LE REGLEMENT DES DIFFERENDS A L'OMC ET LES DROITS DE L'HOMME, Gabrielle Marceau ¹

Problématique

Il est possible que le système de règlement des différends de l'OMC se voie saisi d'un différend comprenant des considérations relatives aux droits de l'homme, que ce soit en faveur du plaignant ou du défendeur. Comment les organes juridictionnels de l'OMC aborderaient-ils une telle situation ? Le droit de l'OMC doit évoluer et être interprété en conformité avec le droit international, y compris avec les droits de l'homme. Ainsi, une interprétation de bonne foi des dispositions de l'OMC, y compris de ses exceptions, devrait conduire à une lecture et une mise en œuvre du droit de l'OMC cohérente avec les droits de l'homme. La Déclaration de Doha relative à l'Accord sur les ADPIC et à la santé publique est un bon exemple d'une telle lecture cohérente des dispositions de l'OMC, laquelle prend en compte des aspects potentiellement pertinents du droit international des droits de l'homme. Les organes juridictionnels de l'OMC ne peuvent interpréter formellement d'autres traités et coutumes et donc ne peuvent appliquer ou faire respecter d'autres traités et coutumes, ou bien déterminer les conséquences légales des droits et obligations incombant aux Membres de l'OMC en vertu d'autres traités ou coutumes ; ceux-ci ne peuvent être examinés que si nécessaire à l'interprétation de dispositions de l'Accord de l'OMC et/ou en tant que détermination des faits. Les Membres de l'OMC ne semblent pas avoir octroyé à l'Organisation les moyens de faire appliquer des droits et obligations autres que celles des « accords visés ». Puisque les Etats sont simultanément liés par tous leurs droits et obligations internationales, la responsabilité d'un Membre de l'OMC ayant violé les droits de l'homme peut être engagée, mais sa mise en application n'appartient pas aux organes juridictionnels de l'OMC. Toutefois, il est possible d'inciter au respect des droits de l'homme en interprétant et en appliquant les dispositions de l'OMC de bonne foi et à bon escient.

Traduit de l'anglais par Anamaria POSTELNICU
Avec la contribution de Cécile IZQUIERDO
Supervision : Joseph ROCHER

Soutien financier :

- Europ-Aid B 7 – 6000
- Fondation Charles Léopold Mayer pour le Progrès de l'Homme

I.	INTRODUCTION.....	4
II.	LA « COMPETENCE LIMITEE » DES ORGANES JURIDICTIONNELS¹⁰ DE L'OMC ET LE « DROIT APPLICABLE DE L'OMC »	6
A.	LE MEMORANDUM VA ATTIRER LA COMPETENCE VERS LES ORGANES JURIDICTIONNELS DE L'OMC.....	6
1.	L'atteinte présumée à des intérêts légaux et économiques sera suffisante pour déclencher le mécanisme de règlement des différends de l'OMC.....	7
2.	Quasi-automaticité, consensus renversé et rapidité du mécanisme de règlement des différends de l'OMC.....	7
3.	La portée de l'Article 23 du Mémorandum d'accord : compétence d'attribution, obligatoire et exclusive.	8
B.	LA COMPETENCE LIMITEE ET DELEGUEE DES GROUPES SPECIAUX ET DE L'ORGANE D'APPEL DE L'OMC	10
1.	Le mandat des groupes spéciaux : déterminer s'il y a eu violation des dispositions des « accords visés » de l'OMC : articles 1, 4, 7 et 11 du Mémorandum d'accord.	10
2.	Les groupes spéciaux et l'Organe d'appel n'ont pas le droit d'accroître ou diminuer les droits et obligations de l'Accord sur l'OMC.....	11
3.	Les conclusions standard et limitées des organes juridictionnels de l'OMC	11
4.	Les « pouvoirs implicites » résultant de l'obligation de statuer avec objectivité sur les différends à l'OMC.	12
5.	Les Membres des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel sont principalement des experts « commerciaux ».....	13
C.	LE DROIT APPLICABLE DE L'OMC , UN SOUS-SYSTEME SPECIFIQUE DU DROIT INTERNATIONAL.....	13
1.	Droits et obligations spécifiques.....	14
2.	Motifs d'action spécifiques – plaintes spécifiques.	14
3.	Système d'exécution spécifique	15
4.	Recours spécifiques	15
5.	Les accords visés ne peuvent être modifiés ou amendés sans passer par la procédure spécifique de l'OMC	17
6.	L'OMC en tant qu' Accord Unique.....	18
D.	CONCLUSION : LE « DOMAINE » LIMITE DU DROIT DE L'OMC.....	18
III.	INTERPRETER LE DROIT APPLICABLE DE L'OMC EN TENANT COMPTE DU DROIT INTERNATIONAL GENERAL, Y COMPRIS LES DROITS DE L'HOMME.....	22
A.	INTERPRETATIONS EVITANT LES CONFLITS AVEC LES OBLIGATIONS PERTINENTES DES MEMBRES EN MATIERE DE DROITS DE L'HOMME	22
1.	L'article 31 :3(c) de la Convention de Vienne.....	23
a.	Règle de droit international.....	23
b.	Règle applicable dans les relations entre les parties.....	23
c.	Règle pertinente de droit international	25

2.	Interprétation évolutive	25
B.	L'UTILISATION DES NORMES SUR LES DROITS DE L'HOMME DANS L'INTERPRETATION DES DISPOSITIONS DE L'OMC	26
1.	Exemples de suggestions de dispositions sur les droits de l'homme pouvant être pertinentes dans l'interprétation de dispositions de l'OMC.	27
2.	Conclusion.....	28
C.	LA NATURE NORMATIVE ET FLEXIBLE DE CERTAINES DISPOSITIONS DE L'OMC ET DES NORMES SUR LES DROITS DE L'HOMME	29
IV.	CONFLITS INSURMONTABLES ENTRE DISPOSITIONS DE L'OMC ET DISPOSITIONS SUR LES DROITS DE L'HOMME.....	30
A.	DEFINITION DU TERME « CONFLIT »	30
B.	INCOHERENCES AVEC DES DISPOSITIONS SUR LES DROITS DE L'HOMME AUTRES QUE CELLES AYANT LE STATUT DE <i>JUS COGENS</i>	33
C.	LES CONFLITS AVEC LES OBLIGATIONS <i>JUS COGENS</i>	34
D.	LA RESPONSABILITE RÉSIDUELLE DES ETATS MEMBRES QUI ENFREIGNENT UNE NORME SUR LES DES DROITS DE L'HOMME	37
E.	CONCLUSION.....	37
V.	LA « COMPETENCE » GENERALE, PROBLEME INHERENT LORS DE LA PRISE EN COMPTE DES DROITS DE L'HOMME POUR LES MESURES COMMERCIALES ¹⁶⁶	38
A.	LA QUESTION DES « PMP »	39
B.	CONSIDERATIONS D'ORDRE POLITIQUE INDIRECTEMENT LIEES A DES IMPORTATIONS SPECIFIQUES.....	40
C.	LA QUESTION DE LA « JURIDICTION » EN DROIT DE L'OMC.....	41
D.	CHEVAUACHEMENTS ET CONFLITS ENTRE JURIDICTIONS	43
VI.	QUELQUES REFLEXIONS EN CONCLUSION	43
	NOTES	45

I. INTRODUCTION

La relation entre le mécanisme de règlement des différends de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) et les droits de l'homme² n'est qu'une partie restreinte de la relation générale entre le commerce et l'éthique. Les aspects des actes de commerce touchant aux droits de l'homme recouvrent un large éventail de questions morales, éthiques, politiques, sociales et juridiques. Les allégations de conflit entre des règles et considérations commerciales et le respect des droits de l'homme sont monnaie courante. Certains estiment que les obligations de l'OMC encouragent, mènent à, autorisent, ou permettent, d'une manière ou d'une autre, des violations des droits de l'homme, et que, par conséquent, l'Accord sur l'OMC devrait être condamné³. D'autres affirment que ceux qui violent les droits de l'homme violent aussi nécessairement les règles de l'OMC⁴. D'autres encore tentent d'utiliser des considérations relatives aux droits de l'homme pour justifier certains écarts aux règles d'accès au marché⁵ de l'OMC, ou encore comme critère d'établissement de préférences et d'avantages⁶. Certains rappellent que les Membres de l'OMC sont responsables des conséquences de leurs mesures commerciales en termes de droits de l'homme. On pointe aussi souvent du doigt le comportement incohérent de certains Etats dans les instances pour les droits de l'homme et commerciales. Nombreux sont ceux qui suggèrent que les conflits entre systèmes de droit (commerce et droits de l'homme en l'occurrence) et donc entre systèmes de valeurs doivent, en fin de compte, être abordés en tant que questions politiques sur la scène politique, et que le règlement des différends, en soi, a peu de chances de résoudre ces questions⁷.

En essayant ici d'analyser et d'exposer les aspects pertinents de ce débat, je vais aborder un aspect délicat de la relation multidimensionnelle entre le commerce et les droits de l'homme en traitant de leur interaction dans le mécanisme de règlement des différends de l'OMC. Celui-ci pourrait être appelé, en effet, à répondre aux questions suivantes :

Un groupe spécial de l'OMC peut-il accepter la validité d'allégations relatives aux droits de l'homme alors que l'Accord sur l'OMC ne fait pas référence aux droits de l'homme ?

Un Membre de l'OMC peut-il invoquer une norme des droits de l'homme pour justifier son refus de se soumettre à une disposition de l'OMC ?

La législation relative aux droits de l'homme s'applique-t-elle directement au sein du système juridique de l'OMC et devant ses organes juridictionnels ?

Un Membre peut-il invoquer des considérations relatives aux droits de l'homme dans son interprétation des droits et obligations à l'OMC ?

Le droit international ou l'OMC autorisent-ils les Membres à adopter des mesures tenant compte de violations des droits de l'homme ayant lieu exclusivement dans un autre Etat et n'ayant pas d'effet direct sur le territoire de ces Membres ?

Toutes ces questions ne constituent que quelques facettes de la relation entre le système de règlement des différends de l'OMC et le droit international des droits de l'homme.

En premier lieu, le concept de « règlement des différends » est large. L'un des aspects systémiques importants du règlement des différends réside dans le concept de « droit applicable », qui recouvre l'ensemble de normes juridiques qui engagent les Membres de l'OMC, en tant que tels, ainsi que les recours effectifs prévus. Sur ce plan, on pourrait alors considérer que le droit de l'OMC constitue un sous-système spécifique du droit international, avec des droits et des obligations spécifiques, des prétentions et des motifs d'actions spécifiques, des violations spécifiques, des mécanismes d'application spécifiques, et des recours spécifiques en cas de violations de ceux-ci. En second lieu, l'expertise du règlement des différends de l'OMC pose la question distincte mais parallèle de la compétence limitée que les organes juridictionnels de l'OMC ont, étant entendu qu'il leur est impossible d'appliquer et faire respecter⁸ des normes autres que celles de l'OMC. Enfin on notera que les outils et les méthodes utilisés par les organes juridictionnels de l'OMC dans l'interprétation du « droit applicable de l'OMC » sont d'égale importance. Ces trois aspects sont développés dans les relations avec les normes sur les droits de l'homme dans ce document.

Les dispositions de l'OMC doivent évoluer et être interprétées en conformité avec le droit international, y compris les droits de l'homme, à moins qu'il n'en soit prescrit autrement. Il a été suggéré qu'une interprétation « de bonne foi » des dispositions pertinentes de l'OMC et des droits de l'homme devrait conduire à une lecture du droit de l'OMC qui soit cohérente avec les droits de l'homme. La Déclaration de Doha sur les ADPIC et la santé publique⁹ est un bon exemple d'une telle lecture cohérente des dispositions de l'OMC avec la prise en compte des droits de l'homme potentiellement pertinents.

La partie II du présent document suggère qu'on ne peut répondre correctement à la question de savoir si un Membre de l'OMC peut invoquer les droits de l'homme pour refuser de remplir une obligation de l'OMC (y compris en cas d'allégation de « conflit » entre l'OMC et d'autres normes de droit international), qu'en examinant la nature du « droit applicable » de l'OMC – un sous-système spécifique du droit – ainsi que la compétence et la juridiction limitées des organes juridictionnels de l'OMC. Le droit international reconnaît les systèmes *lex specialis* qui prévoient un système de contrôle des traités ainsi que des remèdes spécifiques. Cela étant, on peut émettre un doute à l'idée que les Membres de l'OMC aient voulu rendre disponible le recours à l'OMC pour faire respecter les droits de l'homme.

La partie III de ce document examine l'interprétation du « droit applicable » de l'OMC en prenant en compte, lorsque c'est pertinent, les normes concernant plus particulièrement les droits de l'homme.

Dans la mesure où ils paraissent très improbables, des conflits purs entre le droit de l'OMC et les droits de l'homme, y compris *jus cogens*, sont concevables.

La partie IV de ce document examine cette possibilité. En effet, en cas de conflit, les organes juridictionnels de l'OMC ne semblent avoir la compétence nécessaire ni pour conclure de façon formelle qu'une norme n'appartenant pas à l'OMC a été violée, ni pour demander soit des mesures concrètes en vertu de cette norme, soit toute conclusion qui mettrait en application une norme extérieure à l'OMC de préférence aux dispositions de l'OMC, car ce faisant, les organes juridictionnels de l'OMC ajouteraient à, diminueraient ou amèneraient les « accords visés » de l'OMC. Il existe une distinction entre les obligations qui engagent les Etats (Membres de l'OMC) – pour lesquelles ils sont toujours légalement responsables – et le « droit applicable » de l'OMC.

Le « droit applicable » désigne le droit qui engage les Etats, en tant que Membres de l'OMC, que les organes juridictionnels de l'OMC peuvent faire appliquer (par des recours effectifs) en vertu de la compétence obligatoire et exclusive sur les questions de l'OMC qui leur a été accordée.

Le *jus cogens* fait l'objet d'une attention particulière. En effet, de par sa nature même, le *jus cogens* est partie intégrante dans tous les droits et aurait ainsi un effet direct en droit de l'OMC. L'interdiction coutumière de violer le *jus cogens* suffit pour invalider *ab initio* toute disposition contraire, une réalité juridique qui lie tous les Etats et institutions.

Les situations de conflit pur entre des dispositions de l'OMC et le *jus cogens* sont cependant difficiles à concevoir. Dans la plupart, sinon dans tous les cas, la forte présomption contre une violation du *jus cogens* conduira à interpréter le droit de l'OMC de manière à éviter une telle violation. Certains peuvent avancer que les groupes spéciaux et l'Organe d'appel de l'OMC n'ont pas la capacité de prononcer la nullité d'une disposition d'un accord de l'OMC pour violation du *jus cogens*, car ils peuvent seulement recommander qu'une mesure nationale soit mise en conformité avec les accords visés (bien que les dispositions de l'OMC doivent être interprétées en prenant en compte les aspects pertinents des droits de l'homme). Dans tous les cas cependant, les Membres de l'OMC ayant violé les droits de l'homme restent soumis aux règles sur la responsabilité des Etats, et juridiquement responsables des conséquences de cette violation. En bref, il n'existe pas de cohérence parfaite entre les systèmes de droit et procédures juridictionnelles pour ce qui concerne la relation entre les droits de l'homme et l'OMC.

Enfin, dans la partie V, j'aborde ce qui constitue sans doute la question la plus importante et la plus complexe du débat sur le commerce et les droits de l'homme, celle de la juridiction de l'OMC. Dans quelle mesure les distinctions établies par les Membres de l'OMC en matière de préférences et de réglementations commerciales peuvent-elles prendre en compte – venir en réponse à, forcer des

changements de réglementation et de politique vis-à-vis de, ou être basées sur - des violations des droits de l'homme ayant lieu entièrement et exclusivement sur le territoire d'un autre Membre ?

Le débat sur la juridiction de l'OMC englobe les questions suivantes :

- (1) les dispositions de l'OMC peuvent-elles, et comment, autoriser un Etat Membre à agir en réponse à des problèmes en dehors de sa juridiction ?
- (2) doit-on tenir compte, et comment, de considérations de politique extérieure dans l'établissement de distinctions en termes de préférences et de réglementation ?
- (3) quel est l'état actuel du droit de l'OMC au sujet des procédés et méthodes de production (PMP) ?
- (4) Enfin qu'en est-il des questions liées aux conflits et chevauchements de compétence judiciaire et législative ?

II. LA « COMPETENCE LIMITEE » DES ORGANES JURIDICTIONNELS¹⁰ DE L'OMC ET LE « DROIT APPLICABLE DE L'OMC »

La nature et la procédure du mécanisme de règlement des différends de l'OMC, voire son efficacité, ainsi que la portée de l'article 23 du « Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends » (ci-après « le Mémoire d'accord »), attire souvent vers cette juridiction des différends qui, ayant, certes, des répercussions commerciales, soulèvent aussi des considérations relatives aux droits de l'homme. Il est donc fort possible qu'un débat sur la relation entre le droit de l'OMC et celui des droits de l'homme ait lieu devant les organes juridictionnels de l'OMC, si la question est soulevée par une des parties au différend. Dans ce contexte, on doit examiner la question du « droit applicable » entre les Membres de l'OMC, et celle, distincte mais liée à la première, de l'incapacité suggérée des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel à émettre des recommandations pour assurer l'application de normes autonomes de droit international, telles que celles portant sur les droits de l'homme.

A. LE MEMORANDUM VA ATTIRER LA COMPETENCE VERS LES ORGANES JURIDICTIONNELS DE L'OMC.

Le mécanisme de règlement des différends de l'OMC peut être déclenché aisément et rapidement, et on attend souvent des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel qu'ils rendent des décisions rapides, certes à l'exclusion d'autres juridictions, et sur toute plainte relative à l'OMC¹¹.

1. *L'atteinte présumée à des intérêts légaux et économiques sera suffisante pour déclencher le mécanisme de règlement des différends de l'OMC.*

Contrairement aux conditions requises pour avoir la capacité d'ester devant maints tribunaux internationaux, celles qui sont requises pour déclencher une procédure de règlement des différends à l'OMC sont faciles à remplir. Dans le panel « *Etats-Unis - Chemisiers* », l'Organe d'appel remarque: « Dans le cas où un Membre considérerait que ses avantages se trouvent annulés ou compromis du fait des circonstances indiquées à l'article XXIII, il peut alors recourir au mécanisme de règlement des différends. »¹² De même, dans la panel « *CE – Bananes III* », l'Organe d'appel déclare qu'« un Membre a un large pouvoir d'appréciation pour décider s'il y a lieu de déposer un recours contre un autre Membre en vertu du Mémoire d'accord. Le libellé de l'article XXIII.1 du GATT de 1994 et de l'article 3.7 du Mémoire d'accord donne à penser, en outre, qu'un Membre *devrait faire preuve d'une grande discipline* pour décider si une action serait "utile". »¹³ A ce titre, les Etats-Unis étant un producteur de bananes, et ayant un *intérêt potentiel à l'exportation*, leur intérêt était suffisant pour demander la formation d'un groupe spécial à l'OMC - en se basant sur l'allégation selon laquelle le régime commercial de la banane appliqué par l'Union Européenne n'était pas conforme aux règles de l'OMC - « car il est probable, plus que jamais, que tout ce qui porte atteinte à l'équilibre négocié de droits et d'obligations *aura des conséquences directes ou indirectes pour eux* ». ¹⁴ Même si, dans la pratique, un Membre doit justifier de la mise en cause d'un intérêt réel pour initier une procédure de règlement des différends à l'OMC, dans l'affaire « *Corée – Produits laitiers* » le groupe spécial a rejeté l'idée qu'un Membre doive faire la preuve d'une atteinte à ses intérêts économiques ou juridiques pour déclencher une procédure de règlement des différends. ¹⁵

En règle générale, il suffit d'alléguer que le commerce régulé par l'OMC se trouve affecté pour déclencher formellement la procédure standard de règlement des différends, et ce par le biais d'une simple demande de consultations faite par écrit auprès de l'Organe de Règlement des Différends (ORD). A ce niveau, les droits de l'homme peuvent faire l'objet de discussions pendant les consultations confidentielles. Cependant, à la fin des 60 jours de consultations obligatoires, la partie plaignante a le droit de demander l'établissement d'un groupe spécial. Les considérations et arguments relatifs aux droits de l'homme ne sont examinés qu'une fois que la procédure du groupe spécial – décrite ci-dessous – est bien entamée. Les arguments basés sur des considérations relatives aux droits de l'homme – qu'ils soient invoqués par le plaignant ou le défendeur – ne peuvent en aucun cas modifier la procédure automatique prévue par le Mémoire d'accord.

2. *Quasi-automaticité, consensus renversé et rapidité du mécanisme de règlement des différends de l'OMC.*

Le mécanisme de règlement des différends de l'OMC fonctionne sur le principe de consensus renversé (appelé aussi consensus négatif). Selon ce principe, de nombreuses étapes procédurales ont lieu de manière automatique, dans des délais prédéterminés, à moins que par consensus, les Membres de l'OMC n'en décident autrement. ¹⁶ Suite à une demande, le groupe spécial sera établi, les rapports du groupe spécial et de l'Organe d'appel seront adoptés par l'ORD (composé de tous les Membres de l'OMC), et des mesures de rétorsion seront autorisées. La procédure de règlement du différend doit être entièrement achevée dans un délai de 9 à 12 mois, et jusqu'à présent les groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont fort bien respecté les délais prévus dans le Mémoire d'accord. ¹⁷ Après la procédure juridictionnelle, si une mise en œuvre immédiate s'avère impossible, on accorde à la partie perdante un « délai raisonnable de mise en œuvre », qui varie entre 8 et 15 mois. ¹⁸ A l'expiration de ce délai, s'il y a désaccord quant à la compatibilité avec le droit de l'OMC de la mesure de mise en œuvre, les parties doivent retourner devant le groupe spécial et l'Organe d'appel avant que des sanctions puissent être autorisées par l'ORD. Une procédure d'arbitrage rapide est également disponible si les parties ne sont pas d'accord sur le niveau des mesures de rétorsion à appliquer. ¹⁹

Comparé à n'importe quelle autre procédure juridictionnelle internationale, ce mécanisme est efficace, et il est à présent très difficile, pour une partie, de le « bloquer » longtemps. Les Membres de l'OMC le trouvent très pratique et en font bon usage. Encore une fois, nulle allégation ou argument se rapportant à des considérations relatives aux droits de l'homme ne peut affecter la quasi-automatisme de cette procédure rapide.

3. *La portée de l'Article 23 du Mémoire d'accord : compétence d'attribution, obligatoire et exclusive.*

L'article 23 du Mémoire d'accord, intitulé « Renforcement du système multilatéral », stipule que:

« (1) Lorsque des Membres chercheront à obtenir réparation en cas de violation d'obligations ou d'annulation ou de réduction d'avantages résultant des accords visés, ou d'entrave à la réalisation d'un objectif desdits accords, ils auront recours et se conformeront aux règles et procédures du présent Mémoire d'accord.

(2) Les Membres:

a) *ne détermineront pas qu'il y a eu violation, que des avantages ont été annulés ou compromis ou que la réalisation d'un objectif des accords visés a été entravée si ce n'est en recourant au règlement des différends conformément aux règles et procédures du présent Mémoire d'accord, et établiront toute détermination de ce genre au regard des constatations contenues dans le rapport du groupe spécial ou de l'Organe d'appel adopté par l'ORD ou d'une décision arbitrale rendue au titre du présent Mémoire d'accord.* » (italiques de l'auteur)

Cet Article 23 du Mémoire d'accord est peut-être l'une des dispositions fondamentales du dit texte. Non seulement il interdit les mesures ou contre-mesures unilatérales, ainsi que certains « comportements » des Etats qui pourraient « menacer le système commercial multilatéral »²⁰, mais il déclare également que l'OMC a la compétence exclusive pour entendre les recours pour cause de violation des Accords OMC.²¹

En effet, l'Article 23 :1 du Mémoire d'accord impose aux Membres :

« une obligation générale d'obtenir réparation en cas de violation d'obligations ou d'annulation ou de réduction d'avantages résultant des accords visés uniquement en ayant recours aux règles et procédures du Mémoire d'accord et non par une action unilatérale. Les alinéas a), b) et c) de l'article 23 :2 énoncent des formes spécifiques et clairement définies d'action unilatérale prohibée contraires à l'article 23 :1 du Mémoire d'accord. Il y a un rapport étroit entre les obligations énoncées aux paragraphes 1 et 2 de l'article 23. Elles concernent toutes l'obligation des Membres de l'OMC de ne pas avoir recours à une action unilatérale. »²²

En tant que moyen d'écartier les mesures unilatérales, l'article 23 du Mémoire d'accord a été officialisé, rédigé de manière à ce que les Etats, lorsque ils adhèrent à l'OMC, et avant même tout différend, renoncent à l'emploi des contre-mesures unilatérales autres que celles conformes au droit de l'OMC, et reconnaissent aux organes juridictionnels de l'OMC la compétence exclusive en cas de violation de normes de l'OMC.²³ L'OMC est l'un des rares systèmes de droit conventionnel qui soit parvenu à bien réglementer les contre-mesures employées par les Etats les plus puissants.

Il est cependant possible de « contourner » la procédure standard du Mémoire d'accord en ayant recours à l'arbitrage au titre de l'article 25 du Mémoire d'accord, si les deux parties au différend sont d'accord. Mais la procédure d'arbitrage décrite dans l'article 25 du Mémoire d'accord reste sous l'autorité du dit accord, notamment en ce qui concerne sa mise en œuvre (articles 21 et 22 du Mémoire d'accord).²⁴ Dans ce document je ferai référence au mécanisme général de règlement

des différends des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel, et non à la possibilité offerte par l'article 25 du Mémorandum d'accord, qui est rarement utilisée.²⁵

La compétence exclusive des organes juridictionnels de l'OMC pour statuer sur les allégations de violation d'une norme de l'OMC ne résout pas le problème compliqué des chevauchements et des conflits de juridiction abordé plus loin (cf. partie V:D). Quelle est, par exemple, la portée exacte de l'Article 23 du Mémorandum d'accord dans les cas où les mêmes faits ont donné lieu à une plainte auprès d'une juridiction des droits de l'homme ? Un Membre de l'OMC peut chercher à obtenir réparation d'une violation d'un traité de droits de l'homme auprès d'une instance des droits de l'homme. Toujours est-il que les Membres de l'OMC semblent avoir exclu la possibilité d'entamer le débat sur la question de savoir si une instance des droits de l'homme pourrait imposer des mesures correctives ayant des conséquences commerciales incompatibles avec le droit de l'OMC. En même temps, les Membres de l'OMC sont liés par leurs engagements en matière des droits de l'homme, et les États doivent respecter tous leurs droits et obligations internationaux à tous moments.

Cependant, à l'heure actuelle, en droit international, il ne semble pas exister de coordination totale des systèmes de droit international. Une même mesure peut violer un traité sans en violer obligatoirement un autre ; c'est d'autant plus vrai si ces traités ne traitent pas des mêmes questions ou abordent des aspects différents d'une même question. On peut donc envisager le cas de figure où une instance des droits de l'homme conclurait qu'une mesure (qui serait également une mesure ou une partie d'une mesure à l'OMC), est incompatible avec un traité sur les droits de l'homme, alors que les organes juridictionnels de l'OMC concluraient que cette même mesure est conforme aux Accords de l'OMC. Comme l'exige le droit international, cette mesure devrait être modifiée pour être compatible avec les normes sur les droits de l'homme, tout en s'assurant qu'elle demeure compatible avec le droit de l'OMC ; et la plupart du temps cela serait faisable. Dans ce cas, les conclusions des organes juridictionnels de l'OMC ne concerneraient que les aspects liés aux commerce de la mesure et n'affecteraient pas, ni ne s'occuperaient de la compatibilité de cette mesure avec les droits de l'homme. Les organes juridictionnels de l'OMC n'ont pas la compétence nécessaire pour interpréter et déterminer formellement si une mesure à l'OMC est compatible avec les normes sur les droits de l'homme.

B. LA COMPETENCE LIMITEE ET DELEGUEE DES GROUPES SPECIAUX ET DE L'ORGANE D'APPEL DE L'OMC

Les groupes spéciaux et l'Organe d'appel sont des produits du Mémorandum d'accord, par l'élargissement des dispositions des articles XXII et XXIII du GATT de 1947. L'article 3:1 du Mémorandum d'accord prévoit que « les Membres affirment leur adhésion aux principes du règlement des différends appliqués jusqu'ici conformément aux articles XXII et XXIII du GATT de 1947, et aux règles et procédures telles qu'elles sont précisées et modifiées dans le présent Mémorandum d'accord ». Tous les accords commerciaux multilatéraux de l'OMC, à l'exception de l'AGCS (Accord Général sur le Commerce et les Services, GATS, en anglais), contiennent une référence croisée aux dispositions des articles XXII et XXIII du GATT et au Mémorandum d'accord²⁶. L'AGCS ne fait allusion qu'au Mémorandum d'accord car il a ses propres articles XXII et XXIII sur le règlement des différends.

Au titre de l'article XXIII du GATT 1947, on a donné aux PARTIES CONTRACTANTES l'autorité de déterminer si un avantage revenant à une partie contractante a été annulé ou compromis (ou si la réalisation d'un objectif du GATT a été entravée) suite à une violation du GATT²⁷. Très tôt, un petit groupe d'experts a été mandaté par les PARTIES CONTRACTANTES pour que leur soient fournies des recommandations sur la question de savoir quand et comment une disposition du GATT était violée. Pour chaque cas, ces recommandations de groupes spéciaux devaient être adoptées par toutes les PARTIES CONTRACTANTES pour être contraignantes²⁸.

En vertu des articles XXII et XXIII du GATT et du Mémorandum d'accord, les Membres de l'OMC ont délégué aux groupes spéciaux et à l'Organe d'appel le pouvoir de se prononcer sur leurs différends et d'émettre des recommandations à l'ORD. Les paramètres de cette délégation de pouvoir et la compétence des organes juridictionnels de l'OMC sont déterminés dans le Mémorandum d'accord et dans l'Accord de Marrakech instituant l'OMC. Le Mémorandum d'accord définit la compétence (le mandat) des groupes spéciaux (et de l'Organe d'appel) selon : (1) les allégations de violation des dispositions de l'OMC de la (des) parties(s) plaignante(s) ; (2) le type de recours et les conclusions spécifiques que les groupes spéciaux et l'Organe d'appel peuvent recommander ; et (3) l'interdiction d'accroître ou diminuer le droit de l'OMC.

1. *Le mandat des groupes spéciaux : déterminer s'il y a eu violation des dispositions des « accords visés » de l'OMC : articles 1, 4, 7 et 11 du Mémorandum d'accord.*

En vertu de l'article 1:1, le Mémorandum d'accord s'applique aux différends soulevés/portés au titre des « accords visés ». Les « accords visés », énumérés dans l'Annexe 1 du Mémorandum d'accord, sont tous les accords commerciaux multilatéraux de l'OMC, (tous sauf le Mécanisme d'examen des politiques commerciales) ; ainsi que les accords plurilatéraux sauf notification contraire à l'ORD.²⁹ Les « accords visés » peuvent aussi inclure les décisions prises par l'OMC et le droit dérivé, s'il y en a. L'article 4 dispose que des consultations peuvent être entamées suite à une allégation de violation de n'importe lequel des *accords visés*. L'article 7:1 prévoit que le mandat des groupes spéciaux est le suivant :

« examiner, à la lumière des dispositions pertinentes de (nom de l'(des) *accord(s) visé(s)* cité(s) par les parties au différend), la question portée devant l'ORD... ; faire des constatations propres à aider l'ORD à formuler des recommandations ou à *statuer* sur la question, *ainsi qu'il est prévu dans ledit (lesdits) accord(s).* » (italiques de l'auteur).

L'article 7:2 ajoute que « les groupes spéciaux examineront les dispositions pertinentes de *l'accord visé ou des accords visés* cités par les parties au différend » (italiques de l'auteur). L'article 11 du

Mémoire d'accord suggère également que la compétence des groupes spéciaux est limitée aux accords visés. Il prévoit qu'un groupe spécial devrait « procéder à une évaluation objective de la question dont il est saisi, y compris une évaluation objective des faits de la cause, de l'applicabilité des dispositions des *accords visés* pertinents et de la conformité des faits avec ces dispositions, et formuler d'autres constatations propres à aider l'ORD à faire des recommandations ou à statuer ainsi qu'il est prévu dans les *accords visés*» (italiques de l'auteur). Enfin, l'article 19 :1 prévoit que la recommandation standard est que la partie perdante « rende conforme [la mesure] audit *accord(s) [visé(s)]* ».

En somme, le mandat des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel est défini et limité : interpréter le droit de l'OMC et établir si une disposition des accords visés a été violée. Ce faisant ils appliquent et mettent en œuvre le droit de l'OMC. Formellement, les organes juridictionnels de l'OMC sont compétents pour interpréter et appliquer seulement le droit de l'OMC ; ils ne peuvent interpréter d'autres traités et coutumes, et encore moins émettre des conclusions juridiques quant à la violation ou à la conformité [d'une mesure] avec d'autres traités ou coutumes. Les plaintes pour violation des droits de l'homme ne peuvent être portées devant les organes juridictionnels de l'OMC. Ceci suggère donc que les organes juridictionnels de l'OMC ne peuvent faire appliquer ou rendre directement applicables des normes sur les droits de l'homme entre les Membres de l'OMC qu'en vertu des dispositions de l'OMC, y compris les exceptions générales. Cependant, les organes juridictionnels de l'OMC devraient présumer que les Membres de l'OMC sont tenus de remplir leurs obligations en matière des droits de l'homme ; ils doivent donc interpréter et appliquer le droit de l'OMC en conséquence.

2. *Les groupes spéciaux et l'Organe d'appel n'ont pas le droit d'accroître ou diminuer les droits et obligations de l'Accord sur l'OMC.*

Les articles 3 :2 et 19 :1 du Mémoire d'accord sont sans équivoque. L'article 3 :2 dispose que « les recommandations et décisions de l'ORD ne peuvent pas accroître ou diminuer les droits et obligations énoncés dans les accords visés ». L'article 19 :2 prévoit que « dans leurs constatations et leurs recommandations, le groupe spécial et l'Organe d'appel ne pourront pas accroître ou diminuer les droits et obligations énoncés dans les accords visés ». Les instruments juridiques internationaux concernant les droits de l'homme ne sont pas inclus parmi les « accords visés ». Les groupes spéciaux et l'Organe d'appel de l'OMC ne peuvent faire appliquer ou donner effet à des dispositions relatives aux droits de l'homme, dans la mesure où cela accroîtrait ou diminuerait les droits et obligations à l'OMC. Ce n'est pas pour autant que les organes juridictionnels de l'OMC ne sont pas tenus d'interpréter et appliquer le droit de l'OMC conformément aux droits de l'homme.³⁰

3. *Les conclusions standard et limitées des organes juridictionnels de l'OMC*

Comme discuté de manière plus approfondie dans la section II :C:3 ci-dessous, le Mémoire d'accord prévoit que les groupes spéciaux ou l'Organe d'appel émettent des recommandations standard. S'ils estiment qu'une mesure viole un des accords visés, les organes juridictionnels de l'OMC doivent recommander que le Membre concerné « rende la mesure jugée incompatible conforme aux dispositions des accords visés ». On n'envisage aucune autre conclusion ou réparation. Au mieux, les organes juridictionnels de l'OMC peuvent émettre des « suggestions »³¹ sur la manière dont la mesure doit être mise en conformité mais de telles suggestions ne sont pas obligatoires et les organes juridictionnels de l'OMC ne peuvent les faire appliquer. Il s'ensuit qu'un organe juridictionnel de l'OMC ne peut demander ou même suggérer que les Membres modifient leurs législations pour les rendre conformes à des normes non-OMC, à moins qu'ils ne puissent lier ces suggestions au respect d'une disposition des accords visés.

4. Les « pouvoirs implicites » résultant de l'obligation de statuer avec objectivité sur les différends à l'OMC.

Thomas Schoenbaum a suggéré que l'article 11 du Mémorandum d'accord, qui demande aux groupes spéciaux de « formuler d'autres constatations propres à aider l'ORD à faire des recommandations ou à statuer », est « une clause de pouvoirs implicites qui devrait être interprétée au sens large de manière à ce que les groupes spéciaux et l'Organe d'appel puissent se prononcer sur tous les aspects d'un différend ». ³² Ainsi que montré par les arguments du présent document, de nombreux instruments juridiques nationaux et internationaux devront être examinés et interprétés dans la mesure où cela s'avérera nécessaire pour interpréter et faire appliquer une disposition de l'OMC. Mais cet examen n'aura lieu que dans la mesure où il sera nécessaire pour interpréter et appliquer le droit de l'OMC, et non pas dans le but de décider de « tous les aspects d'un différend ». ³³

L'article 11 du Mémorandum d'accord peut en revanche être interprété comme donnant aux groupes spéciaux les pouvoirs nécessaires, et même l'obligation, d'adopter des pratiques et de suivre des principes judiciaires garantissant l'objectivité dans l'application des accords visés et le déroulement de la procédure de règlement des différends. Les organes juridictionnels de l'OMC se sont en effet référés à des principes généraux du droit en vue d'assurer l'efficacité de la procédure juridictionnelle. ³⁴ Dans *CE – Bananes III*, l'Organe d'appel a rejeté la pratique du GATT consistant à refuser la participation des conseillers à la procédure devant le groupe spécial, et a déclaré : « ... que ce soit dans l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce (l'Accord sur l'OMC), le Mémorandum d'accord ou les Procédures de travail, ou en droit international coutumier ou suivant la pratique des tribunaux internationaux, nous ne voyons rien qui empêche un Membre de l'OMC de déterminer la composition de sa délégation dans la procédure devant l'Organe d'appel ». ³⁵ L'Organe d'appel a utilisé la même technique lorsque, dans *Etats-Unis – Chemisiers*, il a introduit le concept de charge de la preuve en droit de l'OMC ³⁶, ou lorsqu'il a mentionné pour la première fois « la procédure régulière » (« due process ») dans *Brésil – Noix de coco desséchée*. ³⁷

Cette objectivité recherchée par l'article 11 du Mémorandum d'accord nécessite également une interprétation de bonne foi des dispositions de procédure et de fond du droit de l'OMC, à la lumière du droit international général qui lie les Membres de l'OMC. ³⁸ Cela comprendrait en particulier le droit et l'obligation des groupes spéciaux d'adopter des règles de procédure spécifiques pour garantir une « procédure régulière », etc., comme l'Organe d'appel l'a souligné à plusieurs occasions.

5. *Les Membres des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel sont principalement des experts « commerciaux »*

Les Membres des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel doivent être des experts commerciaux, et pas nécessairement des experts des droits de l'homme ou du droit international du travail ou de l'environnement par exemple ; ceci constitue une preuve supplémentaire que les Membres de l'OMC n'ont pas désiré donner une compétence générale aux organes juridictionnels de l'OMC. En termes de compétences requises dans la sélection des experts, l'article 8 :1 du Mémoire d'accord fait référence seulement au GATT, à l'OMC et au commerce : «Les groupes spéciaux seront composés de personnes très qualifiées ayant ou non des attaches avec des administrations nationales, y compris des personnes qui ont fait partie d'un groupe spécial ou présenté une affaire devant un tel groupe, qui ont été représentants d'un Membre ou d'une partie contractante au GATT de 1947, ou représentants auprès du conseil ou du comité d'un accord visé ou de l'accord qui l'a précédé ou qui ont fait partie du secrétariat, qui ont enseigné le droit ou la politique commerciale internationale ou publié des ouvrages dans ces domaines, ou qui ont été responsables de la politique commerciale d'un Membre ». Les conditions sont identiques pour la participation des membres de l'Organe d'appel : « L'Organe d'appel comprendra des personnes dont l'autorité est reconnue, qui auront fait la preuve de leur connaissance du droit du commerce international et des questions relevant des accords visés en général».³⁹

Là encore, il serait douteux de penser que les Membres de l'OMC aient voulu que leurs « juges » OMC interprètent et appliquent des traités autres que ceux de l'OMC (tels que ceux portant sur les droits de l'homme etc...) : ils exigeaient des membres des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel une expertise qui réside surtout dans la connaissance du GATT, de l'OMC et des sujets commerciaux, rien de plus.

C. LE DROIT APPLICABLE DE L'OMC, UN SOUS-SYSTEME SPECIFIQUE DU DROIT INTERNATIONAL

Une même juridiction, un même tribunal, peuvent être autorisés (ou il peut leur être nécessaire) d'utiliser différents « droits applicables » en différentes circonstances. La « juridiction » (ou compétence) des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'OMC et le « droit applicable » pertinent entre deux Membres de l'OMC sont deux concepts distincts d'un point de vue juridique⁴⁰. La question du « droit applicable » est pertinente car elle concerne l'ensemble des droits et obligations qui lient les Etats, en tant que Membres de l'OMC, indépendamment de et parallèlement à la compétence des organes juridictionnels de l'OMC. Le droit applicable est le droit qui peut « prendre effet » (directement) entre Membres de l'OMC, en tant que tels, et que les organes judiciaires de l'OMC, qui ont compétence exclusive sur les affaires touchant à l'OMC, peuvent faire appliquer. Le droit applicable de l'OMC est le système de droit (droits et obligations) qui lie ses Membres et qui dispose de moyens de recours effectif en cas de violation. En tant que « régime autosuffisant », le droit de l'OMC est un sous-système dont la vocation est d'« éviter autant que faire se peut l'application des sanctions juridiques prévues en dernier recours dans le cas de violations des règles, des agissements frauduleux, en particulier l'application de contre-mesures généralement à la disposition de la partie lésée »⁴¹. L'expression « régime autosuffisant » est toutefois réductrice d'un point de vue analytique, car elle peut présenter le droit de l'OMC comme un système hermétique et nous savons tous qu'il n'en est rien : l'OMC n'est pas cliniquement isolée du droit public international. Au contraire, il serait peut-être plus fructueux de décrire le droit de l'OMC comme un système de *lex specialis*, au sens de l'article 55 des Règles sur la responsabilité des Etats adoptées par la Commission du droit international (CDI). XX

Dans l'Accord sur l'OMC, le droit applicable, tout comme la compétence des groupes spéciaux et celle de l'Organe d'appel sont définis en se référant aux accords visés. Les dispositions relatives aux limites de compétence des groupes spéciaux sont calquées sur celles qui régissent le droit applicable

entre Membres de l'OMC. Les articles 1, 3, 4, 7, 11 et 19 du Mémorandum d'accord définissent l'OMC comme un sous-système de droit international qui contient des droits et obligations spécifiques (les accords visés), des motifs d'action spécifiques, des recours spécifiques et des contre-mesures spécifiques. Dès lors que des droits et obligations spécifiques, des recours spécifiques et un mécanisme de règlement des différends spécifique ont été mis en place, et que les contre-mesures ont été réglementées, on peut raisonnablement dire que les Membres de l'OMC ont créé un système qui contient un droit applicable spécifique, un système *lex specialis*. Comme développé plus loin, cela ne veut pas dire que le droit de l'OMC ne devrait pas évoluer et être interprété en cohérence avec le droit international général. Mais si le droit de l'OMC est un sous-système spécifique de droit international, les dispositions de l'OMC « ne peuvent être écartées par des situations et considérations appartenant à un autre sous-système »⁴², comme par exemple celui des droits de l'homme. Pour évaluer de façon complète si l'OMC est un régime « autosuffisant » ou *lex specialis*, il faudrait comparer les diverses règles sur la responsabilité des Etats à celles du Mémorandum d'accord, de l'Accord de Marrakech instituant l'OMC, et des nombreux accords commerciaux multilatéraux passés au sein de l'OMC. Dans le présent document, je me suis contentée d'examiner certains aspects de cette question par rapport au Mémorandum d'accord.

1. Droits et obligations spécifiques

Les obligations qui incombent aux Membres de l'OMC sont celles contenues dans les accords visés identifiés dans les Annexes 1 et 2, ainsi que dans le droit dérivé pertinent. Les droits et obligations des Membres de l'OMC sont ceux des accords visés, sans aucune dérogation, soit vers un accroissement, soit vers une réduction. L'article II de l'Accord de Marrakech instituant l'OMC dispose que les Membres de l'OMC sont liés par cet accord ainsi que par les dispositions des Annexes 1, 2 et 3 ; l'article XVI :5 prévoit qu'il ne pourra être formulé de réserves aux obligations à l'OMC en vertu des dispositions des accords commerciaux multilatéraux que dans la mesure prévue dans lesdits, et aucun d'eux ne contient de procédure visant à formuler une réserve. Les droits et obligations à l'OMC doivent cependant être interprétés conformément au droit international.

2. Motifs d'action spécifiques – plaintes spécifiques.

En droit de l'OMC, le motif spécifique et principal d'action est qu'une (ou plusieurs) des dispositions d'un ou de plusieurs accords visés a (ont) été violée(s) (articles 4 et 7 du Mémorandum d'accord). On considère généralement que les plaintes pour violation à l'OMC ne peuvent se rapporter qu'à une violation des accords visés.⁴³

Toutefois, strictement parlant, les articles XXII et XXIII du GATT et le Mémorandum d'accord prévoient trois causes d'action. Le mécanisme de règlement des différends de l'OMC peut être déclenché s'il y a (1) violation d'une disposition des accords visés ; (2) non-violation, si la mesure a annulé ou compromis les avantages résultant des accords visés⁴⁴ ; et (3) ce qu'on appelle les plaintes dans une autre situation. Les deux dernières causes d'action (plaintes en situation de non-violation et dans une autre situation) sont « exceptionnelles » : leur application est très rare et soumise à la doctrine des « attentes raisonnables ». Les plaintes en situation de « non-violation » étaient prévues dès l'origine du GATT en tant qu'accord visant à protéger les concessions tarifaires réciproques négociées entre les parties contractantes au titre de l'article II.⁴⁵

Pourrait-on avancer, alors, que la violation d'une disposition de droits de l'homme, bien qu'elle ne soit en même temps une violation des accords visés de l'OMC, serait de nature à annuler et compromettre les avantages résultant des accords visés, et pourrait ainsi être à la base d'une plainte en situation de non-violation à l'OMC ? A la lumière des conditions et critères développés par la jurisprudence, on peut répondre que cela est très improbable. La « non-violation » avait un sens au temps où l'accord du GATT ne contenait qu'un nombre limité de règles. En effet, « *En l'absence de règles juridiques de fond dans de nombreux domaines touchant le commerce international*, la disposition de l'article

XXIII:1(b) relative aux actions "en situation de non-violation" visait à empêcher les parties contractantes de recourir à des obstacles non tarifaires ou à d'autres mesures de politique générale pour neutraliser les avantages des concessions tarifaires négociées » (italiques de l'auteur).⁴⁶ En outre, la situation invoquée comme cause de l'annulation doit ne pas avoir existé au moment des négociations tarifaires dont la portée se trouve affectée. A cela s'ajoute une condition : on ne pouvait raisonnablement pas s'attendre à la survenance de la cause de l'annulation (en l'espèce la violation des droits de l'homme). Or la plupart des traités de droits de l'homme ainsi que l'adhésion – ou la non-adhésion - des Membres de l'OMC à ces instruments juridiques existaient avant l'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC.

Il est généralement admis, en fin de compte, que les plaintes « en situation de non-violation » sont le reflet d'une mise en œuvre de bonne foi du GATT mais ne devraient pas être utilisées dans le but d'introduire dans le droit de l'OMC des dispositions qui n'y figurent pas.⁴⁷

3. *Système d'exécution spécifique*

Comme discuté ci-dessus, l'article 23 du Mémoire d'accord a été interprété comme interdisant toute forme d'action unilatérale non-autorisée et prévoit que les plaintes relatives aux droits et obligations de l'OMC ne peuvent être déposées qu'auprès des organes juridictionnels de l'OMC conformément à la procédure du Mémoire d'accord, renforçant ainsi l'idée que le Mémoire d'accord prévoit un système *lex specialis* au titre de l'article 55 des Règles sur la responsabilité des Etats. Toutefois, l'article 23 du Mémoire d'accord ne peut interdire (et ne le fait pas) aux Etats (Membres de l'OMC) de saisir d'autres juridictions, tels que des instances des droits de l'homme, et de demander une évaluation de la compatibilité d'une mesure commerciale avec des obligations à l'égard des droits de l'homme. Le chevauchement et la coexistence de divers systèmes de droit et juridictions, ainsi que le manque de cohérence entre ces derniers, feront l'objet d'une réflexion dans la cinquième partie de ce document.

4. *Recours spécifiques*

Le Mémoire d'accord a prévu les « moyens nécessaires de défense et de sanction en cas d'activités illicites de la part des [Membres de l'OMC] ». ⁴⁸ Cela correspond aux critères utilisés par la Cour internationale de justice (CIJ) dans *l'affaire Téhéran*, dans laquelle la Cour a déclaré que les règles régissant les relations diplomatiques constituaient un régime autosuffisant. Le Mémoire d'accord aborde et régleme, de manière explicite, de nombreux aspects des Règles sur la responsabilité des Etats et les « adapte » à ses besoins spécifiques, surtout en ce qui concerne la réparation. L'article 19 du Mémoire d'accord prévoit ce qui suit :

« 1. Dans les cas où un groupe spécial ou l'Organe d'appel conclura qu'une mesure est incompatible avec un accord visé, *il recommandera que le Membre concerné la rende conforme au dit accord*. Outre les recommandations qu'il fera, le groupe spécial ou l'Organe d'appel pourra *suggérer* au Membre concerné des façons de mettre en œuvre ses recommandations.

2. Conformément au paragraphe 2 de l'article 3, dans leurs constatations et recommandations, le groupe spécial et l'Organe d'appel ne pourront pas accroître ou diminuer les droits et obligations énoncés dans les accords visés ».

En prévoyant explicitement les moyens qui peuvent être employés en plus de la cessation et de la non-répétition, le système de réglementation des mesures correctives pour violation des accords de l'OMC peut être vu comme excluant les recours prévus par les règles de droit international sur la responsabilité des Etats.⁴⁹ Dans *Etats-Unis - Certains produits en provenance des CE*, l'Organe d'appel semble être parvenu à la conclusion qu'une fois que la mesure contestée a été retirée (cessation), aucune autre mesure corrective n'est possible ; le remède standard « amener la mesure en

conformité » n'intègre pas la possibilité, par exemple, d'obtenir une compensation financière pour les opportunités commerciales perdues⁵⁰ :

« 81. Nous notons, toutefois, qu'il y a une incompatibilité évidente entre la constatation du Groupe spécial selon laquelle "la mesure du 3 mars [a] cessé d'exister" et la recommandation qu'il formule ensuite visant à ce que l'ORD demande aux États-Unis de mettre leur mesure du 3 mars en conformité avec leurs obligations dans le cadre de l'OMC. Le Groupe spécial a fait erreur en recommandant à l'ORD de demander aux États-Unis de mettre en conformité avec leurs obligations dans le cadre de l'OMC une mesure dont le Groupe spécial avait constaté qu'elle avait cessé d'exister.⁵¹ »

Outre l'obligation faite de la cessation immédiate⁵², le Mémoire d'accord réglemente de manière spécifique les conséquences des actions illicites ou des violations des dispositions de l'OMC, y compris les nombreux aspects des voies de recours ouvertes aux Membres, leur mise en œuvre et leur supervision par l'ORD.

1. Réglementation de la période de mise en œuvre, lorsqu'une mise en œuvre immédiate est impossible, c'est-à-dire le « délai raisonnable » (article 21 :1 du Mémoire d'accord),
  - y compris la possibilité d'arbitrage au sujet de ce délai raisonnable en cas de désaccord entre les parties (Article 21:3 du Mémoire d'accord).
2. Prescription prévoyant qu'à l'issue des six premiers mois du délai raisonnable, et jusqu'à pleine satisfaction, la partie perdante doit, d'une manière ou d'une autre, s'excuser et promettre de corriger sa mesure (en d'autres termes ne pas perpétuer ou répéter l'acte illicite) :
  - les recommandations de l'ORD n'ayant pas été mises en œuvre demeurent à l'ordre du jour de l'ORD.
  - dix jours avant chaque réunion de l'ORD le Membre fautif doit fournir un « rapport de situation » écrit décrivant l'état d'avancement dans la mise en œuvre des recommandations et décisions (article 21 :6 du Mémoire d'accord).
  - à chacune de ces réunions, le Membre fautif doit ainsi fournir à l'ORD une explication quant à l'état de mise en œuvre, ainsi qu'une explication publique de la façon dont il entend mettre en œuvre et faire cesser la situation illicite dans le délai raisonnable.
  - obligation du Membre fautif de répondre à tout autre Membre de l'OMC ayant le droit de soulever une question liée au problème de la mise en œuvre des recommandations de l'ORD et donc de demander des informations et poser des questions au(x) Membre(s) concerné(s).

Le but de ce mécanisme de surveillance multilatérale est de garantir une mise en œuvre effective, et donc la non-répétition, et de s'assurer qu'une satisfaction réelle résultera du délai raisonnable de mise en œuvre.

3. Compétence obligatoire et exclusive des organes juridictionnels de l'OMC (articles 21:5 et 23:2(a) du Mémoire d'accord) pour déterminer la compatibilité de la mesure corrective (la mesure de mise en œuvre) avec les règles de l'OMC.
4. Possibilité réglementée de compensations commerciales temporaires, volontaires et compatibles avec les règles de l'OMC, au titre des articles 3:7 et 22:1 du Mémoire d'accord.
5. Si l'affaire a été portée par un pays en développement, l'ORD est obligé d'examiner quelle suite il pourrait en outre y donner (article 21:7 du Mémoire d'accord).
6. Si un pays en voie de développement est à l'origine du différend, l'ORD est obligé d'envisager une mesure (alternative) appropriée. Ce faisant il devra tenir compte non seulement des échanges visés par les mesures en cause mais aussi de leur incidence sur l'économie des pays en développement Membres concernés (article 21:8 du Mémoire d'accord).

Comme je l'ai déjà mentionné, l'article 23 du Mémoire d'accord interdit l'utilisation de mesures unilatérales non autorisées, et l'usage de contre-mesures ou de mesures de rétorsion est également strictement réglementé :

7. Autorisation préalable indispensable de l'ensemble des Membres avant que les Membres (ayant eu gain de cause) puissent faire usage de mesures de rétorsion (article 22:2-22:6 du Mémorandum d'accord) une fois que toutes les sauvegardes procédurales préalables ont été respectées.
8. Obligation de s'en remettre à l'arbitrage de l'OMC pour déterminer le niveau des sanctions, à défaut d'accord des parties sur un tel niveau. (article 22:6-22:7 du Mémorandum d'accord).
9. Le niveau des contre-mesures est également réglementé et les arbitres de l'OMC ont la compétence exclusive pour déterminer un niveau de suspension des obligations ayant des effets commerciaux équivalents au niveau d'annulation des avantages (un critère distinct de la référence à «l'opportunité» ou de «la proportionnalité» en droit international général).
10. Des règles spéciales régissent le niveau de rétorsion en cas de violation des engagements de subvention à l'exportation.
11. Permission d'utiliser les rétorsions croisées lorsque des sanctions dans le même secteur économique sont impossibles ou inefficaces. (article 22:3 du Mémorandum d'accord).
12. Réglementation des rétorsions croisées dans un autre secteur ou un autre accord (article 22:3 du Mémorandum d'accord).
13. Compétence exclusive de l'arbitre de l'OMC pour évaluer si la rétorsion a été effectuée en suivant les règles et principes du Mémorandum d'accord (articles 22:3, 4 etc. et 22:6 du Mémorandum d'accord), ainsi que le niveau de suspension des concessions ou de la rétorsion.
14. Interdiction d'utiliser des contre-mesures durant le processus d'arbitrage engagé sur les mesures de rétorsion (articles 22:6 et 23:2(c) du Mémorandum d'accord).

Le système de l'OMC semble limiter les remèdes en cas de violations de l'OMC à la « cessation, la non-répétition et la satisfaction », et apparaît avoir réglementé de manière approfondies les conséquences juridiques des violations des dispositions de l'OMC. Pour examiner dans le détail les recours de l'OMC et la question de savoir si le droit de l'OMC et le Mémorandum d'accord sont *lex specialis* au titre de l'article 55 des Règles sur la responsabilité des Etats, ou bien « autosuffisants », il serait nécessaire d'examiner les dispositions touchant à ce qu'on appelle les recours commerciaux de l'OMC, qui autorisent et réglementent de façon très détaillée les contre-mesures dans le cadre d'un recours contre les importations à perte et les importations subventionnées causant un préjudice, ainsi que les dispositions des Règles sur la responsabilité des Etats. Je ne l'ai pas fait ici.

5. Les accords visés ne peuvent être modifiés ou amendés sans passer par la procédure spécifique de l'OMC

On peut difficilement envisager une situation où un groupe spécial écarterait une disposition de l'OMC en faveur d'un autre traité ou d'une norme coutumière dont on soutient la prééminence par rapport au droit de l'OMC, sans par là même modifier l'accord visé (les droits et obligations à l'OMC), à tout le moins entre les deux Etats parties au différend.⁵³ En règle générale, les droits de l'homme et les droits et obligations pertinents à l'OMC lient les Etats de manière cumulative, mais ils sont applicables par des juridictions différentes et sous différents systèmes de responsabilité des Etats.

Selon le droit international général⁵⁴, un traité peut être amendé par une disposition d'un autre traité seulement si cela n'affecte pas les droits ou les obligations des autres Etats au titre de la disposition remplacée. Peut-on avancer que deux Membres de l'OMC peuvent modifier (concept différent de celui d'« amender ») leurs droits et obligations bilatéraux sans affecter les droits d'autres Membres de l'OMC ?

Par exemple, deux Membres de l'OMC pourraient décider que le respect des droits de l'homme soit une condition dans les échanges commerciaux *bilatéraux seulement*, sans avantages particuliers en termes d'accès aux marchés. Sans aucun doute, les autres Membres de l'OMC – non soumis à ces conditions portant sur le respect des droits de l'homme – ne pourraient prétendre que leurs droits d'accès au marché sont réduits par l'existence de cette condition bilatérale ; ils ne pourraient donc pas déclencher la procédure de règlement des différends à l'OMC.

Deux Membres de l'OMC peuvent-ils « accroître ou diminuer » leurs droits et obligations respectives au sein de l'OMC s'ils ne portent pas atteinte aux opportunités commerciales des autres Membres de l'OMC ? Les organes juridictionnels de l'OMC peuvent-ils faire appliquer une telle modification, un tel accroissement ou une telle diminution des accords visés ? Les Etats peuvent augmenter leur niveau de respect des droits de l'homme, pourvu que cela n'affecte les droits des autres Etats exportateurs Membres de l'OMC (cela rappelle la disponibilité de l'exception).

Si les obligations à l'OMC sont toujours les mêmes pour tous les Membres – et on peut affirmer qu'elles le sont - toute modification bilatérale non-autorisée de ces droits et obligations ne peut simplement pas se concevoir sans affecter les droits des autres Membres de l'OMC, et sans violer les règles de l'article X de l'Accord de Marrakech instituant l'OMC (portant sur les amendements). La règle de base du GATT et de l'OMC, à savoir le principe de la nation la plus favorisée (NPF), pourrait en fait réduire la possibilité qu'une norme extérieure à l'OMC prenne le pas sur une norme de l'OMC, à moins que tous les Membres ne soient d'accord. Il est utile de prendre note des remarques finales de l'Organe d'appel dans l'affaire récente *Etats-Unis- Article 211 de la Loi générale portant ouverture de crédits*, où il a déclaré que lorsqu'une mesure liée à l'accord sur les ADPIC affecte certains Membres, les obligations de traitement national et le principe de la nation la plus favorisée imposent d'accorder des avantages similaires *pour tous les Membres*.⁵⁵ Ceci semble réduire la possibilité de modifications bilatérales des dispositions des accords de l'OMC lorsque elles réduisent ou opèrent une discrimination (de facto) entre les droits d'accès au marché potentiels des autres Membres de l'OMC.

6. *L'OMC en tant qu' Accord Unique*

L'OMC est un « engagement unique » (« Single Undertaking »), un traité unique. Pendant les négociations du Cycle Uruguay, l'expression « engagement unique » a été largement employée. Celle-ci renvoie à deux concepts distincts : l'« engagement politique unique », qui englobe les méthodes de négociation (« rien n'est décidé avant que tout ne soit décidé », ce qui n'est pas contraire à la possibilité d'une mise en œuvre rapide des accords (« premier résultat »)); et l'« engagement juridique unique », qui fait référence au fait que le résultat des négociations constituerait un « paquet unique » qui sera mis en œuvre en tant que traité unique.⁵⁶ L'interprétation complète de l'engagement unique à l'OMC exige une lecture cohérente et liée de toutes ses dispositions.⁵⁷ Cette obligation de considérer l'OMC comme un tout cohérent renforce l'idée que les Membres ont voulu mettre en place un système de règles et obligations internationales spécifique à leurs relations commerciales, un système cohérent en soi et au sein duquel les droits, les obligations et la conduite des Etats seraient le résultat d'un équilibre général de concessions.

D. CONCLUSION : LE « DOMAINE » LIMITE DU DROIT DE L'OMC.

Très tôt, Joel Trachtman a insisté sur le « domaine limité » du mécanisme de règlement des différends de l'OMC, faisant observer le fait qu'on a interdit aux groupes spéciaux et à l'Organe d'appel d'accroître ou de diminuer les droits et obligations des Membres au titre de l'Accord sur l'OMC.⁵⁸ J'aimerais souligner aussi le fait que le droit applicable de l'OMC est également un « domaine limité ». Ce domaine juridictionnel limité du droit applicable de l'OMC et de ses organes juridictionnels n'affaiblit cependant pas l'obligation dans laquelle les Membres se trouvent de se soumettre à tous moments à toutes leurs autres obligations légales internationales, y compris celles relatives aux droits de l'homme. Mais la nature limitée du domaine de l'OMC ne fait qu'exacerber le manque de coordination entre le système juridique de l'OMC et les autres systèmes de droit international, tels que celui des droits de l'homme.

Comme présenté plus haut, le traité de l'OMC prévoit de façon très détaillée les conséquences juridiques des violations des obligations à l'OMC. Les voies de recours et les contre-mesures sont explicitement réglementés. La question de savoir si oui ou non un système spécifique de droit est *lex specialis* nous renvoie au traité de l'OMC, qui doit être interprété en vue de déterminer l'intention des

Membres fondateurs de l'OMC. Il a été suggéré que les Membres de l'OMC voulaient réglementer les contre-mesures commerciales et les voies de recours à l'OMC de manière spécifique et cohérente. Dans ce contexte, il est pertinent de se reporter au travail de Pieter Jan Kuijper, conseiller juridique auprès des Communautés européennes au cours des négociations du Mémoire d'accord portant sur ce sujet. Pour lui, les Communautés européennes ont toujours considéré le GATT comme un régime autosuffisant, et que l'on disposait seulement des voies de recours et des contre-mesures autorisées par ce dernier. Après avoir rapporté que les Etats-Unis n'ont jamais accepté cette vision des choses au sein du GATT, Kuijper écrit, juste après les négociations :

« Il est peut-être trop tôt pour dire si le GATT, qui formait un système de droit international autosuffisant seulement comme idéal, mais non en réalité, a fait un pas décisif dans la direction d'un tel système autosuffisant, sous la forme de l'OMC. Il est évident, néanmoins, que l'intention y était. »⁵⁹

La Commission du droit international (CDI) elle-même semble considérer l'OMC comme un régime autosuffisant. Dans son troisième rapport général pour l'année 2000, la CDI s'étend sur ce qui, à l'époque, représentait le Projet de Règles sur la responsabilité des Etats :

« Il a en outre été remarqué que les articles du projet ne s'appliqueraient pas aux régimes autosuffisants, tels que ceux sur l'environnement, les droits de l'homme et le commerce international, qui ont été développés ces dernières années. »⁶⁰

Après avoir suggéré qu'il existe une présomption défavorable à la création de régimes totalement autosuffisants pour ce qui est de la réparation, James Crawford ajoute : « Il ne fait aucun doute qu'à une plus ou moins grande échelle il existe des éléments de *lex specialis* dans les travaux du Mécanisme de règlement des différends de l'OMC, dont le but principal reste ancré dans la cessation, plutôt que la réparation. »⁶¹

Le fait que l'OMC puisse être un régime autosuffisant ou *lex specialis* ne devrait avoir aucune connotation négative ou hermétique. Un sous-système juridique *lex specialis* est un système de droit spécifique qui prévoit des obligations spécifiques et les conséquences spécifiques de leurs violations. Il n'y a rien de péjoratif dans un système *lex specialis*.⁶² Au contraire, la qualification de l'OMC en tant que régime *lex specialis* – loin d'être insensible et fermée au droit international général – est la preuve d'un haut degré de sophistication juridique dans la réglementation et l'adaptation des normes générales des Règles sur la responsabilité des Etats. Un régime autosuffisant ne laisse aucunement entendre qu'un sous-système de droit se « suffit » à lui-même. Le concept fait plutôt référence à des *droits et obligations* spécifiques qui prévoient des *recours effectifs* en cas de *violation*. Au sein de l'OMC, ces trois « variables » sont réglementées de manière spécifique. Ainsi, il n'est pas déraisonnable de suggérer que l'OMC est un système spécifique, tel que décrit par l'article 55 des Règles sur la responsabilité des Etats. En ce sens, le droit de l'OMC « ne peut être annulé par des situations et considérations appartenant à un autre sous-système ». ⁶³ Cependant l'OMC doit « respirer » le reste du droit international et son interprétation en sera le reflet. Les Etats, Membres de l'OMC, demeurent entièrement liés et responsables en cas de violation de leurs obligations de droit international, mais ne peuvent utiliser le mécanisme de recours de l'OMC pour faire appliquer celles-ci. Il y a une différence entre le droit applicable, qui prévoit des recours effectifs pour les Etats, en tant que Membres de l'OMC, et les obligations internationales qui lient les Etats sous d'autres systèmes de droit.

Il peut donc être important de rappeler deux des conclusions de Bruno Simma dans son fameux essai sur les régimes autosuffisants⁶⁴:

« L'adoption de systèmes autonomes doit être bien accueillie, si ces *leges speciales* augmentent l'efficacité des règles primaires concernées et introduisent des procédures et des décisions collectives. »

La raison qui justifie de remplacer les systèmes généraux de recours juridique pour les actes illicites par des « régimes autosuffisants », découle, dans certains cas, la conviction que l'application du système

général ne conviendrait pas ou serait même contre-productive pour l'efficacité de la relation juridique en question. Par conséquent, on tentera de concevoir des conséquences spéciales « sur mesure » en accord avec les spécificités des règles fondamentales *de ces systèmes*. Dans les sous-systèmes que constituent certaines organisations internationales, le haut degré d'intégration entre Etats Membres nécessite, en conséquence, un mécanisme de sanctions plus développé. (...) C'est pourquoi l'empressement à concéder un repli sur les règles générales devrait dans chaque cas dépendre d'une évaluation soigneuse de la raison d'être du « régime autosuffisant ».

Le mécanisme de règlement des différends de l'OMC, avec sa réglementation des voies de recours et des contre-mesures, offre une efficacité supérieure à celle qui découle des règles générales sur la responsabilité des Etats. La possibilité d'employer les rétorsions croisées à défaut d'autre solution semble témoigner de la volonté d'augmenter l'efficacité des règles générales sur la responsabilité des Etats. A l'époque du GATT, la pratique des Etats était de ne pas utiliser les recours disponibles en droit international général. Les problèmes liés à une évaluation adéquate des restrictions antérieures au commerce, et à l'identification des groupes dont les intérêts ont été lésés, ont conduit les Membres de l'OMC à favoriser des systèmes de recours et de responsabilité des Etats très spécifiques et adaptés à leurs besoins.

Même si le droit applicable de l'OMC semble exclure l'application directe des règles sur la responsabilité des Etats,⁶⁵ ou du moins de certaines d'entre elles, ces règles, dans la mesure où elles sont coutumières, lient les Membres de l'OMC, en tant qu'Etats, et demeurent un point de référence pertinent pour interpréter le droit de l'OMC, qui est supposé évoluer conformément au droit international. Dans le récent différend *Etats-Unis – Coton*, l'Organe d'appel, après avoir analysé les dispositions de sauvegarde de l'Accord sur les Textiles et les Vêtements, a déclaré :

« Notre opinion est encore étayée par les règles du droit international général sur la responsabilité des Etats, qui exigent que les contre-mesures prises à la suite du manquement des Etats à leurs obligations internationales soient proportionnelles au préjudice subi ».⁶⁶

Ceci est valable pour tous les droits et obligations de droit international des Membres de l'OMC. Ils ont force obligatoire et doivent être respectés par tous les Membres, mais ils ne font pas partie du droit de l'OMC dont les organes juridictionnels ne peuvent en soutenir l'application. Les limites du droit de l'OMC semblent avoir été confirmées par l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Volaille* où il a dû estimer la valeur juridique d'un accord bilatéral (l'Accord sur les oléagineux), entre le Brésil et les Communautés européennes. L'Organe d'Appel a déclaré :

« A notre avis, il n'est pas nécessaire de recourir ni à l'article 59 :1, ni à l'article 30 :3 de la Convention de Vienne. (...) A ce titre, elle [la Liste des concessions des Communautés européennes] fait partie des obligations multilatérales découlant de l'Accord sur l'OMC. L'Accord sur les oléagineux, par contre, est un accord bilatéral négocié par les Communautés européennes et le Brésil au titre de l'article XXVIII du GATT de 1947, dans le cadre du règlement du différend *CEE - Oléagineux*. De ce fait, l'Accord sur les oléagineux n'est pas un « accord visé » au sens des articles premier et 2 du Mémoire d'accord. L'Accord sur les oléagineux ne fait pas non plus partie des obligations multilatérales acceptées par le Brésil et les Communautés européennes conformément à l'Accord sur l'OMC, qui est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1995. L'Accord sur les oléagineux n'est cité dans aucune annexe de l'Accord sur l'OMC. Les dispositions de certains instruments juridiques qui sont entrés en vigueur au titre du GATT de 1947 ont été intégrées au GATT 1994 conformément au texte de l'Annexe 1A incorporant le GATT de 1994 dans l'Accord sur l'OMC, mais l'Accord sur les oléagineux n'est pas un de ces instruments juridiques. »⁶⁷

Le groupe spécial et l'Organe d'appel ont fait référence à la Convention de Lomé « seulement dans la mesure où cela est nécessaire pour interpréter [la règle de l'OMC]. »⁶⁸ Dans *Corée – Viande de boeuf*, le groupe spécial a examiné divers accords bilatéraux entre la Corée et les parties au différend, non pas en vue de « faire respecter » le contenu de ces accords, mais dans le but d'interpréter une disposition ambiguë de l'OMC, à savoir une note dans la Liste de la Corée.⁶⁹ Le droit applicable de l'OMC est constitué des accords visés et des instruments juridiques adoptés conformément à ces accords. Le droit

applicable de l'OMC englobe ainsi « les accords visés », compris au sens large afin d'inclure les décisions prises pour leur mise en œuvre.

Lorand Bartels a avancé que le Mémorandum d'accord ne pose aucune restriction *a priori* sur les sources de droit international applicables dans un différend à l'OMC. Selon lui, les articles 3 :2 et 19 :1 du Mémorandum d'accord tiennent lieu de règles de conflit, garantissant que les accords visés prévalent sur toute autre norme en cas d'incompatibilité.⁷⁰ Bien que le résultat ultime de cette suggestion de Lorand Bartels soit celui préconisé dans le présent document, il n'est ni avantageux ni justifié de considérer les articles 3 :2 et 19 :1 du Mémorandum d'accord comme des règles de conflit. Rien dans le texte de ces articles ne semble indiquer que les rédacteurs aient eu l'intention d'envisager une situation de conflit (ce qu'ils ont fait en d'autres occasions avec l'article XVI :4 des Accords de Marrakech et la Note interprétative générale relative à l'Annexe 1A). Ainsi, pour Bartels, dans une situation où le traité ne prévoit rien, les règles du droit international général seraient directement applicables – puisqu'il ne pourrait y avoir de véritable conflit. Je suggère que l'applicabilité (ou l'effet direct) de dispositions n'appartenant pas au droit de l'OMC dans le système juridique de l'OMC ne peut qu'accroître ou diminuer les accords visés.

Joost Pauwelyn a avancé que « la compétence des groupes spéciaux de l'OMC est limitée et que le droit applicable par eux ne l'est pas ».⁷¹ Pour Pauwelyn, les Membres sont censés avoir accepté la force obligatoire et l'applicabilité directe du droit international général dans le droit de l'OMC. Selon lui, le droit international général peut pallier aux carences du traité sur l'OMC et des traités, conclus en dehors de l'OMC et engageant les parties, peuvent être invoqués comme moyens de défense contre les allégations de manquement aux règles de l'OMC. Si les règles de conflit coutumières et pertinentes démontrent qu'une règle extérieure à l'OMC doit prévaloir, « alors la règle OMC ne peut être appliquée (et le défendeur gagne) ». Selon Pauwelyn, cela ne conduit pas à « exiger du groupe spécial de l'OMC qu'il fasse respecter judiciairement l'autre norme de droit international ». « Le groupe spécial ne « réduirait » pas non plus les droits des plaignants, puisque les plaignants auraient par ailleurs donné leur accord sur ces règles de conflit ». Toujours selon Pauwelyn, lorsque les groupes spéciaux donnent plein effet à une règle non-OMC, laquelle prévaut dès lors sur une règle de l'OMC, un groupe spécial ne « fait pas respecter » la règle non-OMC : les Membres de l'OMC sont seulement censés avoir accepté l'application de ces règles conflictuelles du droit international général. « Ainsi, le groupe spécial de l'OMC ne créerait pas le droit, mais rendrait simplement applicable une loi créée ailleurs par le Membre de l'OMC lui-même. »⁷²

Le problème qui se pose, si l'on applique la thèse de Pauwelyn, est que les organes juridictionnels de l'OMC devraient interpréter l'autre traité afin de déterminer s'il y a eu manquement ou non de la part du Membre de l'OMC concerné, et devraient en tirer des conséquences juridiques liées aux dispositions du traité de l'OMC. Les organes juridictionnels de l'OMC ne sont pas des instances à compétence générale, et ils ne peuvent interpréter et appliquer tous les traités liant les Etats, également Membres de l'OMC, sauf lorsque nécessaire pour interpréter les dispositions de l'OMC. Dans le cas contraire, les organes juridictionnels de l'OMC finiraient par « interpréter » et mettre en œuvre les traités sur les droits de l'homme. (Il convient cependant de noter qu'en vertu des exceptions générales, les groupes spéciaux peuvent consulter et examiner d'autres traités, des rapports des organismes internationaux... en tant qu'éléments de fait, afin d'évaluer la conformité avec les dérogations). Les accords visés sont explicitement énumérés, et on ne peut pas supposer que les Membres aient voulu utiliser le système de recours de l'OMC pour faire respecter des droits et obligations autres que ceux énoncés dans le traité de l'OMC. Les organes juridictionnels de l'OMC ne peuvent donner un effet direct aux normes sur les droits de l'homme d'une manière qui annulerait ou amenderait une disposition de l'OMC. Permettre qu'une disposition non-OMC relative aux droits de l'homme⁷³ prévale sur et annule une disposition de l'OMC et donc donner un effet juridique et faire respecter une disposition non-OMC en vertu de sa prééminence sur une norme de l'OMC serait synonyme d'un accroissement ou une diminution des accords visés de l'OMC (ou d'un amendement). Fort heureusement, de telles situations de conflit surviennent très rarement, et grâce à une interprétation « de bonne foi », le droit de l'OMC et les droits de l'homme peuvent généralement être appliqués de manière harmonisée et efficace.

Les rédacteurs de l'Accord sur l'OMC n'ont jamais eu l'intention de donner aux normes extérieures à l'OMC un effet direct en droit de l'OMC, ni de permettre aux Etats de bénéficier du libre usage du mécanisme de recours de l'OMC pour faire appliquer des droits et obligations autres que ceux de l'Accord sur l'OMC. De nombreuses dispositions du Mémoire d'accord et de l'Accord de Marrakech démontrent que les Membres étaient d'avis que les règles de l'OMC « ne peuvent être annulées par des situations et considérations relevant d'un autre sous-système »⁷⁴. Ainsi, les normes sur les droits de l'homme d'une valeur juridique égale aux dispositions de l'OMC ne peuvent pas être directement applicables entre les Membres de l'OMC puisqu'elles accroîtraient ou diminueraient les dispositions des accords visés⁷⁵. Dans tous les cas, les Etats (qui peuvent être également Membres de l'OMC), demeurent pleinement liés par leurs obligations relatives aux droits de l'homme, et leur responsabilité peut être mise en cause en cas de manquement.⁷⁶ Seulement cela ne peut pas avoir lieu devant les organes juridictionnels de l'OMC.

Que le droit de l'OMC soit un « régime autosuffisant » ou que seules certaines de ses dispositions, particulièrement celles sur les recours et l'utilisation de contre-mesures, soient *lex specialis* au regard des règles générales sur la responsabilité des Etats, il semble clair que le droit de l'OMC – les accords visés de l'OMC – constitue un sous-système spécifique du droit soucieux du respect du droit international général.⁷⁷ Cette question ne se pose toutefois que dans les très rares situations de conflit ou d'incohérence entre les dispositions de l'OMC et celles d'un autre traité ou coutume. Dans la plupart des cas, une interprétation de bonne foi de l'Accord sur l'OMC, prenant en compte les normes pertinentes sur les droits de l'homme, suffit à éviter les conflits. Qui plus est, les articles XX et XXI du GATT peuvent être interprétés comme une reconnaissance du droit des Membres à donner la priorité à certains objectifs politiques (y compris peut-être les droits de l'homme) sur les règles commerciales. Les droits des Etats/ Membres de l'OMC, parties à un traité sur les droits de l'homme, restent en dehors de la juridiction de l'OMC, en vertu des règles sur la responsabilité des Etats ou d'autres mécanismes d'application des traités sur les droits de l'homme. Le manque de coordination et de cohérence entre l'OMC et d'autres systèmes de droit international, ainsi que le chevauchement potentiel de leurs juridictions respectives, sont examinés en partie V.D ci-dessous.

III. INTERPRETER LE DROIT APPLICABLE DE L'OMC EN TENANT COMPTE DU DROIT INTERNATIONAL GENERAL, Y COMPRIS LES DROITS DE L'HOMME.

Le domaine limité du droit de l'OMC ne signifie en rien que l'Accord sur l'OMC constitue un système hermétiquement clos, séparé du droit international général et des droits de l'homme. Au contraire, les Etats sont tenus de mettre en œuvre de bonne foi toutes leurs obligations,⁷⁸ celles portant sur des droits de l'homme comme celles qui les lient à l'OMC. En outre, les principes d'interprétation énoncés dans le Mémoire d'accord *exigent* que les groupes spéciaux et l'Organe d'appel utilisent ou prennent en compte divers principes généraux du droit, la coutume et les traités pertinents, y compris ceux ayant trait aux droits de l'homme, dans leur interprétation et évaluation du respect des dispositions de l'OMC.

A. INTERPRETATIONS EVITANT LES CONFLITS AVEC LES OBLIGATIONS PERTINENTES DES MEMBRES EN MATIERE DE DROITS DE L'HOMME

Lors de son premier différend, l'Organe d'appel a clairement établi que l'Accord sur l'OMC ne doit pas être considéré comme « cliniquement isolé du droit international public ».⁷⁹ L'article 3 :2 du Mémoire d'accord prévoit que les accords de l'OMC doivent être interprétés à la lumière des règles coutumières d'interprétation, ce qui nous conduit, entre autres références, à la Convention de Vienne sur le droit des traités (« Convention de Vienne »). L'article 31 :1 de la Convention de Vienne nous offre des outils d'interprétation, le premier étant le sens ordinaire des termes d'un traité, à la lumière de son objet et de son but. L'article 31 :2 décrit ce qu'on peut qualifier de « contexte ». L'article 31 :3(b) traite de la pratique ultérieure dans l'application du traité, établissant l'accord des

parties sur son interprétation. L'article 31 :3 dispose que les actions des parties touchant au traité, ainsi que les autres règles pertinentes de droit international, doivent être prises en compte en même temps que le contexte.

1. *L'article 31 :3(c) de la Convention de Vienne*

L'article 31 :3(c) de la Convention de Vienne est particulièrement pertinent pour interpréter les obligations d'un traité, telles que celles de l'Accord sur l'OMC, qui interagissent avec divers autres traités. L'article 31 :3(c) prévoit comme suit « Il sera tenu compte, en même temps que du contexte... (c) de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties. » Mais quels sont l'objectif et la portée de l'article 31 :3(c) ?

a. *Règle de droit international*

Certains distinguent les « règles » des « obligations », lorsque les premières recouvrent un ensemble plus large.⁸⁰ L'expression « règle de droit international » semble faire référence à toutes les sources du droit international. La coutume, les principes généraux du droit international (article 38 :1(b) du Statut de la CIJ)⁸¹, ou les principes généraux du droit [national] acceptés par les Etats (article 38 :1(c) du Statut de la CIJ), y compris ceux relatifs aux droits de l'homme, devraient être pris en compte dans l'interprétation des dispositions de l'OMC. Certains traités devraient également être pris en compte (article 38 :1(a) du Statut de la CIJ). Mais lesquels ? Le reste de l'article 31 :3(c) nous éclaire sur ce point.

b. *Règle applicable dans les relations entre les parties*

La condition qui veut qu'une règle soit « applicable dans les relations entre les parties », implique que la règle de droit international doit lier les parties. Mais de quelles parties s'agit-il ? Une interprétation étroite comprendrait le terme « parties » comme signifiant « tous les Membres de l'OMC ». En d'autres termes, pour qu'une règle de droit international extérieure à l'OMC soit utilisée dans l'interprétation des obligations de l'OMC, il faudrait que tous les Membres de l'OMC en soient également « Membres ». Cela serait particulièrement problématique dans le cas des traités. Dans l'affaire *Etats-Unis – Thon (CEE)*, dans son rapport qui n'a pas fait l'objet d'une adoption, le groupe spécial a décidé d'exclure toute considération relative à la Convention sur le commerce international des espèces de faune et flore sauvages menacées d'extinction (ci-après Convention CITES), car il s'agissait d'un accord multilatéral signé seulement par quelques parties contractantes du GATT.⁸² Bien que cette approche nous fournisse une norme conceptuellement claire, elle génère certains problèmes. En effet, cette approche réduirait le nombre de traités extérieurs et de principes de droit pouvant être utilisés dans l'interprétation des obligations à l'OMC au titre de l'article 31 :3(c), et cela ne ferait qu'introduire des incohérences et des contradictions entre systèmes de droit. Peu d'accords internationaux, voire aucun, ont les mêmes Membres, bien que certains puissent inclure tous les Membres de l'OMC, plus d'autres Membres n'en faisant pas partie. Mais exiger qu'un tel traité extérieur à l'OMC ait au moins les mêmes Membres que l'OMC créerait également des situations illogiques. A mesure que le nombre des Membres de l'OMC augmenterait, de moins en moins d'accords internationaux pourraient suivre la même évolution. Ceci est d'autant plus vrai que l'OMC admet des Membres non-souverains : il serait donc impossible pour l'OMC d'avoir les mêmes Membres qu'un autre traité. D'où un résultat paradoxal de voir l'OMC, du moins en théorie, être de plus en plus isolée des autres systèmes juridiques internationaux à mesure qu'elle s'agrandirait. En outre, il peut exister, dans un traité international (comptant moins de Membres que l'OMC), des principes et des dispositions ayant acquis le statut de règles coutumières de droit international, liant tous les pays, même non signataires de ce traité (le traité devient alors preuve de cette coutume). De plus, d'un point de vue juridique, l'approche des « mêmes Membres » ne semble pas cohérente avec le principe adopté par l'Organe d'appel dans *Etats-Unis – Crevettes*; dans ce différend, l'Organe d'appel

a examiné la Convention CITES ainsi que d'autres accords multilatéraux sur l'environnement, dont beaucoup n'avaient pas les mêmes Membres que l'OMC.⁸³ Pourtant, il a estimé qu'il y avait la preuve d'un consensus suffisant sur les définitions contenues dans ces accords.

Un autre critère, plus subtil mais néanmoins strict, serait d'autoriser l'utilisation de règles provenant de traités qui sont ouverts à une adhésion large, voire même universelle. Par exemple, l'article 3 de l'Annexe 1 de l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires (SPS), les articles 4 et 5 de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce, et l'article VI :5 de l'AGCS renvoient aux normes développées au sein des *organisations internationales (ou même régionales) pertinentes*, et précisent que ces organisations *pertinentes* sont celles dont l'adhésion est *ouverte* à tous les Membres de l'OMC.⁸⁴

Joost Pauwelyn a suggéré que, pour interpréter les dispositions de l'OMC, on doit prendre en compte uniquement les règles de droit international qui « reflètent l' « intention commune » des Membres de l'OMC », c'est-à-dire que tous les Membres de l'OMC tombent d'accord ou les tolèrent – que ce soit explicitement, implicitement ou par acquiescement.⁸⁵ D'un autre côté, Pauwelyn, en suggérant qu'ils puissent avoir une préséance sur une norme de l'OMC, donnerait effet direct aux traités bilatéraux. Il est alors difficile de comprendre pourquoi une telle norme non-OMC, dont le respect serait assuré par les organes juridictionnels de l'OMC, et qui serait insérée dans le contexte juridique d'autres dispositions de l'OMC, ne pourrait pas « être prise en compte » dans l'interprétation d'une disposition de l'OMC, alors même qu'elle est introduite de force dans son droit applicable. Certes, si on utilise le critère de Pauwelyn, le silence des Membres autoriserait l'utilisation des normes non-OMC qui n'engageraient strictement qu'un petit groupe d'Etats.

Il semble justifié d'avancer qu'une règle de droit international utilisée dans l'interprétation de l'Accord sur l'OMC doit être suffisamment commune au niveau international, sans pour autant que le nombre d'Etats Membres soit une garantie de sa pertinence : on trouve en fait des règles de droit international dans des traités régionaux. Une disposition de l'ALENA ou du traité sur les Communautés européennes, par exemple, peut avoir un intérêt et une pertinence directs, et servir de guide dans l'interprétation d'une disposition de l'Accord sur l'OMC, dans la mesure où cette disposition porte en elle la preuve de sa pertinence à l'échelle internationale.

D'un point de vue technique, cette interprétation est soutenue par les emplois divers du terme « parties » tout au long de l'article 31 en général, surtout à l'article 31 :3(c). L'article 31 :2(a) fait référence à « tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre *toutes les parties* », et l'Article 31 :2(b) à un instrument établi par « *une ou plusieurs parties* », et accepté par « les *autres parties* ». Par conséquent, on pourrait avancer que l'utilisation, sans ces précisions, du terme « les parties » à l'article 31 :3(b) et (c) autorise à prendre en compte un traité signé par un sous-groupe des Membres de l'OMC, qui serait moins que la totalité des parties, mais plus qu'une seule partie, et serait *accepté* par les autres parties.⁸⁶

Par exemple, pour interpréter le droit de l'OMC, l'Organe d'appel a utilisé et s'est parfois référé à des traités dont les Membres n'étaient pas les mêmes que ceux de l'OMC. Dans *CE-Bananes III*, la disposition de l'OMC examinée était la « dérogation de Lomé », adoptée au titre de l'article IX de l'Accord de Marrakech instituant l'OMC. L'Organe d'appel s'est servi de la Convention de Lomé pour interpréter la dérogation à l'OMC. Cela était logique puisque la dérogation, encore qu'approuvée multilatéralement, traitait des droits et obligations d'un groupe de Membres de l'OMC. La dite Convention était par conséquent « pertinente ». Dans *CE-Matériel informatique*,⁸⁷ l'Organe d'appel a reproché au groupe spécial de ne pas s'être référé à la Convention sur le Système harmonisé de désignation et de codification des marchandises (la Convention sur le SH) pour interpréter la Liste d'engagements des Etats-Unis, alors même que les Membres de la Convention SH n'étaient pas les mêmes que ceux de l'OMC, même si les deux parties au différend en étaient Membres. Dans *Etats-Unis – Crevettes*⁸⁸, l'Organe d'appel a examiné le terme « ressources naturelles épuisables » à la lumière de la Convention sur la biodiversité et de la Convention sur la conservation des espèces migratrices appartenant à la faune sauvage – encore que dans ce cas on puisse avancer que la

définition contenue dans ces Conventions était généralement acceptée par tous les Membres de l'OMC. Dans *CE – Volaille*⁸⁹, l'Organe d'appel a déclaré que l'accord bilatéral passé entre le Brésil et les Communautés européennes pouvait aussi être pertinent (en vertu de l'article 31 de la Convention de Vienne) pour interpréter la Liste d'engagements du Brésil, même s'il ne faisait pas partie du droit de l'OMC.

En d'autres termes, l'article 31 :3(c) pourrait renvoyer à toute une série de normes internationales. Ce qui détermine, en fin de compte, quelles règles de droit international doivent être utilisées pour interpréter un traité spécifique est plutôt la pertinence de ces règles particulières de droit international, ce qui doit être apprécié selon la nature des dispositions de l'OMC qui doivent être interprétées au cours du différend. Dans le contexte des droits de l'homme, nombre de dispositions pertinentes relèvent de la coutume ou font partie de traités auxquels adhèrent un grand nombre de Membres.

c. Règle pertinente de droit international

Le troisième élément – et il est crucial – de l'article 31 :3(c) est la référence à des règles « pertinentes » de droit international. Il est suggéré que la portée de la disposition sera déterminée en fonction du type et de la nature de l'obligation OMC en question. Puisque de nombreuses obligations de l'OMC sont de nature multilatérale, les règles de droit international à utiliser lors de l'interprétation devraient également être de nature multilatérale ; mais certaines obligations de l'OMC sont soit négociées bilatéralement, soit s'appliquent seulement entre un petit groupe de Membres de l'OMC.

Pour interpréter l'article XXIV sur les accords commerciaux régionaux, l'article 31 :3(c) pourrait prendre pour exemple les pratiques étatiques d'un petit groupe de Membres de l'OMC, telles que les traités établissant des organisations régionales. Dans *Corée – Viande de bœuf*, le groupe spécial a examiné divers accords bilatéraux conclus entre la Corée et les parties au différend. Ces instruments juridiques ont été examinés non pas en vue de « faire respecter » leur contenu, mais strictement dans le but d'interpréter une disposition ambiguë de l'OMC, c'est-à-dire la Note 6(e) à la Partie IV de la Liste de la Corée, une disposition ayant fait l'objet d'un accord multilatéral.⁹⁰

L'article 31 :3(c) est un outil, un indicateur des normes ou règles de droit international qui doivent être prises en compte dans l'interprétation de dispositions spécifiques d'un traité, telles que celles de l'OMC. On doit évaluer au cas par cas lesquelles de ces règles de droit international sont pertinentes, à la lumière de la nature de la disposition de l'OMC en question, et tout en gardant à l'esprit qu'il peut y avoir divers degrés de pertinence. En fait, l'article 31 :3(c) de la Convention de Vienne peut être vu comme une obligation à la charge de l'interprète d'« être conscient de » - et de prendre en compte – ce qui constitue normalement le droit international applicable entre les parties au différend. Dans tous les cas, un groupe spécial ne se fie aux dispositions du droit international général et ne les examine « que dans la mesure où cela est nécessaire pour interpréter [la disposition de l'OMC] » et évaluer la conformité au droit de l'OMC.⁹¹

2. Interprétation évolutive

L'article 31 :3(c) introduit également le principe de l'« interprétation évolutive »⁹², un principe d'une importance toute particulière lorsque l'on aborde des concepts tels que « les droits de l'homme », ou l'invocation des exceptions du GATT sur la « moralité publique » à l'article XX(a) ou sur le « travail dans les prisons » à l'article XX(e), qui ont constamment évolué depuis la création des Nations Unies. Dans *Etats-Unis – Crevettes*, lorsqu'il interprète le terme « ressources naturelles épuisables » de l'article XX(g), l'Organe d'appel se réfère à un certain nombre de sources de droit international extérieures à l'OMC, après avoir remarqué que le concept a évolué. L'Organe d'appel déclare :

« L'expression "ressources naturelles épuisables" figurant à l'article XX g) a en fait été façonnée il y a plus de 50 ans. Elle doit être analysée par un interprète des traités à la

lumière des préoccupations actuelles de la communauté des nations en matière de protection et de conservation de l'environnement. L'article XX n'a pas été modifié pendant le Cycle d'Uruguay, mais le préambule de l'Accord sur l'OMC montre que les signataires de cet accord étaient, en 1994, tout à fait conscients de l'importance et de la légitimité de la protection de l'environnement en tant qu'objectif de la politique nationale et internationale. Le préambule de l'Accord sur l'OMC - qui éclaire non seulement le GATT de 1994 mais aussi les autres accords visés - fait expressément état de "l'objectif de *développement durable*"

Si nous nous plaçons dans la perspective du préambule de l'Accord sur l'OMC, nous observons que le contenu ou la référence de l'expression générique "ressources naturelles" employée dans l'article XX g) ne sont pas "statiques" mais plutôt "par définition évolutifs" »⁹³

Sinclair a écrit, au sujet de l'article 31 :3(c), que :

« il existe certaines preuves que l'évolution et le développement du droit international puissent exercer une influence décisive sur le sens à donner aux expressions incorporées dans un traité, particulièrement si ces expressions elles-mêmes dénotent des notions relatives ou évolutives telles que celles d'« ordre public » ou de « protection de la moralité ». »⁹⁴

La CIJ a agi de même dans l'*Affaire du Plateau Continental de la Mer Egée (Grèce contre Turquie)*.⁹⁵ Dans le contexte de l'ALENA, un Groupe d'arbitrage a conclu que le terme « GATT », tel qu'il est employé dans les renvois mutuels que se font les dispositions de l'ALE et de l'ALENA, devait être interprété comme signifiant le GATT tel qu'il a évolué vers l'Accord sur l'OMC.⁹⁶ La Cour de Justice des Communautés européennes a également utilisé de tels principes d'interprétation évolutive.⁹⁷ Aussi, la Cour Européenne des Droits de l'Homme a sanctionné l'usage du principe d'évolution, considérant la Convention « comme un instrument vivant qui doit être interprété à la lumière des conditions actuelles ». ⁹⁸

Pour résumer, l'article 31 :3(c) de la Convention de Vienne a pour objectif de promouvoir une certaine « cohérence » en droit international, afin que le traité soit interprété de manière à éviter les conflits avec d'autres traités. L'Accord sur l'OMC, comme tout autre traité, devrait être interprété en prenant en compte les autres règles de droit international pertinentes et applicables, y compris les normes sur les droits de l'homme. Dans ce contexte, il devrait généralement être possible d'interpréter les dispositions de l'OMC de manière à permettre aux Membres de respecter toutes leurs obligations de droit international, y compris celles relatives aux droits de l'homme.

B. L'UTILISATION DES NORMES SUR LES DROITS DE L'HOMME DANS L'INTERPRETATION DES DISPOSITIONS DE L'OMC

Le droit international des droits de l'homme qui est pertinent et applicable aux parties à un différend devrait être pris en compte dans l'interprétation de dispositions de l'OMC traitant de sujets également couverts par une norme spécifique ou générale sur les droits de l'homme.

On ne peut sousestimer l'importance des sources du droit des droits de l'homme. Une difficulté de taille, lorsque l'on aborde la question des traités sur les droits de l'homme, est le fait qu'ils sont souvent rédigés en termes plutôt vagues, et il est fréquent qu'il n'y ait pas de consensus sur leur interprétation. José Alvarez identifie fort bien ce problème dans son commentaire de l'article de Howse et Mutua.⁹⁹ Qu'est-ce que le « droit à la santé » ? Qu'est-ce que le « droit à l'alimentation » ? Qu'impliquent-ils, en termes des droits et obligations des Etats ? Pourquoi et comment ces concepts sont-ils pertinents au regard des obligations de l'OMC ? Comme mentionné précédemment, la « pertinence » des règles extérieures à l'OMC est déterminante pour évaluer lesquelles de ces règles peuvent être utilisées dans l'interprétation du droit applicable de l'OMC.

1. Exemples de suggestions de dispositions sur les droits de l'homme pouvant être pertinentes dans l'interprétation de dispositions de l'OMC.

Robert Howse et Makau Mutua ont avancé que l'Accord sur l'OMC, y compris la référence au développement durable dans le préambule, certaines dispositions de l'Accord sur les ADPIC, ainsi que l'article XX devraient être interprétés à la lumière des engagements (même ultérieurs) pris par les parties pertinentes par voie conventionnelle, et à la lumière du droit international coutumier.¹⁰⁰

Avant la Conférence Interministérielle de Doha, certains ont suggéré¹⁰¹ que le « droit à la santé »¹⁰² était déterminant dans l'interprétation de l'Accord sur les ADPIC, y compris le droit, pour les pays en développement, d'utiliser pleinement les dispositions sur les licences obligatoires de l'Article 31 de l'Accord sur les ADPIC, ou d'utiliser des importations parallèles. De l'avis des partisans de cet argument relatif aux droits de l'homme,¹⁰³ l'Accord sur les ADPIC, en particulier, à la lumière du préambule et des articles 1, 7 et 8 qui appellent à une lecture « équilibrée » de l'accord, devrait être interprété à la lumière des articles 55 et 56 de la Charte des Nations Unies, des articles 25 et 27 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, des articles 12 et 2 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, tel qu'il est expliqué de manière plus approfondie dans les Commentaires Généraux n° 14 et 3 du Comité sur les Droits de l'Homme ; tous faisant référence au « droit à la santé ». Robert Howse a, en outre, avancé que même la Déclaration de politique générale de l'OMS, traitant de cette question devant le groupe spécial de l'OMC, aurait dû être prise en compte pour interpréter la prescription d'équilibre entre droits et obligations prévue par les Articles 7 et 8 de l'Accord sur les ADPIC.

Caroline Dommen a avancé que le Brésil pouvait invoquer les droits de l'homme pour défendre (au moins en partie) son programme de santé publique, mis en cause par les Etats-Unis au titre de l'Accord sur les ADPIC.¹⁰⁴ Selon elle, le Brésil pouvait se baser sur l'article 2 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, qui impose aux Etats d'agir de leur mieux, individuellement et par grâce à l'aide internationale, en vue d'atteindre progressivement la pleine réalisation des droits énoncés dans le Pacte, y compris un niveau de vie approprié, de logement, de travail, d'éducation, d'alimentation, de santé, etc.

A la Conférence de Berne¹⁰⁵ en août 2001, Simon Walker a présenté le Rapport du Haut Commissaire aux Droits de l'Homme sur « L'impact de l'Accord sur les ADPIC sur les droits de l'homme », qui préconise une « approche de l'Accord sur les ADPIC sous l'angle des droits de l'homme ».¹⁰⁶ Se référant aux articles 7 et 8 de l'accord sur les ADPIC, qui en appellent à une interprétation et une mise en œuvre de l'accord favorable au bien-être social et économique et à un équilibre des droits et

obligations, le Rapport fait plus de dix recommandations sur des cas où l'Accord sur les ADPIC serait interprété et appliqué conformément aux droits de l'homme. Ce rapport contient de multiples exemples d'interprétations possibles du droit de l'OMC avec la prise en compte des normes sur les droits de l'homme. Sans doute, la Déclaration de Doha sur les ADPIC a abordé certaines de ces questions, et constitue en soi une expression de la possibilité de réconcilier les dispositions de l'OMC et les normes pertinentes sur les droits de l'homme.

Il a été suggéré que le « droit à l'alimentation »¹⁰⁷ pourrait être invoqué par des pays en développement dans l'interprétation de l'Accord sur l'Agriculture. L'Ile Maurice a invoqué le droit à l'alimentation dans le contexte du problème de la sécurité alimentaire, et des considérations autres que d'ordre commercial qui préoccupent les pays en développement. L'Ile Maurice a avancé,¹⁰⁸ devant le Comité de l'Agriculture, qu'aux termes de l'article 20 et du Préambule de l'Accord sur l'Agriculture, les considérations autres que d'ordre commercial devraient être prises en compte dans la poursuite du processus de réforme, y compris le droit à l'alimentation des pays en développement. Pour soutenir cette affirmation, l'Ile Maurice a rappelé qu'au cours des cinquante dernières années, un certain nombre d'instruments juridiques internationaux traitant de l'alimentation et du droit à l'alimentation ont vu le jour. Pour l'Ile Maurice, le droit fondamental de chaque être humain de ne pas souffrir de faim a été reconnu et il est de la responsabilité des Etats de fournir un accès sûr à une alimentation appropriée. Pour l'Ile Maurice, les problèmes des pays tant importateurs qu'exportateurs de nourriture devraient être pris en compte dans l'interprétation des obligations (y compris celles de négociation) dans l'Accord sur l'Agriculture, « pour assurer une répartition équitable des ressources alimentaires mondiales par rapport aux besoins ».¹⁰⁹

L'Ile Maurice se réfère ensuite à une série d'instruments juridiques internationaux qui offrent des paramètres supplémentaires sur le contenu du « droit à l'alimentation » : (1) la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme qui, à l'article 25 :1, reconnaît que tout être humain a droit à un niveau de vie qui assure santé et bien-être pour lui-même et sa famille; (2) le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, adopté par les Nations Unies en 1966, qui reconnaît, à l'article 11 :1, le droit de chacun à un niveau de vie suffisant pour lui-même et sa famille, y compris le droit à une alimentation appropriée ; (3) le Sommet Mondial de l'Alimentation de 1996, qui a mis l'accent sur le droit de chacun à accéder à une alimentation suffisante et appropriée (L'Objectif 7.4 du Plan d'Action adopté par consensus lors du Sommet souligne que « les gouvernements, en collaboration avec tous les acteurs de la société civile, et selon qu'il conviendra, ... feront tout pour appliquer les dispositions de l'article 11 du Pacte ».) Pour l'Ile Maurice, les engagements gouvernementaux ayant trait au droit à l'alimentation sont essentiellement des obligations de résultat, mais les conventions internationales ne prescrivent aucun instrument de mise en œuvre spécifique. Les instruments de l'OMC devraient donc être utilisés en conséquence.¹¹⁰

2. Conclusion

La liste d'exemples ci-dessus ne diminue en rien la difficulté d'établir quelles « règles du droit international des droits de l'homme » sont pertinentes lorsqu'il s'agit d'interpréter une disposition spécifique de l'OMC, ou d'évaluer si une telle disposition a été respectée. L'identification préliminaire de tous les instruments internationaux relatifs aux droits à l'alimentation ou à la santé n'est pas suffisamment précise pour être pertinente lors de l'interprétation d'une disposition spécifique de l'OMC. Cependant, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a adopté toute une série d'interprétations de nombreuses dispositions du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels,¹¹¹ même si la valeur juridique d'un tel rapport du Comité (ou son acceptation

générale par les Etats) n'est pas claire. Au moins ces commentaires peuvent-ils être considérés comme des affirmations émises par les experts des droits de l'homme du Comité des droits de l'homme, pouvant servir en tant que doctrine d'experts dans l'interprétation des normes sur les droits de l'homme.

Tout cela dit, le lien avec le droit de l'OMC n'est pas plus clair. Dans le contexte des restrictions aux importations imposées en vertu de considérations relatives aux droits de l'homme, un Membre de l'OMC pourrait vouloir justifier ses actions en invoquant l'exception de « moralité publique » des articles XX(a) du GATT et XIV(a) de l'AGCS, ou encore le « travail dans les prisons » de l'article XX(e) du GATT, ou bien des concepts tels que les exception de « sécurité » ou de « grave tension internationale » au titre des articles XXI du GATT et XIV^{bis} de l'AGCS. Il n'existe aucune jurisprudence à l'OMC sur ces concepts, et il est loin d'être clair que la violation des droits de l'homme pourrait rentrer dans une des dérogations de l'OMC. Ces concepts peuvent avoir été utilisés dans d'autres traités ou sous d'autres systèmes de droit.¹¹²

C. LA NATURE NORMATIVE ET FLEXIBLE DE CERTAINES DISPOSITIONS DE L'OMC ET DES NORMES SUR LES DROITS DE L'HOMME

De nombreuses dispositions de l'OMC sont flexibles par nature et ont été rédigées en vue de permettre aux groupes spéciaux de l'OMC la « flexibilité » dans leur évaluation du bon respect [des règles] de l'OMC. Par exemple, les exceptions prévues par les articles XX du GATT et XXI de l'AGCS constituent des « normes » plutôt que des « règles » spécifiques – pour reprendre le cadre analytique et la distinction introduits par Joel Trachtman.¹¹³ Pour qu'elles soient appliquées, les groupes spéciaux doivent « compléter » les paramètres spécifiques de ces prescriptions de l'OMC, à la lumière des circonstances spécifiques de chaque différend. Trachtman a également suggéré qu'au titre de dispositions du type de celles de l'article XX du GATT, on attend des groupes spéciaux qu'ils « complètent le contrat de l'OMC » ou qu'ils « comblent les lacunes »¹¹⁴ laissées intentionnellement par les pères fondateurs de l'OMC.

Bien que je sois en accord avec le cadre analytique utilisé par Joel Trachtman, il m'est difficile d'employer des termes tels que « lacunes » ou « à compléter », car ils impliquent que quelque chose manquait au texte de l'OMC. Au contraire, il n'y manque rien. Comme Trachtman l'a suggéré, certaines dispositions du GATT, telles que l'article XX, ont été intentionnellement rédigées en termes généraux afin de permettre la flexibilité nécessaire pour qu'une norme unique puisse être utilisée dans des circonstances factuelles nombreuses et distinctes. L'article XX fait référence à des considérations de politique générale et impose des obligations de comportement, qui ne peuvent être bien esquissées qu'en termes généraux, ce qui implique pour les groupes spéciaux qu'ils « pèsent » au cas par cas divers éléments factuels et juridiques. Il vaut également la peine de rappeler ce passage du rapport *Japon – Boissons alcooliques II* :

« Les règles de l'OMC ne sont pas rigides ou inflexibles au point d'interdire tout jugement motivé face au flux et le reflux incessants et toujours changeant 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 à l'esprit. »

Il pourrait être légitime, pour déterminer si une mesure est « nécessaire à la protection de la moralité publique »¹¹⁵ en vertu des articles XX(a) du GATT et XIV(a) du GATS, (et tout en suivant les critères établis par la jurisprudence récente sur ce sujet¹¹⁶), qu'un groupe spécial examine la participation des Membres concernés à des traités de droits de l'homme, lorsque cela est pertinent : (1)

afin de prouver « l'importance des valeurs et intérêts communs » protégés par la mesure ; (2) afin de prouver l'efficacité de la mesure choisie ; (3) afin de prouver la bonne foi et le comportement cohérent du Membre concerné. En outre, dans *Etats-Unis – Crevettes (Article 21 :5 du Mémoire d'accord)*¹¹⁷ l'Organe d'appel a clairement déclaré que l'examen de la participation des Etats-Unis à d'autres traités régionaux ou bilatéraux similaires était un élément de fait pertinent pour évaluer la bonne foi du pays ; on pourrait faire de même avec les traités sur les droits de l'homme pertinents. D'autres éléments de fait pourraient inclure les déclarations [du pays concerné] dans les instances nationales et internationales, les décisions des juridictions de droits de l'homme, d'autres déclarations générales pertinentes faites par les Etats sur l'importance et la primauté des droits de l'homme, les résolutions pertinentes de l'Organisation Internationale du Travail (OIT) ou de l'Assemblée Générale, tous ces éléments étant de notoriété publique, ou constituant des informations factuelles que les groupes spéciaux ont le droit d'obtenir en vertu de l'article 13 du Mémoire d'accord.

En somme, le type d'obligation d'un Membre de l'OMC et l'existence d'« exceptions de politique » dans les articles XX et XXI [du GATT] sont à même d'assurer qu'une interprétation de bonne foi du droit de l'OMC et des normes sur les droits de l'homme évitera le plus souvent les conflits d'obligations entre les droits de l'homme et le droit de l'OMC.

IV. CONFLITS INSURMONTABLES ENTRE DISPOSITIONS DE L'OMC ET DISPOSITIONS SUR LES DROITS DE L'HOMME

En dépit de la conception théorique qui veut que les Etats devraient être capables de respecter toutes leurs obligations internationales de manière simultanée, des conflits insurmontables demeurent possibles. Dans *Argentine – Textiles et vêtements*, l'Organe d'appel a déclaré que « l'Argentine n'a pas prouvé qu'il y avait un conflit insurmontable entre les dispositions du « Protocole d'accord » conclu avec le FMI et les dispositions de l'article VIII du GATT de 1994. »¹¹⁸ Des conflits insurmontables entre les règles de l'OMC et les dispositions d'autres traités peuvent donc exister. Que peut ou doit faire un groupe spécial face à un tel conflit ?

A. DEFINITION DU TERME « CONFLIT »

La question de définir ce qu'est un « conflit » est pertinente dans le cadre du débat sur les relations entre l'OMC et les autres traités. En fin de compte, c'est seulement lorsqu'il existe un conflit entre les dispositions de deux traités que l'une d'entre elles doit être écartée (soit suspendue, soit abrogée, articles 30.4, 41 et 60 de la Convention de Vienne). Devant des droits plus spécifiques, la règle de *lex specialis* pourra trouver application. Dans tous les autres cas de figure, toutes les obligations des Etats sont cumulatives, et doivent être respectées simultanément.

Le fait qu'un Membre (ou plusieurs) puisse se trouver en situation de respecter l'Accord sur l'OMC tout en violant les traités de droits de l'homme, n'implique pas qu'il y ait conflit entre les dispositions de l'Accord sur l'OMC et celles d'un traité spécifique relatif aux droits de l'homme. Le « conflit » est un concept précis et étroit :

«... Techniquement parlant, il y a conflit lorsque deux (ou plusieurs) traités contiennent des obligations qui ne peuvent être respectées simultanément. ... Toute divergence de cette nature ne constitue pas pour autant un conflit. ... L'incompatibilité des contenus est une condition essentielle [pour qu'on puisse parler de] conflit. »¹¹⁹

Qui plus est :

«... un conflit entre traités législatifs survient seulement lorsque le respect simultané des obligations dans les différents instruments s'avère impossible. ... Il n'y a pas de conflit lorsque les obligations de l'un des instruments sont plus strictes que, mais non incompatibles avec celles de l'autre, ou encore s'il est possible de respecter les obligations de l'un des

instruments en s'abstenant d'exercer un privilège ou un avantage accordé par un autre. (...) La présomption d'absence de conflit est spécialement renforcée dans les cas où des accords distincts sont conclus entre les mêmes parties, puisqu'il peut être présumé qu'elles ont fait preuve de cohérence, en l'absence de preuves indiquant le contraire. »¹²⁰

Joost Pauwelyn signale¹²¹ que d'autres auteurs sont partisans d'une définition étroite du conflit. Il observe que Karl écrit que « *techniquement parlant*, il y a conflit entre traités lorsque deux (ou plusieurs) instruments conventionnels contiennent des obligations qui ne peuvent être respectées simultanément ». Kelsen, Klein et bien plus tard Wilting¹²² ont également adopté une définition très stricte du terme « conflit », couvrant seulement les obligations qui s'excluent réciproquement.

Ainsi, pour qu'il y ait conflit entre une disposition de l'OMC et une disposition d'un traité portant sur les droits de l'homme, on doit faire la preuve que l'OMC requiert ou interdit, une mesure qu'un traité relatif aux droits de l'homme interdit ou requiert inversement. De telles situations seraient en réalité assez rares. En fait, il faudrait démontrer que le respect [d'une disposition] de l'OMC rend nécessaire de violer un traité sur les droits de l'homme.

Au sein de l'OMC, une telle définition étroite du terme « conflit » a été utilisée par le groupe spécial dans *Indonésie – Automobile* et dans *Guatemala – Ciment I*¹²³, lorsque l'Organe d'appel, tout en évoquant la possibilité de conflit entre les règles spéciales et additionnelles applicables aux différends antidumping, et les dispositions générales du Mémoire d'accord, a déclaré : « Une disposition spéciale ou additionnelle *prévaut* sur une disposition du Mémoire d'accord que dans le cas où le respect de l'une entraînerait une violation de l'autre, c'est-à-dire, en cas de *conflit* entre les deux dispositions. » Récemment, l'Organe d'appel a confirmé cette définition étroite du « conflit » dans *Etats-Unis – Acier laminé*.¹²⁴

Joost Pauwelyn a étudié de manière très approfondie la question des « conflits » en droit international et en droit de l'OMC, et il montre une préférence pour une définition large du « conflit ». Il se réfère à la conclusion de l'Organe d'appel dans *Etats-Unis – Traitement fiscal des « sociétés de ventes à l'étranger »* et avance que l'Organe d'appel a reconnu qu'une disposition établissant une dérogation (règle permissive, GATT Art. XVI :4), était opposée à une autre disposition imposant des obligations négatives (ne pas accorder certaines subventions aux exportations : Accord sur l'Agriculture). L'Organe d'appel a reconnu l'existence de « différences très substantielles » et la priorité a été donnée aux règles de l'Accord sur l'Agriculture plutôt qu'à celles de l'Accord sur les Subventions et les Mesures Compensatoires (Accord SMC). Selon lui, cela démontre que l'Organe d'appel est en train de modifier sa position quant à la définition du terme « conflit »¹²⁵ Il ajoute, de même que Lorand Bartels¹²⁶, que le concept de conflit devrait en tout cas être élargi afin de s'assurer que les « droits » des Membres de l'OMC sont pleinement respectés. A mon sens, la suggestion de Pauwelyn part du postulat que les règles régissant les conflits sont claires ; les conflits devraient être reconnus et on devrait favoriser l'application des règles les régissant afin d'assurer certitude et transparence.

Les « droits » prévus par un traité (tel que celui de l'OMC), ainsi que ceux inclus dans d'autres traités, doivent en effet être respectés et appliqués. Pour ce faire, il n'est, en revanche, nullement nécessaire d'élargir le concept de conflit, car d'autres règles de droit international garantissent le respect, et en certaines circonstances la primauté, des dispositions accordant des droits sur celles imposant des obligations.

Il a été suggéré que l'on devrait continuer à interpréter le concept de « conflit » de manière étroite. Une définition élargie du terme « conflit » conduirait à donner à un tiers (soit à un organe juridictionnel, soit à l'interprète d'un traité) le pouvoir d'écarter des dispositions volontairement négociées par les Etats. Afin de prendre en compte les « droits » explicitement prévus (par un traité ou un autre), on peut utiliser le principe d'interprétation *lex specialis derogat generalis*, qui favorise l'application de la disposition plus spécifique de préférence à la disposition générale. Ainsi donc, l'intention des parties et l'application du principe *lex specialis* peuvent faire penser qu'un Etat peut exercer un droit spécifique prévu par les dispositions d'un traité antérieur ou ultérieur, tout en

négligeant apparemment les obligations d'un autre traité, antérieur ou ultérieur, rédigé en termes plus généraux.

Dans le système de l'OMC, l'interprétation à effet utile garantit que les droits prévus par les articles XX et XXIV du GATT sont appliqués, et ne sont pas réduits à l'état de dispositions « inutiles ». Pour ce faire, on fera appel au test de la nécessité. Il n'existe pas de principe d'interprétation d'effet utile entre traités. Les gouvernements changent, de même que leur idéologie politique et, au fil du temps, un même Etat peut finir par signer deux traités différents, ou des traités contenant des obligations ou dispositions contradictoires. Mais un conflit reste un conflit, bien que l'occurrence de conflits entre différents traités soit plus fréquente qu'au sein d'un même traité dont toutes les dispositions ont été négociées ensemble et au même moment.

L'objectif principal des règles d'interprétation étant de déterminer l'intention des parties, il a été suggéré que l'on continue à donner une signification étroite au terme « conflit ». Une définition élargie du terme « conflit » donnerait à un tiers, c'est-à-dire aux organes juridictionnels (et non les Etats eux-mêmes) le pouvoir d'écarter une disposition préalablement négociée d'un traité en faveur de l'application exclusive de la disposition qui la remplace.

Même en admettant une définition étendue du terme « conflit », afin d'inclure les incohérences entre les droits et les obligations, on doit reconnaître qu'il n'est pas facile de déterminer laquelle des deux dispositions doit prévaloir sur l'autre. *Lex posterior* ne peut pas être la seule règle puisque « *lex posterior generalis non derogat priori specialis* ». Ce principe dispose qu' : « une loi ultérieure, de caractère général, ne peut déroger à une loi antérieure de caractère spécial ». ¹²⁷ Le principe semble avoir été reconnu par la CIJ dans le différend portant sur le Projet Gabcikovo-Nagymaros, ¹²⁸ ainsi que par l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Hormones*. ¹²⁹ Dans ces deux affaires, les tribunaux ont estimé qu'il n'était pas nécessaire de déterminer le « statut » du principe de précaution, puisque, même s'ils avaient conclu qu'il avait atteint le statut de coutume, un tel principe n'aurait pas annulé ou écarté les obligations à la charge des parties en vertu de la disposition du traité faisant l'objet du différend. ¹³⁰ En conséquence, il est difficile d'imaginer qu'une règle coutumière portant sur les droits de l'homme (dont on connaît la généralité), et postérieure à la création de l'OMC, pourrait totalement écarter une des dispositions de l'Accord sur l'OMC, à moins qu'il y ait consentement des Membres ou que le principe *lex posterior generalis* ait un caractère impératif (*jus cogens*).

Cependant aucune règle à elle seule – présomption d'absence de conflits, interprétation à effet utile, *dubio mitius*, *lex posterior*, *lex specialis* et présomption de non-violation du *jus cogens*, ne donne une indication absolue ou simple quant à savoir quelle norme doit prévaloir. Qui plus est, les Etats doivent être présumés comme étant de bonne foi dans la négociation, l'application et l'interprétation de leurs droits et obligations internationaux. Une interprétation de bonne foi des droits et obligations incombant aux Etats au titre des normes sur les droits de l'homme ainsi qu'en vertu des textes de l'OMC devrait conduire à leur application simultanée et cohérente.

Par conséquent, si, dans un différend, une partie invoque des dispositions sur les droits de l'homme, le groupe spécial de l'OMC devrait d'abord se prononcer sur leur pertinence et dans l'affirmative, il interprétera la disposition de l'OMC en prenant en compte ces dispositions portant sur les droits de l'homme, cela en vue d'éviter un conflit. Dans les rares cas où cela s'avère impossible, le groupe spécial serait alors en présence d'un véritable conflit. Comme il a été avancé dans la première partie de cet article, s'il arrive, par hasard, qu'un conflit survienne entre une disposition de l'OMC et une disposition sur les droits de l'homme, le groupe spécial devrait conclure que les textes juridiques internationaux sur les droits de l'homme n'ont pas d'effet direct entre les Membres de l'OMC. Il devrait également déclarer qu'il n'a pas la compétence nécessaire pour interpréter de façon formelle et faire appliquer d'autres traités et coutumes, et qu'il lui est interdit de rendre une conclusion qui accroîtrait ou diminuerait les accords visés. Il appartiendrait alors aux Etats de régler le conflit entre le système juridique commercial de l'OMC et le système des droits de l'homme. ¹³¹

On doit également établir une distinction entre les « conflits directs » entre deux traités (ou leurs dispositions) et le conflit dans l'application même d'un traité, c'est-à-dire lorsqu'une certaine mise en œuvre d'une disposition de l'OMC par un certain Membre, ou bien l'exercice d'un droit à l'OMC, mènent à un conflit d'obligations pour cet Etat. Ceci est encore plus significatif lorsqu'on aborde le *jus cogens* ci-dessous.

B. INCOHERENCES AVEC DES DISPOSITIONS SUR LES DROITS DE L'HOMME AUTRES QUE CELLES AYANT LE STATUT DE *JUS COGENS*

En droit international (à travers l'application des articles 30 et 59 de la Convention de Vienne), une obligation souscrite par un Etat après l'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC (*lex posterior*), ou qui est plus spécifique (*lex specialis*) pourrait prévaloir sur une disposition de l'OMC. Néanmoins, les articles 30 et 59 de la Convention de Vienne évoquent des « traités successifs portant sur la même matière ». ¹³² Par conséquent, on pourrait considérer que les dispositions en cause dans le traité sur les droits de l'homme et de l'OMC n'entrent pas en « conflit », car elles ne traitent pas de la même matière. ¹³³ On pourrait également considérer que la « matière » désigne l'objet et le but des dispositions spécifiques des deux traités.

Cependant, ces règles de conflit peuvent-elles annuler les droits et obligations qu'ont les membres de l'OMC au titre de l'Accord sur l'OMC ? Dans la partie II de ce document, j'ai suggéré que le droit applicable de l'OMC se limite aux accords visés, y compris les mesures institutionnelles prises conformément aux accords visés. Par conséquent, le système de contestation de l'OMC ne permet pas de donner effet direct ou faire appliquer les dispositions sur les droits de l'homme qui ne sont pas incluses dans les accords visés de l'OMC, ou invoquées à travers eux. Comme suggéré en partie II (B) (3) ci-dessus, il est difficile de concevoir une situation concrète où une norme sur les droits de l'homme prévaudrait sur une disposition de l'OMC sans par là-même amender une disposition des accords visés, au moins à l'égard des Membres de l'OMC n'étant pas parties au dit traité qui prendrait le pas sur les accords visés. ¹³⁴ Deux Membres de l'OMC peuvent-ils modifier leurs droits et obligations entre eux uniquement ? L'ORD peut-il (en adoptant les recommandations des groupes spéciaux ou de l'Organe d'appel) « accroître ou diminuer » les droits et obligations de deux Membres de l'OMC, parties à un différend, même si les avantages commerciaux des autres Membres de l'OMC n'en sont pas directement atteints ? Les Articles 3 :2 et 19 du Mémoire d'accord (qui interdisent d'accroître ou de diminuer les dispositions des accords visés) semblent indiquer que non.

Si le droit applicable de l'OMC ne peut être interprété de façon à éviter les conflits avec des dispositions sur les droits de l'homme (ce qui arrive très rarement), les organes juridictionnels de l'OMC ne seraient pas capables de faire appliquer des dispositions extérieures à l'OMC ou de leur donner effet direct dans le droit applicable de l'OMC, dans la mesure où la disposition prééminente annulerait, accroîtrait, diminuerait ou amenderait les droits et obligations des accords visés. Mis à part le *jus cogens*, les Etats sont en droit de créer des systèmes juridiques et de recours qui ne soient pas à même de faire respecter toutes les obligations internationales contractées par les mêmes Etats dans d'autres traités ou en vertu de la coutume. Cela dit, ces normes non-OMC sont obligatoires pour les Etats en cause (également Membres de l'OMC) et s'ils les violent, leur responsabilité sera engagée, mais devant une autre juridiction (qui appliquera les règles sur la responsabilité des Etats). Cette responsabilité en termes de droits de l'homme ne peut être engagée et son respect ne peut être assuré par les organes juridictionnels de l'OMC. Les deux systèmes de responsabilité des Etats fonctionnent en parallèle. Ceci démontre le manque de cohérence dans les systèmes juridictionnels et judiciaires internationaux contemporains.

C. LES CONFLITS AVEC LES OBLIGATIONS *JUS COGENS*

La question des conflits entre une disposition de l'OMC et le *jus cogens* (une norme impérative de droit international) est plus complexe, à cause de la nature même du *jus cogens*¹³⁵. Les violations du *jus cogens* sont strictement interdites, et le *jus cogens* annule ou modifie automatiquement toute disposition contraire. Cette interdiction se limite-t-elle aux Etats parties à la Convention de Vienne ?¹³⁶ Le *jus cogens* a-t-il atteint le statut de coutume pénétrant tous les systèmes de droit ? Quelles sont ces normes de *jus cogens* ? Quand et comment peut-il être invoqué, et quelles sont les conséquences lorsque une disposition de l'OMC semble être non-conforme au *jus cogens* ? Un groupe spécial ou l'Organe d'appel peuvent-ils reconnaître qu'une norme a atteint le statut de *jus cogens* ? Les organes juridictionnels de l'OMC peuvent-ils déterminer les conséquences d'une violation du *jus cogens* par une disposition de l'OMC ou dans l'application spécifique d'une norme de l'OMC par l'un de ses Membres ? Les organes juridictionnels de l'OMC peuvent-ils enfreindre le *jus cogens* ? Il est malheureusement impossible de répondre à toutes ces questions dans le présent contexte. Je me contente donc de suggérer quelques pistes de réflexion.

La Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme (FIDH)¹³⁷ a suggéré que les articles 55¹³⁸ et 56¹³⁹ de la Charte des Nations Unies doivent être interprétés à la lumière des Pactes et de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, qui couvrent tous les droits de l'homme (pas seulement le *jus cogens*) ; par conséquent, l'obligation des Etats de prendre des mesures et d'agir pour la protection des droits de l'homme inclurait *tous* les droits de l'homme. En outre, puisque l'article 56 fait partie intégrante de la Charte des Nations Unies, et que l'article 103 de la Charte dispose qu'en cas de conflit la Charte des Nations Unies prévaut sur tout autre accord international, les dispositions de l'article 56, interprétées de façon à inclure *tous* les droits de l'homme, prévaudront sur toute autre obligation conventionnelle, y compris celles de l'Accord sur l'OMC.

Cette manière de voir les choses est bien large. En règle générale, seuls quelques droits de l'homme sont reconnus comme ayant atteint le statut de « normes impératives de droit international » (*jus cogens*)¹⁴⁰, qui leur donne une supériorité hiérarchique sur les dispositions de l'OMC, en cas de conflit.¹⁴¹

Le caractère coutumier de ces normes impératives est reconnu par l'article 26 des Règles sur la responsabilité des Etats¹⁴²:

« *Respect des normes impératives* : Aucune disposition du présent chapitre n'exclut l'illicéité de tout fait de l'Etat qui n'est pas conforme à une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général ».

Au paragraphe 5 du commentaire sur l'article 26, la CDI a déclaré :

« Les critères d'identification des normes impératives du droit international général sont rigoureux. L'article 53¹⁴³ de la Convention de Vienne prévoit non seulement que la norme en question doit remplir tous les critères pour la reconnaissance d'une norme de droit international général, exécutoire en tant que telle, mais encore que la communauté internationale des Etats dans son ensemble doit lui reconnaître un caractère impératif. Jusqu'ici, relativement peu de normes ont été reconnues comme étant impératives. *Mais divers tribunaux, nationaux et internationaux, ont affirmé l'idée de normes impératives dans des contextes qui ne se limitaient pas à la validité des traités.* Ces normes impératives clairement acceptées et reconnues comprennent *l'interdiction de l'agression, du génocide, de l'esclavage, de la discrimination raciale, des crimes contre l'humanité et de la torture, ainsi que le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes.* »¹⁴⁴(italiques de l'auteur)

Nombre de dispositions de l'OMC sont rédigées en termes d'interdiction générale, ce qui laisse aux Membres une certaine flexibilité dans l'application de leurs obligations à l'OMC. En raison de la nature même des obligations à l'OMC et de la matière qu'elles couvrent, il est difficile d'envisager un « conflit » direct ou primaire entre une disposition de l'OMC et l'une des normes impératives énoncées ci-dessus. De surcroît, les conséquences drastiques d'un conflit avec le *jus cogens* sont telles qu'elles incitent à une forte présomption de conformité au *jus cogens*.¹⁴⁵ La CDI elle-même semble reconnaître que les principes d'interprétation peuvent résoudre la plupart sinon tous les conflits les plus apparents et directs avec le *jus cogens* :

« (3) En cas de conflit apparent entre obligations primaires, dont une découle, pour un Etat, directement d'une norme impérative du droit international général, il est évident que cette dernière doit prévaloir. Les procédures d'interprétation et d'application devraient résoudre une telle question sans qu'il y ait besoin de recourir aux règles secondaires sur la responsabilité des Etats. En théorie, on peut envisager un conflit survenant à une occasion ultérieure entre une obligation d'un traité, apparemment licite et innocente quant à son objectif, et une norme impérative. *Si une telle situation venait à se produire, il serait exagéré d'invalider le traité dans son ensemble simplement parce que son application dans cette situation donnée n'a pas été prévue. Mais dans la pratique, il semble que de telles situations ne se soient jamais produites. Même si elles venaient à se produire, les normes impératives du droit international général donnent naissance à des principes d'interprétation forts qui devraient résoudre la plupart, sinon tous les conflits.* »¹⁴⁶ (italiques de l'auteur)

On pourrait avancer qu'il est possible qu'une disposition de l'OMC « apparemment licite et innocente quant à son objectif » soit mise en œuvre par un Membre de manière à enfreindre le *jus cogens*. Un groupe spécial de l'OMC ou l'Organe d'appel peuvent-ils conclure qu'une mesure nationale mettant en œuvre un droit ou une obligation à l'OMC est en violation du *jus cogens* ? On peut soutenir qu'un groupe spécial ou l'Organe d'appel peuvent seulement déterminer si une mesure nationale se trouve en violation d'une disposition de l'OMC, non du *jus cogens*. Mais il serait possible pour un groupe spécial ou l'Organe d'appel de déterminer que toute violation du *jus cogens* serait contraire à la juste interprétation ou application de la disposition de l'OMC. Le groupe spécial serait donc en train d'interpréter la disposition de l'OMC de manière à éviter tout conflit avec le *jus cogens*. Si cela s'avérait impossible, la disposition de l'OMC disparaîtrait, d'un point de vue juridique. Le groupe spécial serait alors confronté à une forme de *non liquet* (dénier de justice) à l'OMC, et devrait en informer l'ORD en conséquence.¹⁴⁷

Hélène Ruiz Fabri a insisté¹⁴⁸ sur l'importance du lien entre la procédure et la norme de droit positif dans les questions liées au *jus cogens*, au moins pour tout ce qui concerne la Convention de Vienne. La prescription de notification préalable (article 65 de la Convention de Vienne), la référence aux consultations et à la conciliation (article 65 :3 de la Convention de Vienne et article 33 de la Charte des Nations Unies), ainsi que le mécanisme de règlement des différends de la CIJ (article 66(a) de la Convention de Vienne) ont été négociés de façon à s'assurer qu'on n'invoque pas le *jus cogens* de façon abusive, mais aussi en tant que nécessaire protection des obligations conventionnelles : *pacta sunt servanda*.¹⁴⁹ Bien que l'article 66 « complète » les autres mécanismes de règlement des différends, Helene Ruiz Fabri avance qu'il ne paraît pas y avoir, en ce moment, d'instance dotée de la compétence universelle – autre que l'Assemblée Générale ou la Cour Internationale de Justice – ayant la capacité structurelle et institutionnelle de faire des déclarations au sujet du *jus cogens*. Elle émet des doutes quant à la capacité de l'Organe d'appel (de l'OMC) d'« appliquer » la Convention de Vienne en tant que telle, puisqu'il est mandaté pour appliquer les accords visés.¹⁵⁰ Même si elle accepte l'existence d'un certain « ordre public de droit international », qui inclut les normes de *jus cogens*, elle déplore en revanche le manque de tout mécanisme procédural et institutionnel efficace permettant de faire appliquer ces normes¹⁵¹ :

« C'est au minimum l'idée que certaines normes auraient une supériorité substantielle, qu'elles ne sauraient être écartées par des volontés particulières et que leur

transgression serait considérée comme d'une gravité particulière. Mais les institutions juridiques qu'on a imaginées pour traduire cette supériorité, en sorte d'y relier les caractéristiques qui sont celles des règles d'ordre public, sont inabouties ou assez largement ineffectives. Les raisons ont été bien identifiées : elles sont d'ordre structurel et résident principalement dans le défaut des éléments organiques qui garantiraient et donneraient vie à ces institutions. » (en français dans le texte)

D'autres estiment que le *jus cogens* doit être respecté et appliqué à tous les niveaux et par toutes les instances, de par la nature même du principe. En cas de conflit entre une norme de l'OMC et une norme de *jus cogens*, un groupe spécial ou l'Organe d'appel peuvent-ils considérer que la nature « pénétrante » du *jus cogens* a déjà éteint la disposition séparable de l'OMC¹⁵² qui faisait l'objet du conflit, et qu'ils se contentent d'exposer l'état du droit de l'OMC, tel qu'il a été affecté par le *jus cogens* ? Le groupe spécial n'accroîtrait ou ne diminuerait pas le droit de l'OMC, puisque les accords visés auraient été automatiquement modifiés par le *jus cogens* avant même qu'on ait demandé l'établissement d'un groupe spécial. Ou bien, serait-ce plutôt que la disposition de l'OMC en question aurait « disparu », et que le groupe spécial se trouverait alors confronté à une forme de *non liquet* à l'OMC ?¹⁵³ Toutes ces questions méritent de plus amples réflexion et recherche.

En pratique, la situation pourrait se présenter différemment, et une interprétation de bonne foi pourrait apaiser la crainte de voir survenir des conflits avec le *jus cogens*. La norme pertinente de *jus cogens* serait utilisée pour interpréter les dispositions de l'OMC ou la mesure nationale en cause, et cela devrait généralement suffire pour éviter les conflits avec de telles normes impératives de droit international. C'est peut-être là que se trouve le véritable impact de ce concept : il influence la pensée des individus, des gouvernements et des juges.¹⁵⁴ Face à une allégation de *jus cogens*, un groupe spécial ou l'Organe d'appel peuvent simplement déclarer quelque chose comme : « même en admettant que nous ayons la capacité d'appliquer et de faire appliquer le *jus cogens* ou la le droit international des droits de l'homme, il ne nous est pas nécessaire d'examiner cette question, car nous sommes de l'avis que la disposition en question, lorsqu'elle est correctement interprétée, n'a pas la signification que les parties suggèrent, et signifie plutôt que... ». Si cela s'avérait impossible, si le respect du droit de l'OMC impliquait une violation des droits de l'homme, les deux systèmes de responsabilité (celui de l'OMC et celui applicable à la violation spécifique des droits de l'homme) opéreraient en parallèle. Pour ce qui est du *jus cogens*, la disposition non-conforme de l'OMC est automatiquement invalidée.

Un autre point de vue doit aussi être examiné. L'OMC est dotée de la personnalité juridique internationale. De ce fait, l'OMC se trouve liée par le droit international dans les limites où sa personnalité internationale le lui permet. Les traités signés par l'OMC sont soumis aux dispositions de la Convention de Vienne de 1989 sur les droits des traités conclus entre Etats et organisations internationales ou entre organisations internationales, dont les dispositions, y compris celles sur le *jus cogens*, sont similaires à celles de la Convention de Vienne de 1969 sur les traités entre Etats.¹⁵⁵ Peut-on dire que la conclusion d'un groupe spécial qui tolérerait, mènerait à, ou encouragerait un Membre à violer ses obligations qui portent sur les droits de l'homme, engagerait la responsabilité de l'OMC ? Ou ne devrait-on pas plutôt conclure, dans un tel cas, que l'OMC n'est pas la personne morale qui a pris la mesure illicite en violation des droits de l'homme ? Le Membre de l'OMC ayant pris la mesure serait en violation du *jus cogens*, et non pas l'OMC.¹⁵⁶ Il semble que les organes juridictionnels de l'OMC ne feraient qu'examiner la mesure et décider si elle est ou non conforme au droit pertinent de l'OMC tel qu'il est interprété de manière cohérente avec le droit international, y compris les normes sur les droits de l'homme. Ils ne prendraient pas position quant au fait de savoir si cette même mesure viole ou respecte les droits de l'homme ou le *jus cogens*, car ils n'en ont pas la capacité. Si une même mesure est conforme au droit de l'OMC mais non aux droits de l'homme, l'Etat doit la modifier afin que de respecter les obligations relatives aux droits de l'homme, tout en respectant le droit de l'OMC. Tous les droits et obligations des Etats sont cumulatifs et le respect du droit de l'OMC n'offre aucune justification pour un manquement au droit sur les droits de l'homme. Cependant, il n'appartient pas aux organes juridictionnels de l'OMC de décider si les traités relatifs aux droits de l'homme ont été violés.

D. LA RESPONSABILITE RÉSIDUELLE DES ETATS MEMBRES QUI ENFREIGNENT UNE NORME SUR LES DES DROITS DE L'HOMME

Le problème de la responsabilité étatique des Membres de l'OMC en cas de manquement aux obligations relatives aux droits de l'homme n'est pas du ressort du mécanisme de règlement des différends de l'OMC. En tout état de cause, les Membres de l'OMC demeurent responsables des conséquences de leurs violations des droits de l'homme. Au cas où une disposition sur les droits de l'homme remplacerait une disposition de l'OMC (mais ne pourrait être intégrée au système juridique de l'OMC, et les groupes spéciaux ne pourraient pas la faire appliquer), l'Etat qui invoque la violation d'une disposition sur les droits de l'homme conserverait le droit d'invoquer l'application des règles de droit international général sur la responsabilité des Etats à l'encontre des autres Etats (également Membres de l'OMC) ou d'autres systèmes de droit pertinents.¹⁵⁷

Les Règles sur la responsabilité des Etats de la CDI (2001)¹⁵⁸ abordent les conséquences du manquement aux obligations internationales, y compris celles sur les droits de l'homme (qu'il s'agisse de normes impératives ou non).¹⁵⁹ L'application cumulative des articles 42¹⁶⁰ et 48 mène à la conclusion que la violation de certaines dispositions relatives aux droits de l'homme¹⁶¹ donne le droit aux Etats directement lésés ou spécifiquement atteints, mais aussi à un ensemble plus étendu d'Etats, d'engager la responsabilité de l'Etat fautif. Les Etats directement lésés ou spécifiquement atteints pourraient faire usage de contre-mesures. Les autres Etats pourraient également invoquer la responsabilité de l'Etat ayant violé une obligation *erga omnes*, et demander d'un organe judiciaire [qu'il applique] les mesures correctives énoncées à l'article 48 :2¹⁶² à savoir (i) la cessation du fait internationalement illicite, (ii) des assurances et garanties de non-répétition, conformément à l'article 30 ; et (iii) l'exécution de l'obligation de réparation conformément aux articles précédents, dans l'intérêt de l'Etat lésé ou des bénéficiaires de l'obligation violée. Allain Pellet avance que le texte de l'article 54 des Règles sur la responsabilité des Etats¹⁶³ peut être interprété comme autorisant l'usage de contre-mesures par tous les Etats en toutes situations (même les Etats n'étant pas directement affectés par une violation *erga omnes*), du moment qu'elles demeurent conformes au droit international. Cela inclut-il l'interdiction par l'OMC des mesures commerciales unilatérales à l'article 23 du Mémoire d'accord ? Souvenez-vous que les Membres de l'OMC ont la possibilité de justifier leurs écarts vis-à-vis des règles générales d'accès au marché du GATT en invoquant les articles XX ou XXI du GATT. Ces dispositions « font le lien » avec plusieurs autres systèmes de droit.

En d'autres termes, le manquement aux normes sur les droits de l'homme, faute de pouvoir être contesté par les organes juridictionnels de l'OMC, ne libère en rien l'Etat fautif pour ce qui est de l'obligation de réparation. Les avantages obtenus au sein de certaines instances (disons l'OMC) peuvent être contrebalancés (au moins en partie) par l'application des Règles sur la responsabilité des Etats au sein d'autres instances.¹⁶⁴ La plupart du temps, l'interprétation et l'application de bonne foi des dispositions de l'OMC suffiront pour coordonner les systèmes de l'OMC et des droits de l'homme.

E. CONCLUSION

Ce rapport suggère que :

- (1) le principe général de la bonne foi implique que les Etats sont présumés (i) avoir négocié leurs traités – celui de l'OMC et ceux relatifs aux droits de l'homme – de bonne foi, en tenant compte de toutes les obligations et tous les droits internationaux pertinents des parties ; et (ii) respecter toutes leurs obligations de droit international de bonne foi ;
- (2) il existe une obligation d'interpréter les dispositions de l'OMC en prenant compte des autres règles de droit international pertinentes, y compris les normes pertinentes relatives aux droits de l'homme et qui régissent la même matière ;

- (3) ceci conduit à une présomption « soft » (réfutable) d'absence de conflit entre les traités de l'OMC et ceux sur les droits de l'homme ;
- (4) les situations de conflit direct entre les dispositions de l'OMC et celles portant sur les droits de l'homme sont difficiles à concevoir ;
- (5) mais au cas où des conflits seraient identifiés, l'OMC constitue un sous-système spécifique du droit international au sein duquel le droit extérieur à l'OMC (y compris les droits de l'homme) ne peut être directement appliqué ;
- (6) dans tous les cas, les organes juridictionnels de l'OMC ne peuvent « faire appliquer » les droits de l'homme, si ce faisant ils accroissent ou diminuent les dispositions des accords visés ;
- (7) les Membres de l'OMC conservent leurs droits et obligations au titre des règles sur la responsabilité des Etats, dans les situations où une mesure (présumée conforme au droit de l'OMC) est incompatible avec les normes sur les droits de l'homme, de telle manière que les avantages obtenus dans l'une des instances (par exemple l'OMC) peuvent être annulés par les conséquences de la violation dans le cadre d'autres instances (par exemple les instances compétentes en matière de droits de l'homme) ;
- (8) ce manque de coordination entre juridictions (l'OMC et les droits de l'homme) doit être ramené aux Etats afin qu'ils décident entre les deux systèmes de droits et obligations qu'ils ont créés ;
- (9) en ce qui concerne le *jus cogens*, il n'est pas clair si oui ou non les organes juridictionnels de l'OMC ont la capacité juridique de faire des déclarations se rapportant, en particulier, à la nullité *ab initio* de la disposition suspecte de l'OMC ; mais la forte présomption de non-violation du *jus cogens* est telle que des conflits directs avec les normes de l'OMC ne se produiront pas ;¹⁶⁵
- (10) confrontés à une situation de conflit avec les normes sur les droits de l'homme (y compris le *jus cogens*) dans l'application ou la mise en œuvre du droit de l'OMC par un Membre de l'OMC, les organes juridictionnels de l'OMC devraient être encouragés à le signaler à l'ORD, mettant ainsi l'accent sur les limitations de l'OMC et du Mémorandum d'accord sur la question ;
- (11) les organes juridictionnels de l'OMC ne sont pas des tribunaux de compétence générale, et de ce fait ne peuvent ni interpréter ou appliquer les dispositions d'[autres] traités et coutumes, ni résoudre les conflits avec les traités sur les droits de l'homme comme bon leur semble. Ils ne peuvent qu'interpréter et appliquer le droit de l'OMC, mais ils doivent le faire de manière cohérente à l'égard du droit international général.

V. LA « COMPETENCE » GENERALE, PROBLEME INHERENT LORS DE LA PRISE EN COMPTE DES DROITS DE L'HOMME POUR LES MESURES COMMERCIALES¹⁶⁶

Le respect des droits de l'homme interagit en de nombreux points avec le droit du commerce international, conduisant à des mesures spécifiques qui pourraient finalement être portées devant le système de règlement des différends de l'OMC. Par exemple, Joel Trachtman¹⁶⁷ a examiné des lois américaines pouvant être considérées comme ayant des implications en termes de droits de l'homme, les effets de ces mesures sur le commerce international en général, ainsi que leur compatibilité avec l'OMC. Son analyse englobe :

- des réglementations nationales dans lesquelles des mesures distinctes établies concernent les droits de l'homme (ce qui nécessite une analyse sous l'angle de l'article III et nous rapporte à la question connexe des Procédés et Méthodes de Production) ;
- certaines restrictions à la frontière basées sur des considérations des droits de l'homme (ce qui nécessite une évaluation des dispositions de l'OMC sur les exceptions, des articles XX et XXI du GATT et des articles XIV et XIV *bis* de l'AGCS, à la lumière de la jurisprudence existante) ;
- les critères d'obtention des marchés publics basés sur des considérations des droits de l'homme (qui devraient être évalués à la lumière des obligations contenues dans l'Accord sur les marchés publics) ;
- enfin les critères et les mécanismes de gradation de la « Clause d'Habilitation » (« Enabling Clause »), ainsi que les conditions attachées à l'établissement du Système généralisé de préférences (SGP), lorsqu'ils sont liés à des considérations sur les droits de l'homme (ce qui

nécessiterait une évaluation du droit des Membres en matière de « préférences », mais aussi de la question des « produits similaires », des exceptions etc...).

On pourrait pousser la réflexion entamée par Frank Garcia¹⁶⁸ sur la référence à des considérations des droits de l'homme dans les accords commerciaux régionaux, et leur compatibilité avec l'article XXIV du GATT (et l'Article V de l'AGCS) à la lumière de la jurisprudence pertinente.¹⁶⁹ Krista Schefer¹⁷⁰ a identifié des cas où les droits de l'homme sont utilisés dans les instruments de politique externe qui pourraient inclure des aspects commerciaux. Du point de vue du règlement des différends à l'OMC, on pourrait également remettre en question la compatibilité de tels accords bilatéraux ou multilatéraux avec l'OMC.

A cette liste de mesures impliquant des considérations sur les droits de l'homme, on pourrait ajouter :

- la possibilité de XX prescriptions en matière d'étiquetage contenant des références aux droits de l'homme¹⁷¹ et qui pose question au regard de l'application de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce, du GATT ou même de certaines dispositions parallèles de l'AGCS ;
- d'autres distinctions réglementaires applicables au commerce des « services » - impliquant l'examen des critères énoncés dans les articles VI, XVI et XVII de l'AGCS ;
- la prise en compte des considérations relatives aux droits de l'homme dans les règles d'origine (et l'accord correspondant) et dans les règles sur l'investissement (ce qui soulève des questions vis-à-vis de l'Accord SMC, de l'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce (MIC, ou TRIMS en anglais), des articles I et III du GATT, et de l'AGCS) ;
- et également la prise en compte des considérations relatives aux droits de l'homme dans l'application des engagements liés à l'agriculture (y compris la « Boîte verte » et la « Boîte développement »).

L'objectif de la présente section est de suggérer que, lorsqu'on tient compte des considérations relatives aux droits de l'homme pour définir des mesures commerciales¹⁷², trois questions difficiles (qui se chevauchent) et qui touchent au droit de l'OMC sont mises en lumière.

Premièrement, le statut des Procédés et Méthodes de Production (PMP). Deuxièmement, le statut des préférences et des distinctions opérées en matière de réglementation basées sur des considérations politiques autres que le commerce.

Les considérations sur les droits de l'homme peuvent entrer en jeu dans l'établissement d'une distinction de PMP (tel que le travail des enfants utilisé dans la production de biens et services) ; elles peuvent aussi faire partie de la politique (générale ou spécifique) d'un Membre concerné. Souvent, le comportement, ou la violation des droits de l'homme en question, a lieu à l'étranger, c'est-à-dire hors du territoire et de la juridiction du pays qui impose la mesure prenant en compte les droits de l'homme.¹⁷³ Dans les deux cas, la violation des droits de l'homme n'a pas d'effet direct sur le territoire du Membre prenant la mesure. Cela nous amène à la troisième question, celle de la compétence extraterritoriale du droit de l'OMC.

Les Etats peuvent-ils agir ou réagir de manière extraterritoriale, en droit de l'OMC et en droit international général?

J'aimerais suggérer quelques pistes de réflexion sur ces questions générales, en vue d'encourager des discussions plus approfondies sur ce sujet, dans le contexte plus spécifique des droits de l'homme.

A. LA QUESTION DES « PMP »

La première série de questions concerne le statut en droit de l'OMC des dispositions liées aux Procédés et Méthodes de Production (PMP). La question est de savoir si les Membres de l'OMC ont le droit de considérer deux biens comme étant différents selon qu'ils ont été produits et fabriqués différemment, de telle sorte qu'ils puissent les distinguer aussi dans l'application de la réglementation nationale. Nombre d'auteurs ont écrit sur le sujet des PMP dans le cadre du débat sur le commerce et l'environnement, et je m'excuse de ne pas faire référence à cette riche littérature.¹⁷⁴ Pour résumer, on

peut dire que la jurisprudence liée au GATT ne semble pas accepter que les Membres de l'OMC puissent considérer deux biens comme « différents » sur la base des considérations relatives aux PMP, cela en ce qui concerne les distinctions opérées en matière de réglementation établies au titre de l'article III.

L'Organe d'appel, dans *CE - Amiante*, a conclu que la détermination de « similarité » entre deux produits requiert l'examen de toute preuve qui puisse indiquer si les produits sont dans un rapport de concurrence sur le marché, car l'article III a pour objectif d'interdire le protectionnisme.¹⁷⁵ Pour déterminer si ce rapport de concurrence existe en réalité, l'Organe d'appel¹⁷⁶ semble s'être beaucoup concentré sur les caractéristiques physiques des produits, à savoir leur carcinogénicité ou leur toxicité. Bien qu'il ait déclaré que chacun des quatre critères doit être examiné dans tous les cas,¹⁷⁷ en dépit de la possibilité que des résultats contradictoires émanent de cet examen,¹⁷⁸ on peut soutenir qu'il a donné plus de poids aux caractéristiques physiques, ou au moins aux différences dans les caractéristiques physiques, en faisant peser une charge de la preuve bien lourde sur le Membre qui veut contredire des preuves d'ordre physique.¹⁷⁹ Cependant, l'Organe d'appel a insisté sur la possibilité de traiter différemment des produits similaires, si, ce faisant, les produits concurrents importés ne sont pas traités moins favorablement¹⁸⁰.

Ainsi, bien que la jurisprudence semble suggérer que le concept de « similarité » fait allusion à la ressemblance en terme de propriétés physiques, l'Organe d'appel n'a pas encore abordé la question de savoir si la différence dans les procédés de fabrication (y compris les considérations relatives aux droits de l'homme) peut, dans certains cas, être cause de « dissimilarité ». Les considérations relatives aux droits de l'homme, par définition, affectent rarement les caractéristiques *physiques* des produits importés. C'est donc une question que nous nous devons d'examiner en profondeur.

B. CONSIDERATIONS D'ORDRE POLITIQUE INDIRECTEMENT LIEES A DES IMPORTATIONS SPECIFIQUES.

Certains analystes considèrent que les Etats n'ont pas compétence juridique pour déterminer la conduite d'un autre Etat à l'égard des normes liées à des préférences dans la politique nationale, telles que les conditions de travail ou la rémunération des travailleurs. Pour Brigitte Stern, même un objectif politique bien intentionné, c'est-à-dire « souhaitable », ne peut être utilisé pour justifier un acte extraterritorial illicite.¹⁸¹ Certains traités peuvent cependant disposer différemment. Les articles III ou XX du GATT autorisent-ils l'examen des politiques sur les droits de l'homme des pays exportateurs indépendamment du cadre d'importations spécifiques ? Ces considérations politiques peuvent-elles être utilisées comme critère pour l'octroi de préférences commerciales, y compris au sein des accords commerciaux régionaux ?

Un des premiers groupes spéciaux du GATT, *Allocations familiales belges*¹⁸², étudie la conformité d'une taxe sur les importations réalisées par des institutions gouvernementales belges en provenance de pays estimés avoir un système d'allocations familiale moins généreux que celui mis en place en Belgique. Le groupe spécial a estimé que les considérations de politique sociale étaient irrecevables pour évaluer la conformité de la taxation avec l'exigence de traitement identique à accorder aux produits similaires.

Par ailleurs, la décision de l'Organe d'appel dans le cas *Etats-Unis - Crevettes* a clairement établi que certaines politiques peuvent être prises en compte en vertu de certains sous-paragraphes de l'article XX.¹⁸³ La question demeure évidemment de savoir lesquelles. L'article XX contient une liste limitative de ces politiques, mais qui, par nature, mérite d'être interprétée de manière évolutive.

L'application de la condition de « nécessité », conformément à l'article XX(b), ainsi que l'obligation de mettre en œuvre les dispositions des traités de bonne foi invitent à ce qu'on n'abuse pas des considérations d'ordre politique que cet article autorise.¹⁸⁴ Plus important encore, pour l'Organe d'appel, les considérations d'ordre politique qui ont, jusqu'ici, justifié des mesures unilatérales

reflètent une « valeur politique partagée ». ¹⁸⁵ Le problème est d'identifier et d'évaluer quelles considérations politiques sont des valeurs internationales, de telle sorte qu'elles deviennent des justifications plausibles au titre de l'article XX. ¹⁸⁶ Il n'est même pas clair si seules les valeurs partagées à l'échelle internationale seraient couvertes par l'article XX, puisque l'Organe d'appel a déjà autorisé les Membres à établir des normes au niveau qu'ils estiment approprié, même à un niveau supérieur à celui des normes internationales. ¹⁸⁷ L'existence d'une valeur politique partagée répond aux conditions de « bonne foi » et de « nécessité », mais est-elle suffisante pour l'exercice d'une juridiction extraterritoriale ? L'article XX autorise-t-il les mesures basées sur des considérations relatives à des politiques menées à l'étranger ? Les considérations commerciales de l'OMC peuvent-elles se fonder sur des actes (ou leur absence) ayant lieu en dehors du territoire du Membre importateur, et n'ayant aucun effet (commercial) direct sur son territoire ? ¹⁸⁸

C. LA QUESTION DE LA « JURIDICTION » EN DROIT DE L'OMC

Ces dernières questions nous mènent au problème de la juridiction en droit de l'OMC, qui en fait comprend et se superpose aux deux autres débats abordés plus haut, à savoir celui sur les PMP et celui sur les autres distinctions réglementaires basées sur des considérations d'ordre politique. Au titre des règles internationales sur la responsabilité des Etats, il est généralement interdit aux Etats de faire usage de contre-mesures dans le but d'influencer la politique intérieure d'autres Etats, à moins qu'ils ne se basent spécifiquement sur les indications d'un traité, ou en cas de violation d'une obligation. ¹⁸⁹ Depuis la décision rendue par la CIJ dans l'affaire *Congo c. Belgique* ¹⁹⁰, il n'est toujours pas certain que les Etats aient une compétence extraterritoriale coutumière en cas de violations des droits de l'homme commises à l'étranger, à l'encontre de ressortissants d'un autre Etat. Cependant un traité peut autoriser certaines actions ou réactions à l'encontre d'une situation à l'étranger. Comment l'Accord sur l'OMC traite-t-il la question de l'extraterritorialité ?

Certains sous-paragraphes des articles XX du GATT et XIV de l'AGCS abordent explicitement les mesures prises à l'étranger. Un exemple clair en est l'article XX(e), qui traite des articles fabriqués dans les prisons. Comme le groupe spécial chargé de l'affaire *Thon – II* l'a reconnu dans son rapport non-adopté, conformément à l'article XX (g), les dérogations prévues par les autres sous-paragraphes ne sont pas explicitement limitées aux réponses à des événements ou à des actes ayant lieu sur le territoire national d'un Membre. ¹⁹¹

La référence à des « valeurs partagées » dans l'interprétation de l'article XX(g) au cours du différend *Etats-Unis - Crevettes*, peut être vue comme une tentative de formuler un test juridictionnel cohérent, afin d'évaluer dans quels cas un pays a un intérêt suffisant dans une politique de sorte que l'article XX excuse une mesure unilatérale prise à l'encontre d'un pays producteur qui violerait cette politique. Pourtant, l'Organe d'appel a clairement déclaré qu'il ne se prononçait pas sur la question de la juridiction en droit de l'OMC (se réfugiant derrière le fait que les pratiques de pêche en cause avaient des répercussions dans les eaux territoriales américaines). ¹⁹² Il a cependant semblé suggérer que l'intérêt pour le produit faisant l'objet de la réglementation n'a pas besoin d'être strictement territorial : ¹⁹³

« Nous ne nous prononçons pas sur la question de savoir s'il existe une limitation de juridiction implicite dans l'article XX g) ni, si c'est le cas, sur la nature ou la portée de cette limitation. Nous observons seulement que, au vu des circonstances particulières de l'affaire dont nous sommes saisis, il existe un lien suffisant entre les populations marines migratrices et menacées d'extinction considérées et les États-Unis aux fins de l'article XX g). » ¹⁹⁴

La question qui découle de cette analyse est de savoir si le « lien » entre la mesure et les objectifs politiques énoncés à l'article XX constitue la matrice analytique qui sera utilisée au titre d'autres sous-paragraphes de l'article XX, qui sont plus directement impliqués lorsqu'une mesure commerciale est prise en réponse à des violations des droits de l'homme. Dans l'affaire *Etats-Unis - Essence*, l'Organe

d'appel a déclaré qu'étant données les termes différents des divers sous-paragraphes, il serait déraisonnable de supposer que les Membres aient eu l'intention d'exiger « le même genre ou degré de connexion ou de relation entre la mesure faisant l'objet de l'évaluation et les intérêts étatiques politiques que l'on cherchait à promouvoir ou réaliser ». ¹⁹⁵ Ceci suggère que le « lien » requis varie selon les politiques particulières et la disposition juridique en question. ¹⁹⁶

La condition assouplie d'un « lien » peut aussi être considérée parallèlement à la popularité croissante du concept de « juridiction universelle » en matière de violations de certaines valeurs universelles, qui incluraient certains droits de l'homme. Même après la décision de la CIJ dans l'affaire *Congo c. Belgique* ¹⁹⁷ certains avancent que la juridiction universelle a déjà été reconnue à certains tribunaux nationaux ou internationaux pour certains crimes internationaux. Un concept similaire d' « intérêt juridique » universel semble à présent avoir été codifié par la CDI dans ses Règles sur la responsabilité des Etats, selon lequel tous les Etats auraient un intérêt suffisant pour engager la responsabilité d'un Etat en cas de violation de normes *erga omnes*. ¹⁹⁸ Néanmoins, ces règles autoriseraient un Etat seulement à faire recours à un certain mécanisme de règlement des différends pour mettre en cause la responsabilité étatique pour violation d'obligations *erga omnes*. Il est douteux, ou du moins peu clair, si les règles sur la responsabilité des Etats autorisent les Etats n'ayant pas été directement atteints à faire usage de contre-mesures à l'encontre de l'Etat violant les droits de l'homme, ¹⁹⁹ et comment cette règle s'articulerait avec l'interdiction des contre-mesures commerciales non-autorisées à l'OMC.

L'évolution de l'application du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies peut être utilisée comme une référence pour le droit de l'OMC dans ce domaine. Traditionnellement, les violations des droits de l'homme ayant lieu sur le marché interne d'un Etat étaient protégées des actes de rétorsion d'autres Etats en vertu de l'article 2 :4 de la Charte ²⁰⁰. Ces dernières années cependant, des violations massives des droits de l'homme ont été utilisées comme fondement juridique d'actes de rétorsion, conformément au Chapitre VII de la Charte, qui exige l'identification d'une « menace contre la paix, d'une rupture de la paix, ou d'un acte d'agression » pour justifier des mesures n'impliquant pas l'usage de la force armée, ou des mesures impliquant l'usage de la force, « dans le but de maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales ». Les mesures prises à l'encontre du Libéria, de l'Irak, de la Somalie, de la Bosnie, du Rwanda et du Kosovo avaient toutes comme fondement juridique des affaires intérieures, et leur impact sur les êtres humains. Antonio Cassese a suggéré qu'une nouvelle règle de droit international pourrait être en train de se cristalliser, qui voudrait que certaines violations des droits de l'homme à grande échelle créent automatiquement une menace contre la paix et autorisent dès lors des mesures unilatérales ou de légitime défense, lorsque l'autorisation du Conseil de sécurité s'avère impossible à obtenir. ²⁰¹ Si on peut ainsi utiliser la force unilatéralement contre des violations massives des droits de l'homme, alors l'OMC peut être interprétée comme permettant de faire usage de mesures commerciales en réponse à de telles violations. ²⁰²

D. CHEVAUchements ET CONFLITS ENTRE JURIDICTIONS

Il est possible qu'un même différend, ou divers aspects d'un même différend, soient réglés devant des instances différentes, (par exemple à la fois le Comité des Droits de l'Homme, un tribunal national, une cour de justice régionale ou bien un groupe spécial ou l'Organe d'appel de l'OMC). Des juridictions différentes peuvent arriver à des conclusions différentes, voire opposées ou incompatibles.

Aujourd'hui, en droit international, les juridictions internationales se multiplient. Jusqu'ici, les Etats ne se sont pas encore mis d'accord sur des règles de coordination les limitant dans leur choix entre deux juridictions. Une mise en garde a été faite par le Juge Schwebel, ancien président de la CIJ,²⁰³ et de nouveau par le président actuel²⁰⁴, le Juge Guillaume,²⁰⁵ contre les dangers du « forum-shopping » (c'est-à-dire de l'abus potentiel, par certains Etats, de la liberté de choisir la juridiction la plus favorable) et le développement d'un droit international fragmenté et contradictoire. Des principes du droit du commerce international tels que « *forum non conveniens* », « *res judicata* », « *lis pendens* », l'abus de procédure ou encore les droits procéduraux, ne peuvent être appliqués au chevauchement de juridiction entre les tribunaux de droit international public.²⁰⁶ Le choix des Etats semble basé sur un certain opportunisme économique, politique et juridique. En outre, certains traités contiennent des clauses d'attribution de compétence qui peuvent aisément se trouver en conflit avec d'autres juridictions.²⁰⁷ D'où la nécessité d'encourager une certaine coordination entre l'OMC et les autres juridictions (y compris celles de droits de l'homme), bien qu'à présent rien ne limite la compétence des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'OMC, une fois que cette compétence a été établie.

La question de la compétence de l'OMC est des plus complexes et ne se limite certainement pas à l'application des dispositions de l'OMC relatives aux dérogations. Le fait que ces distinctions réglementaires ou les préférences puissent être liées aux violations des droits de l'homme ayant lieu sur le territoire d'un autre Etat (sans effet direct sur le territoire ou les ressortissants du pays importateur), sera apprécié au regard du GATT, de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce, de l'Accord sur les MIC, de l'AGCS, de l'Accord sur les ADPIC, de la Clause d'Habilitation et également d'autres systèmes de préférences.

Les Membres de l'OMC peuvent-ils revendiquer la compétence universelle sur les violations des droits de l'homme et utiliser, en conséquence, des mesures commerciales au titre des articles XX ou XXI (ou même hors de leur champ d'application)? Les Membres de l'OMC trouveraient-ils un soutien dans les Règles sur la responsabilité des Etats? Les articles 48 et 54 des Règles sur la responsabilité des Etats autorisent-ils les Etats non directement touchés par les mesures à faire usage de contre-mesures? Comment cela serait-il possible à la lumière de l'article 23 du Mémorandum d'accord?

Comme l'a suggéré Joel Trachtman, toutes ces questions sensibles se rapportent à la manière dont les Etats décident de répartir la compétence entre les fonctions législative et judiciaire au sein de chaque Etat, entre Etats, entre Etats et organisations internationales, et entre organisations internationales.²⁰⁸

VI. QUELQUES REFLEXIONS EN CONCLUSION

Les Membres de l'OMC, en tant qu'Etats, doivent respecter leurs obligations relatives aux droits de l'homme, en même temps que leurs obligations à l'OMC, sans laisser naître de conflit entre les deux systèmes juridiques. Dès lors, on peut raisonnablement s'attendre à ce que les organes juridictionnels de l'OMC interprètent les dispositions de l'OMC en tenant compte de toutes les obligations internationales pertinentes des Membres OMC parties au différend. En conséquence, à la lumière de la flexibilité inhérente de nombreuses obligations de l'OMC, y compris les articles XX et XXI du GATT, les Membres de l'OMC peuvent respecter simultanément leurs obligations relatives aux droits de l'homme et celles de l'OMC. Il n'appartient pas aux organes juridictionnels de l'OMC d'établir si les droits de l'homme ont été respectés ou violés, mais il incombe aux Etats d'adopter un comportement conforme au droit international.

Les groupes spéciaux et l'Organe d'appel n'ont pas la capacité d'interpréter, d'appliquer ou de faire respecter d'autres traités ou coutumes ; ils ne sont pas des tribunaux de compétence générale, et leur mandat et compétence sont bien définis et limités. Cependant, puisque le droit de l'OMC doit être interprété comme ayant été rédigé, et évoluant, en conformité avec le droit international, des conflits avec des traités relatifs aux droits de l'homme ne devraient pas se produire. Mais dans l'éventualité d'un conflit insurmontable entre une disposition de l'OMC et les normes sur les droits de l'homme, et/ou entre une application ou mise en œuvre spécifique par un Membre de l'OMC et les normes sur les droits de l'homme, les organes juridictionnels de l'OMC ne peuvent conclure qu'une disposition portant sur les droits de l'homme a prévalu sur une disposition de l'OMC, car, ce faisant, ils devraient interpréter et appliquer des obligations internationales autres que celles de l'OMC ; de plus, ils accroîtraient, diminueraient ou amèneraient l'Accord sur l'OMC, allant ainsi à l'encontre du Mémorandum d'accord. En cas de conflit insurmontable, les groupes spéciaux et l'Organe d'appel devraient le signaler à l'ORD.

Il est donc possible qu'une même mesure soit considérée conforme aux accords visés de l'OMC pertinents, mais non conforme à un traité ou coutume de droits de l'homme, et vice-versa. Le respect du droit de l'OMC ne justifie ni n'excuse les violations des droits de l'homme. Les Membres de l'OMC doivent s'assurer que toutes leurs mesures respectent à la fois le droit de l'OMC et les droits de l'homme. Les Membres de l'OMC demeurent responsables de leurs violations des droits de l'homme, mais leur responsabilité ne peut être invoquée ou engagée devant les organes juridictionnels de l'OMC. En d'autres termes, les systèmes de responsabilité étatique en matière de commerce et des droits de l'homme ne sont pas encore coordonnés et se sont développés en parallèle. En cas de conflit entre les deux systèmes de droit (droits de l'homme et OMC), il vaudrait peut-être mieux laisser décider les Etats, plutôt que les organes juridictionnels de l'OMC.

NOTES

¹ Gabrielle Marceau, conseiller auprès de la Division des Affaires Juridiques du Secrétariat de l'OMC. Cet article a d'abord paru dans le *European Journal of International Law* (2002), vol.13, No.4, p.745 en anglais et fut traduit par Me Anamaria Postelnicu grâce au support financier de Rongead.

« Les vues exprimées dans ce document sont exclusivement celles de son auteur et n'engagent en rien le Secrétariat de l'OMC ou les Membres de l'OMC. J'ai commencé à travailler à ce rapport à l'occasion du séminaire commun de l'ASIL (American Society of International Law) et du Forum Mondial du Commerce portant sur le « Droit Economique International et les Droits de l'Homme », qui a eu lieu les 13 et 14 août 2002, à Berne, Suisse. Dans la préparation de cet article, j'ai grandement bénéficié des mes discussions et échanges avec les professeurs Hélène Ruiz Fabri et Joel Trachtman. Je remercie également Tenu Avafia, Lorand Bartels, Milton Church, Andrew Clapham, Mireille Cossy, Marisa Goldstein, Pieter Jan Kuijper, Simon Lacey, Morris Lipson, Joost Pauwelyn, Lisa Pearlman, Brigitte Stern, Mara Valenti, Sandiagio Vilalpando, Simon Walker et Jochem Wiers pour leurs commentaires sur les versions précédentes de ce texte. Je suis entièrement responsable de toutes les erreurs. »

² Sur l'OMC et les droits de l'homme en général, voir : P. Ala'I, « A human rights critique of the WTO : some preliminary observations », *George Washington International Law Review*, 33 (2000/2002), pp.537-533 ; A.E. Appleton, « The World Trade Organization : implications for human rights and democracy », *Thesaurus Acroasium*, 29 (2000), pp.415-462 ; J. Bhagwati « Trade linkage and human rights » in Jagdish Bhagwati et Mathias Hirs (eds) , *The Uruguay Round and beyond : essays in honour of Arthur Dunkel*, Berlin : Springer, 1998, pp.241-250 ; S.H. Cleveland, « Human rights sanctions and the World Trade Organization », in F. Francioni (ed) *Environment, Human Rights and International Trade* , Oxford : Hart Publishing 2001, pp. 199-261 ; M. Cohn, « The World Trade Organization : elevating property interests above human rights », *Georgia Journal of International and Comparative Law* 29 (2001), pp. 247-440 ; T. Flory, N. Ligneul « Commerce international, droits de l'homme, mondialisation : les droits de l'homme et l'Organisation Mondiale du Commerce », in *Commerce mondial et protection des droits de l'homme : les droits de l'homme à l'épreuve de la globalisation des échanges économiques*, Bruxelles : Bruylant, 2001, pp. 179-191 ; H. Lim, « Trade and human rights : what's at issue ? », *Journal of World Trade*, 35 (2001), pp. 275-300 ; E.-U. Petersmann, « From « negative » to « positive » integration in the WTO : time for « mainstreaming human rights » into WTO law » *Common Market Law Review*, 37 (2000), pp. 1363-1382 ; A.H. Qureshi, « International trade and human rights from the perspective of the WTO », in F. Weiss, E. Denters and P. de Waart (eds) *International economic law with a human face*, La Haye : Kluwer, 1998, pp. 159-173 ; P. Stirling, « The use of trade sanctions as an enforcement mechanism for basic human rights : a proposal for addition to the World Trade Organization », *American University Journal of International Law and Policy* 11 (1996), pp. 1-46.

³ En plus d'une série d'allégations provenant de militants, on pourra se référer au premier rapport du Groupe d'Experts de la Sous-Commission des Droits de l'Homme, en date du 15 juin 2000, plus connu sous le nom de Rapport Cauchemar (« Nightmare Report ») (car il qualifiait l'OMC de « cauchemar des droits de l'homme et des pays en voie de développement) – EC/CN.4/Sub.2/2000/13.

⁴ Robert Howse et Makau Mutua ont écrit : « il est absurde d'attendre d'un pays qui viole systématiquement les droits élémentaires de l'homme, qu'il exécute et applique fidèlement les procédures requises par les accords de l'OMC », Robert Howse et Makau Mutua, dans « Protecting Human Rights in a Global Economy : Challenges for the WTO » (*International Center for Human Rights & Democratic Development, Policy Paper* 2002), voir 17. Pour ma part je tends à être d'accord avec Jose Alvarez (dans son commentaire du rapport de Howse et Mutua) : « De nombreux pays violateurs des droits de l'homme respectent les accords économiques internationaux , et de nombreux défenseurs majeurs des droits de l'homme, y compris les Etats-Unis, ont du mal à adhérer et à se conformer à certains accords internationaux . » dans *Trade and the Environment : Implications for*

Global Governance : How Not to Link : Institutional Conundrums of an Expanded Trade Regime, 7 *Widener Law Symposium Journal*, 1. (Printemps 2001).

⁵ On pourrait évoquer les Articles XX ou XXI du GATT ou les Articles XIV ou XIVbis du GATS.

⁶ Par exemple dans les prescriptions en matière d'étiquetage, ou encore dans l'attribution des préférences Système Généralisé de Préférences (SGP).

⁷ Voir par exemple Jose Alvarez *Ibid.*

⁸ « Faire respecter » sera entendu dans le sens de « fournir des recours efficaces ».

⁹ WT/ MIN(01)/DEC/2. Voir également la référence à cette décision dans la Déclaration du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, 29 novembre 2001, paragraphes 15 et 18.

¹⁰ Sur cette question en général voir : Joel Trachtman, « The Domain of WTO Dispute Resolution », (1999) *Harvard International Law Journal*, vol.40, No.2, p.333 ; Gabrielle Marceau, « A Call for Coherence in International Law », *Journal of World Trade*, (1999) Vol.5, No.33, p.88 ; Gabrielle Marceau, « Conflicts of Norms and Conflicts of Jurisdictions », *Journal of World Trade*, (2001) Vol.35, No.6, p.1081 ; Joost Pauwelyn, « The Role of Public International Law in the WTO : How Far Can We Go ? », *American Journal of International Law*, (2001) Vol.95, No.3, p.595 ; Lorand Bartels, « Applicable Law in WTO Dispute Settlement Proceedings », *Journal of World Trade*, (2001) Vol.3, No.35, p.499 ; Thomas J. Schoenbaum, « WTO Dispute Settlement : Praise and Suggestions for Reform », *International and Comparative Law Quarterly*, (2000) Vol.47, p.647 ; David Palmeter et Petros Mavroidis, « The WTO Legal System : Sources of Law », *American Journal of International Law* (1998) Vol.92, No.3, p.398.

¹¹ Comme développé plus loin, l'argument qui veut que les organes juridictionnels de l'OMC ne peuvent appliquer et évaluer que le droit de l'OMC, n'empêche en rien une juridiction des droits de l'homme de statuer que la même mesure n'est pas acceptable au titre d'un traité sur les droits de l'homme. Chaque traité régit un ensemble différent de droits et obligations qui lient les Etats en même temps.

¹² Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Mesures affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés, en provenance d'Inde* (« *Etats-Unis - Chemisiers* »), WT/DS33/AB/R, adopté le 23 mai 1997, DSR 1997 :I, §13.

¹³ Rapport de l'Organe d'appel, *Communautés Européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes* (« *CE - Bananes III* »), WT/DS27/AB/R, adopté le 25 septembre 1997, § 135.

¹⁴ Rapport de l'Organe d'appel, *CE - Bananes III*, § 136 (italiques de l'auteur).

¹⁵ Le groupe spécial a en revanche déclaré : « Même à supposer qu'il soit exigé sous une forme ou une autre qu'il y ait un intérêt économique, nous considérons que les Communautés européennes, en tant qu'exportateur de produits laitiers vers la Corée, avaient un intérêt suffisant pour engager et poursuivre la procédure de règlement de ce différend », Rapport du Groupe spécial *Corée – Mesure de sauvegarde définitive appliquée aux importations de certains produits laitiers* (« *Corée – Produits laitiers* »), WT/DS98/R, adopté le 12 janvier 2000, § 7.14 .

¹⁶ Par exemple, l'Article 6 :1 du Mémoire d'accord prévoit qu'après la période de consultations, la partie plaignante peut demander l'établissement d'un groupe spécial qui « devra être établi au plus tard à la réunion de l'ORD qui suivra celle à laquelle la demande aura été inscrite pour la première fois à l'ordre du jour de l'ORD, à moins qu'à ladite réunion l'ORD ne décide par consensus de ne pas établir de groupe spécial ». En termes clairs, un Membre plaignant ne sera jamais d'accord pour

participer à une décision par consensus de ne pas établir un groupe spécial qu'il vient juste de demander (à moins que d'une façon ou d'une autre il obtienne satisfaction). Ceci est également vrai de l'adoption des rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel, et de l'imposition de sanctions : lorsque ces mesures ont été demandées, elles doivent avoir lieu à moins que les Membres de l'OMC n'en décident autrement par consensus. Afin d'assurer l'efficacité de cette procédure, chaque fois qu'une action de l'ORD est formellement requise, un Membre peut appeler à une réunion de l'ORD sous 10 à 15 jours.

¹⁷ Voir William Davey, « Has the WTO Dispute Settlement Exceeded its Authority ? », *Journal of International Economic Law* (2001) Vol.4, No.1, p.79.

¹⁸ Voir Pierre Monnier, « The Time to Comply with an Adverse WTO Ruling – Promptness within Reason », *Journal of World Trade*, (2001)Vol.35, No.5, p.825.

¹⁹ Article 22 du Mémoire d'accord.

²⁰ Dans le Rapport du Groupe spécial de l'affaire *Etats-Unis – Articles 301 à 310 de la loi de 1974 sur le commerce extérieur* («*Etats-Unis – Article 301*»), WT/DS152/R, adopté le 27 janvier 2000, cela semble avoir été l'une des conclusions auxquelles le groupe spécial est parvenu - dans ce cas-là une menace de détermination unilatérale de la part d'un Etat puissant, les Etats-Unis. Le groupe spécial était de l'avis que « l' « effet indirect » de l'article 301 américain (il est vrai non obligatoire) d'une part, d'autre part le risque de détermination unilatérale (tous deux ayant un « effet glacial » sur les Membres et sur le marché), ainsi que le dommage systémique général qu'aurait une législation aussi discrétionnaire si elle venait à se répandre [à d'autres pays], étaient de nature – en particulier au vu de la puissance économique des Etats-Unis – à conduire à la conclusion que les Etats-Unis, en maintenant l'article 301, semblaient de prime abord se trouver en violation de l'Article 23 du Mémoire d'accord. « Une raison importante pour laquelle l'Article 23 du Mémoire d'accord doit être interprété en vue d'interdire toute forme d'action unilatérale, est que de telles mesures menacent la stabilité et la prévisibilité du système commercial multilatéral... Les mesures unilatérales sont par conséquent, contraires à l'essence du système commercial multilatéral de l'OMC... », Rapport du Groupe spécial, *Etats-Unis – Article 301*, § 6.14, voir également § 7.71 à 7.94.

²¹ Voir le Rapport du Groupe spécial, *Etats-Unis – Certains produits en provenance des CE*, § 6.133.

²² « Mesure unilatérale » : mesure autre que celles explicitement autorisées par l'OMC. Voir § 111 du Rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *Etats-Unis – Mesures à l'importation de certains produits en provenance des Communautés européennes* (« *Etats-Unis – Certains produits en provenance des CE* »), WT/DS165/AB/R, adopté le 10 janvier 2001. Voir le Rapport du Groupe spécial dans *Etats-Unis – Certains produits en provenance des CE* au § 6.133 : « Brièvement dit, le système de contre-mesures, représailles ou mesures de rétorsion a été strictement réglementé dans le cadre de l'Accord sur l'OMC. Ce n'est maintenant que dans le cadre institutionnel de l'OMC/l'ORD que les États-Unis auraient pu obtenir qu'il soit déterminé, d'une manière compatible avec les règles de l'OMC, que les Communautés européennes avaient violé l'Accord sur l'OMC, et ce n'est que dans le cadre institutionnel de l'OMC/l'ORD que les États-Unis auraient pu obtenir l'autorisation de prendre des mesures correctives. [note de bas de page 170 : De ce fait, dans le contexte de l'OMC, la disposition de l'article 60 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (1969) ne s'applique pas en raison de l'adoption des dispositions plus précises de l'article 23 du Mémoire d'accord.] »

²³ Alain Pellet soutient que l'Article 54 des nouvelles Règles sur la responsabilité des Etats, en ne définissant pas de quelles mesures il s'agit, peut être vu comme autorisant l'utilisation de contre-mesures, même par un Etat non directement affecté par la violation d'obligations *erga omnes*. L'Article 54 devrait être interprété en tenant compte de l'interdiction posée par le GATT et l'OMC d'utiliser des contre-mesures commerciales non autorisées.

²⁴ Pour Ohlhoff et Schloemann, le système décrit dans les Articles 4 à 22 du Mémoire d'accord s'applique seulement lorsque les parties au différend ne peuvent se mettre d'accord sur la résolution du différend par « arbitrage rapide au sein de l'OMC », lequel selon l'Article 25 peut « comme un autre moyen de règlement des différends ... faciliter la solution de certains différends concernant des questions clairement définies par les deux parties ». Voir « Rational allocation of disputes and « constitutionalisation » : Forum choice as an issue of competence » in James Cameron & Karen Campbell (eds.) *Dispute Resolution in the WTO*, , p. 318.

²⁵ Remarquons que dans des débats récents au titre de l'Article 22 :2 et 22 :6, les Etats-Unis et les Communautés européennes ont utilisé l'arbitrage de l'Article 25 afin de déterminer le niveau de sanctions résultant du refus par les Etats-Unis d'amener sa mesure en conformité avec l'Accord sur les ADPIC dans *États-Unis: Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur (Article 25 :3)*, WT/DS160/ABR25/1.

²⁶ Voir l'Article 4 :11 du Mémoire d'accord et ses notes de bas de page qui les énoncent toutes.

²⁷ L'Article XXIII prévoit également la possibilité de différends fondés sur des plaintes en situation de non-violation. Les plaintes en situation de non-violation impliqueraient que l'action d'un Membre, bien qu'elle ne viole pas l'OMC, a été telle qu'elle a annulé les bénéfices commerciaux d'un Membre plaignant. Sur la question de la non-violation, voir la discussion de l'Organe d'appel dans *Communautés européennes- Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant (« CE - Amiante »)*, WT/DS135/AB/R, adopté le 5 avril 2001, § 182-190 ; *Japon – Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs (« Japon- Pellicules »)*, WT/DS44/R, adopté le 22 avril 1998, § 10.37 ; voir également *Inde – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture (« Inde – Brevets (Etats-Unis) »)*, WT/DS50/AB/R, adopté le 16 janvier 1998, § 36-45 et *Communautés européennes – Classement tarifaire de certains matériels informatiques (« CE – Matériel informatique »)*, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R, adoptés le 22 juin 1998, § 75-82.

²⁸ Pour une description détaillée de l'évolution du mécanisme de règlement des différends de l'OMC, voir MTN.GNG/NG13/W/4/Rev.1.

²⁹ Comme l'a fait le Comité des marchés publics ; voir WT/DSB/7 et GPA/5.

³⁰ Récemment, à l'occasion de l'appel lancé par l'Organe d'appel à des interventions d' « amis de la cour » [note du traducteur : *amicus curiae* = personne extérieure au procès qui signale à l'attention de la cour un point de droit qu'elle considère comme pertinent] dans le différend *CE - Amiante*, les Membres de l'OMC n'ont pas hésité à rappeler à l'Organe d'appel qu'ils conservent le pouvoir exclusif de créer le droit au sein de l'OMC. L'Organe d'appel semble avoir accepté ce message lorsqu'il a déclaré, dans *Etats-Unis – Certains produits en provenance des CE*, que « ...ce n'est certainement pas le rôle ni des groupes spéciaux ni de l'Organe d'appel de modifier ... Seuls les Membres de l'OMC ont le pouvoir de modifier le Mémoire d'accord ou d'adopter de telles interprétations... Déterminer ce que devraient être les règles et procédures du Mémoire d'accord ne relève pas de notre responsabilité ni de celle des groupes spéciaux; cela relève clairement de la seule responsabilité des Membres de l'OMC.. »

³¹ L'Article 19 :1 *in fine* prévoit qu'« outre les recommandations qu'il fera, le groupe spécial ou l'organe d'appel pourra suggérer au Membre concerné des façons de mettre en œuvre ces recommandations. »

³² Schoenbaum *supra* note 10, voir p. 653.

³³ Voir la déclaration de l'Organe d'appel au § 167 du rapport *CE - Bananes III* : « Ainsi, nous n'avons pas d'autre solution que d'examiner nous-mêmes les dispositions de la Convention de Lomé

dans la mesure où cela est nécessaire pour interpréter la dérogation de Lomé. » (italiques de l'auteur). Pour une discussion plus approfondie de cette question de savoir ce qui peut être interprété – instruments de droit national et international, voir le rapport de Gabrielle Marceau et Jennifer Morrissey intitulé « Clarifications of the DSU brought by WTO jurisprudence », in Joe Macmahon (ed) *Trade and Agriculture*, (2001) Cameron May, p.143.

³⁴ En ce sens, on peut les considérer comme des « adjuvants » à la procédure de règlement des différends de l'OMC. Voir Gabrielle Marceau, « WTO Agreements Cannot Be Read in Clinical Isolation from Public International Law », Séminaire de la Banque Mondiale sur le Droit du commerce international, 24-25 octobre 2000.

³⁵ L'Organe d'appel dans *CE - Bananes III*, §10

³⁶ L'Organe d'appel dans *Etats-Unis - Chemisiers*, § 14 : « Lorsque nous examinons cette question, nous comprenons en fait difficilement comment un système de règlement judiciaire pourrait fonctionner s'il reprenait l'idée que la simple formulation d'une allégation pourrait équivaloir à une preuve. Il n'est donc guère surprenant que divers tribunaux internationaux, y compris la Cour internationale de justice, aient systématiquement accepté et appliqué la règle selon laquelle il appartient à la partie qui affirme un fait, que ce soit le demandeur ou le défendeur, d'en apporter la preuve.17 Par ailleurs, un critère de la preuve généralement admis en régime "code civil", en régime "common law" et, en fait, dans la plupart des systèmes juridiques, est que la charge de la preuve incombe à la partie, qu'elle soit demanderesse ou défenderesse, qui établit, par voie d'affirmation, une allégation ou un moyen de défense particulier. »

³⁷ L'Organe d'appel, dans *Brésil – Noix de coco desséchée* § 21: « Premièrement, les termes de référence visent un objectif important qui est de garantir une procédure régulière (« due process ») ». Voir également la référence à la procédure régulière (« due process ») dans les rapports de l'Organe d'appel dans les rapports *CE - Hormones*, § 154 ; *Inde - Brevets*, § 95 ; *Argentine – Textiles et vêtements*, § 79, note de bas de page 68 ; *CE – Matériel informatique*, § 70 ; *Australie – Saumon*, § 272, 278.

³⁸ On peut avancer que la nécessité pour les groupes spéciaux de conserver une objectivité totale a conduit les Membres, par exemple, à adopter des Règles de conduites élargies, réglemant l'impartialité, l'indépendance et les conflits d'intérêts des groupes spéciaux, des Membres de l'Organe d'appel, des experts et du personnel impliqué dans le mécanisme de règlement des différends de l'OMC. WT/DSB/RC/1. Voir Gabrielle Marceau, « Rules on Ethics for the New WTO Dispute Settlement Mechanism », *Journal of World Trade* (1998), Vol.32 No.3, p.57.

³⁹ Article 17 :3 du Mémoire d'accord.

⁴⁰ Sur cette question, voir Joost Pauwelyn, *ibid* p.554, et Lorand Bartels *ibid*. p.502.

⁴¹ Bruno Simma, « Self-contained Regimes », *XVI Netherlands Yearbook of International Law* (1985), p.111, voir p.117.

⁴² *Ibid* citant le Rapport Riphagen II de la CDI (Rapport préliminaire, *Yearbook of the International Law Commission*, vol. 2, Partie 1, (1980, 128-129; IIIe Rapport, UN Doc. A/CN.4/354 (Riphagen) / Ad.1, § 39.

⁴³ Articles 3, 6 et 7 du Mémoire d'accord.

⁴⁴ Voir, en général, E. U. Petersmann, « Violation complaints and Non-violation Complaints in International Law » (1991) *German Yearbook of International Law* vol. 34, p. 175.

⁴⁵ Voir le rapport de l'Organe d'appel, *Inde – Brevets (Etats-Unis)*, § 41.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Voir Thomas Cottier et Krista Nadakavukaren Schefer, « Non-violation Complaints in WTO/GATT Dispute Settlement : Past, Present, Future » in E. Ulrich Petersmann (ed) *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, Kluwer Law International, 1997.

⁴⁸ La CIJ a estimé que le seul recours de l'Iran était ceux envisagés par la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques : « ...le droit diplomatique lui-même fournit les moyens de défense nécessaires ainsi que des sanctions contre les activités illicites de Membres de missions diplomatiques ou consulaires » (p. 39), « Bref, les règles du droit diplomatique constituent un régime se suffisant à lui-même (self-contained regime) qui, d'une part, énonce les obligations de l'Etat accréditaire en matière de facilités, de privilèges et d'immunités à accorder aux missions diplomatiques, et d'autre part, envisage le mauvais usage que pourraient en faire des Membres de la mission et précise les moyens dont dispose l'Etat accréditaire pour parer à de tels abus » (p. 40) *Arrêt de la CIJ (1980) Personnel Diplomatique et Consulaire des Etats-Unis à Téhéran (Etats-Unis c. Iran, 19 ILM (1980) p. 39*, disponible à l'adresse www.icj-cij.org/icjwww/idecisions.htm

⁴⁹ En tant que régime autosuffisant (« self-contained regime ») ou *lex specialis*, les Règles sur la responsabilité des Etats prévoient les conséquences d'actes illicites : Premièrement et dans tous les cas la cessation et la non-répétition (Article 30) ; deuxièmement la réparation, qui peut prendre la forme d'une restitution, indemnisation et satisfaction, soit séparément soit conjointement (Article 34) ; troisièmement, dans des circonstances exceptionnelles, des contre-mesures pour inciter le Membre à s'exécuter (Articles 49 et 54).

⁵⁰ Mais en l'absence de remède effectif, nonobstant les contextes légaux et politiques particuliers de ce différend, cette conclusion de l'Organe d'appel confirme qu'il se considère capable de prendre des décisions déclaratoires [note trad. : décision clarifiant un point de droit, ou définissant la position juridique des parties].

⁵¹ Voir le rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Certains produits en provenance des CE*, § 81.

⁵² Voir l'appel à la cessation et à l'exécution immédiates aux articles 3 :7, 21 :1, 21 :3 et 22 :1 du Mémoire d'accord, ainsi que la jurisprudence existant sur l'article 21 :3, qui démontre qu'il est à présent généralement accepté que la mise en œuvre immédiate constitue la règle, et l'octroi d'un délai raisonnable est l'exception, Pierre Monnier *ibid.* p. 825.

⁵³ Le problème spécifique de savoir si le *jus cogens* est, de par sa nature même, directement applicable en droit de l'OMC, est discuté de façon plus complète en Partie IV ci-dessous.

⁵⁴ Article 41 :1(b)(i) de la Convention de Vienne.

⁵⁵ Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis - Article 211 de la loi générale de 1998 portant ouverture de crédits* (« *Etats-Unis – Article 211* »), WT/DS176/AB/R, adopté le 1^{er} février 2002, § 363.

⁵⁶ Ces deux concepts sont développés en Partie I :B (ii) de la Déclaration du Cycle de l'Uruguay : « Le lancement, la conduite et la mise en œuvre du résultat des négociations seront considérés comme faisant partie d'un engagement unique. Cependant, les accords conclus à un stade précoce des négociations peuvent être mis en œuvre sur une base provisoire ou définitive, par accord des parties avant la conclusion formelle des négociations. Ces accords seront pris en compte dans l'évaluation de l'équilibre global des négociations. » BISD 33S/19 (italiques de l'auteur).

⁵⁷ « Nous sommes d'accord avec le groupe spécial lorsqu'il déclare : « il est maintenant bien établi que l'Accord sur l'OMC constitue un « engagement unique » et, par conséquent, toutes les obligations contractées dans le cadre de l'OMC sont en général cumulatives et les Membres doivent se conformer

simultanément à la totalité d'entre elles... 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 manière à donner un sens à *toutes, harmonieusement*. » Un corollaire de ce principe est qu'il faut interpréter un traité dans son ensemble et, en particulier, lire ses sections et parties dans leur ensemble. C'est une application simple du principe d'interprétation de l'effet utile. » Rapport de l'Organe d'appel, *Corée – Mesure de sauvegarde définitive appliquée aux importations de certains produits laitiers*, WT/DS98/AB/R, § 74, adopté le 12 janvier 2000 (« *Corée – Produits laitiers* »).

⁵⁸ Joel Trachtman *ibid.* p.333

⁵⁹ Pieter Jan Kuijper, « The Law of GATT as a Special Field of International Law – Ignorance, further refinement or self-contained system of international law », *Netherlands Yearbook of International Law*, (1994) Vol XXV, p.227, voir p. 252. Pieter Kuijper cite également Laurence Boisson de Chazournes qui avance que le GATT constitue potentiellement un régime autosuffisant, notamment dans « Les contre-mesures dans les relations internationales économiques » (1992), pp. 182-186.

⁶⁰ Rapport 2000 de la CDI, A/CN.4/504, § 15

⁶¹ Troisième Rapport de la CDI A/CN.4/507/Add.1, § 157. Dans la version française le terme utilisé était encore plus fort, décrivant le Mémoire d'accord comme un « régime spécial de réparation ».

⁶² Une question intéressante est celle des similarités et différences entre le concept de régime « autosuffisant » tel que l'emploie la CIJ dans l'affaire *Téhéran*, et le concept de *lex specialis* de l'Article 56 des Règles sur la responsabilité des Etats. Ce dernier permettrait-il une exclusion des règles générales, sur la base [d'un examen] disposition par disposition, alors que le premier les excluraient de manière générale ? Bien que ce n'ait pas été le cas au départ, il semble que ce soit l'interprétation suggérée par James Crawford, Rapporteur Spécial du Groupe sur la responsabilité des Etats de la CDI, lorsqu'il écrit : « C'est toujours une question d'interprétation au cas par cas. Dans certains cas, il découle clairement des termes d'un traité ou d'un autre texte que seules les conséquences spécifiées s'appliquent. Dans d'autres cas, un aspect du droit général peut être modifié, laissant les autres aspects toujours applicables. » CDI, Troisième Rapport, A/CN.4/507/Add.4, § 420.

⁶³ Bruno Simma *ibid.* p.111, citant le Rapport Riphagen II de la CDI, Add.1, § 39

⁶⁴ Bruno Simma *ibid.* p.135-136.

⁶⁵ Voir le Rapport du Groupe spécial dans l'affaire *Etats-Unis – Certains produits en provenance des CE* § 6.133

⁶⁶ Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Mesure de sauvegarde transitoire appliquée aux fils de coton peignés en provenance du Pakistan* (« *Etats-Unis - Coton* »), WT/DS192/AB/R, adopté le 5 novembre 2001, §120. La même chose est vraie de l'emploi du principe de « diligence raisonnable » (« due diligence ») aux § 67, 76, 77 et 79 et de l'usage de la « bonne foi » au § 81 du même rapport.

⁶⁷ *Communautés européennes – Mesures affectant l'importation de certains produits provenant de volailles* (« *CE - Volaille* »), WT/DS69/AB/R, adopté le 23 juillet 1998, § 79

⁶⁸ Conclusion de l'Organe d'appel, § 162 de *CE - Bananes III*.

⁶⁹ Rapport du Groupe spécial dans *Corée – Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée*, WT/DS161 et 169/R, (« *Corée – Viande de boeuf* »), adopté le 10 janvier 2001, § 539 et suivants.

⁷⁰ Lorand Bartels *ibid.* p. 506

⁷¹ Joost Pauwelyn *ibid.* p. 566

⁷² *Ibid.*

⁷³ La situation du *jus cogens* est différente, comme expliqué en Partie IV :C ci-dessous, car le *jus cogens*, hiérarchiquement supérieur au droit de l'OMC, ferait partie et aurait un effet direct en droit de l'OMC.

⁷⁴ Bruno Simma *ibid.* citant le Rapport Riphagen II de la CDI, Ad.1, § 39, définissant les régimes autosuffisants.

⁷⁵ Il est développé en Partie IV :C que les normes de *jus cogens*, hiérarchiquement supérieures aux dispositions de l'Accord sur l'OMC, ne peuvent être violées. Toute violation annulerait automatiquement toute disposition contradictoire d'un traité. Par conséquent, on peut avancer que le *jus cogens* prend directement effet en droit de l'OMC.

⁷⁶ En même temps, et comme avancé plus loin, le système de l'OMC contient des dispositions permettant et justifiant que les Membres s'écartent des règles d'accès au marché afin de donner la priorité à des objectifs politiques identifiés. On pourrait considérer que les dispositions de l'OMC qui justifient ces écarts visent notamment la discrimination liée au [respect ou non-respect des] droits de l'homme.

⁷⁷ Un sous-système de droit international serait considéré comme « autosuffisant » s'il ne reconnaît pas l'application directe des dispositions générales des Règles sur la responsabilité des Etats. A contrario, on considérerait que le sous-système accepte toutes les règles générales, comme suppléments à ses règles spécifiques.

⁷⁸ Article 26 de la Convention de Vienne : « Tout traité en vigueur lie les parties *et doit être exécuté par elles de bonne foi* ». (italiques de l'auteur).

⁷⁹ Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, (« *Etats-Unis - Essence* »), WT/DS2/AB/R, adopté le 20 mai 1996, DSR 1996 :I, p. 18.

⁸⁰ Robert Howse a avancé que les politiques de santé de l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS), sont des règles de droit international visées par l'Article 31 :3(c) et en tant que telles devraient être utilisées dans l'interprétation de l'accord sur les ADPIC. Robert Howse « The Canadian Generic Medicines Panel, A Dangerous Precedent in Dangerous Times », *Journal of World Intellectual Property*, Vol.3, No.4, p. 493 (2000).

⁸¹ Les groupes spéciaux et l'Organe d'appel se sont servi des principes généraux du droit international pour soutenir leur interprétation basée sur la signification ordinaire des termes de l'Accord sur l'OMC. Par exemple, dans *Canada – Durée de la protection conférée par un brevet*, (« *Canada – Durée de la protection* »), WT/DS170/AB/R, adopté le 12 octobre 2000, dans sa discussion sur la non-rétroactivité de certaines dispositions de l'Accord sur les ADPIC, l'Organe d'appel a affirmé que : « Cette conclusion est étayée par le principe général du droit international... laquelle [la Convention de Vienne] établit une présomption à l'encontre de l'effet rétroactif des traités ». Rapport de l'Organe d'appel, *Canada – Durée de la protection*, § 71. Dans *Etats-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, (« *Etats-Unis - Crevettes* »), l'Organe d'appel a déclaré que : « Le texte introductif de l'article XX n'est en fait qu'une *façon d'exprimer* le principe de la bonne foi », (Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis - Crevettes*, WT/DS58/AB/R, adopté le 6 novembre 1998, § 158, et également dans le Rapport sur la mise en œuvre, WT/DS58/AB/RW § 123 et suivants). Dans *Etats-Unis – Traitement fiscal des « sociétés de vente à l'étranger »* (« *Etats-Unis – Société de vente* »), WT/DS108/AB/R, adopté le 20 mars 2000, § 106, l'Organe d'appel a déclaré que l'article 3 :10 du Mémoire d'accord est une expression du principe juridique général de la « bonne foi ». Dans *Etats-Unis – Mesures antidumping appliquées à certains*

produits en acier laminés à chaud en provenance du Japon, (« *Etats-Unis – Acier laminé* »), WT/DS184/AB/R, adopté le 23 août 2001, l'Organe d'appel a déclaré, au § 101 : « Nous considérons que cette disposition est une autre expression détaillée du principe de la « bonne foi » - qui est en même temps un principe juridique général et un principe de droit international général – qui éclaire les dispositions de l'Accord antidumping ainsi que des autres accords visés. » Dans *Etats-Unis - Coton*, l'Organe d'appel mentionne le principe de la « diligence raisonnable » (« due diligence »), dans son interprétation des obligations d'enquête incombant aux Membres au titre de l'article 6 de l'Accord sur les Textiles ; il établit en outre des parallèles avec le principe de proportionnalité, les Règles sur la responsabilité des Etats, et se réfère au « principe général de la bonne foi, de plus en plus répandu, qui sous-tend tous les traités » (*Ibid.* § 81).

⁸² Rapport du groupe spécial du GATT, *Etats-Unis – Restrictions sur les importations de thon* (« *Etats-Unis – Thon (CEE)* »), 16 juin 1994, non adopté, DS29/R, § 5.19.

⁸³ Nous remarquons que l'Organe d'appel ne précise pas sur quelle disposition de l'article 31 il s'est basé pour se servir de ces accords internationaux sur l'environnement afin d'interpréter le terme « ressources naturelles épuisables » de l'article XX(g). Néanmoins, ces accords peuvent être considérés comme « des règles pertinentes de droit international applicables dans les relations entre les parties », au titre de l'article 31 :3 (c).

⁸⁴ Voir par exemple le Code de pratique pour l'élaboration, l'adoption et l'application de normes de l'Accord sur les Obstacles techniques au commerce, en regard des articles 2, 5 et de l'Annexe 3 (Annexe 4 de G/TBT/9)

⁸⁵ Joost Pauwelyn *ibid.* p. 575-576.

⁸⁶ Voir également Palmeter et Mavroidis, « The WTO Legal System : Sources of Law », *American Journal of International Law* (1998) vol.92, No.3, p. 398.

⁸⁷ Rapport de l'Organe d'appel, *CE – Matériel informatique*. Voir également sur cette question, Gabrielle Marceau, « A Call for Coherence in International Law », *précité* p. 123-127. Voir également Lorand Bartels, « Article XX of GATT and the rules of public international law on extraterritorial jurisdiction : the case of trade measures for protection of human rights », *Journal of World Trade* vol. 36 (2002), no. 2, pp. 353 – 403.

⁸⁸ Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis - Crevettes*, *ibid.* L'Organe d'appel remarque, que la Thaïlande et les Etats-Unis avaient tous deux signé la convention mais ne l'avaient pas ratifiée. Il remarque également, que l'Inde et le Pakistan l'avaient ratifiée, mais que la Malaisie, la Thaïlande et les Etats-Unis ne sont pas parties à la convention. L'Organe d'appel ne se réfère pas explicitement à l'Article 31 :3(c).

⁸⁹ Rapport de l'Organe d'appel, *CE - Volaille*, § 82.

⁹⁰ Rapport du groupe spécial, *Corée – Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée*, WT/DS161 et 169/R, (*Corée – Viande de boeuf*), adopté le 10 janvier 2001, § 539 et suivants.

⁹¹ Conclusion de l'Organe d'appel, § 162, *CE - Bananes III* faisant mention de la Convention de Lomé. Remarquez également qu'il peut aussi être nécessaire d'interpréter la législation nationale. Dans *Inde – Brevets (Etats-Unis)*, l'Organe d'appel a déclaré que, dans certaines circonstances, il est possible de se référer à la loi nationale : « *Il était tout simplement impossible pour le Groupe spécial de procéder à cette détermination examiner la législation indienne*. Mais, ... dans ce cas, le Groupe spécial n'a pas en l'espèce interprété la législation indienne « comme telle » ; il a plutôt examiné la législation indienne à la seule fin de déterminer si l'Inde avait rempli ses obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC. » (italiques de l'auteur) Rapport de l'Organe d'appel, *Inde – Protection conférée par un*

brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture, (« Inde – Brevets (CE) »), WT/DS79/AB/R, adopté le 2 septembre 1998, § 67-68. Dans *Etats-Unis – Loi antidumping de 1916*, (« Etats-Unis – Loi de 1916 »), WT/DS136/R, adopté le 26 septembre 2002, le Groupe spécial déclare que même si le texte de la loi en question est tout à fait clair en apparence, il était nécessaire d'examiner l'application nationale de cette loi, son contexte historique et son histoire législative, ainsi que les déclarations ultérieures des autorités américaines, afin d'évaluer sa compatibilité avec le droit de l'OMC, Rapport du groupe spécial, *Etats-Unis – Loi de 1916*, § 6.48. Voir également le rapport du groupe spécial du GATT dans *Etats-Unis – Article 337 de la loi fiscale de 1930*, adopté le 7 novembre 1989, BISD 36S/345. Dans tous ces rapports, la loi nationale a été interprétée afin d'évaluer le respect ou le non-respect du droit de l'OMC.

⁹² Pour une analyse de l'utilisation du principe de l' « interprétation évolutive » dans d'autres instances, voir Gabrielle Marceau « Conflicts of Norms and Conflicts of Jurisdictions », *précité* p. 1088-1089, et Gabrielle Marceau, « A Call for Coherence in International Law », *précité* p. 120-123

⁹³ Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis - Crevettes*, § 129 – 130.

⁹⁴ I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2eme édition, (1984, Manchester, MUP) p.139. voir également Mustafa Kamil Yasseen, *L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités*, *Recueil de Cours*, 1976 – III, tome 151, p.64, et Taslim Olawale-Elias, *The Doctrine of Inter-temporal Law*, *American Journal of International Law*, Vol.74, (avril 1980), p.292.

⁹⁵ « Il s'ensuit que pour interpréter et appliquer la réserve (b) en ce qui concerne le présent différend, la Cour doit tenir compte de l'évolution qui s'est produite dans les règles de droit international s'appliquant aux droits des Etats côtiers à explorer et exploiter le plateau continental », *Affaire du Plateau Continental de la Mer Egée* (Grèce contre Turquie CIJ(1978), p.4, § 78-80.). Voir également *Namibie (Conséquences Légales) Avis de Conseil* (1971) Rapport de la CIJ, p.31. La CIJ a fait usage d'une approche « évolutive » dans certaines affaires, y compris très récemment dans l'Affaire Concernant le Projet Gabcikovo-Nagymaros (*Hongrie/Slovaquie*), dans lequel elle déclare : « [Le] Traité n'est pas figé, et est susceptible de s'adapter à de nouvelles normes du droit international ». *Affaire Concernant le Projet Gabcikovo – Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, (1997), CIJ.

⁹⁶ Groupe spécial d'arbitrage établi en vertu de l'article 2008 de l'Accord de Libre-Echange Nord-Américain (ALENA). Rapport final : *Au sujet de certains tarifs imposés par le Canada sur certains produits agricoles en provenance des Etats-Unis* (2 déc. 1996).

⁹⁷ Voir aussi la conclusion de la CJCE dans l'affaire C-283/81 *CILFIT Srl c. Ministro della Sanita* (Rec. 1982, p.3415-3430) : « En conclusion, toute disposition de droit communautaire doit être replacée dans son contexte et interprétée à la lumière des dispositions du droit communautaire dans son ensemble, examen ayant été fait de ses objectifs et de son état d'évolution à la date à laquelle la disposition en question doit être appliquée ».

⁹⁸ Les affaires les plus significatives dans lesquelles la Cour Européenne des Droits de l'Homme a appliqué une interprétation évolutive sont : *Tyrer*, Serie A, Vol.26, adopté le 28 avril 1978, § 31 ; *Marckx*, Serie A, Vol.31, adopté le 13 juin 1979, § 41. Voir aussi le jugement dans *CILFIT Srl c. Ministro della Sanita* (CJCE (1982), p.3415-3430) où la CJCE a fait usage d'une interprétation évolutive. Egalement H. Gaudin, *Les principes d'interprétation de la Cour de Justice des Communautés européennes et la subsidiarité*, *Revue des Affaires européennes*, vol. 8 1998, No.1, p. 10.

⁹⁹ Jose Alvarez *ibid.* p.3

¹⁰⁰ Robert Howse et Katau Mutua *ibid.*

¹⁰¹ Par exemple, voir l'article non-publié de Richard Elliott, « International Human Rights Law, Access to Medicines, and the Interpretation of the WTO Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights », (Legal Assistance Center, Windhoek, Namibie, Novembre 2001); Prove, « Human Rights Within the WTO Framework » (rapport présenté devant l'Académie Evangélique, Bad Boll, Allemagne, 3 Décembre 2001, auprès de l'auteur).

¹⁰² Qu'est ce que le droit à la santé? Les militants pour les droits de l'homme font référence en général à une série de traités et déclarations internationaux qui offrent des définitions et des critères pour ce droit. Des références et critères spécifiques se trouvent dans l'article 5 (e) (iv) de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, l'article 12 :1 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et les articles 23, 24 et 27 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des enfants. Parmi les traités régionaux sur les droits de l'homme qui déclarent que les êtres humains ont un droit à la santé on peut citer l'article XX de l'Acte final de Helsinki, l'article 1 de la Déclaration des droits des personnes handicapées, l'article 27 de la Déclaration sur l'utilisation du progrès de la science et de la technique dans l'intérêt de la paix et au profit de l'humanité, la Déclaration d'Alma Ata sur les soins de santé primaires, le Préambule et l'article 1 de la Déclaration sur le droit au développement, ainsi que la Déclaration de Caire sur la population et le développement, la Déclaration de Copenhague sur le développement social de 1995 et la Déclaration et la Programme d'action de Beijing sur les droits de la femme de 1995. La Déclaration sur le droit et la responsabilité des individus, groupes et organes de la société de promouvoir et protéger les droits de l'homme et les libertés fondamentales universellement reconnus et la Déclaration du millénaire des Nations Unies pourraient également servir en tant qu'instruments utiles – qu'ils lient les Etats ou non – pour interpréter les dispositions de l'OMC qui traitent du domaine de la santé.

¹⁰³ Voir Howse *ibid.*

¹⁰⁴ Voir WT/DS199. Voir aussi Caroline Dommen, « Covenant on Economic, Social and Cultural Rights : A Treasure Chest of Support for Developing Countries' Concerns in the WTO », *BRIDGES* Janvier – avril 2001, p. 21.

¹⁰⁵ Forum Mondial du Commerce, Commerce international et Droits de l'Homme, Berne 13-14 août 2001.

¹⁰⁶ E/CN.4/Sub.2/2001/13.

¹⁰⁷ Qu'est ce que le droit humain à l'alimentation? L'article 11 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, comme détaillé dans le Commentaire général no 12, l'article 24 :2 (c) de la Convention sur les droits de l'enfant, l'article 12 :2 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, l'article 25 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, le premier Engagement de la Déclaration politique et du Plan d'action du Sommet Mondial de l'Alimentation de Rome en 1996, l'article 10(b) de la Déclaration sur le progrès et le développement sociaux, les articles 1 et 2 :3 de la Déclaration sur le droit au développement, ainsi que les articles 1 et 2 de la Déclaration universelle sur l'éradication de la faim et de la malnutrition, offrent tous des paramètres spécifiques pour définir ce concept.

¹⁰⁸ Voir le document G/AG/NG/W/36/Rev.1

¹⁰⁹ Article 11 :2 (b) du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.

¹¹⁰ Il doit être remarqué que l'Ile Maurice n'a pas invoqué ces dispositions relatives aux droits de l'homme dans un contexte de règlement des différends, mais pour soutenir son interprétation de l'article 20, qui traite de l'obligation des Membres d'entreprendre des négociations, mais affirme que les négociations des Membres et la réforme de la politique de l'OMC devraient être entreprises en conformité avec d'autres engagements multilatéraux.

¹¹¹ Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, dans son commentaire général, définit ou affine l'application par ailleurs ambiguë du droit à l'alimentation, et quelles obligations s'imposent sur les Etats parties en conséquence de ce droit. Pour des commentaires sur le droit à l'alimentation, voir E/C.12/1999/5 ; sur le droit à la santé, voir E/C.12/2000/4.

¹¹² L'évolution des exceptions au GATT amène d'intéressantes questions d'interprétation. Par exemple, face à l'absence de référence au « travail dans les prisons » dans la liste des exceptions de l'article XIV de l'AGCS, il est possible pour un groupe spécial de conclure que le terme « moralité publique » de l'article XIV(a) de l'AGCS a évolué depuis l'époque du GATT de façon à inclure le « travail dans les prisons ». En même temps, il serait difficile de conclure que la portée du terme « moralité publique », tel que défini en article XX(a) est effectivement plus étroite que celle du concept similaire de « moralité publique et ordre public » auquel fait référence l'article XIV(a) de l'AGCS. Comment est-il possible qu'une même mesure soit exemptée au titre de l'AGCS pour des raisons politiques condamnées au titre du GATT ? Le terme « moralité publique » de l'art. XX du GATT a-t-il évolué jusqu'à inclure la portée actuelle du terme « moralité publique et ordre public » de l'art. XIV(a) de l'AGCS ? Certaines questions se poseraient si les exceptions de « sécurité » (aux articles XXI du GATT et XIV**bis** de l'AGCS) étaient invoquées pour justifier des restrictions au commerce basées sur les droits de l'homme. L'interprétation que l'article XXI(b)(iii) du GATT donne du terme « grave tension internationale » peut-elle demeurer imperméable à l'évolution du concept de « menace pour la paix et la sécurité » en droit international, qui autorise l'usage de la force, et des autres mesures du Chapitre VII, prises par le Conseil de Sécurité et les Etats, à titre individuel, lorsqu'ils sont face à une crise et à des violations massives des droits de l'homme ayant entièrement lieu sur le territoire d'un autre Etat ?

¹¹³ Joel Trachtman, « Trade and... Problems », *European Journal of International Law* (1998) Vol.9, No.1, p.32, voir p. 45

¹¹⁴ Joel Trachtman, « The Domain of WTO Dispute Settlement System », *ibid.* p.346, et Joel Trachtman, « Trade and... Problems » *ibid.*

¹¹⁵ Sur l'interprétation et l'application de l'exception de « moralité publique » prévue à article XX(a) du GATT, voir Marie-Joëlle Redor, « L'ordre public : Ordre public ou ordres publics ; Ordre public et droits fondamentaux », in *Actes du Colloque de Caen*, 12 mai 2000, Bruylant (2001) ; Christoph T. Feddersen, « Focusing on Substantive Law in International Economic Relations : the Public Morals of GATT's Article XX(a) ad « Conventionnal » Rules of Interpretation », *Minnesota Journal of Global Trade*, Vol.7, p.75 ; Steve Charnovitz, « The Moral Exception in Trade Policy », *Virginia Journal of International Law*, vol. 38 1998, p. 689.

¹¹⁶ La jurisprudence récente – voir le Rapport de l'Organe d'appel dans *Corée – Viande de bœuf*, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, adopté le 10 janvier 2001, § 161-164, réitérée dans *CE - Amiante*, § 171-172 – a établi que le fait de déterminer si une mesure qui n'est pas « indispensable », puisse néanmoins être « nécessaire », implique de peser et d'équilibrer une série de facteurs qui comprend (1) l'importance des intérêts ou valeurs communs protégés par la mesure, (2) l'efficacité de cette mesure dans la poursuite des objectifs politiques visés, et (3) l'impact correspondant de la loi ou de la réglementation sur les importations et exportations. Plus la politique que la mesure vise est importante ou vitale, et plus il est facile d'accepter cette mesure comme « nécessaire ». Des critères ont aussi été développés dans le but de s'assurer que, même si un Membre est en droit, de prime abord, de maintenir les types de mesures nécessaires à l'application des politiques choisies, ce Membre doit pouvoir démontrer sa bonne foi en n'appliquant pas ces mesures de manière discriminatoire, ou comme des restrictions déguisées au commerce.

¹¹⁷ Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis - Crevettes (Article 21.5 – Malaisie)*, WT/DS58/AB/RW, adopté le 21 novembre 2001, § 130.

¹¹⁸ Rapport de l'Organe d'appel, *Argentine – Mesures affectant les importations de chaussures, textiles et vêtements* (« *Argentine – Textiles et vêtements* »), WT/DS56/AB/R, adopté le 22 avril 1998, DSR 1998 :III, § 69.

¹¹⁹ Wolfram Karl, « Conflicts Between Treaties », in R. Bernhardt (ed) *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 7 (1984), pp. 468-473, voir p. 468. Voir aussi Wilfried Jenks, « The Conflict of Law-Making Treaties », 29 *British Yearbook of International Law* 1953, p.425 Dans un tel cas, il est possible pour un Etat signataire des deux traités de les respecter simultanément. La présomption contre la survenance d'un conflit est spécialement renforcée en cas d'accords distincts conclus entre les mêmes parties, puisqu'on peut présumer qu'ils sont censés être cohérents l'un avec l'autre, en l'absence de preuves du contraire. Voir aussi E.W. Vierdag, « The Time of the « Conclusion » of a Multilateral Treaty : Article 30 of The Vienna Convention on the Law of Treaties and Related Provisions », 64 *British Yearbook of International Law*, 1988, p.100 Sir Robert Jennings/Sir Arthur Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, Vol.I., Parties 2 à 4, 1992, p.1280 ; Sir Gerald Fitzmaurice, « The Law and Procedure of the International Court of Justice », 33 *British Yearbook of International Law*, 1957, p.237 ; et Sir Ian Sinclair, *ibid.* p.97.

¹²⁰ Jenks *ibid.*

¹²¹ Joost Pauwelyn, « Conflict of Norms in Public International Law: The Example of the WTO » (thèse de doctorat non-publiée, Université de Neuchâtel, 2001).

¹²² Karl *ibid.* p. 468; Hans Kelsen, « Théorie générale des normes » (trans. O. Beaud, 1996), p.161 : « Un conflit entre deux normes existe quand ce que l'une pose comme obligatoire est incompatible avec ce que l'autre pose comme obligatoire, et quand l'obéissance ou l'application de l'une des deux normes implique de façon *nécessaire* ou *possible* la violation de l'autre ». Wilhelm Wilting, « Vertragskonkurrenz im Völkerrecht », (1996) p.4.

¹²³ Rapport de l'Organe d'appel, *Guatemala – Investigation antidumping concernant le ciment Portland en provenance du Mexique* (« *Guatemala – Ciment I* »), WT/DS60/AB/R, adopté le 25 novembre 1998, DSR 1998 :IX, § 65.

¹²⁴ Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Acier laminé*, § 55 et 62.

¹²⁵ Joost Pauwelyn, *ibid.* pp. 100-122. Pauwelyn mentionne la conclusion de l'Organe d'appel dans *Etats-Unis – Sociétés de ventes* : « Même un examen rapide de l'article XVI:4 du GATT de 1994 montre que celui-ci est *extrêmement différent* des dispositions en matière de subventions de l'*Accord SMC* et, en particulier, des dispositions en matière de subventions à l'exportation tant de l'*Accord SMC* que de l'*Accord sur l'agriculture*. (...) L'article XVI :4 du GATT de 1994 ne s'applique pas aux « produits primaires » qui englobent les produits agricoles. *Il ne fait aucun doute* que les disciplines explicites en matière de subventions à l'exportation, concernant les produits agricoles, énoncées aux articles 3, 8, 9 et 10 de l'*Accord sur l'agriculture*, doivent à l'évidence l'emporter sur l'*exemption* des produits primaires des disciplines en matière de subventions à l'exportation énoncées à l'article XVI :4 du GATT de 1994. »

¹²⁶ Lorand Bartels, « The Relationship Between Treaties », rapport pour le *Center for International Environmental Law*, 2001

¹²⁷ Voir la discussion de l'affaire Gabcikovo-Nagymaros par Gaetan Verhoosel, « Gabcikovo-Nagymaros : The Evidentiary Regime on Environmental Degradation and the World Court », 6 *European Environmental Law Review*, 1997, p. 252

¹²⁸ 37 ILM 162 (1998), disponible à l'adresse www.icj-cij/iccjwww/idecisions.htm . La Hongrie estimait que la Cour devait statuer sur l'affaire en se basant sur les principes généraux du droit international, qui selon elle incluaient le principe de précaution. La Slovaquie réfutait cet argument en

se basant sur la maxime « *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali* ». La Cour donna raison à la Slovaquie, en concluant que : « (...) puisqu'aucune des parties n'a prétendu que de nouvelles normes impératives de droit environnemental aient fait leur apparition depuis la conclusion du Traité de 1977 (...) ; « des normes de droit environnemental récemment développées » pourraient être pertinentes dans la mesure où les parties s'accorderaient sur elles et qu'elles les incorporeraient au traité en question ».

¹²⁹ Dans ce différend, les Communautés européennes avançaient que l'article 5 :1 de l'Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires (Accord SPS) aurait dû être interprété à la lumière du principe de précaution. L'Organe d'appel, ainsi que le groupe spécial avant lui, n'a pas pris position sur le statut du principe de précaution en droit international. Il a considéré comme « superflu, et sans doute imprudent » de prendre position sur une question si importante, « mais si abstraite ». Il a estimé que certains aspects de ce principe avaient été pris en compte dans la rédaction de l'Accord SPS, et en tout cas, a conclu que « le principe n'a pas été incorporé dans l'Accord SPS comme motif justifiant des mesures SPS par ailleurs incompatibles avec les obligations des Membres énoncées dans les dispositions particulières de l'accord ». Rapport de l'Organe d'appel, *CE – Hormones*, § 126-127.

¹³⁰ Voir le Rapport du groupe spécial, *CE – Hormones*, § 8.157 et 8.158 (Etats-Unis) et § 8.160 et 8.161 (Canada), ainsi que les § 210-215 du Rapport de l'Organe d'appel.

¹³¹ Milton Church a suggéré qu'il pourrait être utile de noter que, comme avec les AME (Accords Multilatéraux sur l'Environnement), deux catégories de conflits potentiels peuvent survenir, et que les Membres de l'OMC pourraient vouloir négocier cette distinction : a) un conflit avec une disposition matérielle d'un traité sur les droits de l'homme prévoyant un droit de l'homme (par exemple interdisant le travail forcé) ; ou b) un conflit avec une disposition d'un traité sur les droits de l'homme énonçant certaines mesures que les parties au traité (ou bien un organe institutionnel) pourraient/de devraient adopter afin de protéger un droit de l'homme (par exemple des interdictions commerciales sur les biens produits par le travail forcé). Un conflit avec l'OMC est plus susceptible de concerner la catégorie b) – c'est-à-dire un conflit avec les moyens par lesquels les Etats cherchent à protéger ou assurer certains droits de l'homme, plutôt qu'un conflit avec ces droits même. La distinction juridique est peut-être minime, mais d'un point de vue politique, un conflit de type a) avec l'OMC serait plus explosif et embarrassant qu'un conflit de type b). (Echange d'e-mails du 14 février 2002). Sur cette question, dans le cas des AME, voir par exemple Gabrielle Marceau et Alexandra Gonzalez, « The Relationship between the Settlement Systems of the WTO and MEAs », in *Trade and Environment, the WTO, the MEAs*, Heinrich Böll Foundation et Woodrow Wilson Center, 2001, p. 71.

¹³² Pour une discussion de ces principes et de leur utilisation dans le règlement des différends de l'OMC, voir Gabrielle Marceau « Conflicts of Norms and Conflicts of Jurisdictions » *précité* p. 1086-1095.

¹³³ Il faut remarquer que très peu de traités sur les droits de l'homme comprennent des dispositions explicites permettant l'usage de contre-mesures ou actions commerciales. Ce fait peut être invoqué lorsqu'il s'agit de déterminer si la matière régie par un traité des droits de l'homme ne serait pas [en fait] le commerce et les droits de l'homme. Mais en ce qui concerne le droit de faire usage de contre-mesures et d'invoquer la responsabilité d'un Etat, les Règles sur la responsabilité des Etats donnent en effet le droit de chercher un remède aux victimes de violations de traités sur les droits de l'homme.

¹³⁴ Article 41 :2 de la Convention de Vienne.

¹³⁵ Sur le *jus cogens* en général, voir par exemple : A.G. Robledo, « Le jus cogens international : sa genèse, sa nature, ses fonctions », *Recueil des Cours*, 1981, Vol.172, p. 9 ; G.Gaja, « Jus cogens beyond the Vienna Convention », *Recueil des Cours*, 1981, Vol.172, p. 271/316 ; B. Simma, P. Alston, « The Sources of Human Rights Law : Custom, Jus Cogens, and General Principles », *Australian Yearbook of International Law*, 1982, p. 82/108 ; M.R. Saulle, « Jus Cogens and Human Rights » *Studi in onore di R. Ago*, 1987 ; L. Hannikainen, *Peremptory Norms, Jus Cogens, in*

International Law, 1988 ; G. Gaja, *Obligations erga omnes, international crimes and ius cogens*, 1989 ; B. Conforti, A. Labella, « Invalidity and Termination of Treaties : the Role of National Courts », *EJIL*, 1990 ; De Simone, *Jus cogens e diritti umani nelle relazioni internazionali*, 1994 ; N. Konton, *The termination and revision of treaties in the light of new customary international law*, 1994 ; R. Kolb, *Théorie du ius cogens international*, 2001. Sur le *ius cogens* et le droit de l'OMC, voir par exemple : Salman Bal, « International Free Trade Agreements and Human rights : reinterpreting Article XX of the GATT », 10 *Minnesota Journal of Global Trade* p. 62 ; J.E. Alvarez *ibid.* ; S. Charnovitz *Ibid.* ; S. Charnovitz, « The Globalization of Economic Human Rights », 25 *Brooklyn Journal of International Law* (1999) p. 113, voir p. 124 ; S. Charnovitz, « The WTO and the rights of the individual », *Intereconomics*, vol.36, no.2, 2001, p. 98/108 ; R. Howse, M. Mutua, *Protecting human rights in a global economy : challenges for the WTO*, 2000 ; J. Pauwelyn *Ibid.* ; E.U. Petersmann *ibid.* ; G. Schwarzenberger, *Economic world order ? a basic problem of international economic law*, 1970.

¹³⁶ L'article 53 de la Convention de Vienne prévoit : « est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général » ; et l'article 64 dispose : « si une nouvelle norme impérative du droit international général survient, tout traité existant qui est en conflit avec cette norme devient nul et prend fin ». L'article 44 :5 prohibe la « divisibilité » de la disposition faisant l'objet du conflit, dans les situations couvertes par l'article 54.

¹³⁷ Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme, « Rapport l'OMC et les droits de l'homme », no. 320, novembre 2001.

¹³⁸ L'article 55 de la Charte des Nations Unies dispose : « En vue de créer les conditions de stabilité et de bien-être nécessaires pour assurer entre les nations des relations pacifiques et amicales, fondées sur le respect du principe de l'égalité des droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, les Nations Unies favoriseront : (a) le relèvement des niveaux de vie, le plein emploi, et des conditions de progrès et de développement dans l'ordre économique et social ; (b) la solution des problèmes internationaux dans les domaines économique, social, de la santé publique et autres problèmes connexes ; et la coopération internationale dans les domaines de la culture intellectuelle et de l'éducation ; et (c) le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion. »

¹³⁹ L'article 56 de la Charte des Nations Unies dispose : « les Membres s'engagent, en vue d'atteindre les buts énoncés à l'Article 55, à agir, tant conjointement que séparément, en coopération avec l'Organisation. »

¹⁴⁰ La distinction entre les obligations *erga omnes* et le *ius cogens* n'est pas abordée dans ce rapport. Certains avancent que tous les droits de l'homme sont *erga omnes* et que tout Etat a un intérêt suffisant pour porter plainte devant un tribunal international pour une violation des droits de l'homme par un autre Etat. Mais la qualification d'*erga omnes* ne donne à la disposition de droits de l'homme une quelconque supériorité normative hiérarchique sur les autres normes conventionnelles ou coutumières, à l'inverse du *ius cogens*.

¹⁴¹ Sur la question de la hiérarchie des sources de droit international en ce qui concerne le *ius cogens*, voir Alvarez *ibid.* p. 9 : « La Charte des Nations Unies ne résout pas la question de la hiérarchie des normes, ou en d'autres termes, la question de savoir si les normes sur les droits de l'homme priment sur les autres domaines du droit international. »

¹⁴² Résolution adoptée par l'Assemblée Générale [sur les rapports du Sixième Comité (A/56/589 et Corr.1)] : Responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, A/RES/56/83, adoptée le 12 décembre 2001 sans vote. Voir le Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa 53^{ème} session, Assemblée Générale, Documents Officiels, 56^{ème} session, Supplément No.10 (A/56/10), chapitre IV.E.1. Sur les nouvelles Règles de responsabilité des Etats, voir James Crawford, Jacqueline Peel, Simon Olleson, « The ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally

Wrongful Acts : Completion of the Second Reading », *EJIL* (2001), vol.12, No.5, p. 963, et James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, 2002, Cambridge.

¹⁴³ L'article 53 de la Convention de Vienne prévoit : « est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général »

¹⁴⁴ Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa 53^{ème} session, Assemblée Générale, Documents Officiels, 56^{ème} session, Supplément No.10 (A/56/10), chapitre IV.E.2, p. 208.

¹⁴⁵ Particulièrement à la lumière de l'article 44 :5 de la Convention de Vienne, qui prohibe la « divisibilité » des dispositions d'un traité dans les situations décrites en article 53.

¹⁴⁶ *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa 53^{ème} session, supra*, Supplément No.10 (A/56/10), p.207.

¹⁴⁷ Notez que les groupes spéciaux le font déjà lorsqu'ils ne peuvent respecter le calendrier usuel de la procédure de groupe spécial (article 12 :9 du Mémoire d'accord). A la lumière du sujet sensible que sont les droits de l'homme, un groupe spécial pourrait agir de même en face d'un conflit avec une disposition de droits de l'homme. Ceci a été suggéré par Joel Trachtman lors d'un échange d'e-mails avec Robert Howse, poursuivant le débat ayant eu lieu à la Conférence de l'ASIL (American Society of International Law)/World Trade Forum, à Berne les 13 et 14 août 2002.

¹⁴⁸ Hélène Ruiz Fabri, « Commentaire sur l'article 66 de la Convention de Vienne » in Corten et P. Klein (eds), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités de 1969 et 1986 – Commentaire article par article*, Bruylant (à paraître) ; Cosnard, « Commentaire sur l'article 56 de la Convention de Vienne » in Corten et Klein *ibid.*

¹⁴⁹ L'article 65 de la même convention est intitulé : « Procédure à suivre concernant la nullité d'un traité, son extinction, le retrait d'une partie ou la suspension de l'application du traité. » Il dispose que : « 1. La partie qui, sur la base des dispositions de la présente Convention, invoque soit un vice de son consentement à être liée par le traité, soit un motif de contester la validité d'un traité, d'y mettre fin, de s'en retirer ou d'en suspendre l'application, doit notifier sa prétention aux autres parties. La notification doit indiquer la mesure envisagée à l'égard du traité et les raisons de celle-ci. (...) 3. Si toutefois une objection a été soulevée par une autre partie, les parties devront rechercher une solution par les moyens indiqués à l'article 33 de la Charte des Nations Unies. » Le paragraphe 4 de l'article 65 dispose que : « Rien dans les paragraphes qui précèdent ne porte atteinte aux droits ou obligations des parties découlant de toute disposition en vigueur entre elles concernant le règlement des différends ». Enfin, l'article 66 dispose : « Si, dans les douze mois qui ont suivi la date à laquelle l'objection a été soulevée, il n'a pas été possible de parvenir à une solution conformément au paragraphe 3 de l'article 65, les procédures ci-après seront appliquées : a) toute partie à un différend concernant l'application ou l'interprétation des articles 53 ou 64 peut, par une requête, le soumettre à la décision de la Cour internationale de justice, à moins que les parties ne décident d'un commun accord de soumettre le différend à l'arbitrage. »

¹⁵⁰ Hélène Ruiz Fabri, « La contribution de l'OMC à la gestion de l'espace juridique mondial », in C. Kessedjan, E. Loquin (eds), *La mondialisation du droit*, Paris, Litec, 2000, pp. 347-380. Mais la Convention de Vienne pourrait être utilisée comme un outil d'interprétation.

¹⁵¹ Hélène Ruiz-Fabri, « L'ordre public en droit international » - Colloque de Caen, 11 et 12 mai 2000, M.J. Redor (ed), *Ordre public et ordres publics : ordre public et droits fondamentaux*, Bruylant, 2001, p. 87-108. Voir également V.J. Combacau, « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », *Archives de philosophie du droit.*, 1986, pp.85-105.

¹⁵² L'article 44 :5 de la Convention de Vienne prescrivant la « non-divisibilité » ne serait pas admise.

¹⁵³ Sur le déni de justice, voir : J. Bourgeois, « WTO Dispute Settlement in the Field of Anti-Dumping Law », *Journal of International Economic Law* (1998), vol.1, No. 1, pp. 259-271, où l'auteur avance que les domaines non réglementés au sein de l'OMC pourraient être considérés comme *non liquet*, permettant aux groupes spéciaux et à l'Organe d'appel de nier leur compétence. Voir également Joel Trachtman, « The Domain of WTO Dispute Resolution », *précité* p.333 ; Joost Pauwelyn, « The Role of Public International Law in the WTO », *ibid.* p.559. Sur le *non liquet* en général, voir Peter Hulst, « Three sources – No River: A Hard Look at the Sources of Public International Law with Particular Emphasis on Custom and General Principles of Law », *American Journal of International Law* vol. 54 (1999), p. 219 ; Prosper Weil « The Court Cannot Conclude Definitively...Non Liquet Resisted », 36, *Columbia Journal of Transnational Law* p.109 (1997).

¹⁵⁴ Hélène Ruiz Fabri « L'ordre public en droit international », *précité* ; Bruno Simma et Philip Alston « The Sources of Human Rights Law », p.82 ; Jose Alvarez, « Comments on Howse and Makau's Paper », *précité*.

¹⁵⁵ Mais l'« opérationnalisation » des règles régissant le règlement des différends ne concernerait pas un traité entre l'OMC et des Etats ou autres organisations.

¹⁵⁶ Il serait intéressant de discuter de la question de l'immunité de l'OMC en tant qu'organisation internationale, en cas d'allégations de violation du *jus cogens*.

¹⁵⁷ L'article 30 :5 stipule que : « Le paragraphe 4 [*lex posterior*] s'applique sans préjudice de l'article 41, de toute question d'extinction ou de suspension de l'application d'un traité aux termes de l'article 60, ou de toute question de responsabilité qui peut naître pour un Etat de la conclusion ou de l'application d'un traité dont les dispositions sont incompatibles avec les obligations qui lui incombent à l'égard d'un autre Etat en vertu d'un autre traité. »

¹⁵⁸ A/C.6/56/N.20, in A/RES/56/83, adopté le 12 décembre 2001 sans vote prenant en compte la série de règles annexées à la résolution.

¹⁵⁹ Pour une discussion des Règles sur la responsabilité des Etats, voir James Crawford, Jacqueline Peel, Simon Olleson, « The ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts : Completion of the Second Reading », in *EJIL* (2001), vol.12, No.5, p.963 ; et James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, 2002, Cambridge.

¹⁶⁰ L'article 42 des Règles sur la responsabilité des Etats dispose : « Invocation de la responsabilité par l'Etat lésé » : un Etat est en droit, en tant qu'Etat lésé, d'invoquer la responsabilité d'un autre Etat si l'obligation violée est due : (a) A cet Etat individuellement ; ou (b) A un groupe d'Etats dont il fait partie, ou à la communauté internationale dans son ensemble, et si la violation de l'obligation : (i) atteint spécialement cet Etat ; ou (ii) est de nature à modifier radicalement la situation de tous les autres Etats auxquels l'obligation est due quant à l'exécution ultérieure de cette obligation. » Dans son premier commentaire, la CDI écrit que l'article 42 prévoit que la mise en œuvre de la responsabilité d'un Etat revient en premier lieu à l'« Etat lésé ». Elle définit ce terme de manière plutôt étroite, faisant une distinction entre le préjudice causé à un Etat individuel ou à un petit groupe d'Etats, et les intérêts légaux de plusieurs ou de tous les Etats au titre de certaines obligations établies dans l'intérêt commun. L'article 48 traite de ces questions.

¹⁶¹ Les Etats *directement lésés* (dont les ressortissants, par exemple, ont fait l'objet de violations des droits de l'homme) seraient considérés comme « Etats lésés ». Les Commentaires (12) et (13) établissent une distinction entre l'article 42(b)(i), au titre duquel un Etat peut être « spécialement atteint » par la violation d'une obligation collective (le terme « spécialement atteint » provient de l'article 60(2)(b) de la Convention de Vienne) – ce terme comprendrait un groupe d'Etats un peu plus large que ceux directement lésés -, et l'article 42(b)(ii), au titre duquel une violation *per se* atteint tous les Etats auxquels l'obligation est due – il s'agit d'obligations *erga omnes* -, et pour laquelle tout Etat peut invoquer la responsabilité de l'Etat concerné.

¹⁶² L'article 48 aborde la question des obligations *erga omnes*, dont la violation donne le droit à n'importe quel Etat de mettre en cause la responsabilité du violateur. Les Etats lésés et/ou les Etats 'spécialement atteints' peuvent, en outre, faire usage de contre-mesures à l'encontre de l'Etat violateur. L'article 48 prévoit : « Invocation de la responsabilité par un Etat autre qu'un Etat lésé 1. Conformément au paragraphe 2, tout Etat *autre qu'un Etat lésé* est en droit d'invoquer la responsabilité d'un autre Etat, si : (a) L'obligation violée est due à un groupe d'Etats dont il fait partie, et si l'obligation est établie aux fins de la protection d'un intérêt collectif du groupe ; ou (b) l'obligation violée est due à la communauté internationale dans son ensemble. 2. Tout Etat en droit d'invoquer la responsabilité en vertu du paragraphe 1 peut exiger de l'Etat responsable : (a) la cessation du fait internationalement illicite, et des assurances et garanties de non-répétition, conformément à l'article 30 ; et (b) l'exécution de l'obligation de réparation, conformément aux articles précédents, dans l'intérêt de l'Etat lésé ou des bénéficiaires de l'obligation violée. »

¹⁶³ L'article 54 dispose : « Mesures prises par des Etats autres qu'un Etat lésé. Le présent chapitre est sans préjudice du droit de tout Etat, habilité en vertu de l'article 48, paragraphe 1, à invoquer la responsabilité d'un autre Etat, de prendre des mesures licites à l'encontre de ce dernier afin d'assurer la cessation de la violation ainsi que la réparation dans l'intérêt de l'Etat lésé ou des bénéficiaires de l'obligation violée. »

¹⁶⁴ Cela ressemble à la situation difficile de compétences qui s'excluent réciproquement et se chevauchent, comme c'est le cas entre l'ALENA et l'OMC. Lorsque deux juridictions revendiquent la compétence exclusive, l'utilisation de l'une d'elles peut conduire à la violation de l'autre traité. Pour une discussion plus approfondie de cette question des conflits de compétence, voir Gabrielle Marceau "Conflicts of Norms and Conflicts of Jurisdictions" JWT (2001) *précité* p. 1081.

¹⁶⁵ Les Membres de l'OMC ou l'OMC elle-même pourraient-ils envisager la possibilité de demander un avis consultatif à la CIJ quant à l'application directe du *jus cogens* dans tous les systèmes de droit ?

¹⁶⁶ Sur la compétence de l'OMC en général, voir Joel Trachtman, "Institutionnal Linkage : Transcending the Trade and..." *AJIL* (2002) Vol.96, No.1, p.77 ; également "United States restrictions of Tuna", 86 *AJIL*, 142 (1992).

¹⁶⁷ A paraître dans "International Trade and Human Rights Foundations and Conceptual Issues", in Thomas Cottier et Frederick M. Abbot (eds) et Simon Lacey (ed associé), *World Trade Forum*, vol. 5 (les éditions de l'University of Michigan, Ann Arbor, MI, 2003).

¹⁶⁸ *Ibid.*

¹⁶⁹ Pour un débat sur la jurisprudence récente de l'OMC concernant l'article XXIV, voir Gabrielle Marceau et Cornelis Reiman, "When and How are Regional Trade Agreements Compatible with the WTO", *LIRI* (2001), vol. 28 no.3 p. 297.

¹⁷⁰ A paraître dans "International Trade and Human Rights Foundations and Conceptual Issues", in Thomas Cottier et Frederick M. Abbot (eds) et Simon Lacey (ed associé), *World Trade Forum*, vol. 5 (les éditions de l'University of Michigan, Ann Arbor, MI, 2003).

¹⁷¹ Sur le problème des normes d'étiquetage social, voir Carlos Lopez-Hutado, "Social Labelling and WTO", *Journal of International Economic Law* (2002).

¹⁷² C'est, dans une certaine mesure, une question juridique distincte du cas où un Membre invoque une disposition sur les droits de l'homme pour refuser de se soumettre à une obligation de l'OMC, et où l'interprétation s'avère impuissante pour réconcilier les deux séries de normes. Cette question nécessite un débat sur les conflits entre le droit de l'OMC et les droits de l'homme.

¹⁷³ Les considérations relatives au respect des droits de l'homme *dans le pays importateur* peuvent aussi être invoquées comme justifiant des distinctions législatives ou dans les préférences, en particulier en ce qui concerne l'interprétation et l'application de l'Accord sur l'Agriculture (droit à l'alimentation), de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce et de l'Accord SPS (droit à la santé), de l'Accord sur les ADPIC (droit à la santé), de l'AGCS et des exceptions générales et de sécurité.

¹⁷⁴ Voir Steve Charnovitz « The Law of Environmental “PPMs” in the WTO », *22 Yale Journal of International Law* p. 59 ; Gabrielle Marceau et Joel Trachtman, « The Technical Barriers to Trade Agreement, the Sanitary and Phytosanitary Measures Agreement, and the General Agreement on Tariffs and Trade. A Map of the World Trade Organization Law of Domestic Regulation of Goods », *Journal of World Trade* vol. 36 no. 5, pp. 811-881.

¹⁷⁵ Rapport de l'Organe d'appel, *CE – Amiante*, § 97-99. La difficulté réside dans l'évaluation des liens entre la détermination de la relation de compétition et l'importance donnée aux caractéristiques physiques des produits, ou même à la somme des quatre critères identifiés.

¹⁷⁶ Et, plus encore, le Membre de l'Organe d'appel ayant émis une opinion séparée, pour qui les caractéristiques physiques (la toxicité) particulièrement différentes des produits en question était la preuve irréfutable de leur “dissimilarité” ; Rapport de l'Organe d'appel, *CE - Amiante*, § 151-153.

¹⁷⁷ *Ibid.* § 102, 109, 111, 113, 139 et 140.

¹⁷⁸ *Ibid.* § 120

¹⁷⁹ *Ibid.* § 117, 118 et 136.

¹⁸⁰ Rapport de l'Organe d'appel *Corée – Viande de boeuf* § 135 – 144 et *CE – Amiante* § 100.

¹⁸¹ Brigitte Stern, « Can the United States set rules for the World ? A French View », *Journal of World Trade* (1997), Vol.31, No.4, pp.5-23.

¹⁸² Rapport du Groupe de Travail, *Allocations familiales belges (“Belgium – Family Allowances”)*, adopté le 7 novembre 1952, BISD 1S/59.

¹⁸³ Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Crevettes* § 121

¹⁸⁴ Rapports de l'Organe d'appel, *Etats-Unis - Essence*, p.22 ; et *Etats-Unis - Crevettes*, § 151, 158-160

¹⁸⁵ Voir, par exemple, Philippe Sands, “Unilateralism, Values and International Law”, 11 *EJIL* 291 (2000)

¹⁸⁶ « Il est bon de garder à l'esprit que cette politique de protection et de conservation des tortues de mer menacées de disparition est partagée par tous les participants à cet appel, et en fait, par la vaste majorité des Nations du monde. » Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Crevettes*, § 135

¹⁸⁷ Rapport de l'Organe d'appel, *CE - Amiante*, § 178 se référant à *CE –Hormones*

¹⁸⁸ Se reporter à la réflexion de la CIJ sur la compétence extraterritoriale dans *Congo – Belgique*, le 14 février 2002, No.121 ; les opinions dissidentes des juges Guillaume et Higgins, Kooijmans et Buergenthal sont exposées dans la section suivante.

¹⁸⁹ Voir les Règles sur la responsabilité des Etats, A/C.6/56/N.20, dans A/RES/56/83, adoptées le 12 décembre 2001 sans vote tenant compte de la série de règles annexées à la résolution. Voir aussi

Brigitte Stern, « Can the United States set rules for the World? », *précité.*, p.21 ; B. Stern, « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit » *AFDI*, 1986, pp.7-52 ; B. Stern, « Une tentative d'élucidation du concept d'application extraterritoriale », *Revue Québécoise de Droit International*, 1986, pp.49-78 ; H.G. Maier, « Extraterritorial Jurisdiction at a crossroads : an intersection between public and private international law », *American Journal of International Law*, 1982, pp. 280-320.

¹⁹⁰ *Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République Démocratique du Congo c. Belgique)*, 14 février 2002, disponible à l'adresse www.icj-cij/iccjwww/idecisions.htm

¹⁹¹ DS29/R, § 5.20

¹⁹² Voir le Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis - Crevettes*, § 133 : « ... nous observons que les tortues marines sont des animaux extrêmement migrateurs, qui se déplacent dans les eaux relevant de la juridiction de divers états côtiers, ainsi qu'en haute mer. On sait que toutes les espèces de tortue marine dont il est question en l'occurrence, c'est-à-dire celles qui sont visées par la Section 609, sont toutes présentes dans les eaux relevant de la juridiction des Etats-Unis. »

¹⁹³ Philippe Sands suggère que l'affaire *Etats-Unis - Crevettes* a marqué un changement d'orientation conceptuelle par rapport à l'affaire *Thon*, en concluant qu'un Etat pouvait étendre ses mesures de protection de l'environnement nationales à des activités sortant du champ de sa juridiction nationale – c'est-à-dire, qu'il pouvait revendiquer la juridiction à l'encontre d'un pays producteur – s'il démontrait un intérêt légitime (c'est le "lien" entre l'Etat et la ressource/le produit faisant l'objet de la réglementation), et démontrait également que cette politique était reconnue comme étant "désirable". Philippe Sands, *précité.*, pp.299-300.

¹⁹⁴ Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Crevettes*, § 133

¹⁹⁵ Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis - Essence*, p. 17.

¹⁹⁶ Bernhard Jansen a avancé que des situations peuvent survenir, dans lesquelles il est justifié de prendre des mesures commerciales en vue d'atteindre des objectifs non économiques, même en l'absence de tout rattachement évident à la compétence territoriale de l'Etat importateur. Dans le contexte de l'environnement, il avance que, lorsqu'une espèce en voie d'extinction est confinée au territoire d'un seul Etat, qui prend des mesures menaçant sa survie et refuse de négocier avec la communauté internationale, le droit international public peut évoluer de manière à reconnaître la compétence universelle dans certaines circonstances. Cette proposition peut être considérée comme une manière de dire que, lorsque la politique impliquée est une valeur clairement partagée, et le violateur un hors-la-loi évident, la nécessité d'une compétence officielle traditionnelle sur le produit faisant l'objet de la réglementation, peut être très diminuée. Bernhard Jansen, « The Limits of Unilateralism from a European Perspective », 11 *EJIL* 309 (2000). Sur la question de la portée, en termes de compétence extraterritoriale, de mesures visant le respect des droits de l'homme, Lorand Bartels suggère que l'article XX du GATT doit être interprété conformément aux règles régissant le droit d'un Membre de l'OMC à exercer une compétence législative sur des activités et objets situés hors de son territoire ; cette disposition devrait s'appliquer en vue de préserver diverses mesures commerciales, créées dans le but de promouvoir et de protéger les droits de l'homme hors du territoire du Membre législateur. Lorand Bartels, *précité.*

¹⁹⁷ Voir l'opinion séparée des juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal au § 54 et 58. « Cette pratique incohérente ne peut être considérée comme prouvant [l'existence] d'une condition préalable à l'exercice d'une compétence criminelle universelle. Le fait que, dans le passé, le seul exemple évident qu'un accord ait été atteint sur ce sujet est celui de la piraterie, qui avait lieu *hors de toute juridiction territoriale*, n'est pas déterminant. La seule règle d'interdiction (réitérée par la Cour Permanente dans l'affaire du Lotus), est que la compétence criminelle ne devrait pas être exercée, sans permission, sur le territoire d'un autre Etat. Si l'objectif sous-jacent de la désignation de certains actes comme crimes

internationaux est de permettre à une compétence large de s'appliquer sur les personnes les commettant, il n'existe pas de règle de droit international (et certainement pas le principe *aut dedere*) rendant illégaux des actes ouverts de coopération, en vue de s'assurer de la présence [de ces personnes] dans un Etat souhaitant exercer sa compétence. » Notez que le juge Guillaume est de l'avis opposé au § 13 de son opinion : « Ayant conclu que ni le droit des traités, ni le droit international coutumier ne donnent aux Etats la possibilité de conférer à leurs tribunaux la compétence universelle lorsque les auteurs du crime ne se trouvent pas sur leur territoire... ». Voir également Brigitte Stern, "La compétence universelle en France : le cas des crimes commis en ex-Yougoslavie et au Rwanda", *German Yearbook of International Law, Jahrbuch Für Internationales Recht*, Vol.40 (1997), p.280

¹⁹⁸ Voir l'article 42 des Règles sur la responsabilité des Etats

¹⁹⁹ Responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, adopté par l'Assemblée Générale sous A/RES/56/83, le 12 décembre 2001, sans vote. Voir discussion en Partie IV:4 ci-dessus.

²⁰⁰ Article 2 :4 de la Charte des Nations Unies : « Les Membres de l'Organisation s'abstiennent, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout Etat, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies ».

²⁰¹ Antonio Cassese, « Ex iniuria ius oritur : Are We Moving toward International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community? », *EJIL* 10 (1999) 23

²⁰² Sur ce point, voir aussi Hélène Ruiz Fabri, « Droits de l'homme et souveraineté de l'Etat : les frontières ont-elles été substantiellement redéfinies ? » in *Mélanges en l'honneur de Michel Fromont*, Presses universitaires de Strasbourg (2001), p. 371.

²⁰³ Juge Stephen M. Schwebel, Président de la CIJ, *Discours devant l'Assemblée Plénière des Nations Unies*, 26 octobre 1999, reproduit sur le site internet de la CIJ : <http://www.icj-cij.org>.

²⁰⁴ Voir par exemple la remarque de Gilbert Guillaume, *La mondialisation et la Cour internationale de justice*, Forum (ILA), Vol.2, No.4 (2000), p. 242

²⁰⁵ Sur la question des chevauchements de compétence, voir Vaughan Lowe, « Overlapping Jurisdictions in International Tribunal », *Australian Yearbook of Intl Law* (2000), vol.20, p. 1 ; Gabrielle Marceau, « Conflicts of Norms and Conflicts of Jurisdictions », *précité* p. 1081

²⁰⁶ Lors de la parution de l'article, 2002 (note du traducteur).

²⁰⁷ Voir l'exemple des traités de l'ALENA et de l'OMC qui contiennent tous deux des clauses de compétence exclusive sur les sujet liés aux mesures SPS. Gabrielle Marceau, « Conflicts of Norms and Conflicts of Jurisdictions », *précité* p. 1116-1118.

²⁰⁸ Joel Trachtman, « Institutional Linkage : Transcending the Trade and... », *précité* p. 77.