

Le règlement des différends de l'OMC : une forme d'arbitrage ?

Hélène RUIZ FABRI

Professeure à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne

RESUME. — Peut-on considérer le système de règlement des différends de l'OMC comme un arbitrage distinct du règlement judiciaire ? En fait, ce système comporte plusieurs formes de règlement des différends parmi lesquels trois sont expressément qualifiés d'arbitrage. Cependant non seulement certains d'entre eux n'ont pas les caractéristiques méritant cette qualification mais leur fonctionnement et le rôle qu'ils jouent habituellement dans le système ne permet de voir le système dans son ensemble comme un arbitrage. On ne pourrait parvenir à une telle conclusion que si une procédure principale impliquant un comité et une possibilité d'appel pouvait être considérée comme un arbitrage. En s'appuyant sur l'hypothèse que la principale différence entre jugement judiciaire et arbitral est que le premier remplit une fonction supplémentaire de politique juridique tandis que le second est limité au règlement des litiges, l'analyse conclut que, en particulier par l'effet de la phase d'appel et le développement corrélatif d'une jurisprudence unifiée, le système est plus proche du règlement judiciaire que de l'arbitrage.

Mots-clé : OMC, arbitrage, règlement judiciaire, appel

Faut-il le reconnaître d'emblée ? Le fait est que les discussions sur la nature exacte du mécanisme de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) ont perdu de leur actualité. Mais cela ne signifie pas nécessairement une perte d'intérêt, surtout si l'on envisage la question sous l'angle original non pas de la nature juridictionnelle mais de l'éventuelle nature arbitrale.

1. Une réflexion sur le règlement des différends de l'OMC comme forme d'arbitrage¹ peut être située dans un cadre plus ou moins large, notamment en fonction de la conception que l'on retient de l'arbitrage. Une approche aussi compréhensive que possible impose de tenir compte du fait que, si l'arbitrage est aujourd'hui envisagé, en droit international, en tant que mode juridic-

1 *Trésor de la langue française* : « *En gén.* Règlement d'un différend par l'intervention d'un arbitre choisi par un tribunal ou par les parties en présence. *Spéc.* Droit international : Procédure par laquelle des États abandonnent le règlement de leurs différends à des arbitres choisis par eux. »

tionnel de règlement des différends, il n'en a pas toujours été ainsi dans la mesure où il a existé des formules d'arbitrage diplomatique qui débouchaient sur « une transaction, un compromis plus ou moins équilibré entre prétentions opposées, non un jugement en droit »². On ne peut sans doute pas totalement exclure qu'on veuille, à un moment ou un autre, raviver ce type de formule qui conduit plutôt vers un règlement d'intérêt. Tout au plus hésiterait-on peut-être, aujourd'hui, sur la qualification d'arbitrage³ et certaines définitions l'excluent d'ailleurs⁴. En même temps, si la question mérite d'être rappelée concernant le règlement des différends de l'OMC, c'est parce qu'il existe parfois certaines réticences à le qualifier comme juridictionnel, la qualification de quasi-juridictionnel étant parfois préférée.

Néanmoins, il ne semble pas nécessaire de s'attarder longuement sur ce débat ici. D'emblée, on se référera à l'arbitrage comme « mode juridictionnel de règlement des différends juridiques internationaux par des arbitres que les parties ont choisis et investis du pouvoir de rendre une décision sur la base du respect du droit »⁵ et on tiendra le règlement des différends de l'OMC pour un mode juridictionnel de règlement des différends en considérant comme acquis qu'il répond pleinement à la définition de la juridiction comme un « organe qui met fin à un différend par une décision obligatoire... rendue en application du droit »⁶, ou comme un « organe chargé de dire le droit (*jurisdictio*) de manière obligatoire (*imperium*) »⁷. Cela n'empêchera pas de revenir en tant que de besoin sur certains aspects liés à cette qualification mais on admettra par hypothèse que le mécanisme de l'OMC satisfait globalement les critères organique, formel et matériel de la juridiction. On se bornera à rappeler, pour l'attester, que, même si elle était déjà largement amorcée dès l'époque du GATT, la configuration juridictionnelle du mécanisme s'est accentuée avec la réforme de 1995, mise en place *via* le Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends⁸ (ci-après le Mémoire). D'une part, des règles ont été édictées pour s'assurer à la fois de la compétence, de l'indépendance et de l'impartialité des organes de jugement. D'autre part, la procédure est marquée par une double préoc-

2 P. Daillier, A. Pellet, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 2002, p. 867.

3 V. L'exemple du règlement proposé par le Secrétaire général des Nations Unies dans l'affaire du *Rainbow Warrior*, que les parties s'étaient engagées à considérer comme obligatoire et qui est souvent, de ce fait, qualifié d'arbitrage. *Contra*, v. C. Santulli, *Droit du contentieux international*, Paris, Montchrestien, 2005, p. 18, § 33.

4 V., par ex., G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Quadrige, PUF, 2003, 4^e éd., p. 67 : « mode parfois dit amiable ou pacifique mais toujours juridictionnel de règlement des litiges par une autorité (le ou les arbitres) qui tient son pouvoir de juger, non d'une délégation permanente de l'État ou d'une institution internationale, mais de la convention des parties ».

5 J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant/AUF, 2001, p. 76-77.

6 C. Santulli, « Qu'est-ce qu'une juridiction internationale ? », *AFDI*, 2000, p. 61.

7 H. Ascensio, « La notion de juridiction internationale en question », in SFDI, *La juridictionnalisation du droit international*, Paris, Pedone, 2003, p. 163-202 ; p. 4 ; S. Rials, « Ouverture : l'office du juge », *Droits, La fonction de juger*, 1989, n° 9, p. 3-20, p. 7.

8 Qui constitue l'Annexe 2 de la Charte de l'OMC.

cupation de rapidité et de respect de l'égalité des parties. Un soin particulier est mis à assurer le caractère contradictoire de la procédure mais il est également fait en sorte que les arguments de procédure ne puissent devenir l'objet de stratégies dilatoires faisant obstacle à un règlement au fond. Enfin, du point de vue fondamental, si les recommandations de mise en conformité ne doivent jamais modifier les droits et obligations des États membres et ont pour objectif de rétablir l'équilibre issu de la négociation, il s'agit néanmoins de définir une solution fondée en droit et une grande partie de la tâche des organes de règlement consiste, dans ce cadre, à interpréter le droit de l'OMC en s'appuyant sur les méthodes et principes habituels du droit international public. Toutefois, l'organe chargé de dire le droit n'a pas le pouvoir de conférer force obligatoire à ses prescrits, cette fonction revenant à l'organe de type politique qu'est l'ORD. Mais, parce que telle est désormais l'issue, il y a eu le souci de renforcer la crédibilité de la procédure y compris grâce à la mise en place d'un double degré de juridiction, ce qui est peu habituel dans l'ordre international, en tout cas pour le contentieux interétatique.

Dans ce contexte, s'il y a un enjeu dans la réflexion sur le règlement des différends de l'OMC comme forme d'arbitrage, c'est pour le situer parmi les modes juridictionnels de règlement des différends. En d'autres termes, dans le genre juridictionnel, à quelle espèce appartient-il : le règlement arbitral ou le règlement judiciaire ? Il s'agit en effet là des deux espèces dans lesquelles on décline le règlement juridictionnel, la difficulté étant alors d'identifier clairement les attributs de ces deux catégories. On se rend vite compte que ce n'est pas si aisé. L'évolution de ces deux modes de règlement semble en effet conduire à une dilution de la frontière qui les séparait, essentiellement par évolution de l'arbitrage d'ailleurs. Celui-ci a tendu à s'institutionnaliser de plus en plus, l'arbitrage institutionnel étant compris comme celui « supposant le concours d'un organisme permanent d'arbitrage [...], qui met à la disposition des litigants une liste d'arbitres, un règlement d'arbitrage, une organisation matérielle (secrétariat, locaux, etc.) et des services (notification des mémoires, par ex.) »⁹. En toute hypothèse, par rétroaction, la réflexion sur le règlement des différends de l'OMC comme forme d'arbitrage est l'occasion de s'interroger sur la signification et les conséquences de l'évolution de l'arbitrage, à moins qu'il ne s'agisse de constater que les États ont eu tendance à multiplier les formules hybrides.

On ne peut pour distinguer l'arbitrage du règlement judiciaire en droit international utiliser certains critères mis en avant en droit interne, tels que le fait que le juge a l'*imperium* tandis que l'arbitre ne l'a pas. Pour faire bref, on peut s'en tenir au constat que, dans l'ordre international, aucun des deux ne l'a, à moins d'envisager une conception singulière de l'*imperium*¹⁰. Dès lors, la

9 G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF (Quadrige), 4^e éd., 2003, p. 67.

10 L'hypothèse est très stimulante mais révèle surtout son intérêt dans le cadre d'une réflexion sur la notion même de juridiction internationale telle que l'a brillamment menée Hervé Ascensio, in « La notion de juridiction internationale en question », in SFDI, *La juridictionnalisation du droit international*, Paris, Pedone, 2003, p. 163-202.

doctrine internationaliste est renvoyée vers d'autres critères, dont le pivot est l'idée de permanence opposée à celle de précarité. Mais, quand on oppose règlement arbitral et règlement judiciaire sur la base de critères tels que le choix des juges (caractère éphémère contre permanence et pré-constitution), le choix de la procédure (à fixer contre préfixée), le choix du droit applicable (qui existe ou non), on se réfère davantage à des idéaux-types qu'à la réalité où les distinctions sont moins tranchées. À tel point que, selon certains avis, il n'y a guère de différence entre les deux¹¹. On retiendra cependant une suggestion faite pour les distinguer et consistant à considérer que « Là où l'arbitrage est institué pour régler des litiges et n'existe que "pour" cela (il n'a *qu'*une fonction juridictionnelle), le règlement judiciaire est institué pour exercer... une fonction de police juridique : offrir un "service public" juridictionnel, garantir la cohérence et la constance des solutions, organiser une politique juridique par la motivation »¹². Dans une certaine mesure, cette proposition rejoint l'idée selon laquelle l'arbitre est chargé de régler des intérêts privés antagonistes, non l'intérêt général¹³ ou encore l'analyse selon laquelle, d'un point de vue pratique comme celui de la politique juridique d'un État, l'arbitrage est préférablement utilisable pour des contentieux assez techniques ou pour des questions qui portent peu d'enjeux même si on ne parvient pas à les résoudre directement par négociations tandis que les autres contentieux doivent plutôt être renvoyés vers des juridictions permanentes¹⁴. Quoi qu'il en soit, le critère de distinction est alors essentiellement fonctionnel.

2. Ces questions forment la trame du propos et guideront son déroulement. Mais le cadre de celui-ci doit encore être quelque peu précisé, pour rappeler d'abord que le règlement des différends de l'OMC porte sur des litiges commerciaux. Or, le domaine commercial est un domaine privilégié d'expansion de l'arbitrage. Et les arbitrages ont joué et jouent un rôle important dans le développement du droit du commerce international. Néanmoins, les litiges commerciaux traités dans le cadre du règlement des différends de l'OMC sont des litiges interétatiques ou, pour être plus précis, des litiges entre membres de l'OMC, ce qui peut inclure des « territoires douaniers non autonomes » et des entités telles que la Communauté européenne mais qui exclut en toute hypothèse les personnes privées en tant que litigants, même si leurs intérêts sont plus ou moins directement en cause. Si le règlement des différends de l'OMC doit être considéré comme une forme d'arbitrage, ce sera donc dans le registre de l'arbitrage interétatique.

11 C. Santulli, *Droit du contentieux international*, Paris, Montchrestien, 2005, p. 75.

12 C. Santulli, *Droit du contentieux international*, précit., p. 76.

13 C. Jarosson, « Arbitrage et juridiction », in *La Fonction de juger, Droits*, n° 9, 1989, p. 107-117, spéc. p. 112.

14 En ce sens, l'opinion de Gilbert Guillaume, exprimée dans sa présentation orale lors du colloque de l'Association française de philosophie du droit consacré à l'arbitrage, Paris, 8 novembre 2008.

D'autre part, le règlement des différends de l'OMC est un mécanisme composite, c'est-à-dire qu'il contient en réalité plusieurs procédures de règlement distinctes et différentes, dont certaines sont explicitement qualifiées d'arbitrage sans pour autant se ressembler les unes les autres.

Il faut alors rappeler que le règlement des différends de l'OMC se caractérise par la présence de deux phases, l'une dite initiale qui est dédiée au jugement au fond des litiges et qui débouche sur une décision obligatoire, l'autre de mise en conformité qui est dédiée à la surveillance de l'exécution de la décision de phase initiale. Cette deuxième phase est particulièrement originale dans le paysage international. Le Membre qui doit exécuter une décision doit informer l'ORD des mesures qu'il prend à cette fin. Au cours de cette phase, il peut y avoir recours à deux types d'arbitrage. L'un concerne le délai d'exécution de la décision obtenue en phase initiale, l'autre concerne le montant des contre-mesures commerciales susceptibles d'être infligées par le plaignant initial en cas d'inexécution ou d'exécution incomplète de la décision¹⁵.

Quant à la phase initiale, elle peut être actionnée unilatéralement par le plaignant qui, après avoir tenté de négocier, pourra demander la constitution d'un groupe spécial, organe *ad hoc* chargé de juger l'affaire. Le rapport du groupe spécial sera susceptible d'un appel qui est limité aux questions de droit et qui est jugé par l'Organe d'appel qui est, lui, un organe permanent. Mais cette procédure fait également intervenir l'Organe de règlement des différends (ORD), qui est composé d'un représentant par membre de l'OMC (153 en 2008) et est donc un organe de type politique. Il a un rôle important puisqu'il va intervenir à chaque étape de la procédure de règlement des différends, recevoir la plainte, établir le groupe spécial et, surtout, adopter le ou les rapports des organes de jugement, ce qui leur confère force obligatoire pour les parties. La technique de décision imposée à l'ORD est la technique du consensus négatif ou consensus inversé, selon laquelle une décision est réputée adoptée sauf si se manifeste un consensus pour la rejeter. Comme c'est à peu près inconcevable, on peut parler d'un mécanisme d'adoption automatique. Cette procédure est irrésistible une fois enclenchée, sauf si le plaignant décide de l'interrompre. Mais elle n'est en même temps que supplétive. Les parties peuvent en effet décider, d'un commun accord, de recourir à une procédure d'« arbitrage rapide » également prévue par le Mémorandum (article 25).

Cette situation est évidemment source d'une complexité supplémentaire. Car finalement, si on ne veut pas s'en tenir au nominalisme qui fournit tout au plus un indice, il faut se demander si ce qui est nommé arbitrage mérite bien cette qualification parallèlement à la question de savoir si ce qui n'est pas nommé arbitrage pourrait valablement être qualifié tel (en se demandant aussi quelles conséquences il faut tirer du fait que cela n'ait pas été nommé tel). La dernière question est évidemment la plus importante et la plus intéressante et c'est sur elle qu'il faut concentrer l'attention mais elle est, au moins en partie,

15 H. Ruiz Fabri, « Le contentieux de l'exécution dans le règlement des différends de l'O.M.C. », *Journal du droit international*, 2000, p. 605-645.

indissociable de l'analyse d'un des types d'arbitrage proposés par le Mémorandum, celui de l'article 25, à côté de celle des autres arbitrages susmentionnés.

En définitive, une réponse tranchée à la question formulée est impossible. Le fait que le mécanisme incorpore des possibilités de recours à l'arbitrage¹⁶ fait obstacle à une réponse purement négative. Sous réserve de vérifier que ce qui est qualifié d'arbitrage mérite bien cette qualification, il s'avère théoriquement possible qu'un différend à l'OMC soit entièrement réglé par voie d'arbitrage. Mais la pratique ne confirmant guère l'usage de cette voie, on ne pourra conclure par l'affirmative que si la procédure principalement utilisée peut recevoir la qualification d'arbitrage, ce qui ne semble pas approprié, sauf à distendre cette dernière catégorie à l'extrême (tout en se demandant si la tendance actuelle n'est pas à cette distension, que le règlement des différends de l'OMC viendrait alors, d'une certaine manière, confirmer). Si donc le règlement des différends de l'OMC fait place à l'arbitrage, il n'est pas pour autant, globalement, une forme d'arbitrage.

I. — LE REGLEMENT DES DIFFERENDS A L'OMC FAIT PLACE A L'ARBITRAGE

Il s'agit là de contempler ce que le MRD lui-même qualifie d'arbitrage et, après s'être interrogé sur la validité de cette qualification, d'évaluer ce qu'on peut en déduire en termes de incidences sur la qualification globale du règlement des différends de l'OMC comme forme d'arbitrage. On constatera ainsi que, si les possibilités de recours à l'arbitrage sont multiples (et, pour certaines, douteuses), elles sont cependant marginales pour le règlement des différends.

A. — *La multiplicité des arbitrages prévus par le droit de l'OMC*

Le MRD aménage trois possibilités de recours à ce qu'il qualifie d'arbitrage, qu'il convient de présenter brièvement.

1 - L'arbitrage de l'article 25

L'article 25 du Mémorandum, intitulé « Arbitrage », stipule :

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

¹⁶ L. Boisson de Chazournes, « L'arbitrage à l'OMC », *Re. arb.*, 2003, n° 3, p. 949-988.

2. Sauf disposition contraire du présent mémorandum d'accord, le recours à un arbitrage sera subordonné à l'accord mutuel des parties qui conviendront des procédures à suivre. 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.

3. D'autres Membres ne pourront devenir parties à une procédure d'arbitrage qu'avec l'accord des parties qui sont convenues d'avoir recours à l'arbitrage. Les parties à la procédure conviendront de se conformer à la décision arbitrale. 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.

4. Les articles 21 et 22 du présent mémorandum d'accord s'appliqueront *mutatis mutandis* aux décisions arbitrales ».

Tout en donnant un certain nombre d'indications, le texte est plutôt elliptique sur les conditions de mise en œuvre d'une procédure d'arbitrage et laisse, de ce fait, une assez large autonomie aux parties. Celle-ci est entière concernant le choix des arbitres – et donc la méthode pour l'opérer –, la procédure – aucune précision n'étant fournie, sous réserve du caractère « rapide » mais cela laisse une large marge d'appréciation pour mettre en œuvre une prescription dont on ne voit pas très bien au surplus comment elle pourrait être sanctionnée –, l'éventuelle présence de tiers et la définition de la question soumise à arbitrage – qui doit certes être clairement définie mais, sauf à considérer que cela implique une question de portée limitée, ce qui n'est qu'une interprétation qui ne va pas nécessairement de soi, cette prescription de clarté va non seulement dans le sens de l'intérêt des parties, mais ne représente pas une véritable contrainte. Elle a en effet toutes les chances de résulter spontanément de l'effet du corollaire de l'autonomie des parties, qui est l'exigence d'une volonté commune dans toutes ces actions, sans aucune contrainte pour éviter les blocages qui pourraient survenir.

Présenté comme un moyen alternatif, cet arbitrage s'écarte de toutes les autres procédures que prévoit le Mémorandum par le fait qu'il ne peut être actionné unilatéralement. Il s'agit donc d'un arbitrage facultatif, auquel le recours est décidé concernant un litige déjà né. Sur tous les points évoqués, l'autonomie des parties s'avère plus grande que celle dont jouissent les parties dans nombre de procédures d'arbitrage offertes dans des cadres institutionnels. C'est sans doute à relier au fait qu'il existe des procédures alternatives qui garantissent que le litige ne pourra rester sans solution. Il existe néanmoins quelques contraintes liées au caractère institutionnel de cet arbitrage, telles l'obligation d'informer les autres membres de l'OMC de la procédure avant son lancement et celle de notifier la décision à l'ORD et aux Conseils et Comités compétents chargés de la surveillance du ou des accords en question. L'exécution de celle-ci est en outre sujette à l'application des dispositions relatives à la mise en conformité, d'où on déduira que l'exécution de la sentence n'est pas laissée à la seule appréciation des parties. Si la décision est

obligatoire en elle-même et directement, sans requérir une adoption formelle par l'ORD, à la différence des rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel, les autres membres de l'OMC ont néanmoins la possibilité d'en débattre. Cela induit l'existence d'un intérêt multilatéral au contenu de la décision, aspect que l'on peut relier à la question du droit applicable. L'article 25 est muet à ce propos mais on ne saurait en déduire que les parties en ont le libre choix. L'arbitrage fonctionne en effet dans le cadre du Mémoire et lui sont donc applicables les prescriptions de l'article 3, en particulier les alinéas 2 et surtout 5. Le premier stipule 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 ». Le second dit expressément que : « Toutes les solutions apportées aux questions soulevées formellement au titre des dispositions des accords visés relatives aux consultations et au règlement des différends, y compris les décisions arbitrales, seront compatibles avec ces accords et n'annuleront ni ne compromettent des avantages résultant pour tout Membre desdits accords, ni n'entraveront la réalisation de l'un de leurs objectifs »¹⁷. S'il est donc clair que le droit applicable est celui de l'OMC, il est également confirmé qu'il s'agit de rendre une décision fondée en droit.

2 - L'arbitrage de l'article 21 : 3 c

Cette procédure s'insère dans la phase de mise en conformité. Le Membre de l'OMC dont une mesure a été jugée incompatible avec le droit de l'organisation doit en principe la mettre en conformité immédiatement¹⁸ mais si c'est impossible, il peut solliciter un délai que le Mémoire qualifie de « raisonnable », à convenir en priorité avec le plaignant dans les 45 jours suivants l'adoption de la décision par l'ORD¹⁹. Faute d'accord à l'issue de cette période, le délai est « déterminé par arbitrage contraignant dans les 90 jours suivant la date d'adoption des recommandations et décisions », une note de bas de page précisant que « Si les parties ne parviennent pas à s'entendre sur le choix d'un arbitre dans un délai de 10 jours après que la question aura été soumise à arbitrage, le Directeur général désignera l'arbitre dans les 10 jours, après avoir consulté les parties ». Le texte ne précise pas comment la procédure d'arbitrage est actionnée, mais la prévision d'un délai à l'issue duquel elle est de droit conduit à la conclusion logique qu'un accord mutuel des parties n'est pas requis. On comprend bien que cette procédure existe avant tout pour protéger le plaignant initial contre tout comportement dilatoire du défendeur et, en pratique, c'est le plus souvent par le plaignant initial

¹⁷ Souligné par nous.

¹⁸ Article 21 : 1 du Mémoire.

¹⁹ P. Monnier, « The time to comply with an adverse WTO ruling – promptness within reason », *JWT* 2001/5, p. 825-845.

que l'arbitrage est demandé. Il existe néanmoins des cas où le défendeur peut également y trouver intérêt, pour tenter d'obtenir un délai que le plaignant lui refuse²⁰ et un recours d'un commun accord n'est évidemment pas exclu²¹. Mais il s'agit juridiquement bien d'un arbitrage obligatoire, dont la demande est adressée au Président de l'ORD²². En outre, si les parties ont le choix de l'arbitre, le Mémoire précisant dans une note de bas de page que « Le terme "arbitre" s'entendra soit d'une personne, soit d'un groupe »²³, c'est sans possibilité de blocage. Rien n'est dit sur le choix de la procédure, qui n'est donc pas remis explicitement aux parties et, de fait, en pratique, c'est l'arbitre qui détermine le calendrier de travail, en fixant les dates pour la remise (simultanée) des mémoires des parties et pour l'audience. La décision, communiquée aux parties quelques heures avant sa publication sur le site internet de l'organisation, est directement obligatoire sans avoir à être adoptée par l'ORD et sans d'ailleurs ni être inscrite sur son agenda, ni pouvoir faire l'objet d'un débat. Quant au droit applicable, la question s'avère ambiguë. La mission de l'arbitre est limitée à la fixation d'un délai exprimé en mois, semaines, voire jours. La seule prescription, qui figure dans le Mémoire, est celle selon laquelle « l'arbitre devrait partir du principe que le délai raisonnable pour la mise en œuvre des recommandations du groupe spécial ou de l'Organe d'appel ne devrait pas dépasser 15 mois à compter de la date d'adoption du rapport du groupe spécial ou de l'Organe d'appel. Toutefois, ce délai pourrait être plus court ou plus long, en fonction des circonstances ». Le débat s'organise autour de la prétention du Membre en charge de l'exécution qui a la charge de la preuve concernant la nécessité du délai de mise en conformité qu'il réclame, nécessité que l'autre partie conteste. L'arbitrage prend en compte les contraintes, en particulier techniques, qui pèsent sur l'exécution, le membre concerné devant notamment pouvoir respecter les exigences procédurales de son droit interne, sans être tenu de mettre en œuvre une procédure exceptionnelle. Le contrôle n'en est pas moins intrusif s'agissant du fonctionnement du système juridique et constitutionnel interne des membres concernés, qui peut faire l'objet de discussions approfondies.

3 - L'arbitrage de l'article 22 : 6

20 Ainsi, c'est la Communauté européenne elle-même qui a suscité l'arbitrage dans l'affaire de la *Viande aux hormones* avec l'objectif évident d'obtenir un temps que les États-Unis et le Canada n'étaient pas prêts à lui concéder. *Communautés européennes – Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (Hormones)* ayant donné lieu à un arbitrage du 29 mai 1998 (WT/DS26/15, WT/DS48/13).

21 *Chili – Taxes sur les boissons alcooliques*, ayant donné lieu à un arbitrage au titre de l'article 21 : 3 c) du 23 mai 2000 (WT/DS87/15, WT/DS110/14).

22 OMC, *Guide sur le règlement des différends de l'OMC*, Ed. Yvon Blais, 2004, p. 99.

23 En pratique, il s'agit toujours d'une personne, en général un membre ou un ancien membre de l'Organe d'appel. La pratique initiale consistant même à nommer un des membres de la section de l'Organe d'appel qui avait éventuellement jugé l'affaire a cependant été abandonnée.

Si, à l'issue du délai imparti pour l'exécution, la mise en conformité n'est pas acquise, le ou les plaignants peuvent décider de prendre des contre-mesures, sous forme de suspension de concessions ou d'autres avantages commerciaux, mais il leur faut obtenir une autorisation de l'ORD conditionnée à la proportionnalité des contre-mesures avec le préjudice qui continue d'être subi²⁴. Le destinataire des sanctions qui douterait de l'adéquation du montant envisagé peut alors actionner une procédure d'arbitrage destinée à la vérifier, l'autorisation de sanctions (prise par consensus négatif, donc automatique) ne pouvant intervenir avant son issue. Il s'agit donc d'une procédure qui ne peut être actionnée que par le défendeur à la procédure initiale. L'article 22 : 6 précise que « cet arbitrage sera assuré par le groupe spécial initial, si les membres sont disponibles, ou par un arbitre désigné par le Directeur général, et sera mené à bien dans les 60 jours suivant la date à laquelle le délai raisonnable sera venu à expiration ». Une note de bas de page précise, comme pour l'article 21 : 3 c), que « le terme "arbitre" s'entend soit d'une personne, soit d'un groupe »²⁵. Les parties n'ont donc pas le choix des arbitres. Elles n'ont pas non plus vraiment celui de la procédure, qui obéit à un calendrier fixé par les arbitres. Quant à la question posée aux arbitres, elle est, comme pour l'arbitrage de l'article 21 : 3 c), toujours la même. Il s'agit de contester le niveau de suspension de concessions ou d'avantages commerciaux envisagé par le plaignant initial et l'article 22 : 7 précise que « L'arbitre, agissant en vertu du paragraphe 6, n'examinera pas la nature des concessions ou des autres obligations à suspendre, mais déterminera si le niveau de ladite suspension est équivalent au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages. L'arbitre pourra aussi déterminer si la suspension de concessions ou d'autres obligations proposée est autorisée en vertu de l'accord visé ». Mais la même disposition ajoute que, « si la question soumise à arbitrage comprend l'affirmation selon laquelle les principes et procédures énoncés au paragraphe 3 n'ont pas été suivis, l'arbitre examinera cette affirmation ». Cela signifie que l'arbitre peut vérifier le respect des prescriptions du Mémoire²⁶ selon

24 Il n'y a aucune idée de réparation, seulement de compensation du préjudice qui subsiste du fait de la non-mise en conformité.

25 En pratique, il s'agit d'un groupe de 3 comprenant les membres du groupe spécial initial disponibles.

26 Article 22 : 3 : « Lorsqu'elle examinera les concessions ou autres obligations à suspendre, la partie plaignante appliquera les principes et procédures ci-après :

a) le principe général est le suivant : la partie plaignante devrait d'abord chercher à suspendre des concessions ou d'autres obligations en ce qui concerne le(s) même(s) secteur(s) que celui (ceux) dans lequel (lesquels) le groupe spécial ou l'Organe d'appel a constaté une violation ou autre annulation ou réduction d'avantages ;

b) si cette partie considère qu'il n'est pas possible ou efficace de suspendre des concessions ou d'autres obligations en ce qui concerne le(s) même(s) secteur(s), elle pourra chercher à suspendre des concessions ou d'autres obligations dans d'autres secteurs au titre du même accord ;

c) si cette partie considère qu'il n'est pas possible ou efficace de suspendre des concessions ou d'autres obligations en ce qui concerne d'autres secteurs au titre du même accord, et que les

lesquelles la suspension ou le retrait de concession doit en priorité intervenir dans le même secteur de commerce et, seulement si c'est inefficace ou impossible, dans d'autres secteurs couverts par le même accord, ou en dernier ressort par un autre accord (contre-mesures croisées)²⁷. L'étendue de la question soumise peut donc varier. Mais les règles applicables sont clairement celles du Mémorandum et les parties n'ont sur ce point pas de marge de choix. L'article 22 : 7 ajoute encore que « les parties accepteront comme définitive la décision de l'arbitre et les parties concernées ne demanderont pas un second arbitrage ». Si le plaignant initial persiste dans sa volonté d'infliger des contre-mesures, il doit encore obtenir l'autorisation préalable de l'ORD. C'est pourquoi il est prévu que « 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 ». Mais il est clair que l'autorisation demandée ne peut concerner un niveau de contre-mesures excédant celui fixé par l'arbitre.

circunstances sont suffisamment graves, elle pourra chercher à suspendre des concessions ou d'autres obligations au titre d'un autre accord visé ;

d) dans l'application des principes ci-dessus, cette partie tiendra compte des éléments suivants :

- i) le commerce dans le secteur ou dans le cadre de l'accord au titre duquel le groupe spécial ou l'Organe d'appel a constaté une violation ou autre annulation ou réduction d'avantages, et l'importance de ce commerce pour cette partie ;
 - ii) les éléments économiques plus généraux se rapportant à l'annulation ou à la réduction d'avantages et les conséquences économiques plus générales de la suspension de concessions ou d'autres obligations ;
- e) si cette partie décide de demander l'autorisation de suspendre des concessions ou d'autres obligations conformément aux alinéas b) ou c), elle en indiquera les raisons dans sa demande. En même temps que la demande sera transmise à l'ORD, elle sera aussi communiquée aux Conseils compétents et aussi, dans le cas d'une demande relevant de l'alinéa b), aux organes sectoriels compétents ;
- f) aux fins du présent paragraphe, le terme "secteur" désigne :
- i) pour ce qui est des marchandises, toutes les marchandises ;
 - ii) pour ce qui est des services, un secteur principal recensé dans la "Classification sectorielle des services", qui recense ces secteurs
 - iii) pour ce qui est des aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, chacune des catégories de droits de propriété intellectuelle visées dans la section 1, 2, 3, 4, 5, 6 ou 7 de la Partie II, ou les obligations résultant de la Partie III ou de la Partie IV de l'Accord sur les ADPIC ;
- g) aux fins du présent paragraphe, le terme "accord" désigne :
- i) pour ce qui est des marchandises, les accords figurant à l'Annexe 1A de l'Accord sur l'OMC pris dans leur ensemble ainsi que les Accords commerciaux plurilatéraux dans la mesure où les parties au différend concernées sont parties à ces accords ;
 - ii) pour ce qui est des services, l'AGCS ;
 - iii) pour ce qui est des droits de propriété intellectuelle, l'Accord sur les ADPIC.

²⁷ Il y a 21 secteurs répartis entre 3 accords : marchandises (1 secteur), services (11 secteurs), propriété intellectuelle (9 secteurs). Il existe des dispositions spécifiques dans l'Accord sur les subventions.

À vrai dire, si la qualification juridique de la procédure de l'article 25 comme arbitrage ne suscite guère de difficulté, elle est moins évidente dans les deux autres cas. Dans les trois hypothèses, l'aspect institutionnel est accentué par le fait que les Règles de conduite relatives au Mémoire sur les règles et procédures relatives au règlement des différends²⁸ adoptées par l'ORD sont également applicables aux arbitres. Mais, dans le cas des arbitrages liés à la mise en conformité, on peut se demander si des modes de règlement dans lesquels les parties n'ont de prise ni sur la procédure applicable, ni sur le droit applicable, ni sur l'objet de la question posée, tout au plus dans le seul cas de l'article 21 : 3 c), sur le choix des arbitres, peuvent être valablement qualifiés d'arbitrages. Le choix de cette qualification, qui fait partie du droit positif puisqu'elle figure dans un texte en vigueur, répond sans doute moins à un souci de rigueur juridique qu'à la volonté de distinguer nominalement ces procédures d'autres figurant dans le Mémoire. Car, finalement, la seule véritable caractéristique commune des trois types d'arbitrage mentionnés dans le Mémoire est de déboucher sur une décision directement obligatoire pour les parties sans requérir une adoption par l'ORD. Et c'est cela seul qui, dans deux des cas, peut expliquer la qualification.

Mais, même si l'on décidait de s'en tenir au mot, il faut alors envisager l'incidence de l'existence de ces multiples arbitrages sur la qualification globale du Mécanisme de règlement des différends de l'OMC. Là, c'est un constat de marginalité que l'on opérera.

B. – *La marginalité des arbitrages prévus par le droit de l'OMC*

Dans tous les cas, les arbitrages prévus par le Mémoire s'avèrent marginaux, même si ce n'est pas pour les mêmes raisons. Alors que cela tient principalement à l'usage qui en est fait concernant l'arbitrage de l'article 25, c'est plutôt lié à leur fonction dans le règlement global des différends concernant les arbitrages des articles 21 : 3 c) et 22 :6).

1 - **L'usage marginal de l'arbitrage de l'article 25**

Le constat est simple : il n'y a eu jusqu'à présent – en presque quinze ans – qu'un seul arbitrage de l'article 25, au surplus dans des conditions particulières. Certes, on ne pouvait s'attendre à ce que l'article 25, qui entérine une option nouvelle introduite par une Décision des Parties Contractantes du GATT (Amélioration des règles et procédures de règlement des différends du GATT) du 12 avril 1989²⁹, option nouvelle qui n'avait alors pas fait l'objet d'une

28 Décision adoptée le 11 décembre 1996 (WT/DSB/RC/1). Ces règles de conduite étendent aux membres de groupes spéciaux l'interdiction de participer au règlement d'un différend qui créerait un conflit d'intérêt et aménagent une procédure de garantie et de vérification de la situation et une procédure de « répudiation » des experts ne satisfaisant pas les conditions posées.

29 L/6489, *GATT IBDD*, 36^e supplément, p. 64.

utilisation effective, soit fréquemment utilisé. D'ailleurs, le texte lui-même suggère une certaine marginalité en parlant d'un « *autre* moyen de règlement des différends qui peut *faciliter* le règlement de *certain*s différends » (italiques ajoutés). L'arbitrage n'est donc qu'une alternative à un mode de règlement – celui par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel – qui n'est lui-même, juridiquement, que subsidiaire³⁰. Cette approche relativement restrictive se comprend bien si l'on se reporte aux travaux préparatoires du texte³¹, mais, vu la flexibilité de l'article 25, rien n'empêchait vraiment que les membres de l'OMC en fassent un usage intensif. Rien, sauf que la liberté qui leur est consentie a pour contrepartie l'obligation d'un minimum d'accord qui n'est pas nécessaire pour actionner l'autre procédure, laquelle est non seulement irrésistible mais a été enrichie d'un double degré de juridiction initialement conçu comme devant protéger les litigants contre d'éventuels « errements » des groupes spéciaux. Quels avantages un membre de l'OMC peut-il trouver à négocier les termes d'une action qu'il peut déclencher seul, sauf à espérer une solution qui s'écarterait de la jurisprudence existant par ailleurs, étant entendu que le droit applicable est le même et que s'appliquent les prescriptions de l'article 3 du Mémoire mentionnées plus haut ? Certes, la décision n'aurait pas à être adoptée par l'ORD mais on sait que cette adoption est de toutes façons automatique et que l'essentiel réside dans le débat auquel elle donne lieu. Or, les décisions arbitrales de l'article 25 peuvent également être discutées par les autres membres de l'OMC. La pratique n'a donc fait que suivre, et confirmer, la pente naturelle du texte, montrant son réalisme.

Mais elle l'a fait d'une manière un peu paradoxale. On aurait en effet tendance à penser, en première analyse, que l'arbitrage de l'article 25 a été conçu comme une alternative au processus juridictionnel faisant intervenir un groupe spécial et l'Organe d'appel pour le jugement en phase initiale, impression confortée par la déclaration d'applicabilité aux décisions arbitrales des articles 21 et 22 du Mémoire qui concernent la phase de mise en conformité. Mais l'absence de précision du texte laisse place pour une interprétation plus large, qu'a confirmée la pratique, puisqu'un arbitrage de l'article 25 a pu prendre place au stade de la phase de mise en conformité. L'affaire *États-Unis – Article 110 5) de la loi sur le droit d'auteur* avait en effet fait l'objet d'un rapport de groupe spécial et c'est après l'adoption de celui-ci que les parties ont décidé de recourir à l'arbitrage pour déterminer le niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages résultant de la violation établie dans le rapport du groupe spécial, en pratique le niveau de droits d'auteur dont les États-Unis devraient s'acquitter à l'égard de la Communauté européenne³². Les parties ayant choisi de composer l'instance arbitrale avec les membres du groupe spécial initial, leur recours à l'arbitrage se comprend essentiellement

30 H. Ruiz Fabri, « Le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », *Journal du droit international*, 1997, p. 709-755.

31 V. MTN.GNG/NG13/W/20, 22 fév. 1988 ainsi que les autres documents accessibles à <http://www.worldtradelaw.net/history/urdsu/urdsu.htm>.

32 WT/DS160/R, rapport du 15 juin 2000.

dans l'esprit d'échapper à la phase de mise en conformité ordinaire, étant entendu que les parties avaient convenu que « les principes juridiques établis lors de précédentes procédures d'arbitrage au titre de l'article 22 du Mémoire d'accord, comme l'attribution de la charge de la preuve entre les parties, s'appliqu[ai]ent au présent arbitrage »³³. Mais la Communauté européenne ayant été « déçue »³⁴ des résultats de l'arbitrage³⁵, lorsqu'il s'est avéré que les États-Unis n'avaient pas exécuté la décision dans le délai qui leur était imparti, c'est vers la procédure « ordinaire » qu'elle est revenue en demandant l'autorisation de prendre des contre-mesures. C'est alors un arbitrage de l'article 22 : 6 qui a été suscité³⁶, procédure ensuite suspendue lorsque les parties sont parvenues à un arrangement amiable fixant un niveau de droits d'auteur à régler par les États-Unis presque trois fois supérieur à celui fixé par l'arbitrage de l'article 25³⁷. À tout le moins, il y a matière à s'interroger sur le respect de la force obligatoire de la décision arbitrale au titre de l'article 25.

Certes, en un sens, ce recours à l'article 25 pouvait être un signe de l'élargissement du périmètre dévolu à l'arbitrage. Mais il faut bien reconnaître que cela n'a guère été convaincant, bien au contraire. Cette pratique biaisée a sans doute plutôt contribué à diminuer l'intérêt de l'arbitrage de l'article 25. Si bien qu'au total, le seul vrai arbitrage qu'offre le système de règlement des différends de l'OMC n'y joue aucun rôle. L'appréciation est proche pour les autres arbitrages mais pour d'autres raisons.

2 - La fonction marginale des arbitrages de la mise en conformité

L'affirmation peut sembler sévère et inadéquate dans la mesure où le recours aux arbitrages des articles 21 : 3 et 22 :6 est relativement fréquent et où seule une approche dogmatique empêchera de voir l'importance des questions d'effectivité et donc d'une mise en œuvre réelle des décisions de justice. Il faut dès lors en préciser la perspective. Incontestablement, l'aide à la mise en conformité, y compris sous la forme contraignante d'arbitrages, concourt au règlement effectif des différends. Mais elle se situe à la marge de ce règlement au sens où elle n'y concourt pas au fond. Les arbitrages visés règlent certes des différends, c'est-à-dire des désaccords sur des points de fait ou de droit, mais il

33 *États-Unis - Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur - Recours à l'arbitrage au titre de l'article 25 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS160/15, 3 août 2001.

34 Selon son propre terme, lors du débat relatif à l'arbitrage au sein de l'ORD. V. Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 21 novembre 2001, WT/DSB/M/113, 17 décembre 2001, §§ 31-32.

35 *États-Unis - Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur - Recours à l'arbitrage au titre de l'article 25 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS160/ARB25/1, 9 nov. 2001.

36 Et les mêmes personnes que pour le groupe spécial initial et pour l'arbitrage de l'article 25 avaient été désignées pour rendre l'arbitrage de l'article 22 : 6.

37 WT/DS160/23, 26 juin 2003.

s'agit de litiges connexes au règlement du litige principal et qui se situent à sa marge.

D'un point de vue juridique, la solution d'un différend commercial résulte de la décision de phase initiale et les arbitrages de la phase de mise en conformité n'en affectent pas la substance, à laquelle ils ne touchent pas. L'affirmation peut sans doute être nuancée, concernant en particulier l'arbitrage de l'article 22 : 6, dans la mesure où la fixation du niveau d'annulation ou de réduction des avantages, pour être réputée économique, peut requérir une interprétation des conclusions d'incompatibilité. Et l'on sait que toute interprétation peut produire des infléchissements. Mais on sait aussi que c'est pour l'éviter autant que faire se peut et pour assurer une certaine continuité que la tâche d'arbitrage est dévolue, en priorité, aux membres du groupe spécial initial.

En somme, le seul arbitrage qui mérite cette qualification et qui peut concourir au règlement des différends de l'OMC au sens substantiel, celui de l'article 25, parce qu'il peut prendre place en phase initiale, n'y joue aucun rôle, tandis que les autres procédures, dont la qualification comme arbitrage peut de toutes façons être mise en question, ne font que concourir à l'effectivité d'un règlement défini par d'autres voies. On le voit donc, malgré la mention dans le Mémoire de multiples types d'arbitrage, il est difficile de conclure, à ce stade de l'analyse, que le règlement des différends de l'OMC serait une forme d'arbitrage. L'hypothèse ne pourrait être validée que si la procédure principale de règlement des différends commerciaux s'avérait pouvoir recevoir une telle qualification, ce dont on peut douter.

II. — LE REGLEMENT DES DIFFERENDS DE L'OMC N'EST GÉNÉRALEMENT PAS UNE FORME D'ARBITRAGE

Les éventuelles hésitations que l'on pourrait avoir quant à la possibilité de qualifier d'arbitrage la principale procédure de règlement utilisée à l'OMC ne résistent pas longtemps à l'analyse, étant entendu qu'il faut tenir compte du facteur de complexité que constitue l'existence d'un double degré de juridiction. La présence d'éléments d'arbitralisation n'est incontestablement pas suffisante pour conclure globalement. Elle est néanmoins réelle, une perspective plus fine montrant qu'elle concerne essentiellement, voire exclusivement, la première instance tandis que la deuxième instance n'est pas affectée et présente un profil nettement judiciaire. Au-delà, et si l'on veut bien considérer comme le plus déterminant le critère de distinction entre arbitrage et règlement judiciaire proposé en introduction, celui de la fonction en quelque sorte systémique de « police juridique », le mécanisme se rapproche alors bien plus nettement du règlement judiciaire que de l'arbitrage.

A. — *La présence réelle mais insuffisante d'éléments d'arbitralisation*

Si l'on s'en tient, comme critère, et sans en questionner la validité scientifique, à la trilogie classique « choix des arbitres – choix de la procédure – choix du droit applicable » qui permet au moins de se faire une première idée, force est de constater que la présence d'éléments d'arbitralisation est peu importante et de portée limitée, le fonctionnement du mécanisme ayant encore concouru à réduire cette portée.

1 - Le droit applicable

La question du choix du droit applicable est vite réglée. Quel que soit le niveau de jugement, les parties ne l'ont pas. L'article 3 : 4 du Mémoire indique clairement que les différends doivent être réglés « conformément aux droits et obligations résultant du présent mémorandum d'accord et des accords visés », c'est-à-dire le droit de l'OMC, en obtenant « le retrait des mesures en cause, s'il est constaté qu'elles sont incompatibles avec les dispositions de l'un des accords visés »³⁸. Le fait que l'Organe d'appel ait une approche ouverte fondée sur le refus de « l'isolement clinique »³⁹ du droit de l'OMC par rapport au reste du droit international et que le droit appliqué ne soit pas exclusivement celui de l'OMC ne change rien au constat que les parties ne choisissent pas le droit applicable. Même s'il est courant de relever qu'en matière d'arbitrage, les parties n'ont en définitive pas une telle marge de choix concernant le droit applicable, on est, avec le règlement des différends de l'OMC, dans un autre registre puisque l'idée de choix n'existe même pas.

2 - La procédure

Les parties n'ont, à proprement parler, pas non plus le choix de la procédure, tout au plus un pouvoir de proposition. Le Mémoire prévoit quelques règles de procédure. Son article 12 (procédure applicable devant les groupes spéciaux) est complété par l'Appendice 3 relatif au calendrier de la procédure⁴⁰ mais dont le groupe spécial peut, en accord avec les parties,

38 Article 3.7.

39 V. États-Unis – *Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, WT/DS2, p. 17 ; G. Marceau, "A Call For Coherence in International Law – Praises for the Prohibition Against 'Clinical Isolation' in WTO Dispute Settlement", *J.W.T.*, 1999/5, p. 87.

40 Calendrier proposé pour le travail du groupe spécial :

- a) Réception des premiers exposés écrits des parties : partie plaignante (3-6 semaines) ; partie mise en cause (2-3 semaines)
- b) Date, heure et lieu de la première réunion de fond avec les parties ; séance avec les tierces parties : 1-2 semaines
- c) Réception des réfutations écrites des parties : 2-3 semaines
- d) Date, heure et lieu de la deuxième réunion de fond avec les parties : 1-2 semaines
- e) Remise de la partie descriptive du rapport aux parties : 2-4 semaines
- f) Réception des observations des parties sur la partie descriptive du rapport : 2 semaines
- g) Remise aux parties du rapport intérimaire, y compris les constatations et conclusions : 2-4 semaines
- h) Délai dont la partie dispose pour demander un réexamen d'une ou plusieurs parties du rapport : 1 semaine

s'écarter. Il a le pouvoir de régler sa propre procédure dans les limites fixées par le Mémorandum, l'usage étant que chaque groupe spécial fixe ses « procédures de travail » au début de ses travaux⁴¹. Il peut en outre prendre des décisions *ad hoc* chaque fois qu'une question procédurale non réglée est soulevée. Ces décisions, rappelées dans le rapport final, sont, en tant que questions de droit, susceptibles d'appel. Quant à l'Organe d'appel, il est doté d'un règlement de procédure permanent que le Mémorandum (article 17 : 9) le charge d'élaborer lui-même⁴², ce qui est courant pour les juridictions internationales permanentes. Comme les groupes spéciaux, l'Organe d'appel peut en outre prendre des décisions procédurales *ad hoc*.

Le pouvoir du groupe spécial de régler sa procédure est considéré comme discrétionnaire par l'Organe d'appel qui se borne à contrôler qu'il n'en a pas été fait un usage abusif. Les décisions procédurales sont certes des « décisions interlocutoires »⁴³ et le pouvoir du groupe spécial doit être exercé « dans le respect des droits de la défense »⁴⁴ ou « en consultation avec les parties »⁴⁵, mais le fait que les parties soient d'accord sur une règle de procédure n'oblige pas le groupe spécial, ni l'Organe d'appel lui-même, à l'adopter. Ce refus d'une sorte de bilatéralisation de la procédure, qui est à rebours de la logique de l'arbitrage, répond à la double nécessité d'offrir des garanties de procédure à des justiciables sourcilleux tout en évitant une dérive procédurière qui compromettrait l'efficacité du mécanisme⁴⁶, en se rappelant alors que celui-ci est enfermé dans des délais stricts qui s'imposent aux juges comme aux parties. Certes, ces délais ne sont pas toujours bien respectés en première instance mais cela n'induit pas un quelconque pouvoir juridique des parties. De même, celles-ci ne peuvent s'opposer à la présence de tierces parties, dont le statut procédural est réglé par le Mémorandum. En définitive, seule la confidentialité de la procédure s'écarte nettement du règlement judiciaire pour rapprocher le mécanisme de l'arbitrage. Mais, d'une part, elle ne s'étend pas à la décision qui est toujours rendue publique et qui est adoptée par l'ORD après un éventuel

i) Période prévue pour le réexamen par le groupe spécial, y compris éventuellement réunion supplémentaire avec les parties : 2 semaines

j) Remise du rapport final aux parties au différend : 2 semaines

k) Distribution du rapport final aux Membres : 3 semaines.

41 P. Monnier, "Working procedures before panels, the Appellate Body and other adjudicating bodies of the WTO", in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals: A Practitioner's Review*, Kluwer, 2002, vol. 1, p. 481.

42 Procédures de travail pour l'examen en appel, adoptées le 15 fév. 1996, modifiées à huit reprises depuis, et dont une version intégrée, datant du 4 janv. 2005, est accessible sous la cote WT/AB/WP/5.

43 *Canada – Mesures visant l'exportation des aéronefs civils* (WT/DS70/AB/R). Rapport d'appel du 2 août 1999, § 195.

44 Dans l'affaire *Communautés européennes – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones)* (WT/DS26, DS48). Rapport d'appel du 16 janv. 1998.

45 Rapport *Hormones*, précité, § 148 et 152, note 138.

46 La procédure doit offrir « une flexibilité suffisante pour que les rapports des groupes soient de haute qualité, sans toutefois retarder indûment les travaux des groupes » (article 12 : 2).

débat auquel tous les membres de l'ORD peuvent prendre part. D'autre part, il devient de plus en plus courant, depuis trois ans, d'ouvrir tout ou partie des audiences au public, en réponse aux critiques d'absence de transparence adressée à l'ensemble de l'organisation et comme un des moyens de réduire la méfiance qu'elle suscite dans les opinions publiques, non seulement quant à ses objectifs mais aussi quant aux moyens qu'elle utilise pour les atteindre. C'est à ce dernier titre que le règlement des différends est notamment concerné, la question ayant alors surtout à voir avec la légitimité. Enfin, on mentionnera qu'il existe, dans le cadre du processus de réexamen du Mémoire en cours depuis dix ans, des propositions pour doter la première instance d'un règlement de procédure permanent, ce qui accroîtrait encore la mise à distance des parties.

3 - La composition de l'organe de jugement

En définitive, l'aspect le plus nettement arbitral concerne le choix des membres de l'organe de jugement mais il est également à relativiser. En effet, seule la première instance est justiciable d'une analyse « arbitrale », la deuxième instance relevant de l'Organe d'appel, organe permanent composé de sept membres, nommés pour un mandat de quatre ans renouvelable une fois et qui doivent être représentatifs des membres de l'OMC, particulièrement qualifiés, dépourvus de toute attache avec une administration nationale, disponibles à tout moment et au courant des activités de l'OMC. Les affaires y sont examinées par une section de trois membres désignés selon un système de roulement aléatoire qui ne fait à aucun moment intervenir les parties et les délais dans lesquels un appel peut être introduit ne laissent guère place, sans les exclure totalement, à des calculs raffinés pour essayer d'obtenir telle composition plutôt que telle autre. Il ne s'agirait en toute hypothèse pas d'un système où les parties choisissent juridiquement et à proprement parler la composition de l'organe de jugement. En revanche, les groupes spéciaux sont bien des organes *ad hoc*, composés de trois à cinq membres (en pratique, toujours trois, ce qui correspond au modèle commun de l'arbitrage). La composition doit en être déterminée par les parties, ce qui rapproche cette première instance de la configuration d'un arbitrage, mais fortement institutionnalisé puisque c'est le Secrétariat de l'OMC qui propose une composition sur la base d'une liste et qui fournit aussi le secrétariat du groupe spécial ainsi que l'appui logistique, si bien qu'il a un pouvoir d'orientation important si l'on tient compte du fait qu'il a la mémoire de l'institution, contrairement aux juges « passagers » que sont les membres des groupes spéciaux. Ceux-ci doivent être choisis « de façon à assurer l'indépendance des membres, la diversité des origines, des formations et des expériences »⁴⁷, doivent être « très qualifiés » et ne peuvent avoir la nationalité d'une partie au différend. En cas d'absence d'accord des parties dans un délai préfixé, c'est le Directeur général de l'OMC qui procède au choix.

⁴⁷ Article 8 : 2 du Mémoire.

Certes, l'existence de techniques de désignation des arbitres qui permettent d'éviter les blocages est connue en matière d'arbitrage mais l'encadrement est ici particulièrement fort, d'autant que le choix des membres du groupe spécial est conditionné par le Mémoire, en termes de conditions de compétence et de nationalité. De plus, les membres des groupes spéciaux sont soumis, par le Mémoire, à un certain nombre d'obligations de comportement (confidentialité des pièces et délibérations⁴⁸, indépendance⁴⁹, impartialité⁵⁰), ainsi qu'aux « Règles de conduite relatives au Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends », adoptées en complément par l'ORD⁵¹ et selon lesquelles toutes les personnes appelées à participer au règlement des différends doivent notamment communiquer, via une « déclaration volontaire », un certain nombre de renseignements permettant d'apprécier si elles sont en mesure de respecter leurs obligations⁵², avec une procédure de récusation. Les éléments statutaires sont donc assez forts et il existe, dans le cadre du processus de réexamen auquel le règlement des différends de l'OMC est soumis, des propositions pour les renforcer, par exemple en limitant les possibilités de choix des membres de groupes spéciaux via l'établissement d'une liste composée d'un nombre limité d'experts, sans pour autant remettre pas en cause le principe même du choix par les parties.

En somme, à ce stade de l'analyse, la possibilité d'une qualification comme arbitrage ne semble guère acquise. Mais une investigation plus approfondie, fondée sur la fonction du mécanisme, n'est pas en mesure d'infléchir le diagnostic.

B. – *Le caractère déterminant de la fonction de « police juridique »*

La dilution progressive de la distinction entre arbitrage et règlement judiciaire fondée sur les critères envisagés plus haut conduit à s'intéresser à l'hypothèse d'une différence fonctionnelle dans les termes proposés en introduction, en particulier l'idée que l'arbitrage se limiterait au seul règlement des différends, là où le règlement judiciaire remplirait au surplus une fonction de « police juridique ». Une idée proche consiste parfois à envisager que l'arbitrage se limiterait à régler des conflits d'intérêts là où le règlement judiciaire pourrait au surplus traiter de conflits de valeurs. Quelle que soit la manière de formuler l'hypothèse, elle conduit à envisager que le mécanisme accomplit une fonction qui dépasse le règlement strict de chaque différend. De

48. Article 14.1 (groupes spéciaux), 17.10 (Organe d'appel), 18.2 (communications des parties).

49 Article 8.2 et 8.9, article 17.3.

50 Article 11.

51 Décision adoptée par l'ORD le 11 déc. 1996 (WT/DSB/RC/1).

52 Cela concerne les intérêts financiers, commerciaux, patrimoniaux ou professionnels, la participation à des groupes d'intérêt et les prises de position personnelles, l'emploi ou les intérêts familiaux, donc rien de bien original mais l'explicitation des obligations a le mérite de lever toute ambiguïté.

fait, tel est bien le cas. Un élément essentiel, à cet égard, a été l'instauration d'un double degré de juridiction. L'Organe d'appel, juridiction d'appel unique, s'est ainsi trouvé en position d'exercer un pouvoir d'unification et d'acquiescer le rôle d'une « cour suprême »⁵³. Mais la possibilité d'une qualification comme cour suprême ne vient pas seulement des prérogatives détenues mais aussi de la manière dont elles sont exercées. On pense notamment à un certain nombre de choix fondamentaux qui ont donné corps à une jurisprudence qui apparaît guidée par une téléologie, en partie assignée par le système et à laquelle il a été donné une ampleur peut-être insoupçonnée au départ.

1 - L'importance de l'instauration d'un double degré de juridiction

Selon les intentions initialement affichées, la mise en place, en 1995, de la phase d'appel était liée à la volonté de conjurer les effets de l'adoption automatique des rapports par l'ORD, en offrant aux Membres un dernier recours contre l'imposition d'une obligation juridique et, surtout, en permettant de redresser les erreurs flagrantes qu'aurait pu commettre un groupe spécial. Cela s'inscrivait donc plus dans une logique de méfiance vis-à-vis du juge que dans une logique de confiance, même si cela produisait davantage de juge. Ce paradoxe était surmonté par l'idée un peu naïve que l'appel serait exceptionnel mais nombre d'observateurs ont très tôt perçu que l'Organe d'appel aurait rapidement un rôle clé dans le système. De fait, parce qu'il est juridiction d'appel unique, qu'il est doté du pouvoir d'interprétation et mis, dès lors, en position d'exercer un pouvoir d'unification, l'Organe d'appel a acquis le rôle d'une « cour suprême »⁵⁴.

L'Organe d'appel a fait très tôt des choix très clairs en matière de méthode d'interprétation, en se fondant sur les règles de la Convention de Vienne sur le droit des traités qu'il a considérées, à l'instar d'autres juges internationaux, comme la codification des règles coutumières du droit international public que vise l'article 3 du Mémoire⁵⁵. Utilisant ainsi une méthodologie connue et compréhensible⁵⁶, l'Organe d'appel a non seulement facilité la lisibilité des solutions, puisque le raisonnement interprétatif devient d'autant plus facile à repérer qu'il suit un chemin bien tracé, mais, en montrant formellement que la même méthode est appliquée à toutes les dispositions interprétées, ce qui induit qu'elles sont toutes traitées de la même manière, il a renvoyé l'image d'une continuité et d'une cohérence. Chacun sait néanmoins fort bien que, même encadrée par une méthodologie très structurée, la marge de manœuvre

53 H. Ruiz Fabri, « Le Juge de l'OMC : ombres et lumières d'une figure judiciaire singulière », *RGDIP*, 2006, n° 1, p. 39-83.

54 Environ 70 % des rapports de groupes spéciaux ont jusqu'ici fait l'objet d'un appel.

55 Qui stipule que le système de règlement des différends a pour objet, entre autres, de « clarifier les dispositions existantes de ces accords conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public ».

56 Pour une analyse comparative, voir la thèse de V. Boré-Eveno, *L'Interprétation des traités par les juridictions internationales : étude comparative*, Université Paris I – Panthéon Sorbonne, 2004, multigraph.

de l'interprète est grande. Et, dans la mesure où l'Organe d'appel a été abondamment saisi, il a pu développer un pouvoir d'unification du droit.

L'unification du droit est une des fonctions qui peut être dévolue à l'appel, la perspective variant selon qu'il s'agit de rejuger la totalité de l'affaire ou de n'en rejuger que certains aspects, selon que l'appel permet de revoir les faits ou ne concerne que les questions de droit⁵⁷, selon que le juge d'appel peut seulement annuler la décision qu'il contrôle, et éventuellement renvoyer l'affaire vers une juridiction inférieure, ou peut lui substituer sa propre décision. S'agissant de l'Organe d'appel, il ne peut être saisi que des questions de droit, ce qui concentre nécessairement son attention sur les raisonnements et interprétations y afférents. La connexion se fait alors assez naturellement avec l'objectif global assigné au Mécanisme de règlement des différends par l'article 3.2 du Mémoire, de « clarifier » le droit existant. D'autre part, considérer que l'unification du droit est un des objectifs de l'appel est une idée qui s'impose d'autant plus facilement que, selon le Mémoire, « le système de règlement des différends de l'OMC est un élément essentiel pour assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral ». Cette sécurité et cette prévisibilité seront d'autant mieux garanties que la règle de droit sera la même pour tous, ce qui renvoie assez naturellement vers l'idée d'unité et correspond à une compréhension téléologique de la mission du juge d'appel. L'objectif de sécurité et de prévisibilité suppose cohérence et continuité. En outre, le Mémoire met en place un organe à la fois unique et permanent, ce qui porte logiquement en germe l'unité et la continuité des solutions et des réactions contre des solutions dispersées, contradictoires ou changeantes telles qu'issues des groupes spéciaux.

Le comportement de l'Organe d'appel a renforcé la tendance, par la conjugaison de plusieurs éléments. L'un d'eux est le choix de la collégialité. Les appels sont entendus par des sections de trois membres de l'Organe d'appel, au surplus composées par roulement, ce qui les prive de toute régularité, et il aurait pu en résulter une absence d'homogénéité des solutions. Mais ceci est compensé par la règle de la collégialité, inscrite dans le règlement de procédure de l'Organe d'appel, qui prévoit que la section en charge d'un appel doit avoir un échange de vues avec les autres membres de l'Organe d'appel avant d'achever son rapport, ce qui n'a pu que favoriser la cohérence et la continuité des solutions⁵⁸.

57 Dans cette dernière hypothèse, on préférera, dans certains systèmes de droit, parler de « cassation ». V. G. Sacerdoti, "Appeal and Judicial Review in International Arbitration and Adjudication: The Case of the WTO Appellate Review", in E.U. Petersmann (ed.), *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement*, Kluwer, 1997, p. 251. V. aussi Th. Cottier, M. Oesch, "The Paradox of Judicial Review in International Trade Regulation: Towards a Comprehensive Framework", in Th. Cottier, P. Mavroidis (ed.), *The Role of the Judge in International Regulation – Experience and Lessons for the WTO*, Michigan University Press, 2003, p. 287-306.

58 C.-D. Ehlermann, "Six years on the Bench of the 'World Trade Court'. Some personal experiences as Member of the Appellate Body of the WTO", *J.W.T.*, vol. 36, 2002, n° 4, p. 612.

Un autre élément favorisant la démarche d'unification de la part de l'Organe d'appel a été l'étendue de son contrôle. D'une part, il a saisi toutes les occasions qui lui étaient données de se prononcer. Or, non seulement, il a été beaucoup saisi mais il a également eu une conception extensive des hypothèses où il pouvait être saisi, puisqu'il a également admis de l'être dans le cadre des procédures de l'article 21.5 du Mémoire, *i.e.* au cours de la phase de mise en conformité⁵⁹. De manière générale, il s'est attaché à consolider l'appel comme un véritable droit et à en faciliter le bon déroulement, y compris d'un point de vue procédural, sachant très bien que la rectitude de la procédure ne peut que renforcer l'autorité des solutions. D'autre part, l'Organe d'appel a fait le choix d'un contrôle en profondeur, n'hésitant pas à rectifier les raisonnements juridiques des groupes spéciaux, même lorsqu'il en valide la conclusion. Nombre des rapports de l'Organe d'appel contiennent des développements à vocation nettement pédagogique, tant à destination des groupes spéciaux que des Membres de l'OMC. On sent qu'il s'agit de faire jurisprudence, ce qui correspond là encore à l'idée d'unité du droit et, à ce titre, l'effort de lisibilité des raisonnements, qui conditionne leur accessibilité et leur bonne diffusion, est important. Enfin, tout cet effort en faveur de l'unité du droit s'est prolongé sur le terrain de la procédure. Dans la mesure où l'appel peut également concerner des questions de procédure, l'Organe d'appel a saisi l'opportunité de promouvoir une conception uniforme du procès, conforme au surplus au standard du *due process*. C'est sur l'ensemble de ces bases, et dans ce cadre, qu'il a opéré un certain nombre de choix fondamentaux qui configurent une véritable jurisprudence axée sur l'équilibre du système au-delà du règlement des litiges particuliers.

2 - Le développement d'une jurisprudence axée sur l'équilibre du système

La continuité et la cohérence de la jurisprudence de l'Organe d'appel sont incontestables et permettent de parler d'une véritable « jurisprudence » comprise au minimum comme « les principes juridiques tels qu'ils ont été interprétés et appliqués de façon continue par la juridiction »⁶⁰. L'existence et l'objectif d'une jurisprudence ont d'ailleurs été affirmés par le juge lui-même⁶¹. Et il est remarquable de constater cette continuité alors même que la

59 H. Ruiz Fabri, « Le contentieux de l'exécution dans le règlement des différends de l'O.M.C. », *JDI*, 2000, p. 605-645.

60 E. Jouannet, « La notion de jurisprudence internationale en question », in SFDI, *La Juridictionnalisation du droit international*, Paris, Pedone, 2003, p. 354.

61 *États-Unis – Mesures antidumping finales visant l'acier inoxydable en provenance du Mexique*, WT/DS344/AB/R, Rapport du 30 avril 2008, § 161, où l'Organe d'appel considère que « Le fait que le Groupe spécial n'a pas suivi des rapports de l'Organe d'appel adoptés précédemment qui traitaient des mêmes questions compromet la constitution d'une jurisprudence cohérente et prévisible clarifiant les droits et les obligations des Membres au titre des accords visés ainsi qu'il est prévu par le Mémoire d'accord ».

composition de l'Organe d'appel a changé⁶². L'explication parfois proposée est l'existence d'une authentique politique judiciaire à laquelle les nouveaux membres ont pu s'identifier. L'institution est guidée par une logique qui dépasse les personnes et qui transparait dans un certain nombre de choix fondamentaux exprimant une politique judiciaire caractérisée par une double orientation.

Elle est, d'une part, orientée vers une banalisation du droit de l'OMC : celui-ci n'est pas isolé du reste du droit international et est d'ailleurs, comme ce dernier, interprété selon les règles coutumières codifiées dans la Convention de Vienne sur le droit des traités. Cette option marque en même temps un refus du « libéralisme embarqué » c'est-à-dire une interprétation du droit de l'OMC déterminée par l'objectif libéral du système. La politique judiciaire est, d'autre part, orientée vers un objectif d'équilibre non seulement à l'intérieur du système (la Charte de l'OMC est un ensemble complexe d'accords qu'il faut articuler entre eux) mais aussi par rapport aux préoccupations non exclusivement commerciales telles que la protection de l'environnement ou de la santé dans le cadre de différends où apparaissaient des conflits de valeurs. Certes, quel que soit le souci d'ouverture de l'Organe d'appel, il est tenu par la logique du droit qu'il doit appliquer mais il a néanmoins visiblement tenu compte du fait que ce droit, négocié dans un contexte très libéral, est amené à s'appliquer dans un contexte où la contestation d'un système tel que l'OMC s'est développée. Obligé de décider, comme l'est tout juge, il a de ce fait opéré des choix qui ont nécessairement une dimension politique et, en toute hypothèse, systémique, au-delà du règlement de litiges particuliers. Toutefois, quelle que soit la détermination dont il a fait preuve dans la mise en œuvre de sa politique jurisprudentielle, l'Organe d'appel est dans le même temps resté assez prudent, ce que l'on détecte notamment dans son souci de rester aussi casuistique que possible. Cela s'explique notamment par le risque de déséquilibre institutionnel résultant de la coexistence d'une branche politique en état chronique d'indécision, du fait de la règle du consensus (il suffit de rappeler le blocage récurrent des négociations commerciales internationales), et d'une branche « judiciaire » en position de force mais, de ce fait, toujours vulnérable à l'accusation de vouloir « gouverner », alors que le Mémoire précise expressément que « les recommandations et décisions de l'ORD ne peuvent pas accroître ou diminuer les droits et obligations énoncés dans les accords visés »⁶³. Si cela semble exclure tout rôle « créatif » des organes de jugement, cela n'a pas empêché l'Organe d'appel de donner corps à une véritable jurisprudence sur laquelle les groupes spéciaux s'alignent scrupuleusement, l'ensemble configurant un mécanisme de règlement bien plus proche du règlement judiciaire que de l'arbitrage.

62 S. Esserman, R. Howse, "The Appellate Body, the WTO Dispute Settlement System, and the Politics of Multilateralism", in *The WTO at Ten: The Contribution of the Dispute Settlement System*, Cambridge UP, 2006, p. 61-80.

63 Article 3.

helene.ruiz-fabri@univ-paris1.fr