérimaire » (article 15 : 2), le rapport final du groupe spécial « sera (...) distribué » (article 15 : 2), « ce rapport sera adopté à une réunion de l'ORD » (article 17 : 4), « l'Organe d'appel examinera chacune des questions posées » (article 17 : 12), « un rapport de l'Organe d'appel sera adopté par l'ORD » (article 17 : 14), etc.

¹¹²⁹ Article 12 : 7.

¹¹³⁰ Si des règles et procédures spéciales et additionnelles relatives au règlement des différends existent dans ces accords OMC, elles ne remettent pas en cause le monopole du Mémoire. Comme précédemment noté, ces procédures spéciales ou additionnelles, même prioritaires, n'organisent pas un système entièrement alternatif au Mémoire mais au contraire renvoient bien vite au système mémorandaire après prévision de consultations et autres mécanismes subalternes alternatifs. Voir pour étude détaillée le Titre précédent (Chapitre I, Section 2).

¹¹³² L'Organe d'appel a ainsi achevé ses travaux avant l'audience, comme il le signale dans le Rapport WT/DS146 et 175/AB/R. Ce Rapport a été adopté par l'ORD au cours de la réunion du 5 avril 2002, WT/DSB/M/122.

différend au stade de l'exécution¹¹³⁴, à l'encontre du même défendeur ne mettant pas en œuvre les recommandations et décisions de l'ORD¹¹³⁵, à l'encontre d'une autre partie critiquant un fractionnement procédural¹¹³⁶, ou encore à l'encontre d'un groupe spécial pour qu'il réponde à une requête¹¹³⁷. Nonobstant, ces déclarations sont marginales et ne soulèvent pas un problème général majeur de déni de justice. Bien plus, l'Organe d'appel a pu rejeter une interprétation qui aurait eu pour conséquence de « **réduire à quelque chose d'illusoire et de vain le droit fondamental des Membres d'obtenir que les différends qui les opposent soient résolus dans le cadre du système et par le jeu des procédures qu'ils ont négociées en concluant le Mémorandum d'accord** »¹¹³⁸.

Certes, certains délais encadrant la procédure mémorandaire ne sont pas toujours respectés par les instances de règlement et pourraient tendre vers le déni. En particulier, les groupes spéciaux activent souvent l'article 12 : 9 leur permettant une remise de leur rapport au-delà du délai de six mois qui leur est normalement imparti¹¹³⁹ et les raisons de ces retards, qui doivent être données à l'ORD¹¹⁴⁰, sont très diverses et sont plus ou

¹¹³¹ Article 12 : 7. Ainsi le travail des groupes spéciaux a pu être interrompu après la première réunion entre le groupe spécial et les parties (voir le Rapport WT/DS99/RW), après la réunion de réexamen intérimaire (voir les rapports WT/DS12 et 14/R, WT/DS7/R), après présentation aux parties du rapport final (voir le Rapport WT/DS72/R). Le seul cas de non-application de cet article concerne l'affaire DS21 mais celle-ci doit être jumelée avec l'affaire DS18 qui, elle, s'est conclue par l'adoption d'un rapport de l'Organe d'appel ; l'affaire DS21 ne reste donc pas en suspens mais débouche sur une solution amiable élaborée grâce au travail du groupe spécial et de l'Organe d'appel de l'affaire DS18. Deux exceptions à ces constatations formelles sont notables : la caducité du travail du groupe spécial ne donne pas lieu à un rapport, et les rapports des groupes spéciaux faisant état d'un règlement amiable et de la fin prématurée de leur travail ne sont pas adoptés par l'ORD. Cependant, la caducité fait systématiquement l'objet d'une note du Secrétariat (voir pour exemple le document WT/DS38/6) et l'adoption des rapports est sans intérêt puisqu'elle est automatique et que la solution au différend est effective.

¹¹³³ Au cours de la réunion de l'ORD du 20 mars 1997 (WT/DSB/M/30, pp. 8-11), les Philippines contestent la démarche adoptée par le groupe spécial et l'Organe d'appel dans leurs rapports qui seront adoptés au cours de cette même réunion.

¹¹³⁴ Déclaration des plaignants de l'affaire DS27 au cours de la réunion de l'ORD du 22 septembre 1998, WT/DSB/M/48, pp. 6-8.

¹¹³⁵ Déclaration du Honduras à la réunion de l'ORD du 21 octobre 1998, WT/DSB/M/49, pp. 6-7.

¹¹³⁶ WT/DS146 et 175/R, paragraphe 4.67.

¹¹³⁷ WT/DS165/R, paragraphe 5.20, et WT/DS165/R/Add.1, p. 52. Le groupe spécial exprime néanmoins son désaccord avec l'argumentaire développé par la partie invoquant le déni de justice.

¹¹³⁸ WT/DS70/AB/R, paragraphe 189.

¹¹³⁹ Au 26 juin 2003, sur 87 groupes spéciaux constitués, 64 groupes spéciaux ont mis en œuvre l'article 12 : 9.

¹¹⁴⁰ L'article 12 : 9 prévoit en effet que « *lorsque le groupe spécial estimera qu'il ne peut pas remettre son rapport dans un délai de six mois, ou de trois mois en cas d'urgence, il informera l'ORD par écrit des raisons de ce retard et lui indiquera dans quel délai il estime pouvoir remettre son rapport. En aucun cas, le délai compris entre l'établissement d'un groupe spécial et la distribution de son rapport aux Membres ne devrait dépasser neuf mois* ».

moins rigoureuses. Ainsi, le groupe spécial justifie son retard par une demande des parties¹¹⁴¹, par la complexité de l'affaire¹¹⁴², par des contraintes administratives¹¹⁴³, par l'attente du rapport de l'Organe d'appel dans une autre affaire similaire¹¹⁴⁴, par le souci d'approfondir son travail¹¹⁴⁵ ou encore de donner aux parties davantage de temps¹¹⁴⁶, mais aussi donnent plusieurs raisons simultanément¹¹⁴⁷, justifient leur retard par une succession de raisons données en rafale¹¹⁴⁸, ne donnent pas de raisons précises¹¹⁴⁹, cumulent pour un même rapport plusieurs prolongations de délais¹¹⁵⁰, voire justifient leur retard par « **différents retards dans le programme de travail (sic)** »¹¹⁵¹, dépassent le délai maximal de neuf mois fixé par l'article 12 : 9¹¹⁵², ou encore sont en retard sans mise en œuvre de l'article 12 : 9¹¹⁵³.

De même, les sections d'appel, en vertu de l'article 17 : 5, doivent respecter le délai

¹¹⁴¹ Voir *supra*.

¹¹⁴² Cette raison est celle qui est le plus souvent invoquée par les différents groupes spéciaux mettant en œuvre cet article 12 : 9. Elle l'est au total par 20 groupes spéciaux distincts. Voir pour exemple les documents WT/DS18/4, WT/DS34/5, WT/DS76/4, WT/DS155/4, WT/DS231/8.

¹¹⁴³ Au total, 10 groupes spéciaux justifient leur retard par des contraintes administratives. Voir par exemple les affaires WT/DS56/7, WT/DS72/5, WT/DS206/4, WT/DS219/6. D'autres raisons invoquées peuvent être rapprochées de celle-ci, comme par exemple l'harmonisation des calendriers (documents WT/DS7/9 et WT/DS12/9 et 14/8), la démission du Président d'un groupe spécial (WT/DS166/5) ou le refus de siéger d'un de ses membres (WT/DS60/5), des problèmes de traduction (WT/DS24/4, WT/DS60/5 ou encore WT/DS184/4), l'existence d'autres obligations incombant au groupe spécial (WT/DS8/8, 10/8 et 11/5, WT/DS114/8), ou encore l'indisponibilité de certaines des parties (WT/DS8/8, 10/8 et 11/5).

¹¹⁴⁴ Affaire DS79, en attendant le Rapport de l'Organe d'appel de l'affaire DS50. Voir le document WT/DS79/4.

¹¹⁴⁵ En demandant des renseignements (WT/DS160/7), en examinant de manière plus approfondie les questions qui lui sont soumises (WT/DS192/3), en faisant appel à des experts (par exemple dans les affaires WT/DS18/4, WT/DS58/10, WT/DS135/5).

¹¹⁴⁶ Pour leurs communications (WT/DS56/7), ou pour le réexamen intérimaire (WT/DS22/7).

¹¹⁴⁷ En moyenne, deux raisons distinctes sont à chaque fois données par le groupe spécial pour justifier son recours à l'article 12 : 9.

¹¹⁴⁸ Voir les affaires DS27/8 et DS44/4.

¹¹⁴⁹ A deux reprises dans l'affaire DS135. Voir les documents WT/DS135/6 et WT/DS135/7.

¹¹⁵⁰ Voir les affaires DS60, DS114, DS146 et 175, et DS222 dans lesquelles deux recours successifs sont formulés. Voir également l'affaire DS135 dans laquelle trois recours à l'article 12 : 9 sont formulés.

¹¹⁵¹ WT/DS146/7 et 175/7.

¹¹⁵² Environ la moitié des rapports retardés par la mise en œuvre de l'article 12 : 9 dépasse les 9 mois avant remise du rapport aux parties. Ce délai sera en moyenne compris entre 11 et 12 mois, le délai maximal étant de 20 mois dans l'affaire DS135.

maximal de soixante jours entre la notification d'appel et la remise du rapport, et peuvent bénéficier d'un allongement du délai jusqu'à quatre-vingt dix jours si elles informent l'ORD du retard et en expliquent les raisons. Une grande majorité des examens en appel connaît un tel allongement¹¹⁵⁴ et les raisons données sont diverses. En général, le délai est estimé nécessaire pour « *l'achèvement du rapport et sa traduction* »¹¹⁵⁵, mais d'autres raisons sont également évoquées : une période connaissant une exceptionnelle charge de travail pour l'Organe d'appel¹¹⁵⁶, le décès d'un membre de la section d'appel¹¹⁵⁷, des problèmes de calendrier ou plus spécifiquement de réunion ministérielle, de jours ouvrés ou encore de vacances de Noël¹¹⁵⁸ à la demande des participants¹¹⁵⁹, des problèmes de traduction¹¹⁶⁰, la grande complexité de l'affaire¹¹⁶¹ parfois alliée au grand nombre de questions et de participants¹¹⁶², la « *grève du zèle* » du personnel du Secrétariat¹¹⁶³, voire une plus grande justice pour les participants et participants tiers et la nécessité pour la section d'appel de « *recharger les batteries (sic)* »¹¹⁶⁴. En outre, il est parfois recouru au retard par la mise en œuvre de l'article 17 : 5 sans qu'aucune raison particulière ne soit donnée¹¹⁶⁵ et, malgré le caractère impératif de cette disposition¹¹⁶⁶, certains rapports sont remis au-delà du délai de trois mois prévu par le Mémorandum¹¹⁶⁷, même si le retard supplémentaire n'est pas très élevé¹¹⁶⁸.

¹¹⁵³ Au 26 juin 2003, 10 rapports ont été remis aux parties avec retard sans aucune justification, en plus des 64 retardés par application de l'article 12 : 9. Il faut noter que ces retards inexpliqués ne sont pas très longs puisqu'ils ont une moyenne comprise entre 8 et 9 mois, soit dans la fourchette de 6 à 9 mois autorisée par l'article 12 : 9. Les retards sont très fréquents puisqu'ils concernent au total 74 rapports sur 87 groupes spéciaux constitués.

¹¹⁵⁴ Au total, au 26 juin 2003, 48 examens en appel sur 59 font l'objet d'un allongement du délai de remise du rapport en vertu de l'article 17 : 5. ces chiffres comprennent les examens du différend initial ainsi que les examens menés en vertu de l'article 21 : 5.

¹¹⁵⁵ 28 allongements concernant 28 examens distincts sont expliqués par cette formulation récurrente. Cette dernière varie parfois formellement mais son sens reste identique.

¹¹⁵⁶ WT/DS122/5 et WT/DS135/10.

¹¹⁵⁷ WT/DS138/6.

¹¹⁵⁸ Voir les documents WT/DS2/7, WT/DS24/6.

¹¹⁵⁹ Document WT/DS22/9.

¹¹⁶⁰ Voir les documents WT/DS22/9, WT/DS50/7, WT/DS56/9, WT/DS62/9, 67/7 et 68/6, WT/DS69/5, WT/DS75/10 et 84/8.

¹¹⁶¹ Voir le document WT/DS26/10 et 48/8.

¹¹⁶² Voir le document WT/DS27/10.

¹¹⁶³ Voir sur ce point le document WT/DS212/9.

¹¹⁶⁴ Document WT/DS2/7.

Force est de constater que les groupes spéciaux et l'Organe d'appel interprètent de manière extensive, aussi bien d'un point de vue qualitatif que quantitatif, les dispositions leur permettant de prolonger les délais de remise de leurs rapports. Toutefois, ces allongements sont la plupart du temps justifiés de manière rigoureuse et restent dans l'ensemble raisonnables. Le plus souvent, les prolongations ne sont pas très significatives et sont dictées par des impératifs légitimes parce que liés à un souci de mener un travail rigoureux et efficace. De même, la mise en œuvre de ces articles est quasi-systématique alors que les groupes spéciaux et l'Organe d'appel auraient très bien pu négliger ces recours sans pour autant moins tarder dans la remise de leurs rapports. Surtout, les retards ne peuvent être assimilés à des blocages de procédure dans la mesure où ils n'aboutissent pas à un refus d'examiner le différend mais où ils sont au contraire dictés par un souci de bonne justice et utilisés pour surmonter des contraintes pratiques.

Cette interprétation extensive n'est d'ailleurs pas une violation du Mémoire. Un groupe spécial a pu se prononcer sur le respect des délais et a constaté que **« comme la plupart des délais prévus dans le Mémoire d'accord sont soit des délais minimaux sans limite maximale, soit des délais maximaux qui n'ont, néanmoins, qu'une valeur indicative, les procédures prévues dans le Mémoire d'accord – depuis la demande de consultations jusqu'à l'adoption des constatations par l'ORD – peuvent durer plus de 18 mois et, dans la pratique, elles ont souvent débordé ce délai »**¹¹⁶⁹. Dans cette constatation, le groupe spécial insiste sur le caractère indicatif des délais et suggère même que le caractère impératif de certains délais devient indicatif du fait qu'ils ne sont pas respectés en pratique¹¹⁷⁰. De même, un autre groupe spécial¹¹⁷¹ insiste sur ce caractère indicatif en constatant que **« le délai (...) ne limite pas ni ne définit le domaine de compétence (...) ratione temporis. Il impose (...) une obligation procédurale en ce qui concerne le déroulement (...) [des] travaux, pas une obligation fondamentale en ce qui concerne la validité de ces travaux »** ; et il

¹¹⁶⁵ 6 examens en appel sont concernés. Voir les documents : WT/DS132/11, WT/DS141/7, WT/DS177/8 et 178/9, WT/DS184/6, WT/DS192/5 et WT/DS58/21.

¹¹⁶⁶ L'article 17 : 5 prévoit en effet que, « en aucun cas, la procédure ne dépassera 90 jours ».

¹¹⁶⁷ Au 26 juin 2003, 6 rapports de l'Organe d'appel sont concernés : ceux des affaires DS24, DS26, DS122, DS135, DS138 et DS177 et 178.

¹¹⁶⁸ Le délai total pour ces 6 rapports (visés note précédente) est en moyenne de 4 mois et demi environ, soit 45 jours après le délai maximal de 90 jours. Cette augmentation de 50% est conséquente mais un délai total de moins de cinq mois semble tout de même rester raisonnable.

¹¹⁷⁰ Voir la note précédente.

¹¹⁷¹ Ce groupe spécial agissait en qualité d'arbitre de l'article 22 : 6 et son raisonnement s'appliquait à l'arbitrage de l'article 22 : 6 mais il peut tout à fait être étendu à l'ensemble des autres délais dans la mesure où le Mémoire ne prévoit que des délais de type indicatif et où le seul délai impératif est rendu indicatif par la pratique. Voir sur ces points le groupe spécial de l'affaire DS152 cité dans les deux Notes précédentes.

exclut tout caractère impératif de ces délais en affirmant que « *si les délais prévus à l'article 17: 5 et à l'article 22: 6 du Mémoire d'accord devaient rendre caduc le pouvoir de l'Organe d'appel ou des arbitres, le Mémoire d'accord l'aurait expressément prévu. Une telle caducité de la compétence est expressément prévue, par exemple, à l'article 12: 12* »¹¹⁷².

Par conséquent, l'obligation de juger s'applique bien aux groupes spéciaux et à l'Organe d'appel. Quelques exemples montrent de la part des instances des faiblesses de rigueur et d'efficacité par rapport aux délais qui leur sont normalement impartis, mais aucun cas de déni de justice par accumulation des retards ne peut être détecté, ni même soupçonné. Aussi l'invariabilité existentielle de l'acte des instances mémorandaires peut-elle être affirmée et l'effectivité d'une obligation de juger peut-elle être confirmée.

Ainsi, les critiques susmentionnées sur la longueur des délais sont en pratique évacuées. La critique de la trop grande brièveté des délais n'est pas réaliste car le plaignant comme les instances de règlement préféreront souvent ne pas appliquer strictement le Mémoire sur ce point mais au contraire décider des allongements dans le but louable d'une rigueur et d'une efficacité procédurales. De même, la critique inverse de diminution des délais paraît également peu cohérente dans la mesure où la possibilité d'une diminution par rapport à la pratique existe et qu'elle est laissée au libre choix du plaignant et des instances qui préfèrent les mêmes allongements dans le même but louable. Le particularisme des différends et des parties dans le cadre interétatique de l'OMC rend nécessaire la fixation de délais assurant une obligation de juger effective ; le respect de la libre volonté mesurée du plaignant et des parties d'un commun accord ainsi que le souci des instances de remplir au mieux leur mission rendent nécessaires des aménagements équilibrés de ces conditions de délais.

Il faudrait davantage souhaiter une suppression de ces délais, ce qui révélerait la

¹¹⁶⁹ Rapport WT/DS152/R, paragraphe 7.31. Ces constatations renvoient à des notes de bas de page contribuant à la pertinence de l'analyse de ce groupe spécial. Pour les « *délais minimaux sans limite maximale* » le groupe spécial précise que « *l'article 4: 7 du Mémoire d'accord, par exemple, prévoit un délai minimal de 60 jours pour les consultations, sauf accord à l'effet contraire ou en cas d'urgence, conformément à l'article 4: 8* ». Pour les « *délais maximaux qui n'ont (...) qu'une valeur indicative* », le groupe spécial précise que, « *à l'article 12: 8, il est question d'un délai de six mois, "en règle générale", entre la composition du groupe spécial et la remise du rapport final aux parties. L'article 12: 9 dispose qu'"[e]n aucun cas, le délai compris entre l'établissement d'un groupe spécial et la distribution de son rapport aux Membres ne devrait dépasser neuf mois" (pas d'italique dans l'original). L'article 17: 5 dispose qu'"[e]n règle générale, la durée de la procédure [de l'Organe d'appel] ne dépassera pas 60 jours". Il y est ajouté, cependant, qu'"[e]n aucun cas, la procédure ne dépassera 90 jours". Néanmoins, même ce délai apparemment obligatoire a été dépassé dans trois affaires jusqu'ici (...). Enfin, il est question à l'article 20 d'un délai de neuf mois – ou de 12 mois, en cas d'appel – "en règle générale", entre l'établissement du groupe spécial et l'adoption du ou des rapports par l'ORD* ». Enfin, le groupe spécial signale que le délai a été dépassé à plusieurs reprises : « *dans 17 des 26 affaires qui ont débouché jusqu'ici sur des recommandations de l'ORD, plus de 18 mois se sont écoulés entre la demande de consultations et l'adoption des rapports* ».

¹¹⁷² WT/DS27/ARB, paragraphe 2.12, note 7. Ces constatations sont reprises par le groupe spécial de l'affaire DS152, dans son Rapport WT/DS152/R, paragraphe 7.180, note 720. Ce dernier groupe spécial interrompt de la sorte les débats foisonnants des participants sur l'interprétation des dispositions mémorandaires traitant des délais. Le Rapport du groupe spécial WT/DS165/R, paragraphe 6.106, note 152, reprend les constatations précitées et renvoie aux deux documents précédents.

maturité d'un système juridictionnel. Cependant, ces délais sont pour l'instant garants de la viabilité et de la consolidation du système et leur suppression ne serait pas pertinente dans un avenir proche. Ces délais invitent à l'effectivité et à la rapidité mais leur transgression fréquente les rend en pratique quasiment ineffectifs. En réalité, ils sont simplement incitatifs, et cette situation est déjà un grand pas en direction de la reconnaissance d'une juridictionnalité. Certes, la démarche première pourrait pour le moins consister à modifier les délais en fonction de la pratique afin de les rendre plus réalistes ; mais elle n'est ni pertinente, puisque des variations existent en fonction des affaires, ni nécessaire, puisque le système fonctionne en l'état et puisque le déni n'existe pas.

En troisième et dernier lieu, l'obligation de juger doit être confirmée par l'invariabilité formelle de l'acte. Pour être effective, elle doit se concrétiser par un acte constant dans sa forme. Or, cette continuité n'est pas évidente car elle dépend à la fois de l'unité et de l'apparence de cette décision.

D'une part, l'unité de la décision est évidente si l'instance est composée d'une seule personne. En revanche, la question de cette unité se posera à partir du moment où plusieurs personnes constituent cette instance et participent ensemble à l'élaboration de l'acte. Une méthode de travail particulière doit donc être appliquée afin que l'obligation de juger débouche *in fine* sur l'obtention d'une décision unique. Deux mécanismes concurrents permettent d'assurer une cohérence du travail d'élaboration de l'acte : **« la collégialité est généralement présentée (...) comme une meilleure garantie de justice, éclairée par le délibéré des juges, impartiale par la neutralisation des éventuels préjugés et indépendante grâce à la liberté de décision qu'engendre l'anonymat. Mais (...) le juge unique a aussi ses défenseurs selon lesquels, tandis que l'anonymat de la sentence dilue le sens des responsabilités, le système du juge unique développe et incite le magistrat à mieux concocter sa décision. Toute position péremptoire est ici dangereuse »**¹¹⁷³. Il faut cependant distinguer entre collégialité et simple pluralité, la dernière autorisant les opinions dissidentes¹¹⁷⁴.

Les groupes spéciaux et les sections d'appel étant constitués de trois membres¹¹⁷⁵, la collégialité ou la pluralité auront toutes les chances de s'appliquer. La distinction entre collégialité et pluralité va se faire sur l'existence ou non d'opinions dissidentes ou individuelles. Le Mémoire ne donne, à cet égard, que peu d'indices, et encore moins de principes, mais il penche du côté de la pluralité avec opinions dissidentes, en prévoyant que **« les avis exprimés dans le rapport du groupe spécial par les personnes faisant partie de ce groupe seront anonymes »**¹¹⁷⁶ et que **« les avis**

¹¹⁷³ J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit, op. cit.*, pp. 327-328.

¹¹⁷⁴ Voir *ibid.*

¹¹⁷⁵ L'article 8 : 5 du Mémoire pose le principe d'une composition de trois personnes pour le groupe spécial mais elle laisse la possibilité aux parties, d'un commun accord, d'opter pour un nombre de cinq. L'étude de la pratique montre que c'est le principe qui a toujours été appliqué. De même, le Mémoire prévoit le travail d'appel en sections de trois personnes dans son article 17 : 1 ; l'organisation de ce mécanisme est prévue dans les articles 3 : 1, 6 et 7 des Procédures de travail pour l'examen en appel.

exprimés dans le rapport de l'Organe d'appel par les personnes faisant partie de cet organe seront anonymes »¹¹⁷⁷. Ce positionnement textuel reste prudent : la pluralité n'est pas un principe consacré quant les Procédures de travail pour l'examen en appel prévoient que « *l'Organe d'appel et ses sections ne ménageront aucun effort pour prendre leurs décisions par consensus. Toutefois, dans les cas où il ne sera pas possible d'arriver à une décision par consensus, la décision sur la question à l'examen sera prise à la majorité des voix* »¹¹⁷⁸ ; au contraire, ces Procédures de travail ne prévoient aucune disposition organisant la formulation d'opinions individuelles ou dissidentes mais contiennent un article intitulé « *collégialité* »¹¹⁷⁹. Cette disposition n'organise pas véritablement un principe de collégialité mais prévoit dialogues et réunions périodiques entre membres de l'Organe d'appel « *pour assurer l'uniformité et la cohérence de la prise de décisions* »¹¹⁸⁰.

Les groupes spéciaux s'engagent en pratique sur la voie de la pluralité. L'affirmation théorique vient du groupe spécial de l'affaire DS33 qui a pu reconnaître que « *tout membre d'un groupe spécial peut émettre une opinion dissidente* »¹¹⁸¹. L'application est triple : le Rapport du groupe spécial de l'affaire DS69 du 12 mars 1998 formule un « *avis d'un membre du groupe spécial* »¹¹⁸² sur une conclusion dudit groupe à laquelle le membre dit ne pouvoir souscrire ; le Rapport du groupe spécial de l'affaire DS213, daté du 3 juillet 2002¹¹⁸³, contient une « *opinion dissidente d'un membre du groupe spécial sur l'appréciation du groupe spécial concernant l'application d'un critère de minimis aux réexamens à l'extinction* »¹¹⁸⁴ ; le Rapport du groupe spécial de l'affaire DS165 précise qu'« *un membre du Groupe spécial est d'avis que la caution majorée imposée par la mesure du 3 mars constituait plutôt une violation de l'article XI du GATT* »¹¹⁸⁵. Ces deux « *avis* » et cette « *opinion* » sont tous trois formulés de manière anonyme et semblent donc bien constituer des

¹¹⁷⁶ Article 14 : 3.

¹¹⁷⁷ Article 17 : 11.

¹¹⁷⁸ Règle 3 : 2.

¹¹⁷⁹ Article 4.

¹¹⁸⁰ Article 4 : 1.

¹¹⁸¹ WT/DS33/R, paragraphe 7.19.

¹¹⁸² WT/DS69/R, paragraphes 291 et s.

¹¹⁸³ WT/DS213/R.

¹¹⁸⁴ Paragraphes 10.1 à 10.15. Se reporter également au Rapport de l'Organe d'appel consécutif qui résume cette opinion dissidente, WT/DS213/AB/R, paragraphe 59, note 51.

¹¹⁸⁵ WT/DS165/R, paragraphe 7.1.

opinions dissidentes caractéristiques d'une pluralité. De même, si les rapports de l'Organe d'appel ne contiennent pas d'opinions dissidentes explicitement formulées ; l'un d'entre eux contient la « **déclaration concordante** » d'un membre voulant « **réserver son opinion** »¹¹⁸⁶.

Certes, ces applications sont isolées par rapport au nombre élevé des rapports de groupes spéciaux et de l'Organe d'appel rédigés depuis 1995. Elles ne constituent pas un engagement franc sur la voie de la pluralité car seule une opinion dissidente d'un membre de groupe spécial est qualifiée comme telle, les autres étant des « **avis** » ou une « **déclaration concordante** » ; en outre, seul l'« **avis** » de l'affaire DS69 est prononcé clairement à l'encontre d'une conclusion de l'instance, les autres opinions ne remettant pas en cause de telles conclusions mais seulement leurs fondements ou des « **questions connexes** »¹¹⁸⁷. Cependant, ces applications montrent le rejet du principe d'une collégialité et induisent une affirmation progressive de la pluralité. Par exemple, en sus du principe précédemment mentionné affirmé par le groupe spécial de l'affaire DS33, l'Organe d'appel a pu qualifier l'« **avis** » du membre du groupe spécial de l'affaire DS69 d'« **opinion dissidente** »¹¹⁸⁸. Aussi la reconnaissance doctrinale d'une collégialité¹¹⁸⁹ est-elle battue en brèche par le développement de la pratique.

En réalité, cette démarche particulière du texte et des instances quant à l'organisation de l'unité de la décision est significative de la démarche générale du système mémorandaire : le texte ne tranche pas explicitement entre collégialité et pluralité, comme il ne tranche pas entre règlement juridictionnel et règlement diplomatique ; il garantit un encadrement procédural rigoureux de telle sorte que la pluralité, comme la juridictionnalité, puisse être en pratique assurée ; son pragmatisme incite les instances de règlement à instaurer précautionneusement une pluralité et une juridictionnalité tout en conservant l'effectivité et l'efficacité du système ; aucun principe général n'est affirmé mais l'installation solide et légitimée de la pluralité comme de la juridictionnalité est assurée par une pratique mesurée mais déterminée. Bien entendu, cette démarche est déroutante. Il reste que, sur le plan de l'unité de la décision, le choix de la pluralité est privilégié et consolide l'existence d'une obligation de juger.

L'absence de toute considération textuelle ou pratique liée à l'unité de la décision aurait pu menacer l'invariabilité formelle de la décision et, partant, l'obligation de juger et la juridictionnalité procédurale en découlant. Tel n'est pas le cas puisque la pluralité est suggérée par le texte et progressivement mise en place par les instances de règlement. La collégialité est pour l'instant globalement privilégiée car les exemples de pluralité

¹¹⁸⁶ WT/DS135/AB/R, paragraphes 149 à 154.

¹¹⁸⁷ WT/DS135/AB/R, paragraphe 150.

¹¹⁸⁸ WT/DS69/AB/R, paragraphe 151.

¹¹⁸⁹ M. Canal-Forgues, par exemple, admet tout à fait l'effectivité du principe de collégialité s'appliquant au système mémorandaire, in « La procédure d'examen en appel... », *op. cit.*, p. 851. De même, M. Pace reconnaît cette collégialité quand il souhaite, finalement vainement, « réformer la pratique actuelle de la collégialité au sein de l'Organe d'appel », in, « Cinq ans après... », *op. cit.*, p. 631.

restent peu significatifs ; et cette tendance est logique car la crédibilité et l'autorité des instances mémorandaires passent par la promotion d'une solidarisation interne d'autant plus importante que la situation actuelle est celle de la mise en place et de la montée en puissance d'un système de règlement atypique. Néanmoins, l'instauration progressive de la pluralité peut déjà constituer un signe de maturité et de solidité du système qui entrevoit l'inutilité d'une consolidation et reconnaît sans complexe sa nature juridictionnelle.

D'autre part, l'invariabilité formelle de l'acte, confirmative d'une obligation de juger, s'identifie dans l'apparence de la décision : la forme de l'acte doit être constante. D'abord, l'acte découlant de l'effectivité de la phase des consultations est par nature variable dans sa forme puisque soumis au bilatéralisme des parties. Néanmoins, sa forme est rationalisée par le Mémoire et devient binaire : il est soit la notification à l'ORD de la solution convenue d'un commun accord¹¹⁹⁰, soit le constat d'échec ou d'absence des discussions bilatérales exprimé dans la demande d'établissement du groupe spécial¹¹⁹¹. Ensuite, malgré l'hétérogénéité apparente des groupes spéciaux dans leur composition, leurs rapports sont construits de manière récurrente, alors même qu'aucun texte relatif au système mémorandaire ne prévoit une organisation formelle précise. Exception faite des rapports faisant part d'une interruption de procédure pour cause de solution convenue entre les parties¹¹⁹², tous les rapports suivent un plan en trois axes : une partie introductive contenant le rappel des aspects factuels et procéduraux ainsi que des constatations et recommandations demandées par les parties ; une présentation des arguments présentés par les parties ; enfin les constatations du groupe spécial suivies de ses conclusions et recommandations. Le cas échéant, entre les deux derniers axes s'intercale le compte-rendu du réexamen intérimaire et dans les deux premiers s'insèrent les arguments et communications des tierces parties¹¹⁹³. L'essentiel des ajouts et modifications du schéma précédemment décrit s'applique surtout à la phase introductive et, dans une moindre mesure à la présentation des arguments des parties, la dernière phase étant bien plus constante¹¹⁹⁴.

Cette organisation formelle des rapports des groupes spéciaux montre à la fois une

¹¹⁹⁰ Voir sur ce point l'article 3 : 6. En pratique, toutes ces solutions ne sont pas automatiquement notifiées conformément à cette disposition car le pragmatisme et le bilatéralisme priment sur la rigueur procédurale, ce d'autant plus que le différend est réglé par cette solution obtenue lors des consultations.

¹¹⁹¹ Voir sur ce point l'article 4, paragraphes 3 et 7. En pratique, cette demande d'établissement est systématique à partir du moment où la détermination du plaignant est forte à voir se régler le différend, puisque s'impose le mécanisme précédemment établi de l'attraction obligatoire devant le groupe spécial.

¹¹⁹² Voir pour exemples les rapports WT/DS7, 12 et 14/R, WT/DS72/R.

¹¹⁹⁴ Quelques variations mineures sont parfois observables : les « constatations » deviennent « questions de fond » (WT/DS177 et 178/R), les « conclusions et recommandations » sont séparées, changées en « observations finales » ou « remarques finales » et « conclusions », résumées en « recommandations » ou « conclusions » (par exemple WT/DS2/R, WT/DS18/R, WT/DS22/R, WT/DS26/R/USA, WT/DS58/R, WT/DS79/R WT/DS138/R, WT/DS155/R, WT/DS163/R). En outre, des suggestions concernant la mise en œuvre peuvent être formulées (voir pour exemple le Rapport WT/DS90/R), ainsi que des opinions dissidentes (voir pour exemple le Rapport WT/DS221/R).

continuité et une rigueur : le schéma des différents rapports est commun et les variations notables sont consécutives à la nécessité de prendre en considération les particularismes propres au cas d'espèce traité ; la démarche adoptée est celle d'une démonstration débutant par la synthèse des faits et des prétentions des parties, poursuivant par l'analyse de chacun des points objet du différend et s'achevant par une décision sous la forme de recommandations et décisions. Cette démarche n'est pas sans rappeler celle énoncée par les actes juridictionnels communs qui s'efforcent dans l'exposé des motifs de rappeler les faits et la procédure suivie puis d'énoncer le raisonnement suivi pour conclure par l'exposé du dispositif.

Certes, des différences importantes sont notables qui empêchent une identification indiscutable entre les rapports des groupes spéciaux et les actes juridictionnels communs : les rapports ne contiennent pas de préambule rassemblant les dispositions visées dans le différend ; la partie introductive est souvent très longue, descriptive et n'est pas formellement incluse dans les constatations du groupe spécial qui, elles, s'apparentent à l'exposé des motifs ; ces constatations ne sont pas formellement construites sous la forme d'attendus ou de considérants mais elles reprennent point par point et traitent les nombreuses questions que pose le différend ; les rapports sont de taille conséquente¹¹⁹⁵. Ces différences donnent aux actes des groupes spéciaux une complétude extrême, voire outrancière, qui paraît nuire à leur assimilation au modèle juridictionnel. Cependant, le préambule n'est pas nécessaire dans la mesure où les groupes spéciaux organisent formellement leurs constatations en fonction des dispositions visées. En outre, la taille des rapports redevient raisonnable, sans pour autant que cette diminution nuise à leur rigueur, si l'on excepte les points exposant les arguments des parties et tierces parties pour ne considérer que le rappel des faits et des procédures ainsi que les constatations et conclusions du groupe spécial ; et la tendance

¹¹⁹³ Ces trois axes sont une synthèse des plans suivis par les différents groupes spéciaux. En pratique, des variations dans les titres des parties du rapport ainsi que dans leur nombre et leur ordonnancement sont fréquentes. Généralement, la partie introductive contient trois points : l'introduction, les éléments ou aspects factuels et les constatations et recommandations demandées par les parties (voir pour exemple les rapports WT/DS99/R, WT/DS114/R) auxquels il faut ajouter le cas échéant un quatrième point relatif aux communications des tierces parties (v. pour ex. WT/DS33/R). Fréquemment, le dernier des trois points n'est pas individualisé (v. pour ex. WT/DS31/R, WT/DS136/R). Par ailleurs, les intitulés sont parfois modifiés et on trouve en lieu et place de l'« introduction » et des « aspects factuels » des « historique de la procédure », « historique », « questions de procédure », « éléments factuels », « rappel chronologique des faits » ou autres « mesures en cause » (v. pour ex. WT/DS33/R, WT/DS75 et 84/R, WT/DS114/R, WT/DS139 et 142/R). Par ailleurs, sont parfois mises en valeur au sein de cette partie introductive des questions particulières (v. pour ex. WT/DS27/R/ECU, WT/DS34/R). Ensuite viennent les arguments des parties selon des découpages variables (v. pour ex. WT/DS54, 55, 59 et 64/R, WT/DS75 et 84/R, WT/DS139 et 142/R) auxquels peuvent être ajoutés les arguments des tierces parties le cas échéant (v. pour ex. WT/DS138/R). Par ailleurs, avant ou après cette deuxième partie est parfois intercalé un point concernant les questions de procédure et autres demandes de décisions préjudicielles (v. pour ex. WT/DS70/R, WT/DS121/R), certains renseignements confidentiels (v. pour ex. WT/DS166/R), les experts (v. pour ex. WT/DS18/R), la communication d'organisations extérieures (v. pour ex. WT/DS135/R, WT/DS160/R, WT/DS176/R), les questions relatives à la portée de la plainte (WT/DS62, 67 et 68/R), les « questions et réponses » (WT/DS139 et 142/R), etc.

¹¹⁹⁵ Il n'est pas rare qu'ils dépassent allègrement les 150 pages. Certains peuvent tourner autour des 500 pages. Voir pour exemples les rapports WT/DS26/R/USA et 48/R/CAN, WT/DS27/R, WT/DS122/R et WT/DS139/R et 142/R.

est à la mise en annexe des parties descriptives de telle sorte que le rapport ne comprend que la partie introductive et la partie contenant les constatations et conclusions ¹¹⁹⁶.

Les rapports des sections d'appel sont également structurés de manière continue et rigoureuse. Ici encore, sauf rapport rédigé après désistement d'appel ¹¹⁹⁷, trois parties peuvent être distinguées : une partie introductive comprenant une introduction et la description des arguments des participants, une partie traitant des questions soulevées, et une partie formulant les constatations et conclusions ¹¹⁹⁸. Les variations de construction entre les différents rapports sont minimales et consistent essentiellement en la prise en considération de participants tiers et de questions préliminaires ¹¹⁹⁹. Par ailleurs, comme pour les rapports des groupes spéciaux, la construction des rapports des sections d'appel se rapproche sensiblement de la démarche des juridictions communes ; et cette similitude est encore plus marquée dans le cas de l'Organe d'appel. En effet, l'absence de préambule est partiellement comblée par la seconde partie qui débute par un inventaire des questions posées dans le cadre de l'appel ; la partie introductive n'est pas très longue puisque les constatations et recommandations sont synthétisées dans la deuxième partie, que les arguments des parties sont également synthétisés dans la partie introductive et que ces éléments sont moins denses dans une phase procédurale ne s'intéressant qu'au droit et non aux faits ; sans que soient explicitement formulés des considérants ou des attendus, la deuxième partie consacrée aux questions soulevées en appel s'apparente à un exposé des motifs puisqu'elle reprend une par une toutes ces questions de droit et les traite ; la taille des rapports de l'Organe d'appel est relativement réduite ¹²⁰⁰, ce qui leur

¹¹⁹⁶ Cette tendance réduit considérablement la taille des rapports qui passent alors sous les 100 pages. Elle est récente car le premier Rapport à avoir adopté cette construction date du 23 décembre 1999 (WT/DS138/R). Au total, depuis cette date jusqu'au 26 juin 2003, 20 rapports ont mis en annexe les parties descriptives, sur 51 rapports datés de la même période – soit la plus grande moitié des rapports remis depuis 1995. Cette tendance née fin 1999 n'est pas généralisée mais elle est relativement significative pour être signalée et pour pouvoir en déduire une juridictionnalisation progressive accentuée de la forme des actes des groupes spéciaux. Voir pour exemples les rapports WT/DS46/RW, WT/DS122/R, WT/DS222/R. Le Rapport WT/DS122/R nomme les constatations « *motifs et constatations* », ce qui rapproche encore plus explicitement ce point des motifs contenus dans les décisions juridictionnelles communes.

¹¹⁹⁷ Voir le Rapport WT/DS146 et 175/AB/R. Il se contente d'énoncer une description de la procédure suivie lors du règlement de ce différend.

¹¹⁹⁸ Ici encore, l'énoncé de ces trois parties est le fruit d'une lecture synthétique des différents rapports rédigés par l'Organe d'appel depuis 1995. En pratique, la partie introductive contient parfois une « *introduction* » et un point consacré au « *contexte* » (WT/DS46/AB/RW, WT/DS103 et 113/AB/R, WT/DS108/AB/R) ou encore à « *la mesure et son histoire* » (WT/DS139 et 142/AB/R). En outre, aux arguments des participants s'ajoutent le cas échéant ceux des participants tiers (v. pour ex. WT/DS122/AB/R, WT/DS165/AB/R) et aux questions soulevées peut s'ajouter une question préliminaire concernant la procédure (voir pour exemples WT/DS46/AB/R, WT/DS58/AB/R, WT/DS58/AB/RW, WT/DS70/AB/R, WT/DS122/AB/R, WT/DS135/AB/R, WT/DS138/AB/R). Les arguments des participants sont parfois inclus dans la deuxième partie (WT/DS2/AB/R). Enfin, les constatations et conclusions peuvent être suivies de « *remarques finales* » exprimant des précisions que la section d'appel juge utile de donner en l'espèce (WT/DS176/AB/R).

¹¹⁹⁹ Voir note précédente.

donne une lisibilité certaine.

Aussi la forme des rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel se rapproche-t-elle peu à peu du modèle juridictionnel commun, par schéma de construction récurrent et par rationalisation du contenu. Cette évolution est sans ruptures, de telle sorte que cette continuité formelle appuie l'invariabilité de l'acte et, ce faisant, atteste de l'effectivité d'une obligation de juger. L'acte découle directement de l'obligation de juger et se trouve donc comme elle à la croisée de la juridiction formelle et de la juridiction matérielle puisqu'il admet une définition double fondée sur son aspect matériel et sur son aspect formel. L'étude de l'acte achève l'analyse formelle du système mémorandaire et prélude à son analyse matérielle.

¹²⁰⁰ Seuls 6 rapports dépassent les 100 pages (WT/DS26 et 48/AB/R, WT/DS27/AB/R et WT/DS176/AB/R, WT/DS207/AB/R, WT/DS231/AB/R et WT/DS234/AB/R) pour un maximum de 145 pages.

DEUXIÈME PARTIE : LA DÉSINHIBITION DE LA FONCTION JURIDICTIONNELLE

La structure du système mémorandaire est bien de nature juridictionnelle car la complexité pragmatique apparente du Mémorandum est battue en brèche par un texte – involontairement ? – permissif et par une pratique qui a pris toute la mesure de cette permissivité. Seule la matérialité organique modelable pour devenir juridictionnelle est utilisée, de même que les seules procédures exploitées sont à connotation juridictionnelle effective ou attribuée. De la sorte, le texte et la pratique émancipent la structure juridictionnelle du système mémorandaire et procèdent, ce faisant, à l’incarnation d’un acteur de type juridictionnel. Ainsi, la qualification juridictionnelle du système mémorandaire peut être affirmée pour partie. Pour l’être totalement, il est nécessaire à présent d’identifier l’action que cet acteur mène. La juridiction étant l’acteur – particulier – qui dit le droit, le système mémorandaire sera juridictionnel si la structure juridictionnelle qui est la sienne aboutit matériellement au prononcé d’un *juris dictio*, c’est-à-dire si sa fonction est, en définitive, de nature juridictionnelle.

A ce stade, une précision terminologique doit être apportée. L’expression « **fonction juridictionnelle** » semble à première vue appropriée et d’une manipulation aisée ; elle est parfois simplement employée pour définir l’action de « **dire le droit (*jurisdictio*), en s’efforçant de faire application de principes** »¹²⁰¹. Cependant, elle dépasse souvent

¹²⁰¹ D. Ruzié, *Droit international public*, Dalloz, coll. Mémentos, 15^{ème} édition, Paris, 2000, p. 226.

ce simple cadre pour recouvrir une réalité plus vaste et plus hétéroclite. Par exemple, la fonction juridictionnelle peut avoir pour « **éléments fondamentaux** » « **une décision fondée sur des considérations juridiques, obligatoire pour les parties, prononcée par un organe indépendant des parties au litige, à l'issue d'une procédure contradictoire et garantissant les droits de la défense et l'égalité des parties** »¹²⁰² et constituer à ce titre le synonyme de la notion de juridiction¹²⁰³. Elle peut également être le lien entre les trois critères de l'acte juridictionnel qui sont le différend, l'application du droit et le caractère obligatoire¹²⁰⁴.

Sans préjuger de la pertinence de ces conceptualisations diverses et sans qu'il soit nécessaire de dresser leur liste exhaustive, il faut constater leurs divergences et considérer que l'emploi de l'expression « **fonction juridictionnelle** » n'est pas anodin. Le but de la fonction juridictionnelle est « **de vérifier la régularité d'une situation juridique** »¹²⁰⁵ et cette fonction est érigée au rang d'un concept qui ne signifie pas simplement une fonction de dire le droit mais inclut d'autres éléments de définition hétérogènes et irréguliers. Le concept de fonction juridictionnelle ne peut donc constituer qu'avec prudence le simple synonyme, utilisé à des fins stylistiques, de la fonction de dire le droit. Il ne peut être réduit à la fonction de juridiction mais la dépasse en réalité. Aussi l'expression « **fonction juridictionnelle** » sera-t-elle présentement employée dans son sens le plus strict de fonction de la juridiction ; elle désignera l'action de dire le droit qui est distincte de l'acteur menant cette action, et participera donc avec la structure juridictionnelle à la caractérisation de la juridiction.

La fonction juridictionnelle est l'indispensable complément de la structure juridictionnelle afin que soit avérée la juridictionnalité du système mémorandaire. Fonction et structure participent de manière indivisible à l'effectivité de la qualification juridictionnelle dudit système. La structure mémorandaire étant à même, en raison de son caractère juridictionnel, de constituer l'assise solide et stable de la fonction juridictionnelle, encore faut-il que cette fonction soit identifiée. En théorie, cette identification peut être établie par une démarche unique : la juridiction étant l'acteur qui dit le droit, il suffit de rechercher un tel *juris dictio*, d'abord dans le texte quand il fixe la mission des instances juridictionnelles, ensuite dans la pratique par l'observation des décisions rendues dans le cadre du règlement des différends. Plus clairement, cette identification consiste à examiner un faisceau d'indices de juridictionnalité fonctionnelle, à établir que l'action du

¹²⁰² P. Daillier et A. Pellet (N. Quoc Dinh †), *Droit international public*, L.G.D.J., E.J.A., 7^{ème} éd., Paris, 2002, p. 862.

¹²⁰³ M. Andrianarivony emploie, sans le définir, le concept de fonction juridictionnelle et l'assimile de manière péremptoire à la notion de juridiction. Voir son article intitulé « Un *panel* institué dans le cadre de l'Organisation Mondiale du Commerce n'est-il pas une juridiction ? », in *R.R.J.* NXXV – 84, pp. 1182-1183 et 1188-1193. Voir également sa Thèse intitulée *L'émergence progressive d'une juridiction internationale des échanges. Contribution à l'étude du système de règlement des différends au sein de l'Organisation mondiale du commerce*, thèse soutenue le 27 septembre 1998 à l'Université de Saint-Denis de La Réunion, sous la direction de X. Philippe, pp. 14-32.

¹²⁰⁴ Voir C. Santulli, « Qu'est-ce qu'une juridiction internationale ? », *A.F.D.I.* XLVI, 2000, pp. 77-79.

¹²⁰⁵ J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 3^{ème} éd. 1999, p. 319.

système mémorandaire est de dire le droit, c'est-à-dire de faire connaître le droit applicable au conflit soumis aux organes juridictionnels¹²⁰⁶. Cette action doit être fixée dans son principe par le texte – ou ne pas être proscrite – et opérée effectivement par les instances de règlement.

L'identification de la juridictionnalité fonctionnelle nécessite une démarche à double détente. En effet, l'action de dire le droit est plus précisément l'action de faire connaître le droit applicable au conflit ainsi tranché. Le « **faire connaître** » a une portée qui dépasse le règlement du conflit de l'espèce. Faire connaître le droit, c'est le révéler et consacrer sa suprématie¹²⁰⁷. Aussi la constatation d'un *dictio* ne peut-elle suffire à caractériser une fonction juridictionnelle car ce *dictio* ne sera plein que si ses effets sont réels. L'identification des effets du *dictio* montrera que ce dernier est entier puisque sa portée ne sera pas atténuée. L'établissement d'une juridictionnalité fonctionnelle doit donc passer non seulement par la reconnaissance d'un *juris dictio* effectif mais également par la garantie de l'efficacité de cette action. Ce dernier point est d'autant plus nécessaire que la portée pleine du *dictio* est menacée par les souverainetés étatiques et que le *dictio* est, finalement, bien fragile quand il s'insère dans les relations interétatiques.

Cette identification double est malaisée quand elle est recherchée dans le système mémorandaire. Le Mémoire, en pratiquant l'euphémisme, augmente sa complexité déjà avérée par la démarche pragmatique qu'il adopte. Il préfère, par exemple, parler de différend plutôt que de litige, de telle sorte qu'il n'est pas certain que le « **règlement des différends** »¹²⁰⁸ qu'il organise soit équivalent à la résolution de litiges par le prononcé du droit qui leur est applicable. Cette démarche euphémique est moins caractéristique d'un pragmatisme de rédaction que d'une volonté délibérée de ne pas effaroucher les Etats Membres de l'OMC par l'imposition d'un système clairement juridictionnel donc d'une autorité explicitement prédominante par rapport aux souverainetés étatiques puisqu'elle juge le comportement des Etats. Aussi, la recherche d'un *juris dictio* doit-elle passer par l'évaluation de la permissivité du texte et, surtout, par la mesure de l'effectivité de cette action en pratique.

Et cette démarche double est difficile car la permissivité et l'effectivité seront atténuées, voire dissimulées par ce souci euphémique, et ce à un point tel qu'il n'est même pas certain qu'un *juris dictio* de l'action du système mémorandaire puisse être raisonnablement établi. En effet, l'euphémisme ne peut être considéré comme tel qu'à la condition qu'il soit une atténuation d'une vérité choquante, à savoir, en l'espèce, l'effectivité d'une fonction juridictionnelle dérangeant les Etats Membres dans leur souveraineté étatique. Il n'est que la conséquence d'une juridictionnalité fonctionnelle implicitement reconnue et assurée ; il pourrait ne plus être euphémisme mais signe éloquent de l'inexistence d'une fonction juridictionnelle. Qualifiée d'euphémique dans la perspective de la démonstration de la juridictionnalité mémorandaire, la démarche du

¹²⁰⁶ Voir sur ce point l'Introduction.

¹²⁰⁷ *Ibid.*

¹²⁰⁸ Intitulé du Mémoire.

Mémorandum est, bien plus, confuse sur le point de savoir si une fonction juridictionnelle peut émerger et, en définitive, devenir prédominante et pérenne du fait de sa propre désinhibition. Pour être identifiée, la fonction juridictionnelle doit passer outre cet euphémisme : elle doit lutter contre ses complexes de « *supra-étatisme* » et sortir de l'enfermement, visible à travers l'euphémisme, dans lequel les souverainetés étatiques la maintiennent, et doit le faire de façon durable.

En réalité, les circonstances mémorandaires accroissent davantage la fragilité, déjà constatée, du *juris dictio*. Elles rendent encore plus nécessaire la démarche double de l'identification d'une fonction juridictionnelle, démarche qui consiste à rechercher non seulement un *juris dictio* mais également la garantie de sa portée. L'euphémisme peut être une conséquence de l'effectivité de cette fonction comme il peut être le signe de son absence. Il signifie que le Mémorandum répugne par principe à garantir explicitement la fonction juridictionnelle du système qu'il organise. La désinhibition de cette fonction ne peut être opérée par les instances de règlement que si le texte ne l'interdit pas et si les protagonistes – instances et Membres – ne remettent pas en cause l'affirmation de cette juridictionnalité fonctionnelle. La fragilité du *juris dictio* étant patente, la fonction juridictionnelle appliquée au système mémorandaire ne peut se résumer à la constatation d'un *juris dictio* possiblement énoncé par le système, voire effectivement formulé. Elle doit également être renforcée par l'observation des effets de ce *dictio* particulier. La désinhibition avérée de la fonction juridictionnelle ne peut donc être établie qu'à la double condition qu'un *juris dictio* effectif soit affirmé (Titre Premier) et que son efficacité soit garantie (Titre II).

TITRE PREMIER : L'épanouissement du *juris dictio*

L'effectivité d'un *juris dictio*, prononcé par la structure juridictionnelle mémorandaire émancipée de la complexité pragmatique du Mémorandum, est indispensable à la qualification juridictionnelle du système mémorandaire. Cette structure doit avoir une fonction juridictionnelle qui est de faire connaître le droit applicable au différend qu'elle tranche. Or, le Mémorandum n'admet pas explicitement une telle fonction. Il peut même être soupçonné de la dissimuler afin de ne pas froisser les souverainetés étatiques qui se trouveraient menacées par l'affirmation trop soudaine et trop forte d'une autorité juridictionnelle. Aussi la fonction mémorandaire ne peut-elle constituer une fonction juridictionnelle que si le texte permet sa désinhibition et si la pratique la développe. Un tel épanouissement du *juris dictio* doit donc être identifié par la constatation double d'un texte permissif et d'une pratique extensive. Plus précisément, l'identification d'un *juris dictio* sera établie par l'observation du comportement de la structure mémorandaire. Celle-ci doit, pour que sa juridictionnalité fonctionnelle soit reconnue, trancher le différend en fonction du droit applicable. Aussi l'épanouissement du *dictio* doit-il s'opérer dans sa dimension spatiale : l'acteur juridictionnel mémorandaire doit prendre toute la mesure de sa fonction et adopter une démarche équilibrée quand il dit le droit ; en particulier, il doit se contenter de dire le droit, sans concurrencer ce travail juridique par une approche trop pragmatique du règlement, et il ne doit pas hésiter à dire tout le droit nécessaire au

règlement du différend qui lui est soumis.

En outre, la définition particulière du *dictio* rend son identification complexe. En effet, la fonction juridictionnelle consiste à « **faire connaître** » le droit applicable, ce qui confère à cette fonction une portée significative qui ne se limite pas au règlement du différend de l'espèce. L'action du *dictio* a une double conséquence : la première, et la plus évidente, est l'action de trancher le différend particulier soumis à l'examen du juge ; la seconde, induite, est de faire vivre le droit applicable et de participer à son évolution. Aussi l'épanouissement du *juris dictio* n'est-il pas seulement spatial ; il est également temporel dans le sens où sa portée dépasse le seul différend qui lui est soumis. Par conséquent, cet épanouissement ne sera avéré qu'à la condition que ce *juris dictio* atteigne sa plénitude, donc que sa diffusion spatiale (Chapitre I) s'accompagne de sa diffusion temporelle (Chapitre II).

Chapitre I : La diffusion spatiale du *juris dictio*

La fonction juridictionnelle du système mémorandaire ne peut être établie sans que soit constatée la production d'un *juris dictio*. Il n'est pas difficile d'observer, dans les décisions que les instances mémorandaires élaborent, la prise en considération de normes juridiques fondant le raisonnement et les conclusions que lesdites instances formulent pour trancher le différend qui leur est soumis. Ainsi, il est *a priori* aisé d'établir cette fonction juridictionnelle en remarquant que la démarche suivie par ces instances consiste à utiliser le droit pour en tirer le règlement du différend. Cependant, cette analyse succincte prête le flanc à la critique qui observera que la confusion du Mémorandum ne permet pas de conclure aussi rapidement à la centralité et à la pérennité d'une telle démarche juridictionnelle, ou encore que ce *dictio* est bien trop étriqué.

Deux doutes majeurs peuvent relativiser la pertinence et la rigueur de la reconnaissance immédiate, et surtout durable, d'un *juris dictio*. D'une part, le Mémorandum n'institue pas explicitement des juges ayant la capacité technique de dire le droit. La compétence des organes et de leurs agents dans le traitement de questions juridiques n'est ni évidente ni constante, mais semble variable en fonction de l'instance considérée. D'autre part, le *dictio* du seul droit de l'OMC peut paraître insuffisant pour attribuer sans équivoque la qualification de juridiction internationale au système mémorandaire. Certes, sur ce dernier point, une juridiction s'insère dans un ordre juridique déterminé et il est difficile de lui reprocher de ne pas déborder sur d'autres dispositifs normatifs qui, par ailleurs, prévoient leur propre mécanisme juridictionnel. Mais la juridictionnalité mémorandaire paraît dissimulée, voire non-désirée ; son instauration est implicite et précaire, sa reconnaissance fragile et, *a priori*, peu convaincante. Aussi doit-elle être affirmée et positionnée, dans la pratique comme dans l'analyse, par rapport au droit international général.

Pour être avérée, la diffusion spatiale du *juris dictio* consiste pour l'acteur juridictionnel à prendre toute la mesure de sa fonction. Cet acteur doit en avoir la capacité technique et ne doit pas hésiter à accomplir pleinement son *juris dictio* en lui donnant toute sa mesure. Il convaincra ainsi de la validité et de la pérennité de ce *dictio* et fondera de la sorte la juridictionnalité de la fonction mémorandaire. Par conséquent, deux indices

majeurs doivent être évalués afin d'attester cette dernière juridictionnalité. Le premier est celui de la prédominance de l'expertise juridique des instances mémorandaires (Section 1) et le second est celui du décloisonnement du droit applicable (Section 2).

Section 1 : La suprématie de l'expertise juridique

Dire le droit implique formellement un organe et une procédure. Le premier aura une identité particulière et la seconde se constituera de mécanismes spécifiques, ce caractère distinctif double constituant l'assise stable et efficace sur laquelle le droit peut être dit et à laquelle le qualificatif juridictionnel pourra, à ce titre, être attribué. Si le système mémorandaire apparaît bien du double point de vue organique et procédural comme un système juridictionnel, par référence aux critères communs d'une juridiction, encore doit-il dire le droit. L'approche formelle ne caractérise pas, à elle seule, la juridictionnalité du système, mais la fonde et la garantit. Cette juridictionnalité ne peut être avérée que par la reconnaissance d'un élément fondamental d'essence matérielle qui est l'objectif de l'organe et de la procédure : répondre aux questions posées par le différend en confrontant le cas d'espèce à des normes juridiques pour en déduire le droit applicable ou, mieux dit, « **trouver le droit (...) ou dire le droit (...)** » par « **la constatation de la norme générale à appliquer au cas concret** »¹²⁰⁹.

Le Mémoire, par son article 3 : 4, énonce cet objectif particulier qui est de dire le droit : « **régler [la question] de manière satisfaisante conformément aux droits et obligations résultant du présent Mémoire d'accord et des accords visés** ». Confirmation est donnée par l'article 3 : 7 qui dispose que « **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** ». Ni l'article 3 : 5 – compatibilité des solutions définies avec les accords – ni l'article 26 – situations de non-violation – ne remettent en cause cet objectif de nature juridictionnelle¹²¹⁰. Il reste que ce dernier ne peut se contenter d'être textuel. Afin de contribuer à la caractérisation juridictionnelle du système mémorandaire, il doit être atteint.

L'objectif étant de « **dire le droit** » par « **la constatation de la norme générale à appliquer au cas concret** », dire le droit implique matériellement une problématisation et une capacité. D'une part, la problématisation consiste à traduire le différend en questions relatives à l'application de normes au cas d'espèce. De la sorte, l'instance de règlement examinera le différend qui lui est soumis selon une grille de lecture juridique afin de confronter norme juridique et réalité de l'espèce et d'en tirer des conclusions relatives au règlement du différend. Cette problématisation permet à l'instance de règlement de se prononcer sur les normes juridiques applicables au cas d'espèce et, ainsi, d'énoncer les

¹²⁰⁹ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Editions Dalloz, Inst. Kelsen, 1962, L.G.D.J., E.J.A., 1999, Paris, et Editions Bruylant, 1999, Belgique ; traduction française de la deuxième édition par C. Eisenmann ; p. 238.

¹²¹⁰ Voir pour étude détaillée H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends au sein de l'OMC : naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit », in C. Leben, E. Loquin, M. Salem (A l'initiative de), *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec-CREDIMI, 2000, pp. 309-310.

problèmes posés et, par voie de conséquence, leur résolution ou au contraire de légitimer une pratique objet du différend en constatant une conformité de la pratique au droit applicable. D'autre part, la capacité découle de la problématisation dans le sens que le travail de confrontation entre norme juridique et cas d'espèce et de traitement des questions juridiques posées nécessite de la part de l'instance des compétences techniques particulières.

Dire le droit implique par conséquent la manipulation du droit par des entités compétentes dans la technique juridique. L'expertise juridique est centrale dans la définition matérielle d'une juridiction et la qualification juridictionnelle attribuée au système mémorandaire doit nécessairement passer par la reconnaissance de cette expertise. Cette dernière se fonde sur une problématisation juridique du différend et se réalise par des acteurs à la compétence technique particulière. Problématisation et capacité doivent donc être recherchés dans le fonctionnement du système mémorandaire dans la mesure où ils sont indispensables au *juris dictio*, action évidemment caractéristique d'un mécanisme juridictionnel, et joueront ainsi un rôle déterminant dans la caractérisation du système mémorandaire. Plus concrètement, la problématisation se traduit par la question de l'étendue et du contenu de la compétence des instances de règlement mémorandaires ; et la capacité est relative au degré de technicité juridique des participants mémorandaires extérieurs aux parties.

En premier lieu, la problématisation du différend apparaît par le seul examen de la forme des actes émis par les instances de règlement mémorandaires. Ces actes énoncent dans leur partie descriptive les demandes des parties ainsi que leurs arguments respectifs qui sont classés non seulement par auteurs mais également par question posée relativement à une norme juridique. En outre, la structure formelle des motifs de ces actes révèle une démarche particulière de l'instance¹²¹¹ : dans ses constatations, le groupe spécial traite successivement des nombreuses questions relatives à l'application de normes au différend ; de même, l'Organe d'appel formule des réponses aux **« questions soulevées dans le cadre du présent appel »**¹²¹². Cependant, si cette problématisation apparaît à la lecture des décisions des instances mémorandaires, sa juridicité doit être précisée. Cette dernière dépend de la source à la fois formelle et matérielle de cette problématisation.

La source formelle est restreinte. De même que les instances mémorandaires ne peuvent s'auto-saisir¹²¹³, celles-ci ne peuvent déterminer elles-mêmes quelles sont les questions juridiques que le différend pose et quelles sont les dispositions textuelles concernées par ce différend. Cette éviction des instances quant à la problématisation du différend est d'abord évidente au sein de la phase des consultations ; cette dernière se déroulant sans l'intervention d'instances de règlement – hors l'ORD qui n'a qu'un rôle

¹²¹¹ Se reporter au sommaire de chaque rapport de groupe spécial et de section d'appel. Ces sommaires énoncent de manière non-équivoque les différents points relatifs aux arguments des parties et tierces parties et aux motifs des instances de règlement. Ces points sont autant de questions juridiques puisque relatives à des dispositions de différents accords de l'OMC.

¹²¹² Tous les rapports de l'Organe d'appel font précéder les constatations et conclusions d'une longue partie ayant cet intitulé et répondant point par point aux questions posées par le différend soumis. Voir sur ce point la précédente Section.

administratif – la problématisation ne peut leur incomber. Ensuite, l'éviction du groupe spécial découle de l'organisation d'un mécanisme de mandat formellement fixé automatiquement par principe et en pratique ¹²¹⁴ ; plus exactement, le Mémorandum confie la fixation exacte du mandat aux parties en prévoyant le mandat type suivant « **"Examiner, à la lumière des dispositions pertinentes de (nom de l'(des) accord(s) visé(s) cité(s) par les parties au différend), la question portée devant l'ORD par (nom de la partie) dans le document ...; faire des 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)." »** ¹²¹⁵. En réalité, la fixation du mandat incombe à la partie plaignante mais le Mémorandum est confus sur ce point. En effet, il traite de « **l'(des) accord(s) visé(s) cité(s) par les parties au différend** », ce qui sous-entend que les parties interviennent toutes deux dans la fixation du mandat mais, paradoxalement, « **le document** » en question est toujours la demande d'établissement du groupe spécial qui est rédigée par le plaignant seul ¹²¹⁶. Enfin, l'éviction de l'Organe d'appel dans la problématisation du différend provient du mandat confié à l'appelant : l'Organe d'appel sera saisi des questions formulées par l'appelant dans sa notification d'appel ; cette dernière comprend en effet « **un bref exposé de la nature de l'appel, y compris les allégations d'erreurs dans les questions de droit couvertes par le rapport du groupe spécial et les interprétations du droit données par celui-ci** » ¹²¹⁷. Ainsi, le mécanisme du mandat donné par une partie aux instances de règlement permet à cette partie d'être titulaire de la problématisation juridique du différend.

La source matérielle doit être rigoureusement encadrée. En effet, la restriction de la

¹²¹³ C'est l'attraction obligatoire d'une partie par une autre qui caractérise la saisine des organes de règlement du système mémorandaire. Bien entendu, cette attraction n'empêcherait pas, en théorie, une auto-saisine, si ce n'est que le Mémorandum rend cette dernière impossible : les consultations sont bilatérales ; le groupe spécial a pour origine la demande d'établissement adressée par le plaignant et il est constitué en principe par les parties et une fois le différend né et actuel ; l'Organe d'appel traite moins le différend que le contenu juridique du rapport du groupe spécial, à la demande de l'appelant.

¹²¹⁴ L'article 7 : 1 prévoit que « *les groupes spéciaux auront le mandat (...) [type], à moins que les parties au différend n'en conviennent autrement dans un délai de 20 jours à compter de l'établissement du groupe spécial* » et, en pratique, c'est ce mandat type qui est, sauf exceptions rares, appliqué, comme la Section précédente l'établit.

¹²¹⁵ Article 7 : 1.

¹²¹⁶ En pratique, le « *document* » qui sert de fondement au mandat est toujours la demande d'établissement du groupe spécial. L'Organe d'appel dans son Rapport WT/DS27/AB/R, paragraphe 145, a pu affirmer que le mandat du groupe spécial est régi par l'article 7. Cette conclusion est reprise dans le Rapport WT/DS50/AB/R, p. 37. Plus clairement, selon le groupe spécial de l'affaire DS213, « *l'article 7 indique clairement que le mandat des groupes spéciaux figure dans la demande d'établissement d'un groupe spécial* » (WT/DS213/R, paragraphe 8.5). Voir dans le même sens le Rapport du groupe spécial WT/DS27/R/ECU, paragraphe 7.26 qui renvoie au Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS22/AB/R, point VI. Cette ambiguïté provient du souci constant du Mémorandum de présenter le système de règlement qu'il organise comme un palliatif d'une solution mutuellement convenue entre les parties « *nettement préférable* », selon l'article 3 : 7.

¹²¹⁷ Procédures de travail pour l'examen en appel, WT/AB/WP/7, règle 20 2).

source formelle de la problématisation confie cette dernière au plaignant et à l'appelant. Aussi risque-t-elle de ne pas favoriser la juridicité de cette problématisation si lesdits Membres préfèrent, aux questionnements juridiques consécutifs au différend, des interrogations plus pragmatiques sur des termes de négociations commerciales réglant le différend par sa mise à l'écart et non par sa résolution. Certes, la limitation du titulaire de la problématisation au seul plaignant ou appelant est de nature à rationaliser celle-ci, mais l'action de dire le droit ne supporte pas de se fonder sur des questionnements trop évasifs et peu axés sur une question juridique ou de se diluer dans de multiples réponses à de non moins multiples interrogations provenant de divers acteurs du règlement. L'action de dire le droit ne se consacre au contraire qu'au seul différend de l'espèce et, si la mise en place de mandats et l'absence d'auto-saisine postulent une soumission rationalisée des instances de règlement au plaignant – et dans une moindre mesure à la volonté commune des deux parties, la problématisation doit en sus bénéficier d'une rationalisation matérielle.

La juridicité de la problématisation est donc prévue par le Mémoire. Au stade des consultations, elle est effectivement confiée à la partie plaignante dont la demande de consultations **« sera déposée par écrit et motivée ; elle comprendra une indication des mesures en cause et du fondement juridique de la plainte »**¹²¹⁸. De même, la demande d'établissement du groupe spécial doit contenir **« un bref exposé du fondement juridique de la plainte, qui doit être suffisant pour énoncer clairement le problème »**¹²¹⁹, et les groupes spéciaux **« examineront les dispositions pertinentes de l'accord visé ou des accords visés cités par les parties au différend »**¹²²⁰ dans le mandat¹²²¹ ; plus clairement, la fonction du groupe spécial est de **« 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 »**¹²²². Enfin, l'appel étant **« limité aux questions de droit couvertes par le rapport du groupe spécial et aux interprétations du droit données par celui-ci »**¹²²³ et l'Organe d'appel devant examiner chacune de ces questions¹²²⁴, la juridicité de la problématisation confiée à l'appelant est indispensable à l'effectivité de la phase d'appel.

Pour autant, si une certaine juridicité est de la sorte textuellement prévue, encore

¹²¹⁸ Article 4 : 4.

¹²¹⁹ Article 6 : 2.

¹²²⁰ Article 7 : 2.

¹²²¹ Se reporter à l'article 7 : 2.

¹²²² Article 11 intitulé « fonction des groupes spéciaux ».

¹²²³ Article 17 : 6.

¹²²⁴ Voir sur ce point l'article 17 : 12.

doit-elle être assurée en pratique. Or, rien ne permet de garantir la juridicité de la demande de consultations : l'ORD se contente de recevoir la notification de cette demande et n'intervient pas sur son contenu ; le processus de consultations est bilatéral et les groupes spéciaux comme l'Organe d'appel ne se prononcent ni n'interviennent sur son fondement et sur son déroulement. Néanmoins, les consultations ont pour objectif maximal de parvenir au règlement du différend d'un commun accord entre les parties. Les parties formuleront donc une argumentation fondée sur le droit, le plaignant à l'appui de ses prétentions et le défendeur comme preuve du bien-fondé de son comportement objet du différend, afin que chacun puisse retirer de ces discussions un bénéfice personnel optimal.

Surtout, les consultations occupent une position particulière car elles constituent un prélude au recours à des instances tierces de règlement mémorandaire ; elles ont pour objectif minimal de mieux comprendre les positions respectives de chaque partie en vue du déroulement des phases ultérieures de la procédure mémorandaire. Les parties ne négligeront donc pas une approche juridique, qui pour montrer le bien-fondé de sa plainte, sa détermination à poursuivre la procédure mémorandaire et la menace réelle que constitue une saisine unilatérale du groupe spécial, qui pour justifier son comportement objet du litige et dissuader l'autre partie de recourir au groupe spécial. Ainsi, la juridicité de la phase du groupe spécial et de l'examen en appel, si elle est avérée, irradiera la phase de consultations du fait de leur positionnement et de leur fonction. Le caractère intégré du système mémorandaire provoque un nivellement matériel dans le sens d'une plus grande juridicité, de l'initiative même des parties.

La juridicité de la phase du groupe spécial est organisée par le Mémoire. L'étude du comportement des instances de règlement vient la garantir. D'abord, les groupes spéciaux sont juges de leur propre compétence. Ils n'hésitent pas à prendre en considération les allégations – nombreuses – de parties concernant l'article 6 : 2 du Mémoire qui prévoit le contenu de la demande d'établissement du groupe spécial et, partant, la portée de leur propre mandat¹²²⁵. Un groupe spécial justifie cette démarche en estimant que cette pratique était effective pour les groupes spéciaux du GATT de 1947 et que, **« vu la règle de prise de décision par consensus "inverse" applicable pour l'établissement de groupes spéciaux, l'ORD n'est probablement pas un organe en mesure de régler avec efficacité des différends sur la question de savoir si une demande d'établissement d'un groupe spécial répond aux prescriptions de l'article 6: 2 du Mémoire d'accord. Par conséquent, sur le plan pratique, seul le groupe spécial établi sur la base de la demande (et ensuite l'Organe d'appel) peut assumer cette fonction »**¹²²⁶. En effet, **« un groupe spécial a la responsabilité de déterminer sa compétence et (...) l'appréciation de la portée de son mandat est un élément essentiel de cette détermination »**¹²²⁷.

¹²²⁵ Le contenu du mandat est défini à l'article 7 par la formulation du mandat type. En pratique, ce contenu est formellement fixé par la demande d'établissement du groupe spécial formulée par le plaignant. Au 26 juin 2003, environ 1 rapport de groupe spécial sur 2 traite de questions relatives à la définition et/ou à l'étendue du mandat.

¹²²⁶ WT/DS27/R/ECU, paragraphe 7.26. Voir dans le même sens le Rapport WT/DS56/R, paragraphe 6.11.

Cette démarche des groupes spéciaux a été confirmée par l'Organe d'appel¹²²⁸. Elle n'est guère surprenante si l'on admet la juridiction comme grille de lecture du système mémorandaire, comme le reconnaît l'Organe d'appel quand il note « **qu'il existe une règle largement admise voulant qu'un tribunal international soit habilité à examiner de sa propre initiative la question de sa propre compétence et à établir qu'il a compétence pour une affaire qui lui est soumise** »¹²²⁹. Cette conclusion est particulièrement remarquable puisqu'elle crée un parallèle entre le groupe spécial et un « **tribunal international** » et avoue de la sorte la juridictionnalité de cette instance mémorandaire, du moins quant à l'action de juger de sa propre compétence. Elle est confirmée par l'Organe d'appel qui parle de « **bon exercice de la fonction judiciaire** » et qui affirme que « **les groupes spéciaux ne peuvent simplement faire abstraction de questions qui touchent au fondement de leur compétence – c'est-à-dire à leur pouvoir de traiter et de régler des questions. Les groupes spéciaux doivent plutôt traiter ces questions – si nécessaire de leur propre chef – afin de s'assurer eux-mêmes qu'ils sont habilités à connaître de l'affaire** »¹²³⁰.

Ensuite, « **l'importance fondamentale** » du mandat du groupe spécial est rappelée¹²³¹, explicitée par le fait que « **l'attribution de compétence à un groupe spécial est une condition préalable fondamentale à la licéité de la procédure de groupe spécial** »¹²³² et justifiée par deux raisons tenant au contenu du mandat : « **premièrement, il vise un objectif important qui est de garantir une procédure régulière : il donne aux parties et aux tierces parties des renseignements suffisants concernant les allégations en cause dans le différend pour leur permettre de répondre aux arguments du plaignant. Deuxièmement, il établit le domaine de compétence du groupe spécial en définissant les allégations précises en cause dans le différend** »¹²³³. Aussi l'Organe d'appel encourage-t-il les parties, « **compte tenu de l'importance de la demande d'établissement d'un groupe spécial, (...) à être précises lorsqu'elles indiquent le fondement juridique de la plainte** » et à dialoguer sur la précision des allégations¹²³⁴. De même, l'Organe d'appel admet que si « **une exception concernant**

¹²²⁷ Rapport du groupe spécial WT/DS58/RW, paragraphe 5.6.

¹²²⁸ Rapports WT/DS27/AB/R, p. 80, WT/DS136 et 162/AB/R, paragraphe 54. Voir pour une reprise par l'Organe d'appel de ces conclusions les rapports WT/DS122/AB/R, paragraphe 86, et WT/DS132/AB/RW, paragraphe 36.

¹²²⁹ Rapport WT/DS136 et 162/AB/R, paragraphe 54, note 30.

¹²³⁰ WT/DS132/AB/RW, paragraphe 36.

¹²³¹ Rapport de l'Organe d'appel WT/DS50/AB/R, p. 37. Voir dans le même sens le Rapport de l'Organe d'appel WT/DS22/AB/R, p. 23.

¹²³² WT/DS136 et 162/AB/R, paragraphe 54.

¹²³³ WT/DS22/AB/R, point VI, p. 27. Voir dans le même sens le Rapport du groupe spécial : WT/DS27/AB/R, p. 80. Les conclusions de ces deux rapports sont reprises par l'Organe d'appel dans son Rapport WT/DS122/AB/R, paragraphes 84 et 85.

*la compétence devrait être soulevée le plus tôt possible (...) "certaines questions de compétence peuvent être de nature telle qu'elles doivent être examinées par le Groupe spécial à n'importe quel moment" »*¹²³⁵, même si le groupe spécial ne statue pas sur cette question préliminaire avant les premières communications des parties¹²³⁶.

Puis les groupes spéciaux affirment ne tirer leur compétence que du mandat qui leur est attribué et qu'ils ne peuvent modifier unilatéralement¹²³⁷. Ce mandat ressort uniquement de la demande d'établissement du groupe spécial. Il n'est pas lié à la demande de consultations¹²³⁸ car le Mémoire n'exige pas **« une identité précise et exacte des mesures spécifiques qui ont fait l'objet des consultations et des mesures spécifiques indiquées dans la demande d'établissement d'un groupe spécial »**¹²³⁹. Il suffit que l'objet des consultations soit resté le même que celui de la demande d'établissement¹²⁴⁰, même si des mesures nationales nouvelles ont été adoptées après la demande de consultations¹²⁴¹. L'inadéquation de l'explication des griefs lors des consultations n'empêche pas une demande valable d'établissement du groupe spécial car **« il serait très difficile, voire impossible, à un plaignant de démontrer qu'il a été satisfait à une telle prescription si le défendeur décidait de prétendre n'avoir pas compris les griefs ; cela compromettrait le caractère automatique de l'établissement de groupes spéciaux prévus par le Mémoire d'accord »**¹²⁴². Seules les parties des dispositions précisément visées dans la demande d'établissement sont examinées par le groupe spécial et non la disposition dans son ensemble¹²⁴³.

En plus du principe posé d'une centralité du mandat, les groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont déterminé au fur et à mesure des différends qui leur étaient soumis le contenu obligé du mandat du groupe spécial à travers l'interprétation de l'article 6 : 2 du

¹²³⁴ WT/DS122/AB/R, paragraphe 97.

¹²³⁵ WT/DS162/AB/R, paragraphe 54. L'Organe d'appel cite le groupe spécial, paragraphe 5.17.

¹²³⁶ WT/DS70/R, paragraphes 9.15 et 9.33.

¹²³⁷ Voir pour exemple WT/DS56/R, paragraphe 6.11, WT/DS22/R, p. 100.

¹²³⁸ WT/DS76/R, paragraphe 8.4.

¹²³⁹ WT/DS46/AB/R, paragraphe 132. Voir dans le même sens les rapports WT/DS70/R, paragraphe 9.32 et WT/DS206/R, paragraphes 7.17 et 7.18.

¹²⁴⁰ WT/DS70/R, paragraphe 9.12. Ce Rapport se fonde sur le Rapport de l'Organe d'appel WT/DS50/AB/R, paragraphe 94.

¹²⁴¹ WT/DS46/AB/R, paragraphes 127-133.

¹²⁴² WT/DS27/R/ECU, paragraphe 7.20.

¹²⁴³ WT/DS87 et 110/R, paragraphe 7.12.

Mémoire. Le principe est constant : « **l'article 6: 2 du Mémoire d'accord exige qu'à la fois la "mesure en cause" et le "fondement juridique de la plainte" (ou les "allégations") soient indiqués dans une demande d'établissement d'un groupe spécial** »¹²⁴⁴. Ces deux éléments constituent la « *question portée devant l'ORD* » contenue dans le mandat type et fondement de ce mandat¹²⁴⁵. L'Organe d'appel a complété cet énoncé par la définition d'une « *mesure* » : elle peut être « **tout acte d'un Membre, qu'il soit ou non juridiquement contraignant, et elle peut même inclure des directives administratives non contraignantes émanant d'un gouvernement (...). Une mesure peut aussi être une omission ou une absence d'acte de la part d'un Membre** »¹²⁴⁶, et peut être « **non seulement d'application générale, c'est-à-dire des règles normatives, mais [peut] (...) aussi consister en l'application de droits par des autorités douanières** »¹²⁴⁷, mais elle ne saurait être une « **pratique [qui] n'est pas une mesure distincte qui peut indépendamment donner lieu à une violation des règles de l'OMC** »¹²⁴⁸.

De plus, « **pour indiquer "les mesures spécifiques en cause", il faut peut-être également indiquer les produits faisant l'objet des mesures en cause** » défini comme devant répondre « **aux objectifs des prescriptions** » de ces mesures¹²⁴⁹. Par ailleurs, l'Organe d'appel a beaucoup insisté sur la distinction qui doit être faite entre les « **allégations** » et les « **arguments** » des parties, définissant de la sorte les « **allégations** »¹²⁵⁰ et constatant que, si le groupe spécial est limité par les allégations du mandat, il n'est pas limité dans l'utilisation des arguments présentés et peut développer

¹²⁴⁴ WT/DS60/AB/R, paragraphe 69.

¹²⁴⁵ Énoncé à l'article 7: 1 du Mémoire. Cette définition de la « *question* » est donnée par l'Organe d'appel dans son Rapport WT/DS60/AB/R, paragraphes 72 et 73. Il faut noter que l'Organe d'appel n'est pas toujours clair sur la définition de cette « *question* » qui, parfois, est synonyme d'« *allégations* » (WT/DS22/AB/R, p. 27 ; voir dans le même sens le Rapport WT/DS161 et 169/AB/R, paragraphe 79). Néanmoins, cette définition est peu précise, de l'avis même de l'Organe d'appel qui préfère la définition double précédemment donnée. L'évolution de la définition des « *questions* » est explicitée dans le Rapport WT/DS60/AB/R, paragraphe 73. La définition donnée dans l'affaire DS60 est reprise par les groupes spéciaux, par exemple dans le Rapport WT/DS132/R, paragraphe 7.11.

¹²⁴⁶ WT/DS60/AB/R, paragraphe 69, note 47. Pour l'omission ou l'absence d'acte, ce Rapport renvoie aux rapports du groupe spécial et de l'Organe d'appel (WT/DS50/R et WT/DS50/AB/R), ainsi qu'au Rapport du groupe spécial WT/DS79/R.

¹²⁴⁷ WT/DS62, 67 et 68/AB/R, paragraphe 65.

¹²⁴⁸ Voir sur ce point le Rapport du groupe spécial WT/DS206/R qui fonde cette conclusion sur les rapports de l'Organe d'appel WT/DS60/AB/R, et WT/DS136 et 162/AB/R ainsi que sur le Rapport du groupe spécial WT/DS44/R.

¹²⁴⁹ WT/DS62, 67 et 68/AB/R, paragraphe 68.

¹²⁵⁰ Voir en particulier le Rapport de l'Organe d'appel WT/DS26 et 48/AB/R, pp. 76-77, dans lequel la section d'appel consacre de longs développements à cette question et renvoie au Rapport WT/DS50/AB/R, paragraphe 88 qui, lui renvoie au Rapport WT/DS27/AB/R, pp. 80-81, traitant de cette question.

sa propre argumentation juridique afin de respecter l'article 11 sur l'évaluation objective de la question ¹²⁵¹. De même, le contenu du fondement juridique de la plainte a été précisé : « **il peut y avoir des situations dans lesquelles la simple énumération des articles de l'accord ou des accords en cause suffit, compte tenu des circonstances entourant l'affaire, pour satisfaire au critère de clarté dans l'énoncé du fondement juridique de la plainte. Cependant, il peut aussi y avoir des situations dans lesquelles les circonstances sont telles que la simple énumération des articles du traité ne satisferait pas au critère énoncé à l'article 6: 2** » ¹²⁵² ; aussi faut-il se demander si « **le fait que la demande d'établissement du groupe spécial ne faisait qu'énumérer les dispositions prétendument violées a porté atteinte à la capacité du défendeur de se défendre, compte tenu du déroulement de la procédure du groupe spécial** » ¹²⁵³.

Ces considérations nombreuses liées à l'existence et au contenu du mandat des groupes spéciaux ont des répercussions sur le traitement concret des différends soumis à ces instances. Les groupes spéciaux rejettent la plupart du temps les demandes visant à écarter des allégations au motif qu'elles ne respecteraient pas les dispositions de l'article 6 : 2. Leurs justifications sont diverses : constat, après examen attentif, de la clarté de ces allégations ¹²⁵⁴ eu égard aux prescriptions minimales de l'article 6 : 2 tel qu'interprété par l'Organe d'appel ¹²⁵⁵ ; absence de « **raison impérieuse** » pour conclure qu'une mesure expressément indiquée dans la demande d'établissement ne relève pas du mandat ¹²⁵⁶ ; distinction entre allégations et arguments ¹²⁵⁷ ; respect de la capacité du défendeur à se défendre malgré des manques de précision du mandat ¹²⁵⁸ ; souci d'économie jurisprudentielle ¹²⁵⁹ ; absence de reprises d'allégations, contenues dans la demande,

¹²⁵¹ Voir sur ce point le Rapport WT/DS26 et 48/AB/R, p. 77.

¹²⁵² WT/DS98/AB/R, paragraphe 124.

¹²⁵³ *Ibid.*, paragraphe 127.

¹²⁵⁴ Voir sur ce point le Rapport WT/DS27/R/ECU, paragraphes 7.27 à 7.39.

¹²⁵⁵ Voir sur ce point les rapports WT/DS34/R, paragraphes 9.2 et 9.3, et WT/DS108/R, paragraphes 7.23 à 7.32. Ces rapports reprennent les interprétations formulées par l'Organe d'appel dans ses rapports WT/DS27/AB/R et WT/DS62, 67 et 68/AB/R.

¹²⁵⁶ Voir sur ce point le Rapport WT/DS126/RW, paragraphes 6.1 à 6.7.

¹²⁵⁷ Voir sur ce point les rapports WT/DS18/R, paragraphes 8.14 à 8.25, et WT/DS27/AB/R/ECU, p. 80.

¹²⁵⁸ Voir sur ce point les rapports WT/DS70/R, paragraphes 9.30 et 9.31, WT/DS122/R, paragraphes 7.23 à 7.25, WT/DS132/R, paragraphe 7.13, WT/DS141/R, paragraphes 6.18 à 6.29, WT/DS177 et 178/R, paragraphes 5.16 à 5.53, WT/DS222/R, paragraphes 7.43 à 7.44 et 7.50 à 7.55. Cette capacité à se défendre est un critère d'évaluation de la précision du mandat du groupe spécial comme l'affirme l'Organe d'appel dans son Rapport WT/DS98/AB/R, paragraphe 127, et comme il l'applique dans le Rapport WT/DS62, 67 et 68/AB/R, paragraphes 68-70.

¹²⁵⁹ Voir sur ce point le Rapport WT/DS156/R, paragraphe 8.16.

dans les communications ultérieures du plaignant ¹²⁶⁰ ; non-nécessité de précisions supplémentaires malgré le recours à une procédure accélérée ¹²⁶¹ ; imprécision des mesures en cause et des produits visés non reconnus ¹²⁶² ; formulation trop tardive dans la procédure d'une demande de rejet d'une allégation pour manque de précision ¹²⁶³ .

Cependant, les groupes spéciaux peuvent rejeter des allégations : en se limitant à leur mandat face à une mesure en cause absente du mandat ¹²⁶⁴ et non liée à une mesure y figurant ¹²⁶⁵ ou face à la volonté d'une partie d'élargir sa plainte à la fin des travaux du groupe spécial ¹²⁶⁶ ; en constatant que l'imprécision du mandat porte atteinte à la capacité du défendeur de se défendre ¹²⁶⁷ ; en constatant que le défendeur confond allégations et arguments alors même que cette distinction a été déjà posée par l'Organe d'appel ¹²⁶⁸ ; en observant qu'une mesure ne figure pas dans la demande d'établissement et n'est pas suffisamment liée à d'autres mesures qui y figurent ¹²⁶⁹ ; en concluant que les mesures hypothétiques, prises ou non dans l'avenir, n'entrent pas dans le cadre du mandat ¹²⁷⁰ ; en constatant une différence entre les allégations de la demande d'établissement et celles de la première communication du plaignant ¹²⁷¹ ; en affirmant

¹²⁶⁰ Voir sur ce point les rapports WT/DS108/R, paragraphes 7.33 à 7.34, et WT/DS103 et 113/R, paragraphe 7.7.

¹²⁶¹ Voir sur ce point le Rapport WT/DS70/R, paragraphe 9.29.

¹²⁶² Voir sur ce point le Rapport WT/DS62, 67 et 68/R, paragraphes 8.8 à 8.14. Ces constatations ont été précisées et confirmées par l'Organe d'appel, paragraphes 58 à 73. Voir également les rapports WT/DS75 et 84/R, paragraphes 10.12 à 10.16, et WT/DS222/R, paragraphes 7.37 à 7.42.

¹²⁶³ Voir sur ce point le Rapport WT/DS122/R, paragraphes 7.38 à 7.41.

¹²⁶⁴ Voir les rapports WT/DS8, 10 et 11/R, paragraphe 6.5, WT/DS62, 67 et 68/R paragraphe 8.18, WT/DS184/R, paragraphes 7.16 à 7.21, et WT/DS222/R, paragraphes 7.45 à 7.49.

¹²⁶⁵ Voir sur ce point le Rapport WT/DS18/R, paragraphe 8.26 à 8.28.

¹²⁶⁶ Voir sur ce point les rapports WT/DS26/R/USA, paragraphes 8.16 à 8.19, et WT/DS48/R/CAN, paragraphes 8.21 et 8.22.

¹²⁶⁷ Voir sur ce point le Rapport WT/DS122/R, paragraphes 7.29 à 7.31. Cette appréciation découle du Rapport de l'Organe d'appel WT/DS98/AB/R. Voir note paragraphe précédent.

¹²⁶⁸ Voir le Rapport de l'Organe d'appel WT/DS27/AB/R/ECU, p. 80. Cette constatation est formulée dans le Rapport du groupe spécial WT/DS122/R, paragraphes 7.43 à 7.46.

¹²⁶⁹ Voir le Rapport WT/DS213/R, paragraphes 8.5 à 8.12. Le groupe spécial se fonde sur les rapports de l'Organe d'appel des affaires DS27 et DS60, ainsi que sur le Rapport du groupe spécial WT/DS44/R. Voir également dans le même sens le Rapport WT/DS136/R, paragraphe 6.28.

¹²⁷⁰ Voir sur ce point le Rapport WT/DS56/R, paragraphe 7.34.

¹²⁷¹ Voir sur ce point le Rapport WT/DS211/R, paragraphes 7.22 à 7.32.

que « **celui qui ne mentionne même pas dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial l'article du traité dont il allègue qu'il y a eu violation ne formule pas d'allégation du tout** »¹²⁷² ; en observant qu'une allégation a été abandonnée avant la première réunion puis reprise après celle-ci¹²⁷³. Plus généralement, un groupe spécial a pu clairement affirmer posséder « **"la compétence de la compétence", c'est-à-dire qu'il est habilité à déterminer s'il peut examiner telle ou telle allégation, indépendamment des positions exprimées par les parties sur la question** »¹²⁷⁴.

En outre, les groupes spéciaux disposent d'une assez grande latitude dans l'interprétation de leur mandat : cette interprétation n'est pas niée par les « **dispositions pertinentes** » à la lumière desquelles il doit examiner la question selon le mandat type de l'article 7 : 2¹²⁷⁵ ; une mesure en cause modifiée ultérieurement à la demande d'établissement reste intégrée au mandat à partir du moment où elle « **reste essentiellement la même en substance** » sinon, « **les Membres pourraient toujours devancer une procédure de règlement des différends dans le cadre de l'OMC parce que dans une telle situation, le Membre plaignant s'attaquerait en fait à une "cible mobile" et les constatations d'un groupe spécial et de l'Organe d'appel pourraient déjà être dépassées par les événements lorsqu'elles seraient établies et adoptées par l'ORD** »¹²⁷⁶ ; des mesures non-formulées dans la demande d'établissement sont incluses dans le mandat à la condition qu'elles aient un lien étroit avec des mesures y figurant¹²⁷⁷ ; des mesures prises après la demande d'établissement sont incluses dans le mandat quand elles ne modifient que la forme juridique et non la substance de la mesure y figurant¹²⁷⁸ ; la définition des produits visés par la demande d'établissement est

¹²⁷² WT/DS141/R, paragraphe 6.15.

¹²⁷³ Voir sur ce point le Rapport WT/DS206/R, paragraphes 7.25 à 7.30.

¹²⁷⁴ WT/DS136/R, paragraphe 9.72.

¹²⁷⁵ WT/DS27/R/ECU, paragraphe 7.40.

¹²⁷⁶ WT/DS121/R, paragraphe 8.41. Le groupe spécial développe un long argumentaire sur ce point en ayant recours aux rapports des groupes spéciaux WT/DS27/R/ECU, WT/DS44/R et WT/DS18/R, aux rapports de l'Organe d'appel WT/DS18/AB/R, WT/DS22/AB/R, WT/DS60/AB/R, et WT/DS62, 67 et 68/AB/R, ainsi qu'à l'article 3 : 3 du Mémoire. Dans cet argumentaire, contenu dans les paragraphes 8.27 à 8.46, le groupe spécial prend bien soin de préciser : « *nous ne voulons pas dire par là qu'un élargissement du mandat d'un groupe spécial dans la première communication du plaignant, voire ultérieurement, pourrait être acceptable au titre de l'article 6: 2 du Mémoire d'accord. À l'évidence, une procédure régulière et la communication d'une information suffisante ne seraient pas assurées si une partie plaignante était libre d'ajouter à un stade ultérieur d'une procédure de groupe spécial de nouvelles mesures ou de nouvelles allégations à sa plainte initiale telle qu'elle était formulée dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial* » (paragraphe 8.45).

¹²⁷⁷ Voir les rapports WT/DS18/R, paragraphes 8.14 à 8.17, WT/DS27/R/ECU, paragraphe 7.27, WT/DS27/AB/R, paragraphe 140, WT/DS44/R, paragraphe 10.8, WT/DS18/AB/R, paragraphe 121 ; WT/DS121/R, paragraphes 8.23 à 8.46, et AB/R, paragraphes 71 à 75 ; WT/DS161 et 169/AB/R, paragraphes 76 à 89. Le même raisonnement a été appliqué par le premier groupe spécial (WT/DS18/R) aux paragraphes 8.18 et 8.19 mais il a été infirmé par l'Organe d'appel (WT/DS18/AB/R, paragraphes 97 à 105).

précisée par le groupe spécial¹²⁷⁹ ; un groupe spécial estime de son propre chef nécessaire de rappeler le contenu de son mandat¹²⁸⁰ et conclut à une diminution des allégations examinées, à des conditions d'examen de ces allégations ainsi qu'à une extension de l'examen d'une disposition à tout l'article¹²⁸¹ ; un groupe spécial met en place un échange de communications et de questions entre les protagonistes pour clarifier les allégations¹²⁸² ; des mesures qui ne sont plus en vigueur au moment de leur examen par le groupe spécial ne sont même pas écartées de l'examen¹²⁸³ car, soit leur suppression peut n'être que provisoire¹²⁸⁴, soit le groupe spécial préjugerait de l'examen des allégations du plaignant¹²⁸⁵.

De plus, dans le cadre de la convocation du groupe spécial initial au titre de l'article 21 : 5, le mandat est assez large puisque **« un groupe spécial de l'exécution établi au titre de l'article 21: 5 est potentiellement habilité à examiner la compatibilité d'une mesure prise pour se conformer à une recommandation ou à une décision de l'ORD à la lumière de n'importe quelle disposition de n'importe quel accord visé »**. **« La raison en est évidente: un plaignant, après avoir eu gain de cause dans un différend initial, ne devrait pas avoir à passer une nouvelle fois par toute la procédure prévue dans le Mémoire d'accord si le Membre concerné, en cherchant à se conformer aux recommandations de l'ORD au titre d'un accord visé, viole, involontairement ou non, ses obligations au titre d'autres dispositions d'accords visés »**¹²⁸⁶. En outre, **« un groupe spécial de l'exécution établi au titre de l'article 21: 5 ne saurait laisser au Membre concerné toute latitude pour décider si une mesure est ou non "prise pour se conformer". Autrement, le Membre concerné pourrait simplement éviter tout examen de certaines mesures par un groupe spécial de l'exécution, même s'il s'agissait de mesures 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**

¹²⁷⁸ Voir les rapports WT/DS56/R, paragraphes 8.40 à 8.46 ; WT/DS18/RW, paragraphe 7.10. Voir dans le même sens le Rapport du groupe spécial WT/DS165/R, paragraphes 6.9 à 6.11, qui reprend les conclusions du groupe spécial de l'affaire DS56.

¹²⁷⁹ Voir les rapports WT/DS18/R, paragraphes 8.20 et 8.21, et WT/DS18/RW, paragraphe 7.10.

¹²⁸⁰ Voir sur ce point le Rapport WT/DS221/R, paragraphes 6.1 à 6.5.

¹²⁸¹ Voir sur ce point le Rapport WT/DS90/R, paragraphes 5.14 à 5.20.

¹²⁸² Voir sur ce point le Rapport WT/DS146 et 175/R, paragraphes 7.5 à 7.14.

¹²⁸³ Voir le Rapport WT/DS146 et 175/R, paragraphes 7.17 à 7.30. Voir également les rapports cités par le groupe spécial WT/DS207/R, paragraphe 7.6, note 567, dont WT/DS54, 55, 59 et 64/R, paragraphe 14.9, et WT/DS56/AB/R.

¹²⁸⁴ Voir les rapports WT/DS2 et 4/R, paragraphe 6.19 ; WT/DS33/R et AB/R, WT/DS56/R, paragraphes 6.12 à 6.15.

¹²⁸⁵ WT/DS207/R, paragraphe 7.7.

¹²⁸⁶ WT/DS18/RW, paragraphe 7.10. Voir dans le même sens le Rapport WT/DS27/RW/ECU, paragraphes 6.3 à 6.12 qui formule des conclusions équivalentes auxquelles Le groupe spécial de l'exécution de l'affaire DS18 déclare souscrire.

tout observateur impartial les considérerait comme des mesures "prises pour se conformer" »¹²⁸⁷. En effet, les groupes spéciaux doivent considérer que ***« une procédure au titre de l'article 21: 5 n'intéresse pas, en principe, la mesure initiale, mais plutôt une nouvelle mesure différente dont le groupe spécial initial n'était pas saisi. (...) Il est donc naturel que les allégations, arguments et éléments de fait qui sont pertinents en ce qui concerne la "mesure prise pour se conformer" ne soient pas nécessairement les mêmes que ceux qui étaient pertinents dans le cadre du différend initial »***¹²⁸⁸. Il faut tout de même que les allégations aient été mentionnées dans la demande tendant à saisir le groupe spécial au titre de l'article 21 : 5¹²⁸⁹.

Néanmoins, l'Organe d'appel s'oppose souvent à la démarche adoptée par les groupes spéciaux et leur impose une plus grande rigueur dans l'évaluation de la précision de leur mandat. Ainsi, l'Organe d'appel a pu reprocher au groupe spécial d'avoir considéré qu'une enquête antidumping complète un mandat jugé trop imprécis¹²⁹⁰ ou que les premières communications remédient aux incertitudes de la demande d'établissement¹²⁹¹, de s'être contenté de la constatation de la simple énumération d'un accord prétendument violé pour conclure au respect de l'article 6 : 2¹²⁹², d'avoir examiné une allégation qui ne figurait pas dans le mandat et d'avoir accepté d'examiner toutes les allégations formulées avant la fin de la première réunion¹²⁹³. De manière plus générale, l'Organe d'appel formule à deux reprises le souhait de voir se mettre en place des procédures de travail types pour le groupe spécial lui permettant de statuer à titre préjudiciel¹²⁹⁴ et d'établir les faits pertinents au début de la procédure¹²⁹⁵.

Le mandat de l'Organe d'appel n'est pas, quant à lui, l'objet de nombreuses allégations étatiques sur sa teneur et, partant, sur la compétence de l'Organe d'appel. La juridicité du mandat de l'Organe d'appel est assurée par le Mémoire qui prévoit un appel *« limité aux questions de droit couvertes par le rapport du groupe spécial et aux interprétations du droit données par celui-ci »*¹²⁹⁶ et n'est pas démentie par la pratique. En

¹²⁸⁷ WT/DS18/RW, paragraphe 7.10.

¹²⁸⁸ WT/DS70/AB/RW, paragraphe 41. Cette conclusion fonde le raisonnement du groupe spécial de l'exécution de l'affaire DS58, paragraphes 5.6 à 5.11, et elle est confirmée par l'Organe d'appel dans son Rapport WT/DS58/AB/RW, paragraphes 83 à 110.

¹²⁸⁹ Voir le Rapport WT/DS18/RW, paragraphe 7.10. Cette précision est rappelée dans le Rapport WT/DS58/RW, paragraphe 5.9.

¹²⁹⁰ Voir sur ce point le Rapport WT/DS122/AB/R, paragraphes 94, 96 et 139

¹²⁹¹ Voir sur ce point le Rapport WT/DS27/AB/R, p. 81.

¹²⁹² Voir sur ce point le Rapport WT/DS98/AB/R, paragraphes 120 à 131.

¹²⁹³ Voir sur ce point le Rapport WT/DS50/AB/R, pp. 36-41.

¹²⁹⁴ Voir sur ce point le Rapport WT/DS27/AB/R, p. 81.

¹²⁹⁵ Voir sur ce point le Rapport WT/DS50/AB/R, p. 41.

outre, d'après ce texte, « *l'Organe d'appel pourra confirmer, modifier ou infirmer les constatations et les conclusions juridiques du groupe spécial* »¹²⁹⁷, ce qui affirme non seulement l'approche juridique de l'Organe d'appel mais également celle des groupes spéciaux. Seules deux questions soulevées par les parties sont à signaler dans l'ensemble des examens en appel effectués depuis 1995 : l'Organe d'appel a, d'une part, été amené à se prononcer sur la précision de la déclaration d'appel et, d'autre part, sur la définition du champ de l'examen en appel. Pour répondre à la première question, il a établi la distinction entre les allégations et les arguments pour conclure au principe d'un large droit d'appel¹²⁹⁸. Pour la seconde, il a établi que la question de la compatibilité d'un fait avec une disposition est une question de droit¹²⁹⁹. Dans ces deux cas, l'Organe d'appel a donc assuré la juridicité de son mandat en le définissant comme la formulation d'une question de droit.

La juridicité de la problématisation du différend lors de l'examen en appel est garantie par le Mémoire. Au stade des groupes spéciaux, elle est abordée par le Mémoire et garantie en pratique par les instances de règlement. Ces dernières assurent une centralité effective du mandat et assurent un contenu imposé qui est de nature juridique. Elles font du mandat la source exclusive de la compétence des groupes spéciaux et de la demande d'établissement la source exclusive du mandat. Elles imposent ainsi au mandat un contenu double – les « **mesures spécifiques en cause** » et le « **fondement juridique de la plainte** »¹³⁰⁰. Elles définissent ces deux composantes comme deux listes de normes juridiques, de nature intra-étatiques pour les premières et supra-étatiques pour les secondes.

Cette problématisation juridique, pour être effective, doit être traitée. Elle n'est que l'outil au service de l'instance de règlement. Pour que celle-ci puisse être qualifiée de juridictionnelle, encore faut-il qu'elle utilise cette problématisation pour « **dire** » le droit. Sa démarche sera de concevoir la problématisation comme une grille de lecture juridique selon laquelle le différend sera examiné. Le travail de l'instance sera alors, schématiquement, de confronter normes juridiques et réalité de l'espèce et d'en tirer des conclusions relatives au règlement du différend. Ainsi, la problématisation juridique est indispensable à une démarche juridictionnelle qui l'englobe. Dans ce cadre, la juridicité de la problématisation n'a d'existence qu'en ce qu'elle fonde la juridictionnalité de la démarche, à la condition que cette dernière soit bien la confrontation précédemment évoquée entre norme et espèce¹³⁰¹. Il suffit, pour identifier cette confrontation, d'examiner le Mémoire et son application.

Le Mémoire prévoit que le groupe spécial a pour fonction de « **procéder à une**

¹²⁹⁶ Article 17 : 6.

¹²⁹⁷ Article 17: 13.

¹²⁹⁸ Voir sur ce point le Rapport WT/DS58/AB/R, paragraphe 97.

¹²⁹⁹ Voir sur ce point le Rapport WT/DS176/AB/R, paragraphes 103 à 106.

¹³⁰⁰ Article 6: 2.

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 »¹³⁰². De plus, l'Organe d'appel énonce que la « **question** » se compose des mesures en cause et du fondement juridique de la plainte synonyme d'allégations¹³⁰³. Aussi le groupe spécial doit-il évaluer les faits et mesures en cause, les allégations des parties et l'applicabilité des dispositions visées par elles, et vérifier la conformité des faits à ces dispositions. Il est donc bien question pour le groupe spécial de mener une confrontation entre des faits et des normes juridiques, c'est-à-dire de mener un travail juridictionnel issu d'une problématisation juridique gérée par les parties.

De même, l'examen en appel consiste à examiner chacune des « **questions de droit couvertes par le rapport du groupe spécial** » et des « **interprétations du droit données par celui-ci** »¹³⁰⁴. Le Mémoire est avare de précisions sur la démarche des sections d'appel mais il ressort de ce texte que l'Organe d'appel a pour mission de répondre à des questions de droit issues du rapport du groupe spécial, donc de confronter le rapport du groupe spécial à des normes juridiques. Certes, l'Organe d'appel ne s'intéresse pas aux faits et mesures en cause mais aux argumentations et conclusions du groupe spécial, mais sa démarche de confrontation est comparable à celle du groupe spécial, de telle sorte que la fonction de ces deux instances de règlement apparaît comme étant de type juridictionnel.

Quant aux consultations, leur essence bilatérale ne parvient pas à brider totalement toute démarche juridictionnelle de confrontation. Bien qu'atténuée, cette confrontation est encouragée par le contenu de toute demande de consultations. Le Mémoire prévoit, en effet, que cette demande « **comprendra une indication des mesures en cause et du fondement juridique de la plainte** »¹³⁰⁵. Le texte incite donc les parties à considérer l'espèce et la norme, esquissant de la sorte une confrontation proche d'une nature juridictionnelle.

Ainsi, la problématisation de nature juridique s'accompagne d'une démarche de type juridictionnel contribuant de manière déterminante à caractériser une fonction

¹³⁰¹ En réalité, le raisonnement suivi par le juge est, en théorie, beaucoup plus complexe et mériterait de pertinents approfondissements. Cependant, ces derniers seraient ici hors de propos car ils éloigneraient la présente analyse de l'objectif fixé qui est la recherche d'une juridictionnalité fonctionnelle du système mémorandaire, pour la placer sur un plan théorique inutile en l'espèce. En effet, il suffit de se fonder sur la fonction synthétique du juge, qui est le règlement d'un différend par application du droit, pour initier une étude convenable du système considéré. Les critères théoriques de la démarche du juge peuvent être réductibles à la seule confrontation susmentionnée. Pour une étude complète du « *raisonnement juridictionnel* », se reporter à J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, op. cit., pp. 360-378.

¹³⁰² Article 11 intitulé « *fonction des groupes spéciaux* ».

¹³⁰³ Voir *supra*, même Section.

¹³⁰⁴ Article 17 : 6. Cette disposition doit être complétée par la lecture de l'article 17 : 12.

¹³⁰⁵ Article 4 : 4.

juridictionnelle. Bien entendu, les textes et les organes de l'OMC se gardent bien de caractériser de la sorte la fonction des instances de règlement, les premiers parce qu'ils sont le fruit d'un compromis entre les Etats créateurs de l'OMC qui se seraient effarouchés à prévoir explicitement une telle fonction, les seconds parce qu'ils sont institués par les textes fondateurs de l'OMC et y sont liés. Néanmoins, cette abstention généralisée n'est pas toujours partagée par les Membres et par les instances de règlement qui trahissent parfois la constatation explicite d'une juridictionnalité. C'est ainsi que les Membres admettent expressément dans leurs déclarations le caractère judiciaire du système mémorandaire, par exemple en le qualifiant de « **processus judiciaire** »¹³⁰⁶, en distinguant « **entre les organes judiciaires et politiques de l'OMC** »¹³⁰⁷, en constatant l'établissement d'un « **système judiciaire ou tout au moins quasi-judiciaire** »¹³⁰⁸, en qualifiant le groupe spécial d' « **organe judiciaire de l'OMC** »¹³⁰⁹, ou encore en traitant des « **procédures judiciaires de l'OMC** »¹³¹⁰, au point que l'Organe d'appel, qualifié d' « **instance judiciaire** », voire d' « **autorité judiciaire suprême de l'OMC** »¹³¹¹ a pu être accusé d' « **activisme judiciaire** »¹³¹². De même, les Membres admettent que l'Organe d'appel formule des « **dispositions juridictionnelles** »¹³¹³, fondent une allégation sur le fonctionnement du groupe spécial en le comparant à une « **juridiction**

¹³⁰⁶ Voir pour exemple la déclaration de l'Inde lors de la réunion de l'ORD des 22 et 24 septembre 1999 (WT/DSB/M/68, p. 25).

¹³⁰⁷ Voir pour exemples les déclarations de l'Inde, du Sri Lanka et de l'Indonésie retranscrites dans le Compte-rendu de la réunion de l'ORD des 22 et 24 septembre 1999, WT/DSB/M/68, pp. 16, 21, 25-27, et dans le Compte rendu du 19 novembre 1999, WT/DS/M/71, p. 22. Voir dans le même sens : la déclaration de l'Inde, Compte-rendu de la réunion de l'ORD du 14 octobre 1999, WT/DSB/M/69, p. 4 ; la déclaration de la Suisse, WT/DSB/M/96, paragraphe 31, l'argumentation du Canada dans le Rapport de l'Organe d'appel WT/DS70/AB/R, paragraphe 79.

¹³⁰⁸ Déclaration des Philippines, Compte-rendu de la réunion de l'ORD du 20 mars 1997, WT/DSB/M/30, p. 10. Voir dans le même sens la déclaration du Brésil, Compte-rendu de la réunion de l'ORD du 12 décembre 2000, WT/DSB/M/94, paragraphe 93, et l'argumentation des Communautés européennes dans le Rapport de l'Organe d'appel WT/DS62, 67 et 68/AB/R, paragraphe 10.

¹³⁰⁹ Déclaration de l'Inde, Compte-rendu de la réunion de l'ORD du 5 avril 2002, WT/DSB/M/122, paragraphe 16. Voir dans le même sens : les Communautés européennes qui rapprochent les groupes spéciaux d'un « *appareil judiciaire* » dans leur argumentation reproduite dans le Rapport du groupe spécial WT/DS27/R/ECU, paragraphe 2.21 ; le Japon dans son argumentation retranscrite dans le Rapport de l'Organe d'appel WT/DS76/AB/R, paragraphe 17.

¹³¹⁰ Déclaration de l'Indonésie, Compte-rendu de la réunion de l'ORD des 27 octobre et 3 novembre 1999, WT/DSB/M/70, p. 26. Voir dans le même sens la déclaration du Brésil, Compte-rendu de la réunion de l'ORD du 1^{er} février 2001, WT/DSB/M/98, paragraphe 71, et l'argumentation développée par l'Indonésie reproduite dans le Rapport du groupe spécial WT/DS54, 55, 59 et 64/R, paragraphes 4.26 et 4.27.

¹³¹¹ Déclarations de la Thaïlande et de l'Inde, Compte-rendu de la réunion de l'ORD du 6 novembre 1998, WT/DSB/M/50, pp. 3 et 12.

¹³¹² Déclaration de Hong Kong, Chine, Compte-rendu de la réunion de l'ORD du 7 juin 2000, WT/DSB/M/83, paragraphe 15.

¹³¹³ Déclaration de l'Inde, Compte-rendu de la réunion de l'ORD des 22 et 24 septembre 1999, WT/DSB/M/68, p. 22.

internationale »¹³¹⁴, et considèrent le système mémorandaire comme étant « **de nature juridictionnelle** »¹³¹⁵.

Les instances de règlement, elles aussi, constatent parfois explicitement une juridictionnalité de leur fonction, même si, là encore, cette démarche reste peu employée. Le Président de l'ORD a pu déclarer que l'Organe d'appel était « **l'organe judiciaire de rang le plus élevé de l'OMC** »¹³¹⁶, incluant de la sorte les groupes spéciaux dans cette juridictionnalité – puisque leurs rapports peuvent être soumis à l'Organe d'appel – et excluant par voie de conséquence, l'ORD – puisque celui-ci adopte les rapports de l'Organe d'appel et devrait à ce titre lui être hiérarchiquement supérieur. A cet égard, répondant à un Membre qui avait déclaré que l'ORD était « **un organe semi-juridictionnel** », de « **nature quasi-juridictionnelle** »¹³¹⁷, le Président a déclaré que « **l'ORD était plus qu'un organe quasi-juridictionnel, puisqu'il détenait certaines fonctions spéciales du Conseil général. C'était à la fois un organe chargé de l'application des règles et un organe diplomatique. Le mot "pragmatique" rendait compte des deux voies ouvertes par le Mémorandum d'accord. A travers les consultations, celui-ci offrait la possibilité d'une solution négociée qui devait être compatible avec les accords visés. En l'absence d'accord sur une telle solution, il y avait encore la possibilité d'une voie de droit. Dans l'interprétation du Président, ce pragmatisme signifiait ces deux possibilités, bien distinctes, qui démontraient la souplesse du Mémorandum d'accord et de l'ORD** »¹³¹⁸.

De même, les groupes spéciaux parlent de leur « **vaste pouvoir judiciaire** »¹³¹⁹, traitent d'« **économie judiciaire** »¹³²⁰, disent appliquer des principes caractéristiques des « **juridictions internationales** »¹³²¹, se fondent sur l'article 3 : 2 du Mémorandum et sur la pratique de l'Organe d'appel pour affirmer qu'ils doivent définir leur démarche en s'appuyant sur celle des juridictions internationales¹³²², et énoncent clairement que, selon l'article 11, leur « **fonction est (...) de nature judiciaire** »¹³²³. Quant à l'Organe

¹³¹⁴ Argumentation des Etats-Unis reproduite dans le Rapport du groupe spécial WT/DS136/R, paragraphe 3.153.

¹³¹⁵ Argumentation des Communautés européennes dans le Rapport du groupe spécial WT/DS108/R, paragraphe 4.1381.

¹³¹⁶ Déclaration au cours de la réunion de l'ORD du 20 mars 2000, WT/DSB/M/77, paragraphe 74.

¹³¹⁷ Déclaration de la Corée au cours de la réunion de l'ORD du 16 octobre 1996, WT/DSB/M/24, p. 12.

¹³¹⁸ Déclaration du Président, *ibid.*, pp. 12-13.

¹³¹⁹ WT/DS122/R, paragraphe 7.50.

¹³²⁰ Voir pour exemple le Rapport du groupe spécial WT/DS135/R, paragraphe 8.98.

¹³²¹ WT/DS146 et 175/R, paragraphe 7.62.

¹³²² Voir le Rapport WT/DS136/R, paragraphe 6.40.

¹³²³ WT/DS152/R, paragraphe 7.12. Voir dans le même sens le Rapport WT/DS161 et 169/R, paragraphe 527.

d'appel, bien que plus prudent, il ne dément pas ces affirmations et insiste lui aussi parfois sur cette juridictionnalité en incitant les groupes spéciaux à se soucier du « **bon exercice de la fonction judiciaire** »¹³²⁴ et en organisant un système de preuve sur le modèle du « **système de règlement judiciaire** »¹³²⁵.

Cette action de dire le droit a pour fondement la problématisation juridique du différend et se concrétise par une démarche de confrontation entre norme juridique et cas d'espèce. Encore cette démarche doit-elle être objective. En effet, les instances de règlement, pour être qualifiées de juridictionnelles, doivent être organiquement indépendantes et impartiales. Cette nécessité organique n'est pas une fin mais une garantie de l'indépendance et de l'impartialité matérielles des instances de règlement, autrement dit une garantie d'objectivité. La juridictionnalité admet donc pour principe directeur l'objectivité des instances, principe que le Mémoire consacre pour le groupe spécial : ce dernier « **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** »¹³²⁶.

Rien n'est textuellement prévu quant à l'objectivité de la démarche de l'Organe d'appel. Cependant, l'articulation entre groupes spéciaux et Organe d'appel, telle qu'organisée par le Mémoire, induit non seulement une diminution du risque de subjectivité mais également une objectivité par ricochet. D'abord, la subjectivité est atténuée par la fonction particulière de l'Organe d'appel : celui-ci n'est pas directement confronté au comportement factuel des parties et cet éloignement diminue le risque de subjectivité ; en outre, sa focalisation sur l'aspect juridique à la même conséquence atténuante. Ensuite, l'objectivité peut n'être que sous-entendue quand il s'agit de confronter avec des normes juridiques les conclusions d'une instance, déjà soumise au principe d'objectivité, et ce d'autant plus que le prestige et la qualification particulière des membres de l'Organe d'appel confirment l'inutilité de la précision de ce principe. L'absence d'affirmation textuelle du principe d'objectivité n'élimine pas le principe mais signifie au contraire son évidence. Quant aux consultations, le principe d'objectivité ne saurait être consacré du fait de leur bilatéralisme. Néanmoins, la confrontation des subjectivités des deux parties, alliée à la continuation de cette phase dans un système de règlement privilégiant l'objectivité des instances, est de nature à encourager l'équilibre des subjectivités et la mise en valeur de discussions tendant vers l'objectivité.

Et l'étude de la pratique ne dément pas cette conclusion d'une centralité de l'objectivité comme principe directeur de la démarche suivie par les instances mémorandaires. Prévues à l'article 11, cette objectivité est consacrée par les groupes spéciaux. L'« **évaluation objective** » posée par cette disposition constitue le seul

¹³²⁴ WT/DS132/AB/RW, paragraphe 36.

¹³²⁵ Voir les rapports de l'Organe d'appel, souvent repris par les sections d'appel et les groupes spéciaux, WT/DS33/AB/R, pp. 15-16, et WT/DS26 et 48/AB/R, paragraphe 133.

¹³²⁶ Article 11 intitulé « *fonction des groupes spéciaux* ».

« **critère d'examen** » à l'intention des groupes spéciaux¹³²⁷. La seule exception à cette centralité de l'article 11 est constituée par l'Accord antidumping qui prévoit des critères d'examen précis dans son article 17 : 6¹³²⁸. Ainsi, les groupes spéciaux fondent très souvent leurs conclusions sur cet article 11¹³²⁹.

En outre, les instances de règlement délimitent cette évaluation objective de manière relativement claire. Cette démarche est nécessaire à double titre : les parties critiquent souvent le manque d'objectivité du groupe spécial et, partant, le non-respect de l'article 11 par ladite instance ; le critère d'objectivité, par sa nature même, est difficile à définir et à évaluer. Aussi les groupes spéciaux vont-ils appréhender de manière précise ce critère. L'évaluation objective consiste en une « **une évaluation des allégations et des faits de la cause** »¹³³⁰. Le groupe spécial ne peut pas limiter les faits et arguments à ceux qu'une partie a présentés¹³³¹ et ne doit pas examiner des mesures indépendamment des circonstances¹³³². Il doit examiner non seulement la mesure mais aussi son interprétation par les juridictions et autorités nationales¹³³³, de même qu'il doit examiner l'incidence des faits intervenus pendant la procédure du groupe spécial¹³³⁴. Un autre exemple peut être donné de cette appréhension rigoureuse du critère d'objectivité : l'objectivité ne peut pas consister pour le groupe spécial à « **s'en remettre totalement par principe aux constatations des autorités nationales** »¹³³⁵ qui ont mené une enquête en matière de sauvegarde¹³³⁶, mais elle ne doit pas pour autant se substituer à l'organisme d'enquête¹³³⁷ ; elle ne doit pas amener le groupe spécial à « **un examen de novo** »¹³³⁸ mais à voir

¹³²⁷ Voir le Rapport WT/DS24/R, paragraphes 7.8 à 7.10.

¹³²⁸ Voir sur ce point le Rapport WT/DS24/R, paragraphe 7.8. Voir pour un examen détaillé des rapports entre l'article 11 du Mémoire et l'article 17 : 6 de l'Accord antidumping le Rapport de l'Organe d'appel WT/DS184/AB/R, paragraphes 50 à 62. Ce Rapport ne conclut pas à des conflits entre ces deux dispositions.

¹³²⁹ Voir pour exemples les rapports : WT/DS103 et 113/RW, paragraphe 2.18, concernant la justification de procédures additionnelles de renseignements ; WT/DS121/R, paragraphe 7.9, et WT/DS166/R, paragraphe 8.4, concernant le refus de prise en compte des seules constatations des autorités nationales ; WT/DS126/R, paragraphe 9.33 concernant la recevabilité de renseignements, et paragraphe 9.57 concernant l'examen des faits concernant l'octroi ou le maintien d'une subvention contestée ; WT/DS135/AB/R, paragraphe 181, sur le choix par le groupe spécial des experts.

¹³³⁰ WT/DS121/R, paragraphe 7.10.

¹³³¹ Voir sur ce point le Rapport WT/DS126/R, paragraphe 9.25.

¹³³² Voir sur ce point le Rapport WT/DS146 et 175/R, paragraphe 7.51.

¹³³³ Voir les rapports WT/DS136/R, paragraphe 6.48, et WT/DS162/R, paragraphe 6.47.

¹³³⁴ Voir le Rapport WT/DS146 et 175/R, paragraphe 8.28.

¹³³⁵ WT/DS24/R, paragraphe 7.10. Voir dans le même sens les rapports WT/DS98/R, paragraphe 7.30.

¹³³⁶ Conformément à l'Accord sur les sauvegardes, articles 2 à 4, ou encore à l'Accord sur les textiles et les vêtements, article 6.

« si i) l'[autorité nationale] avait examiné tous les faits portés à sa connaissance (y compris ceux qui risquaient d'aller à l'encontre d'une détermination positive ...), si ii) [elle] avait suffisamment expliqué comment les faits dans leur ensemble étayaient sa détermination et si, par conséquent, iii) celle-ci cadrait avec les obligations internationales du [Membre concerné] »¹³³⁹. Pour résumer, « en ce qui concerne l'établissement des faits, les activités des groupes spéciaux à cette fin sont toujours subordonnées aux prescriptions de l'article 11 du *Mémorandum d'accord* : le critère applicable n'est ni l'examen de novo proprement dit, ni la "déférence totale", mais "l'évaluation objective des faits" »¹³⁴⁰.

De même, l'Organe d'appel définit les règles d'objectivité que le groupe spécial doit respecter. Il considère que « *dire qu'un groupe spécial n'a pas procédé à l'évaluation objective de la question dont il était saisi* » comme le prescrit l'article 11 du *Mémorandum d'accord* est une allégation très grave »¹³⁴¹ et que le groupe spécial « a manqué à ce devoir élémentaire s'il ignore ou fausse délibérément un fait ou un élément de preuve, si, en évaluant les faits dont il est saisi, il fait preuve d'une négligence flagrante équivalant à de la mauvaise foi" ou commet une "erreur fondamentale qui met en doute la bonne foi d'un groupe spécial", ou s'il "fait abstraction arbitrairement des preuves qui lui avaient été communiquées" ou s'il "les a manifestement faussées" »¹³⁴². Le groupe spécial, pour s'acquitter de sa tâche imposée par l'article 11, a « le pouvoir ample et étendu d'engager et de contrôler le processus par lequel il s'informe aussi bien des faits pertinents de la cause que des normes et principes juridiques applicables à ces faits »¹³⁴³ et il a « à l'évidence le pouvoir juridique et la possibilité de tirer des déductions des faits dont il était saisi », y compris du fait qu'une partie refuse de lui donner des renseignements qu'il avait demandés, car « le fait de tirer des déductions est un aspect intrinsèque et

¹³³⁷ WT/DS166/R, paragraphes 8.4 à 8.6.

¹³³⁸ WT/DS166/R, paragraphe 8.5. Voir également pour exemple le Rapport WT/DS121/R, paragraphe 8.124.

¹³³⁹ WT/DS121/R, paragraphe 7.11, citant le Rapport WT/DS24/R, paragraphe 7.13, et renvoyant dans le même sens au Rapport WT/DS33/R, paragraphe 7.52. Voir également les rapports WT/DS98/R, paragraphe 7.30, et WT/DS166/R, paragraphe 8.5.

¹³⁴⁰ WT/DS26 et 48/AB/R, p. 53.

¹³⁴¹ WT/DS69/AB/R, paragraphe 133. Cette conclusion renvoie au Rapport WT/DS26 et 48/AB/R, paragraphe 133, qui va dans le même sens quand il énonce que : « *alléguer qu'un groupe spécial a ignoré ou faussé les éléments de preuve qui lui ont été fournis revient à alléguer que le groupe spécial, dans une mesure plus ou moins grande, a refusé à la partie ayant fourni les éléments de preuve l'équité élémentaire, ou ce qui est connu dans nombre de systèmes juridiques comme les droits de la défense ou la justice naturelle* ». Par ailleurs, ces conclusions sont reprises par l'Organe d'appel dans ses rapports WT/DS75 et 84/AB/R, paragraphe 163, WT/DS18/AB/R, paragraphe 265. La première conclusion est reprise par le groupe spécial dans son Rapport WT/DS121/R, paragraphe 7.20.

¹³⁴² WT/DS121/R se référant et citant le Rapport de l'Organe d'appel WT/DS26 et 48/AB/R, paragraphes 133, 138, 139 et 145.

¹³⁴³ WT/DS58/AB/R, paragraphe 106.

inévitables de la tâche fondamentale d'un groupe spécial consistant à établir et à qualifier les faits qui constituent un différend »¹³⁴⁴. Le groupe spécial dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour établir les faits en examinant les éléments de preuve, apprécier leur crédibilité et leur importance, et les juger¹³⁴⁵. En vertu de l'article 11, le groupe spécial a « ***pour fonction de déterminer les faits de la cause et d'établir des constatations de fait. Pour s'acquitter de cette tâche, un groupe spécial a l'obligation d'examiner tous les éléments de preuve dont il est saisi, et pas seulement ceux qui sont présentés par l'une ou l'autre des parties, et d'évaluer la pertinence et la force probante de chacun d'entre eux*** »¹³⁴⁶. Par exemple, il ne se référera pas à toutes les déclarations faites par les experts consultés mais aura « ***une plus grande liberté d'appréciation quant aux déclarations auxquelles il était utile de faire référence expressément*** »¹³⁴⁷.

Cette fonction différencie le groupe spécial de l'Organe d'appel dont le rôle de juge du droit est fixé à l'article 17 : 6 du Mémoire¹³⁴⁸. Néanmoins, « ***la question de savoir si un groupe spécial a procédé ou non à une évaluation objective des faits dont il était saisi, comme le prescrit l'article 11 du Mémoire d'accord, est (...) une question de droit qui, si elle est soulevée correctement en appel, entre dans le champ de l'examen en appel*** »¹³⁴⁹. De la sorte, l'Organe d'appel examinera le non-respect de l'article 11 et le sanctionnera le cas échéant¹³⁵⁰. Il ne pourra le constater qu'à la condition que le groupe spécial ait « ***commis des erreurs fondamentales revenant à ne pas procéder à une évaluation objective de la question dont il était saisi*** »¹³⁵¹ et non pas une « ***simple erreur de jugement dans l'appréciation des éléments de preuve*** »¹³⁵². Il précise même que « ***pour évaluer l'appréciation des éléments de preuve faite par le groupe spécial, nous ne pouvons pas fonder une constatation d'incompatibilité au titre de l'article 11 simplement sur la conclusion***

¹³⁴⁴ WT/DS70/AB/R, paragraphes 198 et 203. Voir dans le même sens le Rapport WT/DS166/AB/R, paragraphes 170 à 176.

¹³⁴⁵ Voir sur ce point les rapports de l'Organe d'appel WT/DS26 et 48/AB/R, paragraphe 132, WT/DS75 et 84/AB/R, paragraphes 159 à 165, WT/DS135/AB/R, paragraphe 161. Se reporter également au Rapport WT/DS166/AB/R, paragraphe 151, qui, dans sa note 140, cite de nombreux rapports établissant ce pouvoir discrétionnaire.

¹³⁴⁶ WT/DS98/AB/R, paragraphe 137.

¹³⁴⁷ WT/DS26 et 48/AB/R, paragraphe 138.

¹³⁴⁸ Voir sur ce point le Rapport WT/DS166/AB/R, paragraphe 150.

¹³⁴⁹ WT/DS26 et 48/AB/R, paragraphe 132.

¹³⁵⁰ Voir pour exemple le Rapport WT/DS166/AB/R, paragraphe 163.

¹³⁵¹ WT/DS75 et 84/AB/R, paragraphe 164. Voir dans le même sens WT/DS76/AB/R, paragraphes 140 à 142. Dans ces deux rapports, l'Organe d'appel constate l'absence d'erreurs fondamentales et avale ainsi la démarche suivie par le groupe spécial.

¹³⁵² WT/DS26 et 48/AB/R, paragraphe 133.

que nous aurions pu aboutir à une constatation de fait différente de celle à laquelle le groupe spécial est arrivé. Nous devons plutôt avoir la conviction que le groupe spécial a outrepassé les limites du pouvoir discrétionnaire dont il dispose pour juger les faits, dans son appréciation des éléments de preuve. Comme il ressort clairement d'appels antérieurs, nous n'allons pas empiéter à la légère sur la prérogative du groupe spécial dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire »¹³⁵³. Aussi l'Organe d'appel examinera « **le degré de gravité requis pour qu'une allégation au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord puisse être retenue »**¹³⁵⁴. Cette position lui fait dire que « **même si un autre groupe spécial avait pu exercer de manière différente son pouvoir discrétionnaire, nous estimons que le Groupe spécial n'a pas ici fait un usage abusif de son pouvoir »**¹³⁵⁵; cette conclusion, bien que respectueuse de la marge de manœuvre du groupe spécial quant à l'aspect factuel du différend, trahit une volonté de l'Organe d'appel de critiquer la démarche du groupe spécial malgré le pouvoir discrétionnaire qu'il lui a accordé; et il lui arrivera à la marge de formuler des suggestions¹³⁵⁶.

Enfin, les groupes spéciaux et l'Organe d'appel appliquent volontiers le principe d'économie jurisprudentielle¹³⁵⁷ – appelé parfois principe d'économie judiciaire – et, ce faisant, ne traitent pas certaines allégations qui sont pourtant contenues dans le mandat qui leur est attribué¹³⁵⁸. Une ambiguïté apparaît : le vocabulaire employé renvoie explicitement à une qualification juridictionnelle du système mémorandaire, mais cette démarche implique le non-respect du mandat ainsi que du principe d'objectivité, deux critères pourtant déterminant d'une démarche juridictionnelle. Cette ambiguïté doit cependant être levée. Outre qu'il n'est pas rare que des juridictions nationales estiment ne pas avoir besoin d'examiner tel ou tel point sans pour autant que leur juridictionnalité soit

¹³⁵³ WT/DS166/AB/R, paragraphe 151. Cette conclusion est reprise dans le Rapport WT/DS135/AB/R, paragraphe 159.

¹³⁵⁴ WT/DS69/AB/R, paragraphe 134.

¹³⁵⁵ WT/DS56/AB/R, p. 38.

¹³⁵⁶ Voir pour exemple *ibid.*, p. 40.

¹³⁵⁷ Un groupe spécial a esquissé une définition de l'économie jurisprudentielle. Il a en effet estimé posséder « *la compétence de la compétence* », c'est-à-dire qu'il est habilité à déterminer s'il peut examiner telle ou telle allégation, indépendamment des positions exprimées par les parties sur la question » et a précisé que « *la chose est différente de l'application du principe d'économie jurisprudentielle, en vertu duquel il faut examiner une allégation à la lumière des constatations faites au sujet d'une autre allégation. C'est autre chose aussi que de déterminer si le Groupe spécial est valablement saisi d'une allégation sur la base de la demande d'établissement d'un groupe spécial. La question est de savoir si le Groupe spécial peut statuer sur deux allégations qui, à en juger par un premier examen des faits et arguments qui lui ont été présentés, pourraient s'exclure mutuellement* ». Voir le Rapport WT/DS136/R, paragraphe 9.72 et note 342. Voir également le Rapport WT/DS162/R, paragraphe 6.71, note 466.

¹³⁵⁸ Voir pour exemple d'application de l'économie jurisprudentielle par les groupes spéciaux les rapports WT/DS33/R, paragraphe 6.6, WT/DS99/R, paragraphe 6.92, WT/DS108/RW, paragraphe 8.171. Pour l'Organe d'appel, voir par exemple le Rapport WT/DS26 et 48/AB/R, p. 126.

condamnée de la sorte, les groupes spéciaux et l'Organe d'appel prennent soin de justifier l'emploi du principe d'économie jurisprudentielle et, ce faisant, ne contredisent pas les indices concordants d'une juridictionnalité matérielle.

En effet, se fondant sur l'article 11, l'Organe d'appel a affirmé que **« rien dans cette disposition ni dans la pratique antérieure du GATT n'exige qu'un groupe spécial examine toutes les allégations formulées par la partie plaignante »**¹³⁵⁹ et qu' **« un groupe spécial ne doit traiter que les allégations qui doivent l'être pour résoudre la question en cause dans le différend »**¹³⁶⁰. De plus, **« de la même façon qu'il est libre de ne traiter que les allégations qui doivent l'être pour résoudre la question en cause dans un différend, un groupe spécial est libre de ne traiter que les arguments qu'il juge nécessaire de traiter pour régler une allégation donnée »**¹³⁶¹. Cette conclusion n'est pas **« un principe général voulant que les groupes spéciaux ne puissent se pencher sur les questions qu'il n'est pas nécessaire d'examiner pour régler le différend entre les parties »**¹³⁶². Précisant sa pensée, l'Organe d'appel a ajouté que **« le principe d'économie jurisprudentielle doit être appliqué en gardant à l'esprit le but du système de règlement des différends. (...) Ne régler que partiellement la question en cause ne représenterait pas une véritable économie jurisprudentielle. Un groupe spécial doit examiner les allégations au sujet desquelles il est nécessaire d'établir une constatation pour que l'ORD puisse faire des recommandations et prendre des décisions suffisamment précises, auxquelles le Membre pourra donner suite rapidement »**¹³⁶³. De même, l'Organe d'appel a été amené à préciser que **« par souci de transparence et d'équité pour les parties, un groupe spécial devrait néanmoins dans tous les cas traiter expressément des allégations qu'il décline d'examiner et sur lesquelles il refuse de statuer pour des raisons d'économie jurisprudentielle. Il ne suffit pas de les passer sous silence »**

¹³⁶⁴ .

Le groupe spécial use d'une **« liberté d'appréciation implicite dans le principe de l'économie jurisprudentielle »**¹³⁶⁵ et peut refuser de l'appliquer dans le cadre du réexamen intérimaire, malgré la demande d'une partie¹³⁶⁶. Il peut également refuser

¹³⁵⁹ L'Organe d'appel fonde, en outre, son raisonnement sur l'article 3 du Mémoire d'accord qui dispose, dans ses paragraphes 2, 4 et 7 tels qu'interprétés par l'Organe d'appel, que **« le but fondamental du règlement des différends dans le cadre de l'OMC est (...) de régler les différends »** et que, **« étant donné le but explicite du règlement des différends (...), nous ne considérons pas que l'article 3: 2 du Mémoire d'accord est 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 »**.

¹³⁶⁰ WT/DS33/AB/R, pp. 19-22.

¹³⁶¹ WT/DS69/AB/R, paragraphe 135.

¹³⁶² WT/DS138/AB/R, paragraphe 71.

¹³⁶³ WT/DS18/AB/R, paragraphe 223.

¹³⁶⁴ WT/DS139 et 142/AB/R, paragraphe 117.

d'appliquer ce principe par souci d'explicitation aux parties de ses conclusions¹³⁶⁷ et pour faciliter le cas échéant les travaux de l'Organe d'appel¹³⁶⁸. Il se préoccupe de « ***l'ordre choisi pour l'examen des allégations*** » dans la mesure où il « ***peut aussi avoir une incidence sur la possibilité d'appliquer le principe d'économie jurisprudentielle*** »¹³⁶⁹. L'application de ce principe d'économie jurisprudentielle peut poser des difficultés à l'Organe d'appel obligé d'achever, ayant affirmé des constatations du groupe spécial, une analyse juridique que le groupe spécial n'a pas faite par économie jurisprudentielle. Ces difficultés sont rapidement surmontées par un Organe d'appel volontaire¹³⁷⁰. Surtout, l'Organe d'appel peut infirmer les conclusions du groupe spécial sur l'utilisation de l'économie jurisprudentielle¹³⁷¹.

En second lieu, la réalisation de l'action de dire le droit nécessite une capacité des instances à gérer et conclure la problématisation précédemment établie. La problématisation juridique du différend dans le cadre du système de règlement mémorandaire est avérée par le Mémoire et par les instances de règlement en pratique. Pour que dire le droit soit effectivement l'activité de ces instances, cette problématisation doit être traitée par des acteurs à la compétence technique particulière dans le domaine juridique. La capacité des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel dans la technique juridique doit donc être établie. Elle est assurée par le Mémoire et par la pratique.

Les groupes spéciaux sont composés, d'après l'article 8 : 1, « ***de personnes très qualifiées ayant ou non des attaches avec des administrations nationales, y compris des personnes qui ont fait partie d'un groupe spécial ou présenté une affaire devant un tel groupe, qui ont été représentants d'un Membre ou d'une partie contractante au GATT de 1947, ou représentants auprès du Conseil ou du Comité d'un accord visé ou de l'accord qui l'a précédé, ou qui ont fait partie du Secrétariat, qui ont enseigné le droit ou la politique commerciale international ou publié des ouvrages dans ces domaines, ou qui ont été responsables de la politique commerciale d'un Membre*** ». Ainsi le Mémoire met-il en valeur, malgré une certaine confusion apparente, la compétence d'expert des membres des groupes spéciaux au détriment de leur appartenance nationale ou de leur fonction politique ou administrative. De plus, cette compétence n'est pas expressément liée au domaine précis

¹³⁶⁵ WT/DS166/R, paragraphe 8.184 et 8.220.

¹³⁶⁶ WT/DS179/R, paragraphes 5.10 et 5.11. Voir également le Rapport WT/DS176/R, paragraphe 7.5.

¹³⁶⁷ Voir le Rapport WT/DS192/R, paragraphe 7.93.

¹³⁶⁸ Voir le Rapport WT/DS46/RW2, paragraphe 5.56 et 5.208.

¹³⁶⁹ WT/DS146 et 175/R, paragraphe 7.161.

¹³⁷⁰ Voir le Rapport de l'Organe d'appel WT/DS161 et 169/AB/R, paragraphe 58.

¹³⁷¹ WT/DS76/AB/R, paragraphe 111.

du différend mais elle est plus généraliste. Les membres des groupes spéciaux doivent être expérimentés dans le règlement des différends dans le cadre du GATT ou de l'OMC, dans le fonctionnement général de l'Organisation, ou dans « **le droit ou la politique commerciale internationale** ». Il n'est pas question, dans le texte, de personnes particulièrement qualifiées dans les questions précises qu'un différend particulier peut soulever.

Cette abstention mémorandaire caractérise une volonté d'assurer aux membres des groupes spéciaux une compétence somme toute relativement généraliste. Cette démarche est implicite mais confirmée par l'étude de la pratique. Bien que l'accès au *curriculum vitae* de chaque membre des différents groupes spéciaux ne soit, du fait du mécanisme de diffusion restreinte organisé au sein de l'OMC, ouvert qu'aux Membres, quelques indices issus d'une étude des interventions individuelles au sein de l'OMC permettent de dégager quelques observations générales. Il a déjà été constaté que les membres des groupes spéciaux ont, souvent, déjà exercé des fonctions importantes au sein de l'OMC, du GATT ou encore de l'ONU, ou sont des scientifiques spécialistes du droit ou de la politique internationale. Il faut ajouter que leur nomination en qualité de membre d'un groupe spécial ne correspond pas toujours à une qualification particulière qu'ils auraient pu acquérir au cours de leurs fonctions au sein d'organes spécialisés de l'OMC ou de leurs travaux scientifiques¹³⁷². Si cette correspondance reste souvent avérée¹³⁷³, de nombreux membres des groupes spéciaux semblent avoir été choisis davantage pour leur autorité d'origine généraliste que pour leur compétence technique particulière¹³⁷⁴.

La démarche implicite du Mémorandum ainsi que l'étude – lacunaire – de la pratique mettent en évidence une certaine capacité technique généraliste des membres des groupes spéciaux, lesquels pourront de la sorte être en mesure de traiter la problématisation juridique du différend. Bien entendu, les membres des groupes spéciaux ne sont pas toujours les professionnels du droit de l'OMC susceptibles d'être les plus qualifiés pour résoudre un différend né de l'application des accords OMC ; cependant, Mémorandum et pratique assurent une réelle qualification ainsi qu'une certaine autorité à ces acteurs, ce qui va dans le sens d'une juridictionnalité crédible.

¹³⁷² Par exemple, si M. Harbinson fut Président du Conseil des ADPIC et membre de deux groupes spéciaux traitant de l'application de l'Accord ADPIC (affaires DS79 et DS170), il fut également membre du groupe spécial de l'affaire DS27 traitant du commerce des bananes. De même, M. Sukhum, qui fut président du Comité des pratiques antidumping, fut nommé membre du groupe spécial de l'affaire DS46 qui s'intéressait davantage aux subventions et mesures compensatoires. Dans le même sens, M. Fattah, Président du groupe de contact sur les textiles en 1994 a été nommé membre de groupes spéciaux s'intéressant à « *la noix de coco desséchée* » (DS22), à « *l'industrie automobile* » (DS54, 55, 59 et 64), aux « *aéronefs civils* » (DS70), au « *gluten de froment* » (DS166), à une « *loi (...) sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention* » (DS217) et aux « *accessoires de tuyauterie en fonte* » (DS219).

¹³⁷³ De nombreux membres de groupes spéciaux possèdent une qualification particulière dans le domaine précis du différend. Par exemple, M. Wellenius, chercheur dans le domaine des télécommunications fut membre du groupe spécial de l'affaire DS204 consacrée à des « *mesures visant les services de télécommunications* ». De même, M. Denis, membre du groupe spécial de l'affaire DS 76 sur les « *produits agricoles* », fut également, entre autres, membre du groupe interinstitutions sur les produits alimentaires de base, et directeur exécutif du Conseil international des céréales.

Certes, le Mémorandum et la pratique des institutions n'instaurent pas des magistrats professionnels et particulièrement qualifiés dans le domaine juridique. Néanmoins, le flou textuel ainsi que la maîtrise par les Membres et les instances de la procédure mémorandaire auraient pu parfaitement mener à deux extrémités : la désignation de membres de groupe spécial techniciens dans le domaine particulier du différend, ce qui aurait transformé le système de règlement en un système de conseils techniques au service des Membres et sans autorité autonome avérée ; la désignation de membres trop peu qualifiés, ce qui aurait porté gravement atteinte à la crédibilité du système mémorandaire et à la technicité du règlement.

Or, le modèle juridictionnel se situe entre ces deux extrémités. Dans les systèmes juridictionnels nationaux et internationaux, les juges mêlent compétence juridique généraliste et autorité, sont suffisamment qualifiés pour traiter du droit mais ne sont pas pour autant des spécialistes reconnus des matières extra-juridiques concernées par le différend¹³⁷⁵. Par conséquent, le Mémorandum et sa pratique, en assurant l'équilibre entre une certaine compétence juridique généraliste et un choix assez ouvert des membres des groupes spéciaux, garantit bien une prise en considération convenable de la problématisation juridique du différend et, partant, une certaine juridictionnalité du système mémorandaire.

La démonstration de la capacité juridique des groupes spéciaux n'est pas très convaincante car le Mémorandum est relativement évasif sur la qualification des membres de ces instances et l'étude lacunaire d'une pratique hétéroclite ne permet pas de déduire une généralisation de cette capacité. Des indices et des orientations se dégagent du texte et de la pratique mais ils n'autorisent pas la détermination indiscutable d'une telle capacité en matière juridique. En revanche, ils contribuent à étayer cette constatation que l'étude du recours aux experts avalise.

En effet, le Mémorandum prévoit pour les groupes spéciaux le « **droit de demander des renseignements** »¹³⁷⁶. Le groupe spécial pourra de la sorte renforcer sa

¹³⁷⁴ Ainsi, M. Dunkel, membre du groupe spécial de l'affaire DS38 consacrée à la loi américaine « *pour la liberté et la solidarité démocratique à Cuba* », affaire à la connotation clairement politique, fut Directeur général du GATT et auteur d'un projet fondateur de l'OMC sur l'Accord ADPIC. De même, M. Lafer, ancien Président du Conseil général et de l'ORD, fut membre du groupe spécial de l'affaire DS90, et M. Lacarte Muro, ancien membre de l'Organe d'appel, a été nommé Président du groupe spécial de l'affaire DS246. MM. Schröder (DS60) et Linden (DS75 et DS135) furent membres du Secrétariat du GATT. M. Singh (DS184 et DS241) fut membre du Secrétariat de l'OMC. En outre, de nombreux auteurs d'ouvrages scientifiques généralistes sur le droit international ou sur l'OMC figurent parmi les membres des groupes spéciaux, dont M. Jackson, professeur de droit (membre du groupe spécial de l'affaire DS122) ou encore M. Davey (DS222) entre autres ancien Directeur de la division des affaires juridiques de l'OMC.

¹³⁷⁵ Bien entendu, la réalité est très hétérogène. Le seul exemple français montre que des magistrats professionnels côtoient des magistrats consulaires, des jurys, etc. Les exemples des cours d'assises, des conseils de prud'hommes, des tribunaux de commerce ou encore des tribunaux provisoires et autres instances spécialisées dans certains domaines, sont significatifs de l'hétérogénéité de la personne du juge. Seuls deux critères peuvent être communs : une certaine connaissance générale, directe ou indirecte, du domaine juridique considéré et une autorité acquise par le mode d'attribution de leur mission juridictionnelle.

¹³⁷⁶ Intitulé de l'article 13.

compétence technique par la consultation d'experts. De deux choses l'une : ou la consultation d'experts concerne des problèmes juridiques liés au différend, auquel cas la présomption d'une capacité juridique de traiter la problématisation juridique du différend sera sérieusement émuée ; ou bien la consultation d'expert ne concerne que des problèmes techniques et non-juridiques, auquel cas la présomption d'une capacité juridique intrinsèque aux membres du groupe spécial sera considérablement renforcée. Dans le premier cas, la sous-traitance du travail juridique entamera sévèrement la véracité de l'hypothèse d'une juridictionnalité de la phase des groupes spéciaux ; dans le second cas, la juridictionnalité de ces instances sera confirmée par la vérification achevée de la capacité juridique de leurs membres.

Le principe de l'article 13 ouvrant un « **droit de demander des renseignements** »¹³⁷⁷ est le suivant : « **chaque groupe spécial aura le droit de demander à toute personne ou à tout organisme qu'il jugera approprié des renseignements et des avis techniques** »¹³⁷⁸. Cette disposition a en réalité une double fonction : explicite qui est la consultation de diverses entités propres à aider le groupe spécial dans l'élaboration de son rapport¹³⁷⁹ ; implicite qui est le pouvoir du groupe spécial de rassembler des preuves dans le but d'établir rigoureusement et complètement les faits, et ce sans pour autant qu'un mécanisme de la preuve soit clairement organisé, connotant sans doute trop fortement la juridiction¹³⁸⁰. Dans la seconde fonction, le groupe spécial s'adressera aux autorités de l'Etat partie au différend ou à un de ses ressortissants ou organismes, qu'il soit privé ou public. Cette démarche est caractéristique d'un système de preuves particulier dont l'étude n'a présentement que peu d'intérêt puisqu'elle ne permet pas de caractériser la capacité juridique de l'instance mais plutôt l'étendue de sa compétence. En revanche, la première fonction cas mérite une attention particulière puisque son analyse montrera les éventuelles lacunes techniques du groupe spécial et, partant, la réalité de sa capacité juridique.

Ce principe peut être facilement mis en œuvre par les groupes spéciaux qui ne doivent respecter que de marginales conditions de procédures¹³⁸¹. Le Mémoire

¹³⁷⁷ *Ibid.*

¹³⁷⁸ Article 13 : 1.

¹³⁷⁹ Paragraphe 2.

¹³⁸⁰ Ce pouvoir de rassemblement de preuves est très relatif. Seuls « *les Membres devraient répondre dans les moindres délais et de manière complète à toute demande de renseignements présentée par un groupe spécial* » (article 13 : 1), ce qui est restrictif en plus d'être hypothétique. Aucun mécanisme contraignant n'accompagne cette recherche de renseignements. La seule contrainte réside dans le comportement du groupe spécial qui pourra tirer les conclusions qui s'imposent du silence dudit Membre (sur ce point, voir *supra*).

¹³⁸¹ Simplement, d'après l'article 13 : 1, « *avant de demander de tels renseignements ou avis à toute personne ou à tout organisme relevant de la juridiction d'un Membre, il en informera les autorités de ce Membre* ». Par ailleurs, « *les renseignements confidentiels ne seront pas divulgués sans l'autorisation formelle de la personne, de l'organisme ou des autorités du Membre qui les aura fournis* ».

précise que ces « **groupes spéciaux pourront demander des renseignements à toute source qu'ils jugeront appropriée et consulter des experts pour obtenir leur avis sur certains aspects de la question** »¹³⁸². En outre, « **à propos d'un point de fait concernant une question scientifique ou une autre question technique soulevée par une partie à un différend, les groupes spéciaux pourront demander un rapport consultatif écrit à un groupe consultatif d'experts** »¹³⁸³. Cette dernière possibilité est strictement encadrée par « **les règles régissant l'établissement d'un tel groupe et les procédures de celui-ci (...) énoncées dans l'Appendice 4** »¹³⁸⁴ qui décrit en six paragraphes « **les règles et procédures** » s'appliquant « **aux groupes consultatifs d'experts établis conformément aux dispositions du paragraphe 2 de l'article 13** »¹³⁸⁵.

L'application de cet article 13¹³⁸⁶ est très mesurée. Sept groupes spéciaux ont déjà eu recours à des avis scientifiques et techniques¹³⁸⁷ et la procédure suivie est similaire pour chaque affaire : le groupe spécial soumet son souhait de demander des avis scientifiques et techniques aux parties, puis décide ce recours ; ensuite, il demande à des organismes spécialisés dans les questions posées par le différend ainsi qu'aux parties des listes de personnes pouvant remplir cette mission d'expertise, choisit en fonction du *curriculum vitae* de chaque personne certaines d'entre elles et soumet ce choix aux parties ; enfin, il formule par écrit des questions auxquelles ces experts répondent, permet aux parties la formulation de commentaires sur ces questions et organise une rencontre avec les experts et les parties¹³⁸⁸. En outre, les experts choisis par les différents groupes

¹³⁸² Article 13 : 2.

¹³⁸³ *Ibid.*

¹³⁸⁴ *Ibid.*

¹³⁸⁵ Cet Appendice 4 protège la qualité de l'expertise confiée au groupe consultatif d'experts : « *la participation aux travaux des groupes consultatifs d'experts sera limitée à des personnes ayant des compétences et une expérience professionnelles reconnues dans le domaine considéré* » (paragraphe 2) ; « *les groupes consultatifs d'experts pourront consulter toute source qu'ils jugeront appropriée et lui demander des renseignements et des avis techniques* » (paragraphe 4) ; il est même question, pour renforcer cette compétence d'expert, de « *connaissances scientifiques spécialisées* » (paragraphe 3). Par ailleurs, l'Appendice 4 consacre la soumission du groupe d'experts au groupe spécial : « *les groupes consultatifs d'experts relèvent du groupe spécial. Leur mandat et le détail de leurs procédures de travail seront arrêtés par le groupe spécial, auquel ils feront rapport* » (paragraphe 1^{er}) ; « *le rapport final du groupe consultatif d'experts aura uniquement valeur d'avis* » (paragraphe 6) ; il appartient au groupe spécial de se prononcer sur la composition dudit groupe d'experts (paragraphe 2). Enfin, l'Appendice 4 assure l'impartialité du groupe d'experts (voir le paragraphe 3) aménage une intervention mesurée des Membres de l'OMC très similaire à celle que le Mémoire organise dans la phase des groupes spéciaux (voir les paragraphes 4 à 6).

¹³⁸⁶ Sur le volet « expertise » et non « preuves ».

¹³⁸⁷ Au 26 juin 2003, 7 rapports de groupes spéciaux font état d'une telle consultation d'experts. Il s'agit des rapports WT/DS18/R, WT/DS18/RW, WT/DS26/R/USA et 48/R/CAN (rapports distincts pour la même affaire), WT/DS58/R, WT/DS90/R, WT/DS135/R et WT/DS176/R.

spéciaux ont toujours agi à titre individuel, du fait de la volonté de l'instance, remplissant des « **fonctions de conseillers** »¹³⁸⁹, bien que leur nombre pour chaque affaire ait oscillé entre trois et six¹³⁹⁰. Aussi la pratique du groupe consultatif d'experts prévue à l'article 13 : 2 et à l'Appendice 4 du Mémoire n'a-t-elle jamais été appliquée *stricto sensu*, et ce avec l'aval de l'Organe d'appel¹³⁹¹.

Nonobstant, la faible fréquence du recours à l'expert n'empêche pas de constater que le choix des experts ainsi que la nature des questions posées ont toujours été dictés par des lacunes d'ordre scientifique et technique mais non-juridique. La compétence des experts et la nature de leur intervention sont axées sur des domaines propres à chaque différend et sont d'ordre scientifique extra-juridique : l'épizootie¹³⁹², la santé humaine¹³⁹³, les tortues marines¹³⁹⁴ et les réserves monétaires et balance des paiements d'un Membre¹³⁹⁵. Seule une exception est notable : le groupe spécial de l'affaire DS176 a demandé des renseignements à l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) sur des questions pour la plupart d'ordre juridique puisque portant sur l'interprétation de la Convention de Paris de 1967 pour la protection de la propriété industrielle. Néanmoins, cette démarche est non seulement marginale mais également peu significative d'une application rigoureuse de l'article 13 dans la mesure où d'autres groupes spéciaux ont également échangé des lettres avec d'autres Organisations

¹³⁸⁸ Cette procédure, malgré quelques variations mineures, est similaire dans toutes les affaires dans lesquelles le groupe spécial a recouru à des experts, moins l'affaire DS176 dans laquelle le recours a simplement consisté en un échange de lettres entre le groupe spécial et l'Organisation internationale consultée (en l'occurrence l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI)). Voir pour une description de la procédure suivie dans chaque affaire les rapports : WT/DS18/R, paragraphes 6.1 à 6.6 ; WT/DS18/RW, paragraphes 6.1 à 6.5 ; WT/DS26/R/USA et 48/R/CAN, paragraphes 6.5 à 6.10 ; WT/DS58/R, paragraphes 5.1 à 5.9 ; WT/DS90/R, paragraphe 5.12 ; WT/DS135/R, paragraphes 5.1 à 5.23 et 8.10 ; WT/DS176/R, paragraphe 1.8. Se reporter pour la teneur des avis rendus par les experts, par exemple, aux rapports : WT/DS18/R, paragraphes 6.7 à 6.157 ; WT/DS18/RW, paragraphes 6.6 à 6.142 ; WT/DS26/R/USA et 48/R/CAN, paragraphes 6.11 et s. ; WT/DS58/R, paragraphes 5.10 à 5.432 ; WT/DS135/R, paragraphes 5.24 à 5.659.

¹³⁸⁹ Voir pour exemple le Rapport WT/DS58/R, paragraphe 5.7.

¹³⁹⁰ Sauf dans les affaires DS90 et DS176 dans lesquelles il a été fait appel à des organisations internationales, respectivement le Fonds monétaire international (FMI) et l'OMPI.

¹³⁹¹ WT/DS26 et 48/AB/R, pp. 70-72.

¹³⁹² Pour l'affaire DS18 (groupe spécial initial et groupe spécial de l'exécution) consacrée aux « *importations de saumons* ».

¹³⁹³ Pour l'affaire DS26 et 48 consacrée aux « *hormones* » pour « *les viandes et les produits carnés* », ainsi que pour l'affaire DS135 consacrée à « *l'amiante et les produits en contenant* ».

¹³⁹⁴ Pour l'affaire DS58 consacrée à « *l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes* » et qui concerne les tortues marines dans la mesure où ces dernières sont menacées par les crevettes. Voir le Rapport WT/DS58/R, paragraphes 2.1 à 2.16.

¹³⁹⁵ Voir le Rapport WT/DS90/R, paragraphe 5.12.

internationales dans le but d'obtenir des « **renseignements** » au sens de l'article 13 sans pour autant que cette disposition soit invoquée pour justifier leur démarche ¹³⁹⁶. Surtout, cette demande s'explique aisément par le fait que cette Convention est incorporée à l'Accord sur les ADPIC et que c'est l'OMPI qui est chargée de l'administration de cette Convention, partie intégrante du dispositif normatif de l'OMC.

Comme l'Organe d'appel l'a établi, « **tout comme un groupe spécial est libre de déterminer comment demander l'avis d'experts, il est libre de déterminer s'il doit ou non demander des renseignements ou l'avis d'experts** ». Il bénéficie en la matière d'un « **pouvoir discrétionnaire** » ¹³⁹⁷ et a seulement l'obligation de consulter les parties ¹³⁹⁸. Il n'est pas limité aux questions formulées par la partie plaignante ¹³⁹⁹. Son pouvoir de demander des renseignements et des avis techniques à un « **caractère global (...)**. **Ce pouvoir englobe plus que le seul choix de la source des renseignements ou des avis que le groupe spécial peut demander et plus que la seule évaluation de ceux-ci. Le pouvoir conféré à un groupe spécial comprend la possibilité de décider de ne pas demander de tels renseignements ou avis du tout. (...) un groupe spécial a aussi le pouvoir d'accepter ou de rejeter tout renseignement ou avis qu'il pourrait avoir demandé et reçu, ou d'en disposer d'une autre façon appropriée. Un groupe spécial a en particulier la possibilité et le pouvoir de déterminer si des renseignements et des avis sont nécessaires dans une affaire donnée, d'évaluer l'admissibilité et la pertinence des renseignements ou avis reçus et de décider quelle importance il convient d'accorder à ces renseignements ou avis ou de conclure qu'aucune importance ne devrait être accordée à ce qui a été reçu** » ¹⁴⁰⁰.

Le recours exclusif à l'expert pour des questions extra-juridiques, associé à une large liberté du groupe spécial dans l'enclenchement et le déroulement de ce recours, renforce la juridictionnalité de la phase des groupes spéciaux. La capacité juridique présumée des membres des groupes spéciaux est renforcée par cette constatation. Le traitement de la problématisation juridique du différend n'est pas « **sous-traitée** » et les membres du groupe spécial n'ont besoin que d'avis d'experts scientifiques et techniques sur des domaines qui ne concernent pas directement leur raisonnement juridique. Finalement, les membres d'un groupe spécial se comportent comme un juge national qui, pour mener à bien sa mission de dire le droit, a parfois besoin de faire appel à une expertise extra-juridique concernant des questionnements consécutifs au particularisme du différend à traiter.

Quant à l'Organe d'appel, sa compétence en matière juridique, ainsi que l'autorité de ses membres issue directement de cette compétence et du mode de leur désignation,

¹³⁹⁶ Voir pour exemple le Rapport WT/DS160/R, paragraphe 1.7 dans lequel le groupe spécial a également contacté l'OMPI.

¹³⁹⁷ WT/DS56/AB/R, p. 39.

¹³⁹⁸ WT/DS26/AB/R, p. 70 et s.

¹³⁹⁹ Voir le Rapport du groupe spécial WT/DS70/R, paragraphe 9.89.

¹⁴⁰⁰ WT/DS58/AB/R, paragraphe 104.

n'est pas à démontrer. Le Mémoire prévoit dans son article 17 : 3 que l'Organe d'appel « **comprendra des personnes dont l'autorité est reconnue, qui auront fait la preuve de leur connaissance du droit, du commerce international et des questions relevant des accords visés en général** » et les curriculum vitæ de ces membres montrent le caractère très élevé de leur compétence généraliste en matière de droit ou commerce international, d'économie ou encore de politique commerciale. La possibilité d'un recours à l'expertise n'est même pas prévue, ni par le Mémoire ni par les Procédures de travail pour l'examen en appel¹⁴⁰¹, ce qui ne laisse planer aucun doute sur la focalisation des sections d'appel sur les questions juridiques ainsi que sur la capacité des membres de l'Organe d'appel en matière juridique. Groupes spéciaux et Organe d'appel ont par conséquent les moyens de dire le droit, du fait d'une problématisation juridique du différend prolongée par une capacité juridique des acteurs à la traiter. Dire le droit est donc possible. Encore faut-il déterminer le droit qui est dit.

Section 2 : Le décloisonnement du droit applicable

Le dispositif normatif du système de règlement des différends au sein de l'OMC semble exclure le système mémorandaire de la catégorie des juridictions internationales. En effet, le Mémoire affirme le principe selon lequel « **il est entendu que les demandes de conciliation et le recours aux procédures de règlement des différends ne devraient pas être conçus ni considérés comme des actes contentieux, et que, si un différend survient, tous les Membres engageront ces procédures de bonne foi dans un effort visant à régler ce différend** »¹⁴⁰². L'Organe d'appel confirme cette exclusion quand il énonce que « **les règles de procédure du mécanisme de règlement des différends de l'OMC ont pour objet de promouvoir non pas la mise au point de techniques en matière de contentieux mais simplement le règlement équitable, rapide et efficace des différends commerciaux** »¹⁴⁰³. Or, en considérant le caractère contentieux des actes dans son sens commun de « **qui est, ou qui peut être l'objet d'une discussion devant les tribunaux** »¹⁴⁰⁴, il faudrait conclure que le Mémoire et l'Organe d'appel s'efforcent d'éloigner le système mémorandaire du système prétorien pour l'identifier au contraire à un mode diplomatique de règlement *sui generis*¹⁴⁰⁵. Néanmoins, cette tentative de déclasser le système mémorandaire est vaine : l'exclusion formulée du contentieux ne saurait remettre en cause la qualification juridictionnelle par ailleurs constatée, car le critère contentieux est réducteur, inopérant et marginal quant à sa pertinence pour qualifier une juridictionnalité.

¹⁴⁰¹ Leur annexe 1 b), traitant de l'expert, ne prévoit son action qu'aux titres des dispositions suivantes : article 13 paragraphes 1 et 2 du Mémoire, article 4.5 de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires, article 11: 2 de l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires, article 14.2, 14.3 de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce. Or, ces dispositions ne concernent que les groupes spéciaux.

¹⁴⁰² Article 3 : 10.

¹⁴⁰³ WT/DS108/AB/R, paragraphe 166.

¹⁴⁰⁴ P. Robert, *Le Nouveau Petit Robert*, op. cit., p. 511.

D'abord, d'un point de vue théorique, il est réducteur d'assimiler contentieux et juridiction, car cette dernière peut être contentieuse ou non contentieuse. Elle est dite contentieuse « **au sens (...) fonctionnel et non plus organique** » quand elle dit « **le droit en étant en présence de prétentions opposées** » ; elle sera non contentieuse quand il s'agit par exemple « **du contrôle de constitutionnalité des règlements des assemblées parlementaires (...) obligatoire avant toute mise en application** »¹⁴⁰⁶. La juridiction peut même être « **"matériellement" contentieuse** » sans l'être formellement, par exemple dans le cas du Conseil constitutionnel français¹⁴⁰⁷. Aussi, le critère du contentieux n'a-t-il pour intérêt que de caractériser les organes faisant face à des prétentions opposées formulées par des parties adverses à l'occasion d'un différend, par opposition aux organes en charge d'un contrôle juridique en l'absence de telles prétentions, voire en l'absence de différend né et actuel¹⁴⁰⁸. En effet, « **il n'existe pas une liaison absolue entre les notions de litige ou de procès d'une part et de jugement de l'autre. Certains contentieux ne donnent pas naissance à une décision juridictionnelle et inversement** »¹⁴⁰⁹. Par ailleurs, quand le contentieux s'oppose au gracieux¹⁴¹⁰, la distinction entre l'organe contentieux et l'organe gracieux s'opèrera sur la

¹⁴⁰⁵ Souvent, le terme de « contentieux » est employé comme synonyme de « litige » qui est, selon ce même dictionnaire, *ibid.*, soit une « *contestation donnant matière à procès* », soit plus simplement une « *contestation* », un « *différend* », une « *dispute* », sans que la référence au juge apparaisse. Ainsi, le raisonnement selon lequel le contentieux a une connotation juridictionnelle serait infirmé. Néanmoins, l'admission d'une synonymie entre le contentieux et le différend ôterait tout sens à l'article 3 : 10 qui a justement pour fonction principale de formuler une opposition entre le contentieux et le différend. Cette synonymie n'est donc pas admissible et la conclusion d'un rapprochement entre le système mémorandaire et un système diplomatique, opérée par l'article 3 : 10, s'en trouve renforcée.

¹⁴⁰⁶ M. de Villiers, *Dictionnaire de droit constitutionnel*, Armand Colin/Masson, Paris, 1998, p. 113. Voir également une définition similaire du « contentieux » appliquée au droit international public in P.-M. Dupuy, *Droit international public*, Dalloz, 4^{ème} édition, Paris, 1998, pp. 450-461.

¹⁴⁰⁷ Voir sur ce point G. Vedel, « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 1 et 2, 1996, points 12 et 18 (disponible sur le site Internet du Conseil constitutionnel).

¹⁴⁰⁸ Sur ce dernier point, voir P.-M. Dupuy, *op. cit.*, définit, sur le plan international, « *le contrôle non contentieux de l'application du droit* ». Il « *désigne l'ensemble des procédures par lesquelles sont vérifiés et qualifiés juridiquement les comportements des Etats hors du cadre d'intervention entre deux ou plusieurs d'entre eux d'une procédure de règlement pacifique des différends* ». Il se distingue « *de l'action du juge ou de l'arbitre [par] (...) son moment d'intervention. Ce dernier se place dans une majorité des cas avant même la naissance d'un différend entre deux ou plusieurs Etats intéressés à la mise en œuvre d'un certain corps de règles* ». Il « *consiste le plus souvent en une vérification plus ou moins systématique, organisée sur une base conventionnelle et destinée à vérifier le respect par tous les Etats parties à un traité ou membres d'une organisation des obligations spécifiques qu'ils ont souscrites. Il n'est pas nécessairement subordonné à la naissance préalable d'un litige interétatique lié à leur application* ». Voir dans le même sens P. Sands, « Vers une transformation du droit international ? », *Droit international* 4, Cours à l'IHEI, Pedone, Paris, 2000, pp. 238 et 242.

¹⁴⁰⁹ G. Vedel, P. Delvolvé, *Droit administratif*, tome 2, P.U.F., coll. Thémis Droit Public, 12^{ème} édition, Paris, 1992, p. 20.

¹⁴¹⁰ Voir sur ce point P. Robert, *Le Nouveau Petit Robert*, *op. cit.*, p. 511.

présence ou l'absence de portée obligatoire pour les parties de la décision rendue ¹⁴¹¹. Pour autant l'organe en charge du gracieux n'en demeure parfois pas moins une juridiction, à l'image par exemple de la CIJ, considérée traditionnellement comme une juridiction internationale à vocation universelle, même quand elle exerce sa compétence facultative et non contentieuse ¹⁴¹². Ainsi, un organe qualifié de contentieux pourra être juridictionnel mais le modèle juridictionnel ne saurait se résumer à ce caractère contentieux.

Ensuite, même à supposer, ce qui est réducteur, que le seul critère du contentieux suffise à caractériser une juridiction, le Mémoire a échoué dans sa tentative de catégorisation du système mémorandaire parmi les modes de règlement non-juridictionnels. En effet, la procédure mémorandaire est bien de type contentieux puisque non seulement les organes de règlement sont en présence de deux parties adverses formulant des prétentions opposées ¹⁴¹³, mais aussi et que la portée obligatoire de la décision découlant du travail de ces instances peut être avérée ¹⁴¹⁴. Aussi l'article 3 : 10 est-il inopérant à classer le système mémorandaire parmi les modes de règlement non-contentieux. La question de la fonction de cette « **curieuse formule** » ¹⁴¹⁵ que constitue l'article 3 : 10 se pose. Ce dernier, en rejetant l'aspect contentieux, prolongerait l'article 3 : 8 établissant une présomption d'annulation ou de compromission d'un avantage, présomption qui fonderait l'intérêt à agir du plaignant ¹⁴¹⁶. Cette proposition est textuellement fondée mais elle ne correspond pas à la pratique qui consacre un comportement équilibré des Etats. Ces Membres recourent au système mémorandaire de manière mesurée et équilibrée, sans tomber dans les affres de la subjectivité de laquelle tout intérêt substantiel du plaignant dans le règlement serait absent. De la sorte, la présomption, si elle est activée, n'est pas dénuée de tout fondement contentieux. Aussi cet article 3 : 10 n'est-il en réalité que le maladroit rappel de la priorité donnée à un règlement amiable sur l'intervention décisive des instances de règlement mémorandaires.

Enfin, le critère du contentieux n'est pas seulement réducteur et inopérant ; il est également marginal. S'il constitue un indice de juridictionnalité, il n'est pas la caractéristique majeure d'une juridiction. Celle-ci est essentiellement identifiable par sa fonction qui est de dire le droit. D'ailleurs, il a été constaté qu'il serait réducteur d'assimiler

¹⁴¹¹ Pour une distinction entre contentieux et non-contentieux fondée sur la portée obligatoire de la décision, voir par exemple P.-M. Dupuy, *op. cit.*, pp. 450-461.

¹⁴¹² Voir sur ce point P.-M. Dupuy, *op. cit.*, pp. 487-491.

¹⁴¹³ Le Titre précédent traitant en détail de la procédure suivie par les parties, de leur capacité à saisir les instances à leur place dans le déroulement du système jusqu'à sa conclusion par formulation d'une décision.

¹⁴¹⁴ Le Titre suivant est entièrement consacré à la démonstration de l'effectivité d'un mécanisme d'exécution des décisions comprenant un pouvoir réel de contrainte.

¹⁴¹⁵ H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », *J.D.I.* 3, 1997, p. 721.

¹⁴¹⁶ Voir sur ce point *ibid.*

contentieux et juridiction du fait que cette dernière peut dire le droit en l'absence de parties et prétentions opposées, et en l'absence de portée obligatoire de la décision rendue. Ainsi est confirmée la marginalité du critère du contentieux ainsi que la centralité de la fonction de dire le droit, dans la tentative de qualification juridictionnelle du système mémorandaire. Le qualificatif de contentieux précise la présentation par deux parties adverses de leurs prétentions opposées devant un organe tiers et leur attente d'une décision à la portée obligatoire. Si la juridiction a bien pour mission de régler les différends et dispose de l'arme du caractère obligatoire de sa décision pour les parties, elle ne saurait se résumer à ces deux critères mais peut simplement les englober dans une dimension plus large qui est de dire le droit. Aussi n'est-il pas pertinent de rejeter la juridictionnalité du système mémorandaire en ne constatant que le rejet textuel et institutionnel du contentieux. Mme Ruiz Fabri l'affirme au terme d'une démonstration très convaincante : « ***l'exclusion de l'approche contentieuse ne semble donc pas incompatible avec la qualification juridictionnelle si les critères de celle-ci sont par ailleurs satisfaits*** »¹⁴¹⁷.

Ainsi, si le contentieux appelle la juridiction, la juridiction dépasse le contentieux. En effet, dire le droit ne se résume pas à proposer un règlement fondé sur le droit applicable à la situation objet dudit différend. Ce *dictio* est une fonction essentielle de la formation et de l'application du droit, car « ***le droit naît du fait et se réalise dans les faits*** »¹⁴¹⁸. Même s'il faut constater avec Virally que « ***la théorie pure du droit a été conçue à partir d'une réflexion sur le droit étatique et étendue, par la suite, au droit international*** »¹⁴¹⁹, l'œuvre de Kelsen insiste sur le rôle prépondérant de la juridiction dont la décision s'inscrit dans « ***la dynamique du droit*** » : « ***l'édition des normes individuelles par les tribunaux représente une étape intermédiaire du processus qui, commençant avec l'établissement de la Constitution, conduit, à travers la législation et la coutume, jusqu'aux décisions juridictionnelles, et de celles-ci jusqu'à l'exécution des sanctions*** ». « ***Ce processus dans lequel le droit se crée, pour ainsi dire, incessamment à nouveau, va du général à l'individuel, de l'abstrait au concret*** »¹⁴²⁰. La décision juridictionnelle est « ***continuation du processus de création du droit*** »¹⁴²¹. « ***Législation et juridiction sont des fonctions juridiques au sens étroit, c'est-à-dire des fonctions pour lesquelles sont créées et appliquées les normes de***

¹⁴¹⁷ H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends au sein de l'OMC : naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit », in C. Leben, E. Loquin, M. Salem (A l'initiative de), *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec-CREDIMI, 2000, p. 309 (Démonstration pp. 306-309).

¹⁴¹⁸ J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, P.U.F., coll. Thémis, 1^{ère} éd., 2001, p. 379.

¹⁴¹⁹ M. Virally, « Notes sur la validité du droit et son fondement », in *Le droit international en devenir*, P.U.F., Publications de l'Institut Universitaire des Hautes Etudes Internationales (Genève), Paris, 1990, p. 76.

¹⁴²⁰ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Editions Dalloz, Inst. Kelsen, 1962, L.G.D.J., E.J.A., 1999, Paris, et Editions Bruylant, 1999, Belgique ; traduction française de la deuxième édition par C. Eisenmann ; p. 238.

¹⁴²¹ *Ibid.*, p. 239.

l'ordre juridique étatique »¹⁴²². De même, M. Carbonnier constate que si « *l'opinion la plus répandue (...) accorde à la règle de droit un caractère primitif* », « *à notre époque (...) des hésitations sont devenues perceptibles* ». Selon lui, « *au commencement aurait été le Jugement. Non pas l'acte juridictionnel (...), le jugement logique, déduction d'une règle de droit préexistante. Mais le jugement spontané, intuitif, de nature magique ou charismatique* ». Pour certains, ce serait « *l'acte de faire justice* » car « *Gioffredi (...) soutient que jus dicere n'est pas déclarer, énoncer une règle de droit préexistante : c'est prononcer une formule qui va créer du droit, établir une situation juste* », à savoir « *faire justice* »¹⁴²³.

La juridiction remplit donc une fonction non substituable indispensable à l'effectivité et à la force du droit dans le cadre duquel elle intervient. Le *juris dictio* est reconnaissable à la fonction particulière qu'il exerce au sein du système juridique dans lequel il se développe, en sus de son éventuelle fonction contentieuse de règlement des différends. Ainsi, si l'organe juridictionnel peut avoir une fonction contentieuse qui est de régler le différend qui lui est soumis, il a toujours, même s'il n'est pas contentieux, une fonction proprement juridictionnelle qui est de dire le droit, cette double fonction pouvant être génératrice de tensions¹⁴²⁴.

Or, l'effectivité de l'action de dire le droit de l'OMC est fragile. D'abord, le *juris* objet du *dictio* peut n'être pas avéré, car il est par principe le droit de l'OMC souvent considéré comme un droit de moyen et non de régulation¹⁴²⁵, c'est-à-dire un droit à la juridicité faible. Ensuite, et du fait des caractéristiques intrinsèques de ce droit particulier, le *dictio* peut être ineffectif, car la préférence serait donnée à la conciliation des points de vue des parties plutôt qu'à l'application de règles générales, au besoin en condamnant le comportement d'une partie, à l'instrumentalisation du droit de l'OMC plutôt qu'à la contribution, par l'interprétation de la norme, à la construction du droit. Enfin, le *juris dictio* mémorandaire peut ne pas être intégré au sein des mécanismes classiques du droit international public puisque sa spécialisation lui conférerait un caractère *sui generis* et empêcherait l'universalisation de sa portée.

Ainsi, le système mémorandaire serait, certes, de nature contentieuse dans la mesure où il est confronté à des parties adversaires formulant chacune des prétentions opposées mais il ne pourrait recevoir la qualification juridictionnelle. Cette nature contentieuse tronquée de sa juridicité, de son effectivité et de sa portée ne l'y autoriserait pas. Par conséquent, si le caractère inopérant de l'article 3 : 10 ne permet pas de conclure immédiatement à une absence de juridictionnalité du système mémorandaire, la triple contingence du *juris dictio* mémorandaire empêcherait la participation déterminante des instances à la « **dynamique** » d'un droit et, partant, la reconnaissance de leur juridictionnalité.

¹⁴²² *Ibid.*, p. 259.

¹⁴²³ J. Carbonnier, *Flexible droit*, L.G.D.J., 7^{ème} éd., Paris, 1992, pp. 86-89.

¹⁴²⁴ Voir pour illustration l'exemple de la CIJ in D. Ruzié, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 226.

¹⁴²⁵ Voir sur ce point l'Introduction.

En réalité, dans le cadre du système mémorandaire, cette contingence triple est dépendante de l'utilisation effective d'un droit non-cloisonné : l'effectivité du *dictio* proviendra de l'effectivité de l'utilisation d'un droit ; la juridicité du droit dit découle, pour une part, de la juridicité, déjà démontrée¹⁴²⁶, du droit de l'OMC et sera confirmée, pour l'autre part, par l'utilisation complémentaire de normes juridiques internationales extra-OMC ; la portée du droit dit sera consécutive à la banalisation d'un droit de l'OMC normalisé par l'utilisation indifférente et complémentaire du droit extra-OMC. Autrement dit, le *juris dictio*, qui caractérise une juridictionnalité matérielle, doit se concrétiser par le *dictio* d'un droit non-cloisonné, c'est-à-dire, d'une part, par le *dictio* effectif du droit de l'OMC et, d'autre part, par celui des normes extra-OMC.

Préalablement au développement de cette démarche double, deux remarques doivent être formulées. La première concerne la nature même de cette démarche. Cette dernière semble lacunaire puisqu'il y est davantage traité du *juris* que du *dictio*, le dernier paraissant déconsidéré car présenté comme dépendant du premier. Néanmoins, ce déséquilibre se justifie par l'inutilité de démontrer, à ce stade, la réalité d'un *dictio* fondant l'obligation de juger précédemment établie¹⁴²⁷. La seconde remarque découle de la première : le *dictio* étant établi, rechercher une juridicité de l'action des instances mémorandaires pourrait revenir à identifier leur « **fonction juridictionnelle** ». Cependant, la reconnaissance d'une véritable « **fonction juridictionnelle** » doit être abordée avec prudence à ce stade du raisonnement et il faut sans doute lui préférer la reconnaissance d'une fonction de juridiction¹⁴²⁸. Ces deux remarques étant précisées, la démarche double précédemment évoquée peut être menée.

En premier lieu, le *dictio* effectif du droit de l'OMC doit être établi. La question se pose donc de la nature des normes juridiques utilisées par les instances de règlement et qui font l'objet de leur *dictio*. Les conclusions des groupes spéciaux, reproduites dans leurs rapports, sont à cet égard éloquentes¹⁴²⁹ : les agissements d'un Membre sont déclarés compatibles ou incompatibles avec les obligations dudit Membre au titre d'un accord de l'OMC. Toutes les conclusions formulées par les différents groupes spéciaux se réfèrent explicitement à des dispositions incluses dans les accords de l'OMC¹⁴³⁰. Seule exception notable : la compatibilité est parfois examinée non seulement par rapport à l'Accord ADPIC mais également par rapport à la Convention de Berne¹⁴³¹ ou la Convention de Paris¹⁴³². Cependant, cet écart des groupes spéciaux par rapport aux

¹⁴²⁶ *Ibid.*

¹⁴²⁷ Se reporter sur ce point à la dernière Section du Titre précédent.

¹⁴²⁸ Voir sur ce point le chapeau introductif de la Deuxième Partie.

¹⁴²⁹ Ces conclusions constituent systématiquement la dernière partie de chacun des rapports, qu'ils soient du groupe spécial ou de l'Organe d'appel.

¹⁴³¹ Voir pour exemple le Rapport WT/DS160/R.

¹⁴³² Voir pour exemple le Rapport WT/DS176/R.

accords OMC n'en est pas un car l'Accord ADPIC renvoie à ces deux textes en prévoyant que « **les Membres se conformeront aux articles premier à 12 et à l'article 19 de la Convention de Paris (1967)** »¹⁴³³ ainsi qu'aux « **articles premier à 21 de la Convention de Berne (1971) et à l'Annexe de ladite Convention** »¹⁴³⁴.

En outre, l'applicabilité de ce droit de l'OMC est large. En effet, les « **agissements** » des Membres, qui sont l'objet d'une étude de leur compatibilité par rapport aux accords OMC, sont de nature très diverse. Souvent qualifiés de « **mesures** », ils peuvent être explicitement des créations normatives étatiques¹⁴³⁵ ou para-étatiques¹⁴³⁶, des engagements bilatéraux entre l'Etat et des tiers nationaux¹⁴³⁷, des actions unilatérales de l'Etat¹⁴³⁸, ou encore des mécanismes nationaux particuliers¹⁴³⁹. Cette liste n'est pas exhaustive, loin s'en faut. Un groupe spécial a même pu fonder sa décision de conformité du comportement étatique par rapport au droit de l'OMC sur les engagements d'une Administration nationale, quand il énonce 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 (...) ou une autre branche du gouvernement** » de l'Etat Membre considéré¹⁴⁴⁰. Cette liste se contente d'illustrer très imparfaitement la palette des

¹⁴³⁰ Seules certaines conclusions énoncées par des groupes spéciaux de l'exécution sont fondées non pas sur de telles dispositions mais sur les recommandations précédemment adoptées par l'ORD, pour constater l'effectivité ou l'absence de leur mise en œuvre. Voir pour exemples les rapports WT/DS70/RW et WT/DS126/RW. Cependant, leur fondement textuel est non seulement explicite dans le raisonnement suivi par le groupe spécial et reproduit dans le rapport, mais également obtenu par ricochet puisque les recommandations de l'ORD sont en réalité celles du groupe spécial initial qui, lui, a fondé ses propres conclusions sur des dispositions issues des accords OMC. Par ailleurs, certains rapports de groupes spéciaux de l'exécution précisent explicitement dans leurs conclusions les accords OMC que l'absence de mise en œuvre viole. Voir pour exemple le Rapport WT/DS132/RW.

¹⁴³³ Accord ADPIC, article 2 : 1.

¹⁴³⁴ Accord ADPIC, Article 9 : 1.

¹⁴³⁵ Il peut s'agir, par exemple, de loi nationale (WT/DS108/RW), de décret (WT/DS135/R), de résolution (WT/DS155/R), de codes et tarifs (WT/DS31/R), de programmes (WT/DS46/R), de taxes (WT/DS56/R), d'ordonnances (WT/DS212/R), etc.

¹⁴³⁶ Voir pour exemple le Rapport WT/DS2/R.

¹⁴³⁷ Il peut s'agir, par exemple, de prêt ou encore de contrat de don (WT/DS126/R).

¹⁴³⁸ Il peut, s'agir par exemple, d'ouverture d'une enquête antidumping (WT/DS132/R), de mesure antidumping (WT/DS122/R), de limitations d'importation et de leur prorogation (WT/DS33/R), de l'octroi de subventions (WT/DS108/R), de l'imposition de droits compensateurs (WT/DS138/R), etc.

¹⁴³⁹ Voir par exemple les conclusions des rapports WT/DS163/R sur l'identité des entités ayant passé des marchés publics, WT/DS166/R, WT/DS177 et 178/R ou encore WT/DS18/RW sur le respect des procédures incluses dans les accords OMC.

¹⁴⁴⁰ Voir sur ce point le Rapport du groupe spécial WT/DS152/R, paragraphe 8.1.

comportements étatiques prévus et régulés par les multiples accords multilatéraux et plurilatéraux que gère l'OMC, et sanctionnés au besoin par les groupes spéciaux que le Mémorandum institue et organise. Ce dernier parle de « **mesure** »¹⁴⁴¹ et il faut se reporter aux différents accords de l'OMC pour apprécier leur identité précise.

La démarche de ces accords n'est évidemment pas de dresser une liste de mesures au qualificatif juridique précis puisqu'elles sont propres à chaque système juridique national et que leur place au sein de la hiérarchie interne des normes importe peu à un système de régulation des échanges commerciaux interétatiques. Aussi sont-elles souvent ramenées à de simples « **agissements** » et traitées comme tels par un « **mécanisme de règlement des différends [qui] 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** » de l'OMC¹⁴⁴². Le qualificatif juridique de la mesure importe peu, tout comme l'auteur de la mesure qui peut être para ou infra-étatique. Les groupes spéciaux s'intéressent à l'impact de cette mesure sur les relations régulées par les accords OMC. Ils vont rechercher si l'action mise en avant par la partie plaignante constitue ou non une action visée par l'accord OMC en question et, ainsi, la définiront en fonction de cet accord. La grille de lecture adoptée par les groupes spéciaux est celle des accords OMC qui n'acceptent comme sujets de droit, à l'image du Mémorandum, que les Etats Membres de l'OMC et, partant, qui imputent à ces Membres les agissements objets de la demande d'établissement du groupe spécial. Cette démarche permet un nivellement des disparités nationales en terme d'organisation institutionnelle et administrative, tant horizontale que verticale, et en terme de politiques publiques. Surtout, cette imputation permet un champ d'application large du droit de l'OMC, la présence étatique faisant écran à la diversité des comportements et des formes de décisions nationales.

Il n'est donc pas nécessaire de dresser ici un inventaire général des agissements visés par les accords OMC et qui ont pu faire l'objet d'un différend interétatique traité par les instances mémorandaires. Ces agissements sont les faits que les groupes spéciaux examinent quand ils étudient le différend en vue de son règlement. Il suffit d'accepter que les seuls justiciables au titre du Mémorandum sont les Etats Membres et que les groupes spéciaux ont pour fonction de vérifier la compatibilité des agissements, imputés au défendeur par le plaignant lors de sa demande d'établissement d'un groupe spécial, avec les différents accords OMC invoqués par ledit plaignant. L'étendue des faits qui peuvent être soumis aux groupes spéciaux est automatiquement limitée par les accords OMC, quand ils régulent certains comportements étatiques définis, ainsi que par le Mémorandum et son application, quand ils limitent la justiciabilité aux Etats Membres de l'OMC.

Quant à l'Organe d'appel, sa fonction est limitée à l'examen des « **questions de droit couvertes par le rapport du groupe spécial et [par les] (...) interprétations du droit données par celui-ci** »¹⁴⁴³. Les normes juridiques utilisées par le groupe spécial

¹⁴⁴¹ Par exemple, article 3, paragraphes 7 et 8.

¹⁴⁴² Article 3 : 7 du Mémorandum.

dans son *dictio* étant celles du droit de l'OMC, l'Organe d'appel aura, par ricochet, comme objet de son analyse des questions de droit exclusivement tournée vers ces mêmes accords. En outre, l'Organe d'appel, dans ses conclusions, infirme ou confirme les constatations des groupes spéciaux explicitement par rapport à des dispositions précises tirées des accords OMC. Quelques exceptions doivent être signalées : l'Organe d'appel a confirmé la distinction opérée par les groupes spéciaux entre législation impérative et législation dispositive, alors même que cette distinction n'est pas explicitement prévue par les accords OMC¹⁴⁴⁴ ; l'Organe d'appel a confirmé des constatations du groupe spécial par « **les circonstances propres à l'affaire** » et par les « **faits de la cause** »¹⁴⁴⁵ ; de même, l'Organe d'appel admet le principe d'économie jurisprudentielle en dehors de toute disposition la consacrant¹⁴⁴⁶ ; il accepte que le groupe spécial se réfère à « **l'Accord sur les oléagineux** » qui est bilatéral et ne fait pas partie, de l'avis même de l'Organe d'appel, des dispositions de l'OMC¹⁴⁴⁷ ; il conclut que le groupe spécial utilise correctement son pouvoir discrétionnaire en n'acceptant pas de tirer des déductions du refus d'une partie de fournir les renseignements demandés, sans fonder explicitement cette conclusion sur une disposition OMC ; enfin, il traite des règles concernant l'attribution de la charge de la preuve sans référence textuelle précise¹⁴⁴⁸.

Cependant, ces exceptions n'en sont pas véritablement car, si l'Organe d'appel ne raccroche pas explicitement de telles conclusions à une disposition précise d'un accord OMC, il utilise le dispositif normatif de l'OMC comme fondement, par interprétation extensive, des constatations menant à ces conclusions, de telle sorte que l'affirmation selon laquelle les groupes spéciaux se fondent sur les dispositions des accords OMC peut être aisément réitérée pour la caractérisation de la démarche des sections d'appel. Seule la question de l'attribution de la charge de la preuve ne se fonde pas sur des textes de l'OMC mais sur les pratiques antérieures des instances de règlement du GATT ou du Mémoire, sur les principes appliqués par « **divers tribunaux internationaux** », ainsi que sur les modèles du « **régime "code civil", (...) régime "common law" et, en fait, (...) la plupart des systèmes juridiques** »¹⁴⁴⁹. Par conséquent, comme ces quelques illustrations le montrent, le *dictio* prononcé par les instances mémorandaires est

¹⁴⁴³ Article 17 : 6 du Mémoire.

¹⁴⁴⁴ Rapport WT/DS136 et 162/AB/R.

¹⁴⁴⁵ Rapport WT/DS138/AB/R.

¹⁴⁴⁶ Voir pour détails la Section précédente.

¹⁴⁴⁷ Voir le Rapport WT/DS69/AB/R, paragraphes 2 et 79 à 84.

¹⁴⁴⁸ Voir pour exemple les rapports WT/DS75 et 84/AB/R, WT/DS76/AB/R.

¹⁴⁴⁹ WT/DS33/AB/R, point IV, pp. 14-19. Ce Rapport reproduit l'une des conclusions majeures de l'Organe d'appel sur la question de l'attribution de la charge de la preuve et il est régulièrement renvoyé à ces conclusions dans différentes constatations de groupes spéciaux ou de sections d'appel. Cette question n'est pas traitée par le droit de l'OMC et mérite, à ce titre, une attention toute particulière.

celui d'un droit de l'OMC appréhendé de manière large quant à la diversité, l'applicabilité et l'interprétation de ses normes.

En second lieu, c'est le *dictio* de normes extra-OMC qui doit être recherché afin qu'un *juris dictio* plein attribue au système mémorandaire sa juridictionnalité. Ne se fonder que sur les conclusions des rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel permet de montrer l'effectivité du *dictio* du droit de l'OMC ; mais cette démarche est réductrice et insuffisante dans le sens où l'analyse matérielle du *juris dictio* doit inclure l'étude des constatations formulées à l'appui des conclusions. La pertinence de cette étude est évidente, ne serait-ce qu'en considérant la question précédemment évoquée de l'attribution de la charge de la preuve : cette question est traitée par l'Organe d'appel en prenant en considération des textes et jurisprudences du droit international hors-OMC ainsi que des principes généraux caractéristiques de grands systèmes juridiques nationaux. Cette instance semble ainsi « **faire feu de tout bois** » et ne pas concentrer son raisonnement sur les seules dispositions textuelles de l'OMC. Cette démarche est susceptible de faire sortir le *juris dictio* énoncé par les instances mémorandaires de sa concentration sur le droit de l'OMC.

Le Mémoire prône une certaine universalité juridique par une démarche double : en fixant pour les membres des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel des compétences larges qui ne sont cantonnées ni aux questions que soulève le différend précis ni au droit commercial international, et surtout en précisant que « **le système de règlement des différends de l'OMC est un élément essentiel pour assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral. Les Membres reconnaissent qu'il a pour objet de préserver les droits et les obligations résultant pour les Membres des accords visés, et de clarifier les dispositions existantes de ces accords conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public** »¹⁴⁵⁰. Dans le même sens, l'Accord Antidumping prévoit que « **le groupe spécial interprétera les dispositions pertinentes de l'Accord conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public** »¹⁴⁵¹. Cette double démarche n'est cependant pas très significative en elle-même quant à la prise en considération de manière élargie par les instances mémorandaires du droit extra-OMC. La compétence des membres des groupes spéciaux reste centrée sur les questions commerciales et l'ouverture en direction du droit international public général ne peut qu'être réduite aux seules règles touchant soit au commerce international soit aux procédures de règlement, règles forcément peu nombreuses puisque c'est l'OMC qui gère les règles commerciales internationales et qui contient son propre système de règlement des différends issus de l'application de ces règles particulières.

Néanmoins, le Mémoire a ouvert la voie à la prise en considération d'un droit extra-OMC par les instances mémorandaires à l'appui des constatations et conclusions qu'elles ont pour mission de formuler, et l'Organe d'appel comme les groupes spéciaux ont immédiatement pris toute la mesure de cet article 3 : 2 sur les règles d'interprétation

¹⁴⁵⁰ Article 3 : 2.

¹⁴⁵¹ Article 17.6 ii).

des accords OMC. En effet, dans ses deux premiers rapports, l'Organe d'appel a relié l'article 3 : 2 du Mémoire avec la « **règle générale d'interprétation** » des traités formulée à l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités ¹⁴⁵². Dans un premier rapport, l'Organe d'appel affirme que « **cette règle générale d'interprétation est devenue une règle du droit international coutumier ou général. En tant que telle, elle fait partie des "règles coutumières d'interprétation du droit international public" que l'Organe d'appel a pour instruction, en vertu de l'article 3 2) du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, d'appliquer lorsqu'il s'emploie à clarifier les dispositions de l'Accord général et des autres "accords visés" de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce** » ¹⁴⁵³. Dans son deuxième rapport, l'Organe d'appel énonce que « **cette règle générale d'interprétation "est devenue une règle du droit international coutumier ou général"** » dans son premier Rapport et qu' « **il ne fait aucun doute que l'article 32 de la Convention de Vienne, qui traite du rôle des moyens complémentaires d'interprétation, en est également devenu une** » ¹⁴⁵⁴. De même, l'Organe d'appel, dans un troisième rapport, se réfère de manière incidente à l'article 33 de cette même Convention de Vienne relatif aux problèmes de langues dans l'interprétation des traités ¹⁴⁵⁵.

De la sorte, l'Organe d'appel fixe l'application de l'article 3 : 2 ¹⁴⁵⁶ en reliant expressément cette disposition à l'entière Section 3 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, Section consacrée, comme son intitulé l'indique, à l' « **interprétation des traités** » ¹⁴⁵⁷. La justification de ces conclusions est particulièrement remarquable puisque l'Organe d'appel se fonde, concernant l'article 31, sur les jurisprudences de la CIJ, de la Cour européenne des droits de l'homme, de la Cour interaméricaine des droits de l'homme ainsi que sur divers écrits doctrinaux ¹⁴⁵⁸ et, concernant l'article 32, sur les jurisprudences de la CIJ et de la CPJI, sur une sentence arbitrale ainsi que sur des écrits doctrinaux ¹⁴⁵⁹. Ainsi, l'Organe d'appel, dès ses deux premières décisions, pose un principe d'interprétation identique à celui des traités en droit international public et se fonde non seulement sur la Convention de Vienne, applicable à tout « **accord**

¹⁴⁵² Cette « *règle générale d'interprétation* » constitue l'intitulé de cet article 31.

¹⁴⁵³ WT/DS2/AB/R, p. 20.

¹⁴⁵⁴ WT/DS8, 10 et 11/AB/R, p. 12.

¹⁴⁵⁵ Voir le Rapport WT/DS135/AB/R, paragraphe 91, note 52.

¹⁴⁵⁶ Et de l'article 19 : 2 du Mémoire qui renvoie à l'article 3 : 2 en disposant que « *conformément au paragraphe 2 de l'article 3, dans leurs constatations et leurs recommandations, le groupe spécial et l'Organe d'appel ne pourront pas accroître ou diminuer les droits et obligations énoncés dans les accords visés* ». Cette liaison entre ces deux dispositions mémorandaires est explicitement opérée dans le Rapport de l'Organe d'appel WT/DS50/AB/R, pp. 21-22.

¹⁴⁵⁷ Cette Section 3 étant composée des articles 31 à 33.

¹⁴⁵⁸ Voir pour détails le Rapport WT/DS2/AB/R, p. 19, note 44.

international conclu par écrit entre Etats et régi par le droit international »¹⁴⁶⁰, mais également sur la jurisprudence de juridictions internationales à vocation non proprement commerciale ainsi que sur la source doctrinale. Cette base juridique d'interprétation des dispositions des accords OMC est encore développée par l'Organe d'appel.

D'abord, l'Organe d'appel précise l'articulation entre les articles 31 et 32 en s'appuyant sur certains auteurs de doctrine et en concluant que **« l'application de ces règles énoncées à l'article 31 de la Convention de Vienne permettra généralement à celui qui interprète un traité d'établir le sens d'un terme. Toutefois, si après avoir appliqué l'article 31, le sens du terme reste ambigu ou obscur, ou conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable, l'article 32 (...) permet (...) d'examiner l'environnement historique dans lequel le traité a été négocié »**¹⁴⁶¹. De même, il généralise le recours à ces dispositions en affirmant qu' **« une interprétation admissible est une interprétation qui est jugée appropriée après l'application des règles pertinentes de la Convention de Vienne. Nous observons que les règles d'interprétation des traités figurant aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne s'appliquent à tout traité, dans tout domaine du droit international public, et pas seulement aux Accords de l'OMC. Ces règles imposent certaines disciplines communes aux interprètes des traités, quelle que soit la teneur de la disposition du traité qui est examinée et quel que soit le domaine du droit international considéré »**¹⁴⁶². Il précise à cet égard qu' **« il serait peut-être possible que les parties à un traité décident expressément que les règles d'interprétation des traités figurant aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne ne s'appliquent ni en totalité ni en partie à l'interprétation d'un traité particulier. De même, les parties à un traité particulier pourraient convenir, pour ce traité, de règles d'interprétation qui diffèrent de celles qui figurent aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne. Mais cela n'est pas le cas ici »**¹⁴⁶³.

Ensuite, il reprend le principe de l'effet utile. En se fondant sur la jurisprudence de la CIJ, sur un rapport de la Commission du droit international qui a préparé la Convention de Vienne ainsi que sur certains textes issus de la doctrine, il énonce que **« l'un des corollaires de la "règle générale d'interprétation" de la Convention de Vienne est que l'interprétation doit donner sens et effet à tous les termes d'un traité. Un interprète n'est pas libre d'adopter une interprétation qui aurait pour résultat de**

¹⁴⁵⁹ Voir pour détails le Rapport WT/DS8, 10 et 11/AB/R, p. 12, note 29. Le renvoi à l'article 33 de la Convention de Vienne ne fait pas l'objet, de la part de l'Organe d'appel, de justifications étoffées. Il est seulement relié à l'Accord sur l'OMC qui précise faire foi en langues française, anglaise et espagnole (voir le Rapport WT/DS135/AB/R, paragraphe 91, note, 52).

¹⁴⁶⁰ Article 2 : 1 a) de la Convention de Vienne, à lire avec l'article 1 de cette même Convention.

¹⁴⁶¹ Voir le Rapport WT/DS62, 67 et 68/AB/R, paragraphe 86. Voir pour les références doctrinales le même paragraphe, notes 54 et 55.

¹⁴⁶² WT/DS184/AB/R, paragraphe 60.

¹⁴⁶³ *Ibid.*, note 40.

rendre redondants ou inutiles des clauses ou des paragraphes entiers d'un traité »¹⁴⁶⁴. En d'autres termes, d'après des écrits doctrinaux, et d'après la jurisprudence de la CIJ et de la CPJI, cités par l'Organe d'appel, « **l'article 31 de la Convention de Vienne dispose que les termes du traité constituent le fondement du processus interprétatif** », que « **les dispositions du traité doivent être interprétées suivant leur sens ordinaire, dans leur contexte** », qu'il « **doit également être tenu compte de l'objet et du but du traité pour déterminer le sens de ses dispositions** » et qu'ainsi, par renvoi à cette Commission du droit international, « **un principe fondamental de l'interprétation des traités découlant de la règle générale d'interprétation énoncée à l'article 31 est celui de l'effet utile (ut res magis valeat quam pereat)** »¹⁴⁶⁵.

Puis l'Organe d'appel considère « **le concept des attentes légitimes dans le contexte des règles coutumières d'interprétation du droit international public. Les attentes légitimes des parties à un traité ressortent de l'énoncé du traité lui-même. Le devoir de celui qui interprète un traité est d'examiner les termes du traité pour déterminer les intentions des parties. Cela devrait se faire conformément aux principes d'interprétation des traités énoncés à l'article 31 de la Convention de Vienne. Mais ces principes d'interprétation ne signifient pas qu'il soit nécessaire ni justifiable d'imputer à un traité des termes qu'il ne contient pas ou d'inclure dans un traité des concepts qui n'y étaient pas prévus** »¹⁴⁶⁶. Il précise ensuite que « **le but de l'interprétation des traités conformément à l'article 31 de la Convention de Vienne est d'établir les intentions communes des parties. Ces intentions communes ne peuvent pas être établies sur la base des "attentes" subjectives et déterminées de manière unilatérale d'une des parties à un traité** »¹⁴⁶⁷. De même, l'Organe d'appel se fonde sur « *la règle d'interprétation in dubio mitius, largement considérée en droit international comme un "moyen supplémentaire d'interprétation"* » et en donne une définition doctrinale qu'il appuie sur d'autres références doctrinales, sur la jurisprudence de la CIJ et de la CPJI ainsi que sur une sentence arbitrale.

Enfin, l'Organe d'appel, au fur et à mesure de ses rapports, conçoit le recours aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne comme une évidence, sans même prendre la peine de s'appuyer explicitement sur ses deux premiers rapports établissant les règles d'interprétation présidant à la démarche de l'Organe d'appel. Ainsi, il énonce : « **comme toujours lorsque nous interprétons des traités, nous adoptons l'approche de la**

¹⁴⁶⁴ WT/DS2/AB/R, p. 26 et note 55, même page.

¹⁴⁶⁵ WT/DS8, 10 et 11/AB/R, p. 14 et note 33, même page. Voir dans le même sens le Rapport WT/DS103 et 113/AB/R, paragraphe 133, qui reformule la définition du principe de l'effet utile. Se reporter également au Rapport WT/DS98/AB/R qui, dans ses paragraphes 80 et 81, traite en détail de ce principe et cite des références jurisprudentielles de la CPJI, de la CIJ, ainsi que des références doctrinales et un certain nombre de rapports de l'Organe d'appel abordant et précisant ce principe. Celui-ci est également utilisé par de nombreux groupes spéciaux ; voir par exemple les rapports WT/DS170/R, paragraphe 6.49, note 30, ou encore WT/DS176/R, paragraphe 8.79, note 122.

¹⁴⁶⁶ WT/DS50/AB/R, pp. 20-21.

¹⁴⁶⁷ WT/DS62, 67 et 68/AB/R, paragraphe 84.

Convention de Vienne (...) et nous considérons donc en premier le texte du traité »¹⁴⁶⁸. Les groupes spéciaux opèrent également une généralisation des « **règles coutumières d'interprétation du droit international public telles qu'elles sont codifiées aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités** »¹⁴⁶⁹ et appliquent ces deux dispositions en énonçant des principes d'interprétation nécessaires pour le traitement des questions de l'espèce¹⁴⁷⁰, parfois en dehors de toute référence aux rapports de l'Organe d'appel établissant de telles règles d'interprétations¹⁴⁷¹, souvent en s'appuyant par exemple sur des écrits doctrinaux¹⁴⁷², des déclarations au sein de la Commission du droit international¹⁴⁷³, ou encore la jurisprudence de la CIJ et de la CPJ¹⁴⁷⁴. De même, les groupes spéciaux fondent certaines de leurs conclusions sur l'article 33 de la Convention de Vienne, dernier des trois articles composant la Section 3 de cette Convention intitulée « **interprétation des traités** »¹⁴⁷⁵.

L'utilisation des articles 31 à 33 de la Convention de Vienne est quasi-systématique pour les groupes spéciaux¹⁴⁷⁶ et, à l'instar de l'Organe d'appel, elle s'accompagne parfois

¹⁴⁶⁸ WT/DS202/AB/R, paragraphe 159. Voir dans un sens similaire, pour exemple, le Rapport WT/DS161 et 169/AB/R, paragraphe 159.

¹⁴⁶⁹ WT/DS108/RW, paragraphe 8.145, note 257. De nombreux autres rapports de groupes spéciaux emploient cette expression ou une formulation très similaire. Voir pour exemple le Rapport WT/DS136/R, paragraphe 6.172, qui traite des « *principes généraux d'interprétation du droit international public, consacrés par la Convention de Vienne* ».

¹⁴⁷⁰ Voir pour exemple le Rapport WT/DS139 et 142/R, paragraphes 10.10 à 10.13, WT/DS152/R, paragraphes 7.21 et 7.22, WT/DS/176/R, paragraphes 8.14 à 8.16, WT/DS192/R, paragraphes 7.16 à 7.20. Ces rapports ne sont que des illustrations de la généralisation des articles 31 et 32 de la Convention de Vienne en leur qualité de règle d'interprétation par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel des dispositions OMC. Ils sont néanmoins particulièrement significatifs de la démarche que les groupes spéciaux ont globalement adoptée quant aux règles d'interprétation. Le soin et la rigueur apportés par ces groupes spéciaux particuliers à leurs conclusions sont d'efficaces illustrations de ce thème.

¹⁴⁷¹ Voir pour exemple le Rapport WT/DS114/R, paragraphes 7.13 à 7.15.

¹⁴⁷² Voir pour exemple le Rapport WT/DS90/R, paragraphe 5.59, note 299, qui fonde des règles particulières d'interprétation non seulement sur l'article 31 de la Convention mais également sur son interprétation par un avis consultatif de la CPJ et par une analyse doctrinale.

¹⁴⁷³ Voir pour exemple le Rapport WT/DS207/R, paragraphe 7.35, notes 595 à 597.

¹⁴⁷⁴ Comme dans les rapports WT/DS136/R, paragraphe 6.53 et WT/DS162/R, paragraphe 6.52, dans lesquels le groupe spécial estime pouvoir apprécier la jurisprudence des tribunaux internes à l'appui de l'interprétation d'une mesure nationale.

¹⁴⁷⁵ Voir pour exemples les rapports WT/DS121/R, paragraphe 8.166, note 530, et WT/DS135/R, paragraphe 8.29.

¹⁴⁷⁶ Le dénombrement et les références des rapports des groupes spéciaux ne sont pas ici précisés car rares sont ceux d'entre eux qui ne traitent pas explicitement de la Section 3 de la Convention de Vienne. En outre, les règles d'interprétations de cette Convention sont parfois utilisées sans mention explicite de ce texte. Aussi faut-il croire que l'écrasante majorité des rapports applique au moins une disposition de cette Section consacrée à l'« *interprétation des traités* ».

d'un appui sur des études doctrinales, la jurisprudence de la CIJ et/ou de la CPJI, ainsi que sur les écrits de la Commission du droit international¹⁴⁷⁷. Cette systématisation est telle que certains d'entre eux ont pu admettre que « **ces dernières années, la jurisprudence de l'Organe d'appel et des groupes spéciaux de l'OMC est devenue l'une des sources les plus riches dont on puisse s'inspirer pour leur application** »¹⁴⁷⁸ et qu'« **il est désormais bien admis que l'interprétation des traités à l'OMC devrait suivre les lignes directrices données dans la Convention de Vienne** » de telle sorte qu'« **il n'est pas obligatoire ni souhaitable de citer les dispositions de ce traité à chaque étape** »¹⁴⁷⁹. Les groupes spéciaux et l'Organe d'appel mettent en place au fur et à mesure des affaires qui leur sont soumises un système rigoureux d'interprétation des accords OMC fondée sur les articles 31 à 33 de la Convention de Vienne sur le droit des traités¹⁴⁸⁰.

Le Mémoire prévoit et la pratique consacre les règles d'interprétation des traités en droit international public comme principes d'interprétation par les instances mémorandaires des dispositions des accords OMC. Cependant, l'ouverture du Mémoire en direction du droit international public général se focalise *a priori* sur les règles d'interprétation des accords OMC. En outre, même si cette démarche mémorandaire restrictive laisse la porte ouverte à l'utilisation plus large du droit extra-OMC, cette utilisation n'est pas le *dictio* d'un tel droit. En effet, le droit qui est dit est explicitement celui de l'OMC et il n'est pas certain que les instances mémorandaires s'octroient un pouvoir d'interprétation du droit extra-OMC et, de la sorte, concurrencent directement les juridictions compétentes. L'utilisation est distincte de l'interprétation et cette distinction place le droit extra-OMC dans la position du droit qui n'est pas dit mais qui fonde celui qui est dit.

Cette absence d'un *dictio* explicite du droit extra-OMC est facilement justifiable : les groupes spéciaux n'ont pour compétence qu'une « **évaluation objective (...) de la conformité des faits avec ces dispositions** » des accords OMC¹⁴⁸¹ ; par ricochet, l'Organe d'appel a pour compétence le traitement des « **questions de droit couvertes par le rapport du groupe spécial** »¹⁴⁸² et par voie de conséquence l'examen de ces

¹⁴⁷⁷ Voir pour exemples les rapports WT/DS135/R, paragraphe 8.46, WT/DS139 et 142/R, paragraphes 10.10 à 10.13, ou encore WT/DS160/R, paragraphes 6.43 et s.

¹⁴⁷⁸ WT/DS152/R, paragraphe 7.21.

¹⁴⁷⁹ WT/DS155/R, paragraphe 10.12.

¹⁴⁸⁰ Se reporter, pour un catalogue relativement complet des rapports des instances mémorandaires traitant de ces règles d'interprétations, au Rapport du groupe spécial WT/DS192/R, paragraphes 7.16 à 7.20. Se reporter, pour analyse de la méthode d'interprétation adoptée par les instances mémorandaires, à : C.-D. Ehlermann, « 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.* 36(4), 2002, pp. 615-618 ; Shanker (D.), « The Vienne Convention on the Law of Treaties, the Dispute Settlement System of the WTO and the Doha Declaration on the TRIPs Agreement », *J.W.T.* 36(4), 2002, pp. 723-736.

¹⁴⁸¹ Article 11.

mêmes seules dispositions. Aussi la compétence de ces instances est-elle forcément limitée car leur fonction s'intègre dans un système normatif précis. Il reste que la simple utilisation du droit extra-OMC à l'appui du *dictio* du droit de l'OMC participe à la dynamique de ce premier droit donc, de manière atténuée, à son *dictio*, puisque ce droit sera tout à la fois activé et appliqué.

Bien entendu, il ne saurait être ici question d'envisager de manière exhaustive l'ensemble des constatations et conclusions des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel d'un point de vue matériel. Cette démarche éloignerait le présent propos de son objectif, qui est la recherche d'indices de juridictionnalité, pour le rapprocher d'une étude descriptive des questions techniques posées aux instances mémorandaires sur les nombreux et divers domaines couverts par les non moins nombreux et divers accords gérés par l'OMC. Il suffit, pour appuyer la constatation d'un *juris dictio* effectif, de rechercher et de relever quelques illustrations de l'utilisation par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel d'outils juridiques extra-OMC. Encore faut-il que ces illustrations soient cardinales pour ne pas porter atteinte à la rigueur de la démonstration. Pour qu'elles ne puissent être considérées comme marginales et, de la sorte, peu significatives, elles doivent s'attacher à montrer une utilisation large du droit international public extra-OMC. Pour ce faire, un choix pertinent peut être celui de l'examen d'exemples caractéristiques des différentes sources du droit international public.

Immédiatement se pose la question de l'identification des sources du droit international public. Deux types de sources peuvent être définis : **« les sources formelles du droit sont les procédés d'élaboration du droit, les diverses techniques qui autorisent à considérer qu'une règle appartient au droit positif. Les sources matérielles constituent les fondements sociologiques des normes internationales, leur base politique, morale ou économique plus ou moins explicitée par la doctrine ou les sujets du droit »**¹⁴⁸³. Or, la prise en considération de sources ayant ici pour objectif l'identification de l'utilisation du droit international public extra-OMC au cours d'un *juris dictio*, il importe de considérer l'aspect juridique de ces sources. Ainsi, de toute évidence, seules les sources formelles seront appréhendées dans la mesure où la conception les valorisant **« a le grand mérite d'isoler le droit de la politique et de permettre son analyse systématique »**¹⁴⁸⁴. Même si **« la notion de "sources" est composite, manque de rigueur et qu'il est préférable de ne pas l'utiliser »**¹⁴⁸⁵, la prise en considération des sources formelles est présentement d'un intérêt indéniable du fait de la relative clarté de leur sens commun, même trop simpliste, qui peut être : **« procédés techniques de création et de validation des normes juridiques »**¹⁴⁸⁶.

Un certain **« consensus universel »** sur une liste exhaustive des sources formelles

¹⁴⁸² Article 17 : 6.

¹⁴⁸³ P. Daillier et A. Pellet (N. Quoc Dinh †), *Droit international public*, L.G.D.J., E.J.A., 7^{ème} éd., Paris, 2002, pp. 111-112. Voir un autre exemple de définition in J. Combacau, S. Sur, *op. cit.*, p. 42.

¹⁴⁸⁴ P.-M. Dupuy, *op. cit.*, p. 231.

¹⁴⁸⁵ J. Combacau, S. Sur, *op. cit.*, p. 42.

du droit international public peut être trouvé dans « **un texte prenant clairement position et engageant la quasi-totalité des Etats** » comme peut l'être « **le statut de la C.P.J.I., puis celui de la C.I.J. (...) article 38** »¹⁴⁸⁷. Bien sûr, la centralité de cette disposition n'est pas exempte de toute critique. Au contraire, elle se voit adresser des reproches tenant à son ambiguïté, à son manque d'exhaustivité, ou encore à sa sénescence¹⁴⁸⁸. Il reste que l'article 38 est « **une énumération universellement acceptée des sources formelles du droit international** »¹⁴⁸⁹ et, « **en dépit de ses limites, (...) une référence indispensable** »¹⁴⁹⁰. Cette liste des sources formelles du droit international public peut donc être la suivante, d'après l'article 38 du Statut de la CIJ : « **les conventions internationales (...); (...) la coutume internationale (...); (...) les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées (...); (...) les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination de la règle de droit** », ainsi que l'équité qui est « **la faculté pour la Cour, si les parties sont d'accord, de statuer ex æquo et bono** ».

De nombreux questionnements découlent de l'énoncé de cette liste de sources. Ils sont liés essentiellement à la définition de la coutume et des principes généraux de droit, à la place et au rôle de la doctrine et de la jurisprudence, à la hiérarchie des sources, ou encore aux sources non citées par cette disposition. Une étude détaillée de ces questionnements, voire un positionnement particulier au sein des débats en découlant, seraient vains dans la mesure où la démarche du présent propos est de repérer l'utilisation par les instances mémorandaires de sources formelles du droit international et non de discuter de l'apport du système mémorandaire à l'évolution des sources de ce droit international. Aussi suffit-il, pour illustrer cette utilisation, de se borner à détecter dans les constatations et conclusions des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel d'éventuels exemples significatifs de l'utilisation, pour les besoins de leur *dictio*, des sources principales du droit international extra-OMC ainsi que de quelques sources annexes confirmatives.

« Traité et coutume restent les deux piliers du droit international. Des éléments apparemment ignorés ou novateurs s'y rattachent par inclusion »¹⁴⁹¹ au rang desquels peuvent figurer les principes généraux de droit, la jurisprudence et la doctrine, ainsi que l'atypique équité¹⁴⁹². Ce sont ces six sources qui seront recherchées dans les rapports de l'Organe d'appel et des groupes spéciaux. Ce choix de raisonnement est

¹⁴⁸⁶ P.-M. Dupuy, *op. cit.*, p. 231.

¹⁴⁸⁷ P. Daillier et A. Pellet (N. Quoc Dinh †), *op. cit.*, p. 113. Voir dans le même sens J. Combacau, S. Sur, *op. cit.*, p. 43-44.

¹⁴⁸⁸ Voir par exemple : J. Combacau, S. Sur, *op. cit.*, pp. 43-44 ; P. Daillier et A. Pellet (N. Quoc Dinh †), *op. cit.*, p. 114.

¹⁴⁸⁹ P. Daillier et A. Pellet (N. Quoc Dinh †), *op. cit.*, p. 114.

¹⁴⁹⁰ J. Combacau, S. Sur, *op. cit.*, p. 44.

¹⁴⁹¹ J. Combacau, S. Sur, *op. cit.*, p. 44.

éminemment incomplet et discutable, surtout en ce qui concerne les sources annexes et atypiques. Il permet néanmoins de cerner à travers d'éloquentes illustrations, l'utilisation effective d'un droit extra-OMC par les instances mémorandaires remplissant leur mission de *dictio*¹⁴⁹³.

D'abord, la prise en considération de conventions internationales n'appartenant pas au dispositif normatif de l'OMC est avérée concernant les règles d'interprétation des accords OMC, comme le suggère le Mémoire renvoyant implicitement à la Convention de Vienne sur le droit des traités. En outre, en dehors de toute prescription mémorandaire, les groupes spéciaux et l'Organe d'appel vont se référer pour les besoins de leurs constatations à de tels accords internationaux. L'Organe d'appel a fixé le principe d'une telle utilisation dès son premier rapport, en affirmant qu' **« il ne faut pas lire l'Accord général en l'isolant cliniquement du droit international public »**¹⁴⁹⁴. De même, l'Organe d'appel considère le droit de l'OMC comme un simple domaine du droit international public quand il énonce que **« les règles d'interprétation des traités figurant aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne s'appliquent à tout traité, dans tout domaine du droit international public, et pas seulement aux Accords de l'OMC »**¹⁴⁹⁵. Ainsi, **« le droit de l'OMC n'est pas une bulle dans laquelle ne seraient prises en compte que la propre terminologie et la propre pratique de l'organisation. D'ailleurs, selon certains points de vue, même si le Mémoire n'avait pas renvoyé au droit international, une évolution en ce sens était inévitable. On peut y trouver deux raisons essentielles. La première est la complexité croissante des différends. (...). La deuxième raison tient à ce que le système juridique de l'OMC n'est pas clos »**¹⁴⁹⁶.

De plus, l'Organe d'appel considère concrètement l'absence de cloisonnement du droit de l'OMC par rapport aux traités internationaux qui lui sont extérieurs. Ainsi, il est recouru à des dispositions de la Convention de Vienne sur le droit des traités distinctes des articles 31 à 33 formant les règles d'interprétation : l'article 28 de cette Convention énonce le **« principe général de droit international »** de la non-rétroactivité des traités¹⁴⁹⁷ ; la **« bonne foi »** est considérée par cette instance en référence à l'article 26 de cette Convention¹⁴⁹⁸. De même, l'Organe d'appel estime que la Convention de Lomé doit

¹⁴⁹² Ce caractère atypique provient de la nature particulière de l'équité qui la place en dehors du droit. Il est étudié en détail *infra*.

¹⁴⁹³ L'incongruité de cette démarche peut être atténuée par la constatation d'un rapprochement, entre les sources de l'article 38 du Statut de la CIJ et la question des sources au sein de l'OMC, opéré par MM. Palmeter et Mavroidis, *in* « The WTO Legal System : Sources of Law », *A.J.I.L.* Vol. 92, n° 3, 1998, pp. 398-413.

¹⁴⁹⁴ WT/DS2/AB/R, p. 19.

¹⁴⁹⁵ WT/DS184/AB/R, paragraphe 60.

¹⁴⁹⁶ H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends au sein de l'OMC : naissance d'une juridiction... », p. 329.

¹⁴⁹⁷ WT/DS170/AB/R, paragraphes 71 à 74. Voir dans le même sens, pour exemples, les rapports de l'Organe d'appel : WT/DS22/AB/R, p. 18, et WT/DS27/AB/R, p. 124.

être examinée par les instances mémorandaires dans l'affaire DS27¹⁴⁹⁹. En outre, il utilise dans son Rapport sur l'affaire DS58 des accords internationaux extérieurs comme la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982, la Convention sur la diversité biologique, la Convention sur la conservation des espèces migratrices appartenant à la faune sauvage, ainsi que des actes unilatéraux émanant de l'ONU¹⁵⁰⁰.

De même, les groupes spéciaux fondent leurs constatations sur des accords internationaux extérieurs au dispositif normatif de l'OMC et mêlent, à l'appui de leur raisonnement, des références à ces accords, à la doctrine ainsi qu'aux principes généraux de droit. Par exemple, cette même Convention de Vienne est souvent utilisée : dans son article 28 sur la non-rétroactivité des traités, principe souvent considéré, au surplus, comme un « **principe général du droit international** »¹⁵⁰¹ ou encore un « **principe établi du droit international coutumier** »¹⁵⁰² ; dans son article 26 sur le principe *Pacta sunt servanda*, par ailleurs un des « **principes généraux du droit international public** »¹⁵⁰³, duquel découle le principe de bonne foi, « **principe fondamental du droit des traités** » d'après ce même article, d'après la jurisprudence de la CIJ et d'après la doctrine¹⁵⁰⁴ ; dans ses articles 30 et 59 « **qui ressortissent d'une manière générale au principe juridique de la *lex posterior derogat prior*** »¹⁵⁰⁵ ; dans son article 27 concernant les rapports entre le droit interne et la non-exécution des traités¹⁵⁰⁶ ; dans son article 30 sur la relation entre traités successifs portant sur la même matière¹⁵⁰⁷ ; dans son article 48 sur l'erreur, « **notion qui est apparue dans le droit international coutumier par le biais de la jurisprudence** » de la CPJI et de la CIJ, et a

¹⁴⁹⁸ Voir sur ce point le Rapport WT/DS202/AB/R, paragraphe 110 et sa note 117.

¹⁴⁹⁹ Voir le Rapport WT/DS27/AB/R, paragraphe 167.

¹⁵⁰⁰ Voir le Rapport WT/DS58/AB/R, paragraphe 130.

¹⁵⁰¹ WT/DS26/R/USA, paragraphe 8.25.

¹⁵⁰² WT/DS22/R, p. 96. Les exemples sont nombreux de rapports allant dans le même sens. Voir pour illustration le rapport, WT/DS170/R, paragraphe 6.42. Se reporter en particulier au Rapport WT/DS46/RW qui, dans son paragraphe 6.15, note 22, montre implicitement la prise en considération extensive des traités hors-OMC quand il précise que, « *bien que cet article [28 de la Convention de Vienne] concerne l'application dans le temps des traités, et non des recommandations de l'ORD, il donne néanmoins certaines indications au sujet de la signification de la notion de rétroactivité en droit international public* »

¹⁵⁰³ WT/DS58/R, paragraphe 6.5.

¹⁵⁰⁴ Voir le Rapport WT/DS58/R, paragraphe 7.41 et notes 644 et 645. Voir également pour exemples les rapports WT/DS56/R, paragraphe 6.14, note 167, et WT/DS79/R, paragraphe 7.69, note 135, même paragraphe.

¹⁵⁰⁵ WT/DS69/R, p. 70.

¹⁵⁰⁶ Voir pour exemple WT/DS152/R, paragraphe 7.80 et note 564, même paragraphe.

¹⁵⁰⁷ Voir WT/DS160/R, paragraphe 6.41.

été codifiée par cette disposition ¹⁵⁰⁸ ; dans ses articles 19 et 23 concernant les réserves au titre d'un traité ¹⁵⁰⁹ ; dans son article 41 sur la modification d'un traité pour certains des Etats parties à ce traité ¹⁵¹⁰ ; dans ses articles 15 à 29 dont l'examen appuie, avec celui d'écrits doctrinaux, la conclusion selon laquelle la transmission ou l'extension d'un droit tiré d'un traité aux autres Membres d'une union douanière est une « **fiction juridique** » par rapport au droit international public ¹⁵¹¹ ; dans son article 7 sur la représentation de l'Etat par son exécutif ¹⁵¹² ; dans son article 60 dont l'application est écartée au motif que le Mémoire prévoit des dispositions plus précises ¹⁵¹³ . De même, les groupes spéciaux examinent l'Arrangement concernant le commerce international des textiles (AMF) contracté dans le cadre du GATT ¹⁵¹⁴ .

Ensuite, la coutume tient également, à l'instar des traités internationaux, une place non négligeable dans les fondements des constatations de l'Organe d'appel et des groupes spéciaux. Dans le cadre de l'interprétation des accords OMC, de nombreux rapports reprennent le caractère coutumier exprimé dans les articles 3 : 2 du Mémoire et 17 : 6 ii) de l'Accord antidumping ¹⁵¹⁵ et considèrent que la règle d'interprétation de la Convention de Vienne sur le droit des traités est une « **règle du droit international coutumier ou général** » en se fondant sur la jurisprudence de la CIJ ainsi que sur des écrits doctrinaux ¹⁵¹⁶ . De plus, en dehors de cette suggestion textuelle, les instances mémorandaires considèrent la coutume comme l'un des fondements de leurs constatations. Ainsi, l'Organe d'appel examine le droit international coutumier, par exemple pour rejeter l'acceptation du principe de précaution comme principe coutumier ¹⁵¹⁷ , pour traiter de la question de la composition de la délégation d'une partie en se fondant également sur les normes mémorandaires et « **la pratique des tribunaux internationaux** » ¹⁵¹⁸ , ou encore pour rappeler « **l'attention sur les règles du droit international coutumier concernant la responsabilité des États** » , principe confirmé

¹⁵⁰⁸ WT/DS163/R, paragraphe 7.123. En relation avec cette notion d'erreur, le même groupe spécial discute, dans le paragraphe 7.126, note 769, de l'applicabilité de l'article 65 de cette même Convention et se réfère à la « *Cour européenne de justice* ».

¹⁵⁰⁹ Voir pour exemple WT/DS160/R, paragraphe 6.49.

¹⁵¹⁰ WT/DS34/R, paragraphe 9.181.

¹⁵¹¹ Voir le Rapport WT/DS34/R, paragraphe 9.184, note 373.

¹⁵¹² Voir WT/DS136/R, paragraphe 6.63, note 340.

¹⁵¹³ Voir WT/DS165/R, paragraphe 6.133, note 170.

¹⁵¹⁴ Voir pour exemple le Rapport WT/DS192/R, paragraphes 7.74 à 7.77.

¹⁵¹⁵ Voir pour exemples le Rapport du groupe spécial WT/DS122/R et de l'Organe d'appel WT/DS184/AB/R.

¹⁵¹⁶ Voir pour exemple le Rapport WT/DS2/AB/R, p. 19.

¹⁵¹⁷ Voir le Rapport WT/DS26 et 48/AB/R, p. 57.

par les travaux de la Commission du droit international ainsi que par la jurisprudence de la CIJ¹⁵¹⁹.

De même, les groupes spéciaux insistent parfois également sur la coutume en dehors des règles d'interprétation. Un groupe spécial a clairement supprimé la frontière que le Mémoire semblait tracer entre le droit international coutumier qui peut être utilisé à des fins d'interprétation, et le reste du droit coutumier qui ne fait l'objet d'aucune attention de la part de ce texte. En effet, le groupe spécial de l'affaire DS163 n'a pas hésité à affirmer que **« l'article 3: 2 du Mémoire d'accord exige que nous cherchions, dans le contexte d'un différend particulier, à clarifier les dispositions existantes des Accords de l'OMC conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public. Cependant, le lien entre les Accords de l'OMC et le droit international coutumier est plus large que cela. Le 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 »**¹⁵²⁰ ; et d'ajouter que **« nous ne voyons rien ici qui laisserait supposer a contrario que les règles du droit international autres que les règles d'interprétation ne s'appliquent pas »**¹⁵²¹. Ce même groupe spécial a ainsi pu affirmer que **« rien ne permet de faire valoir que le mandat vise à exclure toute référence aux règles plus larges du droit international coutumier dans l'interprétation d'une allégation dont le Groupe spécial est saisi à bon droit »**¹⁵²². Les groupes spéciaux vont illustrer cette conclusion en renvoyant au Statut de la CIJ et à la doctrine pour une définition de la coutume¹⁵²³, en traitant explicitement du principe *Pacta sunt servanda* et de celui de la bonne foi comme des **« principes généraux du droit international coutumier »** repris par la Convention de Vienne sur le droit des traités et précisés par des rapports de la Commission du droit international¹⁵²⁴, en détectant une évolution de ce principe *Pacta sunt servanda*¹⁵²⁵, en discutant du droit international coutumier sur les expropriations pour constater que certains points ne sont pas entièrement fixés¹⁵²⁶, ou encore en se

¹⁵¹⁸ WT/DS27/AB/R, p. 7.

¹⁵¹⁹ WT/DS202/AB/R, paragraphe 259.

¹⁵²⁰ WT/DS163/R, paragraphe 7.96.

¹⁵²¹ *Ibid.*, note 753.

¹⁵²² *Ibid.*, paragraphe 7.101, note 755.

¹⁵²³ Voir le Rapport WT/DS58/R, paragraphe 7.59, note 673.

¹⁵²⁴ Voir pour exemple le Rapport WT/DS163/R, paragraphes 7.93 et 7.94.

référant au « **Projet d'articles sur la responsabilité des États de la Commission du droit international (CDI) – dont on peut considérer qu'il reflète le droit coutumier international** »¹⁵²⁷.

Ensuite, quant aux sources formelles annexes du droit international public que sont la jurisprudence, la doctrine et les principes généraux de droit, leur utilisation par les instances mémorandaires, à l'appui de l'utilisation des traités et de la coutume, est courante¹⁵²⁸. Par ailleurs, ces sources annexes sont également utilisées en dehors de toute complémentarité des deux sources principales. L'Organe d'appel pose le principe selon lequel, en vertu de l'article 31 : 3 c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités, « **notre tâche consiste en l'occurrence à interpréter (...), en cherchant d'autres indications à cet effet, s'il y a lieu, dans les principes généraux du droit international** »¹⁵²⁹. De même, un groupe spécial estime que « **tant l'article 3: 2 du Mémoire d'accord que la pratique de l'Organe d'appel montrent bien que nous devons, chaque fois qu'il y a lieu, définir notre démarche en nous appuyant sur celle des juridictions internationales dans des circonstances semblables** »¹⁵³⁰. En outre, les membres du groupe spécial de l'affaire DS160 n'hésitent pas à se déclarer, citant l'article 38 du Statut de la CIJ, « **prêts à tenir compte de "la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations" comme "moyen auxiliaire de détermination des règles de droit"** »¹⁵³¹.

De plus, ces instances mémorandaires vont baser certaines de leurs constatations sur différents faisceaux d'indices. Elles peuvent d'abord se fonder sur la jurisprudence des juridictions internationales, à l'image de l'Organe d'appel qui consacre implicitement sa soumission à la CIJ en examinant sa jurisprudence pour en conclure que le principe de précaution « **n'a pas encore fait l'objet d'une formulation faisant autorité** »¹⁵³², ou encore qui constate sur la question de l'intérêt juridique l'absence d'une règle générale fixée par la CPJI ou la CIJ établissant un tel intérêt¹⁵³³. De même, des groupes spéciaux

¹⁵²⁵ *Ibid.*

¹⁵²⁶ WT/DS176/R, paragraphe 8.55, note 108.

¹⁵²⁷ WT/DS103 et 113/R, paragraphe 7.77, note 427.

¹⁵²⁸ Voir *supra*.

¹⁵²⁹ WT/DS58/AB/R, paragraphe 158.

¹⁵³⁰ WT/DS136/R, paragraphe 6.40.

¹⁵³¹ WT/DS160/R, paragraphe 6.111, note 114.

¹⁵³² WT/DS26 et 48/AB/R, p. 57.

¹⁵³³ WT/DS27/AB/R, paragraphe 133. Cette question est largement traitée par les instances mémorandaires. Se reporter au Titre précédent sur ce point.

comparent leur « **approche (...) du poids qu'il convient d'accorder aux éléments de preuve indirects** » et celle de la CIJ ¹⁵³⁴, ou encore traitent du problème de la décision judiciaire sans examen de la position d'un Etat tiers par référence à la CIJ et à l'opinion individuelle d'un de ses juges – qui « **n'est pas une opinion dissidente mais rend compte de l'analyse additionnelle faite par l'un des juges de la CIJ** » ¹⁵³⁵. Puis ces mêmes instances peuvent ne se fonder que sur des écrits doctrinaux comme quand un groupe spécial admet l'examen d'informations parues dans la presse en se fondant sur des écrits doctrinaux étudiant la jurisprudence de la CIJ ¹⁵³⁶ ou encore considère « **que l'objet et le but d'un traité peuvent notamment ressortir de son préambule** » ¹⁵³⁷.

De même, les groupes spéciaux et l'Organe d'appel font appel à différents concepts ou principes connus du droit international public comme le « **principe général de la chose jugée** » ¹⁵³⁸, « **certains principes largement admis du droit international** » et « **jugés applicables dans les procédures de règlement des différends de l'OMC** » ¹⁵³⁹ comme la bonne foi ou la présomption d'absence de conflit ¹⁵⁴⁰, le principe de la chose jugée comme « **principe général du droit** » ¹⁵⁴¹, un terme juridique comme le « **locus standi** » ¹⁵⁴², les « **règles habituelles du droit international public** » ¹⁵⁴³, « **un principe général** » du caractère cumulatif des obligations découlant de l'Accord sur l'OMC ¹⁵⁴⁴, ou encore « **la doctrine dite des "petites réserves" ou "exceptions mineures"** » concernant la Convention de Berne à laquelle l'Accord ADPIC renvoie ¹⁵⁴⁵. A *contrario*, les instances mémorandaires rejettent certaines notions après avoir évalué

¹⁵³⁴ Voir le Rapport WT/DS155/R, paragraphe 11.28, note 340.

¹⁵³⁵ Voir le Rapport WT/DS34/R, paragraphes 9.8 à 9.10 et note 248, paragraphe 9.9.

¹⁵³⁶ Voir sur ce point le Rapport WT/DS126/R, paragraphe 9.65, note 210.

¹⁵³⁷ WT/DS135/R, paragraphe 8.47. Voir note 35, même paragraphe.

¹⁵³⁸ WT/DS146 et 175/R, paragraphe 7.57. Dans son paragraphe 7.62, cette « chose jugée » n'est qu'un « principe » applicable « dans les juridictions internationales »

¹⁵³⁹ *Ibid.*

¹⁵⁴⁰ *Ibid.* note 332 dans laquelle le principe de bonne foi, « en même temps un principe juridique général et un principe général du droit international », est relié au Rapport de l'Organe d'appel WT/DS58/AB/R, paragraphe 158 et le principe de présomption d'absence de conflit au Rapport du groupe spécial WT/DS54, 55, 59 et 64/R, paragraphe 14.28.

¹⁵⁴¹ D'après la doctrine étudiant le Statut de la CIJ ainsi que la jurisprudence de cette dernière, et citée par le groupe spécial dans son Rapport WT/DS146 et 175/R, paragraphe 7.62, note 336.

¹⁵⁴² WT/DS27/ABR, p. 77, note 65. L'Organe d'appel définit ce terme par référence à des dictionnaires juridiques.

¹⁵⁴³ WT/DS152/R, paragraphe 7.80.

¹⁵⁴⁴ WT/DS34/R, paragraphe 9.92.

leur juridicité. Ainsi, « **la notion d'erreur sans conséquence** (...) **n'a pas encore valeur de principe général du droit international public** »¹⁵⁴⁶, de même que le principe de précaution après examen des débats doctrinaux et de la jurisprudence de la CIJ¹⁵⁴⁷. Il est difficile de déduire de ces quelques illustrations la constatation d'une utilisation de la source du droit international que représente les « **principes généraux de droit** » prévus par le Statut de la CIJ car les dénominations varient beaucoup en pratique et ne sont jamais identiques à celle prévue par ce Statut. Néanmoins, ces illustrations montrent que les instances mémorandaires s'intéressent à des principes ou notions extérieurs au droit de l'OMC, et ce sans qu'il soit nécessaire d'entrer dans les subtilités doctrinales ayant trait à la définition de ces principes généraux¹⁵⁴⁸.

Par ailleurs, les instances mémorandaires peuvent utiliser une combinaison jurisprudence-doctrine : l'Organe d'appel interprète un article du GATT de 1994 à la lumière de décisions – consultatives ou contentieuses – de la CIJ et d'écrits doctrinaux¹⁵⁴⁹ ; un groupe spécial utilise la technique de l'« **estoppel** »¹⁵⁵⁰ définie par cette combinaison¹⁵⁵¹ ; un autre groupe spécial aborde la question de la naissance d'une obligation internationale du fait d'une déclaration d'un représentant d'un Etat en se fondant sur la jurisprudence de la CIJ et sur des références doctrinales¹⁵⁵² ; la question de la présomption légale face aux exigences de la charge de la preuve est traitée par référence à la pratique des tribunaux internationaux, à la jurisprudence de la CIJ et à des écrits doctrinaux¹⁵⁵³. Pour finir, les instances mémorandaires font parfois « **feu de tout bois** » à l'appui de leurs constatations quand, par exemple, l'Organe d'appel tire le principe d'un pouvoir de déduction de « **la pratique générale et l'usage des tribunaux internationaux** » en se fondant sur « **tous les systèmes de droit** », la jurisprudence de la CIJ, une opinion individuelle d'un juge de la CIJ, des sentences arbitrales, ainsi que des références doctrinales¹⁵⁵⁴.

¹⁵⁴⁵ WT/DS160/R, paragraphe 6.48.

¹⁵⁴⁶ WT/DS156/R, paragraphe 8.22.

¹⁵⁴⁷ Voir le Rapport de l'Organe d'appel WT/DS26 et 48/AB/R, p. 57.

¹⁵⁴⁸ Voir pour exemples de l'état des débats : P.-M. Dupuy, *Droit international public*, Dalloz, 4^{ème} édition, Paris, 1998, pp. 301-308, ou encore J. Combacau, S. Sur, *op. cit.*, p. 104.

¹⁵⁴⁹ Voir pour exemple le Rapport WT/DS58/AB/R, paragraphe 130, note 109.

¹⁵⁵⁰ Cette technique anglo-saxonne en matière de preuve, utilisée par les juridictions et arbitres internationaux, est, par exemple, définie in P. Daillier et A. Pellet (N. Quoc Dinh †), *op. cit.*, p. 884.

¹⁵⁵¹ Voir le Rapport WT/DS135/R, paragraphe 8.60, note 45.

¹⁵⁵² Voir le Rapport WT/DS136/R, paragraphe 6.63, note 338.

¹⁵⁵³ Voir le Rapport WT/DS56/R, paragraphe 6.39 et notes de ce même paragraphe.

Enfin, l'équité doit être abordée avec soin, étant une source atypique du droit international public du fait de sa non-juridicité. Statuer en équité revient à statuer « **en dehors des règles de droit, selon des critères tels que la raison, l'utilité, la morale, le sentiment de justice, l'amour de la paix...** »¹⁵⁵⁵. Si les groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont bien pour fonction de dire le droit, la question se pose de la concurrence que peut exercer l'équité sur ce *juris dictio*. Cette interrogation n'est pas forcément pertinente. Certes, « **l'équité a souvent été opposée au droit (...). Cette opposition n'a peut-être nulle part été marquée avec plus d'insistance qu'en droit international** »¹⁵⁵⁶. Et, dans ce cadre, l'équité porterait atteinte à la juridicité de la fonction exercée par les instances mémorandaires, empêchant leur qualification juridictionnelle. Néanmoins, cette opposition entre droit et équité est réductrice car les relations entre droit et équité sont très complexes ; le concept d'équité ne doit pas être confondu avec « **l'usage qui en est fait dans l'expression ex æquo et bono** », de même qu'elle n'est pas non plus synonyme de justice¹⁵⁵⁷. « **Dans l'usage le plus habituel, l'équité est comprise comme une intuition directe de ce qui est juste ou injuste dans une situation particulière** » ; elle se rapproche de l'égalité dans le sens où il s'agit de prendre en compte une mesure, une proportionnalité¹⁵⁵⁸. Ainsi, l'on peut observer « **la part importante inhérente à tout jugement en équité. Il serait trop simple, cependant, de l'opposer au jugement en droit** ». L'équité « **a sa place (...) au moment de la création du droit. Comme le droit aussi, l'équité (...) est un remède à l'arbitraire. (...) L'équité trouve alors tout naturellement sa place dans le processus d'application du droit. Lorsque la règle est imprécise, lorsqu'elle est insuffisante, ou inadaptée, a fortiori lorsqu'aucune règle n'existe, l'équité peut, au contraire, devenir un système alternatif de traitement juridique de la situation particulière** »¹⁵⁵⁹. « **C'est dans l'application de la loi, et donc dans la subordination à la loi que l'équité trouve sa place dans les systèmes juridiques** »¹⁵⁶⁰. En outre, la CIJ considère l'équité comme « **partie intégrante des conditions d'interprétation et d'application de la règle de droit** »¹⁵⁶¹ et certains auteurs placent l'équité au sein des sources du droit international

¹⁵⁵⁴ Voir le Rapport WT/DS70/AB/R, paragraphe 202, note 128.

¹⁵⁵⁵ J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, op. cit., p. 358.

¹⁵⁵⁶ M. Virally, « L'équité dans le droit », in *Le droit international en devenir*, P.U.F., Publications de l'Institut Universitaire des Hautes Etudes Internationales (Genève), Paris, 1990, p. 405.

¹⁵⁵⁷ Voir *ibid.*, p. 406.

¹⁵⁵⁸ Voir *ibid.*, pp. 406-407.

¹⁵⁵⁹ *Ibid.*, pp. 410-411.

¹⁵⁶⁰ Reuter (P.), « Quelques réflexions sur l'équité en droit international », in *Le développement de l'ordre juridique international – Ecrits de droit international*, Economica, coll. Droit international, Paris, 1995, p. 24.

¹⁵⁶¹ P.-M. Dupuy, op. cit., p. 496. Voir dans le même sens : D. Ruzié, op. cit., p. 224 ; J. Combacau, S. Sur, op. cit., p. 565.

public, même si ce classement n'est pas unanime et s'opère de manière précautionneuse¹⁵⁶². Aussi l'absence d'opposition entre droit et équité renforce la juridictionnalité de la fonction des instances mémorandaires et rend la question précédente sans intérêt.

Nonobstant, la juridictionnalité matérielle du système mémorandaire peine à s'affirmer car les instances de règlement sont soupçonnées de chercher à garantir un équilibre entre les parties plutôt qu'à trancher le différend qui les oppose, et ce d'autant plus que le droit de l'OMC serait davantage axé sur l'atteinte d'objectifs que sur le respect d'une légalité. Aussi l'identification d'une équité généralisée dans la démarche de ces instances serait-elle une brèche considérable ouverte dans la qualification juridictionnelle, brèche dans laquelle s'engouffrerait la qualification diplomatique. L'effectivité de cette équité dans le système mémorandaire doit donc être précisée et évaluée.

Le dispositif normatif de l'OMC ne prévoit pas le respect d'un quelconque principe d'équité. Seules les Procédures de travail pour l'examen en appel posent le principe d'une **« équité et [du] bon déroulement d'une procédure d'appel »**¹⁵⁶³, principe parfois explicitement repris et activé¹⁵⁶⁴. De même est affirmé, en dehors de toute disposition écrite, un principe d'équité appliqué au déroulement de la procédure du groupe spécial¹⁵⁶⁵. Plus généralement, le Président de l'ORD parle d'un **« système de règlement des différends (...) équitable, efficace et impartial »**¹⁵⁶⁶ et l'Organe d'appel de **« l'équité élémentaire, ou ce qui est connu dans nombre de systèmes juridiques comme les droits de la défense ou la justice naturelle »**¹⁵⁶⁷. En outre, l'Organe d'appel oppose explicitement **« la mise au point de techniques en matière de contentieux [et] (...) le règlement équitable, rapide et efficace des différends commerciaux »**¹⁵⁶⁸. En outre, l'adjectif **« équitable »** est très souvent employé par les parties pour caractériser des évaluations ou comparaisons quantitatives, des relations commerciales ou autres liens entre les Membres.

Néanmoins, cette équité n'est pas **« une intuition directe de ce qui est juste ou injuste dans une situation particulière »**¹⁵⁶⁹, n'a pas la force d'une **« justice naturelle »**¹⁵⁷⁰ qui pourrait, à ce titre, être un concept comparable, complémentaire voire

¹⁵⁶² Voir pour exemples : P. Le Jeune, *Introduction au droit des relations internationales*, L.G.D.J., coll. Systèmes, Paris, 1994, pp. 54-55. ; C.-A. Colliard, L. Dubouis, *Institutions internationales*, Dalloz, coll. Précis, 10^{ème} éd., Paris, 1995, p. 125 ; A. Pellet *Droit international public*, P.U.F., coll. Mémentos Thémis, Paris, 1981, pp. 33-34.

¹⁵⁶³ Règle 16 1), document WT/AB/WP/7.

¹⁵⁶⁴ Voir les rapports de l'Organe d'appel WT/DS135/AB/R, paragraphes 50 et 52, et WT/DS138/AB/R, paragraphe 8.

¹⁵⁶⁵ Voir pour exemples : les rapports de l'Organe d'appel WT/DS122/AB/R, paragraphe 88, et WT/DS132/AB/R, paragraphe 107 ; les rapports de groupes spéciaux WT/DS121/R, paragraphe 7.20, et WT/DS163/R, paragraphes 6.1 et 6.15.

¹⁵⁶⁶ Compte-rendu de la réunion de l'ORD du 31 mai 1995, point 2.

¹⁵⁶⁷ WT/DS26 et 48/AB/R, paragraphe 133.

¹⁵⁶⁸ WT/DS108/AB/R, paragraphe 166.

concurrent du concept de droit ¹⁵⁷¹. Les instances emploient plus volontiers l'adjectif « **équitable** » que le nom commun d'équité qui connote une conception peu en rapport avec la notion d'équité telle que ces instances l'envisagent. En effet, il ne s'agit pas de juger en équité mais plus modestement d'organiser un déroulement procédural du règlement mémorandaire qui soit soucieux de l'impartialité des instances et respectueux de l'égalité entre les parties, ou encore de qualifier des relations ou des évaluations en lien avec les échanges commerciaux que les accords de l'OMC organisent ¹⁵⁷². Cette équité est donc bien loin de concurrencer la juridicité du travail des instances mémorandaires et, partant, de mettre en doute leur qualification juridictionnelle. Au contraire, l'équité procédurale conforte cette qualification dans la mesure où elle est à même d'assurer les principes du contradictoire et de l'impartialité, deux caractéristiques essentielles de la définition formelle d'une juridiction.

Le concept d'équité n'est pratiquement jamais évoqué au sein du fonctionnement du système mémorandaire. Quand il l'est, c'est pour le rejeter. Ainsi, un groupe spécial a-t-il considéré être « **tenu de fonder ses constatations sur le libellé du Mémoire d'accord. Nous ne pouvons tout simplement pas rendre une décision ex æquo et bono pour répondre à une préoccupation systémique sans lien avec le libellé explicite du Mémoire d'accord** » ¹⁵⁷³. De même, bien que de manière marginale, si un Etat Membre a pu énoncer une « **doctrine du "préjudice" que l'Organe d'appel et les groupes spéciaux ont greffée en équité, sur les dispositions du Mémoire d'accord** » ¹⁵⁷⁴, ce raisonnement n'a pas été repris par le groupe spécial auquel il avait été soumis.

¹⁵⁶⁹ M. Virally, « L'équité dans le droit », *op. cit.*, p. 406.

¹⁵⁷⁰ P. Robert, *Le Nouveau Petit Robert*, *op. cit.*, p. 902.

¹⁵⁷¹ Couramment, l'équité est comparée et opposée au droit positif. Voir pour exemple *ibid.*

¹⁵⁷² Impartialité et égalité peuvent être considérées comme des notions proches de l'équité. Voir par exemple P. Robert, *Le Nouveau Petit Robert*, *op. cit.*, pp. 902-903.

¹⁵⁷³ WT/DS79/R, paragraphe 7.23. Le raisonnement du groupe spécial est le suivant : « conformément à l'article 11 du Mémoire d'accord, le rôle du Groupe spécial est "de 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". En outre, au titre de l'article 3: 2 du Mémoire d'accord, le but de la procédure de groupe spécial est de "clarifier les dispositions existantes [des] accords [visés] conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public". Dans le même paragraphe il est dit ensuite que "Les recommandations et décisions de l'ORD ne peuvent pas accroître ou diminuer les droits ou obligations énoncés dans les accords visés", et l'article 19: 2 dispose également que "... dans leurs constatations et leurs recommandations, le groupe spécial et l'Organe d'appel ne pourront pas accroître ou diminuer les droits ou obligations énoncés dans les accords visés" ». Par ailleurs, il remarque, pour parfaire son raisonnement, que « le Mémoire d'accord n'est pas compris dans la définition des "accords visés" figurant à la première phrase de l'article 1: 1. Toutefois, la deuxième phrase de l'article 1: 1 indique clairement que les règles et procédures du Mémoire d'accord sont applicables aux différends concernant les droits et obligations des Membres au titre du Mémoire d'accord » (note 96).

¹⁵⁷⁴ WT/DS194/R, paragraphe 5.132.

L'acceptation et l'utilisation d'un principe d'équité, en dehors de considérations liées à la procédure, ne sont pas totalement bannies du raisonnement des instances mémorandaires. Bien que portant sur des questions rares et marginales, certains propos de l'Organe d'appel laissent croire à une possible future prise en considération explicite du principe d'équité comme critère de jugement. En effet, cette instance semble implicitement admettre qu' » **une raison impérative liée, par exemple, à la notion fondamentale d'équité ou à un cas de force majeure** » aurait pu l'inciter à ne pas respecter ses propres Procédures de travail ¹⁵⁷⁵. De même, un groupe spécial a pu traiter la question d' » **un "principe" autonome interdisant le "fractionnement abusif" des différends** » et conclure : **« on pourrait essayer de faire valoir qu'un tel principe relève des principes généraux relatifs à la régularité de la procédure ou d'un principe équitable comme la bonne foi ou l'abus de droit. Bien que ces notions puissent être pertinentes, dans certaines circonstances, pour le règlement des différends dans le cadre de l'OMC, le Groupe spécial n'est pas convaincu que les conditions qui pourraient justifier une telle décision sont réunies en l'espèce »** ¹⁵⁷⁶. Il reste que l'équité ici abordée par les instances mémorandaires est celle qui se rapproche du concept d'égalité et non celle qui s'oppose ou se substitue au concept de droit. Ainsi, sans pour autant constater une effectivité d'un jugement en équité, que les instances mémorandaires se gardent bien d'admettre explicitement, elles ne semblent pas foncièrement hostiles à la reconnaissance d'un principe d'équité qu'elles pourraient mettre en œuvre.

Paradoxalement, l'acceptation mesurée d'une certaine équité renforce la juridictionnalité du système mémorandaire en l'état actuel de son développement. En effet, d'un côté, l'avènement de l'équité en tant que principe concurrent du droit dans la fonction du *dictio* n'est pas à l'ordre du jour ; et cette préférence marquée pour le droit positif au détriment de l'équité renforce la constatation d'un *juris dictio* et, partant, d'une juridictionnalité matérielle du système mémorandaire. Nonobstant, d'un autre côté, l'absence de prise en considération sporadique de l'équité par les instances mémorandaires peut inversement caractériser une faible juridictionnalité matérielle : quand la règle est imprécise, incertaine, insuffisante ou inexistante, l'équité peut devenir **« un système alternatif de traitement juridique de la situation particulière »** ¹⁵⁷⁷ ; et l'équité sera à ce titre indispensable au bon fonctionnement général de l'instance de règlement. Son utilisation évitera le manque de rigueur, voire le blocage du raisonnement ; elle sera surtout le signe de la maturité et de la solidité d'une juridictionnalité avérée, ce que le système mémorandaire n'admet pas encore.

Ayant une existence récente et une mission toujours délicate face à des Etats souverains, les instances mémorandaires doivent fonder leur action sur le droit qui est à la fois leur compétence et leur limite ; et c'est cette fonction de bornage qui permet au système de fonctionner et de se consolider, aux Membres de l'accepter, de l'encourager

¹⁵⁷⁵ Voir son Rapport WT/DS2/AB/R, pp. 13-14.

¹⁵⁷⁶ WT/DS146 et 175/R, paragraphe 7.140.

¹⁵⁷⁷ M. Virally, « L'équité dans le droit », *op. cit.*, p. 411.

et de s'y soumettre, et aux instances de règlement d'en tirer une certaine légitimité. Admettre immédiatement et largement l'équité comme fondement des décisions romprait l'équilibre instable actuel favorisant une instauration recevable, légitimée et durable de la juridictionnalité et instaurerait un déséquilibre inacceptable au profit des instances, à l'encontre des souverainetés étatiques, de telle sorte que la viabilité du système serait condamnée.

Ainsi, dans le contexte d'un système de règlement récent consacré aux différends nés de l'application des accords OMC, l'absence de prise en considération de l'équité ne contrarie pas la constatation d'une juridictionnalité matérielle du système mémorandaire, et permet même de l'assurer. A terme, cette absence sera sans doute trop pesante pour garantir une qualification juridictionnelle pérenne du système ; elle risque de déstabiliser, voire de détruire des instances incapables de traiter sans l'équité des questions qui leur seront quand-même soumises. Cependant, l'attitude des instances de règlement à l'égard du principe d'équité n'est pas fermée ; elle n'est que précautionneuse. Aussi ces dernières pourront-elles certainement se donner les moyens d'activer au besoin le jugement en équité et le feront-elles sans effaroucher leurs interlocuteurs quand la maturité et la solidité de la juridictionnalité du système le permettra.

Ces quelques illustrations de l'utilisation par les instances mémorandaires de différentes sources formelles du droit international public extra-OMC ne prétendent ni à l'exhaustivité ni à la rigueur, quant à l'analyse matérielle de la fonction de ces instances. L'imperfection de leur choix ne remet cependant pas en cause l'observation d'une effective et large prise en considération du droit international extra-OMC par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel à l'appui de leurs constatations. Bien entendu, le système mémorandaire n'est pas un « **tribunal à la juridiction générale** » ; mais il n'est pas pour autant un « **système fermé** »¹⁵⁷⁸. Bien plus, une certaine « **banalisation juridique du système OMC** » est observable et il faut croire que « **le droit de l'OMC est pensé comme un droit mondial** »¹⁵⁷⁹.

De la sorte, le *juris dictio*, qui est la fonction de ces instances, n'est pas altéré par une contingence juridique trop importante de ses fondements. Au contraire, il n'est pas refermé sur le droit de l'OMC mais s'inscrit dans la pratique du droit international public général du fait, non seulement, d'une suggestion du Mémoire relayée et amplifiée par les instances de règlement quant aux règles d'interprétation du dispositif normatif de l'OMC mais, également, du volontarisme des instances provoqué par des Membres usant, à l'appui de leurs positions, d'arguments liés au droit international public général. Ainsi est mise à bas la critique d'une contingence inhérente à la nature même du droit de l'OMC. A la mission de *dictio* incombant aux groupes spéciaux ainsi qu'à l'Organe d'appel peut vraiment être accolé le qualificatif « *juris* ». La juridicité est intrinsèque, du fait de la pratique essentiellement, à la fonction que le Mémoire assigne à ces instances. Encore cette juridicité peut-elle être fragile si elle venait à manquer de cohérence sous

¹⁵⁷⁸ Marceau (G.), « A Call for Coherence in International Law – Praisers for the Prohibition Against “Clinical Isolation” in World Trade Organization Dispute Settlement », *J.W.T.* 33(5), 1999, pp. 107-115.

¹⁵⁷⁹ H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends au sein de l'OMC : naissance d'une juridiction... », pp. 328-334.

l'effet du temps. Aussi doit-elle être pérenne.

Chapitre II : La diffusion temporelle du *juris dictio*

L'action de dire le droit se caractérise par une diffusion spatiale du *juris dictio* mais elle est doit être également assurée par une diffusion temporelle. Elle doit s'inscrire dans une cohérence temporelle indéniable car la portée du *juris dictio* dépasse le seul différend traité ; elle l'inscrit dans l'effectivité et l'évolution du droit. Le *dictio* ne peut pas être soupçonné de ne constituer qu'une succession de tentatives diplomatiques de règlements de différends n'ayant entre elles aucun lien, alors que ce lien affirme le poids et la centralité d'un *juris dictio* véritable dans la dynamique du droit qu'il énonce.

De ces considérations appliquées au système mémorandaire de règlement des différends interétatiques, une difficulté majeure surgit immédiatement : une cohérence du *juris dictio* est difficile à trouver et à assurer. La raison est double : le système de règlement est composé de plusieurs phases et acteurs distincts ce qui, à première vue, semble révéler une hétérogénéité patente ; le système doit se confronter à des dispositions et des différends matériellement très hétéroclites puisque appartenant aux multiples accords gérés par l'OMC et qui n'ont en commun que la sphère commerciale, vaste au demeurant. Les conséquences de cette difficulté pourraient donc être, soit un conflit entre instances juridictionnelles au sein du même système de règlement, soit l'hétérogénéité de ce système qui ne serait composé que pour partie d'instances juridictionnelles, soit encore une inconstance des actions effectuées.

Le *juris dictio*, pourtant indispensable à la caractérisation d'une juridiction, serait alors divergent, concurrencé ou faible et, de la sorte, perdrait de sa centralité et de sa crédibilité. Il ne posséderait pas cette cohérence et cette constance qui en font un moteur d'efficacité et de développement du droit. Partant, il perdrait de sa force, du fait de sa trop grande dilution dans un système qui deviendrait alors un simple règlement juridique contingent des différends et non un système véritablement et durablement juridictionnel. L'incohérence du *juris dictio* n'ôterait pas au système sa juridicité mais sa juridictionnalité, dans la mesure où la juridiction, par son action de dire le droit, ne se contente pas de participer au règlement du différend d'espèce mais remplit de la sorte un rôle essentiel constant dans l'effectivité et l'évolution du droit de manière générale.

Aussi l'action de dire le droit doit-elle bénéficier d'une diffusion temporelle d'un *juris dictio* unifié, d'abord au fur et à mesure du déroulement de la procédure de règlement d'un seul différend (Section 1), ensuite par-delà le seul différend d'espèce, par le biais d'une continuité des décisions et non plus seulement par celui de la décision s'appliquant au différend, c'est-à-dire, en d'autres termes, par la reconnaissance d'une jurisprudence (Section 2).

Section 1 : L'unité de la décision de règlement

La question de la détermination d'un *juris dictio* unifié, fruit du déroulement procédural mémorandaire, trouve un début de réponse dans la cohérence formelle certaine de ce *juris dictio*. Cette cohérence est fondée sur le Mémoire, développée par la pratique,

et relevée sur les plans organique et procédural. L'étude précédemment menée sur ces deux plans établit, malgré l'apparente hétérogénéité des étapes du règlement mémorandaire, l'assise formelle d'un *juris dictio* unifié¹⁵⁸⁰. Un resserrement organique et une continuité procédurale organisent un système mémorandaire de forme juridictionnelle au fonctionnement suivant : le traitement d'un différend soumis à ce système débute par une phase de discussions entre les parties préluant à un mécanisme de résolution par intervention d'instances tierces, à double degré, que sont le groupe spécial puis l'Organe d'appel¹⁵⁸¹. De la sorte, l'organisation formelle du système mémorandaire s'apparenterait à celle d'un système juridictionnel classique de droit interne : le différend est résolu par une intervention à double degré d'instances de règlement, après être passé par une phase préalable amiable de discussions. Et, à cette cohérence formelle vient s'ajouter la diffusion spatiale d'un *juris dictio* matériel, diffusion expliquée par l'identité de la mission de chacune des instances de règlement qui est de dire le droit. L'association de la cohérence formelle du système mémorandaire et de la diffusion d'un *juris dictio* est le fondement du caractère unifié du *juris dictio* énoncé par les instances mémorandaires.

Néanmoins, la cohérence matérielle et la diffusion spatiale favorisent très nettement le caractère unifié du *juris dictio* opéré par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel mais ne le fondent pas complètement. En effet, l'effectivité de l'unité matérielle du *juris dictio* ne pose pas seulement la question d'une concentration de la forme et d'une identité de l'action des instances mémorandaires, mais elle pose également la question de l'articulation entre ces mêmes instances. Un *juris dictio* unifié ne suppose pas deux actions similaires et parallèles mais, bien plus, une seule et même action effectuée par des acteurs aux rôles respectifs distincts et complémentaires. L'unité matérielle du *juris dictio* émanant du système mémorandaire – unité qui confirmera la juridictionnalité de ce dernier – sera par conséquent dépendante de la réalité et des caractéristiques de l'articulation entre les instances de règlement.

Cohérence et unité du *juris dictio* doivent être distinguées. La première se contente d'une dualité, au sein d'un même système, d'actions distinctes de dire le droit et, partant, d'une dualité de juridiction, alors que la seconde a pour résultat un *juris dictio* unique énoncé par le système de règlement considéré comme une entité unique. Or, la juridictionnalité du système mémorandaire ne peut se satisfaire d'une dualité de juridiction alors qu'une dualité de droit ou encore de justiciables n'existe pas. Le système mémorandaire a en charge le règlement des différends issus de l'application du droit de l'OMC et opposant des Etats Membres de cette Organisation ; il ne peut donc admettre une telle dualité qui porterait un préjudice grave à sa cohérence et à son efficacité. C'est lui qui doit être qualifié de juridictionnel et non simplement chacune des phases le

¹⁵⁸⁰ Cette idée est l'objet de la première Partie.

¹⁵⁸¹ Une fois le différend traité, se met en place un mécanisme d'exécution ayant pour but d'assurer l'effectivité du règlement précédemment opéré. La phase de l'exécution peut mobiliser également les groupes spéciaux et l'Organe d'appel qui, cette fois, traiteront le différend induit par la résolution du différend initial au titre de l'article 21 : 5. Cette exécution est l'objet du Titre suivant. Elle n'a que peu à voir avec le règlement du différend initial puisqu'elle ne s'attache qu'à l'effectivité de son règlement et non à la teneur matérielle de ce règlement. Aussi fera-t-elle l'objet de l'entier Titre suivant et ne sera-t-elle pas présentement traitée, sauf en ce qu'elle concerne l'action des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel.

composant, puisque la recherche d'une grille de lecture du système mémorandaire ne peut se contenter de ne considérer que les composantes et non l'intégralité du système. Ainsi, la constatation d'une cohérence formelle, pas davantage que celle d'un *juris dictio* défini dans sa dimension spatiale, ne suffisent à établir une unité matérielle pourtant indispensable à la diffusion temporelle du *juris dictio*.

Ces deux constatations ne sont que les fondations d'une unité matérielle effective qui doit être établie par l'analyse de l'articulation entre les groupes spéciaux et l'Organe d'appel, analyse qui définira les rapports qu'entretiennent les groupes spéciaux et l'Organe d'appel ainsi que leur contribution respective à l'énoncé d'un *juris dictio* unique. Pour que puisse être formulée la constatation d'un *juris dictio* unique caractéristique du système mémorandaire, il faut que l'articulation entre les groupes spéciaux et l'Organe d'appel organise une hiérarchisation entre les instances et entre leur action respective. De la sorte, l'articulation sera forcément effective et évitera que ne puisse se réaliser une concurrence irrémédiable et dommageable entre les deux instances quant à leur action respective, concurrence qui empêcherait toute unité d'un *juris dictio*. Elle évitera ainsi les empiètements par une instance des attributions de l'autre. Ensuite, elle assurera la réalisation d'un *juris dictio* par gradation et, de ce fait, garantira son unicité ainsi que sa légitimité et sa portée en évitant le juge unique, péremptoire et expéditif. Enfin, elle permettra, la diffusion de l'objectif d'un *juris dictio* unique tout au long de la procédure et influera ainsi sur la rigueur et la cohésion des instances œuvrant à la résolution du différend.

Le Mémoire prévoit, malgré les apparences ¹⁵⁸², un mécanisme d'utilisation simple qui permet d'assurer la hiérarchie des instances. A l'issue d'un échec des consultations, le plaignant peut porter l'affaire devant un panel alors spécialement établi, composé et doté d'un mandat ¹⁵⁸³. Celui-ci rédigera un rapport dans lequel sera dit le droit applicable aux questions induites par le différend qui lui est soumis ¹⁵⁸⁴. Le rapport ainsi rédigé par le groupe spécial « **sera adopté à une réunion de l'ORD, à moins qu'une partie au différend ne notifie formellement à l'ORD sa décision de faire appel (...). Si une partie a notifié sa décision de faire appel, le rapport du groupe spécial ne sera pas examiné par l'ORD, en vue de son adoption, avant l'achèvement de la procédure d'appel** » ¹⁵⁸⁵. L'Organe d'appel, qui « **connaîtra des appels concernant des affaires soumises à des groupes spéciaux** » ¹⁵⁸⁶ pourra donc éventuellement être saisi pour examiner à son tour le différend et rédigera un rapport qui sera adopté par l'ORD ¹⁵⁸⁷. Par ailleurs, la possibilité pour une partie de faire appel du rapport du groupe

¹⁵⁸² Si la lecture du Mémoire montre, à bien des égards, la complexité du système de règlement des différends au sein de l'OMC, une simplicité découle de l'étude formelle de la pratique, menée dans la Partie précédente.

¹⁵⁸³ Voir sur ce point le Mémoire, articles 4, 6, 7 et 8.

¹⁵⁸⁴ Voir le Mémoire, articles 7 et 11.

¹⁵⁸⁵ Article 16 : 4 du Mémoire.

¹⁵⁸⁶ Article 17 : 1.

spécial est enfermée dans une condition de délai ¹⁵⁸⁷. C'est cette dernière condition qui vient unifier le *juris dictio* en précisant le rapport hiérarchique entre les instances : c'est la décision du groupe spécial qui s'appliquera seule au règlement du différend de l'espèce si l'appel n'est pas formulé. Ce mécanisme, relativement peu complexe, met en place une hiérarchie des instances puisque l'Organe d'appel n'intervient qu'après le groupe spécial et que ce passage entre les deux instances est définitif et à sens unique.

Nonobstant, la simplicité apparente d'utilisation, par les parties, de l'articulation entre le groupe spécial et l'Organe d'appel n'empêche pas la complexité de sa caractérisation. Or, cette dernière doit être abordée car la description précédente du mécanisme mémorandaire se contente d'établir d'un point de vue procédural une direction et un sens. Ces deux derniers constituent une condition nécessaire mais non suffisante de l'existence d'une hiérarchisation des instances. Une approche matérielle doit donc être adoptée qui s'efforcera de formuler la caractérisation de cette hiérarchisation. Ici encore, le Mémoire est assez clair sur la fonction respective du groupe spécial et de l'Organe d'appel. Le premier, du fait du mandat qui lui est confié pour le différend qu'il doit traiter, procède à une confrontation entre les faits de la cause et les dispositions pertinentes du droit de l'OMC afin de dire le droit applicable aux questions que le différend suscite ¹⁵⁸⁹. Le second « **examinera chacune des questions soulevées conformément au paragraphe 6 pendant la procédure d'appel** » ¹⁵⁹⁰, lequel paragraphe dispose que « **l'appel sera limité aux questions de droit couvertes par le rapport du groupe spécial et aux interprétations du droit données par celui-ci** », et « **l'Organe d'appel pourra confirmer, modifier ou infirmer les constatations et conclusions juridiques du groupe spécial** » ¹⁵⁹¹.

Le Mémoire organise de la sorte une hiérarchie entre le groupe spécial et l'Organe d'appel : le premier, juge en fait et en droit le cas d'espèce et le second, juge en droit le travail du premier. Sans aucun doute cette articulation contribue-t-elle à garantir l'unicité du *juris dictio* formulé par le système mémorandaire puisqu'une hiérarchie par le contrôle, et non une concurrence par la fixation d'une mission identique, est assurée entre deux instances traitant du même différend : la seconde contrôle la pertinence du raisonnement juridique que la première a appliqué aux faits étudiés. Cette articulation de type hiérarchique a des conséquences, précédemment énoncées, à même d'assurer un *juris dictio* unifié : elle est effective et empêche la concurrence des actions des instances ; elle est précise et répartit les attributions de chacune des deux instances au sein d'une mission unique ; elle assure la réalisation d'un *juris dictio* unique par gradation ; elle permet la diffusion de l'objectif d'un *juris dictio* unique tout au long de la procédure et

¹⁵⁸⁷ Voir l'article 17 : 14.

¹⁵⁸⁸ Voir l'article 16 : 4.

¹⁵⁸⁹ Voir les articles 7 et 11 du Mémoire.

¹⁵⁹⁰ Article 17 : 12.

¹⁵⁹¹ Article 17 : 13.

assure de la sorte la cohérence d'action des instances œuvrant à la résolution du différend.

Cependant, cette hiérarchie, telle qu'elle est organisée par le texte du Mémoire, n'est pas totale. En effet, le lien de subordination caractérisant les rapports que le groupe spécial entretient avec l'Organe d'appel est tronqué car le Mémoire ne prévoit cette hiérarchie que sous la forme d'un contrôle qui est à la fois exclusivement juridique – et non au niveau de l'interprétation des faits – et forcément facultatif – puisque mené sur l'initiative d'une partie appelante. Aussi cette hiérarchie ne s'applique-t-elle qu'au raisonnement juridique suivi par le groupe spécial et non à la dimension factuelle du travail de cette instance. En outre, cette hiérarchie peut ne pas être effective si aucun appel n'est effectué par au moins l'une des deux parties au différend à l'issue de la rédaction du rapport du groupe spécial. Or, le *juris dictio* est une formulation, après confrontation des faits de l'espèce au dispositif normatif de l'OMC, du droit applicable aux questions que pose le différend particulier. Et, au vu du texte du Mémoire, seul le groupe spécial répond explicitement et précisément à cette définition. L'action de l'Organe d'appel ne correspond à cette définition qu'à la condition que l'on considère comme des faits les conclusions juridiques du rapport du groupe spécial soumises à l'examen en appel.

Il n'est donc pas certain que le Mémoire prévoit une hiérarchie capable d'assurer l'effectivité d'un *juris dictio* unifié et, partant, capable de confirmer la juridictionnalité du système mémorandaire dans son ensemble. Au contraire, l'unification s'effectue par un contrôle hiérarchique juridique et facultatif qui est de nature à altérer l'existence d'un *juris dictio* unifié, car le seul véritable titulaire de ce *dictio* sera le groupe spécial et non l'Organe d'appel. Ce dernier se contentera, s'il est saisi, de confirmer ou d'infirmer les conclusions juridiques du groupe spécial et, de la sorte, pourra être soupçonné de porter atteinte au *juris dictio* formulé par le groupe spécial en modifiant le raisonnement juridique de celui-ci. Finalement, une unification outrancière de l'aspect juridique est susceptible de nuire à l'analyse des faits de la cause et, de ce fait, de substituer au *juris dictio* une analyse exclusivement juridique en lui faisant perdre son aspect factuel.

Aussi cette hiérarchisation, en apparence claire et effective à la lecture du Mémoire, doit-elle être plus précisément analysée afin d'évaluer son action réelle sur l'unité du *juris dictio* que le système mémorandaire a pour mission de formuler. Cette analyse passe par l'identification rigoureuse de l'articulation instaurée entre le groupe spécial et l'Organe d'appel, identification qui est d'appréhension difficile. La dénomination « **d'appel** » formulée par le Mémoire semble à première vue clairement qualifier l'articulation et la hiérarchie choisies : l'Organe d'appel étant une instance d'appel, le groupe spécial sera donc une instance de premier degré soumise à cet Organe qui sera, lui, une instance de second degré. Pour illustrer cette articulation particulière, une mise en parallèle du système mémorandaire avec le modèle de l'organisation juridictionnelle commune de droit interne est possible. Elle donne un système OMC comparable à un système judiciaire interne composé de deux degrés de juridiction, le second degré étant constitué par l'instance d'appel. De la sorte, un *juris dictio* double est prononcé mais une unification est opérée par la prévision d'une hiérarchie faisant *in fine* prévaloir le second

dictio sur le premier, ce qui confère une juridictionnalité certaine à l'ensemble du système mémorandaire.

Cependant, considérer qu'une phase d'appel se trouve au sommet de la hiérarchie des étapes successives d'un système juridictionnel est une conclusion peu satisfaisante. Plutôt qu'un *juris dictio* unifié, cette considération déboucherait sur la constatation d'un *juris dictio* monopolistique du second degré se substituant¹⁵⁹² définitivement au *dictio* formulé par le premier degré¹⁵⁹³. Il n'y aurait pas unification d'un *juris dictio* par assemblage des travaux successifs et distincts menés respectivement par les instances composant le système de règlement mais imposition d'un *juris dictio* formulé tantôt par la seconde instance – quand elle est saisie, tantôt par la première instance – quand aucun appel n'est effectué. Un *juris dictio* unique ressortirait du système mais il serait le fait d'une seule instance le composant et non le fruit d'un mécanisme assurant la complémentarité des acteurs. Il aurait obligatoirement une seule source qui serait soit fragile – car la première instance est généralement supposée n'être qu'une première étape suivie par l'intervention d'une instance supérieure – soit péremptoire – car la seconde instance imposerait ses propres conclusions en ne tenant aucun compte de la première instance. La pertinence d'une juridictionnalité matérielle serait alors éteinte.

Nonobstant, caractériser définitivement l'articulation entre groupe spécial et Organe d'appel par la seule analyse des dénominations employées dans le Mémoire serait réducteur. Ce serait surtout inexact car l'étude du Mémoire et de sa pratique montrent que l'Organe d'appel ne peut être totalement identifié à une instance de second degré gérant une phase traditionnelle d'appel. Aussi la conclusion précédente peu satisfaisante de la prépondérance hiérarchique d'une instance d'appel se trouve-t-elle infirmée.

Encore faut-il préciser l'identification à donner à cet Organe « *d'appel* » et cette analyse peut être menée par confrontation de l'articulation mémorandaire avec l'organisation judiciaire française. Il est, certes, discutable de ne prendre comme référence que le système juridictionnel français pour caractériser la hiérarchie à l'œuvre dans le système mémorandaire, dans la mesure où celui-ci est de dimension internationale et que les modèles étrangers ne sont ni similaires ni uniformes¹⁵⁹⁴.

¹⁵⁹² Le terme de « substitution » est ici préféré à celui d'« annulation » car, selon Kelsen, « *si une juridiction décide un cas concret, et si elle affirme avoir pour le faire appliqué une certaine norme générale, la question est décidée dans un sens positif, et elle demeure décidée aussi longtemps que la décision n'est pas annulée par celle d'une juridiction de rang supérieur. Car (...) la décision d'une juridiction de première instance (...) n'est pas nulle, même si elle est considérée ultérieurement "comme contraire au droit" par la juridiction d'appel (...). Elle ne peut être annulée que par une procédure prévue et réglée par l'ordre juridique : elle est donc simplement annulable. C'est seulement lorsque l'ordre juridique prévoit une telle procédure d'annulation que la décision peut être attaquée par les parties* ». Voir H. Kelsen, *op. cit.* p. 265.

¹⁵⁹³ Cette considération déboucherait sur la constatation d'un *juris dictio* monopolistique du premier degré si la saisine facultative de l'instance du second degré n'est pas effectuée.

¹⁵⁹⁴ En effet, d'après M. Bergel (*in Théorie générale du droit, op. cit.*, pp. 325-326), selon les Etats, cette hiérarchie n'est pas la même. Le sommet est différent, n'est pas forcément qu'une cassation, les tribunaux de première instance varient en nombre, répartition et missions, etc. Par exemple, le mécanisme de cassation avec renvoi est ignoré dans certains pays.

Néanmoins, cette démarche se justifie par le souci de clarification du fonctionnement mémorandaire, souci fondant le présent propos. Une grille de lecture de l'articulation entre les instances mémorandaires doit être choisie et cette grille « **française** » ne paraît pas moins pertinente qu'une autre grille nationale ou internationale, et ce d'autant plus que de nombreux modèles sont sensiblement équivalents au modèle français et qu'un modèle international ne peut se dégager car les juridictions internationales extra-OMC ne sont que rarement constituées d'un système à double détente¹⁵⁹⁵.

Selon cette grille d'analyse, l'Organe d'appel ne peut être considéré à proprement parler comme une juridiction du second degré. Il a pour fonction, d'après le Mémoire¹⁵⁹⁶, de traiter les questions de droit et interprétations du droit, formulées par le rapport du groupe spécial non de rejurer l'affaire selon une démarche et pour un résultat identiques à ceux du groupe spécial qui l'a précédé. Il ne s'attache pas à la caractérisation des faits et à leur confrontation au droit existant, pas plus qu'il ne s'attache directement au différend à traiter. Il demeure ancré sur le seul traitement des questions de droit soulevées par le rapport du groupe spécial et soumises par l'appelant, et il a très tôt défini « **la ligne de division entre les questions de droit et les questions de fait** »¹⁵⁹⁷. Ainsi, il est inexact de parler de second degré de juridiction dans la mesure où l'Organe d'appel n'a pour fonction ni un réexamen complet du différend initialement soumis au groupe spécial ni un raisonnement et la formulation d'un *juris dictio* équivalents dans leur teneur – même si les constatations et conclusions diffèrent – à ceux précédemment construits par la première instance saisie. Le groupe spécial juge en fait et en droit un différend et l'Organe d'appel juge en droit ce jugement.

Cette distinction posée par le Mémoire est assurée en pratique par une démarche précautionneuse de l'Organe d'appel. Il est d'abord fort peu fréquent que l'Organe d'appel confirme dans leur totalité les conclusions des groupes spéciaux. Même si, dans certaines de ses conclusions, l'Organe d'appel se contente de constater des

¹⁵⁹⁵ Il n'y a guère que le système juridictionnel du droit communautaire qui prévoit deux degrés de juridiction, avec la CJCE qui constitue le second degré du Tribunal de première instance. Encore cette double détente n'est-elle pas généralisée mais dépend-elle des caractéristiques du différend soumis. Encore cet exemple n'est-il pertinent que dans la mesure où le droit communautaire ne serait pas considéré comme *sui generis* et sorti de la sphère du droit international public. D'autres exemples localisés exceptionnels peuvent être cités : certains tribunaux comme le Tribunal administratif de l'Organisation internationale du travail admettent qu'un appel puisse être fait devant la CIJ, de même que certaines décisions arbitrales. Néanmoins, les conditions de cet appel sont restrictives et il n'est pas question de voir dans cette articulation la mise en place d'un système juridictionnel autonome. En outre, ces exemples ne concernent que des domaines somme toute annexes du droit international public général. Ni la CIJ ni la CPI ni les grandes cours internationales consacrées aux droits de l'homme, ni le Tribunal du droit de la mer n'appartiennent à un système juridictionnel à double niveau de juridiction. Les tribunaux pénaux internationaux pour le Rwanda et pour l'ex-Yougoslavie partagent la même chambre d'appel mais, là encore, ces juridictions sont provisoires et de compétence très contingente puisque consacrée au droit pénal international appliqué dans une région délimitée.

¹⁵⁹⁶ Voir sur ce point l'article 17 : 6 du Mémoire, à lire à la lumière des paragraphes 1 et 12 de cet article 17.

¹⁵⁹⁷ C.-D. Ehlermann, « 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.* 36(4), 2002, pp. 621. Comme le précise cet ancien Membre de l'Organe d'appel, la première affaire ayant fixé cette ligne est l'affaire *Hormones* (DS26 et 48).

erreurs et d'infirmer des constatations du groupe spécial sans pour autant infirmer le sens des conclusions auxquelles ce dernier a abouti ¹⁵⁹⁸, cet Organe infirmera très souvent tout ou partie des constatations et conclusions des rapports de groupes spéciaux qui lui sont soumis ¹⁵⁹⁹. Ainsi, les exemples sont nombreux de la réalité de la mission que l'Organe d'appel exécute. L'examen des conclusions qu'il formule montre qu'il se fixe sur les constatations et conclusions du groupe spécial.

La rédaction des conclusions de l'Organe d'appel est constante : « ***l'Organe d'appel (...) confirme*** » ou « ***infirme*** » « ***la constatation*** », « ***la conclusion*** » ou « ***les constatations et conclusions*** » « ***du groupe spécial énoncée[(s)] (...) selon laquelle [ou lesquelles] (...)*** » ¹⁶⁰⁰. Quelques variations sont à signaler qui vont dans le même sens quand, par exemple, l'Organe d'appel « ***confirme le refus du Groupe spécial*** » ¹⁶⁰¹, « ***conclut que le groupe spécial (...)*** » ¹⁶⁰², « ***s'abstient d'examiner la constatation du Groupe spécial (...)*** » ¹⁶⁰³, « ***constate que le Groupe spécial a fait erreur dans son interprétation (...)*** » ¹⁶⁰⁴ ou qu'il « ***a fait fausse route*** » ¹⁶⁰⁵. D'autres conclusions ne remettent pas non plus en cause la focalisation de l'Organe d'appel sur sa mission de juge du groupe spécial quand, par exemple, il « ***s'abstient de statuer sur les appels conditionnels*** » ¹⁶⁰⁶ ou encore « ***estime qu'il n'est pas nécessaire de trancher séparément la question de savoir si (...)*** » ¹⁶⁰⁷.

Cette démarche laisse à penser que, bien loin d'une juridiction du second degré, l'Organe d'appel est en réalité une juridiction de cassation. En effet, cette instance juge en droit les constatations et conclusions d'une autre instance qui s'est prononcé

¹⁵⁹⁸ Voir pour exemples les conclusions de l'Organe d'appel dans ses rapports WT/DS34/AB/R, WT/DS58/AB/R, ou encore WT/DS70/AB/RW.

¹⁵⁹⁹ Moins du quart des rapports de groupes spéciaux suivis d'un appel font l'objet d'une confirmation générale de la part de l'Organe d'appel, soit, au 26 juin 2003, 11 rapports sur les 54 qui lui ont été soumis, qu'ils soient initiaux ou de l'exécution. Ce dernier chiffre ne tient pas compte du désistement d'appel de l'affaire DS146 et 175 qui n'a pas empêché la rédaction d'un rapport de l'Organe d'appel le constatant.

¹⁶⁰⁰ Voir pour exemples les rapports WT/DS108/AB/R et WT/DS121/AB/R.

¹⁶⁰¹ V. pour ex. le Rapport WT/DS136 et 162/AB/R.

¹⁶⁰² V. pour ex. le Rapport WT/DS121/AB/R.

¹⁶⁰³ V. pour ex. le Rapport WT/DS108/AB/R.

¹⁶⁰⁴ V. pour ex. le Rapport WT/DS108/AB/RW.

¹⁶⁰⁵ V. pour ex. le Rapport WT/DS18/AB/R.

¹⁶⁰⁶ V. pour ex. le Rapport WT/DS136 et 162/AB/R.

¹⁶⁰⁷ V. pour ex. le Rapport WT/DS161 et 169/AB/R.

préalablement et obligatoirement sur le règlement du différend qui lui a été soumis. Elle n'examine pas les faits ni ne les confronte au dispositif normatif de l'OMC, cette mission étant celle du groupe spécial dont elle est simplement chargée de contrôler le raisonnement et les conclusions juridiques. Elle est au sommet de la hiérarchie des instances de règlement puisqu'elle contrôle les aspects juridiques du rapport du groupe spécial et qu'elle est la dernière à intervenir sur le règlement du différend soumis initialement au groupe spécial¹⁶⁰⁸. Ce soupçon de « **cassation** » est d'ailleurs partagé par bon nombre d'analystes attentifs du système mémorandaire¹⁶⁰⁹.

Par exemple, Mme Ruiz Fabri explique que « ***l'appel est en principe une voie de recours tendant à faire annuler ou réformer un jugement de première instance ou de premier ressort. On identifie ainsi, à titre générique, deux fonctions distinctes dans leur portée et leurs effets*** » : « ***la réformation*** » et « ***l'annulation*** ». « ***Seule la première fonction assure un rejugement de l'affaire et est classiquement considérée comme correspondant à la raison d'être de l'appel ou, du moins, comme le différenciant fondamentalement de la cassation dont la deuxième fonction le rapproche au contraire complètement. (...) Apprécié en référence à ce modèle, l'appel de la procédure O.M.C. ne paraît pas tout à fait abouti. Car certes, l'Organe d'appel a un pouvoir de réformation (ou, formellement, de proposition de réformation) mais il est limité aux seules questions de droit, ce qui correspond plutôt à une approche cassatoire. (...) Au plan international, c'est une procédure sans équivalent, unique*** »¹⁶¹⁰.

Ainsi, s'il est évident que l'Organe d'appel s'éloigne foncièrement du modèle classique de l'appel, le qualifier franchement d'organe de cassation n'est pas chose aisée ; et les auteurs semblent préférer affirmer que l'Organe d'appel s'approche de la cassation. Cette prudence est tout à fait justifiable dans la mesure où le système mémorandaire tel qu'il est prévu et appliqué n'affirme pas clairement le caractère cassatoire de l'Organe d'appel. En effet, ce dernier a bien pour mission d'examiner la décision d'une juridiction inférieure sur le plan du droit et pour compétence d'infirmer le cas échéant des constatations et conclusions de cette instance, et non de rejurer totalement l'affaire pour rendre une décision qui se substituera irrémédiablement à celle rendue par la première instance. Cependant, si, en ce sens, l'Organe d'appel a bien une fonction cassatoire, celle-ci est largement atténuée par l'absence d'un mécanisme de renvoi couplée à un mécanisme de réformation plus proche de l'appel que de la cassation¹⁶¹¹. L'Organe d'appel infirmant certaines constatations ou conclusions du groupe spécial

¹⁶⁰⁸ Certes, ces considérations omettent le rôle en apparence central de l'ORD mais, en pratique, ce dernier n'a qu'un rôle symbolique puisque le mécanisme du consensus négatif annihile toute influence décisive sur l'adoption ou encore la teneur des rapports rédigés par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel.

¹⁶⁰⁹ Voir pour exemples J.-L. Goutal, « Le rôle normatif de l'Organisation mondiale du commerce », *Les Petites Affiches*, n° 5, 11 janvier 1995, p. 26, ou encore H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », *J.D.I.* 3, 1997, p. 742.

¹⁶¹⁰ H. Ruiz Fabri, « L'appel dans le règlement des différends de l'OMC : trois ans après, quinze rapports plus tard », *R.G.D.I.P.*, Tome 103, 1999, pp. 52-53.

doit même les modifier car le Mémoire ne prévoit pas de renvoi au même ou à un autre groupe spécial. Au contraire, ce texte dispose que « ***l'Organe d'appel pourra confirmer, modifier ou infirmer les constatations et conclusions juridiques du groupe spécial*** »¹⁶¹². De plus, paradoxalement, les conclusions et recommandations auxquelles les Membres doivent se conformer sont celles du « ***groupe spécial ou l'Organe d'appel*** »¹⁶¹³ et non celles du groupe spécial telles qu'éventuellement modifiées par l'Organe d'appel ; de la sorte, l'Organe d'appel se substitue au groupe spécial et réforme plus qu'il n'annule la décision dudit groupe spécial.

Si cette prudence doctrinale est justifiée par l'ambiguïté de la fonction de l'Organe d'appel, elle reste peu satisfaisante dans un souci de clarification et de catégorisation du fonctionnement du système mémorandaire. Bien sûr, il est toujours possible de considérer l'Organe d'appel comme une instance de cassation doublée d'un rôle de « ***substitution*** » en se rangeant aux conclusions de Mme Ruiz Fabri qui affirme que l' « ***on est plus proche de la logique du recours en cassation du droit interne, étant entendu que le point de vue de l'organe d'appel, s'il diffère de celui du groupe spécial, s'y substitue*** »¹⁶¹⁴. Mais l'étude de la pratique peut permettre de préciser cette catégorisation particulière. En réalité, l'affirmation d'une cassation n'est que timide et relativisée du fait de l'absence d'un mécanisme de renvoi qui gêne considérablement les auteurs qui, de ce fait, constatent que l'Organe d'appel ne fait que s'approcher de la cassation. Cependant, cette prudence peut être écartée en considérant, par exemple, que la Cour de cassation française peut prononcer un arrêt de cassation sans renvoi¹⁶¹⁵ parce qu'il n'y a rien à juger¹⁶¹⁶ ou parce qu'elle applique la règle de droit appropriée¹⁶¹⁷ et, ainsi, mettre fin à l'affaire.

Surtout, cette prudence dans la qualification cassatoire peut être relativisée par l'étude des conclusions de l'Organe d'appel énoncées dans ses différents rapports. Certes, cette instance formule ses propres constatations sur l'affaire initialement soumise au groupe spécial quand les conclusions de celui-ci sont infirmées et qu'il apparaît nécessaire à l'Organe d'appel d'agir de la sorte consécutivement à cette infirmation¹⁶¹⁸,

¹⁶¹¹ Voir sur ce point *ibid.* : la réformation y est définie comme consistant « *pour le juge d'appel à modifier en tout ou en partie la décision de la première instance, considérant qu'elle n'a pas donné au litige la solution justifiée par les faits de l'espèce et les règles de droit applicables* », et l'annulation comme sanctionnant « *l'irrégularité du jugement rendu, donc sa nullité résultant des vices de procédure ou de forme qui l'entachent* ».

¹⁶¹² Article 17 : 13.

¹⁶¹³ Voir pour exemples les articles 19 : 1 et 26 : 1.

¹⁶¹⁴ H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », *J.D.I.* 3, 1997, p. 742.

¹⁶¹⁵ Article 627 du Nouveau code de procédure civile (N.C.P.C.).

¹⁶¹⁶ Article L131-5 al. 1 du Code de l'organisation judiciaire (C.O.J.) et article 626 N.C.P.C.

¹⁶¹⁷ Article L131-5 al. 2 C.O.J.

mais les infirmations ne sont pas toujours, loin s'en faut, suivies par des conclusions de l'Organe d'appel¹⁶¹⁹ ; elles sont même majoritairement non suivies de telles conclusions. Plus explicitement, l'Organe d'appel affirme bien ne pas se départir de sa mission de juge de droit et a pu, quand il formule ses propres conclusions, prendre soin de préciser : **« nous connaissons les dispositions de l'article 17 du Mémoire d'accord qui précisent nos compétences et notre mandat. L'article 17: 6 du Mémoire d'accord se lit ainsi : "L'appel sera limité aux questions de droit couvertes par le rapport du groupe spécial et aux interprétations du droit données par celui-ci." À l'article 17: 13 du Mémoire d'accord, il est dit : "L'Organe d'appel pourra confirmer, modifier ou infirmer les constatations et les conclusions juridiques du groupe spécial." Dans certains appels, lorsque nous infirmons la constatation d'un groupe spécial sur un point de droit, nous pouvons examiner un point et statuer sur un point qui n'a pas été expressément abordé par le groupe spécial afin de compléter l'analyse juridique et de régler le différend entre les parties »**¹⁶²⁰. Et d'ajouter : **« comme nous avons infirmé la constatation du Groupe spécial (...), nous estimons – pour autant qu'il est possible de le faire en s'appuyant sur les constatations de fait du Groupe spécial et/ou les faits non contestés figurant au dossier du Groupe spécial – que nous devrions compléter l'analyse juridique et nous prononcer sur la question de savoir si la véritable mesure en cause (...) est établie sur la base d'une »** prescription d'un accord OMC¹⁶²¹. D'autres rapports vont dans le même sens et l'Organe d'appel s'y réfère au besoin, de telle sorte que cette affirmation d'un rôle exclusif de juge du droit est forte et récurrente¹⁶²². **« L'Organe d'appel a une compétence d'attribution, limitée aux questions de droit. Il lui est en principe impossible de revoir des considérations de fait établies par le groupe spécial même si elles sont manifestement erronées, sauf si elles le sont tellement qu'elles mettent en cause la bonne foi du groupe spécial (seule hypothèse selon l'interprétation donnée par l'Organe d'appel de l'article 17.6 du Mémoire d'accord) »**¹⁶²³.

Dans le même sens, l'Organe d'appel a été amené à préciser les conditions dans lesquelles il pouvait examiner les allégations d'une partie et compléter l'analyse juridique formulée par le groupe spécial. Son Rapport relatif à l'affaire DS135 est particulièrement remarquable sur ce point car les précisions qu'il donne s'accompagnent de renvoi à de nombreux rapports allant dans le même sens. Ainsi, l'Organe d'appel a pu, dans le cadre

¹⁶¹⁸ Voir pour exemple le paragraphe 133 et les conclusions du Rapport WT/DS108/AB/R.

¹⁶¹⁹ Voir pour exemple les conclusions du Rapport WT/DS108/AB/RW ou encore celles du Rapport WT/DS122/AB/R.

¹⁶²⁰ WT/DS18/AB/R, paragraphe 117.

¹⁶²¹ *Ibid.*, paragraphe 118.

¹⁶²² Le Rapport WT/DS166/AB/R, dans son paragraphe 127, va dans le même sens que le Rapport susmentionné et il donne une liste assez conséquente de références des rapports allant également dans ce sens. Voir sa note 119, même paragraphe.

¹⁶²³ H. Ruiz Fabri, « L'appel dans le règlement... », *op. cit.*, p. 106.

de cette affaire, préciser que, **« étant parvenus à une conclusion différente de celle du Groupe spécial (...), nous examinons à présent la question de savoir s'il convient que nous nous prononcions sur les allégations formulées par [un appelant/intimé] (...). Dans des appels antérieurs, nous avons, au besoin, complété l'analyse juridique en vue de faciliter le règlement rapide du différend, conformément à l'article 3: 3 du Mémoire d'accord. Cependant, nous avons insisté sur le fait que nous ne pouvions le faire que si les constatations factuelles du groupe spécial et les faits incontestés versés au dossier du groupe spécial nous offraient une base suffisante pour notre propre analyse. S'il n'en était pas ainsi, nous n'avons pas complété l'analyse »**¹⁶²⁴.

« La nécessité de disposer de faits suffisants n'est pas le seul élément limitant notre capacité de compléter l'analyse juridique dans une affaire donnée. Dans l'affaire Canada – Périodiques, nous avons infirmé la conclusion du Groupe spécial selon laquelle la mesure en cause était incompatible avec la première phrase de l'article III: 2 du GATT de 1994, puis nous avons entrepris d'examiner les allégations des Etats-Unis au titre de la deuxième phrase de l'article III: 2, que le Groupe spécial n'avait pas du tout examinées. Cependant, en nous lançant alors dans une analyse d'une disposition que le Groupe spécial n'avait pas prise en considération, nous avons souligné que "les première et deuxième phrases de l'article III: 2 sont étroitement liées" et que ces deux phrases s'inscrivent "dans une suite logique" »¹⁶²⁵. L'Organe d'appel donne une liste des **« appels antérieurs »** au cours desquels il a complété l'analyse juridique¹⁶²⁶ et précise que, **« en outre, après avoir modifié le raisonnement du Groupe spécial, nous avons, au besoin, appliqué notre interprétation des dispositions juridiques en question aux faits de la cause »**¹⁶²⁷. De même, l'Organe d'appel donne une liste de rapports dans lesquels cette analyse n'a pas été complétée¹⁶²⁸ au motif qu'il **« n'est pas en mesure de parvenir à une conclusion (...) en raison du caractère insuffisant des constatations de fait et des faits non contestés figurant au dossier du Groupe spécial »**¹⁶²⁹.

De la sorte, l'Organe d'appel confirme au fur et à mesure de ses rapports son refus

¹⁶²⁴ WT/DS135/AB/R, paragraphe 78.

¹⁶²⁵ *Ibid.*, paragraphe 79.

¹⁶²⁶ Voir la note 48, paragraphe 78, *ibid.*

¹⁶²⁷ *Ibid.* A la suite de cette phrase, l'Organe d'appel donne en exemple des références de rapports précédemment rédigés.

¹⁶²⁸ Voir la note 49, paragraphe 78. Cette liste ne comporte que 3 rapports qui sont, certes, de pertinentes illustrations mais qui ne sont que des exemples. En réalité, au 12 septembre 2002, le nombre des rapports faisant état d'analyses non complétées était de 6, sur les 39 rapports ne confirmant pas totalement les constatations et conclusions formulées par les groupes spéciaux.

¹⁶²⁹ Voir pour exemple les conclusions du Rapport de l'Organe d'appel WT/DS18/AB/R. Ce Rapport est une illustration pertinente des justifications très similaires données par l'Organe d'appel dans ses autres rapports signifiant l'impossibilité de compléter l'analyse juridique menée par le groupe spécial.

de concurrencer le travail relatif aux aspects factuels incombant exclusivement aux groupes spéciaux. Il décline sa capacité à compléter l'analyse du rapport du groupe spécial dont il est chargé d'examiner les questions de droit ou, quand il accepte de le faire, il supplée les carences textuelles relatives aux limites de compétence en fixant même des bornes à cette analyse qu'il décide de mener. Ce faisant, l'Organe d'appel montre son souci constant de rester dans les limites de la mission de juge en droit que le Mémoire lui a fixée. Finalement, il fonde son acceptation sur le Mémoire qui, dans son article 3 : 3, énonce le principe d'un « **règlement rapide** »¹⁶³⁰. Cette justification textuelle est présentée par l'Organe d'appel comme un révélateur de l'obligation lui incombant de compléter le cas échéant l'analyse du groupe spécial. Cette obligation se conçoit tout à fait dans la mesure où le Mémoire exprime, plus ou moins explicitement mais très largement, le souci constant d'un règlement pragmatique, efficace et rapide.

Dans ce cadre, l'Organe d'appel, en tant qu'instance suprême de règlement du différend initial, ressent la nécessité de donner par la conclusion de son rapport une solution au différend objet de la procédure mémorandaire, dans la mesure où sa contribution au règlement doit être décisive puisque ultime. Aussi une intervention élargie de l'Organe d'appel sur le rapport du groupe spécial est-elle justifiable et nécessaire, du fait du pragmatisme marqué que le Mémoire confère au système de règlement qu'il organise. L'Organe d'appel, central dans ce système, n'a d'autre choix que d'assumer une telle intervention en s'assurant qu'elle est à la fois élargie dans son champ et mesurée dans sa fréquence, de telle sorte qu'un équilibre indispensable à la survie des groupes spéciaux et, partant, à la survie d'un *juris dictio* unifié et non monopolistique, soit préservé.

Cette articulation rencontre néanmoins une difficulté majeure susceptible de relativiser de manière décisive la juridictionnalité du système mémorandaire. L'Organe d'appel pouvant refuser de compléter l'analyse juridique du groupe spécial pour raison d'insuffisance des constatations de fait formulées en première instance, le risque d'un déni de justice se profile. Certes, une obligation de juger générale a été démontrée et n'est pas présentement remise en cause car l'Organe d'appel assume bien sa fonction de confirmation ou d'infirmité des constatations et conclusions du groupe spécial, comme le Mémoire le lui impose ; tout différend est traité par le système mémorandaire à partir du moment où telle est la volonté du plaignant usant de son pouvoir d'attraction obligatoire. Nonobstant, l'absence de renvoi après cassation associée au statut exclusif de juge de forme implique que des constatations et conclusions formulées par le groupe spécial sont infirmées sans être modifiées alors qu'elles découlaient des prétentions de la partie plaignante. De la sorte, certaines questions restent sans réponse. Cette difficulté reste rare en pratique car le refus de complément d'analyse formulé par l'Organe d'appel est quantitativement peu significatif par rapport au nombre des décisions rendues par l'Organe d'appel.

Il n'en demeure pas moins qu'en théorie cette difficulté n'est pas facilement

¹⁶³⁰ Voir sur cette justification donnée par l'Organe d'appel son rapport, largement cité précédemment, WT/DS135/AB/R, paragraphe 78.

surmontable. La seule échappatoire est de considérer que les groupes spéciaux et l'Organe d'appel prennent en considération le particularisme de chaque différend qui leur est soumis et que, à ce titre, le refus d'analyse formulé par l'Organe d'appel n'entraîne pas d'irréremédiables conséquences néfastes à l'obligation de juger. La démarche adoptée par les groupes spéciaux ainsi que par l'Organe d'appel est de type binaire : les premiers établissent la conformité ou l'absence de conformité par rapport au dispositif normatif de l'OMC d'une mesure prise par un Membre ; le second confirme ou infirme cette conclusion de conformité ou de non-conformité. De la sorte, l'infirmité portera sur la conformité qu'elle transformera en non-conformité ou, inversement, sur la non-conformité qu'elle transformera en conformité. Ainsi, globalement, aucun complément d'analyse formulé par l'Organe d'appel n'est nécessaire pour que ce dernier puisse efficacement remplir sa mission d'instance cassatoire ; et le défaut d'analyse portera donc uniquement sur des précisions juridiques concernant certaines interprétations du droit discutables.

L'économie générale du règlement élaboré par les instances mémorandaires n'est pas remise en cause car les recommandations porteront toujours sur la mise en conformité ou la déclaration de conformité des mesures prises par le défendeur par rapport aux obligations lui incombant au titre des accords OMC. En plus d'être quantitativement marginaux, les refus de complément d'analyse sont matériellement négligeables puisque portant sur des points juridiques annexes. Il reste que cette difficulté, même si elle n'est que théorique, montre les limites de la rigueur mémorandaire appliquée à l'organisation de l'articulation du système mémorandaire. Il faut croire que l'Organe d'appel, maître de ses décisions, surmontera aisément cet écueil si d'aventure un complément d'analyse était indispensable pour infirmer ou confirmer une conformité ou une absence de conformité constatée par le groupe spécial. Peut-être faut-il souhaiter une clarification textuelle sur ce point précis afin d'éviter des dénis de justice particuliers pouvant porter atteinte à l'efficacité et à la crédibilité du système mémorandaire, même si la difficulté théorique précédemment relevée n'est pas suffisamment significative en pratique pour exhorter à la réforme.

Une confirmation du caractère unifié mais non monopolistique du *juris dictio* émanant du système mémorandaire peut tenir dans l'observation des recommandations finales concluant les rapports de l'Organe d'appel. Le libellé de ces recommandations a quelque peu évolué dans le temps : dans ses premiers rapports, il disposait que « **les conclusions juridiques qui précèdent modifient les conclusions du Groupe spécial exposées au[x] paragraphe[s] (...). Les conclusions de l'Organe d'appel laissent intactes les conclusions du Groupe spécial qui ne faisaient pas l'objet de l'appel** »¹⁶³¹ ; désormais, « **l'Organe d'appel recommande que l'ORD demande [au défendeur devant le groupe spécial] de rendre la mesure (...) dont il a été constaté dans le présent rapport et dans le rapport du Groupe spécial, tel qu'il est modifié [ou confirmé] par le présent rapport, qu'elle était incompatible avec les obligations [de ce défendeur] (...) au titre de [tel accord OMC] (...), conforme à leurs obligations au titre de ces accords** »¹⁶³². Cette évolution ne remet cependant pas en cause le souci constant de l'Organe d'appel de ne pas se substituer entièrement, comme le ferait une instance d'appel classique, au groupe spécial. Au contraire, l'Organe d'appel marque bien

¹⁶³¹ Voir pour exemples les propos conclusifs des rapports WT/DS2/AB/R et WT/DS24/AB/R.

le respect de l'articulation particulière qui organise ses rapports avec le groupe spécial et qui est la suivante : les constatations et conclusions du groupe spécial ne sont non-valides que dans la mesure où l'Organe d'appel les aurait infirmées, voire modifiées – avec toute la précaution précédemment signalée. Au surplus, il ne faut pas oublier que le caractère unifié du *juris dictio* provient également de la procédure de règlement qui fixe une condition de délai pour l'appel et qui met de la sorte en valeur le travail du groupe spécial. En effet, du fait de cette condition de délai, le rapport du groupe spécial peut à lui seul constituer le *juris dictio* finalement formulé par le système mémorandaire dans la mesure où l'Organe d'appel n'aurait pas été saisi à temps et ne pourrait plus l'être une fois le rapport du groupe spécial adopté par l'ORD ¹⁶³³.

Par conséquent, la timidité précédemment notée, concernant la qualification cassatoire de l'Organe d'appel et tenant à l'absence de renvoi, n'a pas lieu d'être. L'Organe d'appel reste dans sa fonction de juge du droit ou n'en sort que précautionneusement. De plus, il déclare dans ses recommandations respecter les conclusions du groupe spécial avec lesquelles il n'entre pas en concurrence mais qu'il se contente de confirmer ou d'infirmar sur le seul plan du droit. Bien entendu, **« immédiatement se profile alors l'éternelle question de la difficulté de distinguer parfois fait et droit sur laquelle l'Organe d'appel va buter mais avec laquelle il va aussi jouer. Il est vrai que ce cantonnement soulève certains problèmes ne serait-ce que techniques, notamment parce que l'appel dans l'O.M.C. n'est pas un appel-nullité mais un appel-réformation alors même qu'il est limité aux questions de droit. (...) S'il trace des pistes pour la distinction fait-droit, il reste donc logiquement ambigu sur les marges et joue sur la mixité. Il qualifie un certain nombre de questions mais sans une argumentation qui permettrait d'identifier des critères de distinction et sans qu'on puisse se réfugier toujours derrière la force de l'évidence. Ainsi, il n'est pas toujours aisé de faire le départ entre exposition d'une méthodologie, éventuellement détaillée, de mise en œuvre d'une disposition et substitution du contrôle de l'Organe d'appel à celui des groupes spéciaux (...) En revanche, quand l'Organe d'appel souhaite évacuer une question, il s'appuiera sur sa qualification de fait »** ¹⁶³⁴.

Ainsi, l'Organe d'appel ne tombe pas dans un abus de prédominance hiérarchique qui viderait les groupes spéciaux de tout rôle effectif dans le système mémorandaire. Au contraire, il assure un équilibre pourtant difficile entre une dualité de juridiction et une nécessité de règlement. Bien sûr, il est toujours possible d'observer une influence significative des constatations et conclusions de l'Organe d'appel sur l'appréhension et l'interprétation des faits de la cause alors que cette démarche double est de la compétence exclusive du groupe spécial. Partant, ce débordement peut toujours justifier

¹⁶³² Voir pour exemple les recommandations finales des rapports WT/DS69/AB/R, WT/DS138/AB/R, WT/DS161 et 169/AB/R et WT/DS202/AB/R, qui adoptent tous une formulation largement similaire.

¹⁶³³ Voir sur le point l'article 16 : 4.

¹⁶³⁴ H. Ruiz Fabri, « L'appel dans le règlement... », *op. cit.*, pp. 106-108. Voir pour étude détaillée des « questions de droit » appartenant au « champ du contrôle » de l'Organe d'appel ce même article, pp. 106-110.

un déclasserement du rôle cassatoire en rôle d'appel. Néanmoins, ce déclasserement théorique est peu satisfaisant car il faut bien constater que la frontière entre droit et faits est parfois floue et souvent poreuse, et que, même dans les cas nationaux, les instances de cassation touchent nécessairement à l'interprétation des faits malgré la focalisation théorique de leur mission sur les aspects juridiques.

En réalité, plus que la délimitation de sa mission sur les questions juridiques, l'instance de cassation se définit par sa fonction de confrontation d'une décision juridictionnelle inférieure et antérieure – et non des aspects factuels d'un différend donné – aux règles de droit. Dans ce cadre, l'Organe d'appel répond bien à la définition de l'instance de cassation. S'il possède une mission de modification et pas simplement de confirmation ou d'infirmité des constatations et conclusions de l'instance inférieure de règlement, c'est parce que la mission cassatoire est sans renvoi¹⁶³⁵ et qu'elle se combine avec le particularisme du système mémorandaire : celui-ci met en place une articulation de type hiérarchique binaire unidirectionnel assortie d'une obligation de juger. Cette combinaison oblige l'Organe d'appel, en sa position de dernière instance de règlement, à avoir le dernier mot et, par conséquent, à modifier au besoin les constatations et conclusions du groupe spécial, sous peine de commettre un déni de justice incompatible avec une procédure de type juridictionnel ou, au moins, avec les prescriptions mémorandaires insistant largement sur l'impératif d'efficacité et de rapidité caractérisant le système de règlement que le Mémorandum organise.

En outre, l'instance de cassation, en se concentrant sur les seules questions juridiques, possède bien souvent une fonction d'uniformisation de l'interprétation du droit applicable et d'harmonisation des décisions rendues par les juridictions inférieures et partant, de l'organisation juridictionnelle à la tête de laquelle elle se trouve. L'Organe d'appel, « *étant appelé à assumer un rôle fédérateur* »¹⁶³⁶, semble bien répondre à cette double fonction d'uniformisation et d'harmonisation. Pour la première, sa fonction exclusive de juge en droit hiérarchiquement prépondérant lui permet de fixer des règles d'interprétation du droit de l'OMC, ce qu'il n'a pas hésité à faire dès ses premiers rapports, à continuer au fur et à mesure des appels dont il était saisi et à faire prévaloir de telle sorte que les groupes spéciaux s'en inspirent. De plus, les décisions de l'Organe d'appel sont, en dehors des règles d'interprétation, souvent une référence forte pour les groupes spéciaux qui n'hésitent pas à fonder leurs constatations et conclusions sur des points de droit fixés par l'Organe d'appel. Pour la seconde fonction, il apparaît clairement que l'organisation formelle et procédurale du système mémorandaire nécessite une telle harmonisation : le premier degré est géré par les groupes spéciaux qui, même si la pratique dégage pour eux de nombreux et forts traits communs, ne sont pas à proprement parler une instance permanente mais sont créés pour un différend particulier, composés diversement en fonction de nombreux critères tenant à l'identité des parties et à leur entente ; par ailleurs, le domaine technique et juridique du différend est variable et

¹⁶³⁵ Si certains auteurs appellent de leurs vœux une procédure de renvoi au groupe spécial, ils ne remettent pas en cause de caractère juridictionnel de l'Organe d'appel. Voir J. Lebullenger, « La Communauté européenne face au processus de réexamen du système de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce », *R.M.C.U.E.* n° 422, 1998, p. 631.

¹⁶³⁶ H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », *J.D.I.* 3, 1997, p. 741.

relativement hétérogène du fait du nombre important de domaines disparates composant le droit de l'OMC et il n'existe pas différentes branches de règlement distinguées. L'Organe d'appel contrebalance cette considérable hétérogénéité formelle et matérielle des groupes spéciaux en étant un organe unique, permanent, à la mission essentiellement juridique, composé de membres à la compétence technique généraliste éminente et à l'autorité reconnue.

Ainsi les actions d'uniformisation et d'harmonisation caractéristiques d'un organe de cassation sont garanties par le Mémoire ainsi que par sa pratique et confiées à l'Organe d'appel, instance unique et supérieure qui, du fait de sa fonction de juge du droit, joue un rôle intégrateur au sein d'un système de règlement dont le premier degré peut être source de disparités à la fois formelles et matérielles. En outre, l'Organe d'appel valorise la portée des décisions du groupe spécial en les contrôlant sans s'y substituer, en raison de son rôle de juge du droit et de ses recommandations qui se fondent sur celles du groupe spécial et ne s'en écartent qu'en tant que besoin. Au surplus, si un doute était émis sur la juridictionnalité des groupes spéciaux par rapport à un Organe d'appel clairement permanent, il serait effacé par cette articulation particulière qui attribue aux groupes spéciaux une juridictionnalité du seul fait qu'ils relèvent d'une instance de cassation. Finalement, la mission juridique de l'Organe d'appel aboutit à la légitimation des constatations et conclusions des groupes spéciaux en même temps qu'à leur uniformisation et harmonisation. Ce faisant, la mission confiée à l'Organe d'appel et pratiquée par lui peut être qualifiée de cassatoire puisque uniformisatrice et harmonisatrice, du fait qu'elle est axée sur le droit et, à ce titre, distincte de celle du groupe spécial, et du fait qu'elle est remplie par une instance unique, permanente, hiérarchiquement prépondérante et éminemment compétente.

Par conséquent, le système mémorandaire exécute bien un *juris dictio* unifié et peut donc bien, à ce titre, être qualifié de système de nature juridictionnelle. L'articulation organisée entre les groupes spéciaux et l'Organe d'appel assure l'expression par les premiers d'un *juris dictio* initial qui pourra être rationalisé et légitimé par un second *juris dictio* distinct issu de la seconde instance. Les rôles de chacune de ces deux instances sont à la fois distincts et complémentaires ; un rapport hiérarchique sur les questions juridiques est assuré ; une harmonisation des décisions et une uniformisation des interprétations sont garanties. De la sorte, le *juris dictio* initial formulé par le groupe spécial est mis en valeur par un *dictio* complémentaire mais non-concurrent émanant de l'Organe d'appel. Ce dernier, en raison de sa structure organique, de sa composition et de sa position au sein du système mémorandaire, ainsi que de sa mission de juge du droit, émet un *dictio* qui, qualitativement, précise et légitime celui du groupe spécial et, quantitativement, uniformise et harmonise les différentes décisions des différents groupes spéciaux.

Aussi le système mémorandaire organise-t-il, du fait du rôle essentiel de l'Organe d'appel, un mécanisme en deux temps ayant pour but de construire un *juris dictio* unique émanant de ce même système et constitué par deux *juris dictio* successifs complémentaires et unifiés. Séparément, ces deux *dictio* seraient de portée faible : celui du groupe spécial serait non-harmonisé et non-uniforme par rapport à ceux formulés par les nombreux autres groupes spéciaux, et serait, en outre, faiblement légitime ; celui de

l'Organe d'appel serait inexistant car il se fonde sur le seul examen de questions juridiques et ne pourrait subsister seul, à moins de se transformer en conseil juridique. Ensemble, ces deux *dictio* se complètent et se renforcent tant du point de vue de la pertinence de leur contenu que de celui de la légitimité de leur portée. Même si l'Organe d'appel n'est pas saisi, le seul fait qu'il puisse l'être joue le même rôle unificateur et « **légitimateur** » du *juris dictio* le cas échéant délivré par le seul groupe spécial¹⁶³⁷. Un *juris dictio* unique est donc bien assuré au fur et à mesure du déroulement de la procédure de règlement mémorandaire. Il rejaillit même sur la phase des consultations puisque les parties menant cette phase verront leur comportement être influencé par l'éventualité d'un *juris dictio* solide formulé à l'issue de la phase immédiatement consécutive à l'échec des consultations. Ce *juris dictio* bénéficie ainsi d'une diffusion temporelle au sein de l'entier mécanisme de règlement mémorandaire du différend initial.

Certes, ce mécanisme d'un *juris dictio* double unifié donnant au système mémorandaire un caractère juridictionnel est très imparfait et éminemment critiquable si la grille de lecture tirée du modèle juridictionnel de droit interne est utilisée. En effet, un seul degré de juridiction est effectif avant le recours à l'instance cassatoire. L'unicité du degré de l'instance préalable à l'instance cassatoire ne garantit pas un traitement très attentif et crédible des questions posées par le différend de l'espèce. Un second degré de juridiction sous la forme d'un appel véritable¹⁶³⁸ rapprocherait davantage les décisions non-cassatoires de l'idée de justice en améliorant leur objectivité et leur légitimité, car le traitement des faits, l'analyse juridique et la formulation de constatations et conclusions bénéficieraient d'un second traitement alternatif ou confirmatif sur la confrontation entre les faits de la cause et le dispositif normatif de l'OMC. « **Le principe du double degré de juridiction (...) concourt à l'élimination du risque d'erreur juridictionnelle, en permettant qu'un litige soit tranché une deuxième fois, en appel, par une juridiction supérieure à celle qui s'est prononcée en première instance. Exception notable : les "petits litiges" sont écartés de cette possibilité de contestation afin que les juridictions d'appel ne soient pas encombrées** »¹⁶³⁹. En outre, de nombreux autres avantages peuvent ressortir de l'organisation d'un second degré comme, par exemple, une expression des parties plus complète et plus rigoureuse de leurs positions ou encore

¹⁶³⁷ En pratique, au 26 juin 2002, 46 des 71 rapports de groupes spéciaux initiaux ont fait l'objet d'un rapport de l'Organe d'appel adopté. Il faut ajouter 1 appel en cours de traitement.

¹⁶³⁸ Ici encore est appliquée, par souci de clarté, la grille de lecture de l'organisation juridictionnelle française. Dans celle-ci, il est courant de ne constater que deux degrés de juridictions formés d'un côté par les tribunaux de première instance et, de l'autre côté, par les cours d'appel, c'est-à-dire par les juges du fond, et ce qu'il soit question de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif. Cour de cassation et Conseil d'Etat – sauf concernant ce dernier quand il agit comme juge du fond - ne sont pas un troisième degré de juridiction dans la mesure où ne leur sont déférés que les jugements et arrêts des deux premières instances qu'ils vont juger en droit, en leur qualité de juge de forme. Globalement, le système français conçoit les premiers et seconds juges du fond comme constituant les deux degrés de juridiction et l'instance suprême, qui est de cassation, comme extérieure à ces deux degrés. C'est cette dualité assortie d'une cassation qui est présentement prise pour modèle dans l'étude de l'organisation du système mémorandaire.

¹⁶³⁹ M. Gaillard, *L'Intelligence Du Droit*, Les Editions D'Organisation, Paris, 1992, p. 136.

une rapidité de règlement moins grande favorisant la sérénité du juge.

Reprendre l'ensemble des avantages inhérents à l'organisation d'un appel dans tout système juridictionnel serait fastidieux et inutile, et ce d'autant plus que des inconvénients sont également notables et que les débats doctrinaux sont récurrents sur des points qui apparaissent pour certains comme des avantages et pour d'autres comme des inconvénients. Il suffit de constater, à l'appui du présent propos sur l'intérêt d'une procédure d'appel véritable, combien les différents systèmes juridictionnels nationaux affectionnent et promeuvent un double degré de juridiction communément considéré comme une garantie pour le justiciable d'une justice plus juste. Il suffit de constater également que l'organisation d'un appel est généralisée pour les juridictions de droit commun et que l'inexistence de ce second degré se justifie davantage par souci matériel de ne pas engorger les juridictions d'appel¹⁶⁴⁰ que par la garantie d'une plus grande Justice. Aussi le système mémorandaire peut-il apparaître comme peu soucieux de garantir aux Membres de l'OMC un traitement le plus juste possible de leurs différends.

Dans la phase de réexamen intérimaire faisant partie de la procédure du groupe spécial, **« certains (...) voient le risque de faire juger deux fois l'affaire par le panel, une partie au vu de la première position de celui-ci pouvant décider de modifier ou compléter son argumentation (stratégie contentieuse classique en cas de multiplication des phases de procédure) »**¹⁶⁴¹. Ce réexamen intérimaire pourrait donc bien constituer la phase d'appel manquante. Néanmoins, il ne peut constituer un second degré de juridiction pour nombre d'évidentes raisons. D'abord, **« le calendrier ne laisse guère de temps pour les tergiversations »**¹⁶⁴². Ensuite, si le Mémoire semblait insister sur la centralité de ce réexamen, la pratique montre au contraire que ce réexamen s'insère dans la phase plus large du groupe spécial d'un point de vue procédural et qu'il n'a pour but que **« d'examiner des aspects spécifiques et particuliers du rapport intérimaire »** et non **« de soulever de nouvelles questions juridiques et de présenter de nouveaux éléments de preuve, ni d'engager un débat avec le Groupe spécial »**¹⁶⁴³. Enfin, l'instance d'appel que constituerait la phase de réexamen intérimaire serait identique à la première instance, ce qui viderait de son intérêt toute organisation d'un appel.

Par ailleurs, en sus de l'unicité d'un degré unique de juge du fond, l'absence de renvoi qui caractérise le mécanisme cassatoire peut également prêter le flanc à des critiques. En effet, si l'uniformisation des interprétations par les différents groupes spéciaux concernant les faits et les dispositions juridiques des accords OMC est assurée,

¹⁶⁴⁰ Voir *Ibid.*

¹⁶⁴¹ H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », *J.D.I.* 3, 1997, pp. 738-739.

¹⁶⁴² *Ibid.*, p. 738.

¹⁶⁴³ Rapport WT/DS8, 10 et 11/R, paragraphe 5.2. Voir pour des références supplémentaires et surtout pour une étude plus détaillée de la phase de réexamen intérimaire en général, et de cette conclusion en particulier, la Section consacrée au contradictoire (Première Partie, Titre II, Chapitre II).

l'harmonisation des décisions n'est pas aboutie. L'intérêt de l'existence d'un renvoi est non seulement d'imposer le respect par le juge du fond des conclusions de l'instance cassatoire qui lui est hiérarchiquement supérieure, mais aussi et surtout de créer un dialogue entre les juges du fond et le juge de forme. Le juge du fond, saisi après cassation avec renvoi, va la plupart du temps se plier aux conclusions juridiques formulées par l'instance de cassation sur sa décision puisque celle-ci lui est supérieure et qu'elle a relevé une erreur de forme que le juge du fond reconnaît comme telle. Néanmoins, ce même juge du fond peut également persister dans les aspects de sa décision pourtant infirmés par l'instance cassatoire et ne pas se ranger à la décision de cette instance. Ce faisant, le juge du fond – souvent distinct du juge du fond à l'origine de la décision infirmée – signifiera son désaccord profond avec les conclusions de l'instance de cassation. De la sorte, cette dernière sera confrontée à un choix : persister dans ses conclusions et imposer définitivement son point de vue – par une cassation sans renvoi ou par une cassation avec renvoi et décision conforme – ou bien prendre en considération la résistance des juges du fond et infléchir ses conclusions¹⁶⁴⁴.

Ainsi, la procédure de cassation avec renvoi permet une collaboration, ou tout du moins un dialogue, entre les juges du fond et le juge de cassation, et favorise une certaine légitimation des décisions prises par l'instance de cassation la plus élevée dans la hiérarchie des juridictions composant le système prétorien considéré. La cohérence et la pertinence des décisions sont assurées par le contact ainsi créé entre le sommet de la hiérarchie des juridictions et la base des prétoires confrontés quotidiennement à des réalités pouvant échapper à l'instance suprême unique. Or, le système mémorandaire ne prévoyant que des cassations sans renvoi, il ne peut assurer une harmonisation équilibrée du *juris dictio*. Aucune procédure ne permet à l'Organe d'appel de se laisser éventuellement influencer ou du moins d'être informé, sur une même affaire, par la résistance de groupes spéciaux. Le *dictio* final peut donc être inadapté ou perdre en crédibilité. Cette situation justifie les critiques qui peuvent être formulées à l'encontre de l'absence de renvoi caractérisant le mécanisme cassatoire de l'Organe d'appel.

Seul un mécanisme de réunions périodiques entre membres de l'Organe d'appel peut favoriser le contact entre cette instance et certaines réalités auxquelles les groupes spéciaux peuvent seuls être confrontés. Il est prévu par les Procédures de travail pour l'examen en appel qui disposent que, « ***pour assurer l'uniformité et la cohérence de la prise de décisions, et pour tirer parti des compétences individuelles et collectives des membres, les membres se réuniront périodiquement pour examiner les questions de politique, de pratique et de procédure*** »¹⁶⁴⁵ et que « ***les membres se tiendront au courant des activités de règlement des différends et des autres activités pertinentes de l'OMC*** »¹⁶⁴⁶. Ces réunions peuvent être l'occasion pour les membres de l'Organe d'appel de réfléchir à certaines tendances ou interrogations en

¹⁶⁴⁴ Diverses modalités de renvoi peuvent être organisées. Conformément à la grille de lecture choisie dès le début de la présente Section, le présent propos se fonde largement sur l'exemple français du mécanisme complet du pourvoi en cassation.

¹⁶⁴⁵ Document WT/AB/WP/7, règle 4 1).

¹⁶⁴⁶ *Ibid.*, règle 4 2).

provenance des groupes spéciaux ou à certains problèmes factuels auxquels ces groupes spéciaux seraient confrontés et, ainsi, de décider plus ou moins explicitement d'infléchissements ou d'invariabilité des positions dans les futures constatations et conclusions de l'Organe d'appel. Cependant, cette occasion ne peut être qu'induite car ces dispositions sont issues d'une règle qui a pour intitulé « *collégialité* » et qui s'attache à l'harmonisation entre les sections d'appel.

Nonobstant, les critiques liées à l'absence d'appel et à l'absence de renvoi après cassation doivent être relativisées par la situation du système mémorandaire. En effet, l'écrasante majorité des juridictions internationales n'est pas incluse dans un système de double degré de juridiction, et encore moins dans un système dominé par une instance juridictionnelle de cassation. A cet égard, le système mémorandaire apparaît comme révolutionnaire dans la mesure où il organise clairement une articulation entre, d'une part, un mécanisme de première et unique instance de nature apparemment juridictionnelle et, d'autre part, un organe permanent à l'autorité assurée qui est hiérarchiquement prépondérant et qui assure un rôle cassatoire sur le plan du droit de l'OMC. Par conséquent, si le système mémorandaire peut à bien des égards apparaître comme perfectible, il reste néanmoins clairement de nature juridictionnelle puisqu'il ne se contente pas d'organiser le fonctionnement d'une juridiction mais a construit un véritable ordre de juridiction par systématisation organique, procédurale et matérielle. Cette systématisation est renforcée par la diffusion temporelle, externe au différend de l'espèce, du *juris dictio*.

Section 2 : La consécration de la jurisprudence

Un *juris dictio* unifié découle de l'articulation organisée entre l'action respective du groupe spécial et de l'Organe d'appel. Son existence est une contribution déterminante à la démonstration de la juridictionnalité du système mémorandaire. Cette diffusion temporelle du *juris dictio* à l'intérieur du règlement mémorandaire d'un différend assure la juridictionnalité de l'entier système mémorandaire et non pas seulement la juridictionnalité individuelle, cloisonnée et, de la sorte, atténuée de chacune des deux instances de règlement. Cette diffusion temporelle interne complète utilement la constatation de la diffusion spatiale d'un *juris dictio* et constitue un indice déterminant de la juridictionnalité du système mémorandaire.

Néanmoins, ce schéma d'une diffusion spatiale complétée par une diffusion temporelle interne de l'action de dire le droit ne suffit pas à identifier l'effectivité d'un *juris dictio* prononcé par le système mémorandaire. Une entité qui dit le droit à l'occasion du règlement d'un différend particulier va non seulement confronter les faits de la cause à des normes juridiques existantes mais elle va également, ce faisant, participer par son *juris dictio* à l'activation, l'effectivité, voire l'évolution, de la norme juridique sur laquelle elle se fonde, et ce du fait de l'interprétation qu'elle en donne¹⁶⁴⁷. L'action de dire le droit doit donc bénéficier d'une double diffusion temporelle : en sus d'être interne, la diffusion du *juris dictio* doit être externe au seul différend qu'il traite, et ce malgré la contingence de

¹⁶⁴⁷ Sur les fondements théoriques de la centralité du *juris dictio* dans l'effectivité et le développement du droit, se reporter, en particulier à la Section consacrée au décloisonnement du droit applicable (Chapitre précédent).

ce traitement particulier. Cette diffusion externe implique que l'instance de règlement titulaire de la fonction juridictionnelle donne à ses conclusions une portée qui dépasse le cadre de l'espèce jugée. L'absence de cette dimension temporelle externe au différend est rédhibitoire pour la caractérisation d'un *juris dictio* véritable et, partant, pour la catégorisation en sa qualité de juridiction de l'entité agissant, car elle porterait atteinte à l'impact du *juris dictio* sur l'effectivité et le développement du droit applicable.

Bien entendu, il n'est pas question pour ladite instance de créer sciemment des normes juridiques générales et impersonnelles puisque la juridiction ne fait que dire le droit et n'a ni compétence ni légitimité pour construire ce droit. Cependant, l'instance juridictionnelle a pour fonction l'application de la norme juridique générale et impersonnelle au cas d'espèce qu'elle doit traiter et, dans ce cadre, devra dégager des interprétations qui viendront préciser ou encore compléter les normes juridiques concernées par le différend d'espèce, et ce dans l'unique but de remplir sa mission de règlement du différend qui lui est soumis. Et, à supposer que cette formulation soit claire, suffisamment générale pour être transposable à d'autres espèces, réitérée et constante, elle pourra également préciser ou encore compléter plus généralement le dispositif normatif existant, car le justiciable ou encore les autres instances juridictionnelles auront connaissance des positions claires et constantes de l'instance, issues plus ou moins directement des normes juridiques existantes, qui seront susceptibles de s'appliquer au comportement individuel pouvant faire l'objet d'un autre litige.

Ainsi, la juridictionnalité du système mémorandaire ne peut être avérée que si le *juris dictio* qu'elle formule ne se contente pas de contenir une diffusion spatiale et temporelle interne mais inclut également une diffusion temporelle externe – au différend de l'espèce. Plus clairement, cette juridictionnalité est conditionnée par la mise en évidence de règles contenues dans les décisions rendues par l'instance de règlement et susceptibles de constituer des principes juridiques généraux applicables en dehors du différend à l'occasion duquel ces règles ont été énoncées. La juridictionnalité matérielle du système mémorandaire doit donc se fonder sur l'identification d'une jurisprudence.

Cette jurisprudence doit immédiatement être définie car elle possède deux niveaux de sens. En effet, dans son sens commun, la jurisprudence est simplement l' **« ensemble des décisions rendues par une autorité judiciaire »**¹⁶⁴⁸. Des éléments déterminants de la juridictionnalité formelle et matérielle du système mémorandaire ayant déjà été posés, la jurisprudence du système mémorandaire constitue donc l'ensemble des rapports formulés à la fois par les groupes spéciaux et par l'Organe d'appel depuis la création de l'OMC. Elle est un simple *corpus* qui est présentement un sujet d'étude. Néanmoins, la notion de jurisprudence sur le plan du droit dépasse cette seule définition. Elle possède un second sens plus complet et à la portée plus grande, en étant l' **« ensemble des décisions des juridictions sur une matière ou dans un pays, en tant qu'elles constituent une source de droit ; ensemble des principes juridiques qui s'en dégagent »**¹⁶⁴⁹. Au titre de cette seconde définition, la jurisprudence du système

¹⁶⁴⁸ Union Académique Internationale (Publié sous le patronage de l'), *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Sirey, 1960, p. 359. Voir dans le même sens, pour exemples : P. Robert, *Le Nouveau Petit Robert*, op. cit., p. 1388 ; M. Gaillard, *L'Intelligence Du Droit*, op. cit., p. 126.

mémorandaire est constituée par l'ensemble des « **principes et règles de droit qui se dégagent des décisions rendues par les tribunaux auxquels on entend se référer** »¹⁶⁵⁰, c'est-à-dire des décisions rendues par les groupes spéciaux et par l'Organe d'appel. Elle n'est donc pas qu'un simple *corpus* mais constitue le fruit de son analyse, fruit qui est composé de l'ensemble des règles à portée générale dégagées par les instances mémorandaires au fur et à mesure de leurs rapports et appréhendées comme une source du droit.

La première définition suppose que la jurisprudence soit le résultat d'une juridictionnalité avérée des instances de règlement étudiées. Cette première jurisprudence est un *corpus* qui a pour source une juridiction. Elle ne peut donc servir à la caractérisation d'une activité de type juridictionnel puisqu'elle en est le résultat. En revanche, la seconde définition présente la jurisprudence comme un ensemble de règles, issues de l'activité des instances de règlement, qui constituent des principes juridiques suffisamment généraux pour pouvoir être sortis des différends auxquels ils s'appliquent afin de constituer des règles juridiques à part entière applicables à d'autres différends. Elle est donc source du droit, et plus précisément la source du droit émise par les instances qui disent ce droit à l'occasion du règlement de différends. A ce titre, cette seconde définition présente la jurisprudence comme une caractéristique de la juridictionnalité. Or, il a déjà été dit que la diffusion temporelle externe du *juris dictio*, indispensable à la caractérisation de ce *dictio*, consiste, pour une instance de règlement, à participer de manière déterminante, par delà le différend de l'espèce, à l'interprétation du droit applicable, et ce de telle sorte que sont dégagés, voire créés, des principes juridiques qui n'appartenaient pas formellement et explicitement au dispositif normatif que la juridiction a en charge d'interpréter, ou encore que sont privilégiées telle norme sur telle autre ou telle interprétation sur telle autre. Par conséquent, la jurisprudence, source du droit, est le résultat de la diffusion temporelle externe d'un *juris dictio* et c'est la seconde définition de cette jurisprudence qui peut servir à la caractérisation d'une juridictionnalité et qui sera, à ce titre, présentement retenue.

La juridictionnalité matérielle du système mémorandaire doit se fonder sur l'identification d'une jurisprudence car, cette dernière étant « **la** » source du droit émise par une instance de type juridictionnel, son identification permettra d'attribuer à l'instance de laquelle elle émane la qualification juridictionnelle. L'existence d'une jurisprudence doit donc être recherchée dans le *dictio* unifié tiré de l'articulation des rapports rédigés par les groupes spéciaux et par l'Organe d'appel. A ce stade, deux difficultés doivent être affrontées. La première tient dans la considération de la jurisprudence comme source du droit à l'encontre d'un droit international en apparence rétif à cette considération, alors même que cette source non seulement fonde la définition de la jurisprudence mais surtout justifie une qualification juridictionnelle donnée au système étudié. La seconde difficulté tient dans les critères d'identification d'une telle jurisprudence à partir du moment où l'appréciation du caractère jurisprudentiel de chaque constatation et conclusion des instances mémorandaires est quantitativement et qualitativement malaisé.

¹⁶⁴⁹ P. Robert, *Le Nouveau Petit Robert*, op. cit., p. 1388.

¹⁶⁵⁰ Union Académique Internationale (Publié sous le patronage de l'), *Dictionnaire...*, op. cit., p. 359.

La première difficulté se situe au fondement même de la justification de la démarche adoptée. La présente recherche de l'existence d'une jurisprudence a pour objet de démontrer l'effectivité d'une diffusion temporelle externe du *juris dictio*, diffusion dont cette jurisprudence est le résultat. Cette relation particulière entre jurisprudence et diffusion est tirée de la définition même de la jurisprudence considérée comme source du droit. Cependant, cette définition est générale et commune ; elle ne prend pas en considération les particularismes de chaque branche du droit mais crée un lien logique entre l'existence de principes juridiques généraux se dégagant des décisions juridictionnelles et leur utilisation effective susceptible de les consacrer comme sources du droit. Or, c'est ce lien entre principes et sources qui est problématique. Bien souvent, les systèmes juridiques intra-étatiques considèrent communément la jurisprudence comme une source du droit et même la consacrent parfois sans mal comme source quasi-exclusive du droit ¹⁶⁵¹. Néanmoins, la source prétorienne est objet de critiques inhérentes à son origine propre comme, par exemple, l'illégitimité de l'autorité juridictionnelle et la menace d'un gouvernement des juges, la contingence et le manque de clarté des principes jurisprudentiels formulés, ou encore le manque de continuité et la versatilité de ces règles. Le droit international public n'admet que difficilement la jurisprudence des juridictions internationales comme source à part entière du droit, comme le montre le récurrent débat doctrinal sur ce point ¹⁶⁵².

Cependant, cette difficulté peut être facilement surmontée par une approche pragmatique. La jurisprudence des juridictions internationales n'est pas totalement exclue des sources du droit international public mais elle est seulement considérée comme annexe par rapport au traité et à la coutume ¹⁶⁵³. En réalité, cette subsidiarité est atypique si elle est confrontée aux modèles et systèmes juridiques nationaux. Elle est une conséquence de la nature même du fonctionnement du système juridique international. Par exemple, MM. Combacau et Sur considèrent que la jurisprudence internationale a une influence limitée « **en raison de la relative rareté des décisions judiciaires, du principe du consentement préalable à la juridiction et de l'absence de hiérarchie entre juridictions internationales** » ce qui, d'ailleurs, n'empêche pas de lui reconnaître un rôle « **nullement négligeable** » ¹⁶⁵⁴. De même, selon M. Dupuy, « **ce n'est pas à**

¹⁶⁵¹ Pour se convaincre de l'appréhension de la jurisprudence comme source du droit, voire de sa consécration comme source quasi-exclusive, il suffit de considérer deux exemples aussi communs que significatifs : le droit de common law et le droit administratif français, bien que la tendance actuelle soit à la concurrence nouvelle entre le droit jurisprudentiel et le droit écrit.

¹⁶⁵² Voir par exemple : P. Le Jeune, *Introduction au droit des relations internationales*, op. cit., pp. 55-56 ; ou encore C.-A. Colliard, L. Dubouis, *Institutions internationales*, op. cit., pp. 124-125. De même, MM. Daillier et Pellet tentent de répondre à la question suivante : « *peut-on soutenir que la jurisprudence est une véritable source du droit ?* ». Le fait même de se poser cette question montre l'existence d'un débat doctrinal sur ce point et l'impossibilité de répondre définitivement à cette question. Voir leur analyse in P. Daillier et A. Pellet (N. Quoc Dinh †), op. cit., pp. 397-398. Cette interrogation n'est, d'ailleurs, pas spécifique au droit international ; voir F. Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. Précis, 4^{ème} édition, Paris, 1998, pp. 244-251.

¹⁶⁵³ Voir sur ce point la Section 2 du Chapitre précédent.

¹⁶⁵⁴ J. Combacau, S. Sur, op. cit., p. 44.

dire que la jurisprudence soit au sens classique du terme une "source" de droit. Elle est plutôt en elle-même une occasion de travail sur la norme pour les besoins de son application, dont les bénéficiaires ne se limitent pas aux deux Parties au différend »¹⁶⁵⁵. Finalement, **« après tout, a-t-on vraiment eu besoin d'expliquer, autrement que par la nature de la société internationale, la "fonction de suppléance législative" (L. Condorelli) reconnue au juge international pour savoir que celui-ci occupait une place considérable dans le système normatif international ? »**¹⁶⁵⁶. Il faut donc croire que la reconnaissance d'une jurisprudence en sa qualité de source principale du droit international public n'est pas impossible mais qu'elle dépend essentiellement des caractéristiques propres au droit international public et de leur évolution future. Par conséquent, la reconnaissance d'une jurisprudence source du droit dans les constatations et conclusions formulées par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel n'est pas à exclure. En effet, non seulement la jurisprudence est une source annexe mais effective du droit international, mais elle peut également très bien constituer une source principale du droit de l'OMC à côté des normes écrites si les instances de règlement elles-mêmes la considèrent et l'utilisent comme telle.

En outre, afin de caractériser une diffusion externe du *juris dictio* émanant du système mémorandaire, la question n'est pas de savoir si la jurisprudence est source du droit de l'OMC mais plutôt de constater que les instances mémorandaires utilisent pour fonder leurs constatations des règles générales prononcées par elles au cours de règlements antérieurs. Cette constatation conduira à la reconnaissance de la jurisprudence en tant que source du droit de l'OMC. Aussi la réponse à la question d'une jurisprudence source du droit n'est-elle pas un préalable à l'identification d'une diffusion temporelle externe du *juris dictio* mais sa conséquence, par ailleurs tout à fait acceptable théoriquement si l'observation de l'activité des instances mémorandaires relève le prononcé et l'utilisation de règles provenant du règlement de différends antérieurs. Plutôt que de considérer la jurisprudence comme source du droit, il suffit ainsi d'adopter sa définition moins polémique d'ensemble des règles générales énoncées par des instances juridictionnelles ; la qualité de source du droit découlera automatiquement de la constatation d'une utilisation généralisée de ces règles.

La seconde difficulté nécessite pour sa résolution la fixation d'une démarche de recherche particulière. En effet, l'identification d'une jurisprudence se heurte au problème quantitatif de la somme importante que représente le *corpus* des constatations et conclusions des instances mémorandaires à étudier ainsi qu'au problème qualitatif de la pertinence et de la rigueur d'une telle étude. Une analyse exhaustive de ce *corpus* est non seulement matériellement et techniquement quasiment irréalisable mais elle est également rationnellement inappropriée à caractériser la juridictionnalité du système mémorandaire, car l'unique énumération des règles générales dégagées et des rapports qui les reprennent serait fastidieuse, réductrice et inefficace. L'identification d'une jurisprudence ne saurait se contenter d'une liste de principes alors qu'elle découle de la mise en évidence de certains paramètres caractéristiques qui dépassent la seule

¹⁶⁵⁵ P.-M. Dupuy, *Droit international public, op. cit.*, p. 453.

¹⁶⁵⁶ E. Canal-Forgues, « La procédure d'examen en appel... », *op. cit.*, p. 851.

énumération quantitative, et ce d'autant plus que la détection de tels principes jurisprudentiels ne peut se faire que par la vérification de l'effectivité des conditions qui les fondent.

En réalité, il suffit pour identifier une jurisprudence de relever dans le dispositif textuel organisant le système mémorandaire ainsi que dans le *corpus* des rapports rédigés par les instances de règlement l'existence de deux types de conditions : celles relatives à la formation d'une jurisprudence et celles relatives à son effectivité. Par cette démarche, l'obstacle quantitatif et qualitatif constitué par l'élaboration d'une liste de principes jurisprudentiel est contourné et dépassé. Dresser une telle liste devenant dès lors superflu, une jurisprudence sera plus rigoureusement authentifiée par l'étude de ses critères plutôt que par l'énumération de principes dont le caractère jurisprudentiel pourra être mis en doute ; elle sera également plus pertinemment certifiée par l'identification de l'effectivité de ses critères plutôt que par une énumération ne permettant pas de détecter une présence constante et pérenne de cette jurisprudence.

Aussi la dévolution du caractère juridictionnel au système mémorandaire passe-t-elle par l'identification d'une jurisprudence, résultat d'un *juris dictio* externe diffusé, identification qui nécessite un examen du texte du Mémoire ainsi que du *corpus* des rapports rédigés par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel, examen qui doit se faire par référence aux critères constitutifs aussi bien de la formation que de l'effectivité de cette jurisprudence. Cette identification doit être menée en deux phases correspondant aux deux types de conditions susmentionnés : une première phase relative à la possibilité de formation d'une jurisprudence et la seconde phase relative à l'effectivité de cette jurisprudence.

En premier lieu, l'identification d'une jurisprudence doit passer par celle des critères de sa formation. Plus clairement, la question se pose de savoir si le dispositif normatif de l'OMC organise un système de règlement capable d'engendrer la formation d'une jurisprudence, cette dernière étant prise dans son sens de création d'un droit d'origine prétorienne. Les observateurs du système mémorandaire ont immédiatement relevé, dès la création textuelle dudit système et avant même qu'une analyse conséquente de son fonctionnement effectif ne puisse être formulée, que le Mémoire offrait les garanties textuelles de formation d'une jurisprudence, surtout du fait de l'institution d'un Organe d'appel¹⁶⁵⁷. En particulier, M. Goutal a pu constater dès 1994 que l'« **on risque d'aboutir, peut-être, à la formation d'une jurisprudence parce qu'on aura probablement et l'autorité et la permanence et quelque chose de substantiel à mettre en œuvre** »¹⁶⁵⁸. Cette constatation prospective se vérifie car ces trois caractéristiques supposées de la formation d'une jurisprudence données par cet auteur sont depuis devenues des certitudes. D'abord, l'autorité est assurée par le système du

¹⁶⁵⁷ Voir pour exemples E. Canal-Forgues, « La procédure d'examen en appel... », *op. cit.*, p. 851 ; T. Flory, « Chronique de Droit international économique- Commerce international », *A.F.D.I.* XXXIX, 1993, p. 759 ; H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », *J.D.I.* 3, 1997, p. 741 ; Y. Renouf, « Le règlement des litiges », *in* T. Flory (Sous la direction de), *La Communauté européenne et le GATT...*, *op. cit.*, p. 51.

¹⁶⁵⁸ J.-L. Goutal, « Le rôle normatif de l'Organisation mondiale du commerce », *P.A.*, n° 5, 11 janvier 1995, p. 26.

consensus négatif, assorti, au surplus, de voies d'exécution, ce qui rend obligatoires les décisions prises par les instances mémorandaires dans le cadre du règlement du différend initial¹⁶⁵⁹. Ensuite, la permanence n'est plus à démontrer ; elle caractérise à la fois la phase du groupe spécial et la phase d'examen en appel. Enfin, la substance est consécutive à la fois au succès du recours au règlement mémorandaire et au *dictio* large du droit de l'OMC pour le respect duquel les instances mémorandaires ont entière compétence.

Il faut ajouter que l'articulation particulière entre les groupes spéciaux et l'Organe d'appel, articulation de type hiérarchique binaire unidirectionnel qui fonde la diffusion interne au système mémorandaire du *juris dictio*, contribue de manière déterminante à assurer les conditions de formation d'une jurisprudence. Cette articulation présuppose trois conditions : la permanence des instances de règlement ; un rapport hiérarchique assurant une autorité interne non seulement constante d'un triple point de vue formel, procédural et relationnel, mais aussi propice à générer une constance matérielle ; la solidarisation et la rationalisation d'un mécanisme unique afin que celui-ci puisse se confronter à une substance conséquente sur le plan quantitatif comme sur le plan qualitatif.

« Déjà, à l'époque du GATT, malgré une logique de fonctionnement éclatée, on avait constaté l'émergence d'un droit jurisprudentiel. Désormais, les conditions organiques optimales existant, une telle émergence devrait être encore plus favorisée. Ce rôle de "mémoire" permettra une continuité au-delà de l'extrême diversité des groupes spéciaux »¹⁶⁶⁰. Aussi n'est-il pas nécessaire d'aller plus loin pour constater que les conditions de formation d'une jurisprudence émanant du système mémorandaire sont réunies. Ces conditions sont relevées dans les premières analyses textuelles du système mémorandaire ; leur effectivité est alors immédiatement déterminée par une confirmation pratique qui est non seulement donnée mais également développée et assurée par une tendance à la juridictionnalisation largement reconnue¹⁶⁶¹ ; leur réalité est confirmée de même par la juridictionnalité organique, procédurale et matérielle déjà établie. Par conséquent, la lecture du Mémoire et des écrits doctrinaux, l'étude de la pratique et l'utilisation d'une grille de lecture **« juridictionnelle »** pour l'analyse du système de règlement mémorandaire ne laissent planer aucun doute sur l'effectivité de ces conditions.

Une continuité de la décision est de la sorte assurée. Les instances de règlement mémorandaires contribuent en fonction de leur mission respective à assurer la formulation d'un *juris dictio* qui, parce qu'il est unifié, émane en réalité du système mémorandaire pris dans son intégralité. Une décision unique est donc prononcée à l'occasion du traitement de chaque différend soumis au groupe spécial puis, le cas échéant et en considération du rôle particulier inhérent à une fonction cassatoire, à l'Organe d'appel. En outre, ces

¹⁶⁵⁹ Cette autorité fait l'objet du Titre suivant.

¹⁶⁶⁰ H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », *J.D.I.* 3, 1997, p. 741.

¹⁶⁶¹ Se reporter sur ce point à l'Introduction.

instances de règlement sont permanentes, incontournables¹⁶⁶² et hiérarchiquement ordonnées de telle façon qu'elles possèdent, à ce double titre, les moyens organiques et procéduraux de produire un travail continu débouchant sur ce *juris dictio* unifié. Ainsi, une seule décision est en réalité formulée par le système mémorandaire à l'occasion du différend de l'espèce et l'unification du *juris dictio* associée à la permanence des instances garantira une constance décisionnelle¹⁶⁶³ au fur et à mesure des différends traités, de telle sorte qu'une continuité de la décision¹⁶⁶⁴ – à travers les multiples et successifs cas d'espèce traités – peut être établie. Cette continuité de la décision, synthèse des conditions de formation d'une jurisprudence qui sont la première phase de son identification, est à même de constituer le terrain propice au développement effectif d'une telle jurisprudence.

En second lieu, la question de cette effectivité est l'autre question à laquelle il faut répondre pour qu'une jurisprudence provenant du système mémorandaire soit identifiée. En effet, il a été précédemment montré que l'organisation du système mémorandaire est de nature à permettre le développement d'une jurisprudence. Encore faut-il que des conclusions formulées par les instances mémorandaires puissent effectivement être considérées comme des règles jurisprudentielles, c'est-à-dire comme des principes généraux dégagés par ces instances à l'occasion d'un différend et utilisés par ces mêmes instances en tant que principes juridiques fondant leurs constatations et conclusions ultérieures.

Un signe explicite de cette considération réside dans l'intérêt porté par de nombreuses études doctrinales aux constatations et conclusions des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel. Dès les balbutiements pratiques des instances mémorandaires, de nombreux auteurs ont immédiatement senti qu'une jurisprudence du système mémorandaire, et en particulier de l'Organe d'appel, devait être suivie « **dans l'avenir avec la plus grande attention** »¹⁶⁶⁵ car « **un droit jurisprudentiel du commerce interétatique, que l'on pressentait en formation dans le cadre du GATT, devrait logiquement, et heureusement, découler du système nouveau** »¹⁶⁶⁶. Ensuite, une fois le développement progressif effectif de l'activité des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel, de nombreux écrits sont venus constater que « **le bilan de la jurisprudence de l'Organe d'appel est nécessairement limité. Il ne peut aller très loin faute de normes**

¹⁶⁶² Ce caractère incontournable découle de la combinaison de deux caractéristiques procédurales, propres au système mémorandaire en particulier et aux organes juridictionnels en général, qui sont l'attraction obligatoire et l'obligation de juger.

¹⁶⁶³ Cette constance décisionnelle n'est pas synonyme de continuité de jurisprudence mais de cohérence temporelle des décisions prises. Aussi admet-elle des revirements de jurisprudence sans pour autant disparaître, puisque de tels revirements s'inscrivent dans cette cohérence temporelle.

¹⁶⁶⁴ Bien évidemment, ce terme de « décision » n'est pas pris dans son sens contingent de conclusion d'un différend particulier mais dans celui plus général d'ensemble des conclusions formulées à l'occasion des multiples traitements de différend effectués.

¹⁶⁶⁵ P.-M. Dupuy, *Droit international public, op. cit.*, p. 560.

¹⁶⁶⁶ E. Canal-Forgues, « La procédure d'examen en appel... », *op. cit.*, p. 851.

de référence mais sa jurisprudence devrait l'inciter à l'élaboration de ces normes de référence et au développement de travaux en ce sens, dans une sorte de spirale ascendante »¹⁶⁶⁷, de telle sorte qu' » **il semble (...) que L'Organe d'Appel participe à l'élaboration d'un véritable droit jurisprudentiel des échanges commerciaux internationaux »**¹⁶⁶⁸. Enfin, au fur et à mesure de la multiplication des affaires traitées par les instances mémorandaires, des études doctrinales nombreuses et variées sont venues analyser « **la jurisprudence – car on peut la qualifier ainsi, d'autant qu'on commence à voir se dessiner des catégories d'affaires »**¹⁶⁶⁹.

Ces dernières études sont actuellement en constante expansion et prennent des formes diverses. Pour exemple, il faut citer, outre des articles sur des sujets en lien étroit avec l'idée de jurisprudence¹⁶⁷⁰, des recueils consacrés exclusivement aux affaires traitées par les instances mémorandaires¹⁶⁷¹ ou encore l'ouverture depuis quelques années des chroniques de jurisprudence de différents périodiques du droit international public aux décisions des instances mémorandaires¹⁶⁷². Ce développement doctrinal signifie qu'il est communément admis que les décisions émanant du système mémorandaire contiennent des règles de nature jurisprudentielle et, partant, que la fonction qui lui incombe est bien de nature juridictionnelle. En effet, il a déjà été montré que les groupes spéciaux et l'Organe d'appel avaient pour mission un *juris dictio* qui ne pouvait être considéré comme tel que s'il contribuait à l'effectivité et à l'évolution du droit sur lequel il intervient ; ainsi l'action de la juridiction devait-elle être fermement et clairement distinguée de l'action du juriconsulte, ce qui passait par la reconnaissance d'une jurisprudence. Dans ce cadre, la démarche doctrinale précédemment signalée, en montrant son intérêt croissant pour les décisions émanant du système OMC, montre qu'elle ne conçoit pas l'action des instances mémorandaires comme une œuvre de juriconsulte mais comme une œuvre juridictionnelle. Nonobstant, cet indice de

¹⁶⁶⁷ H. Ruiz Fabri, « L'appel dans le règlement... », *op. cit.*, p. 105.

¹⁶⁶⁸ V. Pace, *L'Organisation Mondiale du Commerce et le renforcement de la réglementation juridique des échanges commerciaux*, L'Harmattan, coll. Logiques Juridiques, Paris, 2000, p. 212. Voir dans le même sens M.N. Andrianarivony, *L'émergence progressive d'une juridiction internationale des échanges...*, *op. cit.*, p. 418.

¹⁶⁶⁹ H. Ruiz Fabri, « L'appel dans le règlement... », *op. cit.*, p. 54.

¹⁶⁷⁰ Voir pour exemples : E. Canal-Forgues, « Sur l'interprétation dans le droit de l'OMC », *R.G.D.I.P.*, 2001, pp. 5-23 ; H. Ruiz Fabri, « L'appel dans le règlement... », *op. cit.*, pp. 47-128.

¹⁶⁷¹ Voir pour exemple E. Canal-Forgues et T. Flory (Sous la direction de), *Recueil des contentieux GATT/OMC*, Bruylant, Bruxelles, 2001.

¹⁶⁷² Voir pour exemples : le *Journal du droit international* qui inclut dans sa rubrique « *Jurisprudence* » l'« *Organisation mondiale du commerce* » tenue par Mme Ruiz Fabri depuis 1999 ; la *Revue générale de droit international public* qui, à partir de l'année 2000 (Tome CIV), traite de « *l'Organe d'appel de l'OMC* » sous la plume de M. Weckel (pp. 250 s.), de l'« *Organe de règlement des différends de l'OMC* » (pp. 223 s., *R.G.D.I.P.* 2001-1) ou de l'« *Organe de règlement des différends (OMC)* » (pp. 183 s., *R.G.D.I.P.* 2002-1).

l'effectivité d'une jurisprudence tiré du comportement doctrinal ne suffit pas, loin s'en faut, à affirmer rigoureusement cette effectivité, et ce pour deux raisons.

La première est que les écrits doctrinaux précédemment cités se concentrent sur les décisions de l'Organe d'appel et ne font que peu de cas de celles des groupes spéciaux, alors même que l'action de ces derniers doit être analysée pour montrer la véracité d'un *juris dictio* du système mémorandaire et non pas seulement celui de l'instance d'appel. Evidemment, cette focalisation sur les décisions de l'Organe d'appel est tentante et justifiable dans la mesure où ces dernières sont cassatoires donc, en apparence, plus axées sur le droit que les rapports des groupes spéciaux qui s'intéressent en leur qualité d'instance de premier degré à l'aspect factuel du différend, et dans la mesure où les groupes spéciaux sont soumis à un Organe d'appel qui a le dernier mot en étant au sommet de la hiérarchie du système institutionnel organisé par le Mémorandum.

Il faut néanmoins d'emblée constater que le règlement des différends peut ne pas passer par un examen en appel mais rester sur la décision du groupe spécial si aucun appel n'est formulé dans les délais impartis au défendeur et au plaignant. En outre, la décision de l'Organe d'appel n'a pas formellement pour objet de régler le différend mais de confirmer ou infirmer la décision du groupe spécial, de telle sorte que ce dernier est en réalité au cœur du règlement et constitue la raison d'être de l'instance cassatoire. De même, à supposer que les règles jurisprudentielles n'émanent que de l'Organe d'appel, il faut croire que leur effectivité sera fortement atténuée s'il n'est pas constaté que les groupes spéciaux les utilisent et s'y soumettent. L'éventuelle constatation d'une jurisprudence effective appliquée au système mémorandaire dans son ensemble doit donc passer par la prise en considération de l'action de l'Organe d'appel et de celle des groupes spéciaux, puisqu'un *juris dictio* unifié est formulé et que l'étude de sa diffusion externe ne peut que passer par une analyse de l'ensemble des rapports mémorandaires.

Bien entendu, cette analyse fera la part belle aux constatations et conclusions de l'Organe d'appel car celles-ci ont une teneur juridique avérée du fait de leur fonction cassatoire et ont une autorité supérieure à celle des rapports des groupes spéciaux du fait de la position hiérarchique respective de chacune des deux instances¹⁶⁷³. Il reste que l'effectivité d'une jurisprudence est forcément liée au comportement de l'instance inférieure face aux décisions de l'instance supérieure – qui plus est cassatoire – dans la mesure où les deux types de décisions – de première instance et cassatoire – sont inextricablement liés et où les instances mémorandaires concourent ensemble à la construction et à l'application de ces règles prétorienne.

Une seconde raison de l'insuffisance de l'indice doctrinal tient au fait que les études doctrinales de la jurisprudence des instances de l'OMC ne se fondent essentiellement que sur la constatation des critères propices à la formation d'une telle jurisprudence mais n'établissent pas l'existence de critères théoriques d'effectivité de cette jurisprudence. Elles passent directement de l'observation de la réunion des conditions de formation d'une jurisprudence, s'appuyant pour ce faire essentiellement sur le texte du

¹⁶⁷³ Encore que l'autorité de la décision du groupe spécial sera considérée comme suprême dans le différend qu'il traite si aucun appel n'est formulé, mais là n'est pas la question puisqu'il s'agit présentement d'étudier la diffusion externe et non interne du *juris dictio*.

Mémemorandum ainsi que parfois sur l'étude sommaire d'une pratique balbutiante, à l'analyse des décisions des instances mémorandaires, mais ne ressentent pas le besoin d'établir un lien théorique entre cette observation et cette analyse. En définitive, le plus grand pragmatisme règne, qui consiste à affirmer une effectivité jurisprudentielle en constatant simplement que les conditions de sa formation sont réunies et que l'identification de règles jurisprudentielles effectives montre bien que ces conditions étaient bien réunies et qu'elles sont, de plus, activées.

Bien sûr, ce pragmatisme est justifiable ; il est inhérent à la nature même de la jurisprudence qui ne peut se construire, et par conséquent être étudiée, qu'au fur et à mesure des décisions juridictionnelles successivement rendues. Après avoir constaté que le Mémemorandum pouvait favoriser la formation d'une jurisprudence, les analystes du système mémorandaire doivent attendre les premières décisions rendues, et même au-delà puisque la jurisprudence se caractérise par une continuité, pour en déduire l'effectivité d'une telle jurisprudence. Cependant, en négligeant d'identifier des critères théoriques d'effectivité jurisprudentielle et de les considérer comme le prolongement des conditions de formation et comme le fondement de leur analyse des décisions, ces études doctrinales créent deux obstacles majeurs au bien-fondé de leurs conclusions : elles prêtent le flanc à une critique prompte à établir que l'identification de règles générales d'origine prétorienne ne suffit pas à caractériser une jurisprudence ; elles n'assurent pas une assise stable et pérenne de leurs conclusions et empêchent de la sorte de pouvoir dégager et utiliser une grille de lecture efficace des futures décisions étudiées. Sans critères théoriques d'effectivité vérifiés, l'analyse d'une décision des instances mémorandaires n'a d'autre effet que de décrire le règlement de l'affaire et, éventuellement, de dégager un principe qui s'appliquera peut-être lors du règlement d'un différend futur, mais elle n'a pas pour effet d'établir fermement une « *jurisprudentialité* » et, partant, de contribuer à la compréhension et à l'étude du fonctionnement et de l'évolution du système mémorandaire.

Sur le premier obstacle, il faut constater que la reconnaissance doctrinale précédemment mentionnée n'est pas unanime. Par exemple, Mme Ruiz Fabri note que, « *selon certains points de vue (...), l'effet "précédentiel" restera relativement cantonné, ce qui exclut sans doute toute perspective de stare decisis* »¹⁶⁷⁴, « *doctrine du (...) caractère obligatoire des précédents* »¹⁶⁷⁵. Et, dans le même sens, M. Nicora, Consultant juridique à l'OMC, affirme à propos des groupes spéciaux que « *même si leur compétence a été souvent mise en cause, leur activité a été souvent qualifiée de jurisprudentielle ou quasi jurisprudentielle. Il ne semble pas que ce soit vraiment le cas ; la diversité des litiges est telle qu'il n'y a pas répétition des faits* »¹⁶⁷⁶. Ces illustrations d'opinions hostiles à la reconnaissance d'une jurisprudence ne

¹⁶⁷⁴ H. Ruiz Fabri, « L'appel dans le règlement... », *op. cit.*, p. 54, note 33. L'auteur renvoie à A. Chua, « The Precedential Effect of the WTO Panel and Appellate Body Reports », *Leiden Journal of International Law* 1998, pp. 45-61.

¹⁶⁷⁵ P. Weckel, « Chronique de jurisprudence internationale », *R.G.D.I.P.*, Tome 106, 2002/1, p. 192.

¹⁶⁷⁶ P. Nicora, « L'organe de règlement des différends a-t-il un avenir ? », in F. Osman (Sous la direction de), *L'Organisation Mondiale du Commerce : vers un droit mondial du commerce ?*, Colloque, Lyon, 2 mars 2001, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 240.

peuvent que difficilement être battues en brèche par les études doctrinales consacrées à l'identification de règles posées par les instances mémorandaires à l'occasion du traitement d'un différend particulier, car ces études n'ont pas – et sans doute n'est-ce pas là leur objectif – une appréhension globale de l'action des instances mémorandaires. Aussi l'accumulation d'études sur des règles prétoriennes ciblées, même s'il est constaté que ces règles se répètent sur plusieurs affaires distinctes, ne peut-elle qu'illustrer l'affirmation et l'utilisation d'un principe et appréhender ses caractéristiques intrinsèques. Elle peut, à la rigueur, illustrer une continuité de décision qui constituera peut-être le premier pas vers la reconnaissance d'une effectivité jurisprudentielle. Mais cette démarche ne peut montrer de manière satisfaisante la réalité d'une jurisprudence émanant du système mémorandaire ; au mieux, elle suggèrera cette conclusion en participant à son établissement mais elle ne pourra s'opposer efficacement et durablement aux critiques excluant l'effectivité jurisprudentielle¹⁶⁷⁷.

Quant au second obstacle, il est indubitablement lié à la contingence des études doctrinales se fixant sur l'analyse de principes prétoriens déterminés. Il n'est pas question de critiquer cette démarche qui est d'une utilité majeure dans la compréhension et l'analyse de questions juridiques essentielles, mais simplement de constater que l'approche doctrinale de la jurisprudence des instances mémorandaires est insuffisante à établir rigoureusement la démonstration d'une juridictionnalité du système mémorandaire. En ne montrant pas que telle règle étudiée correspond bien à des critères théoriques d'identification d'une effectivité jurisprudentielle, ces études doctrinales ne peuvent qu'apporter des indices épars d'une telle effectivité. Pour fonder efficacement la juridictionnalité et, partant, la juridictionnalité du système mémorandaire, il faut adopter une démarche plus transversale qui appréhendera le comportement des instances dans sa globalité à travers la recherche d'indices prédéterminés par la fixation de critères théoriques significatifs d'une telle juridictionnalité.

Pour confirmer ou infirmer la considération précédemment formulée selon laquelle les conclusions des instances mémorandaires peuvent constituer des règles jurisprudentielles, il est indispensable d'examiner le raisonnement suivi par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel à l'occasion du traitement des différends qui leur sont soumis. Pour ce faire, il n'est ni judicieux, ni nécessaire, ni même possible d'analyser l'ensemble du *corpus* formé de la totalité des rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel jusque là rédigés. Il convient en revanche de préciser la définition de la jurisprudence afin de pouvoir ensuite en dégager les critères de l'effectivité qui pourra par la suite être attestée.

Comme il a été précédemment établi, la jurisprudence est le résultat de la diffusion temporelle externe du *juris dictio*, autrement dit un ensemble de règles issues de l'activité des instances de règlement qui constituent des principes juridiques suffisamment généraux pour pouvoir être sortis du différend auxquels ils s'appliquent afin de constituer des règles juridiques à part entière applicables à d'autres différends ; ou, plus clairement dit, elle est la source d'origine juridictionnelle du droit applicable. En appliquant cette

¹⁶⁷⁷ L'étude de l'opinion doctrinale déniant au système mémorandaire la capacité d'élaborer une jurisprudence effective est opérée *infra*.

définition au système mémorandaire, il ressort qu'une jurisprudence effective sera établie s'il est avéré que les instances mémorandaires utilisent pour la confrontation des faits de la cause avec les normes juridiques applicables au différend des conclusions antérieurement formulées par ces mêmes instances, c'est-à-dire considèrent que le droit qu'elles ont la charge de dire peut inclure des règles issues des conclusions qu'elles ont précédemment formulées.

Partant, des critères peuvent être dégagés qui concourent tous à l'identification d'une jurisprudence du fait qu'ils constituent les éléments de sa définition. Ils sont multiples mais peuvent être organisés en trois principaux. Le premier critère est celui de la validation de principe, critère selon lequel les instances produisant et se soumettant à des règles jurisprudentielles doivent y avoir consenti par principe. Le deuxième critère est celui de l'autonomie de la règle, autonomie qui s'entend par rapport au dispositif normatif de référence pour le juge ; ce critère permet non seulement de constater l'existence de règles prétorienne énoncées mais également d'évaluer le lien – ou son absence – qui les unit aux normes juridiques non-prétoriennes qui ont pu leur servir de référence et, partant, d'évaluer la plus ou moins grande témérité du juge d'un point de vue matériel. Le troisième critère est celui de la propagation de la règle, critère qui vient en complément du deuxième et qui détermine la fréquence et le champ de création et d'utilisation, par les instances inférieures et par l'instance créatrice elle-même, des règles prétorienne. La démarche de fixation de critères généraux de jurisprudentialité ainsi que le contenu desdits critères sont éminemment discutables. Ils se proposent simplement d'envisager une réponse à la question de l'effectivité jurisprudentielle tout en évitant et l'écueil d'une analyse textuelle des conditions de formation qui ne permettrait d'attester une effectivité, et l'écueil de la description exhaustive qui ne serait que paraphrase inefficace.

Le premier critère, celui de la validation de principe consiste en l'observation d'une volonté de principe formulée par les instances mémorandaires de créer et d'utiliser des règles jurisprudentielles. Il est en réalité double. Pour qu'une effectivité jurisprudentielle puisse être assurée, il faut non seulement que soit énoncée une reconnaissance explicite de la création de règles jurisprudentielles et de la soumission à ces règles, mais aussi que cette reconnaissance soit assurée par des mécanismes juridiques de garantie.

D'une part, cette énonciation par le système mémorandaires est manifeste. Tout d'abord, elle est implicitement formulée par les instances de règlement quand celles-ci acceptent et développent, pour fonder leurs constatations et conclusions, une base juridique d'origine jurisprudentielle externe. En clair, ces instances reconnaissent implicitement le bien-fondé de la source jurisprudentielle quand elles utilisent, à l'appui de leurs décisions, les règles jurisprudentielles formulées par des juridictions internationales extérieures au système OMC, et en particulier par la CIJ. Les groupes spéciaux comme l'Organe d'appel développent bien cette référence jurisprudentielle externe¹⁶⁷⁸. Ensuite, les instances mémorandaires énoncent plus explicitement leur volonté de prendre en considération des règles jurisprudentielles et, partant, reconnaissent qu'elles en produisent. Cette dernière énonciation mérite des approfondissements.

¹⁶⁷⁸ Le Chapitre précédent illustre bien la généralisation du recours aux jurisprudences internationales externes par des exemples tirés de la pratique et par des références doctrinales allant dans le même sens.

Elle a été formulée par l'Organe d'appel dès 1996, dans son deuxième Rapport: **« les rapports de groupes spéciaux adoptés sont une partie importante de l'"acquis" du GATT. Ils sont souvent examinés par les groupes spéciaux établis ultérieurement. Ils suscitent chez les Membres de l'OMC des attentes légitimes et devraient donc être pris en compte lorsqu'ils ont un rapport avec un autre différend. Mais ils n'ont aucune force obligatoire, sauf pour ce qui est du règlement du différend entre les parties en cause »**¹⁶⁷⁹. Ainsi l'Organe d'appel pose-t-il le principe d'une prise en considération par le groupe spécial, pour le différend d'espèce qu'il traite, des conclusions antérieurement rendues à propos d'un autre différend, et le fonde sur les **« attentes légitimes »** des Membres. Bien plus, l'Organe d'appel construit une sorte de bloc de jurisprudentialité en reconnaissant **« l'"acquis" du GATT »** et, ce faisant, en considérant la généralisation de la référence aux rapports antérieurs et la continuité de décision qui doit s'imposer aux groupes spéciaux.

Ce principe énoncé par l'Organe d'appel est par la suite repris par les groupes spéciaux¹⁶⁸⁰ ainsi que par l'Organe d'appel lui-même¹⁶⁸¹ qui reconnaissent la pertinence de ce principe et acceptent de l'appliquer. En outre, il est développé par les instances mémorandaires qui en tirent des conclusions nouvelles. Par exemple, un groupe spécial, se fondant sur ce principe, a pu estimer qu' **« une décision qui donne des "orientations" n'est pas juridiquement contraignante, mais donne une direction à l'OMC. Il importe de noter que, comme l'Organe d'appel l'a indiqué, les rapports de groupes spéciaux adoptés devraient être pris en compte "lorsqu'ils ont un rapport avec un autre différend". À notre avis, cette considération s'applique également à toute autre décision, procédure ou pratique habituelle des PARTIES CONTRACTANTES du GATT de 1947 »**¹⁶⁸².

Surtout, l'Organe d'appel lui-même étend l'obligation de prise en compte de ses propres rapports antérieurs par les groupes spéciaux. Ainsi a-t-il pu affirmer que le raisonnement qu'il a suivi dans son deuxième rapport¹⁶⁸³ **« s'applique aussi aux rapports de l'Organe d'appel qui ont été adoptés. Ainsi, en prenant en compte le raisonnement figurant dans un rapport de l'Organe d'appel adopté – un rapport qui, de plus, avait un rapport direct avec le règlement par le Groupe spécial des questions dont il était saisi – le Groupe spécial n'a pas fait erreur. Le Groupe spécial a eu raison d'utiliser nos constatations comme instrument pour son propre**

¹⁶⁷⁹ WT/DS8, 10 et 11/AB/R, p. 17.

¹⁶⁸⁰ Voir pour exemples les rapports : WT/DS27/R/ECU, paragraphes 7.40 et 7.114 ; WT/DS56/R, paragraphe 6.24, note 175 ; WT/DS58/R, paragraphe 7.16, note 623 ; WT/DS60/R, paragraphe 7.7 ; WT/DS90/R, paragraphe 5.46, note 288 ; WT/DS177 et 178/R, paragraphe 7.78, note 113.

¹⁶⁸¹ Voir pour exemple le Rapport de l'Organe d'appel WT/DS50/AB/R, p. 16.

¹⁶⁸² WT/DS108/R, paragraphe 7.78.

¹⁶⁸³ Voir la citation au paragraphe précédent des conclusions de l'Organe d'appel sur ce point dans son Rapport WT/DS8, 10 et 11/AB/R.

raisonnement »¹⁶⁸⁴. « *En réalité, nous nous attendions à ce qu'il le fasse. Le Groupe spécial devait nécessairement prendre en compte nos vues à ce sujet, puisque nous avons infirmé certains aspects des constatations du Groupe spécial initial relatives à cette question et, chose plus importante, que nous avons donné des indications en matière d'interprétation destinées aux groupes spéciaux futurs, comme le Groupe spécial chargé de la présente affaire* »¹⁶⁸⁵. L'Organe d'appel a même pu confirmer le Rapport du groupe spécial admettant qu'« *un groupe spécial [peut] (...) s'inspirer utilement du raisonnement présenté dans un rapport de groupe spécial non adopté qu'il [juge] en rapport avec l'affaire dont il [est] saisi* »¹⁶⁸⁶, tout en infirmant la démarche d'un groupe spécial qui ne fait pas que « *s'inspirer utilement* » mais « *fait largement fond* » de ce rapport non adopté¹⁶⁸⁷. Aussi faut-il conclure avec M. Weckel que « *les rapports de l'Organe d'appel font jurisprudence* »¹⁶⁸⁸.

Toutefois, l'Organe d'appel, dans ce même deuxième rapport¹⁶⁸⁹, prend soin de préciser que cette prise en considération par les groupes spéciaux des rapports antérieurs est liée à une similarité entre les deux différends et que la force obligatoire des conclusions antérieures s'arrête au différend auquel ces conclusions se consacrent sans rejaillir sur les différends futurs, particulièrement quand il affirme que les rapports des groupes spéciaux adoptés « *n'ont aucune force obligatoire, sauf pour ce qui est du règlement du différend entre les parties en cause* »¹⁶⁹⁰. De la sorte, il semble immédiatement relativiser le principe d'effectivité jurisprudentielle en écartant le principe du *stare decisis*¹⁶⁹¹. Néanmoins, l'Organe d'appel déconnecte immédiatement le principe du *stare decisis* de l'effectivité jurisprudentielle en notant que « *le Statut de la Cour internationale de justice prévoit expressément, à l'article 59, des dispositions semblables [à cette absence de force obligatoire]. Elles n'ont toutefois pas empêché la Cour (ni son prédécesseur) de créer une jurisprudence qui accorde de toute évidence une importance considérable à la valeur des décisions précédentes* ».

¹⁶⁸⁴ Rapport de l'Organe d'appel WT/DS58/AB/RW, paragraphe 109.

¹⁶⁸⁵ *Ibid.* paragraphe 107.

¹⁶⁸⁶ WT/DS8, 10 et 11/AB/R, p. 17. Il faut ajouter que cette conclusion n'est pas restée lettre morte puisque les groupes spéciaux utilisent comme fondement de leurs conclusions des rapports de groupes spéciaux non adoptés ; Voir par exemple le Rapport WT/DS135/R, paragraphes 8.76 et 8.77. Ces rapports non adoptés sont essentiellement ceux du GATT de 1947 puisque leur adoption est automatique au sein de l'OMC du fait du mécanisme du consensus négatif (étudié dans le Titre suivant).

¹⁶⁸⁷ WT/DS56/AB/R, pp. 20-21.

¹⁶⁸⁸ P. Weckel, « Chronique de jurisprudence internationale », *R.G.D.I.P.*, Tome 106, 2002/1, p. 192.

¹⁶⁸⁹ Rapport WT/DS8, 10 et 11/AB/R.

¹⁶⁹⁰ WT/DS8, 10, 11/AB/R, p. 17, précité.

¹⁶⁹¹ L'Organe d'appel écarte également ce principe dans son Rapport WT/DS58/AB/RW. Voir sur ce point P. Weckel, « Chronique de jurisprudence internationale », *R.G.D.I.P.*, Tome 106, 2002/1, pp. 192-193

» ¹⁶⁹² . Par conséquent, **« la doctrine du stare decisis (caractère obligatoire des précédents) est clairement écartée. Certes les groupes spéciaux ont l'obligation de tenir compte de la jurisprudence de l'Organe d'appel, d'autant que ce dernier exerce à leur égard un pouvoir d'infirmité de leurs constatations. Ils pourraient toutefois s'en écarter si des motifs sérieux le justifiaient. (...) Ainsi, l'Organe d'appel prend une position, en ce qui concerne l'autorité de la jurisprudence, qui est très proche de celle de la Cour internationale de Justice »** ¹⁶⁹³ . Cette déconnexion n'est pas surprenante si l'on considère avec M. Pellet que, **« bien que les tribunaux internationaux arbitraux ou permanents ne soient pas liés par des précédents, ceux-ci revêtent une importance fondamentale pour la constatation et la formulation des règles de droit (...) puisqu'il s'agit en principe de décisions mûrement pesées à la suite de débats contradictoires »** ¹⁶⁹⁴ .

Ainsi, cette **« doctrine »** n'empêche pas l'effectivité d'une jurisprudence. Les critiques, précédemment évoquées, fondées sur le cantonnement de l'effet précédentiel et, partant, sur l'exclusion de toute perspective de *stare decisis*, ont une portée nettement atténuée. En effet, la pratique montre que l'Organe d'appel et les groupes spéciaux ont facilement instauré et développé le principe d'une reconnaissance des précédents en tant que sources juridiques possibles utilisables pour leurs constatations et conclusions. En outre, ils ont pu détacher le principe du *stare decisis* de l'effectivité jurisprudentielle de laquelle il n'est finalement pas une condition, le principe n'organisant pour les instances inférieures qu'une décision conforme difficilement admissible dans le cadre d'un processus de type juridictionnel. Un groupe spécial a d'ailleurs trouvé la parade pour concilier l'absence de ce principe et l'effectivité de la jurisprudence en concluant que **« les groupes spéciaux ne sont pas liés par les décisions antérieures de groupes spéciaux ou de l'Organe d'appel même si la question traitée est la même. Lorsque nous examinons le différend WT/DS79, nous ne sommes pas juridiquement liés par les conclusions du Groupe spécial dans le différend WT/DS50 telles qu'elles ont été modifiées par le rapport de l'Organe d'appel. Toutefois, dans le cadre des "procédures normales de règlement des différends" prescrites à l'article 10: 4 du Mémorandum d'accord, nous tiendrons compte des conclusions et du raisonnement figurant dans les rapports du Groupe spécial et de l'Organe d'appel concernant le différend WT/DS50. En outre, lors de notre examen, nous pensons que nous devrions accorder beaucoup d'importance à la fois à l'article 3: 2 du Mémorandum d'accord, qui souligne le rôle du système de règlement des différends de l'OMC pour assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral, et à la nécessité d'éviter des décisions incohérentes »** ¹⁶⁹⁵ .

D'autre part, le critère de validation de principe nécessite que la reconnaissance

¹⁶⁹² WT/DS8, 10 et 11, p. 17, note 42.

¹⁶⁹³ P. Weckel, « Chronique de jurisprudence internationale », *R.G.D.I.P.*, Tome 106, 2002/1, pp. 192-193. Cet auteur formule la présente conclusion par rapport à l'étude qu'il a menée sur le Rapport de l'Organe d'appel WT/DS58/AB/RW mais il renvoie, tout comme ce rapport étudié, au rapport de l'Organe d'appel précité, fondateur en la matière, WT/DS8, 10 et 11/AB/R.

¹⁶⁹⁴ A. Pellet, *Droit international public*, P.U.F., coll. Mémentos Thémis, Paris, 1981, p. 35.

explicite de la création de règles jurisprudentielles et de la soumission à ces règles soit assurée par des mécanismes juridiques de garantie. Ils doivent être distingués des mécanismes textuels prévoyant les conditions de formation de la jurisprudence. En effet, les seconds organisent un cadre offrant aux instances mémorandaires l'opportunité d'élaborer des règles jurisprudentielles, alors que les premiers organisent un cadre garantissant la jurisprudentialité des règles prétoriennes. Il ne s'agit donc pas à travers la recherche de mécanismes de garantie de constater l'éventualité de règles jurisprudentielles mais bien de constater que les règles dégagées par les instances mémorandaires restent de caractère jurisprudentiel et ne débordent pas de ce cadre-ci. Deux mécanismes doivent ici être relevés : le premier est celui de l'effet utile par lequel les instances déterminent elles-mêmes la jurisprudentialité des règles qu'elles formulent en l'utilisant pour cadre ; le second est celui de l'adoption d'interprétations selon lequel le dispositif normatif de l'OMC assure le cantonnement jurisprudentiel de ces règles.

Le mécanisme de l'effet utile est fixé par les instances mémorandaires. Il est dégagé par l'Organe d'appel, dès la rédaction de ses deux premiers rapports, des jurisprudences de la CIJ et de la CPJI et constitue « **un principe fondamental de l'interprétation des traités découlant de la règle générale d'interprétation énoncée à l'article 31 est celui de l'effet utile (ut res magis valeat quam pereat)** »¹⁶⁹⁶. En effet, « **l'un des corollaires de la "règle générale d'interprétation" de la Convention de Vienne est que l'interprétation doit donner sens et effet à tous les termes d'un traité. Un interprète n'est pas libre d'adopter une interprétation qui aurait pour résultat de rendre redondants ou inutiles des clauses ou des paragraphes entiers d'un traité** »¹⁶⁹⁷. Ce faisant, l'Organe d'appel s'octroie, en le délimitant, un large pouvoir d'interprétation du dispositif normatif de l'OMC, alors même que, dans le cadre du GATT de 1947, « **le principe de l'effet utile avait en revanche fait l'objet d'un refus non explicite par souci de ne pas conduire à la révision de la règle en quittant le domaine de l'interprétation** »¹⁶⁹⁸. Or, comme le constate M. Canal-Forgues, « **la règle de l'effet utile ou de l'interprétation effective ne doit pas être mal utilisée** »¹⁶⁹⁹. Ainsi, il faut croire que l'Organe d'appel, par la consécration du principe de l'effet utile, donne toute sa mesure à une interprétation extensive des dispositions que les instances mémorandaires ont en charge d'examiner. De la sorte, il pose le principe d'une effectivité jurisprudentielle large, à un point tel que la crainte d'une mauvaise utilisation de la règle de l'effet utile peut être légitime. Force est de « **constater néanmoins une certaine incertitude quant à l'étendue de la reconnaissance du principe de l'effet utile dans le cadre de l'OMC** »

¹⁶⁹⁵ WT/DS79/R, paragraphe 7.30. Cette conclusion est reprise par le groupe spécial de l'affaire DS222. Voir sur ce point le Rapport WT/DS222/R, paragraphe 7.92, note 59.

¹⁶⁹⁶ WT/DS8, 10 et 11/AB/R, p. 14 et note 33, même page.

¹⁶⁹⁷ WT/DS2/AB/R, p. 26 et note 55, même page.

¹⁶⁹⁸ E. Canal-Forgues, « Sur l'interprétation dans le droit de l'OMC », *R.G.D.I.P.*, 2001, p. 7.

¹⁶⁹⁹ *Ibid.*, p. 22.

¹⁷⁰⁰, ce qui freine la réalisation de cette crainte tout en assurant l'effectivité, par choix prétorien, du critère de validation de principe ¹⁷⁰¹.

Quant au mécanisme de l'adoption d'interprétations, il concourt lui aussi à la ratification du critère de validation de principe. Ce second mécanisme assure une application mesurée du principe de l'effet utile et délimite explicitement par des normes écrites l'étendue du pouvoir normatif accordé au juge maître de sa jurisprudence en sus de la limitation intrinsèque à ce principe ¹⁷⁰². En effet, l'Accord instituant l'OMC prévoit que « **la Conférence ministérielle et le Conseil général auront le pouvoir exclusif d'adopter des interprétations du présent accord et des Accords commerciaux multilatéraux. S'agissant d'une interprétation d'un Accord commercial multilatéral figurant à l'Annexe 1, ils exerceront leur pouvoir en se fondant sur une recommandation du Conseil qui supervise le fonctionnement dudit accord. La décision d'adopter une interprétation sera prise à une majorité des trois quarts des Membres** » ¹⁷⁰³. Le Mémoire renvoie à ce mécanisme en rappelant que « **les dispositions du présent mémorandum d'accord sont sans préjudice du droit des Membres de demander une interprétation faisant autorité des dispositions d'un accord visé, par la prise de décisions au titre de l'Accord sur l'OMC ou d'un accord visé qui est un Accord commercial plurilatéral** » ¹⁷⁰⁴.

Ainsi, le dispositif normatif de l'OMC prévoit, par l'institution d'un mécanisme d'interprétation, un frein aux ambitions jurisprudentielles des instances mémorandaires. Ce mécanisme d'interprétation est concurrent de celui qu'elles doivent utiliser pour remplir la fonction de *juris dictio* qui leur est attribuée et, comme l'atteste le Mémoire, lui est supérieur. Bien entendu, il est de mise en œuvre difficile car les conditions d'adoption sont strictes et peuvent être rédhibitoires. Néanmoins, cette rigidité est indispensable à la stabilité et à la légitimité de la norme. Surtout, l'existence de ce mécanisme affirme la méfiance de l'Organisation et de ses Membres vis-à-vis de la menace d'un gouvernement des juges, menace d'autant plus grande en matière internationale que la loi, soumettant normalement le juge, est d'adoption difficile ¹⁷⁰⁵. Ce mécanisme est d'ailleurs souvent

¹⁷⁰⁰ *Ibid.*, p. 22.

¹⁷⁰¹ Au surplus, il faut noter que l'Organe d'appel consacre par la voie jurisprudentielle l'application de la règle de l'effet utile, ce qui montre une effectivité jurisprudentielle à l'œuvre au sein du système mémorandaire. Ce point est évoqué *infra*.

¹⁷⁰² Cette limitation est exprimée par l'Organe d'appel qui précise qu'« *un interprète n'est pas libre d'adopter une interprétation qui aurait pour résultat de rendre redondants ou inutiles des clauses ou des paragraphes entiers d'un traité* » (WT/DS2/AB/R, p. 26). Elle est inhérente à la définition même du principe de l'effet utile.

¹⁷⁰³ Article IX : 2.

¹⁷⁰⁴ Article 3 : 9.

¹⁷⁰⁵ Voir sur ce point H. Rasmussen, « Le juge international en évitant de statuer obéit-il à un devoir judiciaire fondamental ? », in Société Française pour le Droit International, *La juridiction internationale permanente*, Colloque de Lyon, Pedone, Paris, 1987, pp. 383-387.

présenté comme une échappatoire, offerte aux Membres, au système du consensus négatif qui transfère autorité et contrainte de l'ORD aux instances mémorandaires¹⁷⁰⁶. Il permet en toute logique aux parties de mieux accepter l'autorité et la contrainte émanant du système mémorandaire puisqu'il leur offre un moyen de lutte contre des règles jurisprudentielles qui ne les satisferaient pas.

Ce mécanisme d'interprétation cantonne donc les règles prétorienne formulées par des instances mémorandaires à une dimension strictement jurisprudentielle qui est caractérisée par une certaine liberté limitée par la création de normes juridiques écrites. Il contribue de manière déterminante à la construction d'une hiérarchie normative au sein de l'OMC définie par la suprématie de la norme écrite ainsi que par l'acceptation implicite de normes jurisprudentielles inférieures, le Mémoire rappelant à mots couverts que les instances mémorandaires créatrices de cette jurisprudence devront le cas échéant se plier à cette norme écrite. Par cette construction, le mécanisme d'interprétation reconnaît implicitement l'effectivité d'une jurisprudence puisqu'il en prévoit les limites. Ce faisant, il garantit le caractère jurisprudentiel des règles formulées par les instances mémorandaires en assurant le respect par le juge de la prévalence d'une autre catégorie de normes juridiques, les normes écrites conventionnelles. Outre le fait que l'interprétation extensive du principe de l'effet utile par le juge est empêchée, le mécanisme d'interprétation participe à l'identification du critère de validation de principe par délimitation explicite du pouvoir jurisprudentiel et, par voie de conséquence, par reconnaissance et protection implicite de la jurisprudentiale des règles prétorienne que les instances mémorandaires peuvent être amenées à consacrer.

Le deuxième critère théorique d'effectivité jurisprudentielle est celui de l'autonomie de la règle prétorienne. « ***L'application de la règle de droit suppose, bien souvent, dans le passage du général au particulier, un processus intermédiaire d'interprétation. (...) [Cette interprétation] peut porter sur le droit (...) ou sur le fait (...)*** »¹⁷⁰⁷ et elle est confiée au juge quand cette application concerne le règlement d'un différend. Or, c'est cette interprétation qui peut amener le juge à dégager des règles qui pourront être qualifiées de jurisprudentielles. Cependant, toute constatation ou conclusion du juge n'est pas forcément, loin s'en faut, un énoncé d'une règle jurisprudentielle entendue dans le sens de source prétorienne du droit. Pour qu'une jurisprudentiale d'une règle prétorienne soit reconnue, il faut qu'existe une certaine autonomie de la règle par rapport au droit existant. En effet, il ne serait pas pertinent de faire ressortir la jurisprudentiale d'une règle qui se contente en réalité d'appliquer mécaniquement une norme juridique écrite claire. En revanche, cette autonomie sera difficilement totale dans la mesure où le juge n'est pas *a priori* titulaire du pouvoir normatif mais est au contraire soumis au droit qu'il a simplement la charge de « ***dire*** ». Aussi l'effectivité jurisprudentielle est-elle cernée d'un côté par l'application mécanique de la règle écrite et, de l'autre côté, par la substitution au titulaire principal du pouvoir normatif. Par conséquent, un critère de l'autonomie de la

¹⁷⁰⁶ Voir pour exemples : H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », *J.D.I.* 3, 1997, p. 740 ; Y. Renouf, « Les mécanismes d'adoption et de mise en œuvre du règlement des différends dans le cadre de l'OMC sont-ils viables ? », *A.F.D.I.* XL, 1994, p. 783-784.

¹⁷⁰⁷ F. Terré, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, pp. 466-467.

règle – par rapport au dispositif normatif de référence – vient utilement constater l'existence de règles prétoriennes énoncées et surtout évaluer le lien unissant les règles prétoriennes aux normes juridiques écrites. Ce lien doit être équilibré : trop fort, il substituerait l'application à la jurisprudence ; trop faible, il montrerait une audace outrancière du juge dans la création normative qui n'est normalement pas de sa compétence.

Le caractère équilibré de ce lien doit être recherché dans les constatations et conclusions formulées par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel à l'appui des règles prétoriennes qu'ils énoncent. Aussi cette recherche doit-elle, pour des raisons évidentes de commodité et de rigueur, être guidée par la mise en place d'une typologie traduisant l'échelle d'autonomie de ces règles prétoriennes. De la sorte, le critère d'autonomie de la règle, par la recherche induite de ce lien, fournit à l'étude de la jurisprudence des instances mémorandaires un schéma directeur et une grille de lecture. Ce schéma permettra d'éviter l'énumération désordonnée et peu significative des règles prétoriennes prétendument jurisprudentielles, et cette grille de lecture permettra d'apprécier leur jurisprudentialité. Une typologie possible se fonde sur le degré d'éloignement de la règle prétorienne par rapport aux normes juridiques existantes.

Quatre paliers peuvent être identifiés : le premier est celui des règles prétoriennes issues directement et explicitement du dispositif normatif écrit dont le *dictio* est de la compétence du juge considéré ; le second concerne les règles ajoutées en complément de normes de ce dispositif imprécises ; le troisième stade est celui de la reconnaissance de principes juridiques généraux découlant d'une norme conventionnelle ou d'un faisceau concordant de ces normes alors même que ces dernières ne les prévoient pas explicitement et qu'elles ne sont pas forcément incluses dans le dispositif normatif considéré ; le quatrième s'applique aux règles prononcées dans le silence généralisé du droit existant. Pour les raisons tenant à la difficulté et à l'incongruité précédemment invoquées, il n'est pas question ici de dresser une liste exhaustive des règles issues des instances mémorandaires, ni de procéder, qui plus est, à la classification des règles qui y seraient consignées en fonction des quatre paliers susmentionnés. L'évaluation de l'effectivité jurisprudentielle par le critère de l'autonomie de la règle nécessite simplement la reprise de ces quatre paliers et la recherche de leur illustration par des exemples tirés de l'examen des constatations et conclusions formulées par les instances mémorandaires.

Ces illustrations s'appliquent pour l'essentiel à des questions processuelles qui sont, il faut bien l'avouer, l'objet principal de la présente étude sur la juridictionnalité du système mémorandaire. D'autres problèmes d'ordre plus substantiel par rapport au droit de l'OMC ont pu être soulevés et traités, mais leur identification nécessiterait une analyse des constatations et conclusions appliquées aux dispositions des accords OMC. Or, celles-ci n'organisent pas le règlement des différends mais la régulation des échanges commerciaux dans les nombreux domaines que traite l'Organisation. Cette analyse ne sera pas présentement menée puisque étant fastidieuse et difficilement réalisable. Ce choix de raisonnement est susceptible d'affaiblir la présente démonstration d'une jurisprudentialité, mais la constatation de règles complémentaires ajoutées dans le cadre des questions processuelles affirme le volontarisme des instances mémorandaires sur

l'élaboration de ces règles et suppose, par voie de conséquence, que ces instances procèdent de même sur les questions d'ordre substantiel. En outre, la régulation des échanges commerciaux internationaux est assurée, à titre principal, par le droit de l'OMC et, les instances mémorandaires étant en définitive les seuls organes compétents dans ce domaine, elles n'auront aucun mal à formuler des règles plus audacieuses que la simple application des dispositions conventionnelles. Partant, les illustrations venant appuyer l'évaluation d'une autonomie de la règle prétorienne peuvent n'être tirées que des seules questions processuelles dont il faut bien constater qu'elles sont centrales aussi bien dans le contentieux que dans la présente étude, qu'elles sont nombreuses du fait de l'insuffisance textuelle sur ce point¹⁷⁰⁸, qu'elles sont problématiques en raison de l'autorité et de la contrainte exercées par le système mémorandaire sur les parties¹⁷⁰⁹, et qu'elles sont à ce triple titre suffisamment significatives de la démarche jurisprudentielle que les instances mémorandaires ont choisie d'adopter.

L'illustration du premier palier est évidente. Elle découle du travail minimal d'interprétation que les instances mémorandaires doivent mener du fait de la fonction de *juris dictio* qui leur a été confiée, et peut être observée, par exemple, dans les différentes chroniques et autres écrits consacrés à l'analyse du *corpus* décisionnel de ces instances¹⁷¹⁰. Plus particulièrement, ces règles jurisprudentielles issues directement de l'interprétation du dispositif normatif de l'OMC se décomposent en deux parties. La première est celle du traitement des questions de fond qui est la fonction essentielle incombant aux instances mémorandaires et qui est bien évidemment mené avec le plus grand soin. De ce traitement découle l'énonciation de règles fondées sur l'interprétation des dispositions des accords OMC, règles aussi nombreuses que diverses du fait de l'hétérogénéité des domaines gérés par l'Organisation et des différends s'y rapportant. Et, par exemple, les multiples chroniques de jurisprudence font état de la réalité de ces règles potentiellement jurisprudentielles¹⁷¹¹ attachées à l'aspect matériel du dispositif normatif de l'OMC, comme l'abandon de recettes normalement exigibles, la subordination à l'exportation, la définition de la branche de production nationale, le calcul du taux de droit antidumping, etc.¹⁷¹² La seconde partie de ces règles rassemble celles issues des

¹⁷⁰⁸ Voir par exemple H. Ruiz Fabri, « L'appel dans le règlement... », *op. cit.*, p. 54. Il y est constaté que « le Mémoire contient peu d'éléments relatifs aux aspects processuels du règlement des différends ». Peut-être serait-il d'ailleurs plus exact d'affirmer que des « éléments » sont insuffisants plutôt que rares dans la mesure où le Mémoire a pour objet l'organisation d'un système de règlement des différends et que, dans ce cadre, il ne peut que contenir de tels éléments relatifs aux aspects processuels.

¹⁷⁰⁹ Autorité et contrainte font l'objet du Titre suivant.

¹⁷¹⁰ Voir pour exemples bibliographiques *supra*, même Section.

¹⁷¹¹ Bien entendu, cette expression doit être précisée. La potentialité exprimée se justifie dans la mesure où l'observation des constatations et conclusions dans le cadre du critère d'autonomie de la règle ne fait que constater que les instances mémorandaires dégagent pour un différend donné une interprétation tirée de l'analyse de dispositions des accords OMC ; il manque pour caractériser une effectivité jurisprudentielle une diffusion de cette règle dans les différends futurs, diffusion fondée sur la validation de principe de cette effectivité.

questions processuelles et préliminaires dont il faut immédiatement constater le **« développement (...). L'émergence de ce type de questions était sans doute inévitable. C'est d'abord une conséquence logique du principe de juridiction obligatoire avec saisine unilatérale et issue contraignante. (...) Ce n'est guère surprenant si l'on se rappelle que le droit est d'abord procédure »**¹⁷¹³. Les groupes spéciaux et l'Organe d'appel traitent ces questions par confrontation avec les dispositions mémorandaires et, de la sorte, formulent des règles rappelant et interprétant ces dispositions. Par exemple, ces instances ont pu se prononcer sur l'imprécision de l'acte par lequel une partie saisit le groupe spécial ou l'Organe d'appel et lui confie un mandat particulier¹⁷¹⁴.

Le deuxième palier concerne les règles ajoutées en complément de normes écrites du dispositif juridique de l'OMC trop imprécises ou incomplètes. L'exemple des règles d'interprétation du droit de l'OMC peut à cet égard être éloquent. Partant de l'article 3 : 2 du Mémoire, les instances mémorandaires ont mis progressivement en place un processus d'interprétation tiré en grande partie des articles 31 à 33 de la Convention de Vienne sur le droit des traités¹⁷¹⁵. D'autres illustrations peuvent être décelées qui sont des questions auxquelles le droit conventionnel de l'OMC peine à répondre et qui nécessitent de la part du juge une formulation de règles particulières fondées sur des dispositions du droit de l'OMC et du droit extra-OMC, comme par exemple la question de l'intérêt pour agir ou encore celle de la participation de personnes privées à la procédure¹⁷¹⁶. Ainsi, il faut constater que les instances mémorandaires n'hésitent pas à construire et énoncer des règles dans l'imprécision textuelle et que, de la sorte, leur ensemble décisionnel atteint bien pour partie le palier de la formulation de règles complémentaires au droit conventionnel existant.

Ici peut s'arrêter l'identification de cette autonomie. En effet, le premier palier montre que les instances mémorandaires effectuent bien leur mission minimale d'interprétation du droit qu'elles ont la charge de dire, et le deuxième palier atteste la volonté de ces mêmes instances de prendre pleinement la mesure de leur mission juridictionnelle en adoptant une démarche foncièrement volontariste et extensive en matière d'interprétation dans le

¹⁷¹² Ces exemples sont tirés de l'article de Mme Ruiz Fabri, « Chronique du règlement des différends (2001) », *J.D.I.* 3, 2002, pp. 879-922. Ils ne sont que des illustrations des différents thèmes que l'auteur met en évidence après étude des décisions des instances mémorandaires et ne constituent en aucune façon une reconnaissance doctrinale de règles jurisprudentielles avérées mais tout juste des qualificatifs possibles de futures règles potentiellement jurisprudentielles. Voir pour une justification de cette potentialité la note précédente.

¹⁷¹³ H. Ruiz Fabri, « L'appel dans le règlement... », *op. cit.*, pp. 54-55.

¹⁷¹⁴ Voir, pour une analyse détaillée de cette question de « la précision de la plainte/de l'appel/du mandat », *ibid.*, pp. 62-68. D'autres illustrations de règles prétoriques directement issues du droit processuel prévu par le Mémoire peuvent être trouvées dans la Partie précédente consacrée aux aspects organiques et procéduraux du système mémorandaire.

¹⁷¹⁵ Voir pour étude plus détaillée le Chapitre précédent, Section 2.

¹⁷¹⁶ Ces deux thèmes sont traités dans la précédente Partie, (Titre II, Chapitre I, Section 1).

but de mener à bien cette mission. Le système mémorandaire se donne donc bien les moyens d'être le juge du droit de l'OMC en élaborant des règles prétorienne suffisamment autonomes pour ne pas être le simple conseiller juridique rappelant la teneur du droit conventionnel auquel les Membres doivent se conformer. Néanmoins, ces règles pourraient prendre une autonomie encore plus large pour ne pas se cantonner au rôle d'interprète qui, certes, participe à l'effectivité du droit de l'OMC, mais ne contribue pas foncièrement à son évolution, alors même que la reconnaissance d'une jurisprudentialité ne peut que faiblement s'accommoder d'un juge interprète mais doit également être garantie par l'existence avérée d'une création normative d'origine jurisprudentielle. La constatation de l'atteinte des troisième et quatrième paliers peut aller dans le sens de cette garantie.

Le troisième palier d'autonomie de la règle prétorienne est celui selon lequel le juge dépassera la simple application de la norme conventionnelle existante et la seule clarification, voire le seul parachèvement, d'une norme conventionnelle imprécise. Ici, le juge va élaborer un raisonnement lui permettant de reconnaître et consacrer des principes juridiques généraux¹⁷¹⁷ qu'il dégagera d'une telle norme ou d'un faisceau concordant de ces normes alors même que ces règles conventionnelles ne sont pas immédiatement, explicitement et spécialement applicables au différend de l'espèce, voire qu'elles ne sont pas, de plus, forcément incluses dans le dispositif normatif considéré. Cette démarche caractéristique de ce troisième palier est, par exemple, celle de l'identification et de la validation des principes généraux du droit que diverses juridictions – nationales et internationales – reconnaissent fréquemment.

Et les instances mémorandaires n'hésitent pas à accéder à ce troisième palier. Les exemples sont nombreux en ce sens, ne serait-ce que dans le traitement des questions processuelles. Une illustration éloquent est le mécanisme de la preuve qui est pour sa plus grande partie construit à partir de la pratique devant la CIJ et des mécanismes à l'œuvre dans les systèmes juridictionnels de droit interne¹⁷¹⁸. Une autre illustration peut être la prise en considération des droits de la défense qui ressort non seulement des dispositions mémorandaires mais également des pratiques habituellement en application devant les juridictions extra-OMC, qu'elles soient internationales ou étatiques¹⁷¹⁹. De même, l'appréhension par les instances mémorandaires du principe de précaution est également significative car ces instances se posent la question de sa reconnaissance en tant que principe de droit international coutumier ou général ; de la sorte, même si ce principe n'a pas été reconnu comme tel *in fine*, elles montrent implicitement la démarche d'étude des normes conventionnelles, des jurisprudences et de la doctrine – hors-OMC – qu'elles s'autorisent à mener¹⁷²⁰. L'accès à ce troisième palier peut être aussi

¹⁷¹⁷ Cette expression « principes juridiques généraux » ne doit pas être ici assimilée aux principes généraux du droit qui, eux, constituent une source du droit communément identifiée, que ce soit en droit interne ou en droit international public. Elle comprend, certes, ces principes généraux du droit, mais est prise dans le sens plus général de l'ensemble des règles juridiques de portée générales qui sont dégagées par le juge à partir du droit existant mais que celui-ci ne prévoit explicitement.

¹⁷¹⁸ Voir, par exemple, pour une étude détaillée H. Ruiz Fabri, « L'appel dans le règlement... », *op. cit.*, pp. 68-72.

¹⁷¹⁹ Voir pour détails la précédente Partie (Titre II, Section 1).

simplement réalisé par l'intégration de règles conventionnelles ou jurisprudentielles extérieures au droit de l'OMC dans le « **bloc de normativité** » utilisé par les instances pour le *juris dictio* qu'elles ont en charge de formuler. Les groupes spéciaux, comme l'Organe d'appel, intègrent volontiers dans le dispositif normatif conventionnel que les Membres doivent appliquer certaines jurisprudences et certaines règles de traités internationaux n'appartenant pas aux accords OMC ¹⁷²¹ .

Enfin, l'autonomie de la règle prétorienne par rapport au droit dans lequel elle évolue peut atteindre le quatrième et dernier palier qui est celui de la règle prononcée en l'absence totale et généralisée d'un droit existant. Il ne s'agit plus dans ce cas d'un jugement en droit mais d'un jugement en équité, cette dernière pouvant constituer un recours au silence complet du droit sur une question que le juge se doit pourtant de traiter. Ce jugement en équité, hors du droit, est communément accepté pour les juridictions, internationales ou étatiques, même s'il est rarement pratiqué. En revanche, les instances mémorandaires ne semblent pas, pour l'instant, l'appliquer. L'équité est abordée par elles mais l'est dans le sens de l'égalité et non dans celui d'une équité comme concept et outil de remplacement d'un droit défaillant ¹⁷²² . Certes, ce principe d'égalité peut être considéré comme fondé sur l'équité davantage que sur le droit qui ne le consacre pas explicitement, mais il faut constater qu'il peut aisément découler des nombreuses dispositions mémorandaires organisant une procédure qui se veut contradictoire et que l'équité communément conçue comme une substitution d'un droit absent ne peut se résumer à cette équité-égalité.

Aussi ce quatrième palier ne semble-t-il pas encore avoir été franchi par le système mémorandaire. Il a déjà été montré que, dans l'immédiat, l'absence de prise en considération de l'équité ne contrarie pas la constatation d'une juridictionnalité matérielle du système mémorandaire et permet même au contraire de l'assurer, même si, à terme, cette absence sera sans doute trop pesante pour assurer la qualification juridictionnelle du système ¹⁷²³ . L'étude du comportement futur des instances mémorandaires sur ce point sera intéressante car il faut croire que l'assurance progressive que le système mémorandaire semble acquérir sur sa propre juridictionnalité, le conduira à des jugements en équité, une fois achevée la phase actuelle d'installation et de légitimation du processus mémorandaire.

Le critère de l'autonomie de la règle se trouve par conséquent pour sa majeure partie avéré. Le système mémorandaire franchit les deux premiers paliers par l'effectivité de son rôle de créateur de règles jurisprudentielles appliquant et précisant le droit de l'OMC. Les règles qu'il formule appliquent et interprètent le droit de l'OMC, au besoin en clarifiant et

¹⁷²⁰ Voir la description plus détaillée de la démarche suivie par l'Organe d'appel par rapport à ce principe de précaution dans le Chapitre précédent (Section 2). Voir également pour étude détaillée E. Canal-Forgues, « Sur l'interprétation dans le droit de l'OMC », *R.G.D.I.P.*, 2001, pp. 17-18.

¹⁷²¹ Voir les nombreux exemples cités dans le Chapitre précédent (Section 2).

¹⁷²² Voir pour une étude détaillée de l'équité dans le système mémorandaire le Chapitre précédent (Section 2)

¹⁷²³ *Ibid.*

précisant des dispositions de ce droit qui seraient floues ou incomplètes. Ce système se présente alors comme un créateur de règles jurisprudentielles qui non seulement appliquent et donnent son sens au droit de l'OMC mais aussi participent à son effectivité et à son évolution. L'autonomie relative de la règle prétorienne, obtenue par le franchissement de ces deux premiers paliers, fait du système mémorandaire le producteur d'un droit jurisprudentiel indispensable à ce droit conventionnel. En outre, les instances mémorandaires ne se contentent pas de ce niveau de jurisprudentialité mais franchissent un troisième palier. De la sorte, elles insèrent dans le droit de l'OMC qu'elles ont en charge de dire des règles juridiques non explicitement posées par le droit conventionnel. Elles participent ainsi à l'évolution de ce droit de l'OMC en en dégageant des principes généraux, des mécanismes juridiques nouveaux, et en assurant l'applicabilité de sources juridiques extérieures à ce droit particulier. Elles font entrer des normes conventionnelles et jurisprudentielles du droit international public général dans le dispositif normatif auquel elles ont la charge de confronter les faits des espèces qu'elles examinent et, ce faisant, constituent au fur et à mesure des litiges qui leur sont soumis un « **bloc de juridicité** » dont la dimension dépasse le seul dispositif normatif constitué du droit conventionnel de l'OMC. Malgré tout, la démarche de jurisprudentialité des instances mémorandaires reste prudente et progressive puisqu'elles ne hissent pas leurs décisions au niveau du quatrième palier en ne jugeant pas en équité, pour l'instant. Cette timidité relative reste cependant largement compréhensible eu égard à la phase actuelle de construction, de consolidation et de légitimation d'un système de règlement somme toute récent et novateur. Il reste que le critère de l'autonomie de la règle prétorienne est suffisamment développé, voire poussé au-delà même de sa viabilité minimale, pour qu'il soit possible de constater que l'effectivité jurisprudentielle prend forme.

Le troisième et dernier critère est celui de la propagation de cette règle prétorienne¹⁷²⁴. Il s'agit de montrer que les règles issues des constatations et conclusions de l'Organe d'appel ou d'un groupe spécial à l'occasion d'un différend particulier peuvent bien être réutilisées par ces instances lors du règlement d'un différend ultérieur. Ce critère de propagation de la règle en dehors du différend pour le règlement duquel cette règle a été établie est indispensable pour parfaire la jurisprudentialité des constatations et conclusions formulées par les instances mémorandaires. Il est aussi sans doute le plus évident et le plus facilement identifiable, une fois que le principe d'une jurisprudence a été posé et que son application effective a été montrée.

Il est en réalité double et l'évidence précédemment mentionnée ne s'applique qu'à la première composante de ce critère. Premièrement, cette propagation de la règle prétorienne doit se faire à l'intérieur du système mémorandaire et dans des affaires¹⁷²⁵ distinctes. Secondement, cette propagation peut se faire en direction des instances juridictionnelles extérieures au système OMC ; et ce mouvement est d'autant plus

¹⁷²⁴ Le terme de « propagation » peut prêter à confusion car il est synonyme du terme « diffusion », qui caractérise présentement, de manière plus générale, une diffusion externe du *juris dictio*. Néanmoins, la propagation est celle des règles issues des constatations et conclusions prononcées par les instances mémorandaires à l'occasion d'un différend à d'autres différends postérieurs alors que la diffusion est celle de la fonction juridictionnelle à l'intérieur du système mémorandaire entre les deux instances principales qui le composent. Dans le présent propos, la propagation caractérise une jurisprudence alors que la diffusion caractérise un *juris dictio* dont la jurisprudence est une composante mais n'est qu'une des composantes.

concevable que l'inverse est déjà attesté. A ce stade, la dualité du critère de propagation doit être précisée. En effet, la règle jurisprudentielle est une source du droit, d'origine prétorienne, étant entendu que le droit considéré est celui dans lequel la juridiction créatrice évolue, celui dans le système duquel elle se trouve. Aussi cette règle n'est-elle source que du droit que la juridiction a pour mission de dire. De ce fait, si la propagation interne au système mémorandaire est indispensable à la caractérisation d'une jurisprudentialité, la propagation externe ne l'est pas. De plus, aucune norme conventionnelle, interne ou externe à l'OMC, ne vient établir une hiérarchie ou pour le moins des relations précises entre le système mémorandaire et les systèmes extérieurs de règlement des différends interétatiques, ou encore entre le droit de l'OMC et le droit international public général par exemple, car le système mémorandaire est un mécanisme de règlement des différends interne à une organisation internationale spécialisée particulière. Nonobstant, une propagation externe doit être également étudiée car son effectivité serait de nature à donner au système mémorandaire une dimension universelle et un poids considérable au sein du droit international public, ce qui reconnaîtrait son autorité contribuerait à la consécration de sa juridictionnalité.

La propagation interne des règles formulées par les instances mémorandaires semble évidente. L'Organe d'appel et les groupes spéciaux l'avaient déjà reconnue implicitement quand ils ont été amenés à valider le principe d'une jurisprudentialité¹⁷²⁶. Ces mêmes instances la pratiquent couramment. En effet, il n'est pas rare, loin s'en faut, que les groupes spéciaux fondent leurs constatations et conclusions sur des règles formulées par des groupes spéciaux antérieurs, et encore davantage sur celles formulées par l'Organe d'appel. De même, l'Organe d'appel a fréquemment recours aux constatations et conclusions qu'il a même élaborées précédemment à l'affaire en cours. La simple et rapide consultation des rapports rédigés par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel depuis 1995 suffit à justifier cette constatation. **« Ainsi y a-t-il référence systématique aux solutions et interprétations dégagées dans les rapports précédents, même si cela ne va pas jusqu'à l'introduction du stare decisis. L'Organe d'appel reprend, à l'occasion d'affaires de même type, ses propres raisonnements et incite vivement les groupes spéciaux à en faire autant »**¹⁷²⁷.

D'ailleurs, **« l'Organe d'appel n'hésite pas à saluer la reprise de ses raisonnements ou à censurer la mauvaise compréhension de ceux-ci »**¹⁷²⁸. Il va même parfois jusqu'à reprendre des constatations et conclusions formulées dans un **« rapport de groupe spécial tel qu'il a été modifié par le rapport de l'Organe**

¹⁷²⁵ Il ne faut pas oublier que l'Organe d'appel est une instance de cassation et qu'elle n'est pas saisie d'un différend mais du rapport du groupe spécial qui, lui, était saisi de ce différend. Aussi, par commodité de langage, le terme « affaire » peut être employé dans la mesure où le groupe spécial et l'Organe d'appel ont pour point commun dans le règlement d'un différend donné le traitement de la même « affaire », malgré le rôle respectif de chacune de ces deux instances.

¹⁷²⁶ Voir l'étude du premier critère de l'effectivité jurisprudentielle, *supra*, même Section.

¹⁷²⁷ H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends au sein de l'OMC : naissance d'une juridiction... », *op. cit.*, p. 319.

¹⁷²⁸ *Ibid.*, note 41.

d'appel »¹⁷²⁹, rapports qui ne sont pas ceux de l'affaire objet de l'appel de l'espèce ; ce faisant, même s'il reprend formellement ses propres décisions, l'Organe d'appel rappelle l'unification du *juris dictio* déjà constatée et donne une portée certaine au travail jurisprudentiel opéré par ledit groupe spécial. Les Etats Membres de l'OMC, qui y étaient pour certains opposés dans le cadre du GATT de 1947, reconnaissent et promeuvent l'effectivité jurisprudentielle des rapports des groupes spéciaux et, surtout, de l'Organe d'appel, sans jamais contester les interprétations du droit données par l'Organe d'appel¹⁷³⁰. Pour rester sur le plan processuel, il faut d'ailleurs observer avec Mme Ruiz Fabri que « **l'Organe d'appel accomplit de ce point de vue une véritable fonction "constitutionnelle"** »¹⁷³¹, ce qui montre bien que les décisions des instances mémorandaires ne s'arrêtent pas au règlement du différend de l'espèce mais construisent, en plus, un véritable droit jurisprudentiel s'ajoutant au droit conventionnel de l'OMC existant¹⁷³².

Quant à la propagation externe, une différence d'intensité entre la jurisprudence appliquée au droit processuel et celle appliquée au droit substantiel explique son ineffectivité. En effet, l'examen des décisions prises par les juridictions participant aux règlements de différends interétatiques externes à l'OMC ne montre pas une prise en considération de la jurisprudence du système mémorandaire¹⁷³³. Seuls des écrits doctrinaux semblent voir dans cette dernière jurisprudence une composante de la jurisprudence internationale objet de chroniques doctrinales. Néanmoins, cette constatation ne remet pas en cause la jurisprudentialité mémorandaire. Plusieurs raisons

¹⁷²⁹ Voir pour exemple le Rapport de l'Organe d'appel WT/DS202/AB/R, paragraphe 97 et notes afférentes.

¹⁷³⁰ Voir sur ce point V. Pace, *L'Organisation Mondiale du Commerce et...*, *op. cit.*, pp. 213-214.

¹⁷³¹ H. Ruiz Fabri, « L'appel dans le règlement... », *op. cit.*, p. 54.

¹⁷³² Bien entendu, l'aspect substantiel des règles prétoriennes n'est pas présentement abordé et il ne faut pas oublier que l'essence de l'Organisation est la régulation des échanges commerciaux interétatiques. Partant, le droit conventionnel appliqué à ces échanges est à la fois très spécialisé par rapport au droit international public général et assez complet du point de vue des normes conventionnelles. De la sorte, l'autonomie de la règle jurisprudentielle appliquée à la substance du droit de l'OMC sera cantonnée à son premier palier – celui de l'application de la règle conventionnelle – et atteindra si nécessaire le deuxième palier – celui de la précision et du parachèvement de la règle – mais elle ne sera pas forcément très audacieuse pour ce qui est des troisième et quatrième paliers. Les instances mémorandaires n'en ressentiront pas le besoin face à la relative complétude du droit conventionnel et, peut-être également, dans la mesure où la matière juridique externe au droit de l'OMC sera difficilement convenable pour la résolution pertinente de questions plus substantielles que processuelles. Il reste que l'examen de la résolution par le système mémorandaire des questions processuelles montre la capacité de ce système à exercer une fonction jurisprudentielle conséquente et suppose une similarité comportementale en cas d'imprécision ou de défaillance du droit de l'OMC appliqué substantiellement aux règles de régulation des échanges commerciaux.

¹⁷³³ Si la CJCE est parfois amenée à traiter des questions relatives à l'Organe d'appel ou à l'ORD, ces questions portent sur les conséquences des décisions finales formulées par les instances mémorandaires constatant par exemple la non-conformité du comportement des Communautés européennes par rapport aux dispositions d'accords OMC. Mais la CJCE n'a pas été amenée à se prononcer sur l'applicabilité de règles processuelles ou substantielles issues de la jurisprudence de ces instances.

peuvent être invoquées à l'appui de cette dernière conclusion. D'abord, le dispositif normatif de l'OMC se concentre essentiellement sur des questions relatives aux échanges commerciaux interétatiques et, de ce fait, les autres juridictions internationales n'ont que peu à voir avec ces questions qui sont gérées dans le cadre de l'organisation internationale spécialisée qu'est l'OMC. Ensuite, il n'est pas mis en place un mécanisme unifié de règlement des différends interétatiques et, si la CIJ semble avoir une compétence universelle, sa juridiction obligatoire est mise en doute non seulement par le faible volontarisme des Etats mais également par la spécialisation d'organisations internationales qui se dotent de leur propre mécanisme de règlement des différends. De même, le système OMC et la jurisprudence qui en découle sont récents et cette dernière a de ce fait, du moins actuellement, essentiellement pour objet de construire un système de règlement viable, renforcé et juridictionnalisé, de telle sorte que ce sont les instances mémorandaires qui vont s'inspirer des juridictions existantes et non l'inverse. Enfin, il n'est pas inconcevable, loin s'en faut, qu'une jurisprudence reste dans la sphère juridique dans laquelle elle évolue sans être forcément universalisée.

Nonobstant, il reste que les règles prétorienne issues de l'OMC sont, sur les questions processuelles, relativement audacieuses dans la mesure où elles organisent des mécanismes processuels relativement complets. Deux exemples éloquentes peuvent être donnés : le mécanisme des règles d'interprétation pour lequel « ***l'Organe d'appel a fait preuve d'une grande maturité et d'une grande vélocité. Tant la CIJ que la CJCE ont été – et restent (CJCE) – plus hésitantes*** »¹⁷³⁴ ; le mécanisme de la charge de la preuve dont le caractère général est précisé par l'Organe d'appel même si des difficultés ne sont pas encore surmontées¹⁷³⁵. Ainsi, peut-être que de futurs mécanismes de règlement des différends interétatiques d'autres organisations internationales spécialisées s'inspireront des règles prétorienne que les instances mémorandaires ont dégagées concernant ces questions processuelles. Peut-être également que de futurs droits conventionnels s'inspireront de ces mêmes règles pour parfaire le système de règlement qu'ils instaurent.

Pour conclure, il a donc bien été constaté que le système mémorandaire de règlement des différends interétatiques dans le cadre de l'OMC faisait œuvre jurisprudentielle. D'une part, les conditions de formation d'une jurisprudence sont réunies et, d'autre part, l'effectivité jurisprudentielle est avérée par ses trois critères qui sont la validation de principe, l'autonomie de la règle prétorienne et la propagation de ladite règle à l'intérieur de ce système mémorandaire. En outre, le second critère susmentionné

¹⁷³⁴ E. Canal-Forgues, « Sur l'interprétation dans le droit de l'OMC », *R.G.D.I.P.*, 2001, p. 19.

¹⁷³⁵ Voir H. Ruiz Fabri, « L'appel dans le règlement... », *op. cit.*, pp. 68. Est cité dans cet article le Rapport WT/DS26 et 48/AB/R, paragraphe 98, dans lequel l'Organe d'appel note que les règles concernant la charge de la preuve sont applicables « à toute procédure relative à un différend ». Pour études doctrinales détaillées de la charge de la preuve devant les instances mémorandaires, voir particulièrement : H. Ruiz Fabri, « Chronique du règlement des différends 1996-1998 », *J.D.I.* 2, 1999, pp. 467-468, 482 et 487-488 ; H. Ruiz Fabri, « Chronique du règlement des différends 1999 », *J.D.I.* 2, 2000, pp. 389-390, 393-396, 400-401, 404, 408-409 et 420-421 ; H. Ruiz Fabri, « Chronique du règlement des différends 2000 », *J.D.I.* 3, 2001, pp. 951-952 ; Ehlermann (C.-D.), « 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.* 36(4), 2002, pp. 618-619.

montre que les instances mémorandaires ne se contentent pas d'une jurisprudentiale minimale. Aussi la « **logique jurisprudentielle** »¹⁷³⁶ qui « **devrait renforcer la tendance au juridicisme dans le cadre de l'OMC** »¹⁷³⁷ est-elle aboutie. Bien entendu, certaines améliorations pourraient renforcer cette « **jurisprudentiale** », comme la création d'un mécanisme de formation plénière se substituant au simple échanges de vues que les Procédures de travail pour l'examen en appel prévoient¹⁷³⁸ ; mais ces améliorations sont des évolutions, non des réformes, de telle sorte que leur absence n'altère pas l'effectivité d'une œuvre jurisprudentielle.

Dès lors, il ressort de la constatation de ce qu'il faut bien appeler désormais la jurisprudence du système mémorandaire que le *juris dictio* formulé par lui bénéficie d'une diffusion temporelle externe au seul différend d'espèce traité. Ajoutée à la caractérisation précédemment opérée d'une diffusion temporelle interne ainsi que d'une diffusion spatiale de ce *juris dictio*, cette diffusion temporelle externe atteste la réalité d'un *juris dictio* dans son sens le plus plein et parachève ainsi la démonstration de la juridictionnalité du système mémorandaire, aussi bien d'un point de vue formel que d'un point de vue matériel.

Encore faut-il qu'une dernière condition, et non des moindres, soit remplie : la décision de nature juridictionnelle doit bénéficier d'une autorité. Or, cet *imperium* n'est pas évident face au principe de respect des souverainetés étatiques et à la présence de l'ORD qui a pour fonction principale d'adopter ou non les rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel.

TITRE II : La garantie de l'efficacité juridictionnelle

La démonstration de la juridictionnalité du système mémorandaire peut être dès à présent considérée comme achevée : la structure mémorandaire, de nature juridictionnelle, a bien une fonction juridictionnelle. Cependant, cette conclusion omet de prendre toute la mesure du *dictio*. La juridiction fait connaître le droit applicable et sa décision possède, à ce titre, une portée double : sur le différend qu'elle tranche ; sur l'effectivité et l'évolution du droit dont elle a en charge le *dictio*. Ainsi, ne pas considérer l'efficacité de la décision juridictionnelle revient à laisser planer un doute sur l'effectivité de cette portée et, par voie de conséquence, sur l'effectivité du *dictio* donc de la juridictionnalité du système considéré.

Bien entendu, cette approche faisant la part belle aux suites données à la décision

¹⁷³⁶ H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », *J.D.I.* 3, 1997, p. 741.

¹⁷³⁷ J. Lebullenger, « La Communauté européenne face au processus de réexamen du système de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce », *R.M.C.U.E.* n° 422, 1998, p. 631.

¹⁷³⁸ Règle 4 1). Voir sur ce point Lebullenger (J.), « La Communauté européenne face au processus de réexamen du système de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce », *R.M.C.U.E.* n° 422, 1998, p. 634.

juridictionnelle peut être discutée. Identifier une juridiction peut tout à fait consister à identifier un organe particulier, qui selon une procédure spécifique, tranche le différend par application du droit. Nonobstant, cette dernière démarche laisse de côté une caractéristique fondamentale du *juris dictio* : son autorité. Celle-ci peut, certes, être considérée comme acquise puisque émanant des propriétés juridictionnelles de l'organe, de la procédure et de la fonction : la permanence et l'indépendance de l'instance, l'attraction obligatoire et la procédure contradictoire, ou encore la fonction de trancher les différends et d'énoncer un *juris dictio*, sont autant de caractéristiques juridictionnelles établissant et renforçant l'autorité de la juridiction. Mais s'arrêter à cette autorité immanente revient à réduire la portée de l'activité juridictionnelle, à marginaliser l'autorité de la juridiction.

En théorie, cette démarche réductrice n'est pas réhibitoire à l'identification d'une juridiction. Elle constitue en revanche un frein à l'analyse de la juridiction par rapport à l'ordre juridique et sociétal dans lequel elle évolue. Et, dans le cadre des relations interétatiques, il est tout à fait notable d'appréhender la portée entière d'un mécanisme juridictionnel de règlement des différends, dans la mesure où les souverainetés étatiques sont traditionnellement et durablement hostiles à toute autorité supra-étatique et à toute contrainte non-librement consentie. En outre, la démonstration de la juridictionnalité mémorandaire n'a pas besoin de cette réduction. Au contraire, l'affirmation d'une telle juridiction est fragile car elle découle de l'étude d'un texte et d'une pratique qui dissimulent la juridictionnalité tout en l'acceptant. Elle doit donc être renforcée par l'analyse de l'autorité dans sa globalité : la seule autorité immanente est déjà caractérisée et suffit à la reconnaissance d'un mécanisme juridictionnel ; la garantie d'une autorité juridictionnelle par-delà la décision de règlement assoira la centralité de la juridiction mémorandaire dans la régulation des rapports interétatiques et fixera la place du système de règlement de l'OMC au sein de la catégorie hétéroclite des juridictions internationales.

Il serait, par conséquent, particulièrement remarquable de constater que le *juris dictio* produit par le système mémorandaire est doué d'efficacité. Celle-ci doit s'entendre dans son sens premier de « **caractère de ce qui est efficace** », c'est-à-dire « **qui produit les effets qu'on en attend** »¹⁷³⁹. Dès lors se pose la question de la caractérisation de ces effets attendus. La réponse est simple : la juridiction ayant pour fonction de trancher le différend par application du droit, les effets juridictionnels attendus de cette fonction sont ceux qui permettront le règlement effectif du différend. Ces effets sont donc de deux ordres car cette effectivité doit être proposée puis imposée. Le premier est l'effet décisionnel : une autorité doit être conférée à la décision de telle sorte que le règlement du différend qu'elle prévoit soit considéré comme obligatoire. Le second est consécutif au premier : un mécanisme d'exécution doit renforcer cette autorité et imposer, le cas échéant, un règlement effectif si cette obligation n'est pas respectée.

Ces deux effets garantissent la portée effective du *juris dictio* prononcé et leur reconnaissance parachèverait, en la confirmant, la démonstration de la juridictionnalité du système mémorandaire. L'effet décisionnel aurait une portée qualifiée de juridictionnelle puisque contenue dans la décision juridictionnelle tranchant le différend (Chapitre 1).

¹⁷³⁹ Voir les définitions des termes « efficacité » et « efficace », in P. Robert, *Le Nouveau Petit Robert*, op. cit., p. 810.

L'exécution confirmerait la juridictionnalité mémorandaire en assurant la concrétisation du règlement juridictionnel du différend (Chapitre 2).

Chapitre I : La portée juridictionnelle des effets décisionnels

La fonction juridictionnelle consiste à faire connaître le droit applicable au différend que l'entité juridictionnelle tranche. Aussi la décision juridictionnelle tranche-t-elle entre les prétentions opposées de deux parties. Sa conclusion est, schématiquement, binaire : soit la juridiction donne tort au plaignant, soit elle lui donne raison. Dans le premier cas, le comportement du défendeur ne sera pas considéré comme non-conforme au droit applicable et ce sera la position du plaignant qui sera rejetée. Dans le second cas, le comportement du défendeur sera déclaré non-conforme au droit applicable et la position du plaignant sera confortée. Ainsi, dans les deux cas, la décision est opposable : au plaignant par le défendeur conforté dans son comportement ; au défendeur par le plaignant conforté dans ses prétentions. Cette opposabilité découle de l'autorité de la décision et elle a pour conséquence de régler le différend, donc d'éliminer une nouvelle soumission du différend au système juridictionnel qui l'a déjà traité. Le premier effet de la décision est, par conséquent, sa force obligatoire : la décision est dotée de l'autorité de chose jugée.

Un second effet de cette décision peut être individualisé. Le différend étant tranché, son règlement peut être réalisé. Ce règlement sera le *statu quo* si l'instance donne raison au défendeur ; il nécessitera une exécution si le comportement du défendeur est considéré comme non-conforme. L'effectivité de ce règlement ne dépend pas, cependant, de l'instance juridictionnelle. Celle-ci ne fait qu'énoncer la décision qui prononce le *juris dictio* mais elle ne procède pas elle-même à l'exécution. Néanmoins, ladite décision a pour effet de fonder l'exécution qui pourra être considérée comme obligatoire. La portée intrinsèque du *juris dictio* confère à la décision juridictionnelle une autorité réelle déjà exprimée dans l'opposabilité de la décision. De la sorte, l'exécution du règlement découlant du *dictio* sera ressentie comme obligatoire. En outre, la décision juridictionnelle peut, plus concrètement, fonder le déroulement d'un mécanisme d'exécution, si ce dernier est organisé. Ainsi, la décision doit être exécutée et peut donner le pouvoir de procéder à cette exécution. Elle possède donc une force exécutoire.

La décision a donc deux effets principaux qui assureront la plénitude de sa portée et, par conséquent, participeront à garantir l'efficacité de la fonction juridictionnelle : elle est dotée de la force obligatoire (Section 1) et de la force exécutoire (Section 2).

Section 1 : La force obligatoire de la décision de règlement

Il est généralement considéré, plus ou moins explicitement, que l'autorité de la chose jugée est un critère essentiel de définition de la juridiction¹⁷⁴⁰. Dans le cas d'une juridiction internationale, cette autorité de la chose jugée pourrait être fortement atténuée par exemple par le principe du respect de la souveraineté étatique dont chaque Etat justiciable pourrait se prévaloir. En effet, le sentiment est commun selon lequel « **la physionomie des juridictions internationales a ses particularités qui, au moins pour**

beaucoup d'entre elles, ne répondent pas à l'idéal qu'on se fait d'une véritable juridiction en droit interne »¹⁷⁴¹ car, entre autres raisons, les juridictions internationales ne sont pas **« une réplique de ce qui existe en droit interne étant donné qu'il n'existe pas d'autorité supérieure aux Etats »**¹⁷⁴². Nonobstant, même au niveau international, la décision juridictionnelle se caractérise par l'autorité de la chose jugée¹⁷⁴³ et cette autorité sert à distinguer les modes juridictionnels des modes diplomatiques de règlement des différends¹⁷⁴⁴.

Il est même possible de considérer que, sur le plan international, l'autorité de la chose jugée est le critère essentiel d'une juridictionnalité. En effet, selon MM. Combacau et Sur, **« les modes juridictionnels consistent en l'intervention dans le différend d'un organe tiers ayant pour fonction de le trancher par une solution fondée en droit et obligatoire pour les parties. Ces deux éléments sont caractéristiques de la "juridiction", entendue dans son sens matériel »**. Or, **« l'incertitude relative au premier critère [celui du défaut de liberté dans la détermination des bases de règlement] conduit à accorder plus de prix au second [celui du défaut de liberté dans l'acceptation de la solution] : juridiction, le tribunal est plus encore une juridiction ; à supposer qu'il ne dise pas toujours le droit, du moins énonce-t-il ce qui fera droit désormais entre les parties. Cette affirmation doit être entendue dans le sens le plus fort : un acte n'est juridictionnel que s'il est revêtu de l'autorité de la chose jugée »**¹⁷⁴⁵.

Cette notion d'autorité de la chose jugée doit être définie. Si son sens paraît évident du fait de sa notoriété, une proposition de définition n'est pas aisée, surtout si elle doit structurer une étude du système mémorandaire. D'abord, sa qualification n'est pas unique. Le principe de cette autorité de la chose jugée est considéré comme l'un des **« principes généraux de droit consacrés par la jurisprudence internationale »** et

¹⁷⁴⁰ Voir pour exemples : J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 311 s. ; L. Condorelli, « L'autorité de la décision des juridictions internationales permanentes », in *La juridiction internationale permanente*, Colloque de Lyon, Pedone, Paris, 1987, pp. 289-294 ; M. Virally, « Le droit international en question », in *Le droit international en devenir*, op. cit., p. 13 ; G. Vedel, P. Delvolvé, *Droit administratif*, tome 2, op. cit., p. 20 ; A. Van Lang, G. Gondouin, V. Inserguet-Brisset, *Dictionnaire de droit administratif*, Armand Colin/Masson, coll. Cursus Droit, Paris, 1997, p. 168.

¹⁷⁴¹ L. Cavaré, « La notion de juridiction internationale », *A.F.D.I.* 1956, pp. 499.

¹⁷⁴² P.-M. Martin, *Droit international public*, Masson, coll. Droit-Sciences Economiques, Paris, 1995, p. 228. Aussi M. Condorelli parle-t-il des « faiblesses du système traditionnel en matière d'effets internationaux des décisions et [des] (...) tentatives d'y remédier dans le cadre des organisations internationales », in « L'autorité de la décision des juridictions internationales permanentes », op. cit., p. 294.

¹⁷⁴³ Voir pour exemples : à propos de la Cour européenne des droits de l'homme et de la CIJ, P.-M. Dupuy, op. cit., respectivement pp. 221 et 497 ; à propos de la CIJ, P.-M. Martin, op. cit., p. 238.

¹⁷⁴⁴ Voir pour exemple P.-M. Dupuy, op. cit., pp. 477 et 559 et J. Combacau, S. Sur, op. cit., pp. 564-565.

¹⁷⁴⁵ J. Combacau, S. Sur, op. cit., pp. 564-565.

peut être classé parmi les « **principes de procédure contentieuse** »¹⁷⁴⁶ ; il ressort également du Statut de la CIJ¹⁷⁴⁷. De plus, cette dualité de qualification entraîne certains débats doctrinaux. Sans qu'il soit nécessaire d'entrer dans ces débats, et ce pour des raisons de clarté stylistique et de pertinence structurelle, il faut constater, avec le groupe spécial de l'affaire DS146 et 175, que « **deux dispositions du Statut de la Cour internationale de justice, les articles 59 et 60, (...) sont fréquemment citées comme source du principe de la chose jugée pour ce qui est des décisions de la Cour, bien qu'il semble y avoir quelques divergences de vues entre les commentateurs sur le rôle exact de ces deux dispositions et même sur la nécessité de les considérer comme la source de ce principe, puisqu'il s'agit, de toute façon, d'un principe général du droit** »¹⁷⁴⁸.

Ensuite, quant au fond, la définition de la notion d'autorité de la chose jugée n'est pas absolue. Le même groupe spécial, en se fondant sur des études doctrinales, propose une définition du principe de la chose jugée. « **Ce principe est généralement interprété comme signifiant qu'une question ayant fait l'objet d'une décision définitive, sous réserve des voies de recours disponibles, doit être considérée comme réglée entre les parties au différend. Par conséquent, la question qui a été tranchée ne peut pas être soulevée de nouveau dans une autre procédure** »¹⁷⁴⁹. « **La chose jugée est généralement comprise comme englobant trois éléments : une décision définitive, sur une question donnée, entre les mêmes parties** »¹⁷⁵⁰. Si cette définition proposée et fondée sur d'éminents écrits doctrinaux ne peut fondamentalement être remise en cause, elle doit tout de même être relativisée par sa contingence. Il apparaît en effet, que ledit groupe spécial choisit une définition tournée vers la question du caractère relatif de la chose jugée et non vers la question de l'autorité de cette chose jugée. Or, si le caractère relatif est un élément de définition de cette chose jugée, il n'en est pas, loin s'en faut, la seule composante et peut même se présenter davantage comme une précision que comme une caractéristique essentielle. En outre, il faut bien avouer que cette orientation n'est guère utile présentement puisqu'elle ne permet pas de déterminer l'effectivité de l'autorité de la chose jugée mais plutôt sa portée. Par conséquent, une définition plus générale et plus complète doit être élaborée, qui englobera celle donnée par le groupe spécial mais la dépassera pour des motifs de complétude et de rigueur.

La notion d'autorité de la chose jugée peut être la suivante : appliquée à la décision d'une instance, elle donne à cet acte « **force de vérité légale entre les parties** », c'est-à-dire qu'elle rend la solution qu'il contient « **obligatoire pour les parties** »¹⁷⁵¹ ou

¹⁷⁴⁶ P. Daillier et A. Pellet (N. Quoc Dinh †), *op. cit.*, pp. 352-353.

¹⁷⁴⁷ Voir pour exemple P.-M. Dupuy, *op. cit.*, p. 497.

¹⁷⁴⁸ WT/DS146 et 175/R, paragraphe 7.62, note 336.

¹⁷⁴⁹ *Ibid.*, paragraphe 7.62.

¹⁷⁵⁰ *Ibid.*, note 335. Au passage, le même groupe spécial précise que le principe de la chose jugée est distinct du principe de l'économie jurisprudentielle. Voir sur ce point son Rapport, paragraphe 7.56, note 330.

encore qu'elle crée une « **opposabilité aux parties de l'énoncé juridictionnel** »¹⁷⁵². Elle peut d'ailleurs être considérée comme synonyme de la force obligatoire. Cependant, cette définition théorique est insuffisante à fonder une recherche de l'effectivité de cette autorité. En effet, ce principe peut être difficile à déceler en l'absence de sa reconnaissance explicite par les textes institutifs du système de règlement considéré. En outre, la clarté textuelle précédente n'entraîne pas en elle-même l'effectivité de cette autorité qui doit donc être recherchée ailleurs. Aussi faut-il identifier des signes de cette autorité afin de pouvoir établir le plus rigoureusement possible non seulement sa reconnaissance mais également son effectivité.

Ces signes sont relativement évidents et servent d'ailleurs bien souvent de critères négatifs de définition de l'autorité de la chose jugée alors qu'ils ne sont, en réalité, que les applications du principe de cette autorité. Deux principaux indices peuvent être identifiés qui sont la synthèse d'écrits doctrinaux et qui découlent directement du principe d'opposabilité de la décision, principe caractéristique de l'autorité de la chose jugée qu'ils définissent par la négative : l'absence de contestation de la décision qui est le signe le plus évident¹⁷⁵³ et l'absence d'acte juridique extérieur à la décision qui est un indice plus théorique¹⁷⁵⁴. Par ailleurs, l'identification de ces signes doit s'accompagner de la prise en considération de nuances à la définition de l'autorité de la chose jugée, nuances qui sont doubles : la première concerne le caractère relatif de cette autorité¹⁷⁵⁵ et la seconde s'applique au qualificatif « **jugée** » de cette « **chose** »¹⁷⁵⁶.

Pour autant, il n'est pas certain que l'autorité de la chose jugée soit un critère pertinent de définition d'une juridiction. Ce serait plutôt l'existence d'une juridiction qui attesterait cette autorité de la chose jugée, car « **on ne peut pas faire de l'existence de l'autorité de la chose jugée, le critère de l'acte juridictionnel, précisément parce que, dans un grand nombre de cas, la question sera justement de savoir si une décision a autorité de la chose jugée** »¹⁷⁵⁷. L'autorité de la chose jugée serait considérée davantage comme un effet que comme un critère de définition¹⁷⁵⁸. Dans le cadre du droit international, cette « **question** » est particulièrement aiguë dans la mesure

¹⁷⁵¹ J. Combacau, S. Sur, *op. cit.*, pp. 564-565. Voir dans le même sens, par exemple : M. de Villiers, *Dictionnaire de droit constitutionnel*, Armand Colin/Masson, Paris, 1998, p. 113 ;

¹⁷⁵² J. Combacau, S. Sur, *op. cit.*, p. 598.

¹⁷⁵³ Voir pour exemples : G. Vedel, P. Delvolvé, *Droit administratif*, tome 2, *op. cit.*, p. 25 ; M. de Villiers, *op. cit.*, p. 113 ; M. Gaillard, *L'Intelligence Du Droit*, *op. cit.*, pp. 138-139 ; J.-L. Aubert, *Introduction au droit*, Armand Colin, 5^{ème} édition, Paris, 1992, p. 126 et s. ; M. Kdhir, *Dictionnaire juridique de la Cour Internationale de Justice*, Bruylant, Bruxelles, 1997, pp. 20-21.

¹⁷⁵⁴ Voir pour exemple J. Combacau, S. Sur, *op. cit.*, p. 566.

¹⁷⁵⁵ Voir en particulier P.-M. Dupuy, *op. cit.*, pp. 316, 452-454 et 497.

¹⁷⁵⁶ Voir par exemple : G. Vedel, P. Delvolvé, *op. cit.*, p. 25 ; P. Daillier et A. Pellet (N. Quoc Dinh †), *op. cit.*, p. 704.

¹⁷⁵⁷ G. Vedel, P. Delvolvé, *op. cit.*, p. 21.

où, « **en présence de la décision d'un organe, les gouvernements doivent savoir si elle offre l'autorité d'une sentence obligatoire ou si elle se ramène à une simple proposition, à une recommandation, à un conseil** »¹⁷⁵⁹. En outre, l'utilisation de ce critère pour déterminer la juridictionnalité peut même paraître à certains égards une démarche surannée qui consiste à « **se contenter des apparences** »¹⁷⁶⁰. L'autorité de la chose jugée peut donc être vue comme « **un élément annexe dans la définition théorique de la fonction juridictionnelle** »¹⁷⁶¹.

Néanmoins, si l'autorité de la chose jugée peut, certes, être appréhendée comme un effet et une apparence de juridictionnalité et non comme l'un de ses critères, il faut pourtant considérer le particularisme de la présente démarche : la recherche d'une qualification juridictionnelle d'un mécanisme de règlement des différends interétatiques se heurte à une double difficulté majeure qui tient au fait que ce mécanisme est imprécis à la fois dans ses effets et par ses apparences. Ce mécanisme est imprécis dans ses effets car, d'une part, la souveraineté étatique freine, voir bloque, habituellement toute notion d'autorité supra-étatique¹⁷⁶² et, d'autre part, il est constitué d'un agencement entre des instances mémorandaires titulaires d'un *dictio* et un ORD à vocation politique. Ce mécanisme est imprécis par ses apparences car il semble à première vue emprunter à différents modes classiques de règlement des différends interétatiques. Aussi ces effets et ces apparences doivent-ils être abordés et clarifiés dans la mesure où ils pourraient justement plaider en défaveur de la reconnaissance d'une juridictionnalité qui peine à s'affirmer dans un contexte contingent – parce que commercial – et spécifique – parce qu'international. En réalité, s'il faut considérer avec Mme Ruiz Fabri que « **le fait que le terme [d'autorité de la chose jugée] ne soit pas employé ne fait pas en soi obstacle à la qualification de juridiction** »¹⁷⁶³, il faut également considérer que l'établissement d'une autorité de la chose jugée renforcerait considérablement la démonstration d'une juridictionnalité et que, partant, cette recherche devient incontournable eu égard aux difficultés particulières de cette démonstration appliquée à un système de règlement des différends qui sont interétatiques, commerciaux et dans le cadre d'une Organisation spécialisée.

Bien entendu, la considération précédente selon laquelle la caractérisation d'une juridiction peut s'arrêter à la démonstration d'un *juris dictio* est toujours valable mais la

¹⁷⁵⁸ Voir par exemple l'ouvrage de M. Terré, *op. cit.*, pp. 597-601, qui place l'autorité de la chose jugée parmi les effets de la décision juridictionnelle.

¹⁷⁵⁹ L. Cavaré, *op. cit.*, p. 497.

¹⁷⁶⁰ Voir sur ce point L. Cavaré, *op. cit.*, pp. 498-499..

¹⁷⁶¹ H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends au sein de l'OMC : naissance d'une juridiction... », *op. cit.*, p. 311.

¹⁷⁶² Voir pour une étude détaillée de la question de l'autorité du droit international public M. Virally, *Guy Ladreit de Lacharrière et la politique extérieure de la France*, Masson, Paris/Milan/Barcelone/Mexico, 1989, pp. 394-402.

¹⁷⁶³ H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends au sein de l'OMC : naissance d'une juridiction... », *op. cit.*, p. 311.

remarque liée à la fragilité de cette considération l'est également ¹⁷⁶⁴. Dans ce cadre, les effets et les apparences deviennent des critères de définition puisque, justement, se sont eux qui risquent de mettre à mal la démonstration d'une juridictionnalité. L'autorité de la chose jugée peut donc à bon droit être considérée comme un critère déterminant de la définition d'une juridiction. Elle reste tout de même et un effet et une apparence de juridictionnalité ce qui, en réalité, en fait une condition nécessaire mais non suffisante de cette juridictionnalité. Mais ce statut particulier n'est pas ignoré puisque son étude s'inscrit dans une analyse bien plus générale qui a déjà abordé les aspects formels et certains aspects matériels du système mémorandaire. Le pragmatisme préside, de la sorte, à l'établissement d'une juridictionnalité et il est éminemment critiquable du fait d'une théorisation, par voie de conséquence, timide. Cependant, il constitue sans doute la moins mauvaise démarche dans le souci d'une approche la plus large et la plus complète possible de ce système particulier de règlement des différends. La recherche du critère de l'autorité de la chose jugée peut donc bien participer efficacement à la qualification juridictionnelle du système mémorandaire.

La reconnaissance d'une autorité de la chose jugée appliquée aux décisions des groupes spéciaux ou de l'Organe d'appel est souvent difficilement admise. Certains auteurs – minoritaires – sont catégoriques et affirment sans détour que les « **rapports des groupes spéciaux ou de l'Organe d'appel (...), tout comme à l'époque du GATT, ne bénéficient pas de l'autorité de la chose jugée. Ces rapports tirent leur force juridique non pas de leur propre nature, mais de leur adoption par l'Organe de Règlement des Différends (...). (...) Il est intéressant de constater que, à la différence de l'article 59 du Statut de la Cour Internationale de Justice, le Mémoire ne contient aucune disposition relative au caractère contraignant des décisions de l'ORD** » ¹⁷⁶⁵. Une majorité d'autres auteurs sont moins péremptoires en n'excluant pas totalement l'idée d'autorité. Ils hésitent pourtant à reconnaître explicitement une véritable autorité de la chose jugée et utilisent une palette de nuances assez large. Ils préfèrent, par exemple, parler d' « **une sorte d'autorité proche de "l'autorité de la chose jugée" caractérisant les procédures juridictionnelles ordinaires** » ¹⁷⁶⁶ acquise « **de facto (...) en droit international du commerce** » ¹⁷⁶⁷ ou encore considérer que « **les rapports n'ont pas l'autorité de la chose jugée** » ¹⁷⁶⁸ mais plutôt « **l'autorité de la chose interprétée** » que l' « **on ne peut sous-estimer** » ¹⁷⁶⁹. Dans le même sens,

¹⁷⁶⁴ Voir sur ce point le chapeau introductif du présent Chapitre.

¹⁷⁶⁵ M. Garcia-Rubio, « Réflexion sur le prétendu exercice des fonctions supranationales par les organes de règlement des différends de l'Organisation Mondiale du Commerce », in F. Osman (Sous la direction de), *L'Organisation Mondiale du Commerce : vers un droit mondial du commerce ?*, Colloque, Lyon, 2 mars 2001, Bruylant, Bruxelles, 2001, pp. 257.

¹⁷⁶⁶ P.-M. Dupuy, *Droit international public, op. cit.*, p. 559. Voir dans le même sens V. Pace, *L'Organisation Mondiale du Commerce et...*, *op. cit.*, p. 211.

¹⁷⁶⁷ J. H. Jackson, « Observations sur les résultats du cycle de l'Uruguay », *R.G.D.I.P.* 1994, pp. 686.

¹⁷⁶⁸ H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », *J.D.I.* 3, 1997, p. 741.

certaines démontrent une gradation qui commencerait par « ***l'autorité juridique atténuée des groupes spéciaux*** », passerait par « ***l'autorité juridique renforcée de l'Organe d'appel*** » et se conclurait par « ***l'autorité juridique obligatoire conférée par l'ORD*** »¹⁷⁷⁰, tout en précisant que « ***les décisions et recommandations de l'Organe d'appel, une fois adoptées par l'ORD, n'acquièrent pas une véritable "autorité de chose jugée", au sens strictement juridique*** » car « ***l'Organe d'appel n'est pas une véritable juridiction. Si ses décisions sont juridiquement contraignantes, elles ne sont pas juridiquement obligatoires*** »¹⁷⁷¹.

Ces hésitations doctrinales sont facilement compréhensibles par la prise en considération de la participation d'une entité particulière au règlement mémorandaire des différends : l'ORD. En effet, le Mémoire attribue à cet organe un rôle central et déterminant dans le règlement des différends qu'il organise : l'ORD a pour fonction d'adopter les rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel¹⁷⁷². Du fait de ce mécanisme d'adoption, le *juris dictio* unifié obtenu par l'articulation fonctionnelle des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel doit subir une décision d'acceptation ou de rejet de la part d'un organe extérieur à ceux qui l'ont produit. De la sorte, une autorité de la chose jugée est difficile à établir. Elle devrait, étant par définition la conséquence d'un processus juridictionnel, s'appliquer en toute logique à la décision unique issue d'un *juris dictio* unifié assuré par l'articulation entre les deux instances mémorandaires formellement de type juridictionnel ; elle devrait ainsi parfaire la juridictionnalité d'un système mémorandaire composé d'un degré unique – le groupe spécial – et d'une instance cassatoire – l'Organe d'appel. Or, le mécanisme d'adoption des rapports de ces instances par l'ORD induit un risque de rejet ou de modification de ces rapports, de telle sorte que cette autorité ne peut s'appliquer aux décisions des instances qu'avec l'aval de l'ORD ; organe adoptant, et s'applique donc formellement aux décisions de l'ORD.

Le Mémoire confirme l'absence d'autorité des rapports au profit de l'ORD. Le groupe spécial se présente clairement comme une aide à la prise de décision de l'ORD. En effet, « ***la fonction des groupes spéciaux est d'aider l'ORD à s'acquitter de ses responsabilités au titre du présent mémorandum d'accord et des accords visés. En conséquence, un groupe spécial devrait procéder à une évaluation objective de la question dont il est saisi (...) 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*** »¹⁷⁷³. Ce rôle d'aide est confirmé par le mandat type énoncé par le Mémoire et formulé de manière très similaire à la disposition précédemment citée¹⁷⁷⁴. Si le Mémoire est moins explicite sur la fonction de l'Organe d'appel par rapport

¹⁷⁶⁹ *Ibid.*, note 82.

¹⁷⁷⁰ V. Pace, *L'Organisation Mondiale du Commerce et...*, *op. cit.*, pp. 195-227.

¹⁷⁷¹ *Ibid.*, p. 211, note 371.

¹⁷⁷² Voir sur ce point les articles 16 : 4 et 17 : 14.

¹⁷⁷³ Article 11 intitulé « *fonction des groupes spéciaux* ».

à l'ORD, le rôle cassatoire précédemment établi de l'Organe d'appel lui donne pour fonction d'examiner le rapport du groupe spécial et non le différend initial. Aussi faut-il croire que l'Organe d'appel s'inscrit également parfaitement dans le rôle d'aide de l'ORD en ce sens qu'il confirme, infirme ou modifie des constatations qui constituent une telle aide. Par conséquent, le traitement effectif du différend appartient bien aux groupes spéciaux et à l'Organe d'appel mais il ne constitue que la préparation d'une décision formellement prise par l'ORD.

Certes, cette centralité de l'ORD ne serait pas problématique pour la reconnaissance d'une autorité de la chose jugée si cet organe pouvait être considéré comme une juridiction hiérarchiquement supérieure aux groupes spéciaux et à l'Organe d'appel. Alors, la décision juridictionnelle à laquelle s'applique l'autorité de la chose jugée serait celle qui, *in fine*, émane de l'ORD. Cependant, la caractérisation de cette autorité appliquée à la décision de l'ORD est mise à mal par l'identité et la fonction de cet organe qui ne sont pas de nature juridictionnelle. En effet, l'ORD est organiquement, le Conseil général réuni « **pour s'acquitter des fonctions de l'Organe de règlement des différends prévu dans le Mémoire** »¹⁷⁷⁵ ; et ledit Conseil général est « **composé de représentants de tous les Membres** » et doit exercer, « **dans l'intervalle entre les réunions de la Conférence ministérielle, les fonctions de celle-ci** »¹⁷⁷⁶. Quant à cette Conférence ministérielle, elle est l'organe politique essentiel de l'Organisation puisqu'elle est « **composée de représentants de tous les Membres, qui se réunira au moins une fois tous les deux ans. La Conférence ministérielle exercera les fonctions de l'OMC, et prendra les mesures nécessaires à cet effet. La Conférence ministérielle sera habilitée à prendre des décisions sur toutes les questions relevant de tout Accord commercial multilatéral** »¹⁷⁷⁷. De la sorte, l'ORD est une réunion particulière d'un organe directeur de l'OMC qui exerce la fonction politique de et en l'absence de la Conférence ministérielle, pouvoir décisionnel fondamental. Aussi l'ORD peut-il apparaître comme « **un organe fondamentalement politique** »¹⁷⁷⁸, en raison de sa composition et de sa fonction.

Cette identité politique de l'ORD peut être discutée à la lumière du droit conventionnel de l'OMC. Ce caractère politique est évident au vu de la composition, de nature diplomatique, de l'ORD ; il est également significatif d'une différenciation de la nature de cet Organe par rapport à une entité juridictionnelle qui serait, elle, composée de juges et non d'une représentation diplomatique de chaque Etat membre de l'organisation internationale. Pourtant, les textes ne semblent pas faire ressortir une fonction clairement

¹⁷⁷⁴ Se reporter à l'article 7, à mettre en parallèle avec l'article 11.

¹⁷⁷⁵ Article IV : 3 de l'Accord instituant l'OMC.

¹⁷⁷⁶ Article IV : 2 de l'Accord instituant l'OMC.

¹⁷⁷⁷ Article IV : 1 de l'Accord instituant l'OMC.

¹⁷⁷⁸ V. Pace, *L'Organisation Mondiale du Commerce et...*, op. cit., p. 218. Pour une autre illustration de l'affirmation du caractère politique de l'ORD, voir pour exemple H. Ruiz Fabri, « L'appel dans le règlement... », op. cit., p. 53, note 29.

politique. L'Accord instituant l'OMC prévoit que, au titre des « **fonctions de l'OMC** »¹⁷⁷⁹, « **l'OMC administrera le Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends** »¹⁷⁸⁰. Cette fonction particulière est exercée par la Conférence ministérielle¹⁷⁸¹ qui s'en s'acquittera par l'intermédiaire du Conseil général¹⁷⁸², lui-même réuni pour s'acquitter des fonctions de l'ORD¹⁷⁸³. Ce dernier a donc pour fonction l'administration du Mémoire, ce que ce dernier confirme en disposant que « **l'Organe de règlement des différends est institué pour administrer les présentes règles et procédures et, sauf disposition contraire d'un accord visé, les dispositions des accords visés relatives aux consultations et au règlement des différends** »¹⁷⁸⁴. Ces dispositions insistent donc sur le caractère « **administratif** » de la fonction attribuée à l'ORD, terme qui renvoie aussi bien à l'idée de gestion qu'à celle de fonction consistant à assurer l'application des normes et la marche des mécanismes conformément à une volonté politique¹⁷⁸⁵. Aussi le caractère politique de l'ORD, tiré de sa composition, est-il atténué par la mise en valeur de sa fonction administrative.

En réalité, une ambiguïté demeure car, du fait de son rôle administratif, « *l'ORD aura le pouvoir d'établir des groupes spéciaux, d'adopter les rapports de groupes spéciaux et de l'organe d'appel, d'assurer la surveillance de la mise en œuvre des décisions et recommandations, et d'autoriser la suspension de concessions et d'autres obligations* »¹⁷⁸⁶. Ainsi, cette fonction administrative contient donc un « **pouvoir** » de décision attaché à l'adoption des rapports¹⁷⁸⁷. L'ORD apparaît donc comme un organe essentiellement administratif assorti d'une compétence politique résidant dans le pouvoir d'adoption des rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel. Le Mémoire place donc l'ORD au cœur du système décisionnel en lui attribuant le pouvoir politique d'adopter les rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel.

¹⁷⁷⁹ Intitulé de l'article III de l'Accord instituant l'OMC.

¹⁷⁸⁰ Article III : 3.

¹⁷⁸¹ Article IV : 1.

¹⁷⁸² Article IV : 2.

¹⁷⁸³ Article IV : 3.

¹⁷⁸⁴ Article 2 : 1.

¹⁷⁸⁵ Voir sur cette définition double : P. Robert, *Le Nouveau Petit Robert*, op. cit., p. 34. La définition présentement donnée s'appuie sur celle du mot administration délivrée dans l'ouvrage susmentionné.

¹⁷⁸⁶ Article 2 : 1.

¹⁷⁸⁷ Ne sera présentement considéré que le pouvoir d'adoption, indispensable à la recherche d'une autorité de la chose jugée. Les trois autres pouvoirs que l'article 2 : 1 énonce ne sont pas traités dans la présente Section, car le pouvoir d'établissement des groupes spéciaux a déjà fait l'objet d'une étude détaillée dans la première Partie et les pouvoirs de surveillance et d'autorisation font partie des mécanismes d'exécution qui sont traités dans les trois Sections suivantes.

Cette ambiguïté est particulièrement significative de la singularité de l'ORD : son pouvoir politique assuré par les textes devient administratif en considération du mode d'adoption de ses décisions. En effet, le mécanisme du consensus négatif présidant à l'adoption des rapports enlève à l'ORD tout pouvoir de décision en rendant l'adoption automatique, de telle sorte que le rôle politique de l'ORD devient administratif¹⁷⁸⁸. Aussi faut-il plutôt considérer l'ORD comme un organe administratif que comme un organe politique.

En tout cas, que l'ORD soit de nature politique et/ou administrative, il n'est en aucune façon un organe juridictionnel à part entière ni une composante d'un ordre juridictionnel. L'ambiguïté de sa fonction hésite entre le politique et l'administratif mais ne considère pas le juridictionnel. Deux raisons principales président à cette absence de juridictionnalité. La première est organique et tient au fait que l'ORD a une composition de nature diplomatique qui ne peut, à ce titre, constituer le fondement organique adéquat d'une juridictionnalité. La seconde raison est procédurale et substantielle ; elle réside dans le fait que l'ORD ne participe en aucun cas directement à l'examen et au traitement du différend de l'espèce mais dispose simplement d'une fonction d'administration des règles et procédures organisant le règlement mémorandaire des différends. Ces deux raisons justifient la mise à l'écart, déjà opéré précédemment, de l'ORD dans la recherche de la juridictionnalité formelle et matérielle du système mémorandaire. Cette juridictionnalité provient en effet, de l'articulation entre groupes spéciaux et Organe d'appel et se caractérise par la décision issue du *juris dictio* unifié qui est alors prononcée. Elle n'a donc pas besoin de tenir compte de l'ORD qui n'a comme activité que d'être le cadre dans lequel se déroule la constitution organique et le déroulement procédural du système mémorandaire.

En revanche, elle a besoin qu'une autorité de la chose jugée soit conférée à la décision qui en est la conséquence ; et là se situe l'hésitation des auteurs sur la reconnaissance d'une autorité effective de la chose jugée. Le rôle effacé de l'ORD dans le processus d'élaboration d'une solution de règlement du différend semble, à la lecture du Mémorandum, redevenir central lors du processus de décision en transformant la solution en décision. De la sorte, l'autorité de la chose jugée, qui aurait pu caractériser la décision unifiée des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel, est annihilée par le processus d'adoption, pouvoir politique confié par le Mémorandum à un organe, externe à ces deux instances, de nature non-juridictionnelle. Si cette phase d'adoption ne porte pas atteinte à la teneur de ce *juris dictio* dans la mesure où l'ORD n'a comme alternative que de l'adopter ou de le refuser, elle est susceptible de porter atteinte à son effectivité en cas de rejet. Ainsi, au lieu d'une autorité de chose jugée, les rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel se voient conférer soit, par le rejet de l'adoption, une invalidation soit, par cette adoption, une autorité. Cette invalidation et cette adoption sont de nature politique puisqu'elles sont la conséquence de la décision politique de l'ORD. C'est cette conclusion qui provoque l'embarras des auteurs cherchant à caractériser l'autorité des décisions émanant du fonctionnement mémorandaire et, partant, cherchant à qualifier le système de règlement organisé par le Mémorandum.

¹⁷⁸⁸ Ce mécanisme du consensus négatif est central dans la détermination de la fonction de l'ORD. Il est étudié *infra*.

Nonobstant, cette conclusion est simpliste et, pour tout dire, inexacte. L'effectivité et l'autorité des décisions semblent découler de l'adoption des rapports de ces instances par l'ORD, ce qui fonde une absence d'autorité de la chose jugée et, partant, l'absence de juridictionnalité véritable des instances de règlement pourtant titulaires du *juris dictio*. Cette autorité serait politique car elle proviendrait de l'ORD. Or, le système mémorandaire n'est pas pour autant qualifié de système politique mais plutôt de « **système quasi-juridictionnel de règlement des litiges** »¹⁷⁸⁹. Les observateurs du Mémorandum et de son fonctionnement, s'ils hésitent à reconnaître une véritable autorité de la chose jugée, ne concluent pas immédiatement au caractère politique du système mémorandaire. En outre, la question se pose de savoir pourquoi le Mémorandum et sa pratique, par les instances comme par les Etats Membres, confèreraient une juridictionnalité à la fois formelle et matérielle au système mémorandaire alors que cette dernière aboutirait, *in fine*, à une décision politique prononcée par l'ORD. Il est difficile de concevoir une aide à la décision politique qui soit sous la forme juridictionnelle. En conséquence, il serait illogique que cette autorité de la chose jugée n'existât pas.

Ainsi, cette apparente exclusion de la juridictionnalité du système mémorandaire comprenant les groupes spéciaux et l'Organe d'appel doit être discutée. La conclusion d'une autorité politique omet de se fonder sur le processus d'adoption prévu par le Mémorandum ainsi que sur sa pratique. La question se pose donc de savoir si cette adoption concurrence et, de ce fait, annihile une autorité de la chose jugée qui pourrait confirmer la juridictionnalité du système mémorandaire ou si, au contraire, cette adoption n'est que formelle. Il serait en effet possible de supposer que le défaut d'adoption ne porte pas atteinte à l'existence et à la portée de la décision que le groupe spécial et, éventuellement, l'Organe d'appel ont élaborée. Aussi cette autorité de la chose jugée doit-elle être confrontée, dans sa définition, au fonctionnement même du système mémorandaire afin de déduire de cette confrontation l'effectivité ou l'absence d'une telle autorité et, partant, d'une telle juridictionnalité. Les critères de définition précédemment dégagés – à savoir un principe accompagné de deux indices négatifs et de deux nuances – peuvent, pour ce faire, constituer une utile base de confrontation entre définition et réalité. Cette recherche pragmatique est nécessaire car, si d'aventure l'autorité de chose jugée n'apparaissait pas explicitement dans le Mémorandum, elle n'en serait pas pour autant exclue et devrait être identifiée.

Le principe d'une autorité de la chose jugée doit être reconnu par le Mémorandum qui ne paraît pourtant pas enclin à le poser. En effet, d'un point de vue lexical, l'action respective des groupes spéciaux, de l'Organe d'appel et de l'ORD n'est pas clairement distinguée. S'il semble que le travail des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel débouche sur un « **rapport** » et se distingue de celui de l'ORD qui consiste en des « **recommandations** »¹⁷⁹⁰ ou des « **recommandations et décisions** »¹⁷⁹¹, le

¹⁷⁸⁹ J. Lebullenger, « L'Organisation mondiale du commerce », in T. Flory (Sous la direction de), *La Communauté européenne et le GATT*, op. cit., pp. 38. Voir dans le même sens, par exemple : J.-L. Goutal, « Le rôle normatif de l'Organisation mondiale du commerce », *P.A.*, n° 5, 11 janvier 1995, p. 25 ; Y. Renouf, « Le règlement des litiges », in T. Flory (Sous la direction de), *La Communauté européenne et le GATT*, op. cit., pp. 217 et 240. A cet égard, M. Goutal a constaté dès 1994 que « des observateurs (...) disent déjà que le nouveau système fait passer d'un mécanisme de règlement (...) des différends à base diplomatique à un mécanisme (...) de nature juridictionnelle, quasi juridictionnelle », in « Le rôle normatif... », op. cit., p. 24.

Mémorandum reste parfois flou sur l'origine de ces recommandations et décisions¹⁷⁹². Il parle même de « **constatations et recommandations** » contenues dans les rapports des groupes spéciaux¹⁷⁹³, de « **recommandations d'un groupe spécial ou de l'Organe d'appel** »¹⁷⁹⁴, ou encore de « **leurs constatations et leurs recommandations** »¹⁷⁹⁵. En outre, il semble supposer quand il traite de « *l'adoption des recommandations et décisions* » que celles-ci existent avant leur adoption et sont donc le fait des groupes spéciaux ou de l'Organe d'appel¹⁷⁹⁶. Il reste que le terme « **décision** » est explicitement lié à l'ORD – quand cette liaison est précisée – et non aux groupes spéciaux ou encore à l'Organe d'appel¹⁷⁹⁷. Malgré cette liaison assez claire, l'identification d'une autorité et sa qualification – soit de chose jugée soit politique – ne peuvent être menées du fait d'une confusion lexicale qui n'aide pas à la clarté du texte.

De même, d'un point de vue substantiel, le mécanisme organisé par le Mémorandum est confus sur l'existence même d'une autorité s'imposant aux parties. En effet, ce texte n'affirme jamais explicitement un objectif clair de règlement des différends par imposition d'une solution aux parties mais préfère disposer que « **les demandes de conciliation et le recours aux procédures de règlement des différends ne devraient pas être conçus ni considérés comme des actes contentieux, et (...), si un différend survient, tous les Membres engageront ces procédures de bonne foi dans un effort visant à régler ce différend** »¹⁷⁹⁸. Cette disposition est emblématique de l'esprit du texte : il n'est pas question d'organiser un système aboutissant au prononcé d'une décision que les parties devront respecter mais plutôt d'établir un cadre dans lequel les parties pourront elles-mêmes régler leurs différends. D'autres articles du Mémorandum véhiculent cette même idée quand, par exemple, il est dit que le système mémorandaire « **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** »¹⁷⁹⁹, ou encore que, « **en formulant ses recommandations ou en statuant sur la question,**

¹⁷⁹⁰ Voir pour exemples les articles 3 : 4, 7 : 1, et 11.

¹⁷⁹¹ V. pour ex. les articles 3 : 2, 21 : 1.

¹⁷⁹² V. pour ex. les articles 2 : 1, 21 : 5, et 22 : 1.

¹⁷⁹³ Voir l'article 12 : 7.

¹⁷⁹⁴ Intitulé de l'article 19. Voir dans le même sens, par exemple, les articles 21 : 3 c) et 26, ainsi que la note 9.

¹⁷⁹⁵ Article 19 : 2.

¹⁷⁹⁶ V. pour ex. l'article 21, paragraphes 3 b) et 6.

¹⁷⁹⁷ V. pour ex. les articles 2 : 1, 3 : 2, 21 : 1, 21 : 3 et en particulier l'intitulé de l'article 20.

¹⁷⁹⁸ Article 3 : 10.

¹⁷⁹⁹ Article 3 : 2.

l'ORD visera à la régler de manière satisfaisante »¹⁸⁰⁰.

D'aucuns semble confirmer cette absence totale d'autorité qui ressortirait de la confusion suscitée par le texte du Mémoire, en constatant que, « ***à la différence de l'article 59 du Statut de la Cour Internationale de Justice, le Mémoire ne contient aucune disposition relative au caractère contraignant des décisions de l'ORD*** »¹⁸⁰¹. Cependant, ce propos doit être nuancé. En énonçant que « ***la décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé*** », cet article 59, s'il induit une telle autorité, a pour objectif principal de préciser son caractère relatif. En outre, même l'article 60 de ce Statut, en prévoyant que « ***l'arrêt est définitif et sans recours*** »¹⁸⁰², insiste davantage sur la procédure que sur les effets de la décision. Surtout, ces deux articles qui fondent habituellement l'effectivité d'une autorité ne la prévoient pas formellement. Elle est en réalité dégagée par les études doctrinales relevant – quand elle est clairement une autorité de chose jugée car s'appliquant à une décision émanant directement d'une juridiction – qu'elle est un principe général de droit consacré par la jurisprudence¹⁸⁰³. Ainsi, si le Statut de la CIJ est moins implicite que le Mémoire, il n'est pas pour autant explicite sur la reconnaissance d'une autorité effective. Le Mémoire n'est pas sur ce point totalement muet puisque, en disposant, comme il a déjà été constaté, que le « ***rapport de l'Organe d'appel sera adopté par l'ORD et accepté sans condition par les parties au différend*** »¹⁸⁰⁴ et que, « ***pour 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*** »¹⁸⁰⁵, il semble suggérer l'existence d'une telle autorité. En prévoyant une acceptation « *sans condition* » ainsi que le caractère « *indispensable* » de la suite à donner « ***aux recommandations ou décisions de l'ORD*** », le Mémoire montre la nécessité d'un respect de la décision par les parties.

Le Mémoire reconnaît donc, bien qu'implicitement, l'existence d'une autorité dévolue aux décisions prises dans le cadre du fonctionnement du système de règlement qu'il organise. La confusion lexicale et substantielle sur l'existence même d'une quelconque autorité ne peut aboutir à la conclusion d'une absence totale d'autorité. Au contraire, le Mémoire consacre explicitement la centralité décisionnelle de l'ORD et l'autorité de sa décision politique. En effet, deux dispositions semblent principalement assurer la centralité de la condition d'adoption, même si elles le font de manière implicite. La première prévoit qu' « ***un rapport de l'Organe d'appel sera adopté par l'ORD et***

¹⁸⁰⁰ Article 3 : 4.

¹⁸⁰¹ M. Garcia-Rubio, « Réflexion sur le prétendu exercice des fonctions supranationales... », *op. cit.*, p. 257.

¹⁸⁰² Article 60.

¹⁸⁰³ Voir pour exemple P. Daillier et A. Pellet (N. Quoc Dinh †), *op. cit.*, pp. 352-353.

¹⁸⁰⁴ Article 17 : 14.

¹⁸⁰⁵ Article 21 : 1.

*accepté sans condition par les parties au différend, à moins que l'ORD ne décide par consensus de ne pas adopter le rapport de l'Organe d'appel, dans les 30 jours suivant sa distribution aux Membres »*¹⁸⁰⁶. La seconde affirme que, « *pour 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 »*¹⁸⁰⁷. Cette acceptation « *sans condition* » semble signifier que les parties ne peuvent que reconnaître la teneur de la décision à partir du moment où celle-ci a été adoptée par l'ORD, et le caractère « *indispensable* » de la suite à donner « *aux recommandations ou décisions de l'ORD* » montre que c'est l'adoption des rapports par l'ORD – qui ne formule pas même de telles recommandations ou décisions – qui entraîne la nécessité d'un respect de la décision par les parties.

Néanmoins, la garantie d'une autorité ne signifie pas que la juridictionnalité du système est assurée car cette autorité n'est pas forcément de chose jugée. Elle semble même être au contraire une autorité politique peu compatible par nature avec une autorité de chose jugée, du fait de la participation déterminante de l'ORD. Le Mémoire semble donc exclure toute autorité de chose jugée au bénéfice d'une décision politique. Si ces deux dernières dispositions citées ne sont pas explicites quant à la catégorisation de l'autorité des décisions émanant du système mémorandaire, elles semblent pourtant suggérer que les parties ne doivent se conformer aux conclusions des rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel qu'à partir du moment où ces rapports ont été adoptés par l'ORD. L'Organe d'appel confirme le rôle substantiel de l'adoption quand il confirme la conclusion du groupe spécial selon laquelle les rapports des groupes spéciaux non adoptés « *n'[ont] aucun statut juridique dans le système du GATT ou de l'OMC car ils n'[ont] pas été approuvés sur décision des PARTIES CONTRACTANTES du GATT ou des Membres de l'OMC* » alors que les rapports « *adoptés* » ont une « *force obligatoire* » « *entre les parties en cause* »¹⁸⁰⁸.

A ce stade, les hésitations doctrinales précédemment mentionnées se trouvent pleinement justifiées par la centralité d'un organe non-juridictionnel dans un mécanisme d'adoption qui s'ajoute au prononcé d'un *juris dictio* unifié émanant des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel. Le principe d'une autorité de la chose jugée n'est pas explicitement posé par le Mémoire et semble victime de la prédominance de l'autorité politique de l'adoption décidée par l'ORD. Il reste que, si ces dispositions mémorandaires ne permettent pas, loin s'en faut, d'affirmer la consécration d'une autorité de la chose jugée des décisions, l'Organe d'appel est moins catégorique sur ce point. Il reconnaît, dès son deuxième rapport, que « *les rapports de groupes spéciaux adoptés (...) n'ont aucune force obligatoire, sauf pour ce qui est du règlement du différend entre les parties en cause* »¹⁸⁰⁹. Surtout, l'Organe d'appel note dans le même Rapport

¹⁸⁰⁶ Article 17 : 14.

¹⁸⁰⁷ Article 21 : 1.

¹⁸⁰⁸ WT/DS8, 10 et 11/AB/R, p. 17.

¹⁸⁰⁹ WT/DS8, 10 et 11/AB/R, p. 17.

« que le Statut de la Cour internationale de justice prévoit expressément, à l'article 59, des dispositions semblables »¹⁸¹⁰. Ce faisant, il rapproche explicitement la force obligatoire, qu'il attribue aux décisions des groupes spéciaux et qu'il destine aux parties, de l'article du Statut de la CIJ qui est un fondement du principe de l'autorité de la chose jugée.

Nonobstant, cette clarification de l'effectivité de la chose jugée n'est pas suffisante. En effet, comme le constate un groupe spécial, **« la 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. Il semble qu'elle n'a jamais été abordée explicitement dans le cadre de ces procédures. De même, un principe général de la chose jugée n'a jamais été évoqué ou adopté par ailleurs par un groupe spécial ou par l'Organe d'appel, bien qu'il soit indéniable que certains principes largement admis du droit international ont été jugés applicables dans les procédures de règlement des différends de l'OMC, en particulier eu égard à des questions de procédure fondamentales »**¹⁸¹¹. **« Le texte du Mémoire d'accord ne traite pas directement de cette question. Plus généralement, il ne renferme aucune disposition expresse concernant le statut des rapports de groupes spéciaux ou de l'Organe d'appel qui ont été adoptés »**¹⁸¹².

Ainsi, malgré quelques signes implicites, le principe d'une autorité de la chose jugée appliquée aux décisions des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel n'est pas posé. Au contraire, semble dominer le principe d'une autorité politique découlant de la décision d'adoption qui incombe à l'ORD. Cette autorité de la chose jugée n'étant pas consacrée dans son principe, ni par le droit conventionnel de l'OMC ni par la jurisprudence des instances de règlement mémorandaires, elle doit être recherchée dans les indices et nuances précédemment établis qui sont des signes déterminants de son effectivité en l'absence d'une telle consécration. Cette démarche pragmatique pourrait être critiquée au motif que l'absence d'un principe garanti textuellement ou, à la rigueur, assuré par la jurisprudence mémorandaire, suffit à rejeter cette notion d'autorité particulière. Néanmoins, force est de constater que, même en droit international public général, cette notion ne fait pas l'objet d'une consécration textuelle explicite. En outre, l'organisation du système mémorandaire est telle qu'il est difficile pour les groupes spéciaux et l'Organe

¹⁸¹⁰ *Ibid.*, note 42.

¹⁸¹¹ WT/DS146 et 175/R, paragraphe 7.57.

¹⁸¹² *Ibid.*, paragraphe 7.58. Selon ce groupe spécial, seul le Rapport de l'Organe d'appel WT/DS8, 10 et 11/AB/R, précité, aborde cette question mais, **« lorsqu'il a examiné le statut des rapports de groupes spéciaux adoptés, l'Organe d'appel a indiqué qu'ils lient les parties "pour ce qui est du différend" entre les parties en cause. Cette déclaration n'abordait pas directement la notion de chose jugée, mais elle semble plutôt avoir été faite principalement dans l'optique de la détermination du statut des rapports adoptés en tant que tels et de leur pertinence à titre de précédent pour les groupes spéciaux suivants »**. Ces conclusions du groupe spécial peuvent être relativisées par le fait que cette instance ne cherchait pas l'édiction d'un principe général mais plus modestement et surtout plus pragmatiquement une réponse à l'acceptation d'une nouvelle constatation des mêmes questions objets du différend. Il n'en demeure pas moins que cette démarche pragmatique suscitait alors un intérêt pour l'effectivité d'un principe de l'autorité de la chose jugée et un traitement de cette question formulé dans le rapport.

d'appel de reconnaître une telle autorité à l'encontre de la légitimité politique de l'ORD, comme il est impossible pour un ORD cantonné à un rôle administratif d'établir cette autorité.

Le premier signe précédemment énoncé de l'effectivité d'une autorité de la chose jugée est celui de l'absence de contestation de la décision. En d'autres termes, il faut que la décision juridictionnelle ne puisse pas ou plus faire l'objet d'un recours devant une autre juridiction. Dans le cadre du règlement des différends relatifs à l'application des accords OMC, la recherche de ce signe implique d'identifier la décision et d'examiner son devenir. La décision finale formulée par le système mémorandaire est fondamentalement le rapport du groupe spécial modifié ou non par le rapport de l'Organe d'appel – et juridiquement ce même rapport adopté par l'ORD. Le Mémoire dispose que, « **dans les 60 jours suivant la date de distribution du rapport d'un groupe spécial aux Membres, ce rapport sera adopté à une réunion de l'ORD, à moins qu'une partie au différend ne notifie formellement à l'ORD sa décision de faire appel (...). Si une partie a notifié sa décision de faire appel, le rapport du groupe spécial ne sera pas examiné par l'ORD, en vue de son adoption, avant l'achèvement de la procédure d'appel** »¹⁸¹³. En outre, le « **rapport de l'Organe d'appel sera adopté par l'ORD et accepté sans condition par les parties au différend (...) dans les 30 jours suivant sa distribution aux Membres** »¹⁸¹⁴. Le devenir de la décision est donc le suivant : le caractère définitif pour les parties de la décision issue du système mémorandaire est dû à l'acceptation « **sans condition par les parties** » du rapport de l'Organe d'appel « **adopté par l'ORD** »¹⁸¹⁵ et ce rapport, étant cassatoire, est la confirmation et/ou la modification du rapport du groupe spécial¹⁸¹⁶.

Plus clairement, la décision du groupe spécial peut être contestée devant l'Organe d'appel pendant un certain délai strictement fixé et la décision de l'Organe d'appel, ou celle du groupe spécial si aucun appel n'est formulé, ne peut plus être contestée directement par les parties. De la sorte, une absence de contestation équilibrée est assurée, qui n'empêche pas un recours d'une partie mécontente par la voie de l'appel¹⁸¹⁷ mais le limite à la fois par des délais et par son unicité. La contestation est donc possible mais enfermée dans un certain cadre afin qu'elle ne puisse porter atteinte de manière déterminante au caractère définitif de la décision. Cette contestation équilibrée pourrait fort bien établir une autorité de la chose jugée attachée au rapport du groupe spécial ou, en cas d'appel, au rapport de l'Organe d'appel puisque le premier rapport est définitif si

¹⁸¹³ Article 16 : 4.

¹⁸¹⁴ Article 17 : 14.

¹⁸¹⁵ Article 17 : 4.

¹⁸¹⁶ D'après l'article 17 : 13.

¹⁸¹⁷ Par souci de clarté, est présentement utilisé le terme « appel » qui renvoie explicitement au vocabulaire employé par le Mémoire. Toutefois, il ne faut pas oublier que cet appel est en réalité un pourvoi en cassation sans renvoi. L'« appel » sera ainsi qualifié car il renvoie à l'Organe d'« appel ».

aucun recours à l'Organe d'appel n'est effectué dans un délai strictement fixé par le Mémoire et le second rapport n'est pas susceptible de recours.

Cependant, une autre contestation existe qui vient bouleverser ce schéma éminemment juridictionnel. Elle n'est pas directement le fait des parties mais elle provient du refus d'adopter décidé par l'ORD. Cette contestation est forte puisque le rapport du groupe spécial, tel qu'éventuellement modifié par l'Organe d'appel, est systématiquement soumis à l'ORD qui peut décider de ne pas l'adopter. Si la contestation par les parties est limitée et ne peut aboutir à une absence de décision, la contestation par l'ORD est, quant à elle, définitive puisque la décision politique du refus d'adoption est insurmontable et conduit à la remise en cause totale de la décision du groupe spécial ou de l'Organe d'appel. L'effectivité de l'autorité de la chose jugée est ainsi niée et remplacée par l'autorité politique du refus d'adoption. Certes, **« par l'adoption, l'ORD endosse les conclusions du panel et rend le rapport opposable aux parties en litige »**¹⁸¹⁸. Néanmoins, la force de cette contestation doit être discutée et peut être foncièrement relativisée.

D'une part, cette contestation est limitée au refus d'adoption. L'ORD n'a pas la possibilité de modifier ou d'infirmer partie du rapport. Il ne peut qu'adopter ou refuser d'un bloc le rapport. Bien entendu, cette contestation est, de la sorte, limitée à l'essentiel qui est l'effectivité du rapport soumis à l'adoption. Mais cette alternative peut influencer de manière déterminante l'ORD qui n'aura d'autre choix que d'accepter le passage en force d'un rapport globalement satisfaisant et d'adopter ce rapport même si certaines de ses constatations ou conclusions sont l'objet de contestations, dans la mesure où une adoption sélective ou la modification de parties de ce rapport sont impossibles. Bien entendu, l'ORD peut également refuser d'adopter un rapport globalement satisfaisant au motif qu'il ne veut pas **« laisser passer »** des approximations ou des points avec lesquels il ne serait pas en accord. Néanmoins, cette démarche sévère, si elle a le mérite d'inciter les groupes spéciaux et l'Organe d'appel à la rigueur et à la complétude, aboutit au non-traitement du différend et à l'absence totale de décision sur ce différend puisque l'ORD ne peut substituer sa propre décision à un rapport qu'il aurait rejeté.

D'autre part, surtout, le mécanisme d'adoption est très particulier, au point qu'il enlève toute force de contestation alors que le positionnement et la fonction de l'ORD au sein du système mémorandaire semblaient pourtant la garantir et même en assurer la suprématie. En effet, le mode de prise de décision est le suivant : **« dans les cas où les règles et procédures du présent mémorandum d'accord prévoient que l'ORD doit prendre une décision, celui-ci le fera par consensus »**¹⁸¹⁹ ; et **« 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 »**¹⁸²⁰. Ce principe étant posé, le

¹⁸¹⁸ Y. Renouf, « Les mécanismes d'adoption et de mise en œuvre du règlement des différends dans le cadre de l'OMC sont-ils viables ? », A.F.D.I. XL, 1994, p. 778.

¹⁸¹⁹ Article 2 : 4 du Mémoire.

¹⁸²⁰ Note 1 à laquelle l'article 2 : 4 renvoie.

Mémoire va lui donner une application spécifique puisque le rapport du groupe spécial « *sera adopté à une réunion de l'ORD, à moins qu'une partie au différend ne notifie formellement à l'ORD sa décision de faire appel ou que l'ORD ne décide par consensus de ne pas adopter le rapport* »¹⁸²¹ et que, pareillement, « *un rapport de l'Organe d'appel sera adopté par l'ORD et accepté sans condition par les parties au différend, à moins que l'ORD ne décide par consensus de ne pas adopter le rapport de l'Organe d'appel, dans les 30 jours suivant sa distribution aux Membres* »¹⁸²².

Le Mémoire instaure donc un mécanisme de consensus négatif¹⁸²³ sur lequel il faut s'attarder puisqu'il détermine le processus d'adoption des rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel par l'ORD et, partant, la dimension politique du système mémorandaire. Ce mécanisme particulier de consensus présidant à l'adoption des rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel est dit négatif dans la mesure où la décision de l'ORD ne concerne pas l'adoption de ces rapports mais le refus de leur adoption. Toute décision de l'ORD devant être prise par consensus, c'est le refus d'adoption qui devra être pris par consensus et non la décision d'adopter, celle-ci étant induite par l'absence d'un consensus sur le rejet du rapport examiné. Or, il faut croire, d'après le seul examen du texte, que ce consensus ne sera jamais trouvé et que, partant, les rapports ne seront jamais rejetés. En effet, le rapport d'un groupe spécial, tel que complété ou non par le rapport de l'Organe d'appel, découle du traitement par ces instances d'un différend opposant deux parties. Il est l'expression d'un *juris dictio* qui tranche le différend en déclarant le comportement étatique objet du différend conforme ou non conforme au droit applicable. Ce faisant, ce rapport va satisfaire l'une des deux parties – le plaignant si le défendeur est condamné ou le défendeur si son comportement est déclaré conforme – qui en sa qualité de Membre de l'OMC est membre de l'ORD. Cette partie satisfaite n'aura aucun intérêt à voir le rapport rejeté par l'ORD. Elle ne participera donc pas à un éventuel consensus visant à rejeter ledit rapport et, ainsi, fera échouer de son seul fait le rejet, provoquant par voie de conséquence l'adoption dudit rapport.

Le rejet par consensus devient ainsi « *pure hypothèse d'école* »¹⁸²⁴. En outre, même à supposer que le rapport soit mitigé en ne donnant qu'une déclaration partielle de conformité et que les deux parties soient insatisfaites, elles le sont pour des raisons diamétralement opposées. Il devient alors fort peu probable qu'elles soient en accord sur le rejet de ce rapport alors qu'elles étaient opposées par le différend que ce rapport tente

¹⁸²¹ Article 16 : 4.

¹⁸²² Article 17 : 14.

¹⁸²³ Cette expression « consensus négatif » n'existe pas dans le Mémoire. Elle apparaît très tôt dans les études doctrinales analysant le mécanisme mémorandaire, et ce avant même que ce dernier soit en application. Elle désigne, en outre, de manière suffisamment pertinente ce mécanisme particulier pour qu'elle puisse être présentement consacrée et employée. Voir pour exemples d'étude détaillée de cette technique du consensus négatif : T. Flory, « Chronique de Droit international économique-Commerce international », *A.F.D.I.* XXXIX, 1993, p. 753 ; Y. Renouf, « Les mécanismes d'adoption et de mise en œuvre du règlement des différends dans le cadre de l'OMC sont-ils viables ? », *A.F.D.I.* XL, 1994, p. 779 ; H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », *J.D.I.* 3, 1997, pp. 740 et 744.

de régler, qui plus est à l'initiative d'une des deux parties qui bénéficie du système de l'attraction obligatoire et qui admettra difficilement le rejet d'un rapport qui est le résultat du mécanisme qu'elle a voulu enclencher.

Plus généralement, le système du consensus donne un droit de veto à chacun des membres de l'assemblée en charge de la décision, et ce de manière individuelle. L'ORD étant composé des représentants de tous les – nombreux – Membres de l'OMC, chacun d'entre eux pourra bloquer la formation d'un consensus sur le rejet de l'adoption d'un rapport d'un groupe spécial ou de l'Organe d'appel. Ce droit de veto pourra être utilisé facilement pour de nombreuses raisons par de multiples acteurs : des « *petits* » Etats en quête d'une affirmation de leur poids diplomatique sur la scène commerciale internationale ; des Membres liés à l'une des deux parties par des objectifs similaires ou encore des politiques communes ; des relations extra-commerciales fortes qui ne supporteraient pas des dissensions ou des accords de circonstance ; des désaccords profonds ou des tensions qui trouveraient un nouveau terrain d'expression dans la recherche d'un consensus sur ce rejet ; une volonté de monnayer des soutiens dans des domaines qui peuvent parfaitement dépasser les seules relations commerciales ; un enjeu faible de l'utilisation de ce droit de veto puisque ce dernier s'applique au rejet d'un rapport qui concerne le règlement d'un différend particulier et borné au problème qu'il soulève. D'autres raisons et d'autres acteurs peuvent être identifiés, qui tous relèvent du caractère diplomatique de l'ORD, organe en charge de la décision d'adoption de ces rapports.

De la sorte, un consensus sur le rejet du rapport du groupe spécial, tel qu'éventuellement complété par celui de l'Organe d'appel ne sera jamais trouvé. Le mécanisme du consensus négatif aboutit donc, par le simple examen du texte du Mémoire, à l'adoption automatique des rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel par l'ORD. L'étude de la pratique confirme cette conclusion puisque, depuis 1995, l'ORD a toujours adopté les rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel qui lui étaient soumis. La supposition de M. Jackson selon laquelle « **cette sorte de "consensus négatif" pourra être détruite par toute objection majeure, émanant d'un groupe considérable d'Etats membres ou de tel ou tel des plus importants d'entre eux** »¹⁸²⁵ ne s'est pas réalisée et ne semble finalement pas devoir l'être. Par ailleurs, un blocage de l'adoption pourrait être effectif par l'absence d'examen de ces rapports en vue de leur adoption. Si la décision d'adoption est automatique du fait de l'impossibilité de réunir un consensus contre cette adoption, elle pourrait très bien ne pas être prise si l'ORD n'examine pas ou examine trop tardivement ledit rapport. Néanmoins, le Mémoire organise des conditions strictes de délais¹⁸²⁶ qui, en pratique, sont relativement bien respectées¹⁸²⁷. L'adoption des rapports par l'ORD est, par conséquent,

¹⁸²⁴ H. Comte, « Le renforcement des mesures de surveillance et de contrôle », *P.A.*, n° 5, 11 janvier 1995, p. 23. Voir dans un sens similaire Y. Renouf, « Les mécanismes d'adoption... », *op. cit.*, p. 780 ; H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », *J.D.I.* 3, 1997, pp. 740, 744-745 ; H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends au sein de l'OMC : naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit », *op. cit.*, p. 311.

¹⁸²⁵ J. H. Jackson, « Observations sur les résultats du cycle de l'Uruguay », *R.G.D.I.P.* 1994, p. 686.

¹⁸²⁷ Voir sur ce point la Partie précédente (Titre II, Chapitre II, Section II).

automatique. Ce dernier caractère est implicitement organisé par le Mémoire et consacré par la pratique, de telle sorte que les rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel ne peuvent, en réalité, être contestés par l'ORD.

Les observateurs du système mémorandaire ont immédiatement relevé la centralité de ce mécanisme de consensus négatif et les implications qu'il pouvait avoir sur l'autorité des décisions émanant des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel. L'adoption des rapports n'est pas « **assortie d'une soupape de sécurité** »¹⁸²⁸ mais se caractérise par une « **absence d'aléa** »¹⁸²⁹. Ainsi, le mécanisme du consensus négatif a « **pour effet de renforcer singulièrement les effets de la procédure jusqu'à leur conférer une sorte d'autorité proche de "l'autorité de la chose jugée" caractérisant les procédures juridictionnelles ordinaires** »¹⁸³⁰. Il résulte de ce mécanisme que « **les rapports sont devenus en pratique, sinon en droit, automatiquement contraignants** »¹⁸³¹. Le « **caractère automatique de l'adoption (...) débarrasse la phase d'adoption de la charge politique** » et « **ne laisse pas de marge de manœuvre et, en ce sens, peut "coincer" les parties** » ; « **une échappatoire : réussir à faire adopter une interprétation authentique qui infirme la position endossée par l'ORD, ce qui suppose seulement de convaincre les 3/4 des membres** »¹⁸³². Ce mécanisme du consensus négatif est d'ailleurs à ce point central et audacieux que son application peut faire craindre, par exemple, un manque de souplesse pourtant nécessaire pour des raisons politiques ou encore un manque de considération de la notion de souveraineté, manque risquant de mettre en péril le système mémorandaire¹⁸³³.

Cependant, ces remarques sont souvent hésitantes dans la reconnaissance explicite de l'impuissance de l'ORD et, partant, d'une autorité de chose jugée effective et pleine. Il est question de « **quasi-automatisme de l'adoption des rapports** »¹⁸³⁴ et non

¹⁸²⁶ D'après l'article 16 : 4, le rapport du groupe spécial doit être adopté par l'ORD dans les 60 jours suivant la date de distribution de ce rapport aux Membres. D'après l'article 17 : 14, le rapport de l'Organe d'appel doit être adopté dans les 30 jours suivant sa distribution aux Membres. Le Mémoire ajoute même dans ses notes 7 et 8 auxquelles les articles précédents renvoient respectivement que « *s'il n'est pas prévu de réunion de l'ORD pendant cette période, (...) l'ORD tiendra une réunion à cette fin* ». De la sorte, le Mémoire insiste sur le respect de ces délais et organise dans le détail des mécanismes pouvant s'appliquer à des situations conduisant à ce non-respect.

¹⁸²⁸ H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », *J.D.I.* 3, 1997, p. 710.

¹⁸²⁹ *Ibid.*, p. 719.

¹⁸³⁰ P.-M. Dupuy, *Droit international public, op. cit.*, p. 559. Voir dans le même sens : J.-L. Goutal, « Le rôle normatif de l'Organisation mondiale du commerce », *op. cit.*, pp. 25-26 ; J. H. Jackson, « Observations sur les résultats du cycle de l'Uruguay », *R.G.D.I.P.* 1994, p. 686 ; V. Pace, *L'Organisation Mondiale du Commerce et...*, *op. cit.*, pp. 211-212.

¹⁸³¹ Y. Renouf, « Les mécanismes d'adoption... », *op. cit.*, p. 780. Voir dans le même sens, par exemple, V. Pace, *L'Organisation Mondiale du Commerce et...*, *op. cit.*, pp. 222-223.

¹⁸³² H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », *J.D.I.* 3, 1997, p. 740. Voir dans le même sens Y. Renouf, « Les mécanismes d'adoption... », *op. cit.*, pp. 780-784.

clairement d'une adoption automatique. En outre, l'existence d'une adoption par l'ORD, fut-elle formelle et automatique, bloque la juridictionnalité du système mémorandaire car l'existence d'une fonction d'adoption confiée à un organe de type diplomatique parasite cette conclusion. Certains vont considérer l'ORD, du fait d'un consensus négatif, comme un « **organe quasi juridictionnel** »¹⁸³⁵ ou comme un « **organe politique** » dont l'intervention implique que « **le rapport établi en appel n'a pas l'autorité de la chose jugée, n'est pas obligatoire per se pour les parties à l'instance** »¹⁸³⁶ **et concluent que « ce dispositif, même s'il réduit à la simple hypothèse d'école la possibilité que les Etats membres refusent (...) d'adopter un rapport d'un groupe spécial ou de l'Organe d'appel (...), il n'exclut pas que cette possibilité soit toujours existante, et préserve ainsi la souveraineté des Etats en la matière »**¹⁸³⁷. Le système mémorandaire est, par conséquent, au mieux « **quasi-juridictionnel** »¹⁸³⁸ et la nature juridique exacte des rapports adoptés par l'ORD serait plus proche de la « **décision individuelle de l'organisation** » que de la « **décision à caractère juridictionnel** »¹⁸³⁹. Le consensus négatif est « **une solution intermédiaire** » entre l'acceptation inconditionnelle et le maintien de règles d'adoption menant au pouvoir d'obstruction d'une partie¹⁸⁴⁰.

L'hésitation ainsi formulée est issue de la gêne éprouvée face à la dualité texte/pratique qui assure à l'ORD un rôle dans le déroulement de la procédure de règlement mémorandaire. Les propos tenus témoignent d'un souci de prudence et de déférence à l'égard du caractère diplomatique de l'ORD. Par exemple, il est affirmé que « **le caractère quasi-automatique de l'adoption rend le rôle de l'ORD presque résiduel** »¹⁸⁴¹ ; « **son rôle politique a été considérablement réduit par l'instauration**

¹⁸³³ Pour une étude plus détaillée de ces questionnements, voir Y. Renouf, « Les mécanismes d'adoption... », *op. cit.*, pp. 780-784. M. Renouf se pose la question suivante et tente d'y répondre : « *fallait-il vraiment revenir sur le principe du consensus ?* ». Le seul fait de se poser cette question montre l'impact considérable du système du consensus négatif sur l'autorité des rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel, rapports auxquels ce système confère une autorité sans précédent.

¹⁸³⁴ E. Canal-Forgues, « Le système de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce », *R.G.D.I.P.*, 1994, p. 703. Voir dans le même sens, par exemple : Y. Renouf, « Les mécanismes d'adoption... », *op. cit.*, p. 777 ; H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », *J.D.I.* 3, 1997, p. 724.

¹⁸³⁵ J.-L. Goutal, « Le rôle normatif de l'Organisation mondiale du commerce », *op. cit.*, p. 25.

¹⁸³⁶ E. Canal-Forgues, « *Le système...* », *op. cit.*, p. 704. Voir dans le même sens H. Ruiz Fabri, « *Le règlement des différends au sein de l'OMC : naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit* », *op. cit.*, p. 311.

¹⁸³⁷ M. Garcia-Rubio, « Réflexion sur le prétendu exercice des fonctions supranationales... », *op. cit.*, p. 256.

¹⁸³⁸ Voir pour exemple J. Lebullenger, « L'Organisation mondiale du commerce », ainsi que Y. Renouf, « Le règlement des litiges », in T. Flory (Sous la direction de), *La Communauté européenne et le GATT*, *op. cit.*, pp. 38 et 57.

¹⁸³⁹ H. Ruiz Fabri, « L'appel dans le règlement... », *op. cit.*, p. 53, note 29.

¹⁸⁴⁰ Voir sur ce point V. Pace, *L'Organisation Mondiale du Commerce et...*, *op. cit.*, p. 211.

*de la règle du consensus inversé pour l'adoption de ses décisions les plus importantes. Un consensus inverse étant très improbable en pratique, l'ORD se trouve quasiment lié, perdant tout pouvoir réel de peser sur le règlement des différends. S'ils ont besoin de la caution de l'ORD pour entrer en vigueur, les rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel sont virtuellement surs de l'obtenir »*¹⁸⁴². Certes, il est généralement admis que la décision d'adoption confiée à l'ORD est dénuée de toute autonomie politique. Mais cette conclusion n'aboutit pas à la mise à l'écart de cette phase pour ne prendre en considération que les rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel. Cette prudence empêche la reconnaissance d'une autorité réelle de la chose jugée alors même qu'il est communément admis que l'ORD ne peut contester la décision issue de ces rapports.

Néanmoins, l'analyse précédemment menée du texte et de la pratique fait ressortir le caractère automatique et non simplement « **quasi-automatique** » de l'adoption des rapports par l'ORD, ainsi que l'annulation et non la seule altération d'une quelconque fonction politique de l'ORD dans le processus d'adoption du fait même de la mise en place d'un mécanisme de consensus négatif. « **L'ORD, en définitive, ne fait que ratifier, a posteriori, les conclusions et constatations des groupes spéciaux, le cas échéant confirmées ou infirmées par l'Organe d'appel** »¹⁸⁴³. Cette ratification étant automatique, le processus d'adoption apparaît comme la publicité en direction de l'ensemble des Etats Membres composant l'ORD d'un constat de l'achèvement de la procédure de règlement par prononcé d'une décision émanant du groupe spécial et, le cas échéant, de l'Organe d'appel. La prudence généralement de mise face à l'intervention en apparence décisive d'un organe politique titulaire du pouvoir d'adoption n'est justifiable ni par l'analyse du texte ni par l'observation de la pratique, car l'adoption n'est que formelle et liée, et cet organe n'exerce donc pas de fonction politique réelle dans le sens où il n'est maître ni de l'effectivité ni de la teneur de la décision qu'il doit prendre. De la sorte, les rapports des groupes spéciaux tels qu'éventuellement confirmés ou modifiés par ceux de l'Organe d'appel ne peuvent faire l'objet d'une contestation et ont de ce fait force obligatoire.

Bien entendu, la prudence doctrinale présidant à la reconnaissance d'une pleine et effective autorité de la chose jugée par absence de contestation se fonde sur des éléments en apparence pertinents. D'abord, c'est l'ORD « **qui confère une autorité incontestable aux rapports** » puisque seule l'adoption est « **à même de leur donner une existence juridique** »¹⁸⁴⁴. Ensuite, cette adoption crée, avant sa réalisation par l'ORD, un délai pendant lequel la décision est formulée mais n'a pas encore d'autorité¹⁸⁴⁵. Enfin, le Mémorandum prévoit la possibilité pour chaque Membre de contester le rapport puisque « **cette procédure d'adoption est sans préjudice du droit des Membres**

¹⁸⁴¹ H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », *J.D.I.* 3, 1997, p. 745.

¹⁸⁴² V. Pace, *L'Organisation Mondiale du Commerce et...*, op. cit. p. 217.

¹⁸⁴³ *Ibid.*

¹⁸⁴⁴ *Ibid.*, pp. 217-218.

d'exprimer leurs vues sur le rapport »¹⁸⁴⁶. Ces trois derniers points semblent justifier amplement le réflexe doctrinal qui consiste à assortir la constatation d'une absence de contestation d'une nuance liée à la présence de l'ORD.

Nonobstant, la pertinence de ces trois derniers points peut être mise en doute par la constatation de leur marginalité dans la remise en cause d'une autorité effective de la chose jugée. En effet, l'attribution d'une existence juridique des rapports par adoption n'est pas une étape décisive du règlement dans la mesure où non seulement cette adoption est inexorable mais où également le rapport est distribué aux Membres avant adoption donc porté à leur connaissance, de telle sorte que tant les parties que les Membres tiers, pourront admettre cette existence juridique dès la distribution du rapport. En outre, le délai entre la remise du rapport et son adoption est relativement court et toujours respecté, ce qui a pour seul résultat de retarder de quelques semaines les **« moindres délais »** dans lesquels la partie au différend doit donner suite aux recommandations et décisions¹⁸⁴⁷. Enfin, le droit à la contestation des rapports ouvert pour tous les Membres est somme toute assez limité car il n'est accompagné d'aucun mécanisme ne pouvant remettre en cause le contenu, les délais, voire l'adoption de ces rapports ; il se traduit simplement par des déclarations formulées au cours des diverses réunions de l'ORD et précédant l'adoption automatique de ces rapports¹⁸⁴⁸.

Par conséquent, est pertinente l'affirmation franche d'une absence de contestation des décisions prononcées par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel dans leurs rapports¹⁸⁴⁹. Partant, le pragmatisme du texte souhaitant simplement éviter les blocages procéduraux, allié à une pratique respectueuse des règles mémorandaires, induisent, bien qu'en n'en prévoyant pas explicitement le principe, une autorité effective de la chose jugée dévolue à la décision unifiée émanant de l'articulation entre groupe spécial et Organe d'appel. Si le pouvoir politique de l'ORD tiré de sa nature diplomatique semble bien souvent sacralisé de telle sorte qu'il freine la reconnaissance d'une autorité de la chose jugée pourtant essentielle à la caractérisation d'une juridictionnalité, une approche

¹⁸⁴⁵ Ce délai est au maximum de 60 jours entre la distribution du rapport aux Membres et son adoption par l'ORD, pour ce qui concerne les groupes spéciaux (article 16 : 4) et de 30 jours pour le rapport de l'Organe d'appel (article 17 : 14).

¹⁸⁴⁶ Article 16 : 4, relatif aux rapports des groupes spéciaux. L'article 17 : 14 adopte une formulation très similaire pour les rapports de l'Organe d'appel.

¹⁸⁴⁷ Se reporter à l'article 21 traitant comme l'indique son intitulé de la « *surveillance de la mise en œuvre des recommandations et décisions* ». Le thème de l'exécution des décisions mémorandaires est l'objet des trois Sections suivantes.

¹⁸⁴⁸ Les comptes-rendus des réunions de l'ORD reproduisent les interventions des Membres souhaitant commenter l'affaire soumise aux instances mémorandaires ou encore la procédure suivie, la décision rendue, etc. Ces déclarations étatiques sont juxtaposées au sein du point de l'ordre du jour relatif à ladite affaire puis se concluent sommairement par une formulation récurrente : « *L'ORD a pris note des déclarations et a adopté le rapport de l'Organe d'appel (...) ainsi que les rapports du Groupe spécial (...), tel qu'il avait été confirmé par le rapport de l'Organe d'appel* ». L'identité formelle de ces différentes formulations est constante, même si quelques variations propres au particularisme de chaque affaire sont parfois perceptibles.

¹⁸⁴⁹ Sous la seule réserve d'un hypothétique et limité recours à l'Organe d'appel pour examen du rapport du groupe spécial.

pragmatique du texte et de la pratique viennent mettre à mal cette sacralité pour, au contraire, conclure à un rôle formel de l'ORD. Ce dernier ne prend pas de décision d'adoption et se contente, par le biais du consensus négatif, de constater le caractère définitif de la décision tirée des rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel. Il constitue une chambre d'enregistrement doublée d'un centre de diffusion d'information et d'un forum dans lequel les Membres peuvent s'exprimer.

Bien plus, l'ORD contribue de manière déterminante et, finalement, à son corps défendant, à assurer cette autorité de la chose jugée caractéristique d'une juridictionnalité. Au-delà de la simple et directe considération de l'impuissance de l'ORD, ce dernier garantit par sa fonction centrale paradoxalement marginale l'effectivité et la pérennité de l'autorité des décisions émanant des rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel. Plusieurs réflexions peuvent justifier ce rôle central de l'ORD dans la reconnaissance de cette autorité.

D'abord, la mise en place du consensus négatif pour l'adoption des rapports rend impossible le blocage du processus décisionnel, alors que ce blocage était un problème majeur du système de règlement des différends dans le cadre du GATT de 1947¹⁸⁵⁰. Ce faisant, les rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel ne peuvent être ignorés car ils bénéficient automatiquement d'une diffusion vers chaque Etat Membre de l'OMC et d'une reconnaissance diplomatique généralisée par l'ORD.

Ensuite, la composition de nature diplomatique de l'ORD assure une légitimation des rapports. L'Organe d'appel et ses sections possèdent une légitimité certaine, directement due aux conditions et au mode de sa composition qui lui confèrent une autorité scientifique et morale conséquente, ce qui rejaillit sur le fruit du travail de l'instance. Cependant, cette légitimité de l'Organe d'appel est fragile et difficile à obtenir, même si la contribution à l'élaboration d'un *juris dictio* lui a été confiée – preuve en sont par exemple la durée et l'intensité des débats ayant présidé à la nomination des premiers membres de l'Organe d'appel et à leur entrée en fonction. Elle doit donc être pérennisée, ce qui passe non seulement par un travail rigoureux constant de l'Organe d'appel mais également par le renouvellement périodique de cette légitimité. De même, les groupes spéciaux ont aussi besoin d'une crédibilité pérennisée par un même renouvellement périodique de légitimité, puisque leur établissement et leur composition sont effectifs une fois le différend né et actuel, même si une tendance à la permanence et à l'indépendance se dégage. Etant un organe permanent de type diplomatique faisant partie des plus hautes institutions politiques de l'OMC, l'ORD va attribuer et/ou renforcer par l'adoption des rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel la légitimité affaiblie ou défaillante de ces instances mémorandaires, et va assurer et renforcer l'autorité de ces rapports.

Dans le même sens, l'autorité conférée à une décision juridictionnelle est classiquement renforcée par une symbolique particulière. Ainsi, la juridiction est le siège de rites qui « **sont destinés à faire sentir confusément qu'une autorité supérieure se**

¹⁸⁵⁰ Sur ce point, voir par exemple : E. Canal-Forgues, *L'institution de la conciliation...*, op. cit., pp. 206-211 et 572-579 ; Y. Renouf, « Les mécanismes d'adoption... », pp. 778-779 ; E. Canal-Forgues, « Le système de règlement des différends de l'Organisation du commerce », *R.G.D.I.P.*, 1994, p. 703 ; T. Flory, « Chronique de Droit international économique- Commerce international », *A.F.D.I.* XXXIX, 1993, p. 761.

manifeste à travers eux. Ils visent à provoquer délibérément une distanciation entre le justiciable, vulgum pecus, et l'acte de justice qui sanctionne ceux qui ont méconnu le droit »¹⁸⁵¹. Ces rites sont à même de renforcer prestige et autorité morale¹⁸⁵² ressortant de la composition et du fonctionnement de cette juridiction. Cette constatation contribue de manière non négligeable à fonder la légitimité et l'autorité des juridictions internationales dans la mesure où leur juridictionnalité et leur autorité sont souvent problématiques, s'appliquant dans un cadre international pauvre en supranationalité et riche en souverainetés étatiques. Certes, l'aspect rituel du système mémorandaire est tenu : ni les groupes spéciaux ni l'Organe d'appel ne mettent en place des rites équivalents à ceux caractérisant les juridictions intra-étatiques ou encore certaines cours ou tribunaux internationaux, et cette absence nuit au prestige et à l'autorité morale de ces instances mémorandaires. Néanmoins, certains éléments contribuent à les renforcer : les règles de composition de ces instances tentent d'assurer la participation de personnalités à l'autorité reconnue et renforcée par l'assurance d'une permanence et d'une spécialisation ; le mode unilatéral de la saisine et le caractère contradictoire de la procédure mémorandaire contribuent à une certaine sacralisation des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel ; l'organisation d'une phase orale et d'un mécanisme de questionnements des parties par les instances implique l'organisation d'échanges particuliers et de réunions qui renforcent une certaine symbolique qui serait atténuée si la seule phase d'échange des prétentions était de forme écrite. Surtout, l'adoption des rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel par l'ORD devient un rite immuable parce qu'automatique et cette phase diplomatique représente ainsi le symbole d'une universalisation des rapports en raison de la publicité des rapports et la connotation politique qu'elle contient. L'ORD, même impuissant, apporte au système mémorandaire un aspect rituel et, partant, un prestige et une autorité morale à des rapports qui peuvent difficilement en être pourvus du fait de l'identité de leurs rédacteurs et de leur fonction particulière dans un environnement international soumis à la spécialisation thématique et à la souveraineté étatique.

Enfin, paradoxalement, c'est la présence de l'ORD qui permet d'assurer que la décision unifiée issue de l'articulation entre les groupes spéciaux et l'Organe d'appel soit insusceptible de recours. En effet, les conditions de délais et de procédures prévues par le Mémoire organisent le processus suivant : le rapport du groupe spécial est définitif du fait de son adoption par l'ORD dans un délai précis pendant lequel la formulation d'un appel est possible ; si cet appel est formulé, le rapport du groupe spécial est l'objet d'un recours devant l'Organe d'appel qui, à son tour, formulera un rapport **« accepté sans condition par les parties »** après son adoption par l'ORD enfermée elle aussi dans un délai précis. De la sorte, par sa fonction d'adoption enfermée dans des délais stricts, l'ORD est au centre de ce processus. D'une part, il assure que le rapport du groupe spécial ne puisse faire l'objet d'un recours en appel que pendant un temps limité au-delà

¹⁸⁵¹ M. Gaillard, *L'Intelligence Du Droit*, op. cit., p. 99.

¹⁸⁵² Par exemple, les écrits doctrinaux consacrés au droit international public insistent souvent sur cette autorité morale et ce prestige caractérisant par exemple la CIJ. Voir pour illustration : P.-M. Dupuy, *Droit international public*, op. cit., p. 497 ; D. Ruzié, *Droit international public*, Dalloz, coll. Mémentos, 15^{ème} édition, Paris, 2000, p. 226.

duquel il deviendra définitif et, d'autre part, il garantit la force obligatoire pour les parties du rapport de l'Organe d'appel par une adoption devant intervenir dans un délai prédéfini. Aussi le positionnement de l'ORD au sein de la procédure mémorandaire et les conditions de délais limitant son action lui permettent-ils de limiter les possibilités de recours contre les décisions des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel. De ce fait, l'indice précédemment recherché de l'absence de contestation de la décision est avéré par la présence et la fonction de l'ORD.

Si l'ORD est bien une garantie procédurale d'une limitation des recours et de l'affirmation du caractère définitif des décisions prises par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel, la question se pose tout de même de savoir si sa présence était incontournable ou si l'absence de contestation des décisions des instances, caractéristique d'une autorité de la chose jugée, aurait pu être assurée sans l'ORD. En effet, les groupes spéciaux et l'Organe d'appel forment, du fait de leur articulation, un système juridictionnel à part entière composé d'un degré unique de juridiction et d'un recours cassatoire. Il ne manque à ce système que l'autorité de la chose jugée afin que sa juridictionnalité soit rigoureusement établie. Or, dans une conception communément admise du fonctionnement d'un système juridictionnel, cette autorité de la chose jugée s'accommode mal d'une intervention obligatoire, ne serait-ce que formelle, d'une entité tierce aux instances de règlement.

Nonobstant, le système mémorandaire est particulier pour trois raisons. Premièrement il n'est pas explicitement de nature juridictionnelle et le texte du Mémoire ne suffit pas à établir cette nature qui nécessite une pratique confirmative passant par la consécration d'une autorité de la chose jugée. Deuxièmement, le cadre de ce système de règlement est à double titre réfractaire à une autorité extra-étatique : ce système s'inscrit dans un cadre international qui accepte toujours difficilement le mode juridictionnel de règlement des différends et qui ne parvient à créer au mieux que des équilibres instables entre une autorité s'imposant aux Etats sujets de droit international et des souverainetés étatiques incontournables et même fondatrices de ce droit ; ce système traite des questions techniques d'application de règles commerciales qui ont pour simple objectif le développement des échanges commerciaux interétatiques, c'est-à-dire la régulation d'une sphère particulière de la société internationale. Troisièmement, le système OMC est novateur par rapport au système du GATT de 1947 qu'il remplace, et son effectivité et son efficacité ont besoin d'une légitimation renforcée et renouvelée.

Par conséquent, et pour ces trois raisons, un rôle effacé mais effectif de l'ORD par un mécanisme d'adoption automatique est indispensable à assurer une absence de contestation des décisions et, partant, à leur conférer une autorité de la chose jugée : le caractère effacé du rôle de l'ORD insiste sur une autorité conférée à des organes formellement et matériellement juridictionnels ; le caractère effectif du rôle de l'ORD installe, légitime, renforce et pérennise le caractère obligatoire de la décision émanant des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel. Ainsi, le mécanisme d'adoption des rapports, en ce qu'il confère à l'ORD un rôle paradoxal puisque à la fois effectif et effacé, apporte au règlement des différends opéré par les instances mémorandaires une caution indispensable à la mise en place et au développement d'un mécanisme juridictionnel et une légitimité nécessaire à une décision obligatoire que ces instances ne pourraient

assurer à elle seules, au moins dans la phase actuelle d'installation, de consolidation et de développement. L'effectivité et la crédibilité d'une autorité nouvelle de la chose jugée ne pourraient se développer sans une intervention diplomatique renouvelée et réitérée de l'ensemble des membres de l'OMC à travers l'ORD. Ce dernier n'exerce pas une fonction politique quand il décide de l'adoption des rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel mais cette adoption est considérée comme indispensable par le Mémoire et n'est pas remise en cause par la pratique. C'est précisément cette « **passivité active** » irréductible de l'ORD qui consacre et pérennise l'autorité de la chose jugée des décisions prises par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel.

Plus clairement, à ce stade de l'identification d'une autorité de la chose jugée, la conclusion peut être la suivante : cette autorité n'est pas dans son principe explicitement consacrée ; au contraire, la présence d'une adoption des décisions des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel par l'ORD organise un mécanisme de contestation de nature à l'invalidier ; néanmoins, l'autorité de la chose jugée est dévolue aux décisions de ces instances car l'ORD, non seulement, n'a qu'un rôle passif du fait de l'adoption automatique des décisions par la voie du consensus négatif, mais tient également un rôle effectif, bien qu'effacé, garantissant la réalité et le renforcement de cette autorité. Cette conclusion semble être peu ou prou celle de M. Pace qui, dans sa Thèse de doctorat, affirme que « **c'est l'ORD qui parachève le processus quasi-juridictionnel de règlement des différends. Bien que lié, il n'en dispose pas moins de pouvoirs considérables. C'est lui qui confère une autorité incontestable aux rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel. Ces derniers deviennent contraignants, à travers leur adoption par l'ORD ; seule à même de leur donner une existence juridique. Ce n'est qu'une fois adoptées par l'ORD que les décisions et recommandations des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel s'imposent aux parties au différend** »¹⁸⁵³.

Nonobstant, des précisions s'imposent quant à la pertinence de cette dernière conclusion citée. Une contradiction existe entre l'affirmation selon laquelle l'ORD « **dispose (...) de pouvoirs considérables** » en conférant « **une autorité incontestable aux rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel** » et la constatation dans la même première phrase que l'ORD est « **lié** ». Par ailleurs, l'auteur déduit de la conclusion précédemment citée que, « **si l'ORD est un organe fondamentalement politique, c'est paradoxalement sa fonction juridictionnelle qui est la plus importante et la plus caractéristique** »¹⁸⁵⁴. Cependant, l'ORD n'est pas dans le cadre du processus d'adoption des rapports un organe politique au pouvoir « **considérable** ». Il possède une compétence liée du fait de l'automatisme de l'adoption. Il n'existe donc pas de paradoxe avec une éventuelle fonction juridictionnelle. En outre, cette fonction juridictionnelle est difficile à admettre du fait de cette compétence liée qui implique une action induite et non originelle, un rôle davantage formel que véritablement décisionnel. Ainsi, l'auteur a bien exprimé le malaise lié au paradoxe d'un organe – l'ORD – au rôle actif exclu mais à la présence effective remarquable ; néanmoins, une approche

¹⁸⁵³ V. Pace, *L'Organisation Mondiale du Commerce et...*, op. cit., pp. 217-218.

¹⁸⁵⁴ *Ibid.*, p. 217.

globale du système mémorandaire n'a pas été préférée à l'attribution d'un caractère juridictionnel à la fonction de l'ORD. La conclusion citée est donc acceptable mais elle n'est pas suffisamment approfondie. En réalité, c'est parce que l'ORD tient un rôle à la fois central et effacé qu'il assure la juridictionnalité du système mémorandaire constitué de l'articulation entre le travail des groupes spéciaux et celui de l'Organe d'appel. Cette juridictionnalité n'est donc pas celle de l'ORD mais celle de la décision unifiée émanant des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel. L'ORD n'a qu'un rôle de légitimation automatisée. Aussi, « ***l'O.R.D. n'est pas une juridiction*** »¹⁸⁵⁵ ; mais cette conclusion de M. Santulli n'implique pas pour autant que le système de règlement des différends mémorandaire ne soit pas une juridiction.

Le second indice, plus théorique, de l'absence d'acte juridique extérieur à la décision doit être à présent considéré, une fois établie l'absence de contestation, premier indice évident de l'effectivité d'une autorité de la chose jugée. Or, l'identification du premier indice a abouti à la conclusion d'une absence de contestation garantie par la présence passive de l'ORD, c'est-à-dire garantie par l'acte juridique extérieur à la décision unifiée des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel que l'ORD crée par l'adoption des rapports. Ainsi, l'affirmation d'une autorité de la chose jugée par la constatation d'une absence de contestation induit immédiatement l'infirmité de cette autorité par l'identification d'un acte juridique qui est extérieur à la décision et qui fait écran à son autorité. De la sorte, l'identification du premier indice aboutit au rejet de l'effectivité du second, du fait de l'intervention nécessaire, même passive, de l'ORD. Néanmoins, le particularisme de cette intervention extérieure peut faire vaciller cette infirmité.

Il importe avant tout de considérer avec exactitude cette identification d'une autorité de la chose jugée liée à la constatation d'une absence d'acte juridique extérieur. MM. Combacau et Sur développent avec clarté et rigueur cette argumentation. « ***La force légale de l'énoncé juridictionnel est une vertu intrinsèque de la sentence, qu'elle tire de sa nature même et non d'actes juridiques extérieurs (...). La sentence est opposable aux parties parce que, seules ou avec d'autres, elles ont donné au tribunal le pouvoir de statuer en tant que tel par l'acte même qui l'a institué, et cette opposabilité ne dépend d'aucun acte supplémentaire. La sentence n'est donc pas soumise à une ratification ou à une autre forme d'acceptation par les parties, elle s'impose par elle-même en tant qu'acte fait par le tribunal conformément à son statut (lequel résulte de son acte institutif) et à l'acte qui lui donne pouvoir de connaître du litige*** »¹⁸⁵⁶. Et, en apparence, l'ORD, en adoptant obligatoirement les rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel, supprime la force légale intrinsèque de ces rapports en la déplaçant sur la décision d'adoption.

Cependant, cette difficulté peut être bien vite déminée par la prise en considération du mécanisme du consensus négatif qui rend automatique cette adoption et évite aussi bien le rejet que la modification de la décision contenue dans les rapports de ces instances. L'acte juridique extérieur établi par l'ORD n'a concrètement pour effet que de

¹⁸⁵⁵ C. Santulli, « Qu'est-ce qu'une juridiction internationale ? », *op. cit.*, pp. 79 s.

¹⁸⁵⁶ J. Combacau, S. Sur, *op. cit.*, p. 566.

retarder de quelques semaines l'opposabilité de la décision aux parties. Les groupes spéciaux et l'Organe d'appel savent pertinemment que le rapport du groupe spécial tel qu'éventuellement modifié par le rapport de l'Organe d'appel sera automatiquement doté de l'autorité de la chose jugée, à un terme très proche de sa publication. De même, les Etats Membres connaissent, dès la saisine d'un groupe spécial par la demande d'établissement de cette instance, le caractère automatique de l'adoption de ces rapports ; et les parties savent bien que la procédure menée à son terme aboutira à une décision d'un groupe spécial et éventuellement de l'Organe d'appel dotée de l'autorité de la chose jugée puisque adoptée automatiquement. La force légale de la décision issue des rapports est donc finalement intrinsèque à cette décision.

De plus, le traitement du problème de l'autorité ne peut se satisfaire de l'unique approche juridique du système étudié. Cette autorité peut exister en dehors du droit, si les entités auxquelles elle est susceptible de s'appliquer la reconnaissent comme telle et font acte d'obéissance. Pour rester sur le plan du système mémorandaire, il faut constater avec M. Renouf que **« ce qui importe en fait est l'intention de la partie de mettre en œuvre le rapport. Sans cette intention, l'adoption n'a qu'un rôle formel, certes juridiquement nécessaire dans le cadre du GATT et de l'OMC, mais en pratique sans effets »**¹⁸⁵⁷. Dans le même sens, M. Pace affirme que **« les Etats doivent (...) avoir le sentiment d'être liés par les recommandations (...), ce qui n'est possible que s'ils sont convaincus qu'elles servent leurs intérêts communs. Il y a là un élément psychologique (...). Or, dans le cadre de l'OMC, intérêt bien compris des Membres, la réciprocité généralisée des avantages mutuels, les incitent à respecter les décisions et recommandations »**¹⁸⁵⁸. Même en l'absence d'un mécanisme juridique précis consacrant et organisant cette autorité, celle-ci sera réalisée par l'intention des parties la reconnaissant et s'y soumettant. Cette intention est liée au comportement des instances de règlement qui élaborent la décision. D'un point de vue formel, la motivation des décisions a pour effets principaux l'autorité de la chose jugée et la force exécutoire¹⁸⁵⁹. D'un point de vue matériel, comme l'énonce M. Canal-Forgues, **« c'est la pertinence et la justesse des interprétations juridiques qui, seules, assoiront l'autorité de l'Organe d'appel et, partant, commanderont le respect envers le système. En même temps qu'elles assureront son avenir... »**¹⁸⁶⁰.

Bien entendu, la présence même passive et formelle d'un mécanisme d'adoption contrevient à la constatation d'une absence d'acte juridique extérieur à la décision juridictionnelle. Partant, une autorité de la chose jugée ne peut théoriquement être identifiée. Néanmoins, il serait réducteur et peu rigoureux de ne pas considérer la structure de ce mécanisme d'adoption alors même que son particularisme en fait un

¹⁸⁵⁷ Y. Renouf, « Les mécanismes d'adoption... », *op. cit.*, p. 778.

¹⁸⁵⁸ V. Pace, *L'Organisation Mondiale du Commerce et...*, *op. cit.*, p. 223. Se reporter utilement à cet ouvrage pour une étude plus générale fort intéressante sur le caractère juridiquement non-obligatoire des recommandations, pp. 220-224.

¹⁸⁵⁹ Voir sur ce point M. Gaillard, *L'Intelligence Du Droit*, *op. cit.*, pp. 138-139.

¹⁸⁶⁰ E. Canal-Forgues, « La procédure d'examen en appel... », *op. cit.*, p. 863.

fondement d'une reconnaissance de juridictionnalité. Ce mécanisme n'a pour fonction que d'être automatique et passif de telle sorte que l'autorité de la chose jugée s'en trouve affirmée par absence avérée de contestation politique. Son objectif est moins la mise à l'écart d'une juridictionnalité au profit d'une qualification plus politique que la lutte contre les ralentissements et blocages rendant inefficace le système de règlement mémorandaire des différends. Ainsi, l'adoption assure l'effectivité du système au lieu de conditionner l'existence même d'un résultat.

De la sorte, le problème de l'acte juridique extérieur ne concerne pas le système mémorandaire. Cet acte existe formellement mais il ne fait pas écran à la force légale des décisions. Bien plus, cet acte ne peut être considéré comme extérieur à la décision juridictionnelle dans la mesure où l'ensemble des protagonistes du règlement connaît son automaticité et son invariabilité et où, ce faisant, le pouvoir a bien été donné aux instances de prendre une décision obligatoire. D'un point de vue formel, l'adoption peut être un acte juridique extérieur qui contrevient à l'effectivité d'une autorité de la chose jugée. Mais, du même point de vue formel, l'adoption n'a comme résultat que de fixer la date à partir de laquelle la décision du groupe spécial et/ou de l'Organe d'appel aura autorité de chose jugée. Par conséquent, au lieu d'être un acte extérieur, l'adoption peut être formellement considérée comme un fait de procédure juridictionnelle. L'incompatibilité entre l'indice de l'absence de contestation et l'indice de l'absence d'acte juridique extérieur ne peut donc être avérée. Au contraire, ces deux indices existent et se substituent à l'affirmation défaillante du principe d'une autorité de la chose jugée pour identifier l'effectivité de cette autorité et, partant, confirmer la reconnaissance d'une juridictionnalité qualifiant le système de règlement dans lequel les groupes spéciaux et l'Organe d'appel jouent un rôle central.

Les décisions de ces instances bénéficient de l'autorité de la chose jugée, ce qui parachève la constatation d'une juridictionnalité du système. Certes, cette conclusion omet la phase des consultations qui fait partie intégrante du mécanisme de règlement mémorandaire et en constitue l'incontournable commencement. Ces consultations constituent une phase préparatoire à la phase juridictionnelle et incluse dans celle-ci, à l'image des procédés de transaction que le fonctionnement juridictionnel intra-étatique connaît et développe. Elles doivent donc être incluses en tant que telles dans la constatation d'une juridictionnalité, constatation qui passe présentement par l'étude et l'identification d'une autorité de la chose jugée caractéristique des décisions rendues. Bien entendu, il est difficile de parler d'une telle autorité pour les consultations dans la mesure où aucune instance ne vient formuler une décision sur laquelle cette autorité pourrait s'appliquer. Cependant, les parties produisent elles-mêmes, en commun, une décision expresse ou tacite : soit l'accord mutuel entre elles sur la réussite ou l'échec de ces consultations, soit le passage à la phase suivante de règlement qui équivaut à un accord tacite sur l'échec de ces consultations. Cette décision a une autorité puisque les parties vont la respecter en cessant les consultations en cas d'accord, en passant à la phase du groupe spécial en cas de désaccord. De la sorte, il faut croire que les consultations ont force obligatoire. La pertinence de cette conclusion se trouve d'ailleurs confirmée si l'on considère avec M. Terré que, par exemple en droit civil français, la transaction a entre les parties autorité de la chose jugée¹⁸⁶¹.

Pour conclure, l'identification de ces deux signes d'effectivité d'une force obligatoire doit s'accompagner de la prise en considération de deux nuances à la définition de cette autorité. La première concerne le caractère relatif de cette autorité. La définition de ce dernier est communément admise et rapprochée de l'article 59 du Statut de la CIJ¹⁸⁶² qui prévoit clairement que « **la décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé** ». Ce caractère relatif est intrinsèque à l'autorité de la chose jugée et la distingue de la doctrine du *stare decisis* en même temps qu'il est d'application variable selon la partie de la décision considérée – dispositif ou motifs¹⁸⁶³. Il est avéré pour les décisions issues des rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel. Ce dernier l'a consacré dès son deuxième Rapport en affirmant que les rapports des groupes spéciaux « **n'ont aucune force obligatoire, sauf pour ce qui est du règlement du différend entre les parties en cause** »¹⁸⁶⁴ et en précisant que « **le Statut de la Cour internationale de justice prévoit expressément, à l'article 59, des dispositions semblables** »¹⁸⁶⁵.

Le caractère relatif de la chose jugée s'appliquant aux décisions mémorandaires ne semble faire aucun doute¹⁸⁶⁶. La question a pu se poser « **de savoir si les rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel adoptés par l'ORD sont des actes obligatoires seulement pour les parties au différend ou s'ils constituent une pratique ultérieure de l'organisation telle qu'envisagée par l'article 31.3.b de la Convention de Vienne sur le droit des traités. (...) On est (...) plus proche d'une analyse en termes d'autorité relative de la chose jugée** »¹⁸⁶⁷. Ce caractère relatif contribue à ne pas nier l'effectivité de cette autorité.

Cette négation de l'autorité de la chose jugée peut trouver un appui sur la seconde nuance. La question se pose de savoir si le qualificatif « **jugée** » de cette « **chose** » est pertinent. En effet, si l'autorité de la décision des instances mémorandaires est avérée, encore faut-il pour qu'une juridictionnalité soit confirmée que cette décision soit considérée comme « **chose jugée** » et non, par exemple, comme simple « **chose décidée** »¹⁸⁶⁸ ou encore comme « **chose interprétée** »¹⁸⁶⁹. Néanmoins, cette difficulté terminologique ne saurait grever la reconnaissance d'une autorité de la chose jugée des

¹⁸⁶¹ Voir sur ce point F. Terré, *op. cit.*, p. 578.

¹⁸⁶² Voir pour exemple P.-M. Dupuy, *op. cit.*, p. 316.

¹⁸⁶³ Voir détails *ibid.*, pp. 452-454.

¹⁸⁶⁴ WT/DS8, 10 et 11/AB/R, p. 17.

¹⁸⁶⁵ *Ibid.*, note 42.

¹⁸⁶⁶ De nombreux auteurs remarquent ce caractère relatif de l'autorité des décisions des instances mémorandaires et aucune trace de contestation de cette affirmation n'est trouvée. Voir pour exemple H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends au sein de l'OMC : naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit », *op. cit.*, pp. 311-312.

¹⁸⁶⁷ Voir pour une étude détaillée H. Ruiz Fabri, « Chronique du règlement des différends (2000) », *J.D.I.* 3, 2001, pp. 908-909.

décisions mémorandaires dans la mesure où il suffit de constater la juridictionnalité de ces décisions pour en déduire que la « **chose** » est « **jugée** » et non simplement « **décidée** » ou encore « **interprétée** ». Or, les trois Titres précédents montrent bien que le système mémorandaire est formellement de nature juridictionnelle et que les décisions qui en émanent sont, d'un point de vue matériel, frappées du sceau de la juridictionnalité, même si celle-ci n'est jamais consacrée explicitement. Ainsi, la décision issue de l'articulation entre le groupe spécial et l'Organe d'appel bénéficie bien d'une autorité de la chose jugée et peut donc être, à ce titre, qualifiée de juridictionnelle, puisque sa teneur ainsi que ses auteurs se caractérisent bien par leur juridictionnalité.

La décision juridictionnelle est obligatoire et cette considération peut suffire à parachever la constatation d'une juridictionnalité complète du système mémorandaire. Cependant, cette dernière n'étant explicitement consacrée ni par le droit conventionnel de l'OMC ni par la pratique des constatations et conclusions des instances mémorandaires, il peut être utile, pour appuyer cette constatation, de rechercher le caractère contraignant de cette décision. L'intérêt de cette démarche est double : la juridictionnalité du système mémorandaire s'en trouvera confortée et l'aspect novateur de ce système sera révélé. Ce dernier point est fondamental car, d'une part, le pouvoir de contrainte ne peut caractériser que le seul mode juridictionnel de règlement – à savoir arbitral et judiciaire – et non les modes diplomatiques de règlement et, d'autre part, attaché aux décisions des juridictions internationales existantes, ce pouvoir est difficilement admis et effectif du fait de l'identité des sujets du droit international, de la centralité de leur action de construction de ce droit, du principe de leur souveraineté et, plus généralement, de l'existence d'une autorité supranationale.

Section 2 : La force exécutoire des décisions de règlement

En réalité, le caractère obligatoire de la décision émanant des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel, caractère donné par l'autorité de la chose jugée conférée à cette décision, est préparé précautionneusement par le Mémorandum. Ce dernier instille tout au long du mécanisme de règlement qu'il organise une « **obligatorité** »¹⁸⁷⁰ allant à l'encontre des souverainetés étatiques, allant croissante au fur et à mesure du déroulement du processus mémorandaire¹⁸⁷¹, et rendant évidente et nécessaire la force obligatoire des décisions rendues *in fine*. En effet, dans le souci d'éviter retards et blocages du mécanisme de règlement, le Mémorandum prévoit un cheminement

¹⁸⁶⁸ Voir pour un exemple d'« *autorité de la chose décidée* » qui est dévolue aux actes administratifs G. Vedel, P. Delvolvé, *Droit administratif*, tome 2, *op. cit.*, p. 25.

¹⁸⁶⁹ Voir par exemple l'« *autorité de la chose interprétée* » reconnue aux décisions issues de recours individuels par la jurisprudence communautaire et par celle de la Cour européenne des droits de l'homme P. Daillier et A. Pellet (N. Quoc Dinh †), *op. cit.*, p. 704.

¹⁸⁷¹ « *Un peu sur le mode des vases communicants, la place du droit semble s'accroître au fur et à mesure que s'éloigne la perspective d'un accord amiable (...). C'est la traduction du fait que moins la contrainte est acceptée, plus elle doit être fondée. Le recours au droit est précisément la contrepartie du caractère désormais très contraignant du mécanisme de règlement* » ; H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », *J.D.I.* 3, 1997, p. 724.

procédural allant de l'attraction obligatoire à l'obligation de juger et caractérisé, entre autres, par de strictes conditions de délais et des processus de suppléance de la volonté commune défaillante des parties.

En bref, « **la procédure (...) ne peut plus être bloquée, ni indûment retardée, que ce soit dans son initiation, son déroulement ou son aboutissement (...). Le caractère le plus frappant du nouveau mécanisme est incontestablement son caractère contraignant** »¹⁸⁷², même s'il « **n'est quasiment aucune contrainte (...) qui ne soit assortie d'une soupape de sécurité** » et si « **le mécanisme, pour contraignant qu'il soit devenu, comporte des possibilités de respiration** »¹⁸⁷³. Surtout, « **la "soupape" de l'adoption par consensus n'existe plus** »¹⁸⁷⁴. Le système de règlement mémorandaire est dit « **renforcé** » car il va « **dans le sens d'une plus grande automaticité et d'une plus grande juridictionnalisation** »¹⁸⁷⁵. Bien entendu, les parties peuvent à n'importe quel moment régler le différend et mettre fin à la procédure de règlement d'un commun accord ; mais, en l'absence d'un tel accord, le défendeur ne peut unilatéralement suspendre ou interrompre la procédure et le plaignant peut toujours refuser le compromis en remettant le sort du règlement entre les mains d'un système mémorandaire juridicisé et juridictionnalisé au déroulement procédural obligatoire.

Ce renforcement est provoqué par l'instauration d'une obligatorité palliative d'une volonté commune défaillante des parties. Il aboutit logiquement et naturellement à l'effectivité d'une force obligatoire appliquée aux décisions qui sont le résultat du processus mémorandaire de règlement du différend initial. Cette effectivité est assurée principalement par la fonction d'adoption par consensus négatif des décisions des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel dévolue à l'ORD. Cette force obligatoire est indispensable à l'effectivité et à la portée de cette juridictionnalité qu'elle contribue à

¹⁸⁷⁰ Ce terme désigne une situation ou encore un système de caractère obligatoire ; il est préféré au terme de « contrainte » dans la mesure où cette contrainte désigne une action à l'encontre d'une entité alors que l'obligatorité désigne davantage une situation et, de la sorte, sied mieux à la description du système mémorandaire. En effet, le Mémorandum instaure une automaticité procédurale et non une contrainte exercée par exemple par les instances de règlement sur les parties. En outre, ce terme d'obligatorité permet une différenciation avec la contrainte qui est traitée *infra* et qui concerne l'exécution des décisions mémorandaires par les Etats. Ce choix terminologique est critiquable parce qu'il formule un barbarisme et marginalisé parce que de nombreux auteurs n'hésitent pas à parler de contrainte procédurale (voir pour exemple G. Guibert, « L'Organisation mondiale du commerce (OMC), continuité, changement et incertitudes », *Politique Etrangère*, n°3, 1995, p. 813 ou encore H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », *J.D.I.* 3, 1997, p. 717). Il conserve néanmoins le mérite de la clarté, ce qui est son unique objectif.

¹⁸⁷² H. Ruiz Fabri, « Le règlement... », *J.D.I.* 3, 1997, p. 717. Voir dans le même sens, par exemple, G. Guibert, « L'Organisation mondiale du commerce (OMC), continuité, changement et incertitudes », *Politique Etrangère*, n°3, 1995, pp. 813-814.

¹⁸⁷³ H. Ruiz Fabri, « Le règlement... », *J.D.I.* 3, 1997, p. 710.

¹⁸⁷⁴ Y. Renouf, « Le règlement des litiges », in T. Flory (Sous la direction de), *La Communauté européenne et le GATT...*, *op. cit.*, p. 57

¹⁸⁷⁵ T. Flory, « Chronique de Droit international économique- Commerce international », *A.F.D.I.* XXXIX, 1993, Paris, pp. 759-762.

caractériser. Certes, en théorie, une juridiction, *stricto sensu*, dit le droit, et l'autorité de chose jugée de sa décision est un effet qui peut ne pas participer directement à la définition de cette juridiction, qui peut ne pas garantir une juridictionnalité effective du système mémorandaire. Mais, il a été précédemment démontré que divers particularismes inhérents au système mémorandaire et au domaine organisationnel dans lequel il évolue rendent nécessaire la consolidation de la reconnaissance et de l'effectivité d'une juridictionnalité par la prise en considération de l'autorité de la chose jugée non comme un effet mais comme un élément de définition ¹⁸⁷⁶.

Ainsi, la démarche de caractérisation d'une juridictionnalité ne peut s'arrêter au prononcé de la décision, tout comme le système mémorandaire ne peut s'arrêter au prononcé d'un *juris dictio* mais doit organiser, pour sa propre efficacité, les effets de sa décision. Pour être plus rigoureuse et plus convaincante, cette démarche doit donc s'intéresser aux effets de cette décision, qui sont à titre principal au nombre de deux. Le premier d'entre eux est la force obligatoire de cette décision. Cette force obligatoire prend la forme d'une autorité de chose jugée dont l'effectivité est réelle et confirme la juridictionnalité du système mémorandaire. Un second effet peut être envisagé qui est celui de la force exécutoire de cette même décision ¹⁸⁷⁷, effet selon lequel la décision juridictionnelle, en plus d'être obligatoire, est contraignante ¹⁸⁷⁸. La distinction entre force obligatoire et force exécutoire – ou contraignante ¹⁸⁷⁹ – tient dans le comportement des parties consécutif au prononcé de la décision : la force obligatoire rend la décision opposable par une partie à l'autre partie tandis que la force exécutoire contraint la partie dont l'action est l'objet de la décision à exécuter ladite décision. En définitive, la première est un effet direct entre les parties du *juris dictio* qui tranche le différend alors que la

¹⁸⁷⁶ Cette démonstration se trouve dans le Chapeau introductif du Présent Titre ainsi que dans la Section précédente.

¹⁸⁷⁷ M. Terré (*in Introduction générale au droit, op. cit.*, pp. 595-604) distingue fort justement une multiplicité d'effets précis de l'acte juridictionnel : en plus de l'autorité de la chose jugée et de la force exécutoire, les effets sont, par exemple, le dessaisissement du juge, les jugements déclaratifs et constitutifs, ainsi que les jugements qui sont des ordonnances, des jugements et des arrêts, etc. Certes, le dessaisissement du juge est un effet important pour la qualification juridictionnelle, et force est de constater qu'il est évident dans le cadre du système mémorandaire du fait du mécanisme d'adoption des décisions confié à l'ORD. Cependant, l'examen des autres effets n'a que peu d'intérêt en l'espèce, soit parce qu'ils s'inscrivent dans une dimension étatique certainement plus aboutie que le système mémorandaire balbutiant et que le droit international public général plus « primitif », soit parce qu'ils ne sont pas déterminants pour la qualification juridictionnelle de ce système.

¹⁸⁷⁸ Les illustrations sont nombreuses et variées du caractère double des effets de la décision juridictionnelle en général. Il est couramment établi qu'une telle décision a, à la fois, force obligatoire et force contraignante ou, en tout cas, que ces deux effets sont distincts et que leur identification est examinable quand il s'agit d'analyser une décision juridictionnelle. Voir pour exemples : J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit, op. cit.*, pp. 312-317 ; F. Terré, *op. cit.*, pp. 595-601 ; M. Gaillard, *L'Intelligence Du Droit, op. cit.*, pp. 138-139 ; J. Combacau, S. Sur, *op. cit.*, pp. 601-602.

¹⁸⁷⁹ Force exécutoire et force contraignante sont ici considérées comme synonymes, à l'instar de la pratique doctrinale sur ce point. Nonobstant, une nuance peut être relevée : la force exécutoire est attachée à la portée de la décision juridictionnelle, alors que la force contraignante, connotant évidemment et plus clairement l'idée de contrainte, peut être plus généralement considérée comme l'addition de la force exécutoire et de ses effets en termes d'exécution juridictionnelle et administrative.

seconde s'applique davantage à garantir la suprématie du droit, l'autorité de l'instance qui l'a dit et la soumission de la partie condamnée à l'ordre juridique qui régule ses relations avec les autres justiciables. De la force obligatoire la partie à qui la décision donne raison peut se prévaloir ; à la force exécutoire la partie à qui la décision donne tort doit se soumettre.

En réalité, la force exécutoire est un effet de la décision juridictionnelle qui, elle, s'inscrit dans la « **dynamique du droit** » : « **l'édition des normes individuelles par les tribunaux représente une étape intermédiaire du processus qui, commençant avec l'établissement de la Constitution, conduit, à travers la législation et la coutume, jusqu'aux décisions juridictionnelles, et de celles-ci jusqu'à l'exécution des sanctions** »¹⁸⁸⁰. Plus précisément, la force exécutoire se situe à la frontière entre la décision et l'exécution. Elle caractérise une décision juridictionnelle en lui attribuant la qualité de décision contraignante, c'est-à-dire susceptible d'enclencher un mécanisme de contrainte. Elle n'est pas synonyme d'exécution car une décision exécutoire n'est pas une décision en cours d'exécution mais une décision qui doit être exécutée. Les décisions de justice sont assorties de la force exécutoire, ce qui signifie qu'elles doivent, « **après le prononcé de la décision, être exécutées au besoin par la force publique si les parties ne s'y soumettent pas spontanément** », cette force publique étant « **unique et exclusive** », avec « **personnalisation de la forme exécutoire** »¹⁸⁸¹. Les mécanismes de contrainte ont pour origine et pour justification le caractère exécutoire de la décision mais ils sont dotés d'un fonctionnement propre.

De la sorte, la force exécutoire ne constitue pas à elle seule le second effet de la décision juridictionnelle, en sus du premier effet qui est la force obligatoire. L'effet entier de cette décision est l'exécution par la voie contraignante, exécution dont elle n'est qu'une composante. Aussi cette force exécutoire doit-elle être replacée dans le contexte dans lequel elle s'inscrit. Il faut constater avec Virally que « **l'exécution d'office n'est une fonction de droit que si elle est juridiquement organisée, ce qui suppose deux choses : l'existence d'un appareil de justice, même très frustré, mais capable de dire le droit de façon raisonnée, c'est-à-dire de décider quand le droit autorise l'exercice de la contrainte ; l'existence d'une "force publique", même embryonnaire, c'est-à-dire d'un appareil de contrainte au service de celui ou de ceux qui rendent la justice** »¹⁸⁸². Dans ce schéma théorique, l'« **appareil de justice** » est nettement distingué de l'« **appareil de contrainte** ». Le premier est titulaire du « **pouvoir de commandement (imperium), consistant en des injonctions destinées à l'exécution des décisions** »¹⁸⁸³ et le second « **constitue une des principales manifestations de la fonction exécutive, au côté de la fonction législative et de la fonction juridictionnelle** »¹⁸⁸⁴. Malgré cette distinction, la fonction juridictionnelle et la fonction

¹⁸⁸⁰ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 238 ;

¹⁸⁸¹ M. Gaillard, *L'Intelligence Du Droit*, op. cit., pp. 138 et 139.

¹⁸⁸² M. Virally, « Sur la prétendue 'primitivité' du droit international », in *Le droit international en devenir*, op. cit., pp. 93-94.

¹⁸⁸³ J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 313.

exécutive ne sont pas autonomes l'une par rapport à l'autre mais s'articulent pour participer ensemble à l'exécution de la décision juridictionnelle initiale. Cette articulation ressort des propos précédemment cités de Virally quand il affirme que la juridiction décide « **quand le droit autorise l'exercice de la contrainte** » et que l'appareil de contrainte est « **au service de celui ou de ceux qui rendent la justice** », ce que précise Kelsen notant que, même lorsque l'exécution est ordonnée par un tribunal, « **l'organe d'exécution n'est pas un organe juridictionnel, mais un organe administratif** »¹⁸⁸⁵.

Ces conclusions non seulement établissent une articulation mais également la qualifient en exprimant une hiérarchisation. Sans entrer dans des considérations théoriques approfondies de la contrainte et de ses rapports avec le droit, et, partant, dans le commentaire des nombreux écrits doctrinaux afférents¹⁸⁸⁶, il faut constater que « **si le premier de ces appareils [l'appareil de justice] manque, la force n'est pas au service du droit : elle joue son jeu propre, dans une société livrée à la violence. Si le second [l'appareil de contrainte] fait défaut, le droit ne dispose plus de la contrainte, ou n'en disposera que par hasard, si celui auquel il donne raison se trouve être le plus puissant ou avoir les alliés les plus forts** »¹⁸⁸⁷. En d'autres termes, d'une part, la contrainte ne peut s'exercer que dans le cadre du droit et, d'autre part, l'exécution consécutive au prononcé d'une décision juridictionnelle est indispensable à l'effectivité et au respect de ce droit. Par ricochet, cette place centrale du droit dans l'exécution des décisions rejaillit sur les juridictions qui sont chargées de son *dictio*. Dans ce schéma, en effet, l'organe juridictionnel a une place centrale car l'articulation entre la fonction juridictionnelle et la fonction exécutive est telle que la réalisation de la seconde procède de la première et doit être encadrée par elle. De la sorte, la fonction juridictionnelle ne s'arrête pas au prononcé de la décision initiale tranchant le différend mais se poursuit lors de l'exécution de cette décision. Une juridictionnalité doit donc être repérée non seulement, comme cela a déjà été établi, dans le règlement du différend mais aussi dans l'exécution de ce règlement, et ce avant même que puisse être envisagée la contrainte à proprement parler¹⁸⁸⁸.

La force exécutoire occupe une place centrale dans cette fonction juridictionnelle d'exécution. C'est parce que la décision juridictionnelle est exécutoire que sa phase d'exécution peut être effective. Même si cette force exécutoire n'est pas la seule composante juridictionnelle de la phase d'exécution, elle en constitue non seulement le prélude mais aussi la source, puisque se situant à la frontière entre la décision et

¹⁸⁸⁴ P. Daillier et A. Pellet (N. Quoc Dinh †), *op. cit.*, p. 933.

¹⁸⁸⁵ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 261.

¹⁸⁸⁶ Cette démarche serait hors de propos dans la mesure où il est simplement question ici d'analyser les rapports entre juridiction et contrainte et non de traiter, par une approche théorique des fondements de la contrainte, de ses applications et de ses rapports avec le droit.

¹⁸⁸⁷ M. Virally, « Sur la prétendue 'primitivité' du droit international », in *Le droit international en devenir*, *op. cit.*, pp. 93-94.

¹⁸⁸⁸ Cette contrainte est l'objet du Chapitre suivant.

l'exécution. A ce titre, elle ne peut qu'occuper une place centrale dans la recherche d'une qualification juridictionnelle du système mémorandaire. Néanmoins, elle ne peut être considérée isolément car elle enclenche en théorie un mécanisme juridictionnel d'exécution qui doit également être identifié à partir du moment où le Mémoire ne se contente pas du règlement des différends mais aussi de l'exécution de ce règlement. En outre, son existence ne peut être avérée qu'à la condition de démontrer son effectivité. Constaté simplement que le principe d'une force exécutoire est consacré ne suffit pas car il serait sans portée s'il n'était suivi de l'organisation d'un véritable mécanisme juridictionnel d'exécution appuyant et légitimant une hypothétique contrainte qui sera par la suite étudiée ¹⁸⁸⁹. Le caractère exécutoire contribuant à l'identification d'une juridictionnalité passe donc d'abord par la reconnaissance du principe d'une force exécutoire et ensuite par la reconnaissance d'un mécanisme juridictionnel d'exécution. Cette force exécutoire est le prélude et le fondement du caractère exécutoire qui, lui, découle de l'articulation entre un mécanisme juridictionnel et un mécanisme de contrainte, le premier structurant et légitimant le second.

Cette force exécutoire peut être considérée comme annexe au règlement de nature juridictionnelle du différend, tout comme l'était *a priori* la force obligatoire, puisqu'elles constituent toutes deux les effets d'une décision déjà qualifiée de juridictionnelle. Bien plus, cette force exécutoire n'est pas forcément nécessaire à la qualification d'une juridictionnalité. Par exemple, le prononcé d'un *juris dictio* intra-étatique s'appliquant à une personne publique en droit interne ne connaît généralement pas de force exécutoire, bien que l'autorité de chose jugée lui soit conférée. En effet, il est difficile d'organiser un mécanisme de contrainte contre l'Administration nationale alors même que c'est elle qui est l'exécutante de la contrainte dont le monopole appartient à l'Etat. Cette absence de force exécutoire n'empêche pas la reconnaissance d'une juridictionnalité à l'instance qui a prononcé le *dictio*. Ce schéma du droit public interne peut s'appliquer au fonctionnement juridictionnel interétatique. Le droit applicable au niveau international est essentiellement conventionnel, tout comme l'organisation de mécanismes juridictionnels de règlement des différends interétatiques, de telle sorte que les justiciables – les Etats – en sont directement à l'origine ; de plus, il n'existe pas d'autorité supranationale susceptible de constituer la « **force publique** » pouvant appliquer une contrainte ; celle-ci est en réalité confiée aux justiciables eux-mêmes

Plus clairement, « **un dispositif centralisé de voies d'exécution ne peut se concevoir, car il y manque être supérieur aux Etats qui aurait la maîtrise de leur déclenchement comme l'a l'Etat en droit interne : ni juge pour ordonner l'exécution d'office, ni force publique pour y procéder sur sa réquisition. Il existe certes des mécanismes collectifs de garantie du respect de la légalité internationale (...) mais il ne s'agit là que d'entreprises collectives d'Etats coalisés autour d'une vision commune de la légalité, vision subjective de grand poids sans doute mais agrégat de représentations individuelles qui ne peut se prévaloir d'aucune autorité objective comme le peut celle d'un tiers agissant au nom d'une communauté supérieure aux parties et de ses intérêts distingués des leurs** » ¹⁸⁹⁰. Ainsi, de manière schématique, il paraît logique que les mécanismes interétatiques de règlement

¹⁸⁸⁹ Voir note précédente.

des différends ne voient pas non plus leurs décisions être dotées d'une force exécutoire, dans la mesure où l'exécution serait confiée aux justiciables à l'encontre d'autres justiciables ; et cette démarche est peu conforme à l'acception traditionnelle de la fonction juridictionnelle et du pouvoir de contrainte tels qu'ils sont communément à l'œuvre au niveau national.

Néanmoins, tout comme la force obligatoire, la force exécutoire peut contribuer à identifier une juridiction et à assurer son effectivité. Le thème de la jurisprudence peut servir d'illustration de l'importance de cette force exécutoire pour la caractérisation d'une juridiction ainsi que pour la garantie de l'efficacité de sa mission. L'instance juridictionnelle dit le droit et peu lui importe si elle est écoutée et respectée dans la mesure où sa mission s'arrête *a priori* à cet énoncé. Cependant, sa qualité juridictionnelle est menacée si la mission de l'instance se contente d'un *juris dictio* appliqué au seul différend traité. Cette instance, du fait même qu'elle prononce un *juris dictio*, contribue à une fonction qui dépasse le simple règlement de l'affaire spécifique soumise à l'instance. Le *juris dictio* non seulement entraîne un règlement du différend de l'espèce mais aussi participe à l'effectivité et au développement du droit applicable par la création d'une jurisprudence¹⁸⁹¹. La décision juridictionnelle a donc besoin d'être exécutée afin que sa jurisprudentialité soit pleine et pérenne. Cette fonction de création d'un droit jurisprudenciel ne peut être logiquement réalisée que si ce droit est non seulement applicable – du fait de sa consécration par les instances juridictionnelles et de l'autorité de chose jugée qui caractérise ses décisions – mais aussi appliqué – par les justiciables au premier rang desquels les parties au différend qui donne lieu à la décision créatrice de telles règles jurisprudencielles. Il est difficilement concevable de reconnaître la jurisprudence comme source du droit si les justiciables concernés par la décision faisant œuvre jurisprudenciel ne s'appliquent pas eux-mêmes ladite décision. Les hésitations doctrinales quant à la reconnaissance de la jurisprudence comme source du droit international public pourraient bien avoir comme justification le caractère non-exécutoire grevant habituellement les décisions des juridictions internationales.

Certes, le caractère exécutoire n'est pas déterminant dans l'établissement et dans la garantie d'une jurisprudentialité. Preuves en sont certaines décisions juridictionnelles obligatoires pour l'administration nationale mais dont le caractère exécutoire est éminemment discutable, ce qui n'empêche pas la constitution d'un droit administratif essentiellement jurisprudenciel. Néanmoins, quand ce caractère exécutoire est formellement absent, la jurisprudentialité se construit sur la bonne volonté des justiciables exécutant les décisions malgré l'absence de voies d'exécution juridiquement prévues. De la sorte, le thème de l'exécution a une importance majeure dans la reconnaissance d'une juridictionnalité ; et la mise en place de principes et de mécanismes d'exécution est une garantie solide de la force et de la pérennité d'une juridictionnalité¹⁸⁹². L'effectivité d'une force exécutoire évite à l'instance juridictionnelle de s'en remettre totalement, pour ce qui est de la portée de la décision et de l'intégrité pérenne de la fonction, au bon vouloir des justiciables quant à l'exécution de cette décision.

¹⁸⁹⁰ J. Combacau, S. Sur, *op. cit.*, p. 27.

¹⁸⁹¹ Voir pour une étude plus détaillée le Chapitre précédent.

En outre, la recherche d'une force exécutoire dans le cas des décisions des instances mémorandaires est d'autant plus pertinente que le droit international public éprouve les plus grandes difficultés à conférer aux décisions juridictionnelles une telle force exécutoire et que, partant, il fragilise leur juridictionnalité en soumettant cette force aux aléas du bon vouloir étatique. En effet, le droit international public n'est pas un « **ordre de contrainte** »¹⁸⁹³ et, même s'ils bénéficient de l'autorité de la chose jugée, « **les actes juridictionnels n'ont pas de force exécutoire (...); en particulier le refus d'exécution engage plus manifestement la responsabilité de l'Etat défaillant, dont le comportement est devenu plus clairement illicite, et offre des facilités accrues à l'Etat lésé pour mettre en œuvre les techniques unilatérales de réalisation de droits dont il a maintenant obtenu la consécration juridictionnelle. Aussi n'accordera-t-on pas une grande attention aux dispositions de la Charte qui prévoit la possibilité de saisir le Conseil de sécurité en cas d'inexécution d'un arrêt de la C.I.J.** »¹⁸⁹⁴.

De la sorte, reconnaître aux décisions du système mémorandaire force exécutoire reviendrait à renforcer leur autorité de chose jugée en constatant la concrétisation par une force exécutoire la prolongeant. En outre, la distinction précédemment énoncée entre force obligatoire et force exécutoire était la suivante : la force obligatoire permet à la partie à qui l'instance juridictionnelle a donné raison de se prévaloir de la décision, alors que la force exécutoire contraint la partie à qui cette instance a donné tort à exécuter cette décision. La première ne concerne que les parties au différend alors que la seconde s'applique à l'effectivité et la prévalence d'un ordre juridique troublé par le comportement fautif de la partie condamnée. Aussi, si la force obligatoire signifie simplement que le différend est réglé entre les parties par la voie juridictionnelle, la force exécutoire confère à cette décision et, partant, à l'instance qui en est l'auteur, une autorité bien plus conséquente. L'unilatéralisme étatique ennemi d'une force obligatoire effective et pérenne serait alors écarté, ce qui enlèverait tout aléa dépendant du bon vouloir des Etats dans l'exécution de la décision juridictionnelle rendue. La présence d'une force contraignante rapprocherait le système mémorandaire des systèmes juridictionnels nationaux qui, globalement, prononcent des décisions non seulement obligatoires mais également exécutoires et pallierait une lacune patente au sein du fonctionnement juridictionnel international.

Le Mémoire ne pose pas explicitement le principe du caractère exécutoire de la

¹⁸⁹² En guise d'illustration des risques d'affaiblissement de cette juridictionnalité, il faut constater avec M. Pace que l'adoption par l'ORD des rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel atténue leur autorité juridique réelle car ces rapports « *ne deviennent (...) juridiquement contraignants qu'une fois adoptés par l'ORD* ». Voir V. Pace, *L'Organisation Mondiale du Commerce et...*, *op. cit.*, p. 204.

¹⁸⁹³ Se reporter, pour une étude théorique générale des rapports entre le droit international public et la contrainte, aux propos de Virally, *in* : « Sur la prétendue 'primitivité' du droit international », *Recueil de travaux*, publié à l'occasion de l'Assemblée de la Société suisse de juristes à Genève, du 3 au 5 octobre 1969, (mémoires publiés par la Faculté de Droit de Genève, N° 27) Librairie de l'Université Georg & Cie, 1969, Genève, pp. 201-213 ; et *in* « Un tiers droit ? Réflexions théoriques », *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à Berthold Goldman*, Litec, Paris, 1982, pp. 373-385.

¹⁸⁹⁴ J. Combacau, S. Sur, *op. cit.*, p. 601.

décision issue de l'articulation entre groupe spécial et Organe d'appel. Au contraire, il est davantage fait appel au bon vouloir raisonnable des parties quand « **il est entendu que les demandes de conciliation et le recours aux procédures de règlement des différends ne devraient pas être conçus ni considérés comme des actes contentieux, et que, si un différend survient, tous les Membres engageront ces procédures de bonne foi dans un effort visant à régler ce différend** »¹⁸⁹⁵. Néanmoins, certaines dispositions mémorandaires font plus facilement ressortir une telle force contraignante. En effet, le long article 21 est consacré, comme l'indique son intitulé, à la « **surveillance de la mise en œuvre des recommandations et décisions** » ; il pose le principe suivant : « **pour 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** »¹⁸⁹⁶.

Ces « **moindres délais** » sont flous et pourraient de la sorte remettre en cause le principe même d'une décision exécutoire. La partie devant régler le différend conformément à la décision rendue pourrait retarder indûment le règlement et, ainsi, trop tarder pour donner suite à la décision, ce qui atténuerait considérablement la force contraignante de ladite décision. Cependant, le Mémoire prend bien soin de préciser que « **s'il est irréalisable pour un Membre de se conformer immédiatement aux recommandations et décisions, ce Membre aura un délai raisonnable pour le faire** »¹⁸⁹⁷. Le principe de la force contraignante est donc l'immédiateté et il admet une exception soumise à deux conditions : l'immédiateté doit être « **irréalisable** », ce qui écarte toute libre volonté de la partie dans la fixation du délai ; le délai doit être « **raisonnable** », ce qui enlève à la fixation du délai la liberté de choix étatique¹⁸⁹⁸.

Cette consécration de la force exécutoire des décisions formellement adoptées par l'ORD est implicite. Il est simplement prévu une « **surveillance de la mise en œuvre des recommandations** »¹⁸⁹⁹ et la nécessité de leur « **donner suite** »¹⁹⁰⁰, ce qui n'est pas à proprement parler la reconnaissance d'un principe général de force exécutoire des décisions mémorandaires. Nonobstant, le principe est affirmé d'une conformation immédiate du Membre concerné aux recommandations et décisions de l'ORD ; et la prévision d'exceptions à ce principe montre le souci du Mémoire de garantir une exécution effective de la décision. Ainsi, une certaine force exécutoire des décisions des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel peut bien être reconnue, avec toutes les

¹⁸⁹⁵ Article 3 : 10.

¹⁸⁹⁶ Paragraphe 1.

¹⁸⁹⁷ Article 21 : 3.

¹⁸⁹⁸ Il n'est ici question que d'une étude sommaire du texte ayant pour objectif de reconnaître l'éventuelle consécration explicite d'une force exécutoire. Ce principe d'immédiateté, les mécanismes afférents et la pratique sont approfondis et discutés *infra*.

¹⁸⁹⁹ Intitulé de l'article 21.

¹⁹⁰⁰ Article 21 : 1.

précautions inhérentes à son absence de consécration explicite.

Cette reconnaissance étant cependant bien timide, la force exécutoire mémorandaire doit être évaluée par l'étude de mécanismes la garantissant. Cette évaluation est fondamentale car l'effectivité d'une force exécutoire appliquée aux décisions mémorandaires est particulièrement remarquable. En effet, cette force exécutoire apporte au système mémorandaire une dimension juridictionnelle que la constatation d'une autorité de chose jugée ne pouvait amener. Cette dernière a pour conséquence l'opposabilité de la décision aux parties et donne à la décision une portée certaine sur les relations entre les deux parties opposées par le différend de l'espèce. Néanmoins, la portée de la force obligatoire s'arrête au règlement de ce différend particulier et consiste simplement en l'attribution à la partie vainqueur d'un droit d'opposabilité de la décision à l'encontre de la partie perdante. Certes, cette opposabilité n'est pas négligeable puisque la décision qui en est revêtue rend définitif et sans recours le règlement du différend ; mais elle a pour seul objectif d'activer le rôle régulateur du droit applicable pour ce qui concerne les relations particulières sources du différend entre ces deux parties.

La force exécutoire approfondit la portée de la décision dans la mesure où elle a pour objectif de soumettre au respect du droit l'un de ses sujets et, de la sorte, d'imposer non seulement la suprématie de ce droit mais également l'autorité de l'instance qui a la charge de le dire. Appliquée à la décision issue du système mémorandaire, la force exécutoire ne donne pas à ce système l'unique fonction de régler le différend mais elle lui ajoute la fonction monopolistique de garantir le respect du droit de l'OMC par les Membres. Elle attribue de la sorte au système mémorandaire une dimension juridictionnelle que la seule force obligatoire ne permettait pas d'atteindre : par la force exécutoire dont ses décisions sont revêtues, le système jouera pleinement le rôle du juge titulaire du monopole de la légitimation et de l'enclenchement de la contrainte du fait même de la décision qu'il énonce. Cette dimension juridictionnelle nouvelle est loin être négligeable dans un contexte international qui, par nature, est réfractaire à toute contrainte supranationale. Encore faut-il que cette force exécutoire ne soit pas simplement supputée par la constatation d'une reconnaissance textuelle implicite de son principe mais qu'elle soit avérée par l'examen des mécanismes qui la garantissent et de la pratique qui l'avalise, et ce d'autant plus que le caractère interétatique du mode de règlement mémorandaire peut faire craindre une ineffectivité de cette force exécutoire face au principe du respect des souverainetés étatiques.

En réalité, la force exécutoire est assurée par l'articulation entre un mécanisme particulier de délais et un processus de surveillance de la mise en œuvre des décisions. Cette articulation doit être étudiée, dans son fondement textuel comme dans sa pratique. Comme il a été précédemment constaté, le Mémorandum prévoit l'obligation pour le Membre concerné de se conformer à la décision issue du système mémorandaire, par principe immédiatement ou par exception dans un « **délai raisonnable** » pour cause d'immédiateté irréalisable¹⁹⁰¹. Encore cette immédiateté doit-elle être précisée. L'autorité de chose jugée est attribuée à la décision issue de l'articulation entre le rapport du groupe spécial et celui de l'Organe d'appel dès son adoption par l'ORD. Un délai – relativement

¹⁹⁰¹ Se reporter à l'article 21 : 3 précité.

court – est donc aménagé entre la publicité de cette décision et l'effectivité de son autorité par cette adoption. En revanche, le Mémoire est confus quant à la fixation de la date d'attribution de la force exécutoire à la décision, même si Mme Ruiz Fabri considère que les délais d'exécution « **commencent à courir à compter de l'adoption du rapport par l'ORD** »¹⁹⁰². Il prévoit que, « **à une réunion de l'ORD qui se tiendra dans les 30 jours suivant la date d'adoption du rapport du groupe spécial ou de l'Organe d'appel, le Membre concerné informera l'ORD de ses intentions au sujet de la mise en œuvre des recommandations et décisions de celui-ci. S'il est irréalisable pour un Membre de se conformer immédiatement aux recommandations et décisions, ce Membre aura un délai raisonnable pour le faire** »¹⁹⁰³.

Le moment de l'attribution d'une force exécutoire est donc soit simultanée à l'attribution de l'autorité de chose jugée si l'immédiateté se fixe au jour de l'adoption, soit non simultanée si l'immédiateté est datée du jour de la réunion de l'ORD qui a lieu dans le mois suivant l'adoption de la décision. Le Mémoire ne dit pas clairement si le Membre qui se voit imposer une décision obligatoire par adoption de l'ORD est également en même temps soumis à une force exécutoire par cette même adoption. Cette confusion est facilement compréhensible dans la mesure où il a déjà été constaté que le Mémoire ne pose explicitement ni le principe d'une force obligatoire ni celui d'une force exécutoire ; il serait alors malaisé d'exiger de lui qu'il soit précis sur l'enclenchement temporel de principes qu'il ne prévoit pas. Cette confusion n'en reste pas moins problématique car la probabilité d'un décalage entre force obligatoire et force exécutoire est forte et peut sembler illogique dans un schéma juridictionnel ordinaire¹⁹⁰⁴.

Cependant, il faut considérer le pragmatisme du Mémoire, l'objet du différend ainsi que l'identité des justiciables pouvant être soumis à cette force exécutoire. La décision des instances mémorandaires porte sur la conformité d'une mesure nationale par rapport au droit applicable et la constatation de sa non-conformité implique que l'Etat ayant pris cette mesure la retire ou la modifie ; l'effectivité de l'exécution de la décision est donc soumise à l'organisation institutionnelle étatique et induit un respect difficile de

¹⁹⁰² 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. 609.

¹⁹⁰³ Article 21 : 3.

¹⁹⁰⁴ Cette confusion pourrait être résolue par la suppression de la réunion de l'ORD suivant l'adoption. Une réunion unique pourrait être organisée, qui adopterait le rapport et entendrait le Membre informant l'ORD de ses intentions quant à la mise en œuvre de la décision. Le délai de trente jours entre les deux réunions de l'ORD peut être considéré comme un délai de réflexion que le Mémoire ménage à la partie fautive afin qu'elle envisage concrètement la mise en œuvre de la décision. Cependant, le délai entre la publicité du rapport et son adoption oscille entre trente et soixante jours et peut très bien remplacer le délai de réflexion précédent, et ce d'autant plus qu'il ne subsiste aucun doute sur l'issue de l'adoption, en raison du mécanisme du consensus négatif qui la caractérise. Force obligatoire et force exécutoire seraient alors clairement simultanées et la juridictionnalité implicitement organisée par le Mémoire et concrétisée par la pratique s'en trouverait pour partie explicitée et renforcée. Il reste qu'une telle suppression reviendrait à reconnaître plus explicitement le rôle exclusivement formel de l'ORD et l'automatisme de l'adoption ; et cette démarche est difficilement envisageable de la part d'Etats toujours soucieux du respect, même symbolique, de leur souveraineté nationale.

l'immédiateté. En outre, le délai maximal de trente jours entre l'adoption et la réunion suivante de l'ORD est relativement bref tout en permettant à l'Etat fautif de retirer ou modifier la mesure en cause si cette opération est immédiatement réalisable. De la sorte, ce délai peut être considéré comme étant le « **délai d'immédiateté** » au-delà duquel intervient le « **délai raisonnable** ». De toute manière, ces considérations ne sont que théoriques dans la mesure où « **l'exécution immédiate (...) n'est évidemment pas la situation la plus courante** »¹⁹⁰⁵.

Cette dernière conclusion issue de la pratique montre qu'en réalité la force exécutoire des décisions est soumise à certaines variations qui font craindre son atténuation ; en effet, le Membre auquel s'applique cette force exécutoire pourra l'enclencher immédiatement, ce qui est le principe, ou à l'issue d'un délai raisonnable. De la sorte, la décision juridictionnelle n'a force exécutoire qu'à partir du moment où le Membre en question l'a décidé. Cependant, cette variation ne remet pas en cause cette force exécutoire mais se contente de l'aménager. D'abord, la variation de cette force exécutoire s'applique à sa dimension temporelle et non à son effectivité qui, elle, semble inexorable. Ensuite, le Membre n'a pas un choix totalement libre quant à la mise à l'écart du principe d'immédiateté au profit de l'exception du délai raisonnable car le Mémorandum prend soin de préciser que seul le caractère « **irréalisable** »¹⁹⁰⁶ de la mise en œuvre immédiate peut justifier le recours au délai raisonnable exceptionnel. Enfin et surtout, il n'est pas certain que la force exécutoire de la décision soit bien enclenchée à l'issue de ce délai raisonnable et soit ainsi soumise à la volonté – même liée – du Membre auquel elle s'applique car le système mémorandaire met en place un processus de surveillance de la mise en œuvre de la décision susceptible de conférer immédiateté et efficacité à cette force exécutoire. Ce processus est susceptible de créer sur le Membre concerné une pression l'encourageant à mettre en œuvre le plus rapidement possible la décision. Ainsi, en recherchant l'exécution, il crée un « **climat exécutoire** » qui, même s'il n'est pas juridictionnel ou même juridique, confère force exécutoire à la décision dès qu'il est enclenché.

Encore le déclenchement et le déroulement de ce processus de surveillance doivent-ils être précisés. En effet, ce processus paraît garantir que la force exécutoire soit bien intrinsèque à la décision juridictionnelle et ne dépende pas d'événements ou d'entités extérieurs susceptibles de l'atténuer, voire de l'annihiler. Mais, pour ce faire, il doit être enclenché assez tôt après le prononcé de la décision et il doit être suffisamment solide pour susciter chez le Membre concerné le sentiment d'une soumission nécessaire à cette décision. Le principe de la surveillance de la mise en œuvre des décisions est fixé par le Mémorandum de la manière suivante : « **l'ORD tiendra sous surveillance la mise en œuvre des recommandations ou décisions adoptées. La question de la mise en œuvre des recommandations ou décisions pourra être soulevée à l'ORD par tout Membre à tout moment après leur adoption. A moins que l'ORD n'en décide autrement, la question de la mise en œuvre des recommandations ou décisions sera inscrite à l'ordre du jour de la réunion de l'ORD après une période de six mois**

¹⁹⁰⁵ H. Ruiz Fabri, « Le contentieux de l'exécution... », *op. cit.*, p. 609.

¹⁹⁰⁶ Article 21 : 3.

*suivant la date à laquelle le délai raisonnable (...) aura été fixée et restera inscrite à l'ordre du jour des réunions de l'ORD jusqu'à ce qu'elle soit résolue. Dix jours au moins avant chacune de ces réunions, le Membre concerné présentera à l'ORD un rapport de situation écrit indiquant où en est la mise en oeuvre des recommandations ou décisions »*¹⁹⁰⁷. En outre, le processus de surveillance est implicitement organisé par l'article 21 : 3 précité qui prévoit que, à la « *réunion de l'ORD qui se tiendra dans les 30 jours suivant la date d'adoption du rapport du groupe spécial ou de l'Organe d'appel, le Membre concerné informera l'ORD de ses intentions au sujet de la mise en oeuvre des recommandations et décisions de celui-ci* ».

Aussi l'enclenchement du processus de surveillance semble-t-il avoir à première vue une date variable. La date par principe explicitement reconnue est fixée à six mois après la fixation du délai raisonnable, ce qui retarde singulièrement la reconnaissance d'une force exécutoire par rapport à l'autorité de chose jugée conférée formellement à la décision dès son adoption par l'ORD. Elle peut être substantiellement avancée si un Membre le veut¹⁹⁰⁸ ou si l'ORD le décide¹⁹⁰⁹. Cependant, en réalité, cette variabilité et ce retard explicites ne doivent pas être pris en compte car un enclenchement implicite du processus de surveillance a lieu dans le « *délai d'immédiateté* » susmentionné. Le Membre doit informer l'ORD de ses intentions au sujet de la mise en oeuvre de la décision au cours de la réunion qui suit l'adoption de la décision, et cette réunion est séparée de l'adoption par trente jours maximum ; de la sorte, le système mémorandaire le sollicite immédiatement pour exécuter la décision ou du moins pour envisager solennellement cette exécution. Aussi cette surveillance est-elle enclenchée suffisamment tôt pour pouvoir appuyer immédiatement l'effectivité d'une force exécutoire et son caractère intrinsèque à la décision. En outre, elle est susceptible d'être, dès lors, constante à partir du moment où tout Membre peut soulever toute question concernant cette mise en oeuvre et où, de toute façon, à l'issue d'un délai strictement prévu par le Mémoire, cette question revient systématiquement devant l'ORD jusqu'à sa résolution.

Quant à la solidité de cette surveillance, elle est directement liée à la fonction de l'ORD qui a clairement en charge cette surveillance¹⁹¹⁰ : il est le lieu de convergence des procédures de surveillance que le Mémoire organise. L'ORD doit être informé des intentions du Membre concerné au sujet de cette mise en oeuvre au cours de la réunion suivant l'adoption de la décision¹⁹¹¹, et reçoit les rapports de situation que ledit Membre devra présenter et traite au cours de ses réunions la question de cette mise en oeuvre

¹⁹⁰⁷ Article 21 : 6.

¹⁹⁰⁸ A cet égard, Mme Ruiz Fabri note qu'il « est vraisemblable que cette initiative provient surtout du ou des Etats concernés par l'exécution », in « Le contentieux de l'exécution... », *op. cit.*, p. 621.

¹⁹⁰⁹ En pratique, cette décision de l'ORD est impossible puisque devant se prendre par consensus, d'après l'article 2 : 4 du Mémoire, et que, au moins, la partie en charge de la mise en oeuvre refusera une telle surveillance.

¹⁹¹⁰ L'article 21 : 6 prévoit en effet que « l'ORD tiendra sous surveillance la mise en oeuvre des recommandations ou décisions adoptées ».

jusqu'à résolution, à partir du moment où cette question doit être obligatoirement inscrite à l'ordre du jour¹⁹¹². Néanmoins, cette centralité peut être discutée car l'ORD n'est que le destinataire passif des concrétisations procédurales que le Mémoire prévoit quant à la surveillance de la mise en œuvre des décisions.

Plus précisément, il n'est que le prétexte au déroulement procédural¹⁹¹³. Il ne joue aucun autre rôle que celui de se réunir afin de constituer l'enceinte dans laquelle se déroulent les procédures qui doivent, d'après le Mémoire, s'y dérouler et dans laquelle les Membres peuvent s'informer et s'exprimer. Ce rôle passif de lieu de réunion, se vérifiant bien souvent par ailleurs, est particulièrement avéré pour ce qui est du processus de surveillance. Certes, il a pour fonction de tenir sous surveillance la mise en œuvre des décisions¹⁹¹⁴, mais il ne joue aucun rôle actif dans cette surveillance : il assiste à la formulation des intentions du Membre concerné ; il assiste à l'action éventuelle d'un Membre soulevant une question concernant cette mise en œuvre ; il voit son ordre du jour être automatiquement complété par l'inscription de la question de la mise en œuvre une fois réunies les conditions de délais que le Mémoire prévoit ; il reçoit les rapports de situation des Membres concernés. Ce rôle de prétexte au déroulement procédural fonctionne aussi bien pour l'impératif que pour l'optionnel. L'ORD est complètement passif pour les mécanismes procéduraux obligatoires que le Mémoire prévoit, comme l'adoption des rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel, l'information par le Membre concerné de ses intentions concernant la mise en œuvre de la décision, ou encore l'inscription automatique à l'ordre du jour de la question de la mise en œuvre passé un certain délai, etc.¹⁹¹⁵. L'ORD a cette même attitude pour les mécanismes procéduraux que les Membres décident d'enclencher, comme le fait, pour un Membre, de soulever à tout moment la question de la mise en œuvre¹⁹¹⁶.

Cependant, il reste que, pour ne prendre que le cas de la surveillance de la mise en

¹⁹¹¹ Voir l'article 21 : 3.

¹⁹¹² Voir l'article 21 : 6.

¹⁹¹³ Le « prétexte » s'entend ici comme synonyme du terme « occasion » et non comme celui du terme « échappatoire ». Il est, d'après le Dictionnaire *Le Nouveau Petit Robert, op. cit.*, « *ce qui permet de faire qqch. ; occasion* » et non une « *raison alléguée pour dissimuler le véritable motif d'une action* ».

¹⁹¹⁴ D'après l'article 21 : 6 précité.

¹⁹¹⁵ Ces exemples sont uniquement tirés du thème de la surveillance de la mise en œuvre des décisions. Ils pourraient être multipliés par la prise en considération du déroulement procédural du règlement des différends proprement dit. Quelques illustrations : la notification à l'ORD des demandes de consultations, notification importante puisqu'elle fait courir des délais applicables pour la suite de la procédure ; l'établissement du groupe spécial à la réunion de l'ORD ; la notification de la décision de faire appel du rapport d'un groupe spécial ; etc.

¹⁹¹⁶ Là encore, les illustrations pourraient être multipliées par la prise en considération du déroulement du règlement initial : la demande d'établissement du groupe spécial, la formulation d'un appel, etc.

œuvre des décisions, ce rôle formel est également essentiel et symbolique. Il est essentiel dans la mesure où les réunions de l'ORD permettent aux Membres de s'informer sur cette mise en œuvre, d'exprimer leurs points de vue et, de la sorte, de pouvoir en toute connaissance de cause déterminer leur intention d'enclencher tel ou tel mécanisme procédural que le Mémorandum prévoit comme une possibilité offerte ¹⁹¹⁷. Il est symbolique dans la mesure où le Membre concerné par la mise en œuvre de la décision doit rendre des comptes devant un organe diplomatique composé des représentants de tous les Membres, c'est-à-dire devant la communauté internationale considérée à laquelle il appartient. Si cette surveillance peut paraître uniquement formelle, dans la mesure où aucune contrainte ne vient obliger le Membre à exécuter la décision, elle n'en reste pas moins conséquente. Elle constitue une double menace pour le Membre concerné : juridique car la circulation d'informations permise par l'ORD peut entraîner de la part de l'autre partie l'enclenchement de procédures mémorandaires véritablement contraignantes ; politique car cette « **comparution** » devant l'ORD peut exposer ledit Membre à la diatribe de ses congénères.

En pratique, Le processus de surveillance est d'une effectivité certaine ¹⁹¹⁸. Certes, certaines décisions ne donnent lieu à aucune procédure de mise en œuvre, mais cette absence est facilement explicable par le fait que, soit ces décisions donnent tort au plaignant, confortent le défendeur dans ses agissements et ainsi ne nécessitent aucune mise en œuvre ¹⁹¹⁹, soit l'Organe d'appel constate l'incompétence du groupe spécial ¹⁹²⁰. En réalité, la décision induit logiquement une exécution dès qu'elle déclare non-conforme au droit de l'OMC les agissements du défendeur. La force exécutoire s'applique alors systématiquement et elle est assurée par l'enclenchement du processus de surveillance. En revanche, la décision donnant raison au défendeur ne nécessite pas une exécution mais entraîne seulement une opposabilité au bénéfice du défendeur à l'encontre du plaignant. Aussi la décision de conformation est-elle simplement dotée de l'autorité de chose jugée alors que la décision de non-conformation est, quant à elle, dotée et de la force obligatoire et de la force exécutoire. Par conséquent, le processus d'exécution est enclenché systématiquement, dès que la décision induit une exécution.

En revanche, son développement complet est plus mesuré, bien qu'un fort petit nombre de décisions soient exécutées immédiatement ¹⁹²¹. Cependant, un tiers des

¹⁹¹⁷ Ces mécanismes d'exécution des décisions sont étudiés *infra* ainsi que dans le Chapitre suivant.

¹⁹¹⁸ La question de la mise en œuvre des décisions concerne 57 affaires sur 68 examens de groupes spéciaux et de l'Organe d'appel terminés, soit plus de 80 % des rapports adoptés, au 26 juin 2003. Voir sur ce point l'Etat des différends soumis à l'OMC, document WT/DS/OV/14. En réalité, ce document comptabilise 71 examens et non 68 mais il sépare les affaires DS26 et DS48 alors qu'il les compte ensemble dans son point VI consacré à l'« *état d'avancement de la mise en œuvre des rapports adoptés* », fait de même avec les affaires DS136 et DS162, et traite de l'affaire DS241 qui était alors en attente d'une éventuelle demande d'appel.

¹⁹¹⁹ Voir dans l'Etat des différends, référencé note précédente, les affaires DS22, DS44, DS62, 67 et 68, DS135, DS152, DS163, DS165, DS194, DS213 et DS221.

¹⁹²⁰ Voir l'affaire DS60.

affaires donnent lieu à des rapports de situation effectivement rendus ¹⁹²², ce qui indique que le mécanisme de l'ORD n'inscrit que peu souvent à son ordre du jour la question de la mise en œuvre après le délai de six mois suivant la date de fixation du délai raisonnable. Néanmoins, cette dernière proportion n'est pas négligeable : elle indique que les règlements de différends sont souvent « **difficiles** » du point de vue de leur mise en œuvre mais que le dispositif mémorandaire permet tout de même d'assurer la surveillance de leur exécution. En outre, la faible proportion des rapports de situation rendus n'est pas le signe d'une ineffectivité de la force exécutoire mais peut au contraire être un indice de son efficacité. La procédure des rapports de situation est automatique six mois après la fixation du délai raisonnable, ce qui laisse au Membre concerné un temps assez long pendant lequel la mise en œuvre qu'il doit effectuer n'est pas exigée. Aussi la faiblesse du nombre des rapports de situation indique-t-elle que l'exécution de la décision a eu lieu avant la fin de ces six mois.

Ainsi, la surveillance de la mise en œuvre peut être considérée comme solide, en plus d'être immédiate. Par conséquent, il faut croire qu'elle instaure un climat exécutoire constituant un soutien non négligeable à cette force exécutoire dont le principe n'est qu'implicitement formulé. Cette dernière n'est donc pas atténuée mais au contraire renforcée par l'organisation d'un processus de surveillance effectif. Seule fragilisation possible de cette solidité, une durée excessive de ce délai raisonnable peut fortement atténuer la pertinence de cette force exécutoire. Certes, ce délai est « **raisonnable** » et ne peut être obtenu par le Membre concerné par la mise en œuvre de la décision que si le caractère irréalisable de l'exécution immédiate est avéré ¹⁹²³. En outre, le principe posé par le Mémoire est 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** » ¹⁹²⁴. Ainsi, la condition matérielle d'application de ce délai, son caractère « **raisonnable** » et la limite de principe de sa durée sont autant de garanties de modération. Cependant, deux paramètres de la fixation de ce délai peuvent relativiser l'application d'une force

¹⁹²¹ La mise en œuvre de la décision dans le délai d'immédiateté précédemment mentionné est fort rare. Au 26 juin 2003, seules 3 décisions sur les 68 adoptées ont été exécutées immédiatement et définitivement. Il s'agit des affaires DS24, DS156 et DS192. D'autres décisions sont à signaler qui peuvent rentrer dans ce cadre de l'immédiateté, mais de façon partielle uniquement. Il s'agit de l'affaire DS121 dans laquelle la décision n'a été que partiellement exécutée immédiatement, des décisions exécutées de manière non-définitive puisque contestée par le plaignant comme par exemple dans l'affaire DS126, de l'affaire DS33 dont la décision a été exécutée avant même que le groupe spécial n'achève ses travaux, et de la décision de l'affaire DS138 dont l'exécution fut immédiate mais par la suite l'objet d'une nouvelle plainte donc d'une affaire distincte.

¹⁹²² Au 26 juin 2003, Sur les 68 décisions ayant donné lieu à une procédure de surveillance, seules 23 affaires ont donné lieu à des rapports de situation. Il s'agit des affaires DS2, DS8, 10 et 11, DS26 et 48, DS27, DS31, DS34, DS46, DS50, DS54, 55, 59 et 64, DS56, DS70, DS75 et 84, DS76, DS79, DS87 et 110, DS90, DS98, DS99, DS103 et 113, DS122, DS126, DS136 et 162 et DS160.

¹⁹²³ Voir l'article 21 : 3.

¹⁹²⁴ Article 21 : 3 c).

exécutoire. En effet, il a déjà été constaté que, si le principe temporel de l'exécution est l'immédiateté, l'exception que constitue le délai raisonnable devient en pratique la règle. Et, dans ce schéma, le mode de fixation du délai ainsi que sa durée peuvent être deux brèches ouvertes dans la solidité de cette force exécutoire.

Le mode de fixation du délai raisonnable est précisément organisé par le Mémoire et comporte trois mécanismes alternatifs : le délai raisonnable est « **le délai proposé par le Membre concerné, à condition que ce délai soit approuvé par l'ORD ; ou, en l'absence d'une telle approbation, (...) un délai mutuellement convenu par les parties au différend dans les 45 jours suivant la date d'adoption des recommandations et décisions ; ou, en l'absence d'un tel accord, (...) un délai déterminé par arbitrage contraignant dans les 90 jours suivant la date d'adoption des recommandations et décisions** »¹⁹²⁵. En réalité, les deux premiers mécanismes se rejoignent de manière telle que le premier se confond avec le deuxième, car l'approbation de l'ORD est une décision qui doit être prise par consensus¹⁹²⁶. Ainsi, même à supposer que les Membres qui ne sont pas parties au différend acceptent par indifférence le délai proposé par le défendeur, le plaignant sera titulaire d'un droit de veto sur cette approbation, de telle sorte que ce délai, pour être approuvé par l'ORD, doit être le fruit d'un accord entre les deux parties, comme le deuxième mécanisme l'exige. La fixation du délai est donc, soit le fait d'un accord mutuel entre les parties, soit le fait de l'« **arbitrage contraignant** » de l'article 21 : 3 c).

En pratique, plus de la moitié des délais raisonnables est convenue entre les parties, les autres étant déterminés par arbitrage¹⁹²⁷. Si les parties semblent préférer une fixation de ce délai d'un commun accord, la répartition entre les deux mécanismes de fixation est relativement équilibrée car le mode arbitral de détermination du délai est loin être négligé. Il reste que la présence d'un arbitrage suscite des interrogations quant à son fonctionnement. Cet arbitrage, en raison de sa seule dénomination, semble pallier le désaccord durable entre les parties sur la fixation d'un tel délai et semble leur imposer une effectivité de la force exécutoire de la décision adoptée par l'ORD. Mais sa seule qualification « **arbitrale** » ne suffit pas à justifier de telles apparences. Si l'effectivité d'une procédure d'arbitrage au sein du mécanisme d'exécution est susceptible de renforcer la constatation d'une fonction juridictionnelle indispensable à cette exécution, encore faut-il que cet « **arbitrage contraignant** » de l'article 21 : 3 c) tienne ses promesses de juridictionnalité.

La juridictionnalité organique de l'arbitrage de l'article 21 : 3 c) ne fait aucun doute. Il

¹⁹²⁵ Article 21 : 3, paragraphes a), b) et c).

¹⁹²⁶ D'après l'article 2 : 4 du Mémoire.

¹⁹²⁷ Au 26 juin 2003, sur 46 décisions exécutées dans un tel délai raisonnable, 27 délais ont été convenus entre les parties pour 16 déterminés par arbitrage. 3 décisions s'ajoutent pour lesquelles le délai a été fixé par le groupe spécial conformément à l'article 4.7 de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires ; il s'agit des affaires DS70, DS222 et DS108. Pour cette dernière affaire, le groupe spécial a dérogé à la règle du délai de 90 jours que cet Accord prévoit pour porter ce délai à 6 mois (délai ensuite prolongé de 1 mois).

a déjà été rappelé que le droit international public admet deux modes de règlement juridictionnels qui sont le mode judiciaire et le mode arbitral, étant entendu que leur fonction matérielle est similaire et que le second ne se différencie du premier que par sa non-permanence ou, autrement dit, son absence d'institutionnalisation¹⁹²⁸. Aussi faut-il conclure qu'un arbitrage institutionnalisé n'est rien d'autre qu'une instance juridictionnelle, du moins d'un point de vue organique. Or, l'arbitrage de l'article 21 : 3 c) est l'objet d'une institutionnalisation au sein du système mémorandaire. Il bénéficie d'une permanence certaine essentiellement induite par la personne de cet arbitre qui est, en pratique, toujours un membre de l'Organe d'appel, bien que le Mémorandum ne l'exige ni ne le suggère¹⁹²⁹. Cet arbitrage est donc un mécanisme de type juridictionnel d'un point de vue organique. Quant à sa juridictionnalité procédurale et matérielle, il faut reprendre les critères précédemment utilisés pour l'établissement du caractère juridictionnel du règlement du différend initial. Il n'est pas nécessaire de s'appesantir sur chacun de ces critères dans la mesure où, d'une part, l'arbitrage de l'article 21 : 3 c) ne bénéficie pas d'une pratique assez conséquente pour pouvoir en déduire une étude approfondie et complète et, d'autre part, il ne remplit que la mission annexe de fixation d'un délai ce qui limite foncièrement ses constatations et conclusions d'un point de vue matériel comme formel. Il faut tout de même brièvement examiner les critères procéduraux et matériels de la juridictionnalité.

D'abord, les critères procéduraux sont au nombre de trois principaux et leur effectivité peut être constatée. Le premier est celui de la saisine unilatérale de l'arbitre qui est un mécanisme suggéré par le Mémorandum et utilisé dans la pratique¹⁹³⁰. Le deuxième critère est celui du caractère contradictoire de la procédure suivie devant ledit arbitre. Ce critère peut être vérifié par un examen rapide des sentences arbitrales déjà rendues et plus particulièrement de leur description de la procédure suivie. Cette description fait état d'un système constant de communications écrites des deux parties reçues le même jour par l'arbitre et suivies d'une audience¹⁹³¹. Quant à l'obligation de juger, troisième critère procédural, elle est également suggérée par le Mémorandum qui ne prévoit pas l'échec de l'arbitrage, ce dernier constituant même la garantie d'un délai raisonnable effectivement fixé¹⁹³²; elle est, de même, réalisée en pratique puisque le seul cas d'une absence de décision arbitrale s'applique à un accord entre parties trouvé après la

¹⁹²⁸ Voir sur ce point la Section consacrée à l'attraction obligatoire (Partie I, Titre II, Chapitre I).

¹⁹²⁹ Voir sur ce point l'article 21 : 3 c). La pratique est constante : l'arbitre est un membre en activité de l'Organe d'appel.

¹⁹³⁰ Au 26 juin 2003, toutes les demandes d'arbitrage contraignant ont été intitulées comme suit : « *Demande d'arbitrage au titre de l'article 21: 3 c) du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends présentée par [le plaignant]* ». Elles sont ensuite formulées comme suit : « *La communication ci-après, datée du (...), adressée par la Mission permanente de [le plaignant] au Président de l'Organe de règlement des différends, est distribuée à la demande de cette délégation* ». Seule 2 des 18 demandes ont été formulées par le défendeur, dans l'affaire DS87 et 110, et dans l'affaire DS207. Se reporter aux documents WT/DS87/13 et 110/12, et WT/DS207/9.

¹⁹³¹ Voir pour exemples les arbitrages rendus dans les documents WT/DS18/9, paragraphe 4, WT/DS114/13, paragraphe 4 ou encore WT/DS170/10, paragraphe 4.

constitution de l'arbitre ¹⁹³³ .

Ensuite, les critères matériels peuvent être rassemblés en deux principaux qui sont, d'une part, la juridicité du raisonnement de l'arbitre et de la sentence qu'il énonce et, d'autre part, la continuité de la décision. Le premier critère est difficilement identifiable dans la mesure où l'arbitre a pour seule mission la fixation d'un délai, ce qui ne revient pas confronter explicitement des normes juridiques générales et impersonnelles au comportement précis d'une partie au différend de l'espèce. Nonobstant, l'arbitre énonce le droit applicable à une situation déterminée en déterminant un délai concret à partir d'une norme juridique prévoyant le caractère raisonnable de ce délai. En outre, la lecture des sentences arbitrales déjà formulées indique aisément que l'arbitre s'efforce de fonder son raisonnement sur des dispositions mémorandaires diverses nécessaires à sa démonstration. Par exemple, outre le travail d'interprétation de l'article 21 : 3 relatif à ce délai raisonnable ¹⁹³⁴ , l'arbitre précise le concept de mise en œuvre des décisions des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel ¹⁹³⁵ ou encore applique les dispositions mémorandaires relatives aux pays en développement ¹⁹³⁶ . Quant au second critère, l'arbitre le respecte bien en n'hésitant pas à fonder ses constatations et conclusions sur des décisions arbitrales antérieures ¹⁹³⁷ ou encore sur des décisions extérieures au processus arbitral, émanant par exemple de l'Organe d'appel ¹⁹³⁸ . Ce faisant, l'arbitre de l'article 21 : 3 c) est un organe de nature et de procédure juridictionnelles qui dit le droit.

Enfin, il manque à cette décision une autorité de chose jugée qui est le troisième critère de juridictionnalité. Cette autorité semble bien ne faire aucun doute dans le Mémoire qui impose comme garantie de l'existence de ce délai cette décision arbitrale et qui ne paraît pas devoir imaginer le non-respect de cet arbitrage qui, au surplus, est qualifié de « **contraignant** » ¹⁹³⁹ . L'utilisation de cet adjectif montre le souci du Mémoire de rendre effective et obligatoire la décision arbitrale car il n'était pas

¹⁹³² D'après l'article 21 : 3, « *le délai raisonnable sera (...) un délai déterminé par arbitrage contraignant* » s'il n'est ni « *proposé par le Membre concerné* » ni « *mutuellement convenu entre les parties* ».

¹⁹³³ Voir le document WT/DS202/17. L'arbitre désigné n'a pas fixé de délai raisonnable puisque les parties se sont entendues sur une fixation amiable de ce délai après l'enclenchement de cette procédure d'arbitrage. Il reste que l'arbitre a tout de même rédigé un document faisant état de la procédure suivie jusqu'à la fixation amiable du délai. Cette démarche arbitrale particulière suppose le souci de respecter formellement une obligation de juger.

¹⁹³⁴ V. pour ex. les décisions WT/DS26/15 et 48/13, paragraphe 26, WT/DS155/10, paragraphe 49.

¹⁹³⁵ V. pour ex. la décision WT/DS155/10, paragraphes 40 et 41.

¹⁹³⁶ V. pour ex. la décision WT/DS155/10, paragraphes 50 et 51.

¹⁹³⁷ V. pour ex. la décision WT/DS114/13, paragraphes 39 et 40.

¹⁹³⁸ V. pour ex. la décision WT/DS184/13, paragraphes 25 et 26.

¹⁹³⁹ Article 21 : 3 c).

nécessaire de préciser le caractère contraignant de l'arbitrage, à moins de supposer qu'existeraient des arbitrages « **facultatifs** ». Cette autorité n'est pas, de plus, remise en cause en pratique par les parties auxquelles la sentence s'applique car elles ne peuvent contester cet arbitrage, même par la voie de l'ORD qui est totalement exclu de ce mécanisme¹⁹⁴⁰. Cet arbitrage devient définitif et sans recours. Ainsi, et sans qu'il soit besoin d'identifier une force exécutoire dans la mesure où cet arbitrage appartient au mécanisme d'exécution, il faut constater que l'arbitrage de l'article 21 : 3 c) correspond bien à un processus juridictionnel.

D'ailleurs, cette qualification « **arbitrale** » peut paraître étonnante dans la mesure où la caractéristique de l'arbitrage est sa non-permanence et que son institutionnalisation la lui fait perdre pour le faire entrer de plain-pied dans la juridiction *stricto sensu*. Sans doute la méfiance des rédacteurs du Mémoire et des Membres vis-à-vis de tout système juridictionnel imposé justifie-t-elle cette timidité terminologique. De même, les analystes du système mémorandaires, signalant une institutionnalisation de l'arbitrage au sein du système mémorandaire, et en en déduisant parfois une juridictionnalisation dudit système¹⁹⁴¹, restent sans doute trop timides dans leurs conclusions. En effet, l'arbitrage ainsi institutionnalisé devient clairement un organe juridictionnel et non pas seulement un arbitrage institutionnalisé dans un mécanisme en voie de juridictionnalisation. Il est un organe juridictionnel d'exécution des décisions des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel et devrait, à ce titre, fonder une réflexion plus générale sur la juridictionnalité potentielle du système auquel il appartient.

Quant à la durée du délai raisonnable, le Mémoire n'est pas très précis. Certes, il prévoit que ce délai « **ne devrait pas dépasser 15 mois** » mais il s'empresse d'ajouter que, « **toutefois, ce délai pourrait être plus court ou plus long, en fonction des circonstances** »¹⁹⁴². L'arbitre lui-même a pu estimer que « **le sens ordinaire des termes de l'article 21: 3 c) indique que "l'arbitre devrait partir du principe" que le délai est de 15 mois, et non en faire une règle. (...) le principe de 15 mois est une limite supérieure ou un maximum dans un cas normal. Par exemple, lorsque la mise en oeuvre peut être effectuée par des moyens administratifs, le délai raisonnable devrait être beaucoup plus court que 15 mois. Toutefois, le délai raisonnable pourrait être plus court ou plus long, en fonction des circonstances, comme il est indiqué à l'article 21: 3 c) »**¹⁹⁴³. De même, un groupe spécial a pu suggérer « **qu'un "délai raisonnable" pourrait dépasser 15 mois en l'occurrence** »¹⁹⁴⁴, ce qui montre que, outre le fait que cette suggestion est plutôt surprenante de la part d'un groupe

¹⁹⁴⁰ Non seulement l'ORD n'intervient pas pour adopter, même par la voie du consensus négatif, le délai raisonnable fixé par l'arbitrage de l'article 21 : 3 c), mais ce même article utilise un vocabulaire qui atténue l'importance de l'adoption des rapports quand il dispose que le délai concerne la mise en œuvre des « *recommandations du groupe spécial ou de l'Organe d'appel* » et non de l'ORD.

¹⁹⁴¹ Voir pour détails et références la section consacrée à la concentration organique (Première Partie, Titre premier, Chapitre I).

¹⁹⁴² Article 21 : 3 c).

¹⁹⁴³ Décision arbitrale WT/DS26/15 et 48/13, paragraphe 25.

spécial qui de la sorte s'exprime sur un délai dont la fixation n'est pas de sa compétence, la détermination dudit délai est empreinte de pragmatisme.

Cette imprécision peut faire craindre, malgré la condition d' » **irréalisabilité** » de l'immédiateté qui est pourtant distincte de la simple convenance de l'Etat concerné, une extension outrancière d'un délai qui semble déjà suffisamment conséquent et, partant, une atténuation importante de l'effectivité de la force exécutoire. Cependant, la pratique montre qu'il n'en est rien. D'abord, la possibilité d'une fixation arbitrale par saisine unilatérale empêche la partie devant mettre en œuvre la décision de décider seule d'un délai excessivement long ou de faire pression sur la partie plus faible pour qu'elle accepte ce délai. Ensuite, la moyenne des délais fixés est « **raisonnable** », qu'elle soit celle des délais convenus entre les parties ou celle des délais décidés par arbitrage. Elle ne dépasse que dans de très rares exceptions les quinze mois que le Mémoire suggère¹⁹⁴⁵ et se fixe, dans le cas des délais convenus, entre neuf et dix mois et, dans les délais déterminés par arbitrage, à environ douze mois. Paradoxalement, le délai de quinze mois n'est pas la règle et les parties d'un commun accord semblent plus pressées que l'arbitre de rendre effective l'exécution, même s'il faut supposer que ce sont sans doute les exécutions les plus problématiques donc les plus nécessitées en temps qui seront soumises à arbitrage.

Par conséquent, le mode de fixation et la durée du délai raisonnable renforcent, au lieu de l'atténuer, l'efficacité du processus de surveillance et, partant, l'effectivité d'une force exécutoire. C'est donc bien l'articulation entre deux mécanismes particuliers, de délais et de surveillance, qui garantissent cette force exécutoire. Bien entendu, celle-ci n'est pas explicitement reconnue dans son principe ; de plus, elle n'est pas en pratique immédiate. Mais ces deux difficultés peuvent être justifiées par le particularisme du système mémorandaire : il est malaisé d'imposer une force exécutoire immédiate à l'encontre de justiciables qui restent, malgré leur engagement au sein d'une organisation internationale, des Etats souverains ; le Mémoire n'a pas la prétention d'organiser un système de règlement explicitement juridictionnel mais il se contente d'une démarche pragmatique ; et la complexité des échanges commerciaux que le droit de l'OMC régule ainsi que les lourdeurs inhérentes à tout fonctionnement administratif et politique interétatique expliquent un besoin de temps afin que la mise en œuvre des décisions soit effective. Bien plus, ces deux difficultés peuvent être vues comme des atouts permettant d'imposer réellement, *in fine*, une force exécutoire que les modes de règlement des différends interétatiques ont en général beaucoup de mal à admettre. En effet, l'absence de reconnaissance du principe d'une force exécutoire a pour conséquence de ne pas brusquer des Etats qui pourraient se braquer contre le système mémorandaire et le rendre inefficace s'ils se sentaient pris au piège d'une contrainte outrancière. De même, la

¹⁹⁴⁴ WT/DS90/R, paragraphe 7.5.

¹⁹⁴⁵ Au 26 juin 2003, seuls 3 cas de dépassement peuvent être recensés. Encore sont-ils de bien piètres illustrations de ce dépassement. Il s'agit d'abord de l'affaire DS90 dans laquelle deux délais différents ont été fixés d'un commun accord entre les parties, le premier étant de 7 mois et le second de 19 mois en fonction des recommandations à mettre en œuvre. Ensuite, le délai de 12 mois fixé par arbitrage a été prolongé de 5 mois par accord entre les parties dans l'affaire DS160. Enfin, le délai raisonnable de l'affaire DS27 est fixé par arbitrage à 15 mois et une semaine, ce supplément permettant une date symboliquement plus claire.

possibilité de contourner le principe de l'immédiateté offre aux Membres la prévalence d'une fixation amiable de la date de la force exécutoire ainsi mieux acceptée et, par voie de conséquence, rendue effective et légitime.

Par ailleurs, la force exécutoire est dans certains cas rendue plus automatique par le dispositif textuel de l'OMC. En effet, même si cette occurrence est marginale par rapport au principe mémorandaire de l'immédiateté et par rapport à l'exception mémorandaire du délai raisonnable, l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires prévoit qu'un délai de mise en œuvre de la recommandation sera fixé par le groupe spécial même au sein de son rapport initial. Cet Accord dispose que « ***s'il est constaté que la mesure en question est une subvention prohibée, le groupe spécial recommandera que le Membre qui accorde la subvention la retire sans retard. A cet égard, le groupe spécial spécifiera dans sa recommandation le délai dans lequel la mesure doit être retirée*** »¹⁹⁴⁶. Les groupes spéciaux n'hésitent pas le cas échéant à fixer ce délai¹⁹⁴⁷. Dans ce cas, la force exécutoire est directement et précisément prévue, d'un point de vue temporel, par le groupe spécial dans la décision même. De la sorte, la fixation amiable du délai d'exécution n'est pas privilégiée ; le groupe spécial impose ce délai à la partie concernée. Ce faisant, et même si le principe d'immédiateté est clairement mis à l'écart, le groupe spécial renforce considérablement l'effectivité d'une force exécutoire qu'il attribue sans intervention extérieure – des parties d'un commun accord ou de l'arbitre de l'article 21 : 3 c) – à sa propre décision. Cette automaticité ne peut être généralisée dans la mesure où cette fixation du délai par le groupe spécial ne concerne que l'application d'un accord particulier de l'OMC mais elle est significative d'une absence de réticence quant à l'imposition d'une force exécutoire effective.

Le caractère exécutoire de la décision du groupe spécial éventuellement modifiée par celle de l'Organe d'appel est assuré par un mécanisme obligatoire renforcé par la pression d'un processus de surveillance. Dans un premier temps le principe de l'immédiateté est prôné et son caractère irréalisable, finalement décidé par la partie concernée seule, ne met pas en danger l'effectivité d'une force obligatoire car est prévue l'exception du délai raisonnable confiée à l'accord amiable entre les parties. Dans un second temps, le caractère exécutoire ne peut être victime d'un désaccord durable entre ces mêmes parties puisqu'un mécanisme juridictionnel d'arbitrage vient garantir la fixation définitive et sans recours de ce délai raisonnable. De la sorte, la force exécutoire s'impose et son effectivité est assurée *in fine* par un mécanisme juridictionnel, soit de manière directe si cet arbitrage est la seule façon de fixer le délai raisonnable d'exécution, soit de manière indirecte si le caractère « ***contraignant*** » de cet arbitrage est un repoussoir, assorti d'un processus de surveillance, au service d'une fixation amiable.

¹⁹⁴⁶ Article 4.7

¹⁹⁴⁷ Voir les rapports WT/DS46/R, paragraphe 8.5, WT/DS70/R, paragraphe 10.4, WT/DS108/R, paragraphes 8.5 à 8.8, WT/DS126/R, paragraphes 10.3 à 10.7, WT/DS139 et 142/R, paragraphes 11.6 à 11.7, et WT/DS222/R, paragraphe 8.4. Cette liste est exhaustive au 26 juin 2003. La conclusion du groupe spécial de l'affaire DS70 (Rapport WT/DS70/R) fixant un tel délai a été rappelée par l'Organe d'appel ayant examiné ce Rapport (dans le Rapport WT/DS70/AB/R, paragraphe 221) ; de la sorte, l'Organe d'appel avalise la démarche dudit groupe spécial et, plus généralement, consacre cette pratique en relevant son importance.

Le caractère exécutoire des décisions des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel contribue à l'identification d'une juridictionnalité. Comme souligné précédemment, il provient de l'articulation entre un mécanisme juridictionnel et un mécanisme de contrainte et a pour préluce et source la force exécutoire de la décision juridictionnelle initiale visant au règlement du différend. Cette force exécutoire est présentement établie et constitue un indice déterminant de l'effectivité du caractère exécutoire des décisions et, partant, de leur juridictionnalité. En outre, elle se réalise en cas de blocage de l'accord amiable entre parties par le biais d'un mécanisme juridictionnel qui est celui de l'arbitrage de l'article 21 : 3 c), de telle sorte que l'exécution des décisions des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel comporte dès ses prémices un mécanisme juridictionnel. Celui-ci peut contribuer à la détermination d'un mécanisme d'exécution que la force exécutoire préfigure et fonde et qui, partant, parachèvera la juridictionnalité du système mémorandaire.

chapitre II : L'exécution confirmative de la juridictionnalité

La décision juridictionnelle a pour effet, en sus de son opposabilité, son exécution. Celle-ci est par principe spontanée, du seul fait de la force exécutoire dont la décision est dotée. Cependant, elle peut au contraire être ineffective si la partie concernée par l'obligation d'exécuter refuse une telle exécution spontanée. Aussi la force exécutoire de la décision ne suffit-elle pas à assurer une exécution réelle. Si elle existe seule, l'exécution de la décision est effective mais elle ne l'est que dans la mesure où la partie concernée accepte d'exécuter ; son refus de se soumettre à cette obligation d'exécution entraîne l'inexécution de la décision juridictionnelle. En revanche, si elle s'accompagne d'un mécanisme de contrainte capable de suppléer la défaillance de volonté de la partie concernée par l'exécution, elle devient le fondement dudit mécanisme et contribue, à ce titre, à la réalisation d'un processus d'exécution plein garantissant en toute circonstance l'exécution effective de la décision.

La force exécutoire apparaît donc comme une condition nécessaire mais non suffisante de l'effectivité du caractère exécutoire de la décision juridictionnelle. Pour être effective, l'exécution nécessite un processus de contrainte favorisant en sa qualité de repoussoir l'exécution spontanée de la décision, voire obligeant à l'exécution la partie concernée récalcitrante, car « **aucun droit ne peut compter uniquement sur sa force morale pour se faire respecter** »¹⁹⁴⁸. Dans ce cadre, l'exécution des décisions se compose de deux parties indissociables : une force exécutoire dévolue à la décision et un mécanisme d'exécution forcée assurant cette force exécutoire, voire l'imposant. Ces deux parties ont une articulation particulière puisque le processus d'exécution est essentiellement fondé sur l'organisation d'un mécanisme d'exécution capable de contraindre ladite partie à exécuter effectivement cette décision mais il se fonde sur la force exécutoire qui en constitue le préluce et la source.

L'intérêt de l'étude d'un processus d'exécution peut paraître limité dans la présente démarche d'établissement d'une juridictionnalité du système mémorandaire. La question de savoir si un processus d'exécution complet vient assurer l'effet exécutoire de ce

¹⁹⁴⁸ P. Daillier et A. Pellet (N. Quoc Dinh †), *op. cit.*, p. 933.

système peut sembler peu en phase avec l'objectif majeur de caractérisation d'une juridictionnalité, dans la mesure où l'exécution de la décision émanant des instances de règlement mémorandaires ne constitue *a priori* qu'un effet de cette décision qui peut être qualifiée de juridictionnelle même en l'absence de son caractère exécutoire. Cependant, le processus d'exécution d'une décision visant à régler un différend peut renforcer la juridictionnalité du système générant cette décision : la fonction juridictionnelle n'est pas seulement de dire le droit applicable au différend de l'espèce mais également de participer à l'activation et à l'évolution du droit considéré ; elle ne pourrait être réalisée si l'absence d'un mécanisme solide d'exécution affectait l'effectivité de la décision qui en est le support.

Aussi l'analyse d'un éventuel processus d'exécution des décisions formulées par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel est-elle indispensable à la caractérisation complète d'une juridictionnalité et ne saurait-elle constituer simplement une étude des effets d'une décision à la juridictionnalité déjà avérée. Le processus d'exécution d'une décision de règlement ne saurait se résumer à cette force exécutoire qui n'en constitue que le fondement ; il doit apporter plus généralement un caractère exécutoire à la décision considérée par l'organisation d'un mécanisme d'exécution. Il a déjà été posé que ce mécanisme d'exécution se décompose en deux « **appareils** », l'un juridictionnel et l'autre de contrainte, et que leur articulation fonctionne selon une hiérarchie particulière : la contrainte est structurée et encadrée par la juridiction. Le mécanisme de contrainte (Section 2) est étroitement dépendant, concernant son impulsion, son contenu et sa légitimité, du mécanisme juridictionnel d'exécution (Section 1).

Section 1 : L'encadrement juridictionnel de l'exécution

L'identification d'un processus d'exécution des décisions des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel est à même de renforcer la juridictionnalité du système mémorandaire. Si la contrainte peut contribuer de manière déterminante à garantir l'exécution des décisions de règlement des différends, elle s'insère dans un processus plus large dont dépend, qui plus est, son efficacité. L'exécution suit la production, par le système juridictionnel considéré, d'une décision ayant force exécutoire. Elle « **est juridiquement organisée, ce qui suppose deux choses : l'existence d'un appareil de justice (...) capable (...) de décider quand le droit autorise l'exercice de la contrainte ; [et] (...) d'un appareil de contrainte au service de celui ou de ceux qui rendent la justice** »¹⁹⁴⁹. L'exécution se compose donc de deux « **appareils** », de justice et de contrainte, le premier délimitant et légitimant le second. Aussi le mécanisme de contrainte doit-il être structuré par un mécanisme juridictionnel d'exécution à même de garantir l'effectivité de la force exécutoire en assurant le bien-fondé et la réalisation d'une contrainte et en en déterminant le contenu.

L'identification d'un processus d'exécution des décisions rendues par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel est à même de parachever la juridictionnalité du système mémorandaire. Ce processus particulier peut être supposé non seulement par l'effectivité d'une force exécutoire précédemment démontrée mais aussi par une simple et rapide

¹⁹⁴⁹ M. Virally, *Le droit international en devenir*, op. cit., pp. 93-94.

lecture du Mémorandum. Sur le premier point, la force exécutoire attachée à la décision de règlement constitue le prélude et le fondement d'un mécanisme proprement exécutoire ; en outre, dans le cadre mémorandaire, cette force exécutoire est assurée *in fine* par un mécanisme juridictionnel de telle sorte que l'articulation entre contrainte et juridiction se trouve dans ce cas existante et pourrait très bien préfigurer une articulation identique caractéristique d'un mécanisme exécutoire que cette force exécutoire pourrait fonder. Le système mémorandaire comporte ainsi un mécanisme susceptible de favoriser un processus exécutoire plein. Sur le second point, le Mémorandum semble indiquer que la décision issue de l'articulation entre le groupe spécial et l'Organe d'appel est suivie d'un mécanisme exécutoire : il ne s'arrête pas à l'organisation d'un processus décisionnel de règlement des différends assorti d'une force exécutoire mais complète l'effet exécutoire de la décision par des dispositions axées sur la « **surveillance de la mise en œuvre des recommandations et décisions** »¹⁹⁵⁰, les « **compensation et suspension de concessions** »¹⁹⁵¹ et la « **réparation** »¹⁹⁵² constituant un « **renforcement du système multilatéral** »¹⁹⁵³.

Le système mémorandaire semble donc bien prévoir un processus d'exécution des décisions qu'il formule. Ces indices restent cependant insuffisants et la reconnaissance d'un tel processus d'exécution doit passer, avant la reconnaissance d'un appareil de contrainte¹⁹⁵⁴, par l'identification d'un mécanisme juridictionnel d'exécution susceptible de structurer et légitimer une contrainte effective. La garantie d'une force exécutoire est assurée par un mécanisme juridictionnel qui est celui de l'arbitrage de l'article 21 : 3 c), ce qui constitue le premier pas d'une juridictionnalité de l'exécution. Cette garantie doit être complétée par la reconnaissance d'un processus juridictionnel capable d'organiser une contrainte *stricto sensu*.

Une fois effective la force exécutoire de la décision émanant des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel, par principe immédiatement ou par exception après un délai raisonnable, la partie concernée doit exécuter ladite décision. Elle est alors susceptible de s'appliquer un processus d'exécution fondé sur la force exécutoire de la décision rendue et pouvant aller jusqu'à la contrainte encadrée par un mécanisme juridictionnel d'exécution. Or, si la recherche et la caractérisation d'un processus d'exécution est indispensable au parachèvement de l'identification d'une juridictionnalité, encore faut-il non seulement que le contenu même de la décision donne matière à exécution, mais également que cette matière exécutoire soit caractérisée. En effet, le contenu exécutoire de la décision est soumis à une double variabilité : son existence n'est pas automatiquement avérée ; sa matérialité n'est pas constante. Pour appréhender cette

¹⁹⁵⁰ Intitulé de l'article 21.

¹⁹⁵¹ Intitulé de l'article 22.

¹⁹⁵² Article 23 : 1.

¹⁹⁵³ Intitulé de l'article 23.

¹⁹⁵⁴ Cet appareil de contrainte fait l'objet de la Section suivante.

variabilité existentielle et matérielle, il n'est nécessaire ni de dresser une liste exhaustive de toutes les formes d'exécution qu'une décision *a priori* juridictionnelle peut induire ni d'envisager tous les mécanismes juridictionnels d'exécution ainsi que tous les types de contraintes qui les accompagnent ; cette démarche n'est pas pertinente dans le cadre de la présente recherche de juridictionnalité d'un système particulier de règlement des différends. En réalité, il est assez aisé de distinguer cette double variabilité à travers quelques exemples de types distincts d'exécution qui peuvent se rencontrer dans la diversité des décisions issues de multiples systèmes juridictionnels différents¹⁹⁵⁵.

Ces exemples de types distincts d'exécution découlent immédiatement des conclusions diverses que peuvent formuler différents types de décisions juridictionnelles envisagés. Le juge dit le droit applicable à la situation concrète qui lui est soumise et la conclusion de la décision exprimant ce *juris dictio* varie en fonction du droit que ledit juge applique. Ainsi, ce juge pourra par exemple prononcer une sanction, une réparation, une nullité, une illégalité, l'application d'un régime juridique particulier ou encore la reconnaissance d'une situation juridique précise. Cette liste de catégories de conclusions n'est pas exhaustive, loin s'en faut, et les illustrations qu'elle donne ne sont pas exclusives les unes des autres. Elle suffit néanmoins à révéler que le processus d'exécution sera, dans son existence comme dans sa matérialité, variable en fonction de la conclusion exécutoire de la décision juridictionnelle. Par exemple, le prononcé d'une sanction nécessite un traitement juridictionnel de l'application et du suivi de cette sanction ainsi qu'un mécanisme de contrainte réalisant cette sanction, alors que le prononcé d'une nullité est *a priori* exécuté dès qu'il est formulé du seul fait du caractère obligatoire de la décision.

La double variabilité du contenu exécutoire de la décision est donc théoriquement avérée. En effet, le critère unique de juridictionnalité attribué à un ensemble de décisions n'implique pas une unicité matérielle du contenu exécutoire de ces décisions. En réalité, certaines d'entre elles ne nécessitent qu'un processus d'exécution sommaire pouvant se cantonner à la seule force exécutoire de la décision alors que d'autres impliquent un processus d'exécution plus ou moins conséquent pour que leur force exécutoire soit suivie d'une exécution effective. Ainsi, la matérialité exécutoire de la décision, étant variable, est susceptible d'agir de manière déterminante sur le contenu du processus d'exécution dans sa réalité aussi bien juridictionnelle que contraignante. Le visage et l'action, tant du juge de l'exécution que de la contrainte qui peut en découler, seront soumis à des variations en fonction du type d'exécution que la décision juridictionnelle induit.

Ayant de manière évidente une influence déterminante sur le processus d'exécution considéré et, au premier chef, sur le mécanisme juridictionnel d'exécution constitutif de ce

¹⁹⁵⁵ Le contenu exécutoire d'une décision juridictionnelle peut, par ailleurs, n'être pas présent si la décision donne raison au défendeur. Dans ce cas, l'exécution se résume à la force obligatoire de la décision que le défendeur pourra opposer au plaignant. Cette éventualité n'est pas envisagée ici avec beaucoup d'insistance dans la mesure où elle ne remet pas en cause la réalité d'un processus d'exécution. En effet, si une instance juridictionnelle peut donner raison au défendeur, elle peut aussi lui donner tort et la décision formulant ces torts devra, quant à elle, être exécutée. Aussi un processus d'exécution s'appliquera bien au système de règlement ayant abouti à ce type de décision, même s'il ne sera pas, en l'espèce, activé.

processus, la matérialité exécutoire de la décision doit être recherchée et caractérisée. Cette démarche constitue l'indispensable préalable à l'identification d'un processus d'exécution, car non seulement l'absence de matérialité exécutoire de la décision induirait l'inutilité et, partant, l'absence d'un processus effectif d'exécution, mais également les caractéristiques de cette matérialité, si elle est avérée, sont autant de spécificités de ce processus. En outre, la question de la matérialité exécutoire des décisions issues du fonctionnement du système mémorandaire prend un relief particulier, d'abord du fait de la nécessité de rassembler un maximum de preuves d'une juridictionnalité loin d'être évidente, ensuite du fait de l'originalité apparente de décisions qui ne sont pas explicitement juridictionnelles et qui s'appliquent à des Etats traditionnellement hostiles à tout mécanisme de contrainte extérieure à leur propre souveraineté. Dans ce cadre, l'établissement d'une réelle matérialité exécutoire des décisions mémorandaires aura pour vertu de contribuer à la constatation d'une juridictionnalité par la démonstration de la nécessité d'un processus d'exécution ; et la caractérisation de cette matérialité exécutoire participera à l'identification d'un mécanisme juridictionnel d'exécution en le définissant.

La matérialité exécutoire de la décision du groupe spécial telle qu'éventuellement modifiée par l'Organe d'appel doit clairement apparaître dans le Mémoire. Certes, il a déjà été montré l'effectivité d'une force exécutoire assurée par le Mémoire et systématiquement garantie par la pratique. Mais cet effet de la décision des instances mémorandaires ne reste qu'un vœu pieux dans un cadre uniquement théorique si ladite décision ne donne pas matière à exécution, c'est-à-dire si la décision est exécutoire mais n'est point exécutable. En bref, il a déjà été établi que la fonction des instances de règlement mémorandaires était de dire le droit applicable au comportement d'un Membre qu'un autre Etat Membre considère comme non-conforme avec le droit de l'OMC et pour lequel il décide d'enclencher le système de règlement mémorandaire.

Aussi la décision issue des instances mémorandaires devrait-elle logiquement répondre à la question de la conformité dudit comportement avec le droit applicable et, par voie de conséquence, contenir une matérialité exécutoire du fait même de cette décision : soit les instances concluent à une conformité du comportement et la matérialité exécutoire se traduit simplement par l'opposabilité de la décision au plaignant de la part du défendeur¹⁹⁵⁶ ; soit elles concluent à la non-conformité dudit comportement, auquel cas la matérialité exécutoire consiste en l'obligation pour le défendeur de stopper son comportement non-conforme ou de le rendre conforme au droit de l'OMC. La décision que les instances mémorandaires rendent est une décision de conformité qui est supposée, à ce titre, contenir une matière exécutoire susceptible d'induire l'enclenchement d'un processus d'exécution.

Cependant, le Mémoire est particulièrement confus sur ce point, de telle sorte qu'il est *a priori* difficile d'affirmer la présence d'une telle matérialité exécutoire. Il n'affirme pas clairement que la décision rendue est une décision de conformité ou de non-conformité du comportement par rapport au droit de l'OMC applicable. Quand il traite

¹⁹⁵⁶ Ici, la matérialité exécutoire ne se traduit que par l'opposabilité découlant de la force obligatoire de la décision mais ce mouvement n'induit pas pour autant un rejet de cette matérialité, car cette traduction n'est que la résultante de la conclusion particulière d'une conformité.

de l'aboutissement du processus de règlement qu'il organise relativement au différend initial, le Mémoire préfère parler de « **décisions et recommandations** »¹⁹⁵⁷, de « **constatations et recommandations** »¹⁹⁵⁸ ou encore d'une action de « **formuler des recommandations ou (...) statuer sur la question** »¹⁹⁵⁹, tant et si bien que la décision issue des instances mémorandaires semble davantage se présenter comme un conseil technique que comme une déclaration de conformité. Certes, le Mémoire semble exprimer l'idée d'une décision de conformité quant il précise que « **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 la rende conforme audit accord** »¹⁹⁶⁰. Mais ce type de décision n'est qu'implicitement reconnu et sa réalité est fragilisée par deux nuances : il est question d'incompatibilité et non de non-conformité, ce qui induit la reconnaissance d'une liberté assez grande des Membres dans la détermination de leurs propres comportements qui doivent simplement ne pas être incompatibles mais qui ne doivent pas être forcément conformes au droit de l'OMC applicable ; il est question de recommandation visant à atteindre la conformité et non d'exigence de conformité ou encore d'obligation contraignante de mise en conformité.

Nonobstant, cette confusion du Mémoire n'est qu'apparente. Encore une fois, le pragmatisme et la prudence du texte empêchent la reconnaissance explicite d'une contrainte imposée aux Etats Membres. Le système mémorandaire préférera formellement constater que juger, recommander que condamner. Il faut rechercher à nouveau dans le fonctionnement effectif du système de règlement quel est en réalité le type d'exécution qu'induit la décision, même si cette dernière n'est en apparence qu'un conseil technique. Aussi les deux nuances, précédemment évoquées, fragilisant la détermination d'une matérialité exécutoire doivent-elles être examinées.

La première nuance concernait la préférence marquée pour l'incompatibilité au détriment de la non-conformité. En réalité, elle ne saurait menacer la reconnaissance d'une telle matérialité car le droit de l'OMC a pour objectif la régulation des échanges commerciaux entre les Etats Membres, la fixation de limites et de mécanismes de promotion de ces échanges, et non l'imposition d'un régime juridique strict auquel les Etats n'auraient d'autre choix que de se conformer pour tout échange commercial entrepris. Et, à ce titre, le droit de l'OMC n'est pas un ensemble de règles juridiques hiérarchiquement supérieures auxquelles les actes juridiques des Etats Membres doivent automatiquement se conformer mais il est un cadre dans lequel se réalisent et se développent les échanges commerciaux entre Etats. En outre, et plus généralement, un mécanisme juridictionnel est à distinguer d'un mécanisme de contrôle *stricto sensu*, le premier étant saisi pour prononcer le droit applicable à une situation factuelle déterminée c'est-à-dire pour vérifier une compatibilité entre faits et droit, alors que le second vérifie le

¹⁹⁵⁷ Article 2 : 1. Voir dans le même sens, pour exemple, l'article 21 : 1.

¹⁹⁵⁸ Voir pour exemple l'article 19 : 2.

¹⁹⁵⁹ Article 7 : 1. Voir également pour exemples les articles 3 : 4 et 11.

¹⁹⁶⁰ Article 19 : 1.

respect d'une hiérarchie juridique, c'est-à-dire la conformité d'une norme à une autre norme qui lui est supérieure. Il est donc parfaitement normal que les groupes spéciaux et l'Organe d'appel n'exercent pas un réel contrôle de conformité des actes étatiques par rapport au droit de l'OMC mais plutôt jugent de la compatibilité de ces actes avec ce droit.

Quant à la seconde nuance, relative à la préférence marquée pour la recommandation au détriment de l'exigence, elle n'est en réalité que formelle. M. Pace, certes, constate que « **les recommandations (...) n'ont en théorie aucun caractère obligatoire. Il est généralement admis que la recommandation se définit négativement par son absence de force obligatoire. D'un point de vue strictement juridique, la recommandation adressée aux Etats Membres se présente comme une simple proposition : son destinataire n'est obligé de rien, ni à l'appliquer, ni même à tenir compte de son existence** »¹⁹⁶¹ ; mais ce même auteur s'empresse de préciser qu' « **il faut (...) dépasser l'acception classique et l'insuffisance de la définition traditionnelle des recommandations** » et constater que « **les recommandations de l'ORD n'ont pas seulement des effets juridiques renforcés. Elles ont aussi une force juridique obligatoire** »¹⁹⁶². Aussi la préférence donnée à la recommandation sur l'obligation n'a-t-elle que peu d'effet sur le contenu exécutoire de la décision formulée par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel. Le manque de clarté du Mémoire ne fait donc pas obstacle à la matérialité exécutoire des décisions des groupes spéciaux telles qu'éventuellement modifiées par l'Organe d'appel.

Cette constatation issue de l'analyse textuelle du Mémoire est confirmée en pratique par la lecture des conclusions des différents rapports rédigés par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel. Les groupes spéciaux non seulement énoncent systématiquement dans leurs conclusions la compatibilité ou l'incompatibilité du comportement étatique en cause avec les obligations de la partie défenderesse au titre de tel accord OMC¹⁹⁶³, mais également recommandent que l'ORD demande à la partie concernée de rendre le comportement en cause conforme à ses obligations au titre de tel accord de l'OMC¹⁹⁶⁴. Aussi les groupes spéciaux formulent-ils et des conclusions et des recommandations¹⁹⁶⁵. Ils ne se contentent pas d'examiner la compatibilité d'un

¹⁹⁶¹ V. Pace, *L'Organisation Mondiale du Commerce et...*, op. cit., p. 220.

¹⁹⁶² *Ibid.*, pp. 220 et 225. Se reporter pour une analyse détaillée de la recommandation dans le cadre mémorandaire et de son caractère exécutoire réel à la pertinente étude de M. Pace, pp. 218-226.

¹⁹⁶³ Dans la grande majorité des cas, les groupes spéciaux emploient une formule récurrente peu ou prou identique à celle présentement énoncée (voir sur ce point le Titre Précédent) ; la plus grande variété observable est celle des comportements des Membres qui sont qualifiés très diversement. Parfois, la formulation de la conclusion varie de manière plus significative ; par exemple, il est énoncé que « *les versements au titre du contrat de don sont des subventions au sens de l'article premier de l'Accord SMC* » (WT/DS126/R, paragraphe 10.1), que « *le Décret viole l'article III: 4 du GATT de 1994* » (WT/DS135/R, paragraphe 9.1), que « *la Loi de 1916 est contraire aux articles 1^{er}, 4 et 5.5 de l'Accord antidumping* » (WT/DS136/R, paragraphe 7.1), que la partie « *n'a pas rempli les obligations qui lui incombent au titre de l'article 70: 8 a) (...) de l'Accord sur les ADPIC* » (WT/DS50/R, paragraphe 8.1) ou encore que « *les mesures en cause (...) contreviennent aux articles XI: 1 et XVIII: 11 du GATT de 1994 et qu'elles ne sont pas justifiées par l'article XVIII: B* » (WT/DS90/R, paragraphe 6.1). Néanmoins, il s'agit toujours de répondre à la question de la compatibilité d'un comportement avec une disposition tirée des accords constituant le droit de l'OMC.

comportement étatique avec le droit applicable mais insistent également sur la nécessité d'une mise en conformité. Certes, il est bien précisé dans chaque rapport que cette mise en conformité passe par l'ORD, le groupe spécial ne faisant que recommander que l'ORD la demande à la partie concernée. Cependant, cette précision du groupe spécial n'est en réalité que formelle puisque le rôle intermédiaire de l'ORD est annihilé par le mécanisme du consensus négatif¹⁹⁶⁶. Ainsi, les groupes spéciaux formulent explicitement une matière exécutoire dans les décisions qu'ils énoncent, implicitement en traitant de la compatibilité d'un comportement étatique avec le droit de l'OMC et plus explicitement en recommandant que la mise en conformité par le Membre concerné de son comportement lui soit demandée.

Quant à l'Organe d'appel, ses rapports ne contiennent pas une matière exécutoire aussi explicite, car la fonction de cet Organe n'est pas l'examen de la compatibilité des agissements étatiques avec les dispositions du droit de l'OMC mais elle consiste en la confirmation ou l'infirmité des constatations et conclusions juridiques formulées par les groupes spéciaux. Cependant, comme les groupes spéciaux, l'Organe d'appel, après avoir confirmé ou infirmé ces constatations et conclusions, recommande le cas échéant que l'ORD demande à la partie concernée de rendre son comportement conforme à ses obligations au titre de tel accord de l'OMC. Il précise d'ailleurs dans ce cas qu'il s'agit du comportement « **qui, dans le présent rapport et dans le rapport du Groupe spécial, tel qu'il est modifié par le présent rapport, est jugée incompatible avec** »¹⁹⁶⁷ les obligations au titre de telles dispositions de tel accord de l'OMC. La matière exécutoire est

¹⁹⁶⁴ Ici aussi, la formule présentement énoncée est quasi-systématiquement, quand une incompatibilité a préalablement été constatée, employée sous une forme fortement similaire. Les seules variations de cette formule sont inhérentes à la diversité des comportements visés par le groupe spécial.

¹⁹⁶⁵ Quelques rapports de groupes spéciaux se contentent de conclusions et s'abstiennent de formuler explicitement des recommandations. Il s'agit, au 26 septembre 2003, des rapports WT/DS44/R, WT/DS152/R, WT/DS243/R, WT/DS58/RW, et WT/DS126/RW. Ce faisant, ces cinq groupes spéciaux ont négligé de montrer clairement la soumission formelle de leurs rapports à l'adoption automatique de l'ORD puisque ce sont les recommandations qui, normalement, précisent la mission d'aide à la décision de l'ORD, aide impartie aux groupes spéciaux. De la sorte, ces instances n'ont sans doute pas estimé nécessaire de rechercher une légitimation de leurs constatations et conclusions auprès de l'ORD. Certes, les trois premiers rapports concluent à une absence totale d'incompatibilité du comportement du Membre concerné avec le dispositif juridique écrit de l'OMC, ce qui explique l'absence de recommandations. Certes, les deux derniers rapports découlent de l'enclenchement de l'article 21 : 5, ce qui rend cette négligence plus facilement justifiable par le seul fait que, des recommandations initiales ayant déjà été formulées, il est concevable qu'elles ne soient pas répétées lors de cette nouvelle procédure de règlement. Néanmoins, il reste que, ce faisant, ces groupes spéciaux font fi de l'autorité politique de l'ORD et de la légitimité qu'il peut leur apporter. S'il est trop tôt pour conclure à une émancipation progressive des groupes spéciaux et à l'affirmation de leur fonction juridictionnelle, ces cinq cas peuvent tout de même constituer des exemples pour les futurs groupes spéciaux de l'inutilité de recommandations adressées à un ORD de toute façon impuissant du point de vue juridique.

¹⁹⁶⁶ Il faut d'ailleurs noter qu'ici encore l'ORD n'est que le prétexte permettant au groupe spécial de ne pas se contenter d'un rôle de conseiller technique mais d'imposer indirectement une exécution à la partie concernée sans pour autant prendre seul la responsabilité de l'imposition d'une exécution et conférer seul une légitimité certaine à la décision prise et à ses effets induits en termes d'opposabilité et d'exécution.

donc bien, ici aussi, formulée par les conclusions et recommandations de l'Organe d'appel qui, à cet égard, renvoie clairement à la matière exécutoire formulée par le groupe spécial dont il examine le rapport d'un point de vue juridique. En outre, l'Organe d'appel constituant au sein du système mémorandaire une instance de cassation sans renvoi, il a non seulement pour fonction de confirmer ou d'infirmer les rapports des groupes spéciaux mais également de les modifier le cas échéant. A ce titre, il va pouvoir parfois formuler ses propres constatations quand celles du groupe spécial ont été infirmées. Aussi l'Organe d'appel insère-t-il également dans ce cas une matière exécutoire aux décisions qu'il prend, matière qui sera, soit celle du groupe spécial confirmée voire revue, soit celle distincte de la matière formulée par le groupe spécial puisque s'y substituant.

De plus, en pratique, la matérialité exécutoire ne semble pas s'arrêter aux conclusions et recommandations formulées par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel. Le Mémoire prévoit en effet que, « **outre 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** »¹⁹⁶⁸. De la sorte, le Mémoire paraît bien, de même, insister sur la matérialité exécutoire des décisions prises par les instances de règlement mémorandaires. Cette constatation est cependant à manier avec précaution. D'abord, il ne s'agit que de suggestions et non de règles obligatoires que le Membre concerné doit appliquer dans le cadre de l'exécution de la décision. Ensuite, la formulation de ces suggestions n'est pas systématique ; elle n'est qu'une possibilité offerte aux instances mémorandaires. Enfin, les instances mémorandaires « **ont fait preuve jusqu'à présent d'une très grande retenue en la matière. Il est clair que les groupes spéciaux hésitent à s'engager dans un domaine où les Etats ont une obligation de résultat et non de moyens** »¹⁹⁶⁹.

Cette « **retenue** » des instances mémorandaires relative à la pratique des suggestions doit être précisée. Elle est d'abord observable dans le comportement des groupes spéciaux qui n'utilisent en général la possibilité de suggérer qu'à la condition que la partie plaignante le leur demande¹⁹⁷⁰, alors que le Mémoire n'impose nullement la condition préalable d'une demande étatique¹⁹⁷¹. Partant, elle est ensuite consécutive à la rareté des demandes de suggestions formulées par les parties plaignantes et, par voie

¹⁹⁶⁷ Cette formulation est tirée du Rapport de l'Organe d'appel WT/DS108/AB/R, paragraphe 178 mais elle n'est qu'une illustration de la formule récurrente et quasiment identique que tous les rapports de l'Organe d'appel emploient. Seules quelques exceptions sont notables ; elles concernent des rapports, en nombre très faibles, qui concluent à une nécessaire absence de recommandations, par exemple du fait d'une absence d'incompatibilité (WT/DS135/AB/R, paragraphe 193) ou encore du fait d'une mesure en cause qui a cessé d'exister (WT/DS165/AB/R, paragraphe 129), ou qui semblent négliger de préciser cette formule peut-être redondante (voir pour exemple les rapports WT/DS56/AB/R, WT/DS60/AB/R et WT/DS62, 67 et 68/AB/R). Cette dernière négligence insiste implicitement sur la centralité du rapport du groupe spécial et sur le rôle particulier de l'Organe d'appel qui se limite aux questions de droit ; l'Organe d'appel, en n'adressant pas de recommandations particulières et en ne prenant pas même soin de celles formulées par le groupe spécial, s'en remet totalement pour ce qui est de ces recommandations à celles préalablement énoncées par ledit groupe spécial.

¹⁹⁶⁸ Article 19 : 1.

¹⁹⁶⁹ H. Ruiz Fabri, « Le contentieux de l'exécution... », *op. cit.*, p. 621.

de conséquence, au faible nombre des rapports traitant de la question des suggestions, que ce soit pour les formuler ou pour les refuser¹⁹⁷². En outre, un tiers des rapports les traitant refuse de formuler des suggestions demandées par une partie¹⁹⁷³ : ils estiment qu'il n'existe pas une seule façon de mettre en œuvre des recommandations formulées¹⁹⁷⁴ ; ils considèrent la limitation du domaine des suggestions prévu par le Mémoire¹⁹⁷⁵ ou la distinction entre recommandation et suggestion¹⁹⁷⁶, compte tenu des lacunes de la demande de suggestions formulée par le plaignant¹⁹⁷⁷ du fait du traitement insuffisant de la question dans le rapport¹⁹⁷⁸ ; ou plus simplement ils estiment qu'une telle suggestion n'est pas nécessaire¹⁹⁷⁹ ou n'est qu'un pouvoir discrétionnaire¹⁹⁸⁰. Enfin, les groupes spéciaux mettent en place un régime strict des suggestions de telle sorte que leur effectivité et leur développement sont particulièrement limités.

Sur ce dernier point, il faut noter que les groupes spéciaux ne profitent pas de l'opportunité que leur offre le Mémoire, en leur autorisant la formulation de suggestions, pour augmenter la matière exécutoire des décisions qu'ils prennent. En effet, ils envisagent de manière très restrictive cette opportunité. La constatation d'un « **éventail des possibilités** »¹⁹⁸¹ s'offrant à la partie devant mettre en œuvre les recommandations

¹⁹⁷⁰ Au 26 juin 2003, seuls les rapports WT/DS24/R, paragraphe 8.3, WT/DS50/R, paragraphe 8.2, et WT/DS90/R, paragraphes 7.1 à 7.7, font état de suggestions qui ne paraissent pas avoir été demandées par la partie plaignante mais semblent spontanées, soit 3 rapports sur les 18 traitant de la question des suggestions.

¹⁹⁷¹ Se reporter à l'article 19 : 1 qui dispose simplement que « *le groupe spécial ou l'Organe d'appel pourra suggérer (...)* ».

¹⁹⁷² Au 26 juin 2003, sur 72 rapports de groupes spéciaux contenant des recommandations, seuls 18 d'entre eux traitent de la question des suggestions.

¹⁹⁷³ Soit, au 26 juin 2003, 11 rapports sur les 15 traitant de la question des suggestions demandées par des parties. Ce chiffre doit être relativisé car certains refus sont partiels (voir pour exemple le Rapport WT/DS60/R, paragraphes 8.1 à 8.6) et, par ailleurs, certains groupes spéciaux formulent des considérations qui ne sont pas formellement des suggestions mais qui peuvent s'y apparenter (sur ce dernier point, voir *infra*). Cette dernière pratique est cependant très marginale.

¹⁹⁷⁴ Voir dans ce sens les rapports WT/DS99/R, paragraphe 7.4, WT/DS179/R, paragraphe 7.10, WT/DS202/R, paragraphe 8.6.

¹⁹⁷⁵ Voir le Rapport WT/DS46/RW, paragraphe 7.3. Voir dans le même sens le Rapport WT/DS70/RW, paragraphe 6.4.

¹⁹⁷⁶ Voir le Rapport WT/DS60/R, paragraphe 8.1 à 8.6.

¹⁹⁷⁷ Voir le Rapport WT/DS138/R, paragraphe 8.2.

¹⁹⁷⁸ Voir le Rapport WT/DS184/R, paragraphes 8.12 à 8.14.

¹⁹⁷⁹ Voir le Rapport WT/DS206/R, paragraphe 8.8.

¹⁹⁸⁰ Voir le Rapport WT/DS231/R, paragraphe 8.3. Voir dans le même sens le Rapport WT/DS219/R, paragraphe 8.11.

¹⁹⁸¹ WT/DS99/R, paragraphe 7.4.

empêche la formulation de suggestions ¹⁹⁸² qui, en définitive, ne devient possible que s'il n'existe qu'un seul moyen de mise en œuvre ¹⁹⁸³. Une ouverture est perceptible quand deux groupes spéciaux fondent les suggestions qu'ils énoncent non pas sur l'unicité du moyen de mise en œuvre mais sur le fait que ce moyen est « **la meilleure manière de réaliser cette mise en conformité** » ¹⁹⁸⁴. Néanmoins, cette ouverture est bien mince car cette condition de pertinence est très restrictive et ne supprime pas réellement la condition d'unicité, comme l'a récemment affirmé un groupe spécial en ne considérant « **pas que la suggestion demandée (...) soit la seule façon, ou nécessairement la façon la plus appropriée, dont (...) [la partie concernée pourrait] mettre en œuvre notre recommandation** » ¹⁹⁸⁵.

En outre, les groupes spéciaux s'abstiennent de systématiser la formulation de suggestions mais préfèrent considérer que, « **en vertu de l'article 19: 1 du Mémorandum d'accord, les groupes spéciaux ont le pouvoir discrétionnaire ("pourr[ont]") de suggérer à un Membre des façons de mettre en œuvre la recommandation (...). Toutefois, un groupe spécial n'est évidemment pas tenu de formuler une suggestion s'il estime qu'il n'y a pas lieu de le faire.** » ¹⁹⁸⁶. Ils s'auto-limitent quant à la priorité qu'ils donnent à leurs propres suggestions en estimant que « **le groupe spécial peut, tout au plus, suggérer au Membre des façons de mettre en œuvre adéquatement cette recommandation. Toutefois, c'est au Membre concerné qu'il appartient en premier lieu de déterminer les modalités de mise en œuvre d'une recommandation d'un groupe spécial ou de l'Organe d'appel, comme le confirme le libellé de l'article 21: 3** » ¹⁹⁸⁷ qui « **établit nettement une distinction entre la recommandation d'un groupe spécial et les moyens par lesquels cette recommandation doit être mise en œuvre. La première est régie par l'article 19: 1 et se limite à une forme particulière. Les seconds peuvent être suggérés par un groupe spécial, mais le choix des moyens est décidé, en premier lieu, par le Membre concerné** » ¹⁹⁸⁸.

La seule exception à cette absence de systématisation pourrait résider dans l'article 4.7 de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires qui dispose que si « **la**

¹⁹⁸² Voir dans le même sens les rapports WT/DS179/R, paragraphe 7.10 et WT/DS202/R, paragraphe 8.6.

¹⁹⁸³ Voir les rapports WT/DS60/R, paragraphe 8.6, et WT/DS156/R, paragraphe 9.6.

¹⁹⁸⁴ WT/DS24/R, paragraphe 8.3, et, dans le même sens, WT/DS192/R, paragraphe 8.5.

¹⁹⁸⁵ WT/DS202/R, paragraphe 8.6.

¹⁹⁸⁶ WT/DS156/R, paragraphe 9.5. Voir dans le même sens les rapports WT/DS179/R, paragraphe 7.8, WT/DS202/R, paragraphe 8.6, WT/DS231/R, paragraphe 8.3.

¹⁹⁸⁷ WT/DS60/R, paragraphe 8.3. Voir dans le même sens les rapports WT/DS184/R, paragraphe 8.11, WT/DS206/R, paragraphe 8.8.

¹⁹⁸⁸ WT/DS60/R, paragraphe 8.8. Voir dans le même sens le Rapport WT/DS184/R, paragraphe 8.11.

mesure en question est une subvention prohibée, le groupe spécial recommandera que le Membre (...) la retire sans retard ». Dans ce cas, il n'est pas question d'une suggestion discrétionnaire telle que le Mémorandum l'envisage mais d'une recommandation « **améliorée** » dans le sens où elle ne se contente pas de constater le caractère prohibé de la mesure en cause mais en déduit la nécessité de son retrait. Néanmoins, même si cette recommandation s'apparente à une suggestion dans le sens où elle exprime une mise en œuvre, elle est trop impérative – donc trop éloignée du modèle de la suggestion mémorandaire – et trop rare – donc trop peu imposante – pour constituer une véritable exception ¹⁹⁸⁹.

Aussi, « **ces suggestions relatives à la mise en œuvre ne font pas partie de la recommandation et ne sont pas contraignantes pour le Membre concerné** » ¹⁹⁹⁰. Les suggestions formulées sont, en définitive, relativement techniques, annexes au règlement du différend et semblent parfois être simplement les conséquences naturelles des problèmes que le différend et sa résolution posent. Par exemple, les suggestions concernent la prise en compte particulière des situations contemporaines de la période d'activité du comportement étatique litigieux ¹⁹⁹¹, la fixation future du délai raisonnable de mise en œuvre des recommandations ¹⁹⁹² ou encore la révision des pratiques administratives nationales afin que la violation constatée par le groupe spécial ne puisse se reproduire à l'avenir ¹⁹⁹³. Cette approche de la suggestion est empreinte de pragmatisme. Elle répond au souci d'assurer efficacement et sans heurts le bon développement des échanges commerciaux que le droit de l'OMC encadre.

En réalité, les suggestions moins techniques et plus centrales par rapport à la mise en œuvre des recommandations concernent toutes l'abrogation de la mesure en cause ou plus généralement la suppression du comportement déclaré non-conforme au droit applicable ¹⁹⁹⁴. Elles ne contiennent donc pas un processus technique élaboré et strict de mise en conformité qui pourrait conférer au groupe spécial une compétence d'aide technique au règlement des problèmes particuliers que les Etats pourraient rencontrer dans la mise en œuvre des dispositions du droit de l'OMC. Au contraire, cette vacuité quantitative et qualitative des suggestions contribue à établir encore la juridictionnalité du système mémorandaire à travers des groupes spéciaux axés sur le règlement des différends et non sur l'élaboration de conseils techniques d'activation et de respect du droit de l'OMC.

¹⁹⁸⁹ Voir pour une étude plus détaillée du mécanisme de l'article 4.7 de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires la Section précédente.

¹⁹⁹⁰ WT/DS60/R, paragraphe 8.2. Voir dans le même sens le Rapport WT/DS184/R, paragraphe 8.6.

¹⁹⁹¹ Voir sur ce point le Rapport WT/DS50/R, paragraphe 8.2.

¹⁹⁹² Voir sur ce point le Rapport WT/DS90/R, paragraphes 7.1 à 7.7.

¹⁹⁹³ Voir sur ce point le Rapport WT/DS138/R, paragraphe 8.2.

¹⁹⁹⁴ Voir les recommandations formulées dans les rapports WT/DS24/R, WT/DS60/R, WT/DS156/R et WT/DS192/R.

Et cette juridictionnalité est confirmée moins implicitement par les groupes spéciaux qui considèrent clairement que leur mission est d'examiner prioritairement les questions soulevées par le différend et non les **« questions systémiques importantes concernant la nature des actions nécessaires pour mettre en œuvre une recommandation faite »**¹⁹⁹⁵, ce qui les incite d'ailleurs à refuser la formulation de suggestions. De même, un groupe spécial précise se cantonner à son rôle juridictionnel de règlement des différends et ne pas s'immiscer dans une fonction de conseiller technique quand il renvoie pour les problèmes de mise en œuvre des recommandations au processus que le Mémorandum organise, en affirmant que, **« bien entendu, il se peut que le Membre ayant obtenu gain de cause dans le différend ne soit pas satisfait de la façon dont le Membre a mis en œuvre la recommandation. Le Mémorandum d'accord envisage cette possibilité et prévoit le recours aux procédures de règlement des différends pour résoudre pareils désaccords »**¹⁹⁹⁶.

Quant à l'Organe d'appel, la pratique des suggestions lui est étrangère malgré la disposition du Mémorandum qui, comme pour les groupes spéciaux, lui permet de formuler de telles suggestions¹⁹⁹⁷. En outre, il n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur la pratique des suggestions menée par les groupes spéciaux¹⁹⁹⁸. La question lui a été posée à l'occasion d'une affaire particulière mais, ayant constaté l'incompétence du groupe spécial pour examiner le différend en question, il en a conclu n'avoir pas **« d'autre possibilité que de ne formuler aucune conclusion sur le point de savoir si le Groupe spécial avait raison ou tort (...) lorsqu'il a formulé ses recommandations et sa suggestion au titre de l'article 19: 1 du Mémorandum d'accord »**¹⁹⁹⁹. L'Organe d'appel est donc très restrictif sur la question des suggestions puisqu'il se cantonne à son rôle cassatoire et n'a encore jamais éprouvé le besoin de formuler des suggestions relativement à la mise en œuvre des recommandations qu'il énonce. Cette démarche semble faire l'objet d'un consensus dans la mesure où l'Organe

¹⁹⁹⁵ WT/DS156/R, paragraphe 9.7. Voir dans le même sens le Rapport WT/DS184/R, paragraphe 8.13.

¹⁹⁹⁶ WT/DS60/R, paragraphe 8.3. Dans un sens similaire, le Rapport WT/DS46/RW2, paragraphe 7.3, dispose que *« l'article 19: 1 semble envisager des suggestions concernant ce qui pourrait être fait pour rendre une mesure conforme (...). Il n'apparaît pas clairement si l'article 19: 1 vise aussi la question de la surveillance des dispositions prises à ces fins. Cela dit, 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 »*. Plus clairement, le groupe spécial limite les suggestions à la manière de mettre en conformité les mesures condamnées mais n'accepte pas qu'elles se consacrent également à la surveillance des dispositions induites par cette mise en conformité. De la sorte, le groupe spécial limite le champ d'application de ces suggestions et se pose ainsi en instance de règlement des différends et non en instance de surveillance de l'effectivité de la force exécutoire des décisions qu'il a prises.

¹⁹⁹⁷ Se reporter à l'article 19 : 1.

¹⁹⁹⁸ Au 26 juin 2003, aucun rapport de l'Organe d'appel ne traite de suggestions au titre de l'article 19 : 1 du Mémorandum, que ces suggestions soient formulées ou qu'elles soient rejetées.

¹⁹⁹⁹ WT/DS60/AB/R, paragraphe 89.

d'appel n'a jamais eu à traiter des demandes de suggestions adressées par une partie, alors même que cette pratique est relativement courante devant le groupe spécial. Cette absence de demandes montre que les Etats parties considèrent bien l'Organe d'appel comme une instance cassatoire et non comme un second degré de juridiction leur permettant un « **rattrapage** » consécutif à la rédaction d'un premier rapport par le groupe spécial.

Il reste cependant que les groupes spéciaux et l'Organe d'appel formulent parfois, en sus de leurs recommandations, des remarques qui peuvent s'apparenter à des suggestions « **déguisées** ». Par exemple, l'Organe d'appel a pu préciser certains points relatifs à la question de l'autonomie des Membres dans le choix du type de régime fiscal national ²⁰⁰⁰, l'articulation entre le droit de l'OMC et l'autonomie des Membres « **pour déterminer leurs propres politiques en matière d'environnement** » ²⁰⁰¹ ou encore certains aspects de « **la question de la validité de l'expropriation des droits de propriété intellectuelle ou d'autres droits de propriété quels qu'ils soient** » ²⁰⁰². De même, des groupes spéciaux ont pu, par exemple, donner des limites à la manière pour une partie d'administrer un programme national de telle sorte que ce dernier ne soit pas incompatible avec un accord de l'OMC ²⁰⁰³, refuser de formuler des suggestions tout en suggérant tout de même une révision des pratiques administratives nationales pour prévenir la naissance d'un nouveau différend ²⁰⁰⁴, énoncer des conditions justifiant un comportement étatique au regard d'une disposition de droit de l'OMC ²⁰⁰⁵, encourager « **les parties à poursuivre leurs efforts pour parvenir à une solution mutuellement acceptable qui soit compatible avec (...) [les accords de l'OMC considérés] afin de parvenir à un règlement rapide du présent différend** » ²⁰⁰⁶ ou encore fonder leur conclusion de conformité sur les engagements d'une Administration nationale et ainsi « **guider** » le comportement étatique par l'aval donné à ces engagements ²⁰⁰⁷.

Nonobstant, ces suggestions déguisées n'en sont pas car elles ne concernent pas directement l'exécution mais s'appliquent davantage à l'application générale matérielle ou formelle du droit de l'OMC. En revanche, elles pourraient atténuer la constatation d'une juridictionnalité appliquée aux décisions des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel

²⁰⁰⁰ Se reporter pour détails au Rapport WT/DS108/AB/R, paragraphes 179 et 180.

²⁰⁰¹ WT/DS2/AB/R, dernier paragraphe.

²⁰⁰² WT/DS176/AB/R, paragraphes 362 et 363.

²⁰⁰³ Voir le Rapport WT/DS46/RW2, paragraphes 6.2 et 6.3.

²⁰⁰⁴ Voir sur ce point le Rapport WT/DS138/R, paragraphe 8.2.

²⁰⁰⁵ Voir le Rapport WT/DS58/RW, paragraphes 6.1 et 6.2.

²⁰⁰⁶ WT/DS18/RW, paragraphe 8.3. Voir dans un sens similaire le Rapport WT/DS46/RW, paragraphe 7.3.

²⁰⁰⁷ Voir sur ce point le Rapport WT/DS152/R, paragraphe 8.1.

dans le sens où elles ne sont pas directement consécutives à la fonction de *juris dictio* tranchant le différend de l'espèce mais délivrent un conseil juridique général à destination des parties comme des autres Membres de l'OMC. De la sorte, elles font apparaître les instances mémorandaires non comme des juridictions mais comme des juriconsultes, voire comme des exégètes des normes du droit de l'OMC. Encore faudrait-il qu'elles soient plus fréquentes, plus significatives et plus intégrées au sein même de la décision de ces instances, qu'elles constituent l'objectif majeur du travail de ces instances. Leur marginalité quantitative et qualitative est trop grande pour qu'elles puissent enlever aux décisions des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel leur caractère juridictionnel.

Par conséquent, la possibilité de suggestions de mise en œuvre et leur application vont plus loin que la simple « *retenue* » précédemment citée. La faiblesse quantitative et qualitative de ces suggestions peut ne pas être considérée comme une simple hésitation d'instances mémorandaires timides face à la souveraineté étatique mais plutôt comme l'affirmation implicite – et peut-être inconsciente – de la juridictionnalité de la fonction de ces instances. Les groupes spéciaux et l'Organe d'appel n'estiment pas nécessaire de formuler systématiquement et précisément des suggestions de mise en œuvre de leurs recommandations car ils ne conçoivent pas leur fonction comme étant celle d'un juriconsulte mais comme étant de nature juridictionnelle. Certes, cette démarche n'alimente pas la matérialité exécutoire des décisions que ces instances prononcent. Cependant, cette matérialité s'incarne dans les recommandations qu'elles formulent et l'effectivité d'un processus d'exécution – dont les prémices ont déjà été relevées – est à même d'encadrer efficacement la mise en œuvre des décisions, de telle sorte que cette matérialité déjà présente au sein même de la décision initiale sera complétée au fur et à mesure que se déroule le processus d'exécution.

La matérialité exécutoire de la décision initiale est suffisante à fonder et justifier un processus effectif d'exécution. Sa limitation est même significative de l'existence d'une juridictionnalité appliquée à ladite décision. En effet, le juge dit le droit mais il ne saurait se substituer à l'action de la partie concernée par l'exécution. En outre, le juge tranche le différend mais ne saurait dicter ni même conseiller à la partie concernée la conduite qu'elle doit tenir. En bref, il reste dans le cadre du *juris dictio* qu'il a pour fonction de prononcer et qui consiste, dans le cadre mémorandaire, à examiner la conformité des comportements étatiques par rapport au droit de l'OMC.

Aussi la matérialité exécutoire d'une décision juridictionnelle peut-elle logiquement s'arrêter au prononcé de la décision, le mode d'exécution n'étant pas explicitement défini par ledit juge mais étant à la charge de la partie concernée aidée et encadrée en cas de difficulté par un mécanisme d'exécution distinct du mécanisme de règlement du différend initial. Dans le cadre mémorandaire, la suggestion formulée par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel ne peut que faire basculer le rôle juridictionnel dans un rôle de juriconsulte et il est donc logique que ces instances fassent sur ce point preuve de « *retenue* ». La matérialité exécutoire de la décision initiale est contenue dans la recommandation, s'y porte bien, et sera naturellement complétée, le cas échéant, lors du fonctionnement du processus d'exécution qui reste à caractériser, présentement dans sa partie juridictionnelle.

La lecture du Mémoire a déjà permis de supposer l'existence d'un processus

protégé en vertu de la loi du droit d'auteur.

exécutoire organisé, processus étant, qui plus est, préfiguré par une force exécutoire garantie par un mécanisme juridictionnel qui est celui de l'arbitrage de l'article 21 : 3 c). Aussi la question de l'existence d'un système juridictionnel d'exécution des décisions des instances mémorandaires reçoit-elle un début de réponse positive à travers la constatation d'un premier mécanisme juridictionnel qui est celui de l'arbitrage de l'article 21 : 3 c) et qui s'applique à la détermination du délai d'exécution de ces décisions. Cet arbitrage ne suffit cependant pas à lui seul à structurer une contrainte garantissant la bonne exécution des décisions si la partie concernée refuse ou retarde ladite exécution²⁰⁰⁸. Ce début de juridictionnalité doit être maintenant confirmé par la recherche d'un caractère juridictionnel appliqué à l'ensemble du système d'exécution que le Mémorandum semble organiser.

Il n'est pas nécessaire à ce stade de procéder à une description approfondie du mécanisme d'exécution que le Mémorandum organise, du fait de la redondance d'une telle description²⁰⁰⁹. A l'appui de la caractérisation d'une juridictionnalité du système d'exécution mémorandaire, il suffit de considérer chacun des mécanismes participant à ce système ainsi que leur articulation. Concrètement, le système d'exécution que le Mémorandum organise se compose de trois mécanismes distincts. Il s'agit d'abord de l'arbitrage contraignant de l'article 21 : 3 c) consistant en la fixation du délai raisonnable d'exécution. Ensuite, une fois le délai d'exécution déterminé par cet arbitrage contraignant, est prévu le mécanisme de l'article 21 : 5 organisant le recours au système mémorandaire de règlement initial pour tout différend nouveau consécutif à l'exécution. Enfin, un autre arbitrage, celui de l'article 22 : 6, traite de la contestation du niveau des mesures contraignantes s'appliquant à la partie concernée par l'exécution²⁰¹⁰.

Ces trois mécanismes participent diversement à la procédure d'exécution qui, en

²⁰⁰⁸ Bien entendu, il est possible, et même fréquent, que le processus d'exécution ne soit pas nécessaire. En effet, la partie concernée peut très bien exécuter volontairement et efficacement la décision. Cependant, l'organisation d'un processus d'exécution est toujours nécessaire, au moins pour servir de repoussoir donc pour inciter les parties à une exécution volontaire et pertinente, si ce n'est pour les contraindre à une telle exécution qu'elles rechigneraient à mener d'elles-mêmes. Aussi, et sans mettre en doute ni la bonne volonté des parties concernées ni la réalisation fréquente d'une exécution spontanée, le présent propos n'envisagera-t-il que l'éventualité du développement complet du processus d'exécution du fait du refus de la partie concernée d'exécuter spontanément et efficacement la décision initiale de règlement. Il ne faut cependant pas oublier que l'exécution spontanée peut à tout moment suspendre ou interrompre le déroulement complet de ce processus d'exécution.

²⁰⁰⁹ De nombreuses sources bibliographiques s'attachent à décrire le mécanisme d'exécution mémorandaire. Voir en particulier : H. Ruiz Fabri, « Le contentieux de l'exécution... », *op. cit.*, pp. 603-645 ; H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends... », *J.D.I.* 3, 1997, pp. 745-748 ; H. Ruiz Fabri, « Organisation mondiale du commerce ; Droit institutionnel », *Juris-Classeur de Droit international*, Volume 1, Fascicule 130-10 de mai 1998, éd. Du Juris-Classeur, 1998, pp. 29-31 ; Y. Renouf, « Les mécanismes d'adoption... », *op. cit.*, pp. 784-790 ; V. Pace, *L'Organisation Mondiale du Commerce et...*, *op. cit.*, pp. 248-260 ; M.N. Andrianarivony, *L'émergence progressive d'une juridiction internationale des échanges...*, *op. cit.*, pp. 366-370 et 391-408.

²⁰¹⁰ Un autre mécanisme d'arbitrage peut être distingué dans l'article 22 : 7 du Mémorandum mais il peut aisément être assimilé à l'arbitrage de l'article 22 : 6 dans la mesure où l'identité de l'arbitre est la même et que l'objet de l'arbitrage est identique, puisqu'il est question pour le même arbitre de traiter la contestation relative au niveau de la mesure contraignante (article 22 : 6) et la conformité de cette mesure avec le dispositif normatif de l'OMC ainsi qu'avec la procédure mémorandaire (article 22 : 7).

réalité, se décompose en deux phases. La première phase est celle de la concrétisation de l'exécution, sous surveillance de l'ORD²⁰¹¹ ; elle comprend l'arbitrage de l'article 21 : 3 c) et la procédure de l'article 21 : 5. La seconde phase est celle des mesures temporaires qui peuvent être appliquées à l'encontre de la partie soumise à l'obligation d'exécuter ; elle est constituée du recours possible à l'arbitrage de l'article 22 : 6, consécutif à la fin du délai raisonnable éventuellement déterminé par arbitrage contraignant de l'article 21 : 3 c). Une troisième phase pourrait être distinguée à la lecture de l'article 23 du Mémorandum qui prescrit que « **lorsque 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** »²⁰¹². L'utilisation du terme « **réparation** » pourrait signifier que le Membre victime d'un comportement étatique non-conforme au dispositif normatif de l'OMC peut obtenir de l'Etat fautif le versement de prestations du type « **dommages et intérêts** », par le biais de la procédure normale organisée par le Mémorandum, auquel cas cette procédure n'aurait plus pour objet le règlement du différend initial mais l'attribution à la victime de réparations pour le préjudice qu'elle a pu subir.

Cette troisième phase n'existe cependant pas. Cette interprétation de la lettre du Mémorandum doit être rejetée. En réalité, l'article 23 est consacré au « **renforcement du système multilatéral** »²⁰¹³ et le terme « **réparation** » qui s'y trouve ne qualifie pas quelque mécanisme de prise en considération et d'indemnisation d'un préjudice subi par un Membre du fait du comportement non-conforme d'un autre Membre. Aucun mécanisme de cette sorte n'est prévu et le paragraphe 2 de cette disposition n'a d'autre contenu que de résumer brièvement le fonctionnement global du système mémorandaire en affirmant que les Membres doivent recourir « **au règlement des différends conformément aux règles et procédures du présent mémorandum d'accord** »²⁰¹⁴, et doivent suivre « **les procédures énoncées à l'article 21** »²⁰¹⁵ ainsi que « **les procédures énoncées à l'article 22** »²⁰¹⁶. Malgré la maladresse terminologique du Mémorandum, l'article 23 doit être interprété comme visant « **de manière générale à empêcher les Membres de l'OMC de régler unilatéralement leurs différends en ce qui concerne leurs droits et obligations au regard de l'OMC en les obligeant à suivre les règles et procédures multilatérales du Mémorandum d'accord** »²⁰¹⁷.

²⁰¹¹ Sur le thème de cette surveillance de l'ORD, se reporter pour une étude plus détaillée à la Section précédente.

²⁰¹² Paragraphe 1.

²⁰¹³ Comme son intitulé l'indique.

²⁰¹⁴ Article 23 : 2 a).

²⁰¹⁵ Article 23 : 2 b).

²⁰¹⁶ Article 23 : 2 c).

La « **réparation** » telle que le Mémoire l'entend est en réalité le retour à une situation exempte de tout comportement litigieux. Comme l'a établi un groupe spécial, « **le terme "réparation" est défini comme suit dans le New Shorter Oxford English Dictionary : "dédommagement ou compensation pour un tort ou un préjudice subi; fait de remédier à ou d'atténuer des problèmes ; correction ou redressement de quelque chose d'illicite". La "réparation" implique donc une réaction d'un Membre contre un autre Membre en raison d'une violation perçue des règles de l'OMC (ou déterminée dans le cadre de l'OMC), afin de remédier à la situation** »²⁰¹⁸. Aussi l'article 23 ne met-il pas en place un mécanisme de réparations de préjudices mais interdit toute action étatique unilatérale. A cet égard, différents groupes spéciaux ont pu, à l'occasion des différends qu'ils ont eu à traiter, préciser le sens et la portée de cet article 23. Ils n'ont jamais évoqué l'éventualité d'une indemnisation d'un préjudice, quelle que soit la forme de cette indemnisation, mais se sont systématiquement axés sur les problèmes d'unilatéralisme, comme l'ont d'ailleurs fait les Etats Membres parties à ces différends dans l'expression de leurs prétentions respectives²⁰¹⁹.

Trois mécanismes relatifs au processus d'exécution ont été relevés, qui participent aux deux phases composant ce processus, qui sont la phase de la concrétisation de l'exécution et celle de l'application de mesures temporaires contraignantes. La juridictionnalité de ces trois mécanismes est à même de fonder la constatation de l'existence d'un système juridictionnel d'exécution des décisions, à la condition toutefois que leur articulation en fonction de ces deux phases soit telle qu'elle garantisse la juridictionnalité de l'ensemble du système d'exécution. En effet, même s'il est avéré que ces trois mécanismes peuvent individuellement être qualifiés de juridictionnel, ce fait ne suffit pas à transférer cette juridictionnalité à l'ensemble du processus d'exécution. Ce dernier peut être organisé de telle sorte que ces mécanismes soient contournés ou encore marginalisés, de telle sorte que le processus d'exécution comporte des caractéristiques l'excluant du modèle juridictionnel. Ainsi, la juridictionnalité doit non seulement caractériser chacun des mécanismes composant le processus d'exécution mais également le processus dans son ensemble.

Le premier mécanisme d'exécution est l'arbitrage de l'article 21 : 3 c) qui consiste en la détermination du délai raisonnable d'exécution et qui peut aisément être qualifié de juridictionnel puisqu'il a déjà été précédemment montré qu'il en comportait les

²⁰¹⁷ Rapport du groupe spécial WT/DS152/R, paragraphe 7.35.

²⁰¹⁸ Rapport WT/DS165/R, paragraphe 6.22.

²⁰¹⁹ Certains rapports de groupes spéciaux s'attardent avec rigueur sur l'interprétation de l'article 23 du Mémoire, les différends particuliers traités ayant trait à la conformité de comportements étatiques unilatéraux par rapport à cette disposition. Voir en particulier les rapports WT/DS152/R, paragraphes 7.35 à 7.185 et WT/DS165/R, paragraphes 6.12 à 6.23. Se reporter également au Rapport WT/DS27/RW/EEC, paragraphes 4.13 à 4.15. L'Organe d'appel ne s'est pas encore prononcé clairement sur l'interprétation de l'article 23. Dans le cadre de l'affaire DS165, il a été amené à aborder ce thème mais il l'a fait sous l'angle de la compétence du groupe spécial, ce qui n'apporte guère de précisions quant à l'interprétation à donner à cet article 23. Tout au plus ne trouve-t-il « aucune raison de modifier la constatation du Groupe spécial selon laquelle (...) [le défendeur a] agi de manière incompatible avec "les articles 23: 2 c), 3: 7 et 22: 6 du Mémoire d'accord" » (WT/DS165/AB/R, paragraphe 128 e)).

caractéristiques essentielles²⁰²⁰. Le deuxième mécanisme est celui de l'article 21 : 5 qui semble à première vue plus complexe. Il permet de résoudre le différend pouvant naître d'une exécution litigieuse. Comme l'organise le Mémoire, « **dans 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** »²⁰²¹. En réalité, ce mécanisme est identique à celui que le Mémoire prévoit pour le règlement du différend initial.

Le mécanisme de l'article 21 : 5 a pour fonction de trancher le différend induit par la solution donnée au différend initial et il n'est, en définitive, et d'un point de vue textuel, que la reprise du mécanisme mémorandaire de résolution du différend initial, le Mémoire précisant même que le groupe spécial initial sera remobilisé, autant que faire se peut, pour le règlement de ce différend induit. En outre, l'étude de la pratique montre que cette reprise du système mémorandaire de règlement du différend est une véritable reconduction de ce système dans la mesure où la consistance organique, le cheminement procédural et le contenu matériel du système mémorandaire tel qu'enclenché par cet article 21 : 5 sont renouvelés à l'identique²⁰²². Certes, « **la procédure au titre de l'article 21 : 5 peut néanmoins présenter certaines spécificités** », comme « **exclure (...) la phase de réexamen intérimaire** », « **annexer les communications des parties au rapport** » ou encore « **ne rencontrer les parties qu'une seule fois (en accord avec elles)** »²⁰²³, mais ces spécificités peuvent somme toute rester à la marge. Elles ne remettent pas foncièrement en cause les caractéristiques essentielles et le déroulement général du système mémorandaire ; en outre, elles ne sont pas propres, du moins pour les deux premières, au règlement du différend induit. Seule se pose la question de l'effectivité des consultations. Néanmoins, l'existence de ces consultations est souvent problématique, mais cette phase n'est que préparatoire au règlement proprement juridictionnel et n'est pas déterminante dans la remise en cause d'une juridictionnalité.

Par conséquent, le mécanisme de l'article 21 : 5 peut être identifié au mécanisme « **normal** » de règlement du différend initial organisé par le Mémoire, les différences entre ces deux mécanismes étant à ce point marginales qu'elles ne sauraient remettre en cause cette identification. Partant, ce mécanisme de l'article 21 : 5 peut être facilement qualifié de juridictionnel. Même le processus d'exécution confirmatif d'une juridictionnalité existe : le mécanisme mémorandaire d'exécution pourra s'appliquer consécutivement à

²⁰²⁰ Se reporter pour une démonstration complète à la Section précédente.

²⁰²¹ Article 21 : 5.

²⁰²² Au 26 juin 2003, 12 affaires ont fait l'objet d'une mise en œuvre de l'article 21 : 5, dont 2 d'une double mise en œuvre. Parmi ces 12 affaires, 7 recours à l'Organe d'appel ont été effectués dont 1 double recours. Voir sur ce point l'« *état des différends soumis à l'OMC* », WT/DS/OV/14.

²⁰²³ H. Ruiz Fabri, « Le contentieux de l'exécution... », *op. cit.*, pp. 624-625.

une décision rendue par le groupe spécial ou l'Organe d'appel conformément à l'article 21 : 5²⁰²⁴.

Bien entendu, des interrogations surgissent sur l'articulation entre deux systèmes identiques successifs et, partant, sur la structure réelle du système de règlement mémorandaire. En effet, **« la procédure aménagée par l'article 21 : 5 permet (...) un retour sur l'affaire mais en raccourci. C'est une nouvelle occasion donnée au groupe spécial d'expliquer la motivation du rapport initial, tout en s'alignant sur les solutions dégagées par l'Organe d'appel quand il y a eu appel. Il a même sans doute l'occasion d'y apporter certaines nuances puisqu'il s'agit de préciser la portée concrète des recommandations. A la lecture des rapports, on ne peut se défendre de l'impression d'une deuxième, voire troisième en cas d'appel, occurrence de contrôle si la mise en œuvre suscite des difficultés. Elle peut même être portée à quatre s'il y a appel du rapport du groupe spécial rendu au titre de l'article 21 : 5 »**²⁰²⁵.

Néanmoins, il faut immédiatement remarquer que l'effectivité de l'article 21 : 5 découle d'une situation particulière qui est celle dans laquelle l'exécution réalisée par la partie concernée suscite un différend, ce qui n'est pas toujours le cas, loin s'en faut. De nombreuses exécutions, et d'abord celles consistant en la suppression du comportement litigieux, ne suscitent pas de difficultés particulières et n'entraînent pas des contestations significatives. De ce fait, le recours à l'article 21 : 5 est loin d'être systématique. En outre, le mandat donné aux instances mémorandaires n'est logiquement pas le même selon qu'il est question de régler le différend initial ou le différend induit. De même, le rôle cassatoire de l'Organe d'appel empêche de considérer que le différend soit traité jusqu'à quatre fois consécutivement et identiquement. Certes, des questions similaires peuvent être présentées dans les deux systèmes de règlement, mais l'imposition pratique progressive d'une jurisprudence par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel non seulement limitera les prétentions des parties mais également atténuera l'impression de **« rejugements »** successifs. D'ailleurs, les groupes spéciaux et l'Organe d'appel l'ont bien compris, qui rendent des décisions en général plus concises au cours de leur fonction exécutoire, tout comme les parties qui restreignent la longueur des questions posées à ces instances ainsi que le contenu de leurs arguments et prétentions. Si la question d'un **« retour sur l'affaire »** peut légitimement se poser et peut logiquement trouver des justifications dans l'observation de la pratique, elle ne saurait être considérée comme une déviance majeure du fonctionnement du système mémorandaire.

Le troisième mécanisme d'exécution est celui de l'arbitrage de l'article 22 : 6. Son caractère juridictionnel n'est guère difficile à relever. Il peut être rapidement constaté en identifiant le caractère juridictionnel des critères organique, procédural et matériel de ce dernier arbitrage. D'abord, la juridictionnalité organique de l'arbitre de l'article 22 : 6 est aisément décelable en considérant l'institutionnalisation dont cet arbitrage est l'objet. En

²⁰²⁴ Dans deux affaires distinctes, le groupe spécial a été convoqué deux fois au titre de l'article 21 : 5. Voir les rapports WT/DS46/RW2 et WT/DS103 et 113/RW2. Dans cette dernière affaire, l'Organe d'appel a également été convoqué deux fois.

²⁰²⁵ H. Ruiz Fabri, « Le contentieux de l'exécution... », *op. cit.*, pp. 621-622.

effet, il a déjà été rappelé que, en droit international public, l'arbitre ne se distingue de la juridiction que par son absence de permanence²⁰²⁶ et que, en définitive, un arbitrage institutionnalisé n'est rien d'autre qu'une instance juridictionnelle, du moins d'un point de vue organique. Or, l'arbitrage de l'article 22 : 6 est institutionnalisé au sein du système de règlement que le Mémorandum organise, tout comme l'était l'arbitrage de l'article 21 : 3 c). Il bénéficie d'une permanence certaine essentiellement consécutive à l'identité de l'arbitre qui est, comme le souhaite le Mémorandum et comme le consacre la pratique, le groupe spécial initial. L'arbitre de l'article 22 : 6 peut donc être considéré comme une instance de type juridictionnel d'un point de vue organique²⁰²⁷.

Ensuite, les critères procéduraux, sont au nombre de trois principaux. Le premier est celui de la saisine unilatérale de l'arbitre : le Mémorandum la prévoit distinctement et en attribue la compétence au défendeur soumis à l'obligation d'exécution, en disposant que **« si le Membre concerné conteste (...), la question sera soumise à arbitrage »**²⁰²⁸. Le deuxième critère est celui du caractère contradictoire de la procédure suivie devant ledit arbitre. L'examen des différentes sentences arbitrales rendues n'est pas très explicite sur la description de la procédure suivie mais certains indices montrent une similitude forte entre cette procédure et celle que suivent les groupes spéciaux traitant du différend initial ou induit : une **« réunion d'organisation »**²⁰²⁹ permet d'établir des **« procédures de travail et (...) [un] calendrier »**²⁰³⁰ ; les parties présentent **« leurs communications initiales »** puis **« leurs communications à titre de réfutation »** à la suite desquelles **« une réunion avec les parties »** se tient²⁰³¹ ; une audition des parties par l'arbitre peut être également organisée²⁰³². Plus clairement, l'arbitre de l'affaire DS26 **« fait référence par analogie dans les procédures de travail des arbitres »** aux **« dispositions du Mémorandum d'accord relatives à la procédure des groupes spéciaux »**²⁰³³. De la

²⁰²⁶ Voir sur ce point la précédente Section (qui renvoie à l'avant-dernier Chapitre de la précédente Partie).

²⁰²⁷ Il convient ici de rappeler que le mécanisme d'arbitrage de l'article 22 : 6 a été une fois remplacé par un arbitrage au titre de l'article 25. Cependant, cette exception doit être marginalisée et, finalement, être considérée comme un « accident » de procédure dans la mesure où cette procédure est unique et où, surtout, elle est identique à celle qui aurait pu être suivie au titre de l'article 22 : 6, y compris concernant la composition de l'arbitre qui était le groupe spécial initial – en considérant que deux des trois membres de ce groupe spécial ont été remplacés en raison de leur indisponibilité. La lecture de la décision arbitrale prise au titre de l'article 25 est très largement comparable à celle qui aurait été consécutive à la mise en œuvre de l'article 22 : 6.

²⁰²⁸ Article 22 : 6.

²⁰²⁹ WT/DS26/ARB, paragraphe 7, et WT/DS48/ARB, paragraphe 7.

²⁰³⁰ WT/DS27/ARB, paragraphe 2.1. Voir dans le même sens la Décision WT/DS46/ARB, paragraphes 2.1 et 2.2.

²⁰³¹ Voir la Décision WT/DS27/ARB, paragraphe 2.1. La Décision WT/DS46/ARB, paragraphe 2.3 fait également état d'une procédure qui, bien que plus complexe, organise entre les parties la tenue d'une contradiction et permet un dialogue avec l'arbitre par le mécanisme de questions et de réponses.

²⁰³² Voir la Décision WT/DS46/ARB, paragraphe 2.1, note 5.

sorte, le caractère contradictoire de ces procédures arbitrales peut être relevé ; il s'appuie sur l'identité organique entre les arbitres de l'article 22 : 6 et le groupe spécial initial. Quant à l'obligation de juger, troisième critère procédural, elle est également suggérée par le Mémoire qui ne prévoit pas l'échec de l'arbitrage et elle est globalement réalisée en pratique²⁰³⁴. Sur ce point, l'arbitre de l'affaire DS27 a pu confirmer le souci d'une sentence effective en ne remettant jamais en cause la caducité ou l'interruption de ses travaux, quand il a considéré que, « **conformément à l'article 22: 6 du Mémoire d'accord, les arbitres doivent mener à bien leurs travaux dans les 60 jours suivant la date à laquelle le délai raisonnable prévu pour la mise en œuvre est venu à expiration. (...) étant donné qu'il ne peut pas être fait appel de nos propres décisions, nous avons jugé impératif d'arriver au plus grand degré de clarté possible en vue d'éviter des désaccords futurs entre les parties** »²⁰³⁵.

Enfin, les critères matériels sont principalement liés à la juridicité et à la jurisprudentialité de la sentence. Contrairement à la fonction de l'arbitrage de l'article 21 : 3 c) qui ne résidait que dans la détermination d'un délai et qui, partant, n'avait qu'une juridictionnalité matérielle implicite, l'arbitrage de l'article 22 : 6 n'a pas qu'une fonction d'évaluation quantitative du niveau de la mesure contraignante. Il peut également déterminer si cette mesure « **est autorisée en vertu de l'accord visé** »²⁰³⁶. Aussi faut-il supposer que le caractère implicite de la juridicité de la sentence sera renforcé par une juridicité plus explicite. La lecture des décisions arbitrales prises au titre de l'article 22 : 6 confirme cette hypothèse. En effet, l'arbitre est systématiquement amené à traiter au minimum de diverses questions de procédure ayant trait, par exemple, à la participation de tierces parties²⁰³⁷, à la charge de la preuve²⁰³⁸ ou encore à l'interprétation de dispositions d'accords de l'OMC qui, en sus du Mémoire, ont un rapport plus ou moins proche avec ces mesures contraignantes²⁰³⁹. En revanche, dans la partie de la décision consacrée à l'évaluation, la lecture des décisions arbitrales indique que l'arbitre tient un raisonnement pragmatique éloigné du travail juridictionnel consistant à confronter

²⁰³³ WT/DS26/ARB, paragraphe 7. Il est question en l'espèce de traiter une demande de droits de tierce partie.

²⁰³⁴ Malgré le petit nombre de sentences arbitrales rendues, il faut constater que toutes les procédures d'arbitrage de l'article 22 : 6 enclenchées ont été menées à leur terme, sauf accord amiable entre les parties. La suspension de procédure a été décidée par les parties d'un commun accord, comme dans les affaires DS136 et 162, DS103 et 113 et DS160. Seule l'affaire DS18 est plus floue : la désignation effective de l'arbitre n'a pas été suivie d'une sentence formulée. Voir pour détails le résumé de l'« *état d'avancement de la mise en œuvre des rapports adoptés* » dans le document WT/DS/OV/14, pp. 154 et s.

²⁰³⁵ WT/DS27/ARB, paragraphe 2.12.

²⁰³⁶ Article 22 : 7.

²⁰³⁷ Voir pour exemple la Décision WT/DS26/ARB.

²⁰³⁸ Voir pour exemple la Décision WT/DS108/ARB.

²⁰³⁹ Par exemple, la Décision WT/DS108/ARB traite de l'article 4 : 10 de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires et la Décision WT/DS27/ARB traite de l'article XIII du GATT de 1994.

règles juridiques et faits. Il reste que ce pragmatisme est facilement justifiable par la nature même de la fonction arbitrale dans le cadre de cet article 22 : 6 et que, par ailleurs, l'arbitre s'efforce d'adopter un raisonnement rigoureux et précautionneux fondé sur une démarche tout aussi objective et, tant que faire se peut, juridique²⁰⁴⁰. La jurisprudentialité matérielle de la décision arbitrale est facilement identifiable par la constatation selon laquelle l'arbitre fonde ses conclusions non seulement sur des décisions arbitrales antérieures²⁰⁴¹ mais également sur des rapports de l'Organe d'appel ou des groupes spéciaux²⁰⁴². Ce faisant, l'arbitre contribue à la cohérence du système mémorandaire déjà constatée par ailleurs.

Par conséquent, l'arbitre de l'article 22 : 6 peut bien être considéré comme un organe d'aspect, de procédure et de fonction juridictionnels. Bien entendu, il manque *a priori* à cette décision arbitrale une autorité de chose jugée qui est le troisième critère de juridictionnalité. Cependant, le Mémoire est très clair sur ce point : « **les parties accepteront comme définitive la décision de l'arbitre et les parties concernées ne demanderont pas un second arbitrage. L'ORD sera informé dans les moindres délais de cette décision et accordera, sur demande, l'autorisation de suspendre des concessions ou d'autres obligations dans les cas où la demande sera compatible avec la décision de l'arbitre, à moins que l'ORD ne décide par consensus de rejeter la demande** »²⁰⁴³. Certes, refuser la demande d'autorisation de suspension découlant de la décision arbitrale équivaldrait pour l'ORD à désavouer cette décision ; mais ce désaveu, en sus de n'être qu'implicite, est en pratique impossible du fait du mécanisme d'autorisation qui est celui du consensus négatif. Force obligatoire et force exécutoire sont attribuées explicitement à la décision arbitrale : la première du fait du caractère définitif et de l'absence de recours ; la seconde du fait du mécanisme du consensus négatif présidant à l'adoption de cette décision. Une remarque identique à celle formulée à propos de l'arbitrage de l'article 21 : 3 c) peut être formulée : cette qualification « **arbitrale** » peut paraître étonnante dans la mesure où ce mécanisme peut aisément être qualifié de juridictionnel *stricto sensu*. Les mêmes explications peuvent être données, tenant à la méfiance des rédacteurs du Mémoire et des Membres auxquels il s'applique vis-à-vis de tout système juridictionnel imposé. La même constatation d'une timidité doctrinale peut être formulée à l'encontre des auteurs ne constatant qu'une juridictionnalisation de l'arbitrage alors que ce dernier peut apparaître comme une instance juridictionnelle participant au processus d'exécution de la décision du groupe spécial et de l'Organe d'appel.

Si l'attribution d'une qualification juridictionnelle aux trois mécanismes participant à

²⁰⁴⁰ Ainsi l'arbitre établit-il, avant même l'évaluation proprement dite, les principes généraux qui vont guider sa démarche d'évaluation et s'efforce de les fonder en droit. Voir par exemple la Décision WT/DS27/ARB, paragraphes 6.1 à 6.27 ou encore la Décision WT/DS108/ARB, paragraphes 4.1 à 4.8.

²⁰⁴¹ Voir pour exemple la Décision WT/DS46/ARB, paragraphe 2.6.

²⁰⁴² Voir pour exemple la Décision WT/DS108/ARB, paragraphes 2.10 et 2.11, concernant la charge de la preuve.

²⁰⁴³ Article 22 : 7.

l'exécution des décisions des instances mémorandaires peut pertinemment fonder la constatation d'un mécanisme juridictionnel constituant le processus d'exécution, elle n'est cependant pas suffisante à elle seule à révéler un encadrement juridictionnel de ce processus. Ce dernier doit être l'objet d'une analyse l'appréhendant de manière globale, c'est-à-dire en étudiant la place et le rôle de chacun de ces mécanismes au sein du processus qui les contient. Ici encore, une description détaillée du fonctionnement du processus d'exécution organisé par le Mémoire serait fastidieuse et redondante. En revanche, la détermination d'une structure juridictionnelle attachée au processus d'exécution doit passer par l'individualisation de certains aspects procéduraux de ce processus. En effet, la consistance formelle et la matérialité, toutes deux juridictionnelles, du processus d'exécution découlent directement de l'identification de mécanismes juridictionnels participant à ce processus. Cependant, certaines conditions procédurales doivent être réunies afin que cette juridictionnalité ne soit pas mise à l'écart. Il s'agit en réalité de reconnaître d'abord l'impossibilité pour la partie à laquelle s'applique l'obligation d'exécuter de se soustraire à ce processus du seul fait de sa volonté et, ensuite, la centralité des mécanismes juridictionnels dans la concrétisation de cette exécution et, partant, dans la structuration et la légitimation d'une éventuelle contrainte appliquée à ladite partie.

D'une part, l'inéluctabilité du déroulement du processus d'exécution ressort des termes mêmes du Mémoire. Ce déroulement est le suivant : une fois fixé le délai d'exécution, éventuellement par l'arbitre de l'article 21 : 3 c), la décision doit être exécutée ; une fois passé le délai d'exécution, l'exécution litigieuse de cette décision donne lieu, le cas échéant, au règlement du différend induit par cette exécution, par enclenchement de l'article 21 : 5 ; cette même exécution litigieuse ou encore l'inexécution de la décision initiale peut, de plus, conduire au mécanisme des suspensions de concessions dont le niveau et la conformité seront déterminés *in fine* par l'arbitre de l'article 22 : 6 en cas de conflit sur ce point entre les parties²⁰⁴⁴. L'inéluctabilité, quant à elle, commence par la fixation du délai d'exécution, fixation soumise à la libre volonté commune des parties puis, en cas de désaccord, à la décision de l'arbitre de l'article 21 : 3 c) ; elle se poursuit par le règlement de l'éventuel différend issu de l'exécution, règlement effectué par les instances mémorandaires initiales ; elle s'achève par le système de la « **compensation et suspension de concessions** »²⁰⁴⁵ comprenant une phase interpartite puis, en cas d'absence d'accord amiable, une seconde phase plus contraignante dominée par la participation décisive de l'arbitre de l'article 22 : 6²⁰⁴⁶. Elle s'accompagne, sous réserve d'une date d'enclenchement variable mais effective, d'un mécanisme de surveillance par l'ORD de la mise en œuvre, mécanisme qui s'applique à

²⁰⁴⁴ Il faut immédiatement noter que ces étapes ne sont pas forcément successives mais que le mécanisme de l'article 21 : 5 peut être contemporain d'une suspension de concessions. La question de cette articulation entre les articles 21 et 22 doit être relevée ; elle est l'objet de développements formulés dans la Section suivante.

²⁰⁴⁵ Intitulé de l'article 22.

²⁰⁴⁶ L'article 22 est étudié de manière approfondie, dans sa réalité textuelle comme dans son effectivité pratique, dans la Section suivante.

cette question « *jusqu'à ce qu'elle soit résolue* »²⁰⁴⁷. En bref, les trois étapes du processus d'exécution se déroulent, chacune, d'abord selon un accord entre les deux parties puis par le biais, en cas d'échec d'un accord amiable, d'instances de nature juridictionnelle qui, à ce titre, sont saisies unilatéralement et soumises à l'obligation de juger. La partie défenderesse ne peut, sans l'accord du plaignant, échapper à l'exécution de la décision dans la mesure où cette exécution est fixée dans le temps, contrôlée dans son contenu et commandée par une contrainte. Le tout est déterminé par un accord entre les deux parties ou en cas d'échec par un mécanisme juridictionnel enclenché unilatéralement²⁰⁴⁸.

D'autre part, après avoir établi l'inéluctabilité du processus d'exécution, il s'agit de reconnaître la centralité des mécanismes juridictionnels dans la concrétisation de cette exécution. Cette centralité découle directement de l'inéluctabilité du processus car cette dernière est inhérente à la présence d'instances juridictionnelles qui, se caractérisant par une saisine unilatérale et une obligation de juger, assurent malgré un désaccord des parties le déroulement jusqu'à son terme de chacune des étapes du processus d'exécution. Plus clairement, ce processus est inéluctable parce que les instances juridictionnelles qui le constituent y occupent une place centrale. Par ailleurs, cette centralité est plus précisément celle du groupe spécial initial et de l'Organe d'appel puisque ce sont eux qui incarnent l'ensemble des instances juridictionnelles de l'exécution.

Cette dernière remarque appuie la constatation précédente d'une concentration organique et contribue à préciser le visage du système mémorandaire composé, en définitive, de deux instances : les groupes spéciaux et l'Organe d'appel²⁰⁴⁹. Plus précisément, il faut remarquer la place importante tenue par les groupes spéciaux qui constituent non seulement la seule instance jugeant en fait et en droit, et le différend initial et le différend de l'exécution, mais aussi la seule instance intervenant, de manière définitive et sans recours, dans le mécanisme de la contrainte réalisée par suspension de concessions. Cette centralité du groupe spécial rend difficile l'occultation de cette instance quand est traitée la juridictionnalité du système mémorandaire, bien que celle-ci se résume encore souvent à celle du seul Organe d'appel dans de nombreux écrits doctrinaux. Le groupe spécial n'est pas qu'une réminiscence de l'ancien système du GATT de 1947 mais il semble avoir été réhabilité et redéployé par le Mémorandum. Si l'aspect novateur de l'Organe d'appel ne doit pas être oublié, il est finalement relativisé par cette nouvelle considération attachée au groupe spécial dans le cadre de l'OMC.

²⁰⁴⁷ Article 21 : 6.

²⁰⁴⁸ Il faut noter que la suspension de concessions, qui constitue le mécanisme de contrainte, n'est l'objet d'une détermination juridictionnelle que par saisine unilatérale du défendeur et non du plaignant. Ce dernier décide de cette suspension et de son niveau, d'abord par accord entre les parties, puis après autorisation de l'ORD en cas d'échec de cet accord, et c'est au défendeur mécontent d'enclencher la procédure de l'arbitrage de l'article 22 : 6. Ce système particulier est étudié dans la Section suivante.

²⁰⁴⁹ Si l'Organe d'appel intervient dans le mécanisme de l'article 21 : 5, il n'est pas présent en sa qualité propre dans le mécanisme de l'article 21 : 3 c) car cet arbitrage est le fait d'un seul de ses membres intervenant en tant que tel.

Bien entendu, l'intervention des instances est précédée par la recherche d'un accord amiable, son effectivité est conditionnée par le défaut d'obtention de cet accord, et ce dernier peut mettre fin prématurément à une procédure juridictionnelle déjà engagée. Cette triple constatation peut faire perdre leur caractère central aux mécanismes juridictionnels pour l'attribuer à l'accord entre parties. Nonobstant, il est évident que la perspective d'une issue juridictionnelle de chacune des étapes de l'exécution a une influence déterminante sur l'effectivité d'un accord amiable. Le défendeur pourra se comporter de manière conciliante afin de ne pas se voir imposer une attraction obligatoire dans une procédure juridictionnelle dont l'aboutissement pourrait le contrarier ; à l'inverse, il pourra refuser tout accord amiable, étant confiant dans l'issue d'un règlement juridictionnel malgré l'incertitude que ce règlement comporte nécessairement pour lui, ou désirent retarder voire embourber le processus d'exécution. Quant au plaignant, il pourra également opter pour le règlement juridictionnel pour les mêmes raisons que le défendeur ou pourra, au contraire, préférer un accord peut-être moins positif mais certainement plus rapide et plus efficace. En revanche, l'éventualité d'un accord entre les parties suspendant ou bloquant le fonctionnement juridictionnel n'a pas d'influence sur la teneur du raisonnement et de la décision de ces instances.

En bref, la perspective d'un règlement juridictionnel inéluctable constitue pour chacune des parties une motivation ou un repoussoir qui influent grandement sur le comportement de ces parties lors de la recherche d'un accord amiable et, partant, sur l'effectivité et la teneur de cet accord. C'est à ce titre que les mécanismes juridictionnels peuvent être considérés comme centraux dans le processus d'exécution. Par conséquent, le processus d'exécution des décisions des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel se compose bien d'un mécanisme juridictionnel le structurant et à même de structurer et de légitimer le mécanisme de contrainte qui est la seconde composante de ce processus.

Section 2 : La contrainte raisonnée à l'exécution

La juridictionnalité du système mémorandaire est en passe d'être pleinement confirmée par la reconnaissance d'un processus d'exécution qui est la conséquence logique de la force obligatoire et de la force exécutoire dévolues à cette décision et qui vient consolider l'efficacité de la décision et ancrer le système mémorandaire au sein de la « **dynamique du droit** »²⁰⁵⁰ considéré. L'effectivité démontrée d'une force exécutoire de la décision est suivie d'un mécanisme juridictionnel d'exécution composé de deux éléments qui sont le règlement du différend induit par l'exécution de la décision et l'intervention arbitrale sur l'imposition de mesures prises à l'encontre de la partie soumise à l'obligation d'exécuter. Or, ce mécanisme juridictionnel est à même de structurer et fonder un mécanisme de contrainte qui est l'élément manquant de l'identification d'un processus d'exécution véritable confirmatif de la juridictionnalité du système.

En effet, il a déjà été précisé²⁰⁵¹ que l'exécution des décisions juridictionnelles est

²⁰⁵⁰ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 238. Ce raisonnement est explicité dans la dernière Section du Chapitre précédent.

²⁰⁵¹ Se reporter à la Section consacrée à la force exécutoire (Section 2 du Chapitre précédent).

l'aboutissement nécessaire de la juridiction qui participe ainsi de manière déterminante à cette « **dynamique du droit** »²⁰⁵², que cette exécution, pour être « **une fonction de droit** », suppose « **l'existence d'un appareil de justice** » et « **l'existence d'une "force publique" (...) c'est-à-dire d'un appareil de contrainte** »²⁰⁵³ et que ces deux « **appareils** » s'articulent selon une hiérarchisation de telle sorte que le second procède du premier. Le mécanisme juridictionnel d'exécution étant caractérisé, la structuration et la légitimation d'un mécanisme de contrainte existent ; le premier mécanisme constitue l'environnement dans lequel peut s'inscrire le second. Encore faut-il que cette contrainte soit précisément définie et identifiée puisque, étant par hypothèse une composante d'un processus d'exécution consécutif au prononcé d'une décision juridictionnelle, elle doit à ce titre avoir une physionomie particulière.

En premier lieu, le mécanisme de contrainte doit être défini, ce qui n'est pas chose aisée. La définition commune de la contrainte, « **violence exercée contre qqn ; entrave à la liberté d'action** »²⁰⁵⁴, n'est pas satisfaisante dans la mesure où elle n'inscrit pas cette contrainte dans un système plus large d'exécution du droit qui est dit par l'instance juridictionnelle mais s'applique seulement à des relations interpersonnelles. Plus précisément, elle se fonde sur l'idée de violence alors même que la contrainte présentement considérée est juridiquement et « **juridictionnellement** » encadrée pour qu'elle ne soit pas qu'une action violente du plus fort contre le plus faible, déstabilisant ainsi la société considérée à l'intérieur de laquelle les relations entre membres sont régulées par le droit.

De même, la définition de la contrainte donnée dans le cadre plus restreint de l'étude du droit n'est guère plus pertinente pour la présente démarche du fait de sa trop grande imprécision. Elle peut être la suivante : la contrainte, « **dans une perspective générale** », doit être entendue « **au sens habituel de "pression de quelque forme que ce soit qui porte atteinte au libre arbitre d'un sujet de droit"** » ; « **dans un sens très large, la contrainte inclut le recours à la force** » et, concernant plus particulièrement les relations internationales, « **dans un sens relativement étroit, on peut tenter de caractériser a contrario la contrainte, par opposition au "recours à la force" – au sens de "mesures militaires" de toute nature** »²⁰⁵⁵. Sans entrer dans le débat particulier de l'acceptation de la contrainte en droit international public, il faut constater que cette définition est axée sur le rapport que la contrainte entretient avec le droit, sur la fonction juridique que la contrainte assure ; elle tente de répondre à la problématique de l'articulation entre droit et contrainte. Certes, cette problématique est d'autant plus pertinente et centrale dans le domaine du droit international public qu'elle pose avec acuité la question de la force, y compris et surtout armée, au sein des relations interétatiques et, partant, la question de l'efficacité d'un droit qui a longtemps eu pour

²⁰⁵² *Ibid.*

²⁰⁵³ M. Virally, « Sur la prétendue 'primitivité' du droit international », in *Le droit international en devenir*, op. cit., pp. 93-94.

²⁰⁵⁴ P. Robert, *Le Nouveau Petit Robert*, op. cit., p. 515.

²⁰⁵⁵ P. Daillier et A. Pellet (N. Quoc Dinh †), op. cit., p. 929.

objectif premier la pacification de ces relations, ainsi que la question corrélative de la nature de l'ordre juridique international. De nombreux écrits doctrinaux se focalisent à fort juste titre sur le traitement de cette problématique²⁰⁵⁶. Mais elle n'est pas au centre de la démarche présentement adoptée dans la mesure où la juridictionnalité, objectif principal de cette démarche de recherche, fait ici écran à une appréhension globale de la matière juridique internationale.

Par conséquent, si cette dernière définition de la contrainte est pertinente en ce sens qu'elle donne une théorie générale de la contrainte, elle ne saurait suffire, du fait de sa généralité et de la problématique particulière qu'elle traite, à fonder une recherche pragmatique de son effectivité au sein du système mémorandaire. La contrainte ne doit pas être présentement appréhendée dans sa fonction juridique, dans sa contribution à la dynamique du droit, mais plus simplement en ce qu'elle accompagne, confirme et parachève une fonction juridictionnelle. Cet objectif détermine une définition particulière de la contrainte. Appliquée à l'Etat dont le comportement a été précédemment déclaré non-conforme au droit applicable par l'instance juridictionnelle compétente, elle serait ainsi toute forme de pression d'une gravité suffisante pour pouvoir infléchir la décision de non-conformation ou accélérer la conformation de cet Etat sur lequel cette pression s'exerce²⁰⁵⁷. Directement ancrée au sein du processus d'exécution de la décision, cette contrainte serait le moyen de coercition obligeant l'Etat à mettre en œuvre la décision juridictionnelle.

En second lieu, le titulaire de la contrainte doit être précisément identifié. En effet, d'un point de vue général, il est communément admis que ce mécanisme « **constitue une des principales manifestations de la fonction exécutive, au côté de la fonction législative et de la fonction juridictionnelle** »²⁰⁵⁸. Il est « **au service de celui ou de**

²⁰⁵⁶ Voir en particulier : M. Virally, « Sur la prétendue 'primitivité' du droit international », *Recueil de travaux*, publié à l'occasion de l'Assemblée de la Société suisse de juristes à Genève, du 3 au 5 octobre 1969, (mémoires publiés par la Faculté de Droit de Genève, N° 27) Librairie de l'Université Georg & Cie, Genève, 1969, pp. 201-213 ; M. Virally, « Un tiers droit ? Réflexions théoriques », *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à Berthold Goldman*, Litec, Paris, 1982, pp. 373-385 ; J. Touscoz, *Droit international*, P.U.F., coll. Thémis Droit Public, Paris, 1993, pp. 52-58 ; P. Daillier et A. Pellet (N. Quoc Dinh †), *op. cit.*, pp. 929-1034.

²⁰⁵⁷ Cette définition reprend le propos tenu par MM. Daillier et Pellet, *in* P. Daillier et A. Pellet (N. Quoc Dinh †), *op. cit.*, p. 929. Cependant, elle ne fait que s'inspirer de celle donnée par ces éminents auteurs, car ces derniers considèrent en réalité la contrainte comme « *toute forme de pression autre que le recours à la force, d'une gravité suffisante pour pouvoir infléchir la décision de la personne physique (représentant de l'Etat) ou de la personne morale (l'Etat même) auxquelles cette pression est appliquée* » ; et cette définition particulière est entièrement tournée vers la distinction entre la contrainte et le recours à la force, la première étant définie par opposition au second. Or, cette démarche n'est pas celle qui anime le présent propos axé davantage sur la fonction de confirmation d'une juridictionnalité que sur la fonction de caractérisation du « *cadre juridique des relations internationales* » (pour reprendre le titre général choisi par ces auteurs, p. 735). Aussi la définition présentement formulée ne peut-elle aller au-delà de la seule inspiration, dans la mesure où il n'est pas ici question de traiter de la pacification générale des relations interétatiques ou encore de la réalité du recours à la force mais bien plus modestement de constater une contrainte susceptible de permettre l'exécution effective des décisions rendues dans le cadre du règlement des différends organisé par le Memorandum.

²⁰⁵⁸ P. Daillier et A. Pellet (N. Quoc Dinh †), *op. cit.*, p. 933.

ceux qui rendent la justice »²⁰⁵⁹ et il est géré par un « **organe d'exécution [qui] n'est pas un organe juridictionnel mais un organe administratif** »²⁰⁶⁰. Si cette identification générale est suffisamment claire, elle doit cependant être nuancée quand elle s'applique aux relations interétatiques. Elle est une théorie qui, *a priori*, peine à s'appliquer sur le plan du droit international public, car le principe du respect de la souveraineté étatique ainsi que la difficile reconnaissance d'autorités supra-étatiques susceptibles d'appliquer une contrainte peuvent faire douter de l'existence et de la viabilité d'un tel mécanisme. Ce doute infléchit souvent les propos doctrinaux tenus relativement à la contrainte dans le droit international public : la contrainte ne serait applicable qu'à la condition que l'Etat auquel elle s'applique y consente²⁰⁶¹. Néanmoins, cette dernière considération n'atteint pas son objectif de description d'une contrainte contingentée, car le consentement à la contrainte n'est pas particulier aux relations internationales. Si l'Etat possède à l'intérieur de ses frontières le monopole de la contrainte, c'est parce que les individus réunis en société y ont consenti²⁰⁶². Certes, le consentement intra-étatique est ancien et tacite et, à ce double titre, moins perceptible que celui que les Etats peuvent formuler dans leurs relations interétatiques, mais il n'en demeure pas moins avéré. En outre, le consentement à la contrainte dans le domaine interétatique peut tendre également vers le daté et l'implicite du fait du développement croissant de la gestion par les organisations internationales des différentes branches de ces relations interétatiques. Au contraire, en tentant de démontrer le caractère contingent d'une contrainte dépendante d'un consentement, il est indirectement montré le renforcement d'une contrainte consentie au détriment de la soumission à une violence imposée. Partant, se renforce le sentiment d'une juridicisation et – pourquoi pas d'une socialisation – des relations internationales, si la contrainte est nettement distinguée de la violence pour en constituer *a contrario* sa limite.

Par conséquent, si le mécanisme de contrainte a un visage particulier, il n'est pas pour autant irréaliste. Certains considèrent qu'il n'existe pas en droit international public d'exécution forcée à l'encontre des Etats mais cette vision est simpliste²⁰⁶³. Le visage de la contrainte est appréhendé de manière fort pertinente par MM. Combacau et Sur : « **un dispositif centralisé de voies d'exécution ne peut se concevoir, car il y manque l'être supérieur aux Etats qui aurait la maîtrise de leur déclenchement comme l'a l'Etat en droit interne : ni juge pour ordonner l'exécution d'office, ni force publique**

²⁰⁵⁹ M. Virally, « Sur la prétendue 'primitivité' du droit international », in *Le droit international en devenir*, op. cit., p. 94.

²⁰⁶⁰ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 261.

²⁰⁶¹ Voir pour exemples : J. Charpentier, *Institutions internationales*, Dalloz, coll. Mémentos série droit public – science politique, 14^{ème} édition, Paris, 1999, pp. 3-4 et 25-27 ; V. Pace, *L'Organisation Mondiale du Commerce et...*, op. cit., p. 225.

²⁰⁶² La conception rousseauiste du Contrat social fonde cette réflexion. Il serait peu pertinent de s'attarder présentement sur une telle conception somme toute classique et connue.

²⁰⁶³ Voir pour exemples : J. Sette-Camara, « Les modes de règlement obligatoire », in M. Bedjaoui (rédacteur général), *Droit international – bilan et perspectives*, t. 1, Pedone Unesco, Paris, 1991, pp. 548-549. ; J. Charpentier, op. cit., pp. 3-4.

pour y procéder sur sa réquisition. Il existe certes des mécanismes collectifs de garantie du respect de la légalité internationale : des groupes d'Etats, constitués ou non en organisation internationale, réagissent à la violation par un Etat qui fait partie de leur cercle ou même qui lui est extérieur des règles qu'ils se donnent pour mission de protéger ; mais il ne s'agit là que d'entreprises collectives d'Etats coalisés autour d'une vision commune de la légalité, vision subjective de grand poids sans doute mais agrégat de représentations individuelles qui ne peut se prévaloir d'aucune autorité objective comme le peut celle d'un tiers agissant au nom d'une communauté supérieure aux parties et de ses intérêts distingués des leurs. En définitive rien ne caractérise mieux l'esprit des voies d'exécution en droit international que le mécanisme des représailles ou de ce qu'on appelle aujourd'hui les contre-mesures (...). Un Etat, estimant ses droits atteints par le comportement illicite d'un autre, rétorque par un comportement même intrinsèquement illicite mais que sa qualité de réplique légitimerait au regard du droit international »²⁰⁶⁴.

L'identité de la contrainte est donc particulière dans le cadre des relations interétatiques. Elle est étatique et consiste en l'application de contre-mesures²⁰⁶⁵. Ces dernières doivent être précisées d'un point de vue théorique. *« La logique générale de ces mesures (...) s'inscrit dans le cadre de la dialectique des actes et comportements unilatéraux. Cette dialectique domine l'ensemble du droit international public, en l'absence d'instances autoritaires et extérieures de régulation. Elle repose sur la réciprocité des engagements entre les Etats »*. Concrètement, *« les contre-mesures représentent une réaction étatique unilatérale dirigée contre un ou d'autres Etats, émanant d'un Etat qui considère leur comportement comme inamical ou contraire à leurs engagements internationaux. Ces réactions peuvent se traduire par le retrait d'avantages facultatifs qui avaient été librement consentis, par l'exercice de compétences discrétionnaires d'autorisation ou de refus, mais aussi par l'atteinte à des droits juridiquement protégés »*²⁰⁶⁶. Et, plus spécialement, *« la compatibilité entre mesures unilatérales et exigences du maintien d'un ordre juridique international »* exige une réglementation qui peut prendre la forme d'une *« canalisation des contre-mesures »* ; dans ce cadre, *« une hypothèse particulière concerne les régimes conventionnels qui comportent leur propre encadrement juridique et imposent aux parties une canalisation complète de leur comportement international, de sorte qu'ils ne peuvent recourir qu'aux procédures qu'ils organisent »*²⁰⁶⁷.

²⁰⁶⁴ J. Combacau, S. Sur, *op. cit.*, pp. 27-28.

²⁰⁶⁵ La centralité de ces contre-mesures ne fait pas l'unanimité. Si MM. Combacau et Sur considèrent que la contre-mesure a tendance à regrouper, actuellement, d'autres mesures contraignantes comme les représailles ou encore les rétorsions, il faut préciser qu'aucune classification juridique unique et unanime n'est consacrée. Sur ce point, voir *infra*.

²⁰⁶⁶ J. Combacau, S. Sur, *op. cit.*, p. pp. 209-211. Voir pour un exemple d'une étude détaillée de ces contre-mesures, et en particulier le traitement de la problématique de leur définition, de leur fonction et de leur réglementation, pp. 209-218.

²⁰⁶⁷ *Ibid.*, p. 215.

Par ailleurs, la définition précédemment donnée de la contrainte se fonde sur l'existence d'une pression exercée sur l'Etat devant mettre en œuvre la décision juridictionnelle, et cette pression ne se résume pas forcément à la seule application, par un autre Etat, de contre-mesures telles qu'elles sont présentement définies. Toutes sortes de pressions politiques ou diplomatiques, de menaces ou autres intimidations sont de nature à infléchir le comportement ou la décision d'un Etat et, de ce fait, de constituer un moyen de contrainte supplémentaire ou supplétif de l'application de contre-mesures. Bien entendu, ces contraintes annexes ne participent qu'indirectement au processus d'exécution de la décision juridictionnelle, processus qui détermine, structure et légitime un mécanisme particulier de contrainte par un dispositif juridique particulier et par un mécanisme juridictionnel d'exécution. Elles ne doivent cependant pas être pour autant négligées. La contrainte par contre-mesures s'intègre dans le processus d'exécution mais n'en constitue que la phase finale rendue effective par la mauvaise volonté de l'Etat devant exécuter. Or, cette mauvaise volonté peut être largement atténuée préalablement, tout au long du processus d'exécution, par l'existence de contraintes qui, pour être annexes, n'en sont pas moins persuasives.

La juridictionnalité du système mémorandaire pouvant être largement confirmée par la caractérisation d'un processus d'exécution, et la composante juridictionnelle de ce processus étant déjà établie, la détermination s'impose d'un mécanisme effectif de contrainte appliqué aux décisions rendues par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel, mécanisme qui parachèvera la reconnaissance d'un processus juridictionnel d'exécution des décisions et, partant, la juridictionnalité du système mémorandaire produisant ces décisions.

La définition d'une contrainte mémorandaire, s'appliquant lors du processus d'exécution dont le caractère juridictionnel a été précédemment établi, est floue et semble, à certains égards, ne pas être affirmée. Une fois la décision formulée par le groupe spécial et éventuellement passée au crible du mécanisme cassatoire géré par l'Organe d'appel, son exécution, fondée sur sa force exécutoire, n'est pas dictée par les instances mémorandaires, bénéficie généralement d'un délai raisonnable et fait simplement l'objet d'une surveillance de la part de l'ORD qui n'a qu'un rôle passif. Cette exécution est en outre laissée dans sa matérialité à la discrétion de la partie mettant en œuvre la décision puisque seules de rares et non-contraignantes suggestions peuvent être formulées. Ensuite, l'exécution effective peut être soumise au système mémorandaire en cas de différend nouveau sur ce point mais aucun mécanisme autre que ceux qui viennent être rappelés ne vient alimenter une contrainte nouvelle et accentuée. A ce stade, aucun mécanisme réellement contraignant ne vient appliquer à l'Etat titulaire de l'obligation de mise en œuvre une pression pouvant faire infléchir son comportement dans le sens d'une exécution effective, car aucune mesure concrète prise à l'encontre de cet Etat n'est susceptible de lui appliquer une réelle contrainte. Enfin, l'issue du délai raisonnable ouvre l'éventualité d'un recours à des mesures de compensations et suspensions et ce recours est porteur de l'espoir d'une contrainte avérée puisqu'il consiste en l'application de mesures concrètes. Néanmoins, ce recours ne semble pas, à la lecture du Mémoire, intégrer un mécanisme contraignant au sein du processus d'exécution.

En effet, l'article 22 du Mémoire prévoyant ces dernières mesures ne consacre

pas explicitement un mécanisme contraignant effectif. Il dispose que « **la 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 oeuvre dans un délai raisonnable** »²⁰⁶⁸ et que « **la suspension de concessions ou d'autres obligations sera temporaire et 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 oeuvre 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** »²⁰⁶⁹. Cet article 22 organise ainsi un mécanisme double : « **la compensation est volontaire** »²⁰⁷⁰ et elle est issue de négociations entre les deux parties, négociations qui sont à l'initiative de la partie plaignante et qui sont encadrées par des conditions strictes de délais²⁰⁷¹ ; la suspension se substitue à la compensation défailante et elle est autorisée par l'ORD sur demande du plaignant, avec intervention éventuelle de l'arbitre de l'article 22 : 6 en cas de conflit sur le niveau de la suspension, sur la procédure suivie ou sur la conformité de la suspension aux règles de l'OMC²⁰⁷². En outre, l'article 22 précise que ce mécanisme double est temporaire et calqué sur le temps de mise en oeuvre de la décision puisqu'il s'arrête au jour de la mise en oeuvre effective et le niveau de la suspension que ce mécanisme induit « **sera équivalent au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages** »²⁰⁷³.

Or, il est difficile de considérer qu'une « **compensation** » fixée d'un commun accord entre les parties puisse constituer une mesure de contrainte efficace obligeant le défendeur à exécuter la décision prise par les instances mémorandaires. De même, il est malaisé de considérer, par voie de conséquence, que la suspension puisse être une véritable mesure de contrainte dans la mesure où elle pallie simplement le défaut d'accord entre les parties et semble donc répondre au même objectif de « **compensation** ». Par conséquent, ce mécanisme ne paraît pas contraignant mais semble davantage fondé sur une démarche pragmatique. Cette dernière se fonderait sur la constatation selon laquelle un comportement étatique peut n'être pas conforme aux règles de l'OMC et que cette éventualité induit un déséquilibre entre les parties quant aux avantages qu'elles tirent réciproquement de la bonne application des règles de l'OMC. Cette démarche consisterait alors simplement à compenser ce déséquilibre en attendant que l'Etat concerné rende effectivement conforme ledit comportement au droit de l'OMC. Il faut donc accueillir avec une certaine prudence les analyses doctrinales constatant trop immédiatement la

²⁰⁶⁸ Paragraphe 1.

²⁰⁶⁹ Paragraphe 8.

²⁰⁷⁰ Article 22 : 1.

²⁰⁷¹ Le mécanisme précis de ces négociations est prévu à l'article 22 : 2.

²⁰⁷² L'article 22, paragraphes 2, 6 et 7, organise le mécanisme de la suspension.

²⁰⁷³ Article 22 : 4.

prévision de contre-mesures consécutives à un véritable pouvoir de contrainte exercé contre l'Etat concerné par la mise en œuvre de la décision, sans préciser que la lettre du Mémorandum traite de compensations et non de rétorsions²⁰⁷⁴.

Nonobstant, cette affirmation doctrinale immédiate de l'effectivité d'une contrainte mémorandaire ne saurait être fermement condamnée ; elle est au contraire particulièrement pertinente même si elle néglige parfois l'analyse de la lettre du Mémorandum. La raison de cette pertinence est simple et a déjà été donnée : le pragmatisme est constant dans la lettre d'un Mémorandum soucieux de ne pas froisser les susceptibilités étatiques et de ne pas installer une rigidité rédhitoire ; il doit être dépassé dans le cadre de l'étude du système mémorandaire afin que celle-ci ne reste pas superficielle et, partant, peu pertinente. Et, au même titre que ce pragmatisme n'a pu jusque là ni cacher ni empêcher la reconnaissance d'une juridictionnalité formelle et matérielle du système qu'il organise, il faut supposer qu'il ne puisse dissimuler bien longtemps l'effectivité d'une contrainte caractéristique de l'exécution des décisions prononcées par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel. Cette supposition doit dès à présent être confirmée afin que soit parachevée la démonstration d'une juridictionnalité du système de règlement des différends interétatiques que le Mémorandum organise.

Une difficulté majeure doit d'emblée être déminée : l'application d'une contrainte n'est pas, à première vue, évidente du fait d'un environnement particulier qui lui est peu propice, et ce même s'il a déjà été montré que la décision initiale du groupe spécial et de l'Organe d'appel est dotée de force obligatoire et de force exécutoire. En effet, la décision des instances mémorandaires se contente de déclarer compatible ou incompatible tel comportement étatique avec les règles de l'OMC ; elle ne contient d'autre prescription que la demande de mise en conformité du comportement de l'Etat concerné²⁰⁷⁵, demande au mieux assortie de rares et simples suggestions. Aussi n'est-il pas question pour ces instances de prononcer une sanction, une réparation ou encore une astreinte qui seraient, par leur nature même, des injonctions pour l'Etat concerné. Par conséquent, la contrainte ne peut provenir directement de la décision initiale.

En bref, le mécanisme de contrainte ne découle pas directement de la décision initiale en ce sens que le contenu de la contrainte n'est pas fixé par le juge initial. La décision initiale ne contient pas de mesures concrètes et précises guidant une contrainte ainsi clairement déterminable. Il est question de prononcer une demande de mise en conformité, ce qui rend l'effectivité d'une contrainte plus complexe puisque cette dernière doit forcer ledit Etat à prendre une décision à même de régler cette incompatibilité, étant alors entendu que la matérialité de cette décision peut être variable, voire non-concrétisée, puisque déterminée par l'Etat en question qui a seul compétence en la matière. Plus clairement, la contrainte doit déclencher une prise de décision étatique et

²⁰⁷⁴ Voir pour exemples : Y. Renouf, « Les mécanismes d'adoption... », *op. cit.*, pp. 786-787 ; H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends... », *J.D.I.* 3, 1997, p. 747.

²⁰⁷⁵ En réalité, les instances recommandent que l'ORD demande à cet Etat de mettre en conformité son comportement avec le droit de l'OMC. Cette démarche n'est cependant que formelle dans la mesure où le système du consensus négatif présidant à l'adoption des décisions de ces instances transforme la recommandation en décision et écarte tout rôle décisionnel de l'ORD.

doit contingentiser la liberté de décision étatique de telle sorte que l'exécution de la décision juridictionnelle soit non seulement effective mais également adéquate. N'étant pas l'outil de concrétisation de l'injonction adressée par la décision initiale à l'Etat concerné, cette contrainte est de mise en œuvre difficile ; son objectif ne sera pas vraiment d'infléchir une décision étatique mais de provoquer une telle décision et d'orienter son contenu. Partant, une contrainte mémorandaire peut être victime, à la fois dans son existence et dans sa viabilité, de cette complexité théorique avérée.

Néanmoins, et paradoxalement, cette complexité supposée de la contrainte loin de la fragiliser, la rend plus solide. Le processus d'exécution ne peut se résumer à une contrainte directement fondée sur la décision initiale mais doit organiser une prise de décision sur le contenu de cette contrainte, afin que tout risque soit écarté d'une inexécution rendue possible par l'évanescence de cette contrainte. La nécessité d'un mécanisme décisionnel d'exécution est de nature à autonomiser et consolider la contrainte par l'organisation d'un mécanisme juridictionnel d'exécution rigoureux et complet, à garantir au justiciable une fixation et une concrétisation de l'exécution plus proche et plus juste, en bref à assurer au processus d'exécution et, partant, à cette contrainte, une légitimation accrue. Aussi la contrainte n'est-elle donc pas la victime mais la bénéficiaire de l'imprécision de la décision initiale quant aux mesures d'exécution. Au surplus, il faut constater que le mécanisme de contrainte est d'autant plus remarquable qu'il ne se contente pas d'agir directement sur le comportement litigieux mais que, au contraire, il doit influencer la décision d'un Etat souverain qui est le seul compétent pour modifier le comportement qui lui est propre. Par conséquent, la difficulté précédemment remarquée d'un environnement peu propice à l'effectivité d'une contrainte n'est pas réaliste.

Cette barrière étant levée, l'effectivité d'une contrainte parachevant le processus d'exécution mémorandaire et, partant, la juridictionnalité du système peut être recherchée. Le discours en apparence pragmatique et confus du Mémoire sur la réalité d'un mécanisme de contrainte ne condamne pas l'effectivité de ce mécanisme mais permet au contraire de le reconnaître et de le renforcer. La contrainte est l'outil de coercition inclus dans le processus d'exécution et qui oblige l'Etat à la mise en œuvre de la décision condamnant son comportement. Elle est toute forme de pression d'une gravité suffisante pour pouvoir infléchir la décision de non-conformation ou accélérer la conformation de cet Etat sur lequel cette pression s'exerce. L'étude du Mémoire et de son application permettent de la révéler.

Il a déjà été implicitement établi que le processus juridictionnel de règlement du différend initial était de nature contraignante, et que cette nature contribuait de manière déterminante à lui conférer cette juridictionnalité. En effet, la construction organique du système mémorandaire, son cheminement procédural, la juridicité du raisonnement et de la décision ainsi que les effets obligatoires et exécutoires de cette décision se fondent sur divers mécanismes appliquant une pression sur les parties pour que celles-ci parviennent, sur différents points, à un accord amiable se substituant à la volonté commune défailante de ces parties le cas échéant. Une contrainte croissante – à l'intérieur de chacune des phases du règlement et également au fur et à mesure de la succession de ces phases – est appliquée à l'encontre des parties ne parvenant pas à un accord amiable. Bien

entendu, cette contrainte s'exerce principalement sur le défendeur qui est soumis à une attraction obligatoire et qui ne pourra freiner ou bloquer durablement le bon déroulement du processus de règlement ; cependant, elle s'exerce également sur le plaignant qui pourra se voir imposer des choix organiques et procéduraux du fait de la non-obtention d'un accord amiable. Il n'est guère nécessaire d'insister sur le caractère contraignant du processus de règlement menant à la décision des instances mémorandaires, dans la mesure où cette contrainte apparaît en filigrane tout au long du présent travail et où ce caractère contraignant est consacré comme une caractéristique nouvelle et majeure du système mémorandaires, et ce dès les premières analyses doctrinales sur ce point²⁰⁷⁶.

Il doit être maintenant établi que la contrainte caractérise également et au premier chef le processus d'exécution des décisions mémorandaires. Le processus d'exécution débute dès l'adoption de la décision initiale par l'ORD du fait de la force exécutoire dévolue à cette décision ; il doit s'achever soit immédiatement soit dans une période assortie d'un système de surveillance de l'ORD, délimitée par un délai raisonnable déterminé par les parties ou par l'arbitrage contraignant de l'article 21 : 3 c) et partant de la date de cette adoption ; en outre, tout différend né de la mise en œuvre de la décision sera réglé selon le même mécanisme par les mêmes instances mémorandaires qui prononceront une décision elle aussi exécutoire par adoption de l'ORD. De la sorte, une pression politique existe sur l'Etat chargé de la mise en œuvre de la décision du fait de la centralité passive de l'ORD, ce qui constitue déjà l'application d'une contrainte de nature politique à l'encontre de l'Etat soumis à l'obligation de mise en œuvre. Cette contrainte est structurée, en cas de désaccord des parties, par deux mécanismes juridictionnels : l'arbitrage contraignant de l'article 21 : 3 c) fixe le délai raisonnable, ce qui a pour effet non seulement d'ancrer une obligation d'exécution sur une période donnée mais aussi d'enclencher le processus de surveillance de l'ORD dans les conditions prévues par le Mémoire²⁰⁷⁷ ; le mécanisme de l'article 21 : 5 permet le contrôle juridictionnel de la pertinence de la mise en œuvre de la décision initiale et, ce faisant, fonde la fin de la contrainte par décision de conformité ou justifie la continuation de cette contrainte par décision de non conformité.

Il reste que cette contrainte du processus d'exécution reste pour l'instant politique. Dès le prononcé de la décision initiale, une pression politique est structurée par deux mécanismes juridictionnels d'exécution et réalisée sur l'Etat concerné essentiellement par le biais de l'ORD. Mais cette contrainte politique ne peut être qu'insuffisante à faire infléchir le refus d'exécution de l'Etat concerné car elle n'inclut aucune mesure contraignante concrète à même de constituer une pression plus directe et concrète sur l'Etat concerné par la mise en œuvre. Aussi le dispositif de l'article 22 peut-il amener cette concrétisation qui fait pour l'instant défaut dans la mesure où il organise l'application de compensations et suspensions de concessions ou autres obligations à l'encontre de l'Etat

²⁰⁷⁶ Voir pour exemples : Y. Renouf, « Les mécanismes d'adoption... », *op. cit.*, pp. 776-791 ; H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », *J.D.I.* 3, 1997, pp. 709-755 ; G. Guibert, « L'Organisation mondiale du commerce (OMC), continuité, changement et incertitudes », *op. cit.*, pp. 805-819 ; V. Pace, *L'Organisation Mondiale du Commerce et...*, *op. cit.*, pp. 195-261.

²⁰⁷⁷ Ces conditions sont prévues à l'article 21 : 6.

en question, ces compensations et suspensions pouvant très bien être de telles mesures de contrainte. Encore faut-il que ces mesures puissent réellement être considérées comme des moyens de pression efficaces susceptibles d'obliger l'Etat à exécuter. Pour qu'elles soient contraignantes, ces mesures ²⁰⁷⁸ doivent, d'après la définition précédemment donnée de la contrainte, répondre principalement à trois caractéristiques : elles doivent constituer une pression sur l'Etat concerné donc être décidées et appliquées contre le gré de cet Etat défendeur ; elles doivent infléchir le comportement dudit Etat donc répondre à cet objectif particulier ; elles doivent être, pour ce faire, d'une gravité suffisante donc être évaluées de manière précise.

La première caractéristique pose en réalité deux conditions : l'Etat destinataire de la contrainte doit se voir appliquer une mesure contraignante qui lui est extérieure ; ce même Etat ne doit pas pouvoir y échapper. La première condition n'est pas, *a priori*, facilement identifiable. En effet, le dispositif de l'article 22 organise la mise en place de mesures de compensation ou de suspension qui sont à même d'exercer une pression sur l'Etat soumis à l'obligation d'exécuter, et ce par deux moyens alternatifs : une mesure volontaire décidée par accord entre les parties, qui consiste en une compensation ; une mesure imposée, si cet accord est infructueux, qui consiste en la suspension de concessions ou d'autres obligations. Or, le caractère volontaire de la première semble peu en phase avec la notion même de contrainte dans la mesure où l'Etat auquel la mesure s'applique participe à l'élaboration de cette mesure. Néanmoins, la compensation reste une contrainte dans la mesure où elle s'intègre dans un système qui organise une contrainte imposée en cas d'ineffectivité de la mesure volontaire. L'absence d'accord sur la compensation ne bloque pas toute application d'une contrainte mais au contraire enclenche la suspension qui, elle, est imposée. De même, cette menace d'une contrainte imposée pèse sur les Etats négociant les compensations et encourage le défendeur à faire des concessions, ce qui peut accélérer et légitimer l'application effective de cette contrainte. La contrainte est donc bien réelle malgré son caractère pour partie volontaire. La participation de l'Etat à l'élaboration et l'activation de la mesure qui lui est appliquée n'enlève en rien le caractère contraignant de cette mesure, à partir du moment où celle-ci

²⁰⁷⁸ Le choix de considérer des « mesures contraignantes » est fondé sur un souci de clarté et de précision. En effet, cette expression est un terme générique qui regroupe, par exemple, les contre-mesures, les mesures de rétorsion ou encore les mesures de représailles, toutes n'étant pas synonymes. Toutes ces mesures de contraintes ont une acception plus large que celle des seules mesures contraignantes d'exécution d'une décision juridictionnelle dans le cadre d'une organisation internationale. Voir un exemple d'étude détaillée de ces « *techniques de mise en œuvre du droit international* » in J. Combacau, S. Sur, *op. cit.*, pp. 209-216. Voir également P. Daillier et A. Pellet (N. Quoc Dinh †), *op. cit.*, pp. 954-962. L'absence d'unanimité de la catégorisation de toutes ces mesures peut d'ailleurs se supposer par l'observation des variations de traitement des rétorsions et autres contre-mesures par ces deux manuels de droit international public. L'objectif étant présentement de rechercher l'application d'une contrainte au sein du système mémorandaire et non de contribuer à l'étude générale de ces « *techniques de mise en œuvre du droit international* », il n'est pas nécessaire d'entrer dans le débat de la catégorisation juridique de ces techniques. Aussi le simple choix de ne désigner que par l'expression « mesures contraignantes » les compensations et les suspensions prévues à l'article 22 du Mémorandum semble-t-il pertinent. De même, les termes « contre-mesures » et « rétorsions » seront présentement employés avec la plus grande prudence, contrairement à la plupart des études doctrinales consacrées au système mémorandaire qui ne semblent pas sensibles à l'absence d'une définition et d'une catégorisation indiscutables et n'hésitent pas à employer ces termes sans doute à la fois trop précis et trop vagues.

s'insère dans un système de contrainte imposée. Par ailleurs, si un doute pouvait être émis sur le caractère contraignant de la compensation volontaire, il doit être levé par l'observation de la pratique du système mémorandaire : une seule compensation au titre de l'article 22 a pu, jusqu'à présent, être formellement convenue entre les parties²⁰⁷⁹. Cette application unique montre que la compensation n'a pas la faveur des Etats et qu'elle ne peut, par conséquent, induire la conclusion d'une absence de contrainte, conclusion qui serait fondée sur la constatation d'un recours trop fréquent à un mécanisme volontaire préféré aux suspensions de nature « *unilatérale* ».

Une autre procédure peut remettre en cause cette première condition d'une mesure extérieure à l'Etat auquel elle s'applique. Cette procédure n'est pas prévue par le Mémorandum mais a été établie par la pratique. Elle consiste en la détermination d'un « *mémorandum d'accord entre [les parties] concernant des procédures au titre des articles 21 et 22 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends* »²⁰⁸⁰. Ce « *mémorandum* » n'est pas une pratique isolée mais semble au contraire une pratique en expansion²⁰⁸¹. Il est une convention établie entre lesdites parties avant même que toute procédure au titre de ces articles ne soit engagée ; il décrit le déroulement procédural particulier qu'elles comptent suivre concernant l'application des articles 21 et 22 et leur comportement respectif face aux différents mécanismes procéduraux que le Mémorandum propose. En particulier, ce « *mémorandum* » établit l'articulation, convenue entre les parties, des articles 21 et 22 puisque le Mémorandum ne l'organise pas et qu'elle peut être source de complexité, d'incohérences et de conflits, allant même jusqu'à déroger d'un commun accord à des conditions mémorandaires de délais qui ne sont pas adaptées à cette articulation. Ainsi, ce « *mémorandum* » pallie une certaine imprécision du Mémorandum et indétermination des instances mémorandaires sur ce point, alors que la question de cette articulation est centrale, « *reste (...) ouverte, promettant de nouveaux épisodes dans cette saga de l'exécution* »²⁰⁸².

²⁰⁷⁹ Il s'agit, au 26 juin 2003, de l'affaire DS34. Voir plus particulièrement le document WT/DS34/13 faisant état de cette compensation. Se reporter également au bilan, dressé par le Secrétariat de l'OMC, de l'état d'avancement des rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel adoptés, *in l'« état des différends soumis à l'OMC »*, document WT/DS/OV/14, point VI. Cette constatation doit être relativisée par la considération de compensations qui ne sont pas formellement signifiées aux organes de l'OMC mais qui restent fort peu nombreuses, comme par exemple dans les affaires DS 8, 10 et 11 ou encore DS56, comme signalées *in* 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. 633, note 59.

²⁰⁸⁰ Voir pour exemple l'intitulé du document WT/DS103/14. Ce qualificatif est souvent, en pratique, celui de la procédure considérée, même si quelques variations peuvent exister.

²⁰⁸¹ Au 26 juin 2003, 12 affaires distinctes ont vu se concrétiser un tel accord entre parties concernant les procédures des articles 21 et 22. Voir pour exemples les documents WT/DS34/13, WT/DS103 et 113/14 et WT/DS103 et 113/24, WT/DS108/12, WT/DS141/11 et WT/DS155/12. Aussi cette pratique n'est-elle pas marginale puisqu'elle concerne au total environ une affaire sur cinq ayant fait l'objet d'un rapport adopté du groupe spécial et éventuellement de l'Organe d'appel. S'il est encore trop tôt pour parler de généralisation, il faut quand-même constater une certaine augmentation progressive du recours à cette pratique toujours actuelle.

Or, le caractère bilatéral de ce « *mémoire* » fonde le recours à une éventuelle suspension sur un accord entre parties et non sur une décision unilatérale du plaignant, atténuant ainsi l'extériorité normalement caractéristique d'une mesure contraignante. Cependant, cet accord n'enlève pas l'unilatéralisme formel de l'enclenchement et de l'application de la suspension. En outre, l'apparence d'une contrainte atténuée ne peut cacher, en réalité, le renforcement de cette contrainte puisque la menace d'une suspension est accrue du fait d'un recours prévu par avance. Le défendeur est certain que le plaignant n'hésitera pas à enclencher la procédure de suspension quand les conditions convenues entre les parties seront réunies, qui plus est sans passer par la négociation préalable d'une compensation²⁰⁸³. Cette certitude pèse forcément sur le comportement de l'Etat devant exécuter. Si la suspension n'est pas automatique, en pratique, à chaque fois qu'un tel « *mémoire* » est convenu, elle reste néanmoins une contrainte, du seul fait de la menace renforcée qu'elle constitue à l'intérieur de cet accord.

Quant à la seconde condition, à savoir l'impossibilité d'échapper à la contrainte, son effectivité implique l'organisation d'une procédure rigoureuse et complète, que le *Mémoire* organise comme telle. D'abord, les négociations en vue d'une compensation sont d'initiative unilatérale confiée au plaignant. Le défendeur est soumis à une attraction obligatoire, déclenchée par le plaignant, au sein de ces négociations²⁰⁸⁴. Ensuite, des conditions strictes de délais empêchent que ne s'enlisent les négociations menées en vue de la fixation d'une compensation : le défendeur « **se prêtera, si demande lui en est faite et au plus tard à l'expiration du délai raisonnable, à des négociations** » et « **si 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** »²⁰⁸⁵. Et, de la sorte, le plaignant dispose des suspensions pour pallier un désaccord sur la compensation, mesures qu'il décide de manière non-bilatérale²⁰⁸⁶. La suspension est donc la voie unilatérale ouverte au plaignant si les négociations tendant à établir une compensation échouent, et ce dans un délai assez bref. Enfin, l'autorisation de suspendre donnée par l'ORD ne représente pas pour le défendeur une opportunité de se soustraire à cette suspension que le plaignant décide unilatéralement d'appliquer. L'ORD doit

²⁰⁸² H. Ruiz Fabri, « Le contentieux de l'exécution... », *op. cit.*, p. 645. Se reporter pour une étude détaillée et fort pertinente de la problématique de l'articulation des procédures mémorandaires à ce même Article, pp. 642-645.

²⁰⁸³ Ces accords de « *mémoire* » ne prévoient pas, en général, le recours à la compensation mais seulement la possibilité d'une procédure de suspension. Il reste que compensation et « *mémoire* » ne sont pas incompatibles, comme le prouve l'affaire DS34 qui est la seule dans laquelle des compensations ont pu, jusqu'à présent, être convenues et qui a vu l'élaboration d'un tel « *mémoire* ».

²⁰⁸⁴ Article 22 : 2.

²⁰⁸⁵ *Ibid.*

respecter une stricte condition de délai²⁰⁸⁷ et cette autorisation est décidée par la voie du consensus négatif²⁰⁸⁸ ôtant ainsi tout droit de veto qui aurait pu être dévolu au défendeur et, surtout, donnant à la mesure de suspension un caractère unilatéral au bénéfice du plaignant.

Aussi le défendeur ne peut-il que se voir imposer une mesure de suspension décidée unilatéralement par le plaignant, à moins que ces deux parties aient réussi lors des négociations enclenchées par ce même plaignant à « **trouver une compensation mutuellement acceptable** »²⁰⁸⁹, exceptionnelle en pratique. Néanmoins, le Mémoire ne consacre pas un unilatéralisme inconditionnel car le défendeur peut avoir recours au mécanisme juridictionnel de l'arbitrage de l'article 22 : 6 s'il conteste le niveau de la suspension, le respect des principes et procédures de l'article 22 ou encore le respect des dispositions du droit de l'OMC autorisant ces suspensions²⁰⁹⁰. Ce recours à l'arbitrage est en pratique systématique à partir du moment où le plaignant décide de demander l'autorisation de suspension à l'ORD²⁰⁹¹.

Mais, là encore, ce recours n'est pas une opportunité offerte au défendeur de bloquer ou de retarder indûment l'application d'une suspension car la composition de l'arbitre est déterminée en dehors des parties²⁰⁹², l'arbitre est soumis à un délai strict à l'issue duquel il doit avoir rendu sa décision²⁰⁹³, la suspension de la procédure arbitrale est parfois

²⁰⁸⁶ Le recours à la suspension n'est pas automatique mais bien d'initiative unilatérale. D'ailleurs, dans certaines affaires, la fin du délai raisonnable n'est pas suivie de l'enclenchement d'une procédure au titre de l'article 22, et ce malgré le défaut d'exécution de la décision initiale par le défendeur. Il faut supposer que le plaignant considère que l'exécution effective est en bonne voie et ne nécessite pas d'être soumise à une contrainte supplémentaire. Voir pour exemple l'affaire DS56.

²⁰⁸⁷ Comme le prévoit l'article 22 : 6, « *l'ORD accordera, sur demande, l'autorisation de suspendre des concessions ou d'autres obligations dans un délai de 30 jours à compter de l'expiration du délai raisonnable* ».

²⁰⁸⁸ L'application du mécanisme du consensus négatif à la décision d'autorisation de la suspension est prévue à l'article 22 : 6 qui dispose que « *l'ORD accordera, sur demande, l'autorisation de suspendre (...), à moins qu'il ne décide par consensus de rejeter la demande* ».

²⁰⁸⁹ Article 22 : 2.

²⁰⁹⁰ Voir pour détails les paragraphes 6 et 7 de l'article 22.

²⁰⁹¹ Au 26 juin 2003, la volonté exprimée du plaignant de suspendre des concessions ou autres obligations conformément à l'article 22 : 2 a toujours déclenché en réaction une demande d'arbitrage au titre de l'article 22 : 6 formulée par le défendeur. Si cet arbitrage a pu parfois être inefficace (voir pour exemple l'affaire DS18) ou suspendu (voir pour exemple l'affaire DS103 et 113), aucune suspension concrètement appliquée ne l'a été sans qu'une décision arbitrale n'ait été au préalable formulée sur ce point. Cette constatation ne prend pas en considération le cas unique de compensations effectives de l'affaire DS34.

²⁰⁹² Voir sur ce point l'article 22 : 6.

²⁰⁹³ Ce délai est, conformément à l'article 22 : 6, de « *60 jours suivant la date à laquelle le délai raisonnable sera venu à expiration* ».

pratiquée mais elle ne peut être le fait du seul défendeur²⁰⁹⁴ et la décision arbitrale est définitive et sans recours²⁰⁹⁵ ; elle n'est même pas soumise à la condition d'une adoption par l'ORD, même par la voie du consensus négatif. Simplement, la suspension décidée unilatéralement par le plaignant sera, si elle respecte les prescriptions du Mémoire et des accords de l'OMC applicables en la matière, déterminée quant à son niveau par l'arbitre et non par le plaignant, puis autorisée par l'ORD automatiquement par le biais d'un mécanisme de consensus négatif²⁰⁹⁶. Par conséquent, les compensations et suspensions sont bien des mesures de contrainte en ce sens qu'elles sont décidées et appliquées par le plaignant contre le gré du défendeur qui ne peut que préférer la compensation ou encore recourir à l'arbitrage pour atténuer l'unilatéralisme étatique en question. Le caractère contraignant des mesures de l'article 22 est donc établi par l'organisation d'un unilatéralisme juridictionnalisé de l'enclenchement et du déroulement de la procédure de cette dernière disposition ; encore la contrainte implique-t-elle, en sus, deux autres conditions qui sont l'objectif particulier et une gravité suffisante de la mesure.

La deuxième caractéristique de la mesure de contrainte est son objectif, qui est l'infléchissement du comportement de l'Etat auquel cette mesure s'applique. Cet infléchissement peut être obtenu par l'exercice d'une pression sur l'Etat considéré alors que ce dernier n'a pas encore modifié son comportement, et ce dans le but qu'il le modifie. Il ne peut donc être réalisé par l'exécution d'une sanction *stricto sensu*²⁰⁹⁷ qui, elle, vient punir le comportement dudit Etat parce que ses agissements passés sont considérés comme contraires et préjudiciables à l'ordre établi²⁰⁹⁸ ; la pression sur l'infléchissement comportemental des justiciables n'est appliquée que sur les agissements futurs de l'ensemble des justiciables car la sanction a, en sus de sa fonction répressive, une fonction préventive. L'infléchissement ne peut non plus être réalisé par l'exécution d'une réparation du préjudice subi par la victime puisque cette réparation a pour objectif le

²⁰⁹⁴ La suspension de l'arbitrage est toujours convenue entre les parties. Voir pour exemples les documents WT/DS103 et 113/24, WT/DS108/18, WT/DS136/18 et 162/21, et WT/DS160/22. Cette convention est même parfois prévue par avance dans les accords que passent les parties concernant des procédures au titre des articles 21 et 22 (voir pour exemple le document WT/DS103/14, p. 3, paragraphe 9).

²⁰⁹⁵ Voir sur ce point le paragraphe 7 de l'article 22.

²⁰⁹⁶ L'article 22 : 7 prévoit explicitement une telle autorisation et un tel mécanisme de décision à l'issue du prononcé de la décision arbitrale, et ce « *dans les moindres délais* ».

²⁰⁹⁷ Le terme de « sanction » est communément employé comme un terme générique désignant toute mesure prise à l'encontre d'une entité, que cette mesure soit une rétorsion, une coercition, des représailles ou encore, par exemple une peine. Cependant, cet emploi générique ne peut être présentement consacré du fait de son imprécision. Il lui est ici préféré le sens strict de la sanction qui est la mesure civile ou pénale réprimant des agissements passés et achevés considérés comme contraires à un ordre juridique établi.

²⁰⁹⁸ Comme le souligne Mme Chemillier-Gendreau, l'usage de l'expression « sanctions commerciales » est impropre (*in* « La notion de sanction en droit international », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Gustave Peiser*, Presses Universitaires de Grenoble, 1995, p. 124). Pour étude détaillée de la sanction en droit international, voir ce même Article, pp. 115-126.

dédommagement consécutif à un préjudice qui n'est pas actuel mais passé et entièrement évaluable.

En revanche, le recours à la force armée étant à la fois trop extrême et exceptionnel, écarté par principe par le droit international public qui s'efforce de pacifier les relations interétatiques et concurrencé par d'autres contraintes pour ce qui est des relations commerciales interétatiques, l'infléchissement peut être réalisé par un mécanisme d'astreinte. Celle-ci consiste à infliger à l'Etat considéré des mesures diverses pour retard dans l'exécution de la décision initiale, et ce jusqu'à ce que la mise en œuvre de cette décision soit effective. Ces mesures sont généralement, selon une acception commune de l'astreinte, l'exigence périodique d'une certaine somme d'argent ; mais elles peuvent être dans le cadre international toute contre-mesure appliquée à titre provisoire, comme par exemple « **le retrait d'avantages facultatifs qui avaient été librement consentis, (...) l'exercice de compétences discrétionnaires d'autorisation ou de refus, mais aussi (...) l'atteinte à des droits juridiquement protégés** »²⁰⁹⁹.

Et cet objectif d'infléchissement doit caractériser les mesures de compensations et de suspensions prévues par l'article 22 du Mémoire. Il peut être déterminé *a contrario*, par une constatation double. D'abord, ces mesures n'ont pas pour objet de faire exécuter une sanction prononcée par le juge chargé du règlement du différend initial puisque la compensation est volontaire, la suspension est temporaire et indexée sur le préjudice subi par le plaignant et ces deux mesures sont au bénéfice du justiciable plaignant et non d'une quelconque autorité extérieure et supérieure aux parties, au nom d'un ordre établi. Ensuite, elles ne s'attachent pas à l'exécution d'une réparation puisque ce même juge ne fixe initialement ni la compensation ni la suspension, qu'elles ne sont pas consécutives au comportement initial non-conforme du défendeur mais au dépassement du délai raisonnable d'exécution, qu'elles varient en fonction de la durée de la mise en œuvre et qu'elles sont équivalentes aux pertes dues au retard de mise en œuvre et non à un quelconque *precium doloris*.

Cet infléchissement peut également être déterminé positivement par la constatation d'une similitude entre ces mesures mémorandaires et le mécanisme de l'astreinte. En réalité, il s'agit davantage d'une similarité que d'une similitude. Ces mesures ne réalisent pas une astreinte *stricto sensu* puisqu'elles sont davantage un équilibrage qu'une punition. En effet, elles consistent à compenser le déséquilibre actuel créé par le comportement étatique en question ; elles sont un dédommagement rattrapant les pertes consécutives au maintien d'un comportement irrégulier et non une peine récurrente à laquelle serait condamné le défendeur pour son retard dans la mise en œuvre. Le terme même de « **compensation** » est à cet égard éloquent ; et la suspension est également compensation dans la mesure où « **le niveau de la suspension de concessions ou d'autres obligations autorisée par l'ORD sera équivalent au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages** »²¹⁰⁰. En outre, ces mesures sont au bénéfice direct

²⁰⁹⁹ J. Combacau, S. Sur, *op. cit.*, p. p. 211. Ces contre-mesures ne sont que des exemples eux-mêmes puisés dans une illustration doctrinale les traitant.

²¹⁰⁰ Article 22 : 4.

de l'Etat victime du déséquilibre ; elles ne sont pas des sanctions dont le fruit matériel irait à une autorité supranationale ayant pour fonction la gestion globale des relations entre justiciables, comme peut l'être l'Etat dans le cadre national.

Cependant, ces mesures de compensation et de suspension ont par certains aspects un caractère astreignant. D'une part, elles sont « **temporaires** »²¹⁰¹ et calquées sur l'évolution de l'obligation d'exécuter puisqu'elles ne dureront « **que jusqu'à ce que la mesure jugée incompatible avec un accord visé ait été éliminée, ou que le Membre devant mettre en oeuvre 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** »²¹⁰². D'autre part, elles ne s'appliquent qu'en raison d'un retard manifeste dans l'exécution de la décision initiale par le Membre concerné : il est recouru à ces mesures « **dans le cas où les recommandations et décisions ne sont pas mises en oeuvre dans un délai raisonnable** »²¹⁰³ ; et les conditions de délais applicables à l'enclenchement, la durée et la fin des négociations sur la compensation²¹⁰⁴, à la demande d'autorisation de suspension²¹⁰⁵, à la décision d'autorisation prononcée par l'ORD²¹⁰⁶ et au prononcé de la décision arbitrale²¹⁰⁷, se fondent toutes sur la date d'expiration de ce délai raisonnable. Enfin, elles s'appliquent exclusivement à l'Etat soumis à l'obligation d'exécuter, même si la modification qu'elles entraînent se trouve dans le comportement de l'autre partie : la compensation et la suspension de concessions ou d'autres obligations ne sont pas forcément des prestations fournies par le défendeur mais elles peuvent consister en l'absence de fourniture de prestations normalement fournies par le plaignant, puisqu'il s'agit, par exemple pour la seconde mesure dont le contenu est plus clairement défini parce que non-négocié, de

²¹⁰¹ Article 22 : 1.

²¹⁰² Article 22 : 8. Cette disposition ne concerne en réalité que la suspension et non la compensation. Cela ne signifie par pour autant que cette dernière n'est ni temporaire ni calquée sur l'évolution de l'exécution de la décision initiale. En effet, la compensation est « *temporaire* » au même titre que la suspension, d'après l'article 22 : 1. De plus, elle est volontaire puisque négociée entre les parties et il faut croire qu'un accord sur ce point ne pourra être trouvé que si la compensation est bien compensatoire et ne dure que jusqu'à la mise en œuvre effective de la décision initiale. Le défendeur n'aura, en effet, aucun intérêt à accepter de délivrer une compensation plus durable à partir du moment où l'échec des négociations mènerait à l'imposition de suspensions qui, elles, sont clairement temporaires et limitées par la mise en œuvre effective, du fait même du Mémorandum. L'imprécision de l'article 22 : 8 sur la délimitation temporelle de la compensation est aisément explicable par la nature volontaire de cette mesure et par le souci de laisser aux parties la liberté la plus grande dans le contenu de l'accord qu'elles pourraient trouver sur la fixation de compensations.

²¹⁰³ Article 22 : 1. Voir dans le même sens le paragraphe 2 de cet article 22.

²¹⁰⁴ Voir sur ce point l'article 22 : 2.

²¹⁰⁵ *Ibid.*

²¹⁰⁶ Voir sur ce point l'article 22 : 6.

²¹⁰⁷ *Ibid.*

concessions suspendues et non de compensations attribuées ; nonobstant, la logique astreignante est la même car, dans ces deux cas, il est question de mesures allant à l'encontre des intérêts de la partie soumise à l'exécution.

Ainsi, les mesures de compensation et de suspension sont très proches de l'astreinte et peuvent être considérées comme lui étant fortement similaires. Certes, elles peuvent être par certains aspects identifiées au modèle de la réparation dans la mesure où elles tentent de mettre fin à un déséquilibre en permettant un dédommagement qui est, soit adressé à la partie victime par la partie dont le comportement est condamné, soit pris par la victime même sur les relations normales entre les Etats parties, en n'exécutant pas des obligations qu'elle aurait pourtant dû assurer en temps normal. Néanmoins, l'identification à la réparation s'arrête ici car ces mesures sont davantage astreignantes que réparatrices. En effet, des mesures allant à l'encontre des intérêts de l'Etat devant exécuter lui sont temporairement appliquées jusqu'à ce que la mise en œuvre de la décision soit devenue effective.

Et les différences par rapport au modèle de l'astreinte tiennent davantage à la nature particulière des relations interétatiques de manière générale, qui plus est dans le domaine particulier des échanges commerciaux internationaux. Ces mesures ne peuvent constituer une sanction *stricto sensu*, car « ***l'absence d'une autorité supérieure dans la société internationale*** », et plus précisément le fait qu' « ***à l'heure actuelle les organisations internationales ne peuvent prétendre être des autorités superétatiques*** »²¹⁰⁸, justifie l'impossibilité d'infliger des sanctions autrement que par l'intervention des Etats qui sont eux-mêmes des justiciables. Par voie de conséquence, la contrainte ne peut que connoter le dédommagement dans la mesure où l'Etat victime sera amené à participer à cette contrainte²¹⁰⁹. Par ailleurs, la régulation des échanges commerciaux est construite en terme d'équilibres et de réciprocité, de telle sorte que tout comportement condamné crée un déséquilibre et que toute mesure visant à le supprimer est un rééquilibrage. Il n'est donc pas anormal que l'astreinte présentement considérée soit moins une punition qu'un rééquilibrage, soit moins supranationale qu'étatique.

Par conséquent, un mécanisme d'astreinte est concrétisé par les mesures de compensations et de suspensions prévues à l'article 22. Il est à même de caractériser l'objectif particulier de ces mesures qui est l'infléchissement du comportement étatique. Partant, il participe, au même titre que l'unilatéralisme juridictionnalisé précédemment montré, à définir le caractère contraignant de ces mesures de compensation et de suspension. Ne manque que la troisième et complexe condition de ce caractère contraignant, qui est la gravité suffisante de ces mesures, afin que ces dernières puissent effectivement remplir leur fonction d'infléchissement.

²¹⁰⁸ P. Daillier et A. Pellet (N. Quoc Dinh †), *op. cit.*, p. 934.

²¹⁰⁹ Cette connotation ne peut, certes, pas se transformer systématiquement en une identité entre contrainte et dédommagement. Cette identité n'est pas forcément souhaitée, et même à supposer qu'elle le soit, elle nécessiterait plus concrètement un mécanisme d'évaluation rigoureux qui n'est pas simple à obtenir. Cependant, l'idée de dédommagement n'est pas étrangère à la contrainte dans la mesure où cette contrainte peut être exercée par l'Etat victime et que ce dernier en retirera des « bénéfices » pour son compte propre.

Cette troisième et dernière caractéristique est l'impact réel de ces mesures sur l'Etat auquel elles s'appliquent. Pour être caractérisée, la gravité de la mesure doit être évaluée. Elle doit l'être en considérant la teneur de cette mesure, teneur variant selon deux paramètres : le contenu de la mesure et son niveau. En réalité, la gravité de la mesure doit être relativement équilibrée. Si la gravité était insuffisante, il est évident que la mesure serait rendue inefficace et, par voie de conséquence, non-contraignante ; l'Etat auquel la mesure s'applique ne ressentirait pas une pression telle que la nécessité d'un changement de son comportement devienne évidente. En revanche, une gravité trop accentuée ne serait pas acceptée par l'Etat auquel elle s'applique, Etat qui pourrait ainsi refuser de s'y soumettre, voire ne pas pouvoir s'y soumettre ; il serait fondé dans son refus par l'illégitimité de la mesure acquise par cette excessivité et cette inadéquation mettrait en péril non seulement l'exécution effective de la décision mais également et surtout la viabilité même du système de règlement dans son ensemble. La force de la contrainte doit donc être simplement « **suffisante** ».

Et le Mémoire prend un soin particulier à fixer et le contenu et le niveau de la suspension que le plaignant peut infliger au défendeur. Bien entendu, il ne fixe pas la teneur de la compensation puisque celle-ci est le fruit d'un accord entre les deux parties. Cependant, la fixation de la teneur de la suspension intéresse implicitement la compensation. En effet, l'échec de la négociation sur la compensation menant à la suspension, le contenu et le niveau de cette dernière vont avoir une influence conséquente sur chacune des deux parties. Celles-ci fixeront leurs prétentions et concessions, formulées lors de ladite négociation, en fonction des principes d'évaluation appliqués lors de la détermination de la teneur de la suspension pouvant remplacer un accord de compensation défaillant. De même, cette fixation du contenu et du niveau de suspension va inciter chacune des deux parties à mettre en balance la teneur de la compensation et l'intérêt d'une rapidité de son application. Aussi cette connexion implicite entre la teneur de la compensation et celle de la suspension ne doit-elle pas être négligée, même si la présente analyse de l'évaluation de la gravité des mesures de l'article 22 se focalise sur la suspension. Ceci étant, il faut tenter de déterminer le degré d'impact de la teneur de la suspension, à la fois dans son contenu et dans son niveau.

D'une part, le contenu de la suspension est précisément défini et il fait l'objet d'un encadrement somme toute assez rigoureux. Certes, le Mémoire donne l'impression première d'une indétermination quand il désigne l'objet de la suspension qui est la concession « **ou d'autres obligations** »²¹¹⁰. Néanmoins, il s'agit moins de formuler un propos confus que d'utiliser une expression générique pouvant désigner l'ensemble des objets de suspension possibles rigoureusement prévus par ledit Mémoire. En effet, le contenu de la suspension est prévu par le long paragraphe 3 de l'article 22 qui dresse une liste des « **principes et procédures** » que la partie plaignante devra appliquer « **lorsqu'elle examinera les concessions ou autres obligations à suspendre** ». Il n'est pas présentement pertinent de décrire de manière détaillée l'ensemble de ces principes et procédures car cette démarche serait non seulement fastidieuse du fait de la longueur et la précision conséquentes de cette disposition, mais également redondante du fait des nombreuses analyses doctrinales ayant déjà traité ce point²¹¹¹.

²¹¹⁰ Tous les paragraphes de l'article 22 parlent de « *concessions ou d'autres obligations* ».

Tout juste faut-il rappeler quelques aspects du contenu de la suspension tels que prévus par le Mémorandum. D'abord, la suspension est à trois paliers, partant de la suspension de concessions ou autres obligations du même secteur que celui dans lequel s'inscrit le comportement litigieux, passant par la suspension dans d'autres secteurs du même accord pour aller jusqu'aux « **rétorsions croisées** »²¹¹². Ensuite, « **l'Etat qui envisage de prendre des mesures de rétorsion doit en calculer l'impact économique** »²¹¹³ et indiquer dans sa demande d'autorisation de suspension les raisons de cette demande²¹¹⁴. De même, la suspension ne peut être effective si l'accord concerné l'interdit²¹¹⁵. Enfin, l'arbitre de l'article 22 : 6 peut être amené à contrôler la bonne application de ces principes et procédures ainsi que la non-interdiction de la suspension par divers accords OMC²¹¹⁶. Par conséquent, le contenu de la suspension est strictement encadré par des principes et procédures prévus par le Mémorandum et contrôlé le cas échéant par un mécanisme juridictionnel.

Toutefois, cette rigueur du Mémorandum n'empêche pas un impact conséquent du contenu de la mesure de suspension sur l'Etat auquel elle s'applique. En effet, le texte ne fait que fixer des bornes que le Membre initiateur de la suspension ne doit pas dépasser. A l'intérieur de ces limites, ce Membre possède une liberté certaine dans la détermination du contenu de cette suspension. Pour preuve, il est précisé que l'arbitre de l'article 22 : 6 « **n'examinera pas la nature des concessions ou des autres obligations à suspendre** »²¹¹⁷, ce qui laisse à ce Membre une marge de manœuvre assez grande. Surtout, cette liberté est rendue possible par la gradation du contenu de la suspension, gradation en trois points assurée par le Mémorandum : la suspension doit, par principe, concerner le même secteur que celui dans lequel la « **violation ou autre annulation ou réduction d'avantages** »²¹¹⁸ a été constatée par la voie juridictionnelle, mais elle peut

²¹¹¹ Voir en particulier : Y. Renouf, « Les mécanismes d'adoption... », *op. cit.*, pp. 786-787 ; H. Ruiz Fabri, « Le contentieux de l'exécution... », *op. cit.*, pp. 632-634 ; H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », *J.D.I.* 3, 1997, pp. 747-748.

²¹¹² L'existence de ces rétorsions croisées est communément établie et cette expression est couramment utilisée. Voir pour exemple la bibliographie de la note précédente. Il reste que l'emploi de cette expression est discutable dans la mesure où la rétorsion n'est pas l'exact synonyme de la mesure contraignante et où sa définition subit souvent quelques variations. Aussi la caractérisation de « rétorsions » n'est-elle pas satisfaisante en théorie ; elle est cependant fort pertinente dans le but d'explicitier le fonctionnement du système mémorandaire et c'est pour cette seule raison pragmatique qu'elle peut être présentement utilisée.

²¹¹³ H. Ruiz Fabri, « Le contentieux de l'exécution... », *op. cit.*, p. 633. Voir sur ce point l'article 22 : 3 d).

²¹¹⁴ Voir sur ce point l'article 22 : 3 e).

²¹¹⁵ Voir sur ce point l'article 22 : 7.

²¹¹⁶ *Ibid.*

²¹¹⁷ Article 22 : 7.

²¹¹⁸ Article 22 : 3 a).

s'appliquer à d'autres secteurs du même accord si la première suspension n'est « **pas possible ou efficace** »²¹¹⁹, voire à d'autres accords par le système de la rétorsion croisée si la deuxième suspension n'est « **pas possible ou efficace** » et si « **les circonstances sont suffisamment graves** »²¹²⁰. Ainsi, cette gradation permet d'assurer une gravité suffisante pour infléchir le comportement du Membre réticent à l'exécution, dans la mesure où elle gomme – même imparfaitement – les disparités de puissance entre les Etats et où elle permet de cibler la suspension pour un effet optimal. Les Etats peuvent « **agir dans les domaines où ils sont les plus puissants et/ou (...) choisir des domaines où l'Etat "sanctionné" est le plus sensible** »²¹²¹. Certes, « **une certaine absurdité des sanctions** » peut être reconnue dans la mesure où, par le mécanisme de l'extension des secteurs et par celui des rétorsions croisées, ce sont « **les exportateurs forts dont le comportement est compatible avec l'OMC [qui] sont sanctionnés** »²¹²²; néanmoins, c'est le comportement de l'Etat qui est visé et cette absurdité peut se muer en efficacité, voire en dissuasion.

D'autre part, le niveau de la suspension doit être évalué. Si la diversité du contenu de la suspension autorise un impact ciblé à l'encontre de l'Etat contraint à l'exécution, encore faut-il que le niveau de suspension soit suffisamment conséquent pour que cet impact soit décisif. Celui-ci est strictement défini par le Mémoire : « **le niveau de la suspension de concessions ou d'autres obligations autorisée par l'ORD sera équivalent au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages** »²¹²³. En outre, le respect de ce niveau est assuré par le mécanisme juridictionnel de l'arbitrage de l'article 22 : 6 qui a pour principale fonction de déterminer « **si le niveau de ladite suspension est équivalent au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages** »²¹²⁴. Cette équivalence est une limite supérieure qui a un double avantage : le niveau de la suspension est relativement conséquent pour être significatif ; le niveau est acceptable pour l'Etat qui est soumis à cette suspension car découlant directement de son

²¹¹⁹ Article 22 : 3 b).

²¹²⁰ Article 22 : 3 c).

²¹²¹ H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends... », *J.D.I.* 3, 1997, p. 748.

²¹²² G. Marceau, « Table ronde – La Communauté et l'organisation mondiale du commerce » (Participation à la), in Société Française pour le Droit International, *Droit international et droit Communautaire, perspectives actuelles*, Colloque de Bordeaux, Pedone, Paris, 2000, pp. 422.

²¹²³ Article 22 : 4.

²¹²⁴ Article 22 : 7. Pour les raisons précédemment évoquées, la compensation ne fait pas présentement l'objet d'un traitement particulier quant à son niveau. Etant volontaire mais sous la menace de la suspension, la compensation aura un niveau inférieur ou égal à cette équivalence entre le niveau de la suspension et le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages. En effet, si les parties peuvent en théorie parfaitement convenir d'un niveau supérieur à cette équivalence, elles s'y refuseront en pratique car l'Etat soumis à cette mesure préférera que les négociations échouent et que lui soit appliquée cette équivalence, au besoin imposée par la voie de l'arbitre que ce même Etat peut unilatéralement saisir.

comportement objet du différend. De la sorte, cette équivalence donne un niveau de suspension équilibré puisque d'une gravité conséquente sans être outrancière, c'est-à-dire d'une gravité suffisante. De plus, cette équivalence n'est pas le signe d'une faiblesse si l'on admet avec Mme Ruiz Fabri que **« le principe d'équivalence peut être vu comme la traduction dans le droit de l'OMC de l'exigence de proportionnalité que le droit international général pose comme condition de licéité des contre-mesures »**²¹²⁵.

Pourtant se pose la question de la pertinence de ce principe d'équivalence et, partant, la force contraignante effective d'une mesure de suspension dont le niveau respecte ce principe. En effet, le risque est que **« les Etats puissent "acheter" leurs violations des accords »**²¹²⁶, qu'il y ait **« pérennisation des rétorsions comme des compensations »**²¹²⁷. Certes, le Mémorandum tente d'écarter cette pratique en insistant sur le caractère temporaire des mesures de compensation et de suspension²¹²⁸ et en affirmant clairement que **« ni la compensation ni la suspension de concessions ou d'autres obligations ne sont préférables à la mise en oeuvre intégrale d'une recommandation de mettre une mesure en conformité avec les accords visés »**²¹²⁹; mais ce principe n'est assorti d'aucun mécanisme particulier permettant de garantir son respect donc d'éliminer ce risque. Néanmoins, **« ce type de dérapage est (...) réservé à ceux qui peuvent se l'offrir et, pour le moment, est essentiellement le fait des plus puissants, témoignant de la tentation récurrente d'échapper aux disciplines communes quand il faut en payer le prix »**²¹³⁰. En outre, l'observation de la pratique montre que le dévoiement du caractère temporaire des compensations et suspensions est plutôt rare.

En réalité, seule l'affaire *Hormones*²¹³¹ en constitue une illustration pertinente : dans cette affaire, le défendeur a affirmé vouloir offrir une compensation en attendant de mettre en oeuvre la décision initiale²¹³² et cette proposition a été suivie par une demande de suspensions formulée par le plaignant et accordée par l'ORD le 26 juillet 1999. Une mesure de suspension est toujours en application à la fin de l'année 2003, le défendeur

²¹²⁵ H. Ruiz Fabri, « Le contentieux de l'exécution... », *op. cit.*, p. 634.

²¹²⁶ H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends... », p. 746.

²¹²⁷ H. Ruiz Fabri, « Le contentieux de l'exécution... », *op. cit.*, p. 607. Voir dans le même sens Y. Renouf, « Les mécanismes d'adoption... », *op. cit.*, p. 789.

²¹²⁸ Se reporter en particulier au paragraphe 8 de l'article 22.

²¹²⁹ Article 22 : 1.

²¹³⁰ H. Ruiz Fabri, « Le contentieux de l'exécution... », *op. cit.*, p. 607.

²¹³¹ Affaire DS26 et 48.

²¹³² Voir sur ce point le compte-rendu de la réunion de l'ORD du 28 avril 1999, pp. 4-7.

refusant toujours de mettre en œuvre la décision initiale et acceptant de « **payer** » en échange de la pérennisation de son comportement fautif ²¹³³. Trois autres affaires montrent une durée d'application relativement importante des mesures de compensation ou de suspension ²¹³⁴ et le Secrétariat, dans son Etat des différends soumis à l'OMC de juin 2003, ne précise pas si les compensations ou suspensions sont toujours d'application. Quant aux affaires plus récentes, deux d'entre elles doivent être surveillées car des suspensions y ont été récemment adoptées ²¹³⁵.

Il faut donc conclure que le risque de pérennisation des compensations et suspensions est en pratique relativement minime, d'abord parce que rares sont les affaires aboutissant à l'application de telles mesures ²¹³⁶, ensuite parce que, parmi elles, rares sont les parties qui résistent longtemps à l'imposition de telles mesures, soit qu'elles ne le veulent pas soit, peut-être, qu'elles ne le peuvent pas. Par conséquent, la pratique montre que le niveau de suspension est d'une gravité suffisante pour rendre contraignante cette mesure de suspension. Certes, la pérennisation des compensations ou suspensions est toujours possible, et cette possibilité rend discutable le caractère suffisant de la contrainte. Cependant, cette occurrence est trop rare pour pouvoir fonder le rejet d'une gravité suffisante de la mesure de contrainte.

Aussi les mesures que prévoit l'article 22 du Mémoire peuvent-elles être qualifiées de contraignantes du fait de l'établissement des trois caractéristiques précédentes issues de la définition préalablement donnée de la contrainte. Elles constituent l'aboutissement du mécanisme contraignant de l'exécution. Cependant, leur centralité au sein de ce mécanisme est discutable. En effet, il apparaît peu rigoureux et faiblement pertinent de ne considérer comme une contrainte effective que le seul mécanisme des compensations et suspensions. L'article 22 n'est pas le seul indice de la réalité d'un mécanisme contraignant, même si cet indice est sans doute le plus saisissant en raison de l'identité des justiciables auxquels ce mécanisme s'applique et du gigantisme des sommes en jeu ²¹³⁷. De plus, en pratique, l'exécution des décisions des instances mémorandaires ne parvient que rarement au stade de la compensation ou de la suspension de concessions ou d'autres obligations.

Aussi faudrait-il croire que l'exécution quasi-systématique des décisions n'est pas essentiellement due à l'application de mesures de compensation ou de suspension mais qu'elle découle de l'action peut-être plus implicite de la contrainte politique, appuyée par une légitimation juridictionnelle, qui s'exerce sur les Etats parties préalablement au

²¹³³ Voir pour une étude détaillée de cette affaire dans le cadre de la problématique de l'inexécution pérenne V. Pace, « Cinq ans après... », *op. cit.*, pp. 640-642.

²¹³⁴ Il s'agit des affaires DS27, DS34 et DS46.

²¹³⁵ Il s'agit des affaires DS108 et DS222.

²¹³⁶ Au 26 juin 2003, sur 71 examens de groupes spéciaux et de l'Organe d'appel terminés, seuls 7 décisions concernant 6 affaires distinctes ont abouti à l'application de compensations (1) ou de suspensions (6).

²¹³⁷ Il suffit, pour se persuader de ce gigantisme de consulter les décisions des arbitres de l'article 22 : 6.

recours éventuel à l'article 22. Cependant, la faible fréquence d'application du mécanisme de l'article 22 ne doit être associée ni à une difficulté procédurale de mise en œuvre ni à une inefficacité marginalisante. Au contraire, son inapplication fréquente montre son caractère dissuasif : les Etats préfèrent une exécution rapide et pertinente afin d'éviter d'être soumis à de telles mesures qu'ils savent graves et inéluctables par la seule volonté du plaignant. Cette inapplication montre également la bonne santé du système mémorandaire et plus largement de la régulation des échanges commerciaux par le droit : en ne recourant ni à la compensation ni à la suspension, les Etats ne cherchent ni n'acceptent de monnayer des violations pérennes des accords OMC mais préfèrent le respect du droit international aux arrangements bilatéraux amiables.

Pour conclure, il faut considérer la personnalité du titulaire de la contrainte mémorandaire. Si le processus d'exécution des décisions issues du système mémorandaire de règlement des différends inclut bien un mécanisme de contrainte, il ne faut pas oublier que cette contrainte se caractérise également, et ce de manière très remarquable dans le domaine des relations interétatiques, par la personnalité particulière du titulaire du pouvoir de contrainte. En effet, il a déjà été dit que la contrainte était une fonction exécutive confiée à la force publique, classiquement l'Etat qui, dans le cadre national, dispose du monopole de la contrainte à l'encontre des justiciables. Cependant, dans le domaine des relations interétatiques, le justiciable est l'Etat et, en l'absence d'une autorité « **superétatique** », la contrainte s'incarne dans le justiciable : l'Etat. L'organisation de la contrainte d'exécution au sein du système mémorandaire ne dément pas ce schéma. C'est l'Etat victime de l'inexécution, par un autre Etat, de la décision mémorandaire, qui enclenche et applique en personne et à l'encontre de ce dernier le mécanisme de contrainte que l'article 22 prévoit. En outre, la contrainte politique préalable à l'application des mesures de compensation ou de suspension est également de nature étatique puisqu'elle ressort de la fonction particulière de l'ORD, réunion des représentants de tous les Etats Membres de l'OMC, qui ne tire son autorité que de sa composition particulière qui est la somme de l'ensemble des Membres souverains. De la sorte, cette contrainte mémorandaire correspond, du point de vue de son identité, au schéma classique de la contrainte en droit international public général.

Cependant, l'identité de cette dernière contrainte doit être précisée. L'absence d'autorité superétatique confie la « **force publique** » à l'Etat mais celui-ci doit être considéré de manière générale. Il n'est pas forcément et uniquement l'Etat victime, et tend même à ne pas l'être du fait de l'évolution contemporaine du droit international public qui institutionnalise par le mode organisationnel des aspects de plus en plus importants et diversifiées des relations interétatiques, qui juridicise les rapports entre Etats et qui « **collectivise** » l'exécution de ce droit. En effet, il faut ici rappeler le propos déjà cité de MM. Combacau et Sur, propos selon lequel « **il existe (...) des mécanismes collectifs de garantie du respect de la légalité internationale : des groupes d'Etats, constitués ou non en organisation internationale, réagissent à la violation par un Etat qui fait partie de leur cercle ou même qui lui est extérieur des règles qu'ils se donnent pour mission de protéger ; (...) il ne s'agit là que d'entreprises collectives d'Etats coalisés autour d'une vision commune de la légalité, vision subjective de grand poids sans doute mais agrégat de représentations individuelles qui ne peut se**

prévaloir d'aucune autorité objective comme le peut celle d'un tiers agissant au nom d'une communauté supérieure aux parties et de ses intérêts distingués des leurs »²¹³⁸. Or, si la contrainte mémorandaire répond bien à ce schéma quand elle est de nature politique, elle s'en écarte foncièrement quand elle est plus juridique avec l'application des mesures de compensation et de suspension de l'article 22 du Mémoire. Cet écart est d'autant plus remarquable que ces mesures sont déterminantes à caractériser une contrainte : elles sont les seules à s'appliquer concrètement et directement sur l'Etat devant exécuter et à exercer une pression matérialisée et ciblée sur cet Etat en visant explicitement ses intérêts propres.

La contrainte s'incarne dans le seul Etat victime de l'inexécution. Cette incarnation a deux conséquences particulières qui peuvent faire douter de la réalité d'un mécanisme contraignant d'exécution capable de constituer un processus d'exécution complet. D'une part, sur le plan pratique, cette incarnation induit un risque d'inefficacité de la contrainte du fait des disparités de puissance entre les Membres, et ce malgré le système des rétorsions croisées. D'autre part, sur un plan plus théorique, cette incarnation éloigne sensiblement la contrainte de son acception contemporaine commune et, partant, le système mémorandaire du modèle de justice dans lequel sa juridictionnalité aurait pu logiquement l'intégrer. Nonobstant, ces conséquences ne sont que des hypothèses : l'inefficacité de la contrainte est un risque qui peut très bien ne pas se réaliser ou être compensé en pratique ; une acception particulière de la contrainte est indispensable à la caractérisation d'un modèle de justice précis mais elle ne suffit pas à le déterminer de manière indiscutable. Aussi la réalité de ces deux conséquences doit-elle être précisément évaluée.

D'autre part, l'inefficacité potentielle de la contrainte étant due à l'unilatéralisme de son titulaire, il manquerait à cette contrainte d'être « **multilatéralisée** » afin que disparaissent ce risque d'inefficacité et, partant, pour que le processus d'exécution soit complet. Ce manque est souvent relevé ; comme le remarque Mme Ruiz Fabri, « **l'idée est parfois avancée d'un système de sanctions collectives, appliquées par toutes les parties, ce qui en répartirait la charge, permettrait de neutraliser les différences de puissance, d'atteindre les Etats les plus puissants et supprimerait l'aspect "justice privée" du système actuel** »²¹³⁹. Cette faille importante paraît de nature à fortement atténuer la reconnaissance d'une contrainte véritable et effective, alors même que cette dernière contribuait grandement à définir le processus d'exécution qui lui-même pouvait confirmer de manière déterminante la juridictionnalité du système mémorandaire

Nonobstant, la « **collectivisation** » de la contrainte n'est pas une idée exempte de toute critique. Il faut d'abord convenir avec Mme Ruiz Fabri que « **l'idée est intéressante mais (...) il serait curieux de trouver au stade de l'exécution une objectivation que l'on élude au stade de l'initiation, en conférant un caractère subjectif de principe à tout non-respect d'une obligation** »²¹⁴⁰. Il faut surtout constater qu'une sanction

²¹³⁸ J. Combacau, S. Sur, *op. cit.*, p. 27.

²¹³⁹ H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends... », *J.D.I.* 3, 1997, p. 748.

²¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 748.

collective n'est pas forcément une sanction effective. L'exemple de la CIJ est, à cet égard, éloquent : l'organisation d'une sanction collective n'est pas gage d'efficacité accrue de la contrainte. En effet, l'exécution forcée de ses décisions juridictionnelles est en principe assurée par le Conseil de sécurité de l'ONU, l'organe exécutif d'un groupe d'Etats réunis au sein d'une même organisation internationale. Or, même si peu de décisions de la CIJ n'ont pas été respectées par la partie condamnée et même si la rédaction de l'article 94 de la Charte prévoyant cette exécution est assez « **permissive** »²¹⁴¹, il faut constater que jamais ce principe d'une exécution forcée n'a été appliqué effectivement. Les raisons de cette ineffectivité sont sans doute politiques : soit le justiciable victime de l'inexécution ne souhaite pas recourir au Conseil de sécurité, soit cet organe ne peut agir du fait de contingences politiques internes à son fonctionnement.

Dans le cadre du système OMC, le mécanisme d'une sanction collective n'a que peu de chances de fonctionner. Il impliquerait une action collective difficilement applicable au sein d'une Organisation qui comprend un nombre très important de Membres. Il faut croire que toute sanction collective serait dépendante de contingences politiques d'Etats peu soucieux de l'application d'une contrainte efficace parce que s'estimant faiblement concernés par l'exécution effective d'une décision ne les concernant pas directement. Par ailleurs, la pratique du système mémorandaire ne semble pas montrer pour l'instant, et malgré le nombre important de différends déjà soumis à l'OMC, une défaillance de la contrainte individuelle : soit, dans la grande majorité des cas, la menace d'une contrainte suffit à assurer l'exécution ; soit les plaignants pour une même affaire sont multiples et les plus puissants soutiennent les plus faibles²¹⁴², soit les plaignants n'estiment pas nécessaire d'aller jusqu'à la suspension²¹⁴³ ; soit, enfin, il est trouvé par l'arbitre de l'article 22 : 6 – certes difficilement parfois – suffisamment de secteurs de suspension différends pour que la contrainte soit la plus efficace possible²¹⁴⁴. Aussi faut-il croire que la contrainte ne peut être effective que dans le cadre unilatéral dans la mesure où le système mémorandaire est récent et en voie de consolidation et de légitimation. La « **multilatéralisation** » de la contrainte ne peut que découler d'une maturité juridictionnelle que le système se forge au fur et à mesure des différends traités mais qui n'est pour l'instant ni complète ni assumée.

En réalité, les problèmes d'efficacité de la contrainte viennent moins de l'identité particulière du titulaire de cette contrainte individuelle que d'autres facteurs inhérents à la nature même du système OMC et à la nature des contraintes possibles dans ce cadre. Par exemple, de nombreux Etats, sans doute par manque de compréhension et de maîtrise des procédures mémorandaires, à moins que ce ne soit pas manque d'intérêts, sont totalement absents de ces procédures mémorandaires de règlement des différends,

²¹⁴¹ P. Daillier et A. Pellet (N. Quoc Dinh †), *op. cit.*, p. 907. Se reporter à cette même référence pour une étude plus détaillée de l'exécution forcée des décisions de la CIJ.

²¹⁴² Voir pour exemple l'affaire DS27.

²¹⁴³ V. pour ex. les affaires DS136 et 162 et DS160.

²¹⁴⁴ V. pour ex. la décision arbitrale WT/DS27/ARB/ECU.

même en qualité de tierce partie. Par ailleurs, non seulement « **les sanctions économiques produisent facilement des effets pervers** »²¹⁴⁵, mais elles sont aussi « **proportionnellement plus coûteuses pour les pays économiquement moins puissants** »²¹⁴⁶ et surtout peuvent être finalement plus contraignantes pour l'Etat qui les applique que pour l'Etat qui les subit. D'autres critiques peuvent encore être formulées, qui tiennent davantage au système de contrainte qu'au titulaire de cette contrainte²¹⁴⁷. Aussi le caractère individuel du titulaire de la contrainte n'est pas un obstacle majeur à l'efficacité de cette contrainte.

Pour autant, il n'est pas certain que la solution « **individuelle** » soit la meilleure sur le long terme. Si elle paraît actuellement la plus efficace, elle peut tout de même apparaître comme une régression des relations interétatiques dans la mesure où la collectivisation de la contrainte a pour justification la lutte contre l'unilatéralisme et pour la pacification des relations interétatiques, c'est-à-dire comme une résurgence de l'unilatéralisme étatique. Certes, dans le processus d'exécution mémorandaire, la contrainte est structurée et légitimée par un mécanisme juridictionnel spécifique, ce qui limite l'unilatéralisme étatique. Certes, la « **guerre** » qui découlerait des problèmes d'exécution ne serait « **que** » commerciale. Il n'empêche que l'efficacité pérenne et systématique de cette contrainte individuelle n'est pas très assurée, même si elle paraît jusqu'à présent réelle en pratique : elle varie en fonction des Etats concernés et des domaines commerciaux considérés ; elle peut induire une guerre commerciale aux effets dommageables par ricochet sur des biens et des secteurs, voire sur des personnes, non-directement concernés par la relation commerciale objet de l'exécution. Par conséquent, s'il semble que ce caractère individuel de la contrainte soit un gage d'efficacité de celle-ci, il ne l'est que de manière précaire, du fait de la variabilité des titulaires de la contrainte, et peu légitime, du fait de l'unilatéralisme latent de cette contrainte.

Il reste que cette précarité et cette illégitimité sont fortement atténuées par une collectivisation mesurée de cette contrainte, et ce sur trois points : d'une part, le système du consensus négatif qui préside à l'autorisation de suspendre prise par l'ORD permet une légitimation du recours à la contrainte par la collectivité des Membres ; d'autre part, l'encadrement juridictionnel du processus d'exécution donne à la contrainte une constance, une efficacité et une légitimation qui ne sont pas celles d'un Etat esseulé ; enfin, et bien que de manière embryonnaire et inconstante, la pratique courante d'une pluralité de plaignants au stade de la procédure initiale de règlement peut permettre de retrouver au stade de l'exécution une pluralité de titulaires de la contrainte de telle sorte que, par coalition entre Membres, la contrainte sera accentuée et les « **petits** » Etats plaignants verront leur force décupler.

²¹⁴⁵ H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends... », *J.D.I.* 3, 1997, p. 747. Se reporter pour une illustration éloquent de ces « **effets pervers** » la note 94, pp. 747-748.

²¹⁴⁶ Y. Renouf, « Les mécanismes d'adoption... », p. 790.

²¹⁴⁷ Voir pour exemples : Y. Renouf, « Les mécanismes d'adoption... », pp. 776-791 ; V. Pace, « Cinq ans après... », *op. cit.*, pp. 615-658.

Ainsi, l'incarnation particulière de la contrainte mémorandaire n'est pas source d'inefficacité, et ce pour trois raisons principales : un mécanisme juridictionnel d'exécution vient structurer et légitimer cette contrainte ; les Etats, en pratique, n'hésitent pas à se constituer en une pluralité de plaignants pour une même affaire ; ils évitent la plupart du temps une inexécution trop tardive les condamnant à subir des mesures de compensation ou de suspension. Certes, cette efficacité est, à certains égards, précaire. Mais cette précarité est pour l'instant essentiellement théorique et il faut croire que l'assise juridictionnelle de la contrainte et la pratique juridictionnalisée du système sont autant d'instruments de la pérennisation progressive d'une efficacité réelle.

D'autre part, l'incarnation particulière de la contrainte mémorandaire peut éloigner sensiblement cette contrainte de celle communément considérée comme la confirmation d'une juridictionnalité. En effet, ayant pour seul titulaire le justiciable victime de l'inexécution, les mesures de contrainte mémorandaires peuvent immédiatement caractériser le processus d'exécution des décisions des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel comme étant un système de vengeance privée. Certes, cette vengeance est déclenchée par l'inexécution d'une décision de nature juridictionnelle mais cette seule considération laisse la contrainte libre de tout fondement juridictionnel propre. La décision initiale est un prétexte mais elle n'est pas un cadre. Ainsi, la juridictionnalité du système mémorandaire serait de la sorte mise à mal car les décisions de ce système ne seraient pas exécutées du fait de leur force exécutoire mais du fait du seul prétexte qu'elle fournissent ; en outre, cette exécution serait parfaitement aléatoire dans son effectivité comme dans son contenu et l'Etat initialement défendeur serait entièrement soumis à la violence de l'Etat plaignant, violence sans autre légitimité que la libre décision de ce dernier et sans autre borne que le seul rapport de force entre ces deux entités.

Cependant, cette conclusion ne peut être retenue car elle omet la réalité d'un mécanisme juridictionnel d'exécution constitutif du processus d'exécution des décisions mémorandaires. Il n'est guère nécessaire d'insister sur les constatations déjà établies selon lesquelles les mesures de contrainte sont structurées et légitimées par le juge de l'exécution, de telle sorte que la contrainte ne s'insère nullement dans le modèle de la vengeance privée mais dans celui de la justice privée. Le justiciable victime étant le titulaire de ces mesures de contrainte, il n'est pas possible de conférer au mécanisme d'exécution des décisions le qualificatif de mode de justice publique. Néanmoins, ce qualificatif n'est pas important pour la confirmation d'une juridictionnalité du système mémorandaire. Il suffit que le processus d'exécution soit au minimum un processus de justice privée, c'est-à-dire un système dans lequel la contrainte est encadrée et légitimée par un mécanisme juridictionnel ou, mieux dit, un processus dans lequel le titulaire de la contrainte n'est pas livré à lui-même. Or, tel est bien le cas présentement dans la mesure où la date d'applicabilité et l'application effective de mesures de contrainte à l'encontre du défendeur sont soumises au juge de l'exécution si les parties ne parviennent pas à un accord dans les délais stricts qui leur sont impartis.

Au surplus, il faut noter que cette justice privée est le degré minimal du modèle de justice caractéristique du système mémorandaire car ce dernier organise préalablement à l'application de mesures contraignantes appliquées par la victime une contrainte de nature plus politique, ces mesures n'en étant que l'aboutissement. L'Etat soumis à

l'obligation d'exécuter n'est donc pas seulement confronté à l'Etat victime mais subit une pression de la part de la communauté des Membres de l'OMC. Il faut ajouter à cette pression la collectivisation relative des mesures de contrainte fondée, d'une part, sur le système du consensus négatif et la juridictionnalité du processus d'exécution légitimant le recours à la contrainte par la collectivité des Membres et, d'autre part, sur la pratique relativement courante d'une pluralité de plaignants. Ainsi, la contrainte est publicisée de telle sorte qu'elle n'est pas exactement caractéristique du modèle de la justice privée mais qu'elle tend vers la détermination d'une justice publique.

Par conséquent, loin de susciter des doutes sur la réalité d'un mécanisme contraignant d'exécution capable de constituer un processus d'exécution complet, et ce du fait de son incarnation particulière, la contrainte mémorandaire de l'exécution est une dernière confirmation de la juridictionnalité du système mémorandaire. Elle parachève cette juridictionnalité en conférant par sa seule présence un caractère novateur, dans le paysage des juridictions internationales, au système mémorandaire. Celui-ci se caractérise par sa juridictionnalité subliminale révélée, et par le Mémorandum, et par le comportement des acteurs de ce système.

CONCLUSION

Le système de règlement des différends interétatiques organisé au sein de l'OMC par le Mémoire a connu, dès sa création, un vif succès jusqu'à présent jamais démenti. En outre, et les Etats Membres, et les instances mémorandaires, ont immédiatement et régulièrement exploité et développé par la pratique les possibilités de juridictionnalisation du système de règlement offertes par le texte. Presque neuf ans après le premier différend soumis au système mémorandaire, la constatation unanime d'une juridictionnalisation dudit système peut être approfondie et dépassée pour aboutir à la catégorisation précise de ce système atypique. Quelque trois-cent affaires traitées ont pu constituer le *corpus* significatif d'une analyse cherchant à catégoriser le système mémorandaire. La dimension conséquente de ce *corpus* a pu fonder une problématique franche et justifier une réponse nette à la question qu'elle posait : le système de règlement des différends dans le cadre de l'OMC est une juridiction internationale.

Cette conclusion paraît déroutante car elle se heurte à un obstacle majeur qui est l'ORD : il est l'organe politique dont la présence centrale au sein du processus de règlement est rédhibitoire à l'affirmation d'une juridictionnalité ; et cette centralité marginalise et disperse les mécanismes de règlement, aboutissant à la seule constatation de juridictionnalités parcellaires. C'est d'ailleurs principalement cet obstacle qui a pu empêcher les observateurs de la juridictionnalisation de pousser leur analyse jusqu'à la consécration d'une juridiction. Cependant, cet obstacle apparent renforce et garantit paradoxalement cette juridictionnalité. D'une part, l'ORD constitue le point d'ancrage de l'ensemble des procédures mémorandaires de règlement. Il attribue donc cohésion, unité et rigueur au processus de règlement en assurant, par sa seule présence passive,

l'effectif et bon déroulement du règlement jusqu'à son issue. D'autre part, par son pouvoir décisionnel lié, consécutif au mécanisme du consensus négatif, l'ORD confère à chaque décision de règlement pour chaque affaire traitée une légitimité, sans induire pour autant le blocage du processus. Cette légitimité est constamment renouvelée à l'identique, pour chaque différend tranché, assurant ainsi la viabilité du processus de règlement, alors que la seule légitimation politique donnée lors de la création du système de règlement aurait pu se dissoudre dans les contingences conjoncturelles et, surtout, dans les souverainetés étatiques. Enfin, la convergence des mécanismes mémorandaires vers l'ORD lui attribue le double statut d'observateur privilégié de la pratique du règlement et de diffuseur des informations et opinions. De la sorte, la dynamique politique constante est assurée ; elle est nécessaire à l'effectivité, l'efficacité et l'évolution positives d'un système mémorandaire de règlement des différends de nature interétatique.

Par ailleurs, cette même conclusion paraît bien audacieuse dans la mesure où d'autres obstacles, cette fois-ci non-rédhibitoires mais modérateurs, viennent atténuer sa pertinence. Ils découlent du pragmatisme avec lequel le système mémorandaire a été créé et fonctionne en pratique. Ce pragmatisme engendre trois obstacles majeurs : il rend le système de règlement opaque et complexe, par accumulation, juxtaposition et articulation d'organes et de procédures hétéroclites ; il freine la reconnaissance, textuelle comme pratique, de composantes, mécanismes et objectifs explicitement juridictionnels ; il laisse un goût d'inachevé à certains mécanismes qui auraient pu fonder une qualification juridictionnelle. Ce pragmatisme s'explique aisément. Il a pour justification le souci de viabiliser un nouveau mécanisme de règlement des différends qui soit efficace et pérenne. Ce souci suppose d'assurer la rigueur et la contrainte dans le règlement sans pour autant consacrer le supra-étatisme, puisque les Etats Membres sont à la fois « **justiciables** » et « **législateurs** » et que les souverainetés nationales rechignent naturellement à instaurer et consacrer une autorité supra-étatique. Aussi ne fallait-il pas que les Etats s'effarouchent à la vue d'un système concis, explicitement juridictionnel et immédiatement abouti.

En fait, ces obstacles modérateurs sont bien vite levés par l'étude attentive d'une pratique désormais significative. Celle-ci s'est appuyée sur la confusion permissive du texte pour instaurer un système proprement juridictionnel. Une matérialité organique et une procédure, toutes deux de nature juridictionnelle, se sont émancipées de la complexité textuelle pour former une structure juridictionnelle composée de la manière suivante : des organes spécialisés, permanents et indépendants peuvent être unilatéralement saisis par un Etat justiciable victime du comportement d'un autre Etat et, le cas échéant, rendent une décision tranchant le différend à l'issue d'une procédure contradictoire. De même, cette structure n'a éprouvé aucun complexe par rapport à la timidité du Mémoire conciliant efficacité systémique et souverainetés étatiques. Levant ses propres inhibitions, que le texte mémorandaire lui avait insufflées, elle a au contraire développé un *juris dictio* accompli dont la pleine portée est assurée, et ce de la manière suivante : la compétence technique, en matière juridique, des acteurs du règlement a fondé une prise en considération large du droit applicable et a débouché sur un *juris dictio* unique et entier, ne se contentant pas de régler le différend mais faisant également œuvre jurisprudentielle ; et cette fonction juridictionnelle épanouie est

renforcée et pérennisée par attribution à la décision juridictionnelle d'une force obligatoire et exécutoire dont l'effectivité est garantie par une contrainte juridictionnalisée.

En bref, la pratique menée par les Etats Membres et relayée par les instances mémorandaires a abouti à l'émancipation d'une structure juridictionnelle qui s'est désinhibée pour accomplir une fonction juridictionnelle véritable. Le système mémorandaire faisant connaître le droit applicable au différend interétatique qu'il tranche, il est donc bien une juridiction internationale. Aussi la juridictionnalisation, fréquemment observée et longtemps considérée comme stade ultime de la tentative de catégorisation dudit système, peut-elle désormais apparaître comme une conceptualisation insuffisante, parce que disparate, timorée et floue. L'étude attentive d'une pratique maintenant significative, du fait du nombre considérable de différends traités dans le cadre du Mémorandum, permet d'aller plus loin que cette juridictionnalisation et, finalement, de déterminer que cette dernière a atteint le stade de la juridiction et n'est pas restée en deçà de ce modèle. Ainsi se trouve catégorisé le système mémorandaire. Le label juridictionnel peut lui être attribué. La juridiction est davantage qu'une grille de lecture d'un système de règlement atypique ; elle est le mode de règlement des différends interétatiques auquel il appartient.

Cette juridictionnalisation désormais aboutie ne semble pas devoir être remise en cause. Si le fonctionnement de l'OMC essuie de nombreuses et vigoureuses critiques, celles-ci sont relatives au mode décisionnel de l'Organisation, aux déséquilibres entre ses Membres, à l'étendue de son champ de compétence de nature exclusivement commerciale, à sa transparence ou encore à la philosophie libérale qui sous-tend son activité. L'OMC cristallise les contestations alter-mondialistes, et les échecs des Conférences ministérielles de Seattle et de Cancún suscitent des questionnements, parfois radicaux, sur la viabilité du système actuel et le devenir de cette Organisation. En revanche, le mécanisme mémorandaire de règlement des différends est globalement épargné par ces critiques et ces interrogations réformatrices. Au contraire, les observateurs et les acteurs du système de l'OMC louent la nouveauté et l'efficacité du mécanisme de règlement, et son succès immédiat et constant confirme la pertinence de ces éloges.

Bien plus, les réflexions axées sur les dysfonctionnements et les révisions de ce mécanisme sont orientées vers le renforcement de la juridictionnalisation. Si les analyses doctrinales notent des imperfections et souhaitent des améliorations, celles-ci concernent le plus souvent la professionnalisation des groupes spéciaux, la sédentarisation de l'Organe d'appel, la garantie d'une meilleure indépendance et d'une plus grande impartialité, le développement du contradictoire et de la collégialité ou encore l'extension du dispositif normatif à des domaines non-commerciaux. Si le processus de réexamen du Mémorandum au sein de l'OMC, dont l'achèvement est – encore – repoussé à mai 2004, veut clarifier ou modifier les dispositions existantes, il s'intéresse à des thèmes de portée « **juridictionnalisante** », comme l'obligation de notification, les délais, les tierces parties, ou encore le déroulement procédural.

Certes, des voix s'élèvent pour préférer une diminution de certaines caractéristiques juridictionnelles, et de nombreuses propositions de réexamen vont également à l'encontre du caractère juridictionnel de certains éléments du système mémorandaire. Néanmoins,

elle ne remettent pas en cause la présente identification d'une juridictionnalité du système de règlement des différends que le Mémoire organise. En outre, la juridicisation croissante des relations internationales, qu'elles soient commerciales ou plus généralement interétatiques, rend la juridictionnalisation inéluctable et la juridictionnalité irréductible, à moins que soit consacrée une dérégulation de la société internationale, ce qui est difficilement envisageable. En définitive le caractère juridictionnel du système mémorandaire n'est qu'une résultante, et par conséquent le signe, de la « *juridification* » avancée des rapports interétatiques. Dans ce cadre, une observation attentive du déroulement et de l'issue du processus de réexamen du Mémoire sera éminemment pertinente. Il faut croire que la difficulté de réformer inhérente au caractère multilatéral du système décisionnel de l'OMC, la volonté forte de rapports juridicisés, ainsi que l'interdépendance naturelle et croissante des Etats, sont autant de freins à la remise en cause profonde du modèle juridictionnel mémorandaire, ce que confirme à la fois l'intérêt pour ce processus de réexamen et le report constant de son issue.

Par ailleurs, une révision de paramètres forgeant la juridictionnalité mémorandaire ne signifie pas forcément la suppression du caractère juridictionnel : il n'existe ni modèle absolu de juridiction ni seuil unique de juridictionnalité, tant et si bien que cette révision aura toutes les chances de redéployer le caractère juridictionnel du système plutôt que de le supprimer. Toute modification future du texte ou de la pratique nécessitera de considérer un nouveau faisceau d'indices de juridiction et d'évaluer si celui-ci emporte ou non la conviction d'une juridictionnalité. Il faut croire que, sauf bouleversement majeur de l'équilibre de la société internationale, faiblement envisageable, ce nouveau faisceau sera identifié et confirmera la catégorisation juridictionnelle du système mémorandaire de règlement des différends.

Cette catégorisation est surprenante. Le succès réel du système mémorandaire est peu en phase avec son identification juridictionnelle dans la mesure où les Etats sont traditionnellement peu enclins à utiliser le règlement juridictionnel mais lui préfèrent des mécanismes plus souples. Il peut paraître singulier, dès lors, de constater que ces mêmes Etats n'ont pas plus clairement rejeté la juridictionnalité lors de l'élaboration du Mémoire et qu'ils ont, au contraire, favorisé en pratique son installation. Cette dernière démarche est difficilement explicable. Si le comportement des instances est compréhensible, celui des Etats Membres l'est moins. Les instances ont logiquement pris toute la mesure des imprécisions du texte et, peut-être, rendue consciente une juridictionnalité subliminale à partir du moment où les Membres ne faisaient pas obstacle à cette attitude. En revanche, l'intention des Etats semble versatile car, en tant que créateurs du Mémoire, ils ont noyé la juridictionnalité dans un système textuellement complexe et confus, pour ensuite l'extraire et la consacrer par la pratique quand ces créateurs se sont mués en utilisateurs. Aussi la question se pose-t-elle de la teneur de cette intention. Sa réponse constituerait l'explication et, par voie de conséquence, la justification de cette catégorisation insolite en apparence.

En réalité, l'intention des Membres n'est pas de dissimuler une juridictionnalité pour l'établir ensuite plus solidement. De manière plus prosaïque, les Etats, soucieux d'assurer une régulation effective et pérenne de leurs relations commerciales internationales, ont œuvré à la construction d'un système de règlement des différends qui se veut efficace.

Conscients d'une nécessaire multilatéralisation de la régulation, due à l'irréductible internationalisation des échanges, ils se sont naturellement tournés vers une juridicisation de leurs rapports. Cette juridicité croissante, qui consiste à faire prévaloir le droit sur les autres modes de régulation sociale, est une tendance bien affirmée et relativement ancienne de l'évolution des rapports interétatiques ; elle s'est naturellement imposée dans le cadre du commerce international donc de l'OMC. Partant, privilégier le droit dans ces rapports a conduit à privilégier le droit dans le règlement des différends et, par conséquent, à dégager et utiliser le mode juridictionnel de règlement qui est le plus adapté à la suprématie du droit. De manière plus synthétique, la catégorisation juridictionnelle du système mémorandaire n'est que l'observation d'une juridicité concrétisée et garantie des rapports interétatiques. En définitive, la constatation d'une juridiction n'est pas incongrue ; elle est la conséquence d'une juridicité assumée des relations internationales.

Bien entendu, l'on pourrait regretter que le mécanisme juridictionnel de règlement mémorandaire ne s'insère pas dans un système correspondant au modèle idéal de la justice qui est une justice publique. Cette juridictionnalité n'en aurait été que plus crédible. Le mécanisme de contrainte mémorandaire a un titulaire unique, qui est l'Etat victime du comportement litigieux de l'autre Etat partie. Il dépasse le stade de la vengeance privée pour se conformer au modèle d'une justice privée rationalisée, car la contrainte est juridicisée. Il tend même par certains aspects vers une justice publicisée, en raison de la fonction légitimatrice de l'ORD, la pratique d'une pluralité de plaignants qui est le signe d'intérêts étatiques communs, ou encore l'encadrement juridictionnel du processus d'exécution. Mais il reste en deçà du modèle de la justice publique, puisqu'une force publique supranationale fait défaut : il se maintient au niveau minimal du modèle de la justice qui est celui de la justice privée.

Cependant, ce modèle de justice publique n'est pas instantanément viable quand il est de dimension internationale. L'expérience de la SDN et de l'ONU le montre. L'observation du fonctionnement de l'OMC le confirme : l'application d'une justice privée est finalement seule capable de réaliser une contrainte encadrée et légitimée à l'encontre de l'entité étatique. En outre, le système de l'OMC assure une justice privée en voie de publicisation. De la sorte, la contrainte individuelle encadrée est sans doute la mieux à même de se rapprocher d'une justice publique. Imposer immédiatement une contrainte, soit collective, soit supra-étatique, aurait mené à l'échec de toute contrainte effective car cette contrainte aurait été bloquée par des contingences politiques difficilement surmontables.

L'étude de la contrainte peut se révéler utile au renforcement de la qualification juridictionnelle attribuée au système mémorandaire, et c'est sous ce seul angle qu'elle a pu être présentement abordée. Néanmoins, cette contrainte ne constitue en aucun cas une condition nécessaire de cette qualification. Si son évocation reste pertinente, c'est du fait de l'interrogation majeure qu'elle suscite : l'instauration récente et novatrice d'une contrainte juridicisée et juridictionnalisée, tendant, qui plus est, vers le modèle de justice publique, est à ce point troublante qu'elle pose la question de l'apport du processus mémorandaire à l'évolution du droit international et de la société interétatique qu'il régit. Le phénomène de la contrainte mémorandaire n'est qu'une illustration de la pertinence de

ce questionnement général. D'autres éléments notables pourraient être pris en compte, comme le mode pragmatique et implicite d'affirmation d'une juridiction internationale, la centralité des questions commerciales au sein des rapports interétatiques ou encore une certaine universalité de l'OMC. La question de cet apport se pose avec acuité et son traitement est d'un intérêt intellectuel manifeste. Elle est complexe et dense, et nul doute que la présente démonstration de la juridictionnalité du système mémorandaire pourrait contribuer de manière déterminante à y répondre.

Plus modestement, cette démonstration fournit une grille de lecture du système mémorandaire efficace et, surtout, utile non seulement à la compréhension de la complexité du texte et du pragmatisme de la pratique, mais également à toute réflexion sur l'avenir dudit système. Elle constate que ni le texte, ni les instances mémorandaires, ni les Etats Membres, n'avouent une juridictionnalité systémique qu'ils s'empressent pourtant d'établir et de renforcer et qu'ils considèrent tous comme telle. Sans doute de manière plus subliminale que dissimulée, une structure juridictionnelle s'est émancipée et une fonction juridictionnelle s'est désinhibée, de telle sorte que le système de règlement des différends interétatiques de l'OMC est une juridiction qui ne dit pas son nom.

Novembre 2003

Annexe : Liste des affaires soumises au système de règlement des différends de l'OMC au 26 juin 2003, d'après le document « *Etat des différends soumis à l'OMC* » (WT/DS/OV/14)

- WT/DS1 – Malaisie – Prohibition des importations de polyéthylène et de polypropylène (Plainte de Singapour)
- WT/DS2 et WT/DS4 – Etats-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules (Plaintes du Venezuela et du Brésil)
- WT/DS3 – Corée – Mesures concernant les essais relatifs aux produits agricoles et l'inspection de ces produits (Plainte des Etats-Unis)
- WT/DS5 – Corée – Mesures concernant la durée de conservation des produits (Plainte des Etats-Unis)
- WT/DS6 – 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 (Plainte du Japon)

UNE NOUVELLE JURIDICTION INTERNATIONALE : LE SYSTÈME DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS INTERÉTATIQUES DE L'O.M.C.

- WT/DS7, WT/DS12 et WT/DS14 – Communautés européennes – Désignation commerciale des pectinidés (Plaintes du Canada, du Pérou et du Chili)
- WT/DS8, WT/DS10 et WT/DS11 – Japon – Taxes sur les boissons alcooliques (Plaintes des Communautés européennes, du Canada et des Etats-Unis)
- WT/DS9 – Communautés européennes – Droits sur les importations de céréales (Plainte du Canada)
- WT/DS13 – Communautés européennes – Droits sur les importations de céréales (Plainte des Etats-Unis)
- WT/DS15 – Japon – Mesures affectant l'achat de matériel de télécommunication (Plainte des Communautés européennes)
- WT/DS16 – Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes (Plainte du Guatemala, du Honduras, du Mexique et des Etats-Unis)
- WT/DS17 – Communautés européennes – Droits sur les importations de riz (Plainte de la Thaïlande)
- WT/DS18 – Australie – Mesures visant les importations de saumons (Plainte du Canada)
- WT/DS19 – Pologne – Régime d'importation applicable aux automobiles (Plainte de l'Inde)
- WT/DS20 – Corée – Mesures concernant l'eau en bouteille (Plainte du Canada)
- WT/DS21 – Australie – Mesures affectant l'importation de salmonidés (Plainte des Etats-Unis)
- WT/DS22 – Brésil – Mesures visant la noix de coco desséchée (Plainte des Philippines)
- WT/DS23 – Venezuela – Enquête antidumping concernant les importations de certains matériels tubulaires destinés à des pays pétroliers (OCTG) (Plainte du Mexique)
- WT/DS24 – Etats-Unis – Restrictions à l'importation de vêtements de dessous de coton et de fibres synthétiques ou artificielles (Plainte du Costa Rica)
- WT/DS25 – Communautés européennes – Mise en œuvre des engagements concernant le riz pris pendant le Cycle d'Uruguay (Plainte de l'Uruguay)
- WT/DS26 – Communautés européennes – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones) (Plainte des Etats-Unis)
- WT/DS27 – Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes (Plaintes de l'Équateur, du Guatemala, du Honduras, du Mexique et des Etats-Unis)
- WT/DS28 – Japon – Mesures concernant les enregistrements sonores (Plainte des Etats-Unis)
- WT/DS29 – Turquie – Restrictions à l'importation de produits textiles et de vêtements

(Plainte de Hong Kong)

- WT/DS30 – Brésil – Droits compensateurs sur les importations de noix de coco desséchée et de poudre de lait de coco en provenance de Sri Lanka (Plainte de Sri Lanka)
- WT/DS31 – Canada – Certaines mesures concernant les périodiques (Plainte des Etats-Unis)
- WT/DS32 – Etats-Unis – Mesures affectant les importations de manteaux de laine pour femmes et fillettes (Plainte de l'Inde)
- WT/DS33 – Etats-Unis – Mesure affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés (Plainte de l'Inde)
- WT/DS34 – Turquie – Restrictions à l'importation de produits textiles et de vêtements (Plainte de l'Inde)
- WT/DS35 – Hongrie – Subventions à l'exportation des produits agricoles (Plainte de l'Argentine) WT/DS36 – Pakistan – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture (Plainte des Etats-Unis)
- WT/DS37 – Portugal – Protection conférée par un brevet prévue par la Loi sur la propriété industrielle (Plainte des Etats-Unis)
- WT/DS38 – Etats-Unis – Loi pour la liberté et la solidarité démocratique à Cuba (Plainte des Communautés européennes)
- WT/DS39 – Etats-Unis – Majoration de droits sur des produits en provenance des Communautés européennes (Plainte des Communautés européennes)
- WT/DS40 – Corée – Lois, réglementations et pratiques dans le secteur des marchés de télécommunications (Plainte des Communautés européennes)
- WT/DS41 – Corée – Mesures concernant l'inspection des produits agricoles (Plainte des Etats-Unis)
- WT/DS42 – Japon – Mesures concernant les enregistrements sonores (Plainte des Communautés européennes)
- WT/DS43 – Turquie – Taxation des recettes provenant des films étrangers (Plainte des Etats-Unis)
- WT/DS44 – Japon – Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs (Plainte des Etats-Unis)
- WT/DS45 – Japon – Mesures affectant les services de distribution (Plainte des Etats-Unis)
- WT/DS46 – Brésil – Programme de financement des exportations pour les aéronefs (Plainte du Canada)
- WT/DS47 – Turquie – Restrictions à l'importation de produits textiles et de vêtements (Plainte de la Thaïlande)
- WT/DS48 – Communautés européennes – Mesures visant les animaux vivants et les

- viandes (hormones) (Plainte du Canada)
- WT/DS49 – Etats-Unis – Enquête antidumping concernant les importations de tomates fraîches ou réfrigérées en provenance du Mexique (Plainte du Mexique)
 - WT/DS50 – Inde – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture (Plainte des Etats-Unis)
 - WT/DS51 – Brésil – Certaines mesures concernant les investissements dans le secteur automobile (Plainte du Japon)
 - WT/DS52 – Brésil – Certaines mesures affectant le commerce et les investissements dans le secteur automobile (Plainte des Etats-Unis)
 - WT/DS53 – Mexique – Mesures concernant la Loi douanière (Plainte des Communautés européennes)
 - WT/DS54, WT/DS55, WT/DS59 et WT/DS64 – Indonésie – Certaines mesures affectant l'industrie automobile (Plaintes des Communautés européennes (WT/DS54), du Japon (WT/DS55 et WT/DS64) et des Etats-Unis (WT/DS59))
 - WT/DS56 – Argentine – Certaines mesures affectant les importations de chaussures, textiles, vêtements et autres articles (Plainte des Etats-Unis)
 - WT/DS57 – Australie – Système de crédits à l'importation pour les textiles, les vêtements et les chaussures (Plainte des Etats-Unis)
 - WT/DS58 – Etats-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes (Plainte de l'Inde, de la Malaisie, du Pakistan et de la Thaïlande)
 - WT/DS60 – Guatemala – Enquête antidumping concernant le ciment Portland en provenance du Mexique (Plainte du Mexique)
 - WT/DS61 – Etats-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes (Plainte des Philippines)
 - WT/DS62, WT/DS67 et WT/DS68 – Communautés européennes – Classement tarifaire de certains matériels informatiques (Plaintes des Etats-Unis)
 - WT/DS63 – Etats-Unis – Mesures antidumping à l'importation d'urée à l'état solide en provenance de l'ex-République démocratique allemande (Plainte des Communautés européennes)
 - WT/DS65 – Brésil – Mesures affectant le commerce et les investissements dans le secteur automobile (Plainte des Etats-Unis)
 - WT/DS66 – Japon – Mesures affectant les importations de viande de porc (Plainte des Communautés européennes)
 - WT/DS69 – Communautés européennes – Mesures affectant l'importation de certains produits provenant de volailles (Plainte du Brésil)
 - WT/DS70 – Canada – Mesures visant l'exportation des aéronefs civils (Plainte du Brésil)
 - WT/DS71 – Canada – Mesures visant l'exportation des aéronefs civils (Plainte du

Brésil)

- WT/DS72 – Communautés européennes – Mesures affectant des produits butyreux (Plainte de la Nouvelle-Zélande)
- WT/DS73 – Japon – Achat d'un satellite de navigation (Plainte des Communautés européennes)
- WT/DS74 – Philippines – Mesures visant les viandes de porc et de volaille (Plainte des Etats-Unis)
- WT/DS75 et WT/DS84 – Corée – Taxes sur les boissons alcooliques (Plaintes des Communautés européennes et des Etats-Unis)
- WT/DS76 – Japon – Mesures visant les produits agricoles (Plainte des Etats-Unis)
- WT/DS77 – Argentine – Mesures visant les textiles et les vêtements (Plainte des Communautés européennes)
- WT/DS78 – Etats-Unis – Sauvegarde contre les importations de balais en sorgho (Plainte de la Colombie)
- WT/DS79 – Inde – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture (Plainte des Communautés européennes)
- WT/DS80 – Belgique – Mesures visant les services d'annuaire téléphonique commercial (Plainte des Etats-Unis)
- WT/DS81 – Brésil – Certaines mesures affectant le commerce et les investissements dans le secteur automobile (Plainte des Communautés européennes)
- WT/DS82 – Irlande – Mesures affectant la protection du droit d'auteur et des droits voisins (Plainte des Etats-Unis)
- WT/DS83 – Danemark – Mesures affectant les moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle (Plainte des Etats-Unis)
- WT/DS85 – Etats-Unis – Mesures affectant les textiles et les vêtements (Plainte des Communautés européennes)
- WT/DS86 – Suède – Mesures affectant les moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle (Plainte des Etats-Unis)
- WT/DS87 et WT/DS110 – Chili – Taxes sur les boissons alcooliques (Plaintes des Communautés européennes)
- WT/DS88 – Etats-Unis – Mesure affectant les marchés publics (Plainte des Communautés européennes)
- WT/DS89 – Etats-Unis – Imposition de droits antidumping sur les importations de récepteurs de télévision en couleur en provenance de Corée (Plainte de la Corée)
- WT/DS90 – Inde – Restrictions quantitatives à l'importation de produits agricoles, textiles et industriels (Plainte des Etats-Unis)
- WT/DS91 – Inde – Restrictions quantitatives à l'importation de produits agricoles, textiles et industriels (Plainte de l'Australie)

UNE NOUVELLE JURIDICTION INTERNATIONALE : LE SYSTÈME DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS INTERÉTATIQUES DE L'O.M.C.

- WT/DS92 – Inde – Restrictions quantitatives à l'importation de produits agricoles, textiles et industriels (Plainte du Canada)
- WT/DS93 – Inde – Restrictions quantitatives à l'importation de produits agricoles, textiles et industriels (Plainte de la Nouvelle-Zélande)
- WT/DS94 – Inde – Restrictions quantitatives à l'importation de produits agricoles, textiles et industriels (Plainte de la Suisse)
- WT/DS95 – Etats-Unis – Mesure affectant les marchés publics (Plainte du Japon)
- WT/DS96 – Inde – Restrictions quantitatives à l'importation de produits agricoles, textiles et industriels (Plainte des Communautés européennes)
- WT/DS97 – Etats-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs concernant les importations de saumons en provenance du Chili (Plainte du Chili)
- WT/DS98 – Corée – Mesure de sauvegarde définitive appliquée aux importations de certains produits laitiers (Plainte des Communautés européennes)
- WT/DS99 – Etats-Unis – Droit antidumping sur les semi-conducteurs pour mémoires RAM dynamiques (DRAM) de un mégabit ou plus, originaires de Corée (Plainte de la Corée)
- WT/DS100 – Etats-Unis – Mesures affectant les importations de produits provenant de volailles (Plainte des Communautés européennes)
- WT/DS101 – Mexique – Enquête antidumping concernant le sirop de maïs à haute teneur en fructose en provenance des Etats-Unis (Plainte des Etats-Unis)
- WT/DS102 – Philippines – Mesures visant les viandes de porc et de volaille (Plainte des Etats-Unis)
- WT/DS103 et WT/DS113 – Canada – Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers (Plaintes des États-Unis et de la Nouvelle-Zélande)
- WT/DS104 – Communautés européennes – Mesures visant l'exportation de fromages fondus (Plainte des Etats-Unis)
- WT/DS105 – Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes (Plainte du Panama)
- WT/DS106 – Australie – Subventions accordées aux producteurs et exportateurs de cuir pour automobiles (Plainte des Etats-Unis)
- WT/DS107 – Pakistan – Mesures visant les exportations de cuirs et peaux (Plainte des Communautés européennes)
- WT/DS108 – Etats-Unis – Traitement fiscal des "sociétés de ventes à l'étranger" (Plainte des Communautés européennes)
- WT/DS109 – Chili – Taxes sur les boissons alcooliques (Plainte des Etats-Unis)
- WT/DS111 – Etats-Unis – Contingent tarifaire à l'importation d'arachides (Plainte de l'Argentine)
- WT/DS112 – Pérou – Enquête en matière de droits compensateurs concernant les importations d'autobus en provenance du Brésil (Plainte du Brésil)

-
- WT/DS114 – Canada – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques (Plainte des Communautés européennes et de leurs États membres)
 - WT/DS115 – Communautés européennes – Mesures affectant la protection du droit d'auteur et des droits voisins (Plainte des États-Unis)
 - WT/DS116 – Brésil – Mesures affectant les modalités de paiement des importations (Plainte des Communautés européennes)
 - WT/DS117 – Canada – Mesures visant les services de distribution de films (Plainte des Communautés européennes)
 - WT/DS118 – États-Unis – Taxe d'entretien des ports (Plainte des Communautés européennes)
 - WT/DS119 – Australie – Mesures antidumping à l'importation de feuilles de papier enduit, sans fibre de bois (Plainte de la Suisse)
 - WT/DS120 – Inde – Mesures visant les exportations de certains produits de base (Plainte des Communautés européennes)
 - WT/DS121 – Argentine – Mesures de sauvegarde à l'importation de chaussures (Plainte des Communautés européennes)
 - WT/DS122 – Thaïlande – Droits antidumping sur les profilés en fer ou en aciers non alliés et les poutres en H en provenance de Pologne (Plainte de la Pologne)
 - WT/DS123 – Argentine – Mesures de sauvegarde à l'importation de chaussures (Plainte de l'Indonésie)
 - WT/DS124 – Communautés européennes – Moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle pour les films et les programmes de télévision (Plainte des États-Unis)
 - WT/DS125 – Grèce – Moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle pour les films et les programmes de télévision (Plainte des États-Unis)
 - WT/DS126 – Australie – Subventions accordées aux producteurs et exportateurs de cuir pour automobiles (Plainte des États-Unis)
 - WT/DS127 – Belgique – Certaines mesures relatives à l'impôt sur le revenu constituant des subventions (Plainte des États-Unis)
 - WT/DS128 – Pays-Bas – Certaines mesures relatives à l'impôt sur le revenu constituant des subventions (Plainte des États-Unis)
 - WT/DS129 – Grèce – Certaines mesures relatives à l'impôt sur le revenu constituant des subventions (Plainte des États-Unis)
 - WT/DS130 – Irlande – Certaines mesures relatives à l'impôt sur le revenu constituant des subventions (Plainte des États-Unis)
 - WT/DS131 – France – Certaines mesures relatives à l'impôt sur le revenu constituant des subventions (Plainte des États-Unis)
 - WT/DS132 – Mexique – Enquête antidumping concernant le sirop de maïs à haute

- teneur en fructose (SHTF) en provenance des Etats-Unis (Plainte des Etats-Unis)
- WT/DS133 – République slovaque – Mesures concernant l'importation de produits laitiers et le transit de bétail (Plainte de la Suisse)
- WT/DS134 – Communautés européennes – Mesures affectant les droits à l'importation du riz (Plainte de l'Inde)
- WT/DS135 – Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant (Plainte du Canada)
- WT/DS136 – Etats-Unis – Loi antidumping de 1916 (Plainte des Communautés européennes)
- WT/DS137 – Communautés européennes – Mesures visant les importations de bois de conifères en provenance du Canada (Plainte du Canada)
- WT/DS138 – Etats-Unis – Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud originaires du Royaume-Uni (Plainte des Communautés européennes)
- WT/DS139 et WT/DS142 – Canada – Certaines mesures concernant l'industrie automobile (Plaintes du Japon et des Communautés européennes)
- WT/DS140 – Communautés européennes – Enquêtes antidumping concernant les tissus de coton écrus en provenance d'Inde (Plainte de l'Inde)
- WT/DS141 – Communautés européennes – Droits antidumping sur les importations de linge de lit en coton en provenance de l'Inde (Plainte de l'Inde)
- WT/DS143 – République slovaque – Mesure concernant le droit à l'importation du blé en provenance de Hongrie (Plainte de la Hongrie)
- WT/DS144 – Etats-Unis – Certaines mesures visant l'importation de bovins, de porcins et de céréales en provenance du Canada (Plainte du Canada)
- WT/DS145 – Argentine – Droits compensateurs sur les importations de gluten de blé en provenance des Communautés européennes (Plainte des Communautés européennes)
- WT/DS146 et WT/DS175 – Inde – Mesures concernant le secteur automobile (Plaintes des Communautés européennes (WT/DS146) et des Etats-Unis (WT/DS175))
- WT/DS147 – Japon – Contingents tarifaires et subventions concernant les cuirs (Plainte des Communautés européennes)
- WT/DS148 – République tchèque – Mesure concernant le droit à l'importation du blé en provenance de Hongrie (Plainte de la Hongrie)
- WT/DS149 – Inde – Restrictions à l'importation (Plainte des Communautés européennes)
- WT/DS150 – Inde – Mesures concernant les droits de douane (Plainte des Communautés européennes)
- WT/DS151 – Etats-Unis – Mesures affectant les textiles et les vêtements (Plainte des

Communautés européennes)

- WT/DS152 – Etats-Unis – Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur (Plainte des Communautés européennes)
- WT/DS153 – Communautés européennes – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture (Plainte du Canada)
- WT/DS154 – Communautés européennes – Mesures affectant le traitement différencié et favorable du café (Plainte du Brésil)
- WT/DS155 – Argentine – Mesures visant l'exportation de peaux de bovins et l'importation de cuirs finis (Plainte des Communautés européennes)
- WT/DS156 – Guatemala – Mesure antidumping définitive concernant le ciment Portland gris en provenance du Mexique (Plainte du Mexique)
- WT/DS157 – Argentine – Mesures antidumping à l'importation de forêts en provenance d'Italie (Plainte des Communautés européennes)
- WT/DS158 – Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes II (Plainte des Etats-Unis, du Guatemala, du Honduras, du Mexique et du Panama)
- WT/DS159 – Hongrie – Mesure de sauvegarde visant les importations de produits en acier en provenance de la République tchèque (Plainte de la République tchèque)
- WT/DS160 – Etats-Unis – Article 110 5) de la Loi des Etats-Unis sur le droit d'auteur (Plainte des Communautés européennes et de leurs États membres)
- WT/DS161 et WT/DS169 – Corée – Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée (Plaintes des Etats-Unis et de l'Australie)
- WT/DS162 – Etats-Unis – Loi antidumping de 1916 (Plainte du Japon)
- WT/DS163 – Corée – Mesures affectant les marchés publics (Plainte des Etats-Unis)
- WT/DS164 – Argentine – Mesures affectant les importations de chaussures (Plainte des Etats-Unis)
- WT/DS165 – Etats-Unis – Mesures à l'importation de certains produits en provenance des Communautés européennes (Plainte des Communautés européennes)
- WT/DS166 – Etats-Unis – Mesures de sauvegarde définitives à l'importation de gluten de froment en provenance des Communautés européennes (Plainte des Communautés européennes)
- WT/DS167 – Etats-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs concernant les bovins vivants en provenance du Canada (Plainte du Canada)
- WT/DS168 – Afrique du Sud – Droits antidumping visant certains produits pharmaceutiques en provenance d'Inde (Plainte de l'Inde)
- WT/DS170 – Canada – Durée de la protection conférée par un brevet (Plainte des Etats-Unis)
- WT/DS171 – Argentine – Protection conférée par un brevet pour les produits

- pharmaceutiques et protection des données résultant d'essais pour les produits chimiques pour l'agriculture (Plainte des Etats-Unis)
- WT/DS172 – Communautés européennes – Mesures relatives au développement d'un système de gestion de vol (Plainte des Etats-Unis)
 - WT/DS173 – France – Mesures relatives au développement d'un système de gestion de vol (Plainte des Etats-Unis)
 - WT/DS174 – Communautés européennes – Protection des marques et des indications géographiques pour les produits agricoles et les denrées alimentaires (Plainte des Etats-Unis)
 - WT/DS176 – Etats-Unis – Article 211 de la Loi générale portant ouverture de crédits (Plainte des Communautés européennes et de leurs États membres)
 - WT/DS177 et WT/DS178 – Etats-Unis – Mesure de sauvegarde à l'importation d'agneau frais, réfrigéré ou congelé en provenance de Nouvelle-Zélande (Plaintes de la Nouvelle-Zélande et de l'Australie)
 - WT/DS179 – Etats-Unis – Mesures antidumping visant les tôles en acier inoxydable en rouleaux et les tôles et bandes en acier inoxydable en provenance de Corée (Plainte de la Corée)
 - WT/DS180 – Etats-Unis – Reclassement de certains sirops de sucres (Plainte du Canada)
 - WT/DS181 – Colombie – Mesure de sauvegarde appliquée aux importations de filaments simples de polyesters en provenance de Thaïlande (Plainte de la Thaïlande)
 - WT/DS182 – Équateur – Mesure antidumping provisoire concernant le ciment en provenance du Mexique (Plainte du Mexique)
 - WT/DS183 – Brésil – Mesures concernant les licences d'importation et les prix minimaux à l'importation (Plainte des Communautés européennes)
 - WT/DS184 – Etats-Unis – Mesures antidumping appliquées à certains produits en acier laminés à chaud en provenance du Japon (Plainte du Japon)
 - WT/DS185 – Trinité-et-Tobago – Certaines mesures visant les importations de pâtes alimentaires en provenance du Costa Rica (Plainte du Costa Rica)
 - WT/DS186 – Etats-Unis – Article 337 de la Loi douanière de 1930 et modifications y relatives (Plainte des Communautés européennes)
 - WT/DS187 – Trinité-et-Tobago – Mesure antidumping provisoire appliquée aux importations de macaronis et de spaghettis en provenance du Costa Rica (Plainte du Costa Rica)
 - WT/DS188 – Nicaragua – Mesures visant les importations en provenance du Honduras et de la Colombie (Plainte de la Colombie)
 - WT/DS189 – Argentine – Mesures antidumping définitives à l'importation de carreaux de sol en céramique en provenance d'Italie (Plainte des Communautés européennes)
 - WT/DS190 – Argentine – Mesures de sauvegarde transitoires visant certaines importations de tissus de coton et de coton mélangé originaires du Brésil (Plainte du

Brésil)

- WT/DS191 – Équateur – Mesure antidumping définitive concernant le ciment en provenance du Mexique (Plainte du Mexique)
- WT/DS192 – Etats-Unis – Mesure de sauvegarde transitoire appliquée aux fils de coton peignés en provenance du Pakistan (Plainte du Pakistan)
- WT/DS193 – Chili – Mesures concernant le transport en transit et l'importation d'espadons (Plainte des Communautés européennes)
- WT/DS194 – Etats-Unis – Mesures traitant les restrictions à l'exportation comme des subventions (Plainte du Canada)
- WT/DS195 – Philippines – Mesures affectant le commerce et l'investissement dans le secteur automobile (Plainte des Etats-Unis)
- WT/DS196 – Argentine – Certaines mesures concernant la protection des brevets et des données résultant d'essais (Plainte des Etats-Unis)
- WT/DS197 – Brésil – Mesures relatives à des prix minimaux à l'importation (Plainte des Etats-Unis)
- WT/DS198 – Roumanie – Mesures concernant les prix minimaux à l'importation (Plainte des Etats-Unis)
- WT/DS199 – Brésil – Mesures affectant la protection conférée par un brevet (Plainte des Etats-Unis)
- WT/DS200 – Etats-Unis – Article 306 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur et modifications y relatives (Plainte des Communautés européennes)
- WT/DS201 – Nicaragua – Mesures visant les importations en provenance du Honduras et de la Colombie (II) (Plainte du Honduras)
- WT/DS202 – Etats-Unis – Mesures de sauvegarde définitives à l'importation de tubes et tuyaux de qualité carbone soudés, de section circulaire, en provenance de Corée (Plainte de la Corée)
- WT/DS203 – Mexique – Mesures visant le commerce des animaux vivants de l'espèce porcine (Plainte des Etats-Unis)
- WT/DS204 – Mexique – Mesures visant les services de télécommunications (Plainte des Etats-Unis)
- WT/DS205 – Égypte – Prohibition à l'importation de thon en boîte à l'huile de soja (Plainte de la Thaïlande)
- WT/DS206 – États-Unis – Mesures antidumping et compensatoires appliquées aux tôles en acier en provenance de l'Inde (Plainte de l'Inde)
- WT/DS207 – Chili – Système des fourchettes de prix et mesures de sauvegarde appliqués à certains produits agricoles (Plainte de l'Argentine)
- WT/DS208 – Turquie – Droit antidumping sur les accessoires de tuyauterie en fer et acier (Plainte du Brésil)
- WT/DS209 – Communautés européennes – Mesures affectant le café soluble (Plainte

du Brésil)

- WT/DS210 – Belgique – Application de mesures établissant les droits de douane applicables au riz (Plainte des Etats-Unis)
- WT/DS211 – Égypte – Mesures antidumping définitives à l'importation de barres d'armature en acier en provenance de la Turquie (Plainte de la Turquie)
- WT/DS212 – Etats-Unis – Mesures compensatoires concernant certains produits en provenance des Communautés européennes (Plainte des Communautés européennes)
- WT/DS213 – Etats-Unis – Droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone traité contre la corrosion en provenance d'Allemagne (Plainte des Communautés européennes)
- WT/DS214 – Etats-Unis – Mesures de sauvegarde définitives à l'importation de fils machine en acier et de tubes et tuyaux de qualité carbone soudés, de section circulaire (Plainte des Communautés européennes)
- WT/DS215 – Philippines – Mesures antidumping visant les résines de polypropylène en provenance de Corée (Plainte de la Corée)
- WT/DS216 – Mexique – Mesure antidumping provisoire visant les transformateurs électriques (Plainte du Brésil)
- WT/DS217, WT/DS234 – Etats-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention (Plainte conjointe de l'Australie, du Brésil, du Chili, des Communautés européennes, de la Corée, de l'Inde, de l'Indonésie, du Japon et de la Thaïlande d'une part (WT/DS217) et du Canada et du Mexique d'autre part (WT/DS234))
- WT/DS218 – Etats-Unis – Droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone en provenance du Brésil (Plainte du Brésil)
- WT/DS219 – Communautés européennes – Droits antidumping sur les accessoires de tuyauterie en fonte malléable en provenance du Brésil
- WT/DS220 – Chili – Système des fourchettes de prix et mesures de sauvegarde appliquées à certains produits agricoles (Plainte du Guatemala)
- WT/DS221 – Etats-Unis – Article 129 c) 1) de la Loi sur les Accords du Cycle d'Uruguay (Plainte du Canada)
- WT/DS222 – Canada – Crédits à l'exportation et garanties de prêts accordés pour les avions régionaux (Plainte du Brésil)
- WT/DS223 – Communautés européennes – Contingent tarifaire applicable aux aliments à base de gluten de maïs en provenance des Etats-Unis (Plainte des Etats-Unis)
- WT/DS224 – Etats-Unis – Code des brevets des Etats-Unis (Plainte du Brésil)
- WT/DS225 – Etats-Unis – Droits antidumping sur les tuyaux sans soudure en provenance d'Italie (Plainte des Communautés européennes)
- WT/DS226 – Chili – Mesure de sauvegarde provisoire appliquée aux mélanges

d'huiles alimentaires (Plainte de l'Argentine)

- WT/DS227 – Pérou – Taxes sur les cigarettes (Plainte du Chili)
- WT/DS228 – Chili – Mesures de sauvegarde concernant le sucre (Plainte de la Colombie)
- WT/DS229 – Brésil – Droits antidumping sur les sacs de jute en provenance de l'Inde (Plainte de l'Inde)
- WT/DS230 – Chili – Mesures de sauvegarde et modification des listes concernant le sucre (Plainte de la Colombie)
- WT/DS231 – Communautés européennes – Désignation commerciale des sardines (Plainte du Pérou)
- WT/DS232 – Mexique – Mesures visant l'importation d'allumettes (Plainte du Chili)
- WT/DS233 – Argentine – Mesures visant l'importation de produits pharmaceutiques (Plainte de l'Inde)
- WT/DS235 – Slovaquie – Mesure de sauvegarde à l'importation de sucre (Plainte de la Pologne)
- WT/DS236 – Etats-Unis – Déterminations préliminaires concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada (Plainte du Canada)
- WT/DS237 – Turquie – Certaines procédures d'importation visant les fruits frais (Plainte de l'Équateur)
- WT/DS238 – Argentine – Mesure de sauvegarde définitive à l'importation de pêches en conserve (Plainte du Chili)
- WT/DS239 – Etats-Unis – Droits antidumping sur le silicium métal en provenance du Brésil (Plainte du Brésil)
- WT/DS240 – Roumanie – Prohibition à l'importation de blé et de farine de blé (Plainte de la Hongrie)
- WT/DS241 – Argentine – Droits antidumping définitifs visant la viande de volaille en provenance du Brésil (Plainte du Brésil)
- WT/DS242 – Communautés européennes – Système généralisé de préférences (Plainte de la Thaïlande)
- WT/DS243 – Etats-Unis – Règles d'origine concernant les textiles et les vêtements
- WT/DS244 – Etats-Unis – Réexamen à l'extinction des droits antidumping appliqués aux produits plats en acier au carbone traité contre la corrosion en provenance du Japon (Plainte du Japon)
- WT/DS245 – Japon – Mesures visant l'importation de pommes (Plainte des Etats-Unis)
- WT/DS246 – Communautés européennes – Conditions d'octroi de préférences tarifaires aux pays en développement (Plainte de l'Inde)
- WT/DS247 – Etats-Unis – Mesure antidumping provisoire appliquée aux importations de certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada (Plainte du Canada)

- WT/DS248, WT/DS249, WT/DS251, WT/DS252, WT/DS253, WT/DS254, WT/DS258 et WT/DS259 – Etats-Unis – Mesures de sauvegarde définitives à l'importation de certains produits en acier (Plaintes des Communautés européennes (WT/DS248), du Japon (WT/DS249), de la Corée (WT/DS251), de la Chine (WT/DS252), de la Suisse (WT/DS253), de la Norvège (WT/DS254), de la Nouvelle-Zélande (WT/DS258) et du Brésil (WT/DS259).
- WT/DS250 – Etats-Unis – Droit d'accise de péréquation appliqué par la Floride aux produits transformés à base d'oranges et de pamplemousses (Plainte du Brésil)
- WT/DS255 – Pérou – Traitement fiscal de certains produits importés (Plainte du Chili)
- WT/DS256 – Turquie – Interdiction à l'importation d'aliments pour animaux domestiques en provenance de Hongrie (Plainte de la Hongrie)
- WT/DS257 – Etats-Unis – Détermination finale en matière de droits compensateurs concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada (Plainte du Canada)
- WT/DS260 – Communautés européennes – Mesures de sauvegarde provisoires à l'importation de certains produits en acier (Plainte des Etats-Unis)
- WT/DS261 – Uruguay – Traitement fiscal de certains produits (Plainte du Chili)
- WT/DS262 – Etats-Unis – Réexamens à l'extinction des droits antidumping et des droits compensateurs appliqués à certains produits en acier en provenance de France et d'Allemagne (Plainte des Communautés européennes)
- WT/DS263 – Communautés européennes – Mesures affectant les importations de vins (Plainte de l'Argentine)
- WT/DS264 – États-Unis – Détermination finale de l'existence d'un dumping concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada (Plainte du Canada)
- WT/DS265 – Communautés européennes – Subventions à l'exportation de sucre (Plainte de l'Australie)
- WT/DS266 – Communautés européennes – Subventions à l'exportation de sucre (Plainte du Brésil)
- WT/DS267 – Etats-Unis – Subventions concernant le coton upland (Plainte du Brésil)
- WT/DS268 – États-Unis – Réexamens à l'extinction des mesures antidumping visant les produits tubulaires destinés à des pays pétroliers en provenance d'Argentine (Plainte de l'Argentine)
- WT/DS269 – Communautés européennes – Classification douanière des morceaux de poulet désossés et congelés (Plainte du Brésil)
- WT/DS270 – Australie – Certaines mesures affectant l'importation de fruits et légumes frais (Plainte des Philippines)
- WT/DS271 – Australie – Certaines mesures affectant l'importation d'ananas frais (Plainte des Philippines)
- WT/DS272 – Pérou – Droits antidumping provisoires sur les huiles végétales en

-
- provenance d'Argentine (Plainte de l'Argentine)
- WT/DS273 – Corée – Mesures affectant le commerce des navires de commerce (Plainte des Communautés européennes)
 - WT/DS274 – États-Unis – Mesures de sauvegarde définitives à l'importation de certains produits en acier (Plainte du Taipei chinois)
 - WT/DS275 – Venezuela – Mesures concernant les licences d'importation applicables à certains produits agricoles (Plainte des États-Unis)
 - WT/DS276 – Canada – Mesures concernant les exportations de blé et le traitement des grains importés (Plainte des États-Unis)
 - WT/DS277 – États-Unis – Enquête de la Commission du commerce international dans l'affaire concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada (Plainte du Canada)
 - WT/DS278 – Chili – Mesure de sauvegarde définitive appliquée aux importations de fructose (Plainte de l'Argentine)
 - WT/DS279 – Inde – Restrictions à l'importation maintenues dans le cadre de la politique d'exportation et d'importation 2002-2007 (Plainte des Communautés européennes)
 - WT/DS280 – États-Unis – Droits compensateurs sur les tôles d'acier en provenance du Mexique (Plainte du Mexique)
 - WT/DS281 – États-Unis – Mesures antidumping applicables au ciment en provenance du Mexique (Plainte du Mexique)
 - WT/DS282 – États-Unis – Mesures antidumping visant les produits tubulaires destinés à des pays pétroliers (OCTG) en provenance du Mexique (Plainte du Mexique)
 - WT/DS283 – Communautés européennes – Subventions à l'exportation de sucre (Plainte de la Thaïlande)
 - WT/DS284 – Mexique – Certaines mesures empêchant l'importation de haricots noirs en provenance du Nicaragua (Plainte du Nicaragua)
 - WT/DS285 – États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris (Plainte de Antigua-et-Barbuda)
 - WT/DS286 – Communautés européennes – Classification douanière des morceaux de poulet désossés et congelés (Plainte de la Thaïlande)
 - WT/DS287 – Australie – Régime de quarantaine pour les importations (Plainte des Communautés européennes)
 - WT/DS288 – Afrique du Sud – Mesures antidumping définitives applicables au tissu pour couvertures en provenance de Turquie (Plainte de la Turquie)
 - WT/DS289 – République tchèque – Droit additionnel à l'importation de viande de porc en provenance de Pologne (Plainte de la Pologne)
 - WT/DS290 – Communautés européennes – Protection des marques et des

indications géographiques pour les produits agricoles et les denrées alimentaires (Plainte de l'Australie) WT/DS291 – Communautés européennes – Mesures affectant l'agrément et la commercialisation des produits biotechnologiques (Plainte des Etats-Unis)

- WT/DS292 – Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques (Plainte du Canada)
- WT/DS293 – Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques (Plainte de l'Argentine)
- WT/DS294 – États-Unis – Lois, réglementations et méthode de calcul des marges de dumping ("Réduction à zéro") (Plainte des Communautés européennes)
- WT/DS295 – Mexique – Mesures antidumping définitives visant la viande de bœuf et le riz (Plainte des Etats-Unis)

BIBLIOGRAPHIE

N.B. : Pour une liste des sigles et abréviations utilisés dans le texte et dans les présentes références bibliographiques, se reporter, par exemple, à la Liste dressée par MM. Daillier et Pellet *in Droit international public*, L.G.D.J., 2002, pp. 23-31.

Articles et chroniques :

Allain (J.), « The Continued Evolution of International Adjudication », *in* Travaux du 29e congrès annuel du Conseil canadien de droit international, *Tournés vers l'avenir : Le droit internationale du 21^{ème} siècle*, Ottawa, du 26 au 28 octobre 2000, Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2002, pp. 50-71.

Andrianarivony (M.J.), « Un *panel* institué dans le cadre de l'Organisation Mondiale du Commerce n'est-il pas une juridiction ? », *R.R.J.* NXXV – 84, pp. 1181-1202.

Annand (M.), Buckingham (D.F.), Kerr (W.A.), « Export subsidies and the World Trade Organization – Executive Summary », *in* Travaux du 29e congrès annuel du Conseil canadien de droit international, *Tournés vers l'avenir : Le droit internationale du 21^{ème} siècle*, Ottawa, du 26 au 28 octobre 2000, Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2002, pp. 178-188.

Ascensio (H.), « *L'amicus curiæ* devant les juridictions internationales », *R.G.D.I.P.*

- 2001-4, pp. 897-930.
- Bacchus (J.), « The Bicycle Club – Affirming the American Interest in the Future of the World Trade Organization », *J.W.T.* 37(3), 2003, pp. 429-441.
- Bartels (L.), « Applicable Law in World Trade Organization Dispute Settlement Proceedings », *J.W.T.* 35(3), 2001, pp. 469-498.
- Beaud (O.), « La notion d'Etat », *Archives de philosophie du droit*, t. 35, 1990, pp. 119-141.
- Bedjaoui (M.) et Thierry (H.), « Avenir du droit international », in M. Bedjaoui (rédacteur général), *Droit international – bilan et perspectives*, t. 2, Pedone Unesco, Paris, 1991, pp. 1305#1317.
- Bergel (J.-L.), « Et ferez bonne justice... », *R.R.J.*, 2002-5, pp. 2203-2209.
- Bièvre (De) (D.), « Redesigning the Virtuous Circle : Two Proposals for World Trade Organization Reform – Resolving and Preventing United States-European Union, and other Trade Disputes », *J.W.T.* 36(5), 2002, pp. 1005-1013.
- Boisson de Chazournes (L.) et Mbengue (M.M.), « Le rôle des organes de règlement des différends de l'OMC dans le développement du droit : à propos des OGM, in Bourrinet (J.) et Maljean-Dubois (S.), (Sous la direction de), *Le commerce international des organismes génétiquement modifiés*, La Documentation française, coll. Monde européen et international, Paris, 2002, pp. 177-212.
- Bronckers (C.E.J.), « Une mise en garde contre les tendances antidémocratiques à l'OMC : de meilleures règles pour un nouveau millénaire », *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* n° 433, 1999, pp. 683-695.
- Burdeau (G.), « Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les Etats », *Revue de l'arbitrage*, 1995 n° 1, pp. 3-37.
- Burdeau (G.), « Table ronde – La Communauté et l'organisation mondiale du commerce » (Participation à la), in Société Française pour le Droit International, *Droit international et droit Communautaire, perspectives actuelles*, Colloque de Bordeaux, Pedone, Paris, 2000, pp. 417-420.
- Canal-Forgues (E.), « La procédure d'examen en appel de l'Organisation Mondiale du Commerce », *A.F.D.I.* XLII, 1996, pp. 845-863.
- Canal-Forgues (E.), « Le système de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce », *R.G.D.I.P.*, 1994, pp. 689-707.
- Canal-Forgues (E.), « Sur l'interprétation dans le droit de l'OMC », *R.G.D.I.P.*, 2001, pp. 5#23.
- Cartou (L.), « La notion de juridiction au sens de l'article 177 du traité », Note sous l'arrêt de la CJCE du 30 mars 1993, Corbiau c/ Administration des contributions, C-24-92, *P.A.* 1993, n° 114, p. 9.
- Castañeda (J.), « Introduction », in M. Bedjaoui (rédacteur général), *Droit international – bilan et perspectives*, t. 2, Pedone Unesco, Paris, 1991, pp. 633-638.
- Cavaré (L.), « La notion de juridiction internationale », *A.F.D.I.*, 1956, pp. 496-509.
- Charnovitz (S.), « Rethinking WTO Trade Sanctions », *A.J.I.L.* Vol. 95, n° 4, 2001, pp. 792#832.

- Charvin (R.), « L'ordre concurrentiel et l'OMC », intervention au Colloque en l'honneur de M. Antoine Pérovano, Nice, décembre 2002 (à paraître).
- Chemillier-Gendreau (M.), « Le droit international entre volontarisme et contrainte », *Mélanges Hubert Thierry – L'évolution du droit international*, Pédone, Paris, 1998, pp. 93 à 105.
- Chemillier-Gendreau, « La notion de sanction en droit international », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Gustave Peiser*, Presses Universitaires de Grenoble, 1995, pp. 115-126.
- Chua (A.), « The Precedential Effect of the WTO Panel and Appellate Body Reports », *Leiden Journal of International Law* 1998, pp. 45-61.
- Combacau (J.), « le droit international : bric-à-brac ou système ? », *Archives de philosophie du droit*, t. 31, 1986, pp. 85-105.
- Comte (H.), « Le renforcement des mesures de surveillance et de contrôle », *P.A.*, n° 5, 11 janvier 1995, pp. 20-23.
- Condorelli (L.), « L'autorité de la décision des juridictions internationales permanentes », *in La juridiction internationale permanente*, Colloque de Lyon, Pedone, Paris, 1987, pp. 277-313.
- Cone, III (S.M.), « The Appellate Body, the Protection of the Sea Turtles and the Technique of "Completing the Analysis" », *J.W.T.* 33(2), 1999, pp. 51-61.
- Couston (M.), « La multiplication des juridictions internationales – Sens et dynamiques », *J.D.I.*, 1, 2002, pp. 5-53.
- Covelli (N.), « Membres Intervention in World Trade Organization Dispute Settlement Proceedings After *EC-Sardines* ; The Rules, Jurisprudence, and Controversy », *J.W.T.* 37(3), 2003, pp. 673-690.
- Covelli (N.), « Public International Law and Third Party Participation in WTO Panel Proceedings », *J.W.T.* 33(2), 1999, pp. 125-139.
- Davey (J.W.), « Supporting the World Trade Organization Dispute Settlement System », *J.W.T.* 34(1), 2000, pp. 167-170.
- Dehousse (F.) et Havelange (F.), « Aspects audiovisuels des accords du GATT exception ou spécificité culturelle ? », *in C. Doutrélepon (sous la direction de), L'Europe et les enjeux du GATT dans le domaine de l'audiovisuel*, Colloque organisé par le Centre de droit de l'information et de la communication de la Faculté de droit et l'Institut d'études européennes de l'Université libre de Bruxelles, Bruylant, Bruxelles, 1994, pp. 111-114.
- Dehousse (F.), Ghemar (K.) and Vincent (P.), « The EU-US Dispute concerning the New American Rules of Origin for Textile Products », *J.W.T.* 36(1), 2002, pp. 67-84.
- Ehlermann (C.-D.), « 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.* 36(4), 2002, pp. 605-639.
- Eisemann (P.M.), « Le système normatif de l'Organisation Mondiale du Commerce », *in Société Française pour le Droit international, La réorganisation mondiale des échanges*, Colloque de Nice, Pedone, Paris, 1996, pp. 53-73.
- Flory (T.), « Chronique de Droit international économique – Commerce », *A.F.D.I.* XL,

- 1994, pp. 708-716.
- Flory (T.), « Chronique de Droit international économique- Commerce international », *A.F.D.I.* XXXIX, 1993, Paris, pp. 752-762.
- Flory (T.), « Remarques à propos du nouveau système commercial mondial issu des accords du cycle d'Uruguay », *J.D.I.* 4, 1995, pp. 877-891.
- Fouchard (P.), Note sous l'arrêt de la CJCE du 27 avril 1994, Affaire C-393-92, *Revue de l'arbitrage* n° 3, 1995, pp. 503-511.
- Gabilardo (J.L.P.), « Developing Countries in the World Trade Organization Dispute Settlement Procedures – Improving their Participation », *J.W.T.* 35(4), 2001, pp. 483-485.
- Garcia-Rubio (M.), « Réflexion sur le prétendu exercice des fonctions supranationales par les organes de règlement des différends de l'Organisation Mondiale du Commerce », in F. Osman (Sous la direction de), *L'Organisation Mondiale du Commerce : vers un droit mondial du commerce ?*, Colloque, Lyon, 2 mars 2001, Bruylant, Bruxelles, 2001, pp. 245-260.
- Gaubiac (Y.), « De l'amélioration du dispositif normatif de la Convention de Berne », *P.A.*, n° 5, 11 janvier 1995, p. 10 à 19.
- Gaubiac (Y.), « Une dimension nouvelle du droit d'auteur : L'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce », *R.I.D.A.* n°166, octobre 1995, pp. 3#55.
- Geoffre De La Pradelle (De) (G.), « La fonction des juridictions de l'ordre international », *J.D.I.* 2, 1998, pp. 389-429.
- Gherari (H.) et Thouvenin (J.-M.), « Chronique de l'organe de règlement des différends OMC 2002-1 », *R.M.C.U.E.* n° 466, 2003, pp. 183-193.
- Gohin (O.), « Qu'est-ce qu'une juridiction pour le juge français ? », *Droits*, n° 9, 1989, pp. 93#105.
- Goutal (J.-L.), « Le rôle normatif de l'Organisation mondiale du commerce », *P.A.*, n° 5, 11 janvier 1995, pp. 24-28.
- Graefrath (B.), « Introduction », in M. Bedjaoui (rédacteur général), *Droit international – bilan et perspectives*, t. 2, Pedone Unesco, Paris, 1991, pp. 759-767.
- Guastini (R.), « Michel Troper – Sur la fonction juridictionnelle », *Droits*, n° 37, 2003, pp. 111-122.
- Guibert (G.), « L'Organisation mondiale du commerce (OMC), continuité, changement et incertitudes », *Politique Etrangère*, n°3, 1995, p. 805 à 819.
- Hafner (G.), « Should One Fear the Proliferation of Mechanisms for the Peaceful Settlement of Disputes ? », in L. Calflich (Sous la direction de), *Règlement pacifique des différends entre Etats : perspectives universelle et européenne*, Institut universitaire des hautes études internationales, Genève, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 1998, pp. 25-41.
- Hernández-López (E.), « Recent Trends and Perspectives for Non-State Actor Participation in World Trade Organization Disputes », *J.W.T.* 35(3), 2001, pp. 469-498.

- Herrera Caceres (H.R.), « L'emploi de la force par les organisations internationales », in M. Bedjaoui (rédacteur général), *Droit international – bilan et perspectives*, t. 2, Pedone Unesco, Paris, 1991, pp. 797-818.
- Jackson (J.H.), « Observations sur les résultats du cycle de l'Uruguay », *R.G.D.I.P.* 1994, pp. 675-688.
- Jackson (J.H.), « The Uruguay Round Results and National Sovereignty », in Bhagwati (J.), Hirsch (M.) (Eds.), *The Uruguay Round and Beyond – Essays in Honour of Arthur Dunkel*, Ed. Springer – Verlag, 1998, pp. 293-304.
- Jeammaud (A.), « Conflit, différend, litige », *Droits*, n° 34, 2001, pp. 15-20.
- Jennings (R.Y.), « The Proliferation of Adjudicatory Bodies : Dangers and Possible Answers », *American Society of International Law Bulletin*, 9, pp. 2-7.
- Jung (Y.), « Modelling a World Trade Organization Dispute Settlement Mechanism in an International Antitrust Agreement – An Impossible Dream », *J.W.T.* 34(1), 2000, pp. 89#110.
- Kdhir (M.), « La méthode de travail du juge international », in *La méthode de travail du juge international*, Actes de la journée d'étude du 23 novembre 1996, Institut d'études politiques de Lyon, Bruylant, coll Droit et Justice, Bruxelles, 1997, pp. 9-33.
- Keohane (R.O.), Moravcsik (A.) and Slaughter (A.-M.), « Legalized Dispute Resolution : Interstate and Transnational », *International Organization*, 54, pp. 457-488.
- Kerever (A.), « Le GATT et le droit d'auteur international – l'accord sur les "aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce" », *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 47 (4), octobre-décembre 1994, pp. 629-644.
- Kerever (A.), « Les « clauses à risque » de la nouvelle Convention », *P.A.*, n° 5, 11 janvier 1995, pp. 41-45.
- Kessie (E.), « Enhancing Security and Predictability for Private Business Operators under the Dispute Settlement System of the World Trade Organization », *J.W.T.* 34 (6), 2000, pp. 1#17.
- Konstantinovitch Tarassov (N.), « Introduction », in Bedjaoui (M.) (rédacteur général), *Droit international – bilan et perspectives*, t. 1, Pedone Unesco, Paris, 1991, pp. 525-533.
- Kubiak (C.), Cheval (P.), Forno (J.-L.), « La collégialité ? », *R.R.J.*, 2202-5, pp. 2197 s.
- Lafer (C.), « Réflexions sur l'OMC lors du 50^e anniversaire du système multilatéral commercial : L'impact d'un monde en transformation sur le droit international économique », *J.D.I.* 4, 1998, pp. 933-944.
- Layton (D.W.) and Miranda (J.O.), « Advocacy Before World Trade Organization Dispute Settlement Panels in Trade Remedy Cases », *J.W.T.* 37(1), 2003, pp. 69-103.
- Leben (C.), « La juridiction internationale », *Droits*, n° 9, 1989, pp. 143-155.
- Lebullenger (J.), « L'Organisation mondiale du commerce », in T. Flory (Sous la direction de), *La Communauté européenne et le GATT. Evaluation des accords du cycle d'Uruguay*, Travaux de la Commission pour l'étude des Communautés européennes, publications du Centre de Recherches Européennes, Université Rennes I, éditions Apogée, Rennes, 1995, pp. 23-39.

- Lebullenger (J.), « La Communauté européenne face au processus de réexamen du système de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce », *R.M.C.U.E.* n° 422, 1998, pp. 629-637.
- Lee (Y.S.), « Critical Issues in the Application of the World Trade Organization Rules on Safeguards – In the Light of the Recent Panel Reports and the Appellate Body Decisions », *J.W.T.* 34(2), 2000, pp. 131-147.
- Little (S.), « Preliminary Objections to Panel Requests and Terms of Reference – Panel and Appellate Body Rulings on the First Line of Defence in World Trade Organization Dispute Settlement Proceedings », *J.W.T.* 35(4), 2001, pp. 517-554.
- Loungnarath (V.), « Le mécanisme de règlement des différends », *in* Deblock (C.) (Sous la direction de), *L'Organisation mondiale du commerce – Où s'en va la mondialisation ?*, Editions Fides, 2002.
- Lowenfeld (A.F.), « Remedies along with Rights : Institutional Reform in the New GATT », *A.J.I.L.* 1994/3, pp. 477-488.
- Luchaire (F.), « La souveraineté », *R.F.D.C.*, n° 43, 2000, pp. 451-461.
- Malinverni (G.), « Le règlement des différends dans le cadre des organisations internationales », *Droit international – bilan et perspectives*, t. 1, Pedone Unesco, Paris, 1991, pp. 571-615.
- Marceau (G.), « A Call for Coherence in International Law – Praisers for the Prohibition Against “Clinical Isolation” in World Trade Organization Dispute Settlement », *J.W.T.* 33(5), 1999, pp. 87-152.
- Marceau (G.), « Table ronde – La Communauté et l'organisation mondiale du commerce » (Participation à la), *in* Société Française pour le Droit International, *Droit international et droit Communautaire, perspectives actuelles*, Colloque de Bordeaux, Pedone, Paris, 2000, pp. 421-423.
- Marceau (G.), Pedersen (P.N.), « Is the WTO Open and Transparent ? A Discussion of the Relationship of the WTO with Non-governmental Organisations and Civil Society's Claims for more Transparency and Public Participation », *J.W.T.* 33(1), 1999, pp. 5-49.
- Marceau (G.), Stilwell (M.), « Practical suggestions for amicus curiae briefs before WTO adjudicating bodies », *J.I.E.L.* 2001/4.
- Marrella (F.), « L'Organisation mondiale du commerce et les textiles », *R.G.D.I.P.* 2000-3, pp. 659-693.
- Martha (R.S.J.), « Representation of Parties in World Trade Disputes », *J.W.T.* 1997/2, pp. 83-96.
- Martha (R.S.J.), « The Duty to Exercise Judgment on the Fruitfulness of Actions in World Trade Law », *J.W.T.* 35(5), 2001, pp. 1035-1059.
- Mavroidis (P.C.), « Les pratiques restrictives du commerce : la question de la répartition des compétences entre la Communauté européenne et ses Etats membres dans le cadre de l'Organisation Mondiale du Commerce », *A.F.D.I.* XLII, 1996, pp. 864-871.
- Mavroidis (P.C.), « Trade and Environment after the *Shrimps-Turtles* Litigation », *J.W.T.* 34(1), 2000, pp. 73-88.
- McNelis (N.), « What Obligations Are Created by World Trade Organization Dispute

- Settlement Reports ? », *J.W.T.* 37(3), 2003, pp. 647-672.
- Meagher (N.P.), « The Sound of Silence : Giving Meaning to Omissions in Provisions of World Trade Organization Agreements », *J.W.T.* 2003, pp. 417-427.
- Nicora (P.), « L'organe de règlement des différends a-t-il un avenir ? », in F. Osman (Sous la direction de), *L'Organisation Mondiale du Commerce : vers un droit mondial du commerce ?*, Colloque, Lyon, 2 mars 2001, Bruylant, Bruxelles, 2001, pp. 235-244.
- Noiville (C.), « Principe de précaution et Organisation mondiale du commerce – Le cas du commerce alimentaire », *J.D.I.*, 2, 2000, pp. 263-297.
- Pace (V.), « Cinq ans après sa mise en place : la nécessaire réforme du mécanisme de règlement des différends de l'OMC », *R.G.D.I.P* 2000 n°3 spec., pp. 615-658.
- Palmeter (D.) and Mavroidis (P.C.), « The WTO Legal System : Sources of Law », *A.J.I.L.* Vol. 92, n° 3, 1998, pp. 398-413.
- Palmeter (D.), « *The Need for Due Process in WTO Proceedings* », *J.W.T.*, n° 1, 1997, pp. 51-57.
- Palmeter (D.), « The WTO Appellate Body Needs Remand Authority », *J.W.T.* 1998, pp. 41 s.
- Pauwelyn (J.), « The Role of Public International Law in the WTO : How Far Can We Go ? », *A.J.I.L.* Vol. 95, n° 3, 2001, pp. 535-578.
- Pellet (A.), « Vers une mondialisation du droit international ? », in S. Cordellier (Sous la direction de), *La mondialisation au-delà des mythes*, La Découverte et Syros, Paris, 2000, pp. 93-100.
- Péreau (J.-L.), « Les relations de l'O.M.C. avec l'Union européenne et l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle après l'entrée en vigueur de la Convention de Marrakech », *P.A.*, n° 5, 11 janvier 1995, pp. 47-53.
- Pertek (J.), Note sous l'arrêt de la CJCE du 29 novembre 2001, affaire C-17/00, F. De Coster c/ Collège des bourgmestres et échevins de Watermael-Boitsfort, *JCP – La Semaine Juridique Edition Générale* 2002, n° 10160, pp. 1860-1863.
- Petersmann (E.-U.), « From "negative" to "positive" integration in the WTO : Time for "mainstreaming human rights" into WTO Law ? », *C.M.L.R.* Vol. 37, 2000, pp. 1363-1382.
- Petersmann (E.-U.), « Human Rights and the Law of the World Trade Organization », *J.W.T.* 37(2), 2003, pp. 241-281.
- Philip (C.), « Nature et évolution de la juridiction internationale », in Société Française pour le Droit International, *La juridiction internationale permanente*, Colloque de Lyon, Pedone, Paris, 1987, pp. 3-43.
- Piatti (M.-C.), « La non-inclusion de l'article 6 bis de la Convention de Berne : une remise en cause du droit moral ? » *P.A.*, n° 5, 11 janvier 1995, pp. 33-40.
- Poeggel (W.), Oeser (E.), « Les modes de règlement diplomatique », *Droit international – bilan et perspectives*, t. 1, Pedone Unesco, Paris, 1991, pp. 535-542.
- Rasmussen (H.), « L'Organisation mondiale du commerce et ses instruments législatifs et juridictionnels », *R.M.C.U.E.*, n° 4, 1994, pp.185-193.

- Rasmussen (H.), « Le juge international en évitant de statuer obéit-il à un devoir judiciaire fondamental ? », in Société Française pour le Droit International, *La juridiction internationale permanente*, Colloque de Lyon, Pedone, Paris, 1987, pp. 383-387.
- Renouf (Y.), « Garantir les “droits de la défense” – Quelques remarques préliminaires sur la nécessité de développer les règles de procédure dans le règlement des différends de l'OMC », in Société Française pour le Droit international, *La réorganisation mondiale des échanges*, Colloque de Nice, Pedone, Paris, 1996, pp. 293-307.
- Renouf (Y.), « Le règlement des litiges », in T. Flory (Sous la direction de), *La Communauté européenne et le GATT. Evaluation des accords du cycle d'Uruguay*, Travaux de la Commission pour l'étude des Communautés européennes, publications du Centre de Recherches Européennes, Université Rennes I, éditions Apogée, Rennes, 1995, pp. 41-61.
- Renouf (Y.), « Les mécanismes d'adoption et de mise en œuvre du règlement des différends dans le cadre de l'OMC sont-ils viables ? », *A.F.D.I.* XL, 1994, pp. 776-791.
- Reuter (P.), « De l'obligation de négocier », in *Il processo internazionale. Studi in onore di Giuseppe Sperduti*, Milan, Giuffrè, 1975, pp. 711-733.
- Reuter (P.), « L'ordre juridique international et les traités des organisations internationales », in R. Bernhardt (Ed.), *Völkerrecht als Rechtsordnung. Internationale Gerichtsbarkeit. Menschenrechte. Festschrift für Herrman Mosler*, Heidelberg, Springer Verlag, 1983, pp. 745-757.
- Reuter (P.), « Le traité international, acte et norme », in *Archives de philosophie du droit, t. 32 : le droit international*, Paris, Sirey, 1987, pp. 111-117.
- Reuter (P.), « Les organes subsidiaires des organisations internationales », in *Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant*, Paris, Pedone, 1960, pp. 415-440.
- Reuter (P.), « Organisations internationales et évolution du droit », in *L'évolution du droit public. Etudes offertes à Achille Mestre*, Paris, Sirey, 1956, pp. 447-459.
- Reuter (P.), « Quelques réflexions sur l'équité en droit international », *Revue belge de droit international*, vol. 15, 1980, pp. 165-186.
- Reuter (P.), « Sur quelques limites du droit des organisations internationales », in *Festschrift für Rudolf Bindschedler*, Stämpfli & Cie, Berne, 1980, pp. 491-507.
- Rials (S.), « Ouverture : l'office du juge », in « *La fonction de juger* », *Droits*, n°9, 1989, pp. 3-20.
- Robert (E.), « L'affaire des normes américaines relatives à l'essence », *R.G.D.I.P.* 1997-1, pp. 91-141.
- Roessler (F.), « Evolution du système de règlement des différends du GATT/de l'OMC », in Société Française pour le Droit international, *La réorganisation mondiale des échanges*, Colloque de Nice, Pedone, Paris, 1996, pp. 309-317.
- Ruchat (E.), « Le rôle des opérateurs privés dans les différends relatifs aux règles de l'O.M.C. », *P.A.*, 4 février 2000, n° 25, pp. 9-14.

-
- Ruiz Fabri (H.), « Chronique du règlement des différends (2001) », *J.D.I.* 3, 2002, pp. 869-922.
- Ruiz Fabri (H.), « Chronique du règlement des différends 1996-1998 », *J.D.I.* 2, 1999, pp. 453-506.
- Ruiz Fabri (H.), « Chronique du règlement des différends 1999 », *J.D.I.* 2, 2000, pp. 385-434.
- Ruiz Fabri (H.), « Chronique du règlement des différends 2000 », *J.D.I.* 3, 2001, pp. 901-953.
- Ruiz Fabri (H.), « Concurrence ou complémentarité entre les mécanismes de règlement des différends du protocole de Carthagène et ceux de l'OMC ? », in Bourrinet (J.) et Maljean-Dubois (S.), (Sous la direction de), *Le commerce international des organismes génétiquement modifiés*, La Documentation française, coll. Monde européen et international, Paris, 2002, pp. 149-176.
- Ruiz Fabri (H.), « L'appel dans le règlement des différends de l'OMC : trois ans après, quinze rapports plus tard », *R.G.D.I.P.*, Tome 103, 1999, pp. 47-128.
- Ruiz Fabri (H.), « Le contentieux de l'exécution dans le règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce », *J.D.I.* 2000 n°3, pp. 603-645.
- Ruiz Fabri (H.), « Le règlement des différends au sein de l'OMC : naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit », in C. Leben, E. Loquin, M. Salem (A l'initiative de), *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec-CREDIMI, 2000, pp. 303-334.
- Ruiz Fabri (H.), « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », *J.D.I.* 3, 1997, pp. 709-755.
- Ruiz Fabri (H.), « Organisation mondiale du commerce ; Droit institutionnel », *Juris-Classeur de Droit international*, Volume 1, Fascicule 130-10 de mai 1998, éd. Du Juris-Classeur, 1998.
- Ruiz Fabri (H.), « Organisation mondiale du commerce ; Droit matériel ; Généralités. Marchandises », *Juris-Classeur de Droit international*, Volume 1, Fascicule 130-15 de mai 1998, éd. Du Juris-Classeur, 1998.
- Ruiz Fabri (H.), « Organisation mondiale du commerce ; Droit matériel ; Services. Propriété intellectuelle. Investissements. Marchés publics. Aéronefs. », *Juris-Classeur de Droit international*, Volume 1, Fascicule 130-15 de mai 1998, éd. Du Juris-Classeur, 1998.
- Ruiz Fabri (H.), « Organisation mondiale du commerce ; Panorama du règlement des différends », *Juris-Classeur de Droit international*, Volume 1, Fascicule 130-15 de mai 1998, éd. Du Juris-Classeur, 1998.
- Ruiz Fabri (H.), Monnier (P.), « Chronique du règlement des différends 2002 », *J.D.I.* 3, 2003, pp. 895-960.
- Ruiz Fabri (H.), Sorel (J.-M.), « Organisation judiciaire internationale », *Juris-Classeur de Droit international*, Volume 5, Fascicule 215 du 21 mars 2001, éd. Du Juris-Classeur, 2001.
- Salah Mohamed Mahmoud (M.), « Mondialisation et souveraineté de l'Etat », *J.D.I.* 3, 1996, pp. 611-662.

- Santulli (C.), « Qu'est-ce qu'une juridiction internationale ? », *A.F.D.I.* XLVI, 2000, pp. 58#81.
- Schmidt (J.), « Le rôle des pays en voie de développement dans l'Accord de Marrakech », *P.A.*, n° 5, 11 janvier 1995, pp. 29-32.
- Sette-Camara (J.), « Les modes de règlement obligatoire », in Bedjaoui (M.), (rédacteur général), *Droit international – bilan et perspectives*, t. 1, Pedone Unesco, Paris, 1991, pp. 543#570.
- Shanker (D.), « The Vienne Convention on the Law of Treaties, the Dispute Settlement System of the WTO and the Doha Declaration on the TRIPs Agreement », *J.W.T.* 36(4), 2002, pp. 721-772.
- St. John Macdonald (R.), « L'emploi de la force par les Etats en droit international », in M. Bedjaoui (rédacteur général), *Droit international – bilan et perspectives*, t. 2, Pedone Unesco, Paris, 1991, pp. 769-796.
- Steger (D.P.), « Appellate Body Jurisprudence Relating to Trade Remedies », *J.W.T.* 35(5), 2001, pp. 799-823.
- Stern (B.), « L'intervention des tiers dans le contentieux de l'OMC », *R.G.D.I.P.* 2003-2, pp. 257-303.
- Vedel (Georges), « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif », *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 1, 1996 (disponible sur le site Internet du Conseil Constitutionnel).
- Vermulst (E.) and Graafsma (F.), « World Trade Organization Dispute Settlement with Respect to Trade Contingency Measures », *J.W.T.* 35(2), 2001, pp. 209-228.
- Vermulst (E.), Mavroidis (P.C.) and Waer (P.), « The Functioning of the Appellate Body After Four Years – Towards Rule Integrity », *J.W.T.* 33(2), 1999, pp. 1-50.
- Virally (M.), « Définition et classification : approche juridique », *Revue internationale des sciences sociales*, vol. XXIX : 1, Unesco, 1977, pp. 61-75. (Repris dans *Le concept d'organisation internationale*, sous la direction de G. Abi-Saab, éd. Unesco, Paris, 1980.
- Virally (M.), « L'équité dans le droit », *Le droit international à l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, Milan, Dott. A. Giuffrè Editore, 1987, vol. II, pp. 523-534.
- Virally (M.), « La notion de fonction dans la théorie de l'organisation internationale », *Mélanges offerts à Charles Rousseau : la Communauté internationale*, Paris, Pedone, 1974, pp. 277#300.
- Virally (M.), « La valeur juridique des recommandations des organisations internationales », *A.F.D.I.*, vol. II, 1956, pp. 66-96.
- Virally (M.), « Le champ opératoire du règlement judiciaire international », *R.G.D.I.P.*, tome 87, Pedone, 1983, pp. 281-314.
- Virally (M.), « Le droit international en question », *Archives de philosophie du droit*, n° 8, 1963, Sirey, Paris, pp. 145-163.
- Virally (M.), « Le phénomène juridique », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol. 82, 1966, L.G.D.J., Paris, 1966, pp. 5-64.

- Virally (M.), « Le rôle des organisations internationales dans l'atténuation et le règlement des crises internationales », *Politique étrangère*, vol. 41, 1976, pp. 529-562.
- Virally (M.), « Notes sur la validité du droit et son fondement », *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Cujas, Paris, 1975, pp. 453-467.
- Virally (M.), « Réflexions sur le 'jus cogens' », *A.F.D.I.*, vol. XII, 1966, pp. 5-29.
- Virally (M.), « Sur la notion d'accord », *Festschrift für Rudolf Bindschedler*, Berne, Staempfli & Cie S.A., 1980, pp. 159-172.
- Virally (M.), « Sur la prétendue 'primitivité' du droit international », *Recueil de travaux*, publié à l'occasion de l'Assemblée de la Société suisse de juristes à Genève, du 3 au 5 octobre 1969, (mémoires publiés par la Faculté de Droit de Genève, N° 27) Genève, Librairie de l'Université Georg & Cie, 1969, pp. 201-213.
- Virally (M.), « Un tiers droit ? Réflexions théoriques », *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à Berthold Goldman*, Litec, Paris, 1982, pp. 373-385.
- Virally (M.), « Vers un droit international du développement », *A.F.D.I.*, vol. XI, 1965, pp. 3#12.
- Virally (M.), *En hommage à Paul Guggenheim. Recueil d'études de droit international*, Genève, Faculté de droit de l'Université de Genève/Institut universitaire de hautes études internationales, 1968, pp. 531-554.
- Virally (M.), *Guy Ladreit de Lacharrière et la politique extérieure de la France*, Masson, Paris/Milan/Barcelone/Mexico, 1989, pp. 394-402.
- Weckel (P.) (Sous la direction de), E. Helali (avec la collaboration de), « Chronique de jurisprudence internationale », *R.G.D.I.P.*, Pedone, Paris, Tome 105, 2001-1, pp. 209-237.
- Weckel (P.), « Chronique de jurisprudence internationale », *R.G.D.I.P.*, Pedone, Paris, Tome 104, 2000-1, pp. 241-262.
- Weckel (P.), « Chronique de jurisprudence internationale », *R.G.D.I.P.*, Pedone, Paris, Tome 106, 2002-1, pp. 175-206.
- Weil (P.), « Le droit international économique », *Aspects du droit international économique. Elaboration, contrôle, sanction*, Colloque SFDI, Orléans, Pedone, Paris, 1972, pp. 3#34.
- Weiler (J.H.H.), « The Rule of Lawyers and the Ethos of Diplomats – Reflections on the Internal and External Legitimacy of World Trade Organization Dispute Settlement », *J.W.T.* 35(2), 2001, pp. 191-207.
- Zoller (E.), « La constitution d'une chambre spéciale de la CIJ », *R.G.D.I.P.* 1982, pp. 305#324.
- Zonnekeyu (G.A.), « The Appellate Body's Communication on *amicus curiæ* Briefs in the Asbestos Case – An Echternach Procession ? », *J.W.T.* 35(3), 2001, pp. 553-563.
- Zuijdwijk (T.), « International trade law and human rights », in *Travaux du 29e congrès annuel du Conseil canadien de droit international, Tournés vers l'avenir : Le droit internationale du 21^{ème} siècle*, Ottawa, du 26 au 28 octobre 2000, Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2002, pp. 189-199.

Colloques, cours, mélanges recueils, revues :

A.J.I.L., « Symposium : The Boundaries of the WTO », A.J.I.L. Vol 96 n° 1, 2002, pp. 1-158.

Bhagwati (J.), Hirsch (M.) (Eds.), *The Uruguay Round and Beyond – Essays in Honour of Athur Dunkel*, Ed. Springer – Verlag, 1998.

Doutrelepon (C.) (sous la direction de), *L'Europe et les enjeux du GATT dans le domaine de l'audiovisuel*, Colloque organisé par le Centre de droit de l'information et de la communication de la Faculté de droit et l'Institut d'études européennes de l'Université libre de Bruxelles, Bruylant, Bruxelles, 1994.

Droits, « La fonction de juger », n° 9, 1989.

Droits, « Mots de la justice », n° 34, 2002.

Faculté des sciences juridiques Université Lumière Lyon 2 C.R.I.P.P.-G.R.D.A.P.,
Barreau de Lyon, *Le droit d'auteur et la convention de Marrakech*, colloque du 18 novembre 1994, P.A., n° 5, 11 janvier 1995, numéro spécial.

Juris-Classeur de Droit international.

Les Notes Bleues de Bercy, Numéro Spécial OMC, n° 186, juillet 2000.

Osman (F.) (Sous la direction de), *L'Organisation Mondiale du Commerce : vers un droit mondial du commerce ?*, Colloque, Lyon, 2 mars 2001, Bruylant, Bruxelles, 2001.

Reuter (P.), *Le développement de l'ordre juridique international – Ecrits de droit international*, Economica, coll. Droit international, Paris, 1995.

Sands (P.), « Vers une transformation du droit international ? », *Droit international 4*, Cours à l'IHEI, Pedone, Paris, 2000.

Société Française pour le Droit International, *Droit international et droit Communautaire, perspectives actuelles*, Colloque de Bordeaux, Pedone, Paris, 2000.

Société Française pour le Droit International, *La juridiction internationale permanente*, Colloque de Lyon, Pedone, Paris, 1987.

Société Française pour le Droit international, *La réorganisation mondiale des échanges*, Colloque de Nice, Pedone, Paris, 1996.

Thierry (H.) (Mélanges offerts à), *L'évolution du droit international*, Pedone, Paris, 1998.

Virally (M.), *Le droit international en devenir*, P.U.F., Publications de l'Institut Universitaire des Hautes Etudes Internationales (Genève), Paris, 1990.

Weil (P.), *Ecrits de droit international*, P.U.F., coll. Doctrine juridique, 1^{ère} édition, Paris, 2000.

Ouvrages collectifs :

- Bedjaoui (M.) (rédacteur général), *Droit international – bilan et perspectives*, t. 2, Pedone Unesco, Paris, 1991.
- Bedjaoui (M.) (rédacteur général), *Droit international – bilan et perspectives*, t. 1, Pedone Unesco, Paris, 1991.
- Flory (T.) (Sous la direction de), *La Communauté européenne et le GATT. Evaluation des accords du cycle d'Uruguay*, Travaux de la Commission pour l'étude des Communautés européennes, publications du Centre de Recherches Européennes, Université Rennes I, éditions Apogée, Rennes, 1995.
- Gherari (H.) et Szurek (S.) (Sous la direction de), *Sanctions unilatérales, mondialisation du commerce et ordre juridique international. A propos des lois Helms-Burton et d'Amato#Kennedy*, Journée d'actualité juridique, 31 janvier 1997, Cahiers du Cedin, Cahier n° 14, Montchrestien, E.J.A., Paris, 1998.
- Moraud (C.-A.), (Sous la direction de), *Le droit saisi par la mondialisation*, coll. de droit international, Bruylant, Bruxelles, 2001.
- Petersmann (E.U.) (ed.), *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, Kluwer Law International, 1997.
- Sampson (G.P.) (Ed.), *The Role of the World Trade Organization in Global Governance*, The United Nations University, 2001.

Ouvrages spécialisés et thèses :

- Andrianarivony (M.N.), *L'émergence progressive d'une juridiction internationale des échanges. Contribution à l'étude du système de règlement des différends au sein de l'Organisation mondiale du commerce*, thèse soutenue le 27 septembre 1998 à l'Université de Saint-Denis de La Réunion, sous la direction de X. Philippe.
- Bae (J.S.), *Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce*, soutenue en janvier 1999, Université de Strasbourg III (Robert Schuman), Faculté de droit international public.
- Canal-Forgues (E.) et Flory (T.), *Recueil des contentieux GATT/OMC*, Bruylant, Bruxelles, 2001.
- 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*, Bruylant, coll. Organisation internationale et Relations internationales, Bruxelles, 1993.
- Coste (J.-L.), *Le règlement des différends au G.A.T.T.*, Lyon III, 1989.

- Delorme (H.) et Clerc (D.), *Un nouveau GATT ? Les échanges mondiaux après l'Uruguay Round*, éditions Complexe, coll. Espace international, 1994.
- Ferchichi (M.), *L'Uruguay Round et le règlement des différends commerciaux*, Thèse de doctorat, O. Audéoud (sous la direction de), Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 1996.
- Gaillard (M.), Jaillardon (E.) et Péreau (J.-L.), *Droit, politique et société*, Les éditions d'Organisation, coll. Les Indispensables de la Culture Générale, 1996.
- Henry (G.M.), *A quoi sert l'OMC ?*, Jeunes Editions – Studyrama, 2001.
- Hoekman (B.M.), Kosteki (M.M.), *The Political Economy of the World Trading System – The WTO and Beyond*, Second Ed., Oxford University Press, 2001.
- Jouanneau (D.), *L'Organisation mondiale du commerce*, coll. Que sais-je ?, P.U.F., 4ème éd., Paris, 2003.
- Lacharrière (de) (G.), *La politique juridique extérieure*, Institut français des relations internationales, Economica, coll. enjeux internationaux, Paris, 1983.
- Merrills (J.G.), *International Dispute Settlement*, Cambridge University Press, Third Edition, 1998.
- Ould Mohamedou Khtour (El A.), *L'organisation mondiale du commerce*, A. Bourgi (sous la direction de), Université de Reims Champagne-Ardenne, 2002.
- Pace (V.), *L'Organisation Mondiale du Commerce et le renforcement de la réglementation juridique des échanges commerciaux*, L'Harmattan, coll. Logiques Juridiques, Paris, 2000.
- Pazartzis (P.), *Les engagements internationaux en matière de règlement pacifique des différends entre Etats*, L.G.D.J., Paris, 1992.
- Rainelli (M.), *L'Organisation mondiale du commerce*, La Découverte, coll. Repères, Paris, 1996.
- Rainelli (M.), *Le GATT*, La Découverte, coll. Repères, 6ème éd., Paris, 2002.
- Rey (M.E.), *L'Organisation mondiale du commerce*, Thèse de doctorat, Z. Haquani (sous la direction de), Université Paris 5, 2000.
- Sadok (H.), *Les apports juridiques de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, P. Eckly (sous la direction de), Université Strasbourg 3, 1999.
- Taxil (B.), *L'OMC et les pays en développement*, CEDIN Paris I, Perspectives internationales, Montchrestien E.J.A., Paris, 1998.

Ouvrages généraux, manuels :

- Agniel (G.), *Droit des relations internationales*, Hachette, coll. Les Fondamentaux, Paris, 1997.
- Alland (D.) (Sous la direction de), *Droit international public*, P.U.F, coll. Droit

- fondamental, 1^{ère} éd., Paris, 2000.
- Aubert (J.-L.), *Introduction au droit*, éditions Armand Colin, 5^{ème} édition, Paris, 1992.
- Bergel (J.-L.), *Méthodologie juridique*, P.U.F., coll. Thémis, 1^{ère} éd., 2001.
- Bergel (J.-L.), *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 3^{ème} éd., 1999.
- Carbonnier (J.), *Flexible droit*, L.G.D.J., 7^{ème} éd., Paris, 1992.
- Carreau (D.), *Droit international*, 7^{ème} éd., Pedone, Paris, 2001.
- Carreau (D.), Juillard (P.), *Droit international économique*, L.G.D.J., 4^{ème} éd., Paris, 1998.
- Cartou (L.), *L'Union européenne – Traités de Paris-Rome-Maastricht*, Dalloz, coll. Précis, 2^{ème} éd., Paris, 1996, pp. 39-41.
- Chapus (R.), *Droit administratif général*, t. 1, Montchrestien E.J.A., 15^{ème} éd., Paris, 2001.
- Charpentier (J.), *Institutions internationales*, Dalloz, coll. Mémentos série droit public – science politique, 14^{ème} édition, Paris, 1999.
- Colliard (C.-A.), Dubouis (L.), *Institutions internationales*, Dalloz, coll. Précis, 10^{ème} éd., Paris, 1995.
- Combacau (J.), Sur (S.), *Droit international public*, Montchrestien, E.J.A., 4^{ème} éd., Paris, 1999.
- Daillier (P.) et Pellet (A.) (N. Quoc Dinh †), *Droit international public*, L.G.D.J., E.J.A., 7^{ème} éd., Paris, 2002.
- Decaux (E.), *Droit international public*, Dalloz, Paris, 1997.
- Dupuy (P.-M.), *Droit international public*, Dalloz, 4^{ème} édition, Paris, 1998.
- Frangi (M.), Schulz (P.), *Droit des relations internationales*, Dalloz, coll. Lexique, Paris, 1995.
- Gaillard (M.), *L'Intelligence Du Droit*, Les Editions D'Organisation, Paris, 1992.
- Gourion (P.A.) et Peyrard (G.), *Droit du commerce international*, L.G.D.J., coll. Systèmes, 2^{ème} édition, Paris, 1997.
- Kelsen (H.), *Théorie pure du droit*, Editions Dalloz, Inst. Kelsen, 1962, L.G.D.J., E.J.A., 1999, Paris, et Editions Bruylant, 1999, Belgique ; traduction française de la deuxième édition par C. Eisenmann.
- Le Jeune (P.), *Introduction au droit des relations internationales*, L.G.D.J., coll. Systèmes, Paris, 1994.
- Mainguy (D.), *Introduction générale au droit*, Litec, coll. Objectif Droit, Paris, 1997.
- Martin (P.-M.), *Droit international public*, Masson, coll. Droit-Sciences Economiques, Paris, 1995.
- Pellet (A.), *Droit international public*, P.U.F., coll. Mémentos Thémis, Paris, 1981.
- Ruzié (D.), *Droit international public*, Dalloz, coll. Mémentos, 15^{ème} édition, Paris, 2000.
- Terré (F.), *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. Précis, 4^{ème} édition, Paris, 1998.

- Touscoz (J.), *Droit international*, P.U.F., coll. Thémis Droit Public, Paris, 1993.
- Troper (M.), *Pour une théorie juridique de l'Etat*, P.U.F., coll. Léviathan, 1994.
- Vedel (G.), Delvolvé (P.), *Droit administratif*, tome 2, P.U.F., coll. Thémis Droit Public, 12^{ème} édition, Paris, 1992.
- Visscher (de) (C.), *Théories et réalités en droit international public*, Pedone, 4^{ème} éd., 1970.

Dictionnaires

- Dubois (J.) (sous la direction de), *Dictionnaire de la langue française*, éditions Larousse-Bordas, 1999.
- Duhamel (O.) et Meny (Y.) (Sous la direction de), *Dictionnaire constitutionnel*, P.U.F., Paris, 1992.
- Fontette (de) (F.), *Vocabulaire juridique*, P.U.F., coll. Que Sais-Je ?, 5^{ème} édition, Paris, 1995.
- Gaffiot (F.), *Le Grand Gaffiot – Dictionnaire latin-français*, Nouvelle édition revue et augmentée sous la direction de P. Flobert, Hachette-Livre, Paris, 2000.
- Guilbert (L.), Lagane (R.), Niobey (G.) (sous la direction de), *Grand dictionnaire des lettres*, éditions Larousse, Paris, 1986.
- Guillien (R.) et Vincent (J.), puis Guinchard (S.) et Montagnier (G.) (Sous la direction de), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 12^{ème} éd., 1999.
- Kdhir (M.), *Dictionnaire juridique de la Cour Internationale de Justice*, Bruylant, Bruxelles, 1997.
- Robert (P.), *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, éditions Les Dictionnaires Le Robert, 2^{ème} édition, Paris, 1985.
- Robert (P.), *Le Nouveau Petit Robert*, éditions Dictionnaires Le Robert, Paris, 2000, texte remanié et amplifié sous la direction de J. Rey-Debove (J.) et Rey (J.).
- Union Académique Internationale (Publié sous le patronage de l'), *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Sirey, 1960.
- Van Lang (A.), Gondouin (G.), Inserguet-Brisset (V.), *Dictionnaire de droit administratif*, Armand Colin/Masson, coll. Cursus Droit, Paris, 1997.
- Villiers (de) (M.), *Dictionnaire de droit constitutionnel*, Armand Colin/Masson, Paris, 1998.
- White (Patrick) (Rédacteur en chef), *Harrap's Compact – Dictionnaire Anglais-Français/Français-Anglais*, Editions Chambers Harrap Publishers Ltd 1997.

Presse

Le Monde.

Le Monde Diplomatique.

Libération.

Revue Focus, périodique diffusé par l'OMC.

Internet

Site de l'OMC (www.wto.org), sa rubrique « Dispositif Documents en ligne » (docsonline.wto.org) et les documents concernant les travaux relatifs aux clarifications et améliorations à apporter au Mémorandum (sous la cote TN/DS).

Site de l'ONU (www.un.org).

Site de l'Union européenne (<http://europa.eu.int>) et, en particulier, sa rubrique consacrée à la CJCE (<http://europa.eu.int/institutions/court>).

Site de la Cour européenne des droits de l'homme (<http://www.echr.coe.int/>).

Site du Fichier central des thèses (<http://www.fct.u-paris10.fr/>).

Site du Sudoc (www.sudoc.abes.fr).