



Année universitaire 2022-2023

Cours de M. Coulibaly
Professeur agrégé de droit public



LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS COMMERCIAUX INTERÉTATIQUES

Introduction générale

&

CHAPITRE I sur IV

► **Version « dense » (facultative) :**
lundi 28 novembre 2022

www.lex-publica.com

Table des matières

Première partie – La base conventionnelle de l'émergence des différends commerciaux interétatiques

<i>Introduction générale</i>	1
► CHAPITRE I – L'adhésion négociée à un cadre institutionnel <i>sui generis</i>	1
I – Les dérogations au droit commun des organisations internationales.....	1
A – La structuration organique et fonctionnelle	1
1 – Le principe de la non-délégation des pouvoirs	1
2 – La pratique des alliances et des réunions informelles.....	3
B – Le processus décisionnel.....	5
1 – Le principe du consensus positif ou négatif	5
2 – Le miroir de l'exigence ponctuelle d'une majorité simple ou qualifiée	6
II – La consécration non exclusive d'un droit spécifique	7
A – Les sources des normes primaires spécifiques de l'OMC	7
1 – Les accords commerciaux multilatéraux.....	7
2 – La vraie fausse mort du GATT	8
B – Les références sélectives au droit international général	9
1 – La place centrale des règles coutumières d'interprétation du droit international public.....	9
a – L'identification des règles d'interprétation.....	10
b – L'application des règles d'interprétation par les organes juridictionnels de l'OMC	12
2 – L'importance relative des autres emprunts au droit international général	15

Introduction générale



1945. L'Humanité émerge à peine des affres de la Seconde guerre mondiale.

Dans le préambule de la nouvelle organisation internationale qu'ils s'apprêtent à porter sur les fonts baptismaux, les « peuples des Nations Unies », dont Kelsen¹ fait remarquer à juste titre qu'ils ne pouvaient exister en tant que tels avant la ratification de la Charte, déclarent qu'ils sont résolus notamment

- « - à préserver les générations futures du fléau de la guerre qui deux fois en l'espace d'une vie humaine a infligé à l'humanité d'indicibles souffrances,
- à favoriser le progrès social et instaurer de meilleures conditions de vie dans une liberté plus grande,
- et à ces fins
- à recourir aux institutions internationales pour favoriser le progrès économique et social de tous les peuples [...] »

L'idée qu'un commerce social pacifique entre les peuples passe par un commerce des marchandises libéré de toutes entraves injustifiées apparaît à un petit nombre d'États comme une évidence... multilatérale.

À l'initiative des États-Unis, le Conseil économique et social des Nations Unies adopte en février 1946 une résolution appelant à la tenue d'une conférence en vue de la création d'une organisation internationale du commerce.

► Parallèlement, toujours à l'instigation des États-Unis, 15, puis 23 États engagent des pourparlers pour réduire et consolider leurs tarifs douaniers. Leurs efforts aboutissent à la signature, le 30 octobre 1947, et à l'entrée en vigueur, le 30 juin 1948, du GATT (**General Agreement on Tariffs and Trade** : Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce).

Quant à la conférence pour la création de l'Organisation internationale du commerce (OIC), elle débute à La Havane le 21 novembre 1947, soit moins d'un mois après la signature du GATT. La charte de l'OIC est finalement adoptée à La Havane en mars 1948, mais plusieurs parlements nationaux (dont le Congrès des États-Unis), s'opposent à sa ratification.

L'OIC étant mort-née, il se produit un tour de passe-passe juridique. En effet, le GATT (l'accord) donne subrepticement naissance à une organisation de fait dénommée... GATT. C'est donc le GATT, en tant que traité et organisation internationale de fait non baptisée, qui va régir, de 1948 à 1995 (date de la création de l'OMC et de la vraie fausse mort de ce même GATT), l'essentiel du commerce international.

Ses principes et ses règles ont lentement évolué au travers de cycles de négociations appelés « rounds » en anglais : Geneva Round (1947), Annecy Round (1949), Torquay Round (1950), Kennedy Round (1964), Tokyo Round (1973), etc.

► Le Cycle d'Uruguay (ou Uruguay Round) débute à Punta Del Este en 1986, pour s'achever à Marrakech avec la signature le 15 avril 1994 de l'Accord instituant l'**Organisation mondiale du commerce (OMC)** ; **World Trade Organization (WTO)**.

¹ Hans Kelsen, *The Law of the United Nations, A Critical Analysis of its Fundamental Problems*, Stevens & Sons Limited, London, 1951.

Entré en vigueur le 1^{er} janvier 1995, cet accord aux multiples annexes comporte aussi bien des normes primaires que des normes secondaires.

2

Selon Herbert Lionel Adolphus Hart (plus connu en tant que H.L.A. Hart), il y a lieu d'entendre

- par **normes primaires**, les règles qui créent des droits ou des obligations en faveur ou à la charge des États, et
- par **normes secondaires**, les règles qui, d'une part, permettent de déterminer si des normes primaires ont été violées et qui, d'autre part, indiquent les conséquences devant découler de ces éventuelles violations.

L'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce gouverne actuellement un *système commercial multilatéral intégré* qui se démarque assez nettement du droit international général tant du point de vue des obligations (**normes primaires**) auxquelles il soumet ses membres (**PARTIE I**), que de celui des principes (**normes secondaires**) qui régissent le règlement des différends entre ses membres (**PARTIE II**).

► CHAPITRE I – L'adhésion négociée à un cadre institutionnel *sui generis*



Aux termes de l'article II de l'Accord instituant l'OMC (**O**rganisation **m**ondiale du **c**ommerce ; **W**orld **T**rade **O**rganization : WTO), qui a son siège à Genève, sert « de cadre institutionnel commun pour la conduite des relations commerciales entre ses Membres ».

À cette fin, elle se voit

- doter de la personnalité juridique et
- accorder par chacun de ses Membres la capacité juridique ainsi que les privilèges et immunités nécessaires à l'exercice de ses fonctions – article VII.

L'article VII:4 précise :

« Les privilèges et immunités qui seront accordés par un Membre à l'OMC, à ses fonctionnaires et aux représentants de ses Membres seront analogues aux privilèges et immunités qui figurent dans la Convention sur les privilèges et immunités des institutions spécialisées, approuvée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 21 novembre 1947. »

Cet hommage appuyé rendu à l'ONU ne masque pas le caractère surprenant, voire *sui generis*, de l'appareil institutionnel et du droit de l'OMC. Une originalité qui repose théoriquement sur le consentement négocié des Membres.

I – Les dérogations au droit commun des organisations internationales

L'OMC se démarque de la grande majorité des organisations internationales aussi bien par la nature et les attributions de ses organes (**A**) que par son processus décisionnel (**B**).

A – La structuration organique et fonctionnelle

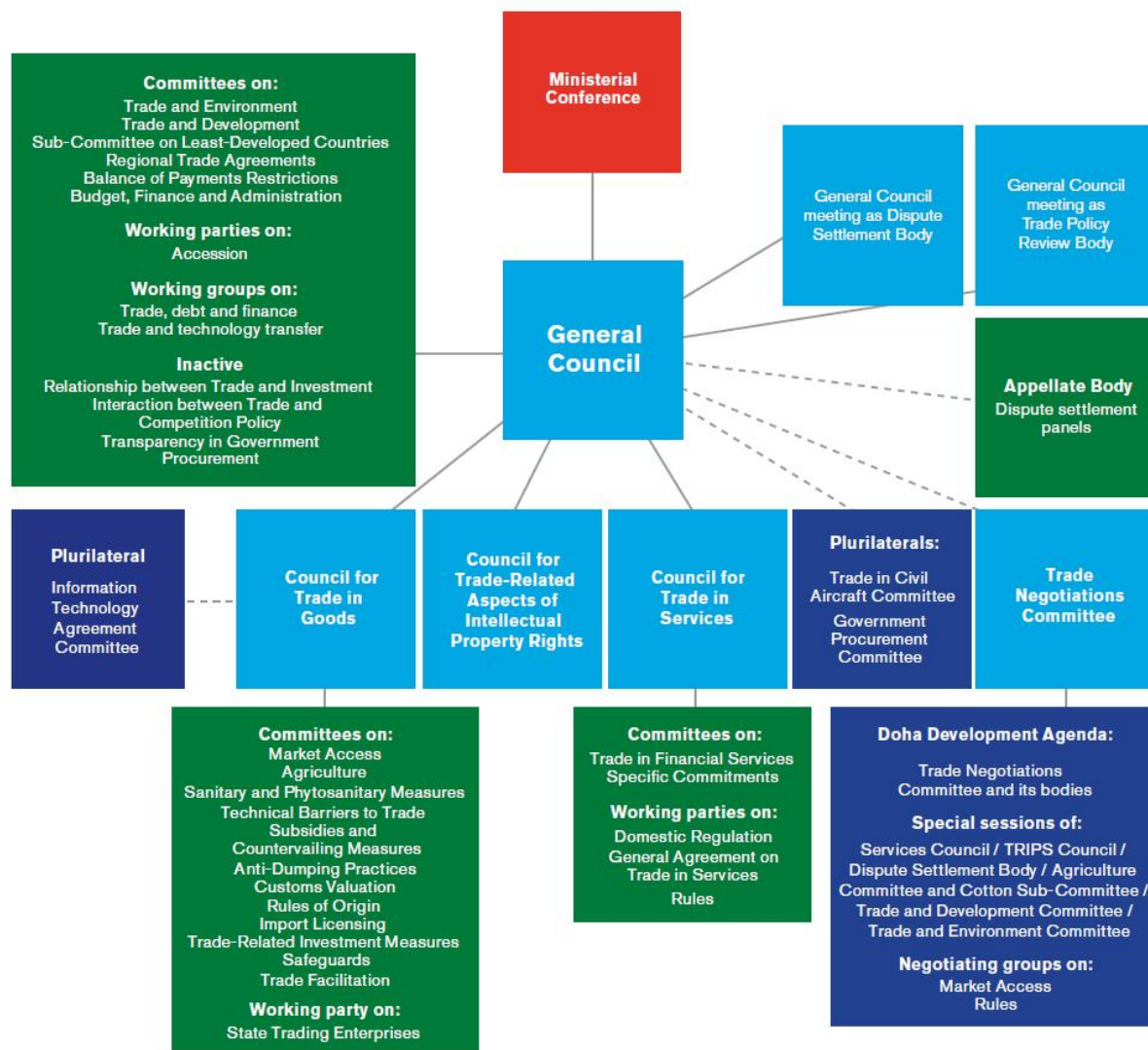
1 – Le principe de la non-délégation des pouvoirs

► « *Délibérer est le fait de plusieurs. Agir est le fait d'un seul.* » La formule du général de Gaulle pourrait être gravée au frontispice du siège de la majorité des organisations internationales, qui ont en commun un visage institutionnel devenu classique :

- un organe délibérant où sont représentés tous les membres et
- un ou plusieurs organes exécutifs, de composition plus restreinte, auxquels les membres délèguent le soin d'agir.

► Les fondateurs de l'OMC ont opté pour un autre schéma : *Délibérer et agir peuvent être et sont le fait de tous.*

Pour s'en convaincre, il n'est nullement besoin de violenter les termes de l'article IV de l'Accord instituant l'Organisation. L'aménagement organique de l'OMC se laisse décrire comme suit.



➤ **Premier niveau de décision** : la Conférence ministérielle. Autorité suprême, elle est « composée de représentants de **tous les Membres** ». Elle se réunit au moins une fois tous les deux ans. Elle exerce les fonctions de l'OMC, et prend les mesures nécessaires à cet effet. En particulier, la Conférence ministérielle est « habilitée à prendre des décisions sur toutes les questions relevant de tout Accord commercial multilatéral, si un Membre en fait la demande ».

➤ **Deuxième niveau de décision** : le Conseil général. « Composé de représentants de **tous les Membres** », il se réunit chaque fois qu'il juge « approprié » de le faire. Il remplit les fonctions de trois organes distincts et peut se doter d'un président ou d'un règlement intérieur différents pour l'exercice de chacune de ces fonctions :

- *La suppléance de la Conférence ministérielle.* Dans l'intervalle de deux réunions de la Conférence ministérielle, les fonctions de celle-ci seront exercées par le Conseil général ;

- *Le règlement des différends.* (Fonction qui retiendra longuement notre attention plus loin). Le Conseil général se réunit, en tant que de besoin, pour s'acquitter des fonctions de l'Organe de règlement des différends (ORD) prévu dans le Mémoire d'accord sur le règlement des différends ;
- *L'examen des politiques commerciales.* Le Conseil général se réunit, le cas échéant, pour remplir les fonctions de l'Organe d'examen des politiques commerciales.

➤ **Troisième niveau de décision.** Il est établi un conseil pour chaque grand domaine du commerce international :

- un Conseil du commerce des **marchandises**,
- un Conseil du commerce des **services**
- et un Conseil des aspects des droits de **propriété intellectuelle** qui touchent au commerce (ci-après dénommé le « Conseil des ADPIC »), tous conseils placés sous l'autorité du Conseil général.

Les représentants de **tous les Membres** peuvent participer à ces Conseils, qui se réunissent « selon qu'il est nécessaire pour s'acquitter de leurs fonctions ».

➤ **Quatrième et dernier niveau de décision :** les organes subsidiaires. Aux termes de l'article IV de l'Accord instituant l'OMC, « le Conseil du commerce des marchandises, le Conseil du commerce des services et le Conseil des ADPIC établiront des organes subsidiaires selon les besoins ». À ce niveau aussi, on apprend sans surprise que *le principe de la non-délégation des pouvoirs* ne faiblit pas : « Les représentants de **tous les Membres** pourront participer » à ces organes subsidiaires dénommés le plus souvent « comités ».

Autre originalité, le Secrétariat de l'Organisation est dirigé par un... **directeur général** nommé par la Conférence ministérielle. À l'heure où nous rédigeons ces lignes, le 28 août 2021, le poste est occupé par **Mme Okonjo-Iweala** (Nigéria), désignée par les Membres de l'Organisation le 15 février 2021. Septième personnalité, première femme et première Africaine récipiendaire d'une telle désignation. Entrée en fonction : 1^{er} mars 2021. Fin de mandat : 31 août 2025.

*

2 – La pratique des alliances et des réunions informelles

Ce serait faire bon marché de la diversité et de l'antagonisme des intérêts nationaux que de vouloir fonder l'efficacité de l'Organisation et de ses normes sur la délibération et l'action commune de ses **164 membres** (chiffre officiel au 29 juillet 2016).

Deux usages permettent d'éviter que le concert des nations ne dégénère en une cacophonie paralysante : les **réunions informelles** et les **alliances**.

En marge des réunions officielles des conseils et comités, les chefs de délégations tiennent des **réunions informelles** restreintes à quelques membres. Les négociations qui s'y déroulent débouchent souvent sur des compromis qui seront entérinés lors des réunions officielles.

La quête de compromis au travers d'une capacité de négociation accrue, telle est également la raison d'être des **alliances** que nouent les membres de l'organisation :

- La « Quadrilatérale » ou « Quad » : Canada, États-Unis, Japon et Union européenne ;
- le G-20 qui comprend, notamment, l'Afrique du Sud, l'Argentine, le Brésil, la Chine, l'Égypte, l'Inde, la Thaïlande ;
- le « **Coton-4** » ou « **C-4** », alliance de pays d'Afrique subsaharienne qui préconisent une réforme commerciale dans le secteur du coton ;
- Les « **alliances de droit** » :
 - Union européenne ;
 - USMCA (United States-Mexico-Canada Agreement); exit ALENA;
 - Association des Nations de l'Asie du Sud-Est (ANASE) ;
 - ACP (Organisation des États d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique), organisation instituée par l'Accord de Georgetown du 6 juin 1975 ;
 - MERCOSUR (*Mercado Común del Sur*, le Marché commun sud-américain) ;
 - SELA (Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe ; Système économique latino-américain et caribéen ; organisation fondée en 1975) ;
 - Le Groupe de Cairns : il est hétérogène du fait tant des origines géographiques de ses 19 membres (ils appartiennent à quatre continents) que des niveaux de développement de ceux-ci (certains font partie de l'OCDE, tandis que d'autres comptent parmi les pays les moins avancés). Fondé en août 1986 à Cairns (Australie), ce groupe ambitionne de libéraliser le commerce agricole pour faire échec au « protectionnisme » de l'Union européenne et des États-Unis.

► À notre avis, la pratique des réunions informelles et des alliances a une conséquence que l'on se refuse obstinément à souligner : les décisions formellement attribuées à l'OMC ne sont pas toujours intellectuellement prises par l'OMC ; reposant davantage sur des rapports de force, leur caractère démocratique est une vue de l'esprit.

**

B – Le processus décisionnel

5

Résumé interrogatif :

1. Comment les décisions sont-elles prises au sein de l'OMC ?
2. Que signifient le **consensus positif** et le **consensus négatif** (ou inverse) ?
3. Pourquoi le **système de règlement des différends** au sein de l'OMC est-il si **efficace** ?

Réponses :

1. Au sein de l'OMC, les décisions sont prises

- en principe, par *consensus*
- par exception (c'est-à-dire dans certains cas très précis et limités), à *la majorité simple ou qualifiée*.

2. Le consensus positif et le consensus négatif (ou inverse) ont un point commun : dans les deux cas, il n'y a pas de vote. Ils ne procèdent cependant pas de la même logique.

2.1 En vertu de la règle du consensus positif, une décision proposée sera considérée comme adoptée *sauf si un Membre présent* exprime son opposition formelle à l'adoption de cette décision. Un Membre agissant seul peut donc empêcher que la décision soit prise.

2.2 En revanche, selon la règle du consensus négatif (ou inverse), une décision proposée sera considérée comme adoptée *sauf si tous les Membres présents* expriment leur opposition formelle à l'adoption de cette décision. Par conséquent, un Membre agissant seul ne peut empêcher que la décision soit prise ; il lui faut rallier tous les autres Membres à ses vues.

Le consensus négatif ou inverse facilite la prise de décision, car, presque toujours, au moins un Membre n'a aucun intérêt à s'y opposer.

Le consensus positif la complique, car, presque toujours, au moins un Membre a intérêt à s'y opposer.

3. Le **système de règlement des différends au sein de l'OMC doit son efficacité** au fait que les décisions auxquelles il donne lieu sont prises selon la règle du **consensus négatif** (ou inverse).

Le Membre de l'OMC contre lequel une action juridictionnelle est engagée ne peut bloquer aucune des étapes du processus : constitution de l'organe juridictionnel, condamnation, mise en œuvre de la condamnation.

↓ Développement ↓

1 – Le principe du consensus positif ou négatif

En vertu de l'article IX de l'Accord instituant l'OMC, l'Organisation conserve « la pratique de prise de décisions par **consensus** suivie en vertu du GATT de 1947 ».

Un organe de l'OMC sera réputé avoir pris une décision par consensus (donc **sans vote**) sur une question dont il a été saisi si aucun Membre, présent à la réunion au cours de laquelle la décision est prise, n'exprime son opposition formelle à la décision proposée.

Cette définition, qui recueille un large assentiment, correspond très exactement à celle du **consensus positif**.

L'épithète « positif », que l'on omet d'ordinaire, revêt ici une grande importance, car l'OMC pratique deux formes de consensus pour ses prises de décision : le **consensus positif** et le **consensus négatif** ou **inverse**.

Voici ce qui distingue les deux formes de consensus :

✓ **En vertu de la règle du consensus positif**, une décision proposée sera considérée comme adoptée *sauf si un Membre présent* exprime son opposition formelle à l'adoption de cette décision. Un Membre agissant seul peut donc empêcher que la décision soit prise ; ses intérêts propres et sa souveraineté sont préservés.

✓ **En revanche, selon la règle du consensus négatif ou inverse**, une décision proposée sera considérée comme adoptée *sauf si tous les Membres présents* expriment leur opposition formelle à l'adoption de cette décision. Par conséquent, un Membre agissant seul ne peut empêcher que la décision soit prise. Il lui faut rallier tous les autres à ses vues ; ses intérêts propres et sa souveraineté peuvent ne pas être respectés.

Le consensus négatif ou inverse facilite la prise de décision, car, presque toujours, au moins un Membre n'a aucun intérêt à s'y opposer.

Le consensus positif complique la prise de décision, car, presque toujours, au moins un Membre a intérêt à s'y opposer.

☞ En principe, les décisions sont prises au sein de l'OMC par consensus positif.

❖ Le consensus négatif ou inverse fait figure d'exception. **Une exception à laquelle on doit l'originalité et l'efficacité inédites du système de règlement des différends au sein de l'OMC.** En effet, nombre de dispositions du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends prévoient une prise de décision fondée sur la règle du consensus négatif. Voir Partie II de ce cours, page 31.

*

2 – Le miroir de l'exigence ponctuelle d'une majorité simple ou qualifiée

Par exception au principe du consensus (essentiellement positif, accessoirement négatif ou inverse), certaines décisions sont mises aux voix et requièrent, selon les cas, une majorité simple ou qualifiée.

Il en est ainsi :

- « dans les cas où il ne sera pas possible d'arriver à une décision par consensus » positif (article IX de l'Accord instituant l'OMC) ;

- lorsque la Conférence ministérielle ou le Conseil général exercent leur pouvoir exclusif d'adopter des interprétations de l'Accord instituant l'OMC ou des Accords commerciaux multilatéraux. La décision d'adopter une interprétation sera prise à une majorité des trois quarts des Membres ;

- quand, dans des circonstances exceptionnelles, la Conférence ministérielle décide d'accorder à un Membre une dérogation à une des obligations qui lui incombent. Une telle décision sera prise par les trois quarts des Membres.

Ces exigences ponctuelles d'une majorité simple ou qualifiée ne doivent pas donner le change sur la réalité d'un processus décisionnel parfois peu respectueux de la souveraineté des États.

Une réalité que l'on nous autorisera sans doute à mettre à nouveau en exergue.

En vertu de la règle du consensus négatif ou inverse (qui régit les domaines les plus importants), une décision donnée est automatiquement prise à moins que tous les Membres n'expriment leur opposition formelle à cette décision. Par conséquent, un Membre agissant seul ne peut empêcher que la décision soit prise, il lui faut rallier tous les autres à ses vues ; ses intérêts propres et sa souveraineté peuvent ne pas être respectés.

**

II – La consécration non exclusive d'un droit spécifique

A – Les sources des normes primaires spécifiques de l'OMC

1 – Les accords commerciaux multilatéraux

Il est pratique et justifié de se représenter tous les accords de l'OMC sous la forme d'un seul document comportant plusieurs centaines de pages et ayant la structure suivante :

- ▶ **TITRE DE COUVERTURE** : Accords de l'Uruguay Round
 - **Chapitre unique** : **Accord instituant l'OMC**
 - **ANNEXES À CE CHAPITRE UNIQUE** :
 - **ANNEXE 1** :
 - **Annexe 1A** : Accords multilatéraux sur le commerce des marchandises :
 - Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994,
 - Accord sur l'agriculture, etc.
 - **Annexe 1B** : Accord général sur le commerce des services
 - **Annexe 1C** : Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce
 - **ANNEXE 2** : Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends
 - **ANNEXE 3** : Mécanisme d'examen des politiques commerciales
 - **ANNEXE 4** : Accords commerciaux plurilatéraux

L'article I de l'Accord instituant l'OMC indique le critère et l'intérêt juridiques de la distinction entre les Accords commerciaux multilatéraux et les Accords commerciaux plurilatéraux.

Les accords commerciaux multilatéraux sont les accords et instruments juridiques figurant dans les Annexes 1, 2 et 3 de l'Accord instituant l'OMC (voir ci-dessus) ; ils sont contraignants pour tous les Membres de l'OMC.

Les accords commerciaux plurilatéraux correspondent aux accords et instruments juridiques repris dans l'Annexe 4 de l'Accord instituant l'OMC (voir ci-dessus) ; ils ne sont contraignants que pour les Membres de l'OMC qui les ont acceptés. Autrement dit, les accords commerciaux plurilatéraux ne créent ni obligations ni droits pour les Membres qui ne les ont pas acceptés.

*

2 – La vraie fausse mort du GATT

Au sein de la quinzaine d'accords relatifs au commerce des marchandises, *le GATT (General Agreement on Tariffs and Trade : Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce) occupe une place centrale.*

► **Mais de quel GATT s'agit-il ?** Celui qui a été signé le 30 octobre 1947 dans les conditions que nous avons décrites plus haut ? Ou celui sur lequel les négociateurs de l'Uruguay Round se sont mis d'accord le 15 avril 1994 à Marrakech ? Le **GATT de 1947** ou le **GATT de 1994** ?

L'article II de l'Accord instituant l'OMC stipule :

« L'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 tel qu'il est spécifié à l'Annexe 1A (ci-après dénommé le "**GATT de 1994**") est juridiquement distinct de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, en date du 30 octobre 1947, annexé à l'Acte final adopté à la clôture de la deuxième session de la Commission préparatoire de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et l'emploi, tel qu'il a été rectifié, amendé ou modifié par la suite (ci-après dénommé le "**GATT de 1947**"). »

► Cette distinction entre les deux GATT doit être relativisée. **Le GATT de 1947 survit à travers le GATT de 1994.** En effet, dans la première des deux seules pages que compte le GATT de 1994, on lit :

« L'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 (le "GATT de 1994") comprendra :

a) les dispositions de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, en date du 30 octobre 1947, annexé à l'Acte final adopté à la clôture de la deuxième session de la Commission préparatoire de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et l'emploi (à l'exclusion du Protocole d'application provisoire), tel qu'il a été rectifié, amendé ou modifié par les dispositions des instruments juridiques qui sont entrés en vigueur avant la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC [...] ».

➤ Le **GATT de 1994** doit donc être lu en conjonction avec le **GATT amendé de 1947**, celui-ci étant incorporé dans celui-là. C'est cette conjonction que l'on doit avoir à l'esprit lorsque référence est faite au GATT sans autre précision.

De même, il ne faut pas perdre de vue qu'en plus du GATT, une quinzaine d'autres accords régissent le commerce des marchandises. Entre leurs dispositions et celles du GATT, il peut y avoir un conflit.

C'est cette éventualité qui a incité les Parties contractante à joindre une note interprétative générale à l'Annexe 1A :

« En cas de conflit entre une disposition de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 et une disposition d'un autre accord figurant à l'Annexe 1A de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce (dénommé dans les accords figurant à l'Annexe 1A l'"Accord sur l'OMC"), la disposition de l'autre accord prévaudra dans la limite du conflit. »

Tous ces accords sur le commerce des marchandises ont été conclus dans le même dessein : « la réduction substantielle [sur une base de réciprocité et d'avantages mutuels] des tarifs douaniers et des autres obstacles au commerce et [...] l'élimination des discriminations en matière de commerce international »².

*

B – Les références sélectives au droit international général

1 – La place centrale des règles coutumières d'interprétation du droit international public

► Que la signification et la portée exactes des droits et obligations énoncés dans un instrument juridique ne ressortent pas avec clarté de la simple lecture du texte, c'est là une évidence qui force l'adhésion, et ce, pour au moins deux raisons :

▪ **le caractère abstrait des normes juridiques.** Les dispositions juridiques sont souvent rédigées en termes généraux pour être d'application... générale et être susceptible d'englober une multitude de cas particuliers, qui ne peuvent pas tous être expressément réglementés ;

▪ **le caractère transactionnel des accords internationaux.** Les stipulations des accords internationaux correspondent souvent à des formules de compromis résultant de négociations multilatérales. Les divers négociateurs rapprochent leurs positions divergentes en convenant d'un texte susceptible d'être compris de plus d'une façon afin de satisfaire aux différentes exigences nationales. Ainsi, une disposition donnée peut-elle se prêter à des lectures nationales différentes, voire contradictoires.

► C'est à la lumière de ces considérations qu'il faut lire l'article 3:2 du *Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends* (ou, plus simplement « Mémoire d'accord sur le règlement des différends ») :

« 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.* »

² Préambule de l'Accord du 15 avril 1994 instituant l'OMC.

a – L'identification des règles d'interprétation

Les différends qui surviennent entre les Membres au sujet de l'application ou de l'interprétation des accords de l'OMC ressortissent à la compétence d'organes juridictionnels : l'*Organe d'appel* et les *groupes spéciaux (panels en anglais)*. Voir Partie II de ce cours page 44.

Il incombe donc à ces instances d'interpréter, à l'occasion des affaires dont elles sont saisies, les dispositions des accords de l'OMC, à commencer par l'article 3:2, précité, du Mémoire d'accord sur le règlement des différends. Rappelons qu'aux termes de cet article, les dispositions des accords doivent être interprétées « conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public ».

► Que faut-il entendre par « règles coutumières d'interprétation du droit international public » ?

La réponse de l'Organe d'appel [Qu'est-ce que c'est ? Voir Partie II de ce cours, page 44] de l'OMC n'a jamais varié. Voici, par exemple, celle qu'il donne dans l'affaire *États-Unis — Acier au carbone*, paragraphes, 61-62 :

« [...] nous rappelons que l'article 3:2 du Mémoire d'accord reconnaît que les questions d'interprétation qui se posent dans le cadre du règlement des différends de l'OMC doivent être résolues par l'application des règles coutumières d'interprétation du droit international public. Il est bien établi dans la jurisprudence de l'OMC que les principes codifiés dans les articles 31 et 32 de la **Convention de Vienne sur le droit des traités** (la "*Convention de Vienne*") constituent de telles règles coutumières [...] »

Les articles 31 à 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969³, qui, selon l'Organe d'appel de l'OMC, constituent la codification des règles coutumières d'interprétation du droit international public sur la base desquelles les accords de l'OMC doivent être clarifiés, sont reproduits ci-après à la seule fin de... clarifier la suite de nos propos. Quant à l'esprit du processus interprétatif

Il a été affirmé par l'Organe d'appel dans l'affaire [*Japon — Boissons alcooliques II*](#) :

✓ « Les règles de l'OMC sont fiables, compréhensibles et applicables. Elles ne sont pas rigides ou inflexibles au point d'interdire tout jugement motivé face aux flux et reflux incessants et toujours changeants de faits réels concernant des affaires réelles dans le monde réel. Elles seront plus utiles au système commercial multilatéral si nous les interprétons en gardant cela présent à l'esprit. De cette manière, nous instaurerons la "sécurité et la prévisibilité" que les Membres de l'OMC souhaitent donner au système commercial multilatéral en établissant le système de règlement des différends. »

*

³ Entrée en vigueur le 27 janvier 1980 (Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 1155, p. 331).

✓ Voici donc les dispositions pertinentes de la **Convention de Vienne du 23 mai 1969** :

« **Article 31**

Règle générale d'interprétation

1. **Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.**
2. Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus :
 - a) Tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité ;
 - b) Tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité.
3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte :
 - a) De tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions ;
 - b) De toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité ;
 - c) De toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties.
4. Un terme sera entendu dans un sens particulier s'il est établi que telle était l'intention des parties.

Article 32

Moyens complémentaires d'interprétation

Il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, en vue, soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31 :

- a) Laisse le sens ambigu ou obscur ; ou
- b) Conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable.

Article 33

Interprétation de traités authentifiés en deux ou plusieurs langues

1. Lorsqu'un traité a été authentifié en deux ou plusieurs langues, son texte fait foi dans chacune de ces langues, à moins que le traité ne dispose ou que les parties ne conviennent qu'en cas de divergence un texte déterminé l'emportera.
2. Une version du traité dans une langue autre que l'une de celles dans lesquelles le texte a été authentifié ne sera considérée comme texte authentique que si le traité le prévoit ou si les parties en sont convenues
3. Les termes d'un traité sont présumés avoir le même sens dans les divers textes authentiques.
4. Sauf le cas où un texte déterminé l'emporte conformément au paragraphe 1, lorsque la comparaison des textes authentiques fait apparaître une différence de sens que l'application des articles 31 et 32 ne permet pas d'éliminer, on adoptera le sens qui, compte tenu de l'objet et du but du traité, concilie le mieux ces textes. »

b – L'application des règles d'interprétation par les organes juridictionnels de l'OMC

Les organes juridictionnels auxquels il incombe de statuer sur les différends opposant les membres de l'OMC (groupes spéciaux et Organe d'appel, voir Partie II de ce cours, page 40) font systématiquement application des règles d'interprétation que nous venons d'exposer.

► À preuve, les exemples qui suivent. Nota bene : Ne pas chercher à retenir ces exemples.

1.1 Le texte de la disposition du traité à interpréter

Dans ses rapports sur les affaires qui suivent, l'Organe d'appel souligne l'importance du texte en tant que point de départ du processus interprétatif.

✓ [Japon — Boissons alcooliques II](#) :

« L'article 31 de la Convention de Vienne dispose que les termes du traité constituent le fondement du processus interprétatif : l'interprétation doit être fondée avant tout sur le texte du traité lui-même. »

✓ [États-Unis — Crevettes, paragraphe 114](#) :

« Celui qui interprète un traité doit commencer par fixer son attention sur le texte de la disposition particulière à interpréter. »

✓ [Inde — Brevets \(États-Unis\), paragraphe 45](#) :

« 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. »

*

1.2 Le sens des mots

L'article 31 précité de la Convention de Vienne prescrit d'attribuer aux mots du texte à interpréter leur sens ordinaire.

✓ [États-Unis — Bois de construction résineux IV, paragraphes 58-59](#) :

« Le sens d'une disposition d'un traité, dûment interprétée, se trouve dans le sens ordinaire des termes utilisés. »

✓ [États-Unis — Jeux, paragraphe 164 et la note de bas de page 191](#)

« Pour mettre en évidence le sens ordinaire, un groupe spécial peut commencer par les définitions que donnent les dictionnaires des termes à interpréter. Mais les dictionnaires, à eux seuls, ne permettent pas nécessairement de résoudre des questions complexes d'interprétation, car ils visent habituellement à cataloguer *tous* les sens des termes — que ceux-ci soient courants ou rares, universels ou spécialisés. »

1.3 Le contexte de la disposition du traité à interpréter

✓ [États-Unis — Article 301, Loi sur le commerce extérieur](#) :

« L'examen du texte, du contexte ainsi que de l'objet et du but fait appel à des méthodes textuelles, systémiques et téléologiques bien établies qui sont utilisées pour interpréter les traités et qui entrent toutes en jeu habituellement lorsqu'il s'agit d'interpréter des

dispositions complexes dans des traités multilatéraux. Pour des raisons pratiques, l'usage normal – et celui que nous suivrons en l'occurrence – consiste à commencer par interpréter le sens ordinaire du texte "brut" des dispositions conventionnelles pertinentes et à chercher ensuite à l'interpréter dans son contexte et à la lumière de l'objet et du but du traité. [...] Souvent, le contexte ainsi que l'objet et le but peuvent sembler simplement confirmer une interprétation apparemment tirée du texte "brut". En réalité, il existe toujours un contexte, même s'il est sous-entendu, qui détermine le sens qu'il faut considérer comme "ordinaire" et souvent, il est impossible de trouver un sens, pas même un "sens ordinaire", sans examiner également l'objet et le but. »

1.4 L'intention des parties à un traité

✓ [Inde — Brevets \(États-Unis\), paragraphe 45](#) :

« 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. »

✓ [CE — Matériels informatiques, paragraphe 84](#) :

« 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. »

1.5 Le principe de l'effet utile ou principe *ut res magis valeat quam pereat*

✓ [Japon — Boissons alcooliques II, page 14](#) :

« 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)*. »

✓ [Corée — Produits laitiers, paragraphe 81](#) :

« Compte tenu du principe d'interprétation de *l'effet utile*, celui qui interprète un traité a le *devoir* de "lire toutes les dispositions applicables du traité de façon à donner un sens à *toutes*, harmonieusement". Un corollaire important de ce principe est qu'il faut interpréter un traité dans son ensemble et, en particulier, lire ses sections et parties dans leur ensemble. »

1.6 Le principe *in dubio mitius*

✓ [CE — Hormones, note de bas de page 154](#) :

« La règle d'interprétation *in dubio mitius*, largement considérée en droit international comme un "moyen supplémentaire d'interprétation", a été définie dans les termes suivants :

La règle *in dubio mitius* est utilisée dans l'interprétation des traités par égard à la souveraineté des États. *Si le sens d'un terme est ambigu, il faut privilégier le sens qui est le moins contraignant pour la partie qui assume une obligation*, ou qui porte le moins atteinte à la souveraineté territoriale et personnelle d'une partie ou encore qui impose aux parties des restrictions de nature moins générale. »

1.7 La pratique ultérieure des parties

✓ [CE — Matériels informatiques, paragraphe 93 :](#)

« Le but de l'interprétation d'un traité est d'établir l'intention *commune* des parties au traité. Pour établir cette intention, la pratique antérieure d'*une* des parties seulement peut être pertinente, mais elle présente manifestement un intérêt plus limité que la pratique de toutes les parties. »

1.8 Les moyens complémentaires d'interprétation

✓ [CE — Matériels informatiques, paragraphe 86 :](#)

« 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 à celui qui interprète un traité de recourir :

[...] à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu.

S'agissant des "circonstances dans lesquelles le traité a été conclu", cela permet, dans les cas appropriés, d'examiner l'environnement historique dans lequel le traité a été négocié. »

1.9 La pluralité des langues faisant foi

Les accords de l'OMC ont été authentifiés en trois langues qui font également foi : l'anglais, le français et l'espagnol.

✓ [Chili — Système de fourchettes de prix, paragraphe 271 :](#)

« En effet, le Groupe spécial est arrivé à cette conclusion en interprétant les versions française et espagnole de l'expression "ordinary customs duty" comme signifiant quelque chose de *différent* du sens ordinaire de la version anglaise de cette expression. Il est difficile de voir comment, ce faisant, le Groupe spécial a tenu compte de la règle d'interprétation codifiée à l'article 33(4) de la *Convention de Vienne* selon laquelle "lorsque la comparaison des textes authentiques fait apparaître une différence de sens ..., on adoptera le sens qui ...*concilie* le mieux ces textes". (pas d'italique dans l'original) »

✓ [CE — Lingue de lit \(article 21:5 — Inde\), la note de bas de page 153 du paragraphe 123 :](#)

« Conformément au paragraphe 3 de l'article 33 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, lorsqu'un traité a été authentifié dans deux ou plusieurs langues "[l]es termes du traité sont présumés avoir le même sens dans les divers textes authentiques". Les termes espagnols ("*se han cumplido*" et "*hayan limitado*"), employés aux paragraphes 1 et 4 de l'article 9, ont la même acception temporelle que les termes anglais "*have been fulfilled*" et "*have limited*". Dans la version française, les termes ("sont remplies" et "auront limité") peuvent aussi avoir cette acception temporelle. »

➡ **Nota bene :** Ne pas chercher à retenir les exemples ci-dessus exposés. Ce sont de simples illustrations.

2 – L'importance relative des autres emprunts au droit international général

Pour spécial qu'il soit, le droit de l'OMC ne prospère pas dans un splendide isolement.

Il prescrit, nous l'avons vu, que ses normes soient interprétées conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public.

Non contente de déterminer la substance de cette prescription, la jurisprudence de l'Organe d'appel et des groupes spéciaux puise dans le droit international des principes d'importance et de statut plutôt variables.

❖ L'exemple du principe de la bonne foi et de ses corollaires

L'importance juridique du principe de la bonne foi n'est plus à démontrer.

À preuve, ce dictum de la Cour internationale de Justice, une juridiction que n'hésitent point à citer l'Organe d'appel et les groupes spéciaux (Voir Partie II de cours, page 40) de l'OMC :

✓ « 38. La Cour observera que le principe de la bonne foi est un principe bien établi du droit international. Il est énoncé au paragraphe 2 de l'article 2 de la Charte des Nations Unies ; il a aussi été incorporé à l'article 26 de la convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969. Il a été mentionné dès le début de ce siècle dans la sentence arbitrale du 7 septembre 1910 rendue en l'affaire des *Pêcheries de la côte septentrionale de l'Atlantique* (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XI, p. 188). » - *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* (Cameroun c. Nigéria), Exceptions préliminaires, arrêt du 11 juin 1998 : C.I.J. Recueil 1998, p. 275.

Il était donc logique que la jurisprudence incorpore le principe de la bonne foi dans le droit de l'OMC.

L'Organe d'appel (Qu'est-ce que c'est ? Voir Partie II de ce cours, page 44) estime

▪ que la notion de bonne foi « s'applique à tous les Membres de l'OMC de la même manière » - [États-Unis — Crevettes \(article 21:5 — Malaisie\), note de bas de page 97 du paragraphe 134](#),

▪ et que, « dans le cadre du règlement des différends, chaque Membre de l'OMC doit supposer la bonne foi de tous les autres Membres » - [CE — Sardines, paragraphe 278](#).

Quelle est la portée juridique du principe de la bonne foi ?

La Cour internationale de Justice souligne avec pertinence :

« [Le principe de la bonne foi] n'est pas en soi une source d'obligation quand il n'en existerait pas autrement [...] » - *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* (Cameroun c. Nigéria), Exceptions préliminaires, arrêt du 11 juin 1998 : C.I.J. Recueil 1998, p. 275.

En fait, « le principe de la bonne foi est l'un des principes de base qui président à la création et à l'exécution d'obligations juridiques » - *ibid.*

Autrement dit, les obligations doivent être créées et exécutées de bonne foi.

Ainsi considéré, le principe de la bonne foi a, notamment, deux corollaires que l'Organe d'appel de l'OMC met régulièrement en exergue.

➤ **L'interdiction de l'abus de droit :**

« Le texte introductif de l'article XX n'est en fait qu'une façon d'exprimer le principe de la bonne foi. Celui-ci, qui est en même temps un principe juridique général et un principe général du droit international, régit l'exercice des droits que possèdent les États. L'une de ses applications, communément dénommée la doctrine de l'abus de droit, interdit l'exercice abusif de ces droits et prescrit que, dès lors que la revendication d'un droit "empiète sur le domaine couvert par une obligation conventionnelle, le droit soit exercé de bonne foi, c'est-à-dire de façon raisonnable". L'exercice abusif par un Membre de son propre droit conventionnel se traduit donc par une violation des droits conventionnels des autres Membres ainsi que par un manquement du Membre en question à son obligation conventionnelle. » - [États-Unis — Crevettes, paragraphe 158](#).

*

➤ **Le principe *pacta sunt servanda* :**

« Nous devons supposer que les Membres de l'OMC se conformeront à leurs obligations conventionnelles de bonne foi, comme le prescrit le principe *pacta sunt servanda* énoncé à l'article 26 de la Convention de Vienne. Et, toujours dans le cadre du règlement des différends, chaque Membre de l'OMC doit supposer la bonne foi de tous les autres Membres. » - [CE — Sardines, paragraphe 278](#).

*

Entre parenthèses, le **Conseil constitutionnel** (français, bien sûr) range à juste titre le principe « *pacta sunt servanda* » parmi les règles du droit international public que la France s'est engagée à respecter :

« 7. Considérant que le quatorzième alinéa du préambule de la Constitution de 1946, auquel se réfère le préambule de la Constitution de 1958, proclame que la République française "se conforme aux règles du droit public international" ; qu'au nombre de celles-ci figure la règle *Pacta sunt servanda* qui implique que tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi ; » - [92-308 DC](#), 9 avril 1992.
