



HAL
open science

Règlement des différends juridictionnels et respect des règles procédurales fondamentales à l'OMC

Thierry Garcia

► **To cite this version:**

Thierry Garcia. Règlement des différends juridictionnels et respect des règles procédurales fondamentales à l'OMC. *Revue de droit international et de droit comparé*, 2017, 94 (3), pp.487-503. hal-01825273

HAL Id: hal-01825273

<https://hal.univ-grenoble-alpes.fr/hal-01825273v1>

Submitted on 28 Jun 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS JURIDICTIONNELS ET RESPECT DES RÈGLES PROCÉDURALES FONDAMENTALES A L'OMC

Thierry GARCIA

Professeur à l'Université Grenoble Alpes

CESICE EA 2420

Louis Delbez écrivait que « la procédure, étant l'expression visible du droit et comme le miroir grossissant où il se reflète permet de mesurer exactement la valeur d'un système juridique et le degré de développement qu'il a atteint »¹. Rapportée à notre étude, il est intéressant de se demander si cette affirmation est applicable au système juridique et juridictionnel de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). En s'inscrivant dans une optique pédagogique, nous délimiterons ce sujet sur un triple plan : terminologique, historique et problématique.

A- Aspects terminologiques

Tel un entomologiste du droit, une dissection de chacun des termes du sujet est nécessaire afin d'être le plus précis et complet possible. Le « règlement des différends » consiste à résoudre un désaccord sur un point de droit ou de fait, marquant l'opposition d'intérêts entre deux sujets de droit international², en l'occurrence le règlement juridictionnel, judiciaire même, les groupes spéciaux et l'Organe d'appel constituant des organes extérieurs aux parties dotés du pouvoir de dire le droit. Le « et » de notre intitulé sera, pour l'heure, laissé de côté, cette conjonction de coordination étant importante pour notre problématique. Quant au terme « respect », sa signification est comprise comme ne pas porter atteinte à quelqu'un ou quelque chose. Dans le cas présent, il s'agit de règles définies comme des normes générales et abstraites pouvant relever d'un autre ordre que l'ordre juridique³ et plus exactement de règles procédurales fondamentales.

¹ Cité par Yves RENOUF dans son article « Garantir les "droits de la défense" - quelques remarques préliminaires sur la nécessité de développer les règles de procédure dans le règlement des différends de l'OMC », *in La réorganisation mondiale des échanges*, SFDI, Paris, Pedone, 1996, p. 293.

² En ce sens, v. J.SALMON(dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 337.

³ V. J. SALMON (dir.), *op.cit.*, p. 959.

L'expression « règles procédurales fondamentales » ne figure pas dans le glossaire du site internet de l'OMC, et n'apparaît pas non plus dans sa rubrique « recherche ». Pour autant, il ne s'agit nullement d'un argument décisif pour nier l'existence de règles procédurales fondamentales dans le système juridique de l'OMC. La nécessité s'impose alors de s'attacher à chacun des trois vocables formant cette expression. *Quid* du terme règle ? Un recours au *Vocabulaire juridique* nous enseigne que la règle est une « norme juridiquement obligatoire »⁴, qui se différencie du standard – défini comme une norme d'un haut niveau d'abstraction et de généralité – et du principe, cause ou source première des règles. Existe-t-il dans le contentieux de l'OMC des règles procédurales ? Quel sens donner alors au terme procédural ? Selon le *Dictionnaire Salmon*, la procédure consiste en un « ensemble de règles ayant pour objet l'examen par un organe des questions qui lui sont soumises et qui décrivent la manière de procéder et les formalités à remplir »⁵. Les règles procédurales s'opposant aux règles matérielles, l'expression « règles procédurales » est plus adéquate que celle de « normes procédurales » : ces règles sont moins attachées à la substance que la norme, ses caractères s'inscrivant dans une plus grande généralité et abstraction.

Le mot « fondamental » est, quant à lui, différent de celui d'impératif, les normes impératives dans le droit de l'OMC revêtant à la fois un caractère exogène et endogène⁶ et possédant une supériorité juridique au regard des normes en termes d'effets, celles-ci ayant un caractère simplement obligatoire, tout en se situant dans un rapport de hiérarchie substantielle. Ce terme « fondamental » est rattaché à la notion de droits, les droits fondamentaux (des individus) étant donc « [...] une notion juridique, mais bien difficile à définir »⁷. Trois théories y sont attachées : ordinaire au sens de droits et libertés considérés comme « déterminants », ce qui s'avère pour le moins imprécis, positiviste ensuite, les droits fondamentaux étant ceux consacrés par la Constitution des États et objectiviste, enfin, au sens de « jusnaturaliste », les droits fondamentaux étant indépendants des normes formelles de droit positif pouvant les concrétiser. Cette conception, intellectuellement la plus séduisante, affirme le caractère « essentiel » des droits fondamentaux.

Peut-on en déduire l'existence dans le droit de l'OMC de règles de procédure ayant un caractère essentiel au sens où le juge et les parties seraient tenus de les respecter en raison de

⁴ G CORNU., (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 9^{ème} éd., 2013, p. 872.

⁵ *Op.cit.*, p. 887.

⁶ Sur ce point, V LOUNGNARATH., « Les normes impératives et le droit de l'OMC » in V TOMKIEWICZ. (dir.), *Les sources et les normes dans le droit de l'OMC*, Paris, Pedone, 2012, p. 269 et s.

⁷ En ce sens, E PICARD., in D ALLAND., S.RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 544.

leur caractère « supra-obligatoire », soumis à des contrôles voire à des sanctions, ou s'agit-il d'une simple chimère ?

B- Aspects historiques

Aucune identification de règles procédurales fondamentales dans le cadre du GATT de 1947 n'est possible en raison à la fois du caractère laconique des articles XXII et XXIII sur le règlement des différends et succinct des règles de procédure, même si une amélioration des règles de procédure avec la décision de 1989⁸ est à noter, en particulier un accroissement des droits de la partie plaignante⁹. Cependant, en vertu de l'article 3. 1 du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (MARD), l'Organe de règlement des différends peut s'inspirer des principes qui régissent le règlement des différends applicables jusqu'à l'entrée en vigueur des accords de l'OMC. Les groupes spéciaux ainsi que l'Organe d'appel se sont d'ailleurs appuyés sur la jurisprudence des panels du GATT pour préciser la manière dont se déroule la procédure devant les présents groupes spéciaux¹⁰.

Le système de règlement des différends, issu des Accords de Marrakech de 1994 fondant l'OMC, et en particulier son MARD qui juridictionnalise le droit de cette organisation, constitue certainement une « drôle de bête », selon la terminologie d'Yves Renouf¹¹ et assurément une sorte d'être hybride. Pour autant, est-il un facteur d'émergence de règles procédurales fondamentales ?

C- Problématique du sujet

L'influence des organes de règlement des différends – groupes spéciaux et Organe d'appel – sur l'apparition et la cristallisation de telles règles est-elle réelle ? Le « et » dans l'intitulé de notre contribution doit être compris comme l'impact du règlement juridictionnel des différends à l'OMC sur d'éventuelles règles procédurales fondamentales, et non la

⁸ Décision du 12 avril 1989 *Améliorations des règles et procédures de règlement des différends du GATT* (L/6849), GATT IBDD 36^{ème} supplément, p. 64.

⁹ V. Y. RENOUF., *op.cit.*, p. 293 et s.

¹⁰ Rapport de l'Organe d'appel, *Japon-Taxes sur les boissons alcooliques*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, 4 octobre 1996, section E.

¹¹ V. H. RUIZ FABRI., J.-M. SOREL (dir.), *Indépendance et impartialité des juges internationaux*, Paris, Pedone, 2010, p. 215.

réciproque, même si « la créature peut échapper à son créateur »¹² et que l'article X : 3 du GATT 1994 dispose que « chaque partie contractante appliquera d'une manière uniforme, impartiale et raisonnable, tous les règlements, lois, décisions judiciaires et administratives [...] ». A cet égard, dans l'affaire *Thaïlande – Mesures douanières et fiscales visant les cigarettes en provenance des Philippines*, le groupe spécial affirme « l'application [...] des lois et règlements pertinents d'une manière équitable, sans préjugé et sans parti pris »¹³ par tout organe exécutif ou judiciaire.

S'il n'existe pas de droit international processuel uniforme en raison de l'autonomie propre à chaque mode de règlement juridictionnel des différends, des modèles d'inspiration découlant soit de la tradition juridique de « common law », soit du droit romain peuvent être identifiés. Un « effet papillon » est-il alors perceptible en droit processuel ?

La finalité et l'enjeu de ces règles, quel que soit l'espace juridique où l'on se situe, consistent à garantir que le justiciable ne fera pas l'objet d'une décision empreinte de partialité. Ainsi, « la protection des parties à l'égard du juge [...] et la garantie aux parties [...] d'une procédure leur permettent de faire valoir pleinement leur cause »¹⁴. Ces règles de procédure s'inscrivent elles-mêmes dans le cadre de l'article 3 du MARD qui vise à « assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral », la spécificité du contentieux au sein de l'OMC consistant par essence à régler des problèmes commerciaux et non principalement à faire du droit et rendre la justice.

Deux questions à la fois simples et essentielles à la lumière de ces règles procédurales fondamentales doivent être posées : quelles sont leur nature et portée dans le règlement juridictionnel des différends de l'OMC ? Des interrogations demeurent sur la réalité et la productivité de telles règles, l'effectivité de telles règles étant plus prononcée que leur efficacité. Dans cette optique, nous examinerons successivement l'effectivité constatée des règles procédurales fondamentales (I) et l'efficacité à conforter de ces règles (II) dans le règlement juridictionnel des différends à l'OMC.

¹² V. J.-M SOREL *et al.*, *Droit processuel – Droit commun et droit comparé du procès équitable*, Paris, Dalloz, 5^{ème} éd., 2009, pp. 1049-1050.

¹³ Rapport du groupe spécial, *Thaïlande – Mesures douanières et fiscales visant les cigarettes en provenance des Philippines*, WT/DS371/R, 15 novembre 2010, § 7.899.

¹⁴ Sur ce point, v. V TOMKIEWICZ., *L'organe d'appel de l'OMC*, Thèse, Université Panthéon-Sorbonne, Paris I, juin 2004, p.95.

SECTION I: UNE EFFECTIVITÉ CONSTATÉE DES RÈGLES PROCÉDURALES FONDAMENTALES DANS LE RÈGLEMENT JURIDICTIONNEL DES DIFFÉRENDS À L'OMC

L'effectivité peut être définie comme le « caractère d'une règle de droit qui est appliquée réellement »¹⁵. Deux problèmes sont soulevés. D'abord, la nécessité d'identifier la nature de ces règles procédurales fondamentales, à l'aune du règlement juridictionnel des différends à l'OMC, en se fondant sur l'article 23 du MARD qui consacre le principe de prééminence des procédures de règlement des différends de l'OMC sur toute autre procédure internationale concurrente pour tous les domaines couverts par les accords de l'OMC, limitant ainsi le *forum shopping*¹⁶. Ensuite, le manque de référence explicite à la notion de procès équitable dans le cadre du système de règlement des différends¹⁷ justifie la recherche des éléments inhérents au standard du procès équitable dans l'espace normatif de l'OMC, le *due process* revêtant un caractère tentaculaire. De manière classique, les règles procédurales fondamentales dans le contentieux de cette organisation comprennent le « droit à un bon juge » (§1) et le « droit à une bonne procédure » (§2).

§1 « Le droit à un bon juge », l'indépendance et l'impartialité

Le bon juge doit être indépendant (1) – c'est-à-dire ne pas être sous la subordination d'un tiers – en l'occurrence les parties au procès et l'OMC et impartial (2), cette qualité étant liée au concept d'application du droit, à l'exclusion de tout élément autre que le droit applicable¹⁸. Une série de règles découlant directement du MARD, ou indirectement avec les règles de conduite et les procédures de travail, garantissent ces caractères aux membres des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel.

A- Indépendance

¹⁵ V. G CORNU., (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op.cit.*, p. 384.

¹⁶ Sur ce point, v. Y.KERBRAT (dir.), *Forum shopping et concurrence des procédures contentieuses internationales*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 310 p.

¹⁷ V. P SHAHRJERDI., V TOMKIEWICZ., « Le procès équitable dans l'espace normatif de l'Organisation mondiale du commerce » in H. RUIZ FABRI (dir.), *Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs*, Travaux de l'Atelier de droit international de l'UMR de droit comparé de Paris, 2003, p. 270.

¹⁸ En ce sens, v. le rapport de l'Organe d'appel, *Thaïlande – Mesures douanières et fiscales visant les cigarettes en provenance des Philippines*, WT/DS371/AB/R, 17 juin 2011, § 202.

En premier lieu, l'indépendance des membres des groupes spéciaux est-elle assurée ? L'article 8.2 du MARD dispose qu'ils doivent être choisis « de façon à assurer l'indépendance des membres, la diversité des origines, des formations et des expériences ». L'indépendance individuelle des panélistes est effective par rapport aux parties, même s'ils sont choisis au cas par cas par les États et sont donc assez conciliants envers ceux-ci¹⁹ et bien que l'article 8.1 du MARD ne prohibe pas « des attaches avec des administrations nationales ». En revanche, l'indépendance des groupes spéciaux à l'égard de l'OMC fait peser davantage d'incertitudes, ses membres étant des diplomates spécialistes du commerce, dépendants dans leur travail du Secrétariat et non des professionnels du droit. L'indépendance collective des groupes spéciaux est, quant à elle, bien moins affermie : cela tient à la nature de ces groupes, étant dans leur fonctionnement plus proches de l'arbitrage que de celui d'une juridiction²⁰.

En second lieu, l'indépendance des membres de l'Organe d'appel est-elle réelle ?²¹ Elle est d'abord assurée à l'égard des parties qui bénéficient de privilèges et d'immunités, en vertu de l'article 34 de l'Accord de siège entre la Suisse et l'OMC, identiques d'ailleurs à ceux des agents diplomatiques. De surcroît, il ne doit pas y avoir d'immixtion des parties dans la sélection des membres siégeant dans une section d'appel, selon la section VI.4 des Règles de conduite et une interdiction de certaines immixtions dans l'exercice de leurs fonctions doit être constatée. A cet égard, l'article 17.3 du MARD prévoit « aucune attache avec une administration nationale », contrairement d'ailleurs aux membres des groupes spéciaux, l'article 18.1 du MARD interdit des communications *ex parte* avec le groupe spécial ou l'Organe d'appel s'agissant des questions que l'un ou l'autre examine et la durée du mandat de quatre ans renouvelable une fois favorise aussi l'indépendance, d'autant plus qu'elle est très fréquente. L'indépendance est ensuite effective par rapport à l'OMC et à ses organes. En effet, l'Organe d'appel dispose d'un secrétariat indépendant de celui de l'OMC, d'un budget autonome du reste de l'OMC et l'interaction avec des éléments extérieurs à cette juridiction – Président de l'Organe de règlement des différends, Directeur général de l'OMC – est prohibée selon la Section VI paragraphe 4 des Règles de conduite. Un bémol doit être mis dans cette indépendance puisque l'affaire *Communautés européennes – Amiante* a montré la connexité

¹⁹ V. J.-M SOREL. *et al.*, *Droit processuel – Droit commun et droit comparé du procès équitable*, *op.cit.*, p. 1082.

²⁰ V. le commentaire d'Yves RENOUF in H RUIZ FABRI., J.-M SOREL. (dir.), *Indépendance et impartialité des juges internationaux*, Paris, Pedone, 2010, p. 218.

²¹ Pour de plus amples développements, v. V TOMKIEWICZ., *L'organe d'appel de l'OMC*, Thèse, *op.cit.*, p. 97 et s.

entre le choix de l'Organe d'appel de refuser les mémoires présentés par les *amici curiae* et les protestations des Membres de l'OMC sur cette question²².

B- Impartialité

L'impartialité des membres d'un groupe spécial est-elle réelle ? L'article 8.3 du MARD prévoit qu'« aucun ressortissant des Membres dont le gouvernement est partie à un différend, ou tierce partie [...] ne siègera au groupe spécial appelé à en connaître, à moins que les parties au différend n'en conviennent autrement ». En outre, l'article 8.9 du MARD prescrit que « les membres des groupes spéciaux doivent siéger à titre personnel et non en qualité de représentant d'un État ou d'une organisation. Les Membres de l'OMC ne leur donneront donc pas d'instructions et ne chercheront pas à les influencer en tant qu'individus en ce qui concerne les questions dont le groupe spécial est saisi ». De même, l'exclusion de la même personne en tant que membre d'un groupe spécial et membre de l'Organe d'appel vise à assurer leur impartialité. Cependant, l'influence du Secrétariat est considérable dans la rédaction des rapports en raison du contraste entre la longueur des rapports et la brièveté des délais²³.

L'impartialité des membres de l'Organe d'appel fait l'objet de davantage de précisions dans les textes pertinents. D'abord, il existe un engagement d'impartialité lors de leur prise de fonctions, tant lors de leur investiture en qualité de membre de l'Organe d'appel que lorsqu'un membre est désigné pour siéger dans une section d'appel, selon la Section II des Règles de conduite relative au principe directeur²⁴.

Le problème majeur est qu'il n'existe pas d'incompatibilités générales liées aux activités exercées par un membre de l'Organe d'appel en parallèle avec son mandat à l'OMC, hormis l'interdiction de posséder des attaches avec une administration nationale. Ce n'est pas la règle au regard des juridictions internationales, telle que par exemple la Cour internationale de justice qui prévoit des incompatibilités générales dans l'article 16.1 de son Statut²⁵. Les incompatibilités sont donc jugées au cas par cas dans le cadre du mécanisme de règlement des différends de l'OMC, l'article 17.3 du MARD prévoyant que les personnes faisant partie de

²² Rapport de l'Organe d'appel, *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, 12 mars 2001, WT/DS 135.

²³ En ce sens, P.-T STOLL., « L'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce », in HRUIZ FABRI., J.-M SOREL., *Indépendance et impartialité des juges internationaux*, *op.cit.*, p. 208 et s.

²⁴ Pour des développements plus approfondis, v. V.TOMKIEWICZ, *L'organe d'appel de l'OMC*, *op.cit.*, p. 104 et s.

²⁵ Cet article dispose que « Les membres de la Cour ne peuvent exercer aucune fonction politique ou administrative, ni se livrer à aucune autre occupation de caractère professionnel ».

l'Organe d'appel « ne participeront pas à l'examen d'un différend qui créerait un conflit d'intérêt direct ou indirect », c'est-à-dire quand des intérêts personnels et professionnels sont en jeu. Il n'existe pas non plus de référence expresse à la moralité des membres de l'Organe d'appel, sans doute implicite en raison de leurs qualités intellectuelles ce qui n'est pas non plus la règle à la lumière des juridictions internationales, comme par exemple le Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie qui impose cette condition dans l'article 13.1 de son Statut²⁶.

Les règles relatives à l'indépendance et à l'impartialité des membres des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel confèrent une certaine crédibilité et légitimité au système de règlement des différends de l'OMC, même si le groupe spécial est un peu le canard boiteux, en raison de règles moins protectrices des parties par rapport à ses membres, en raison de sa nature particulière. Des garanties formelles sont données aux parties à l'égard du juge de l'OMC mais pour que les règles procédurales soient effectives au sein du système de règlement juridictionnel des différends, des garanties substantielles doivent être accordées aux parties au cours d'une procédure leur permettant de faire valoir leur cause. Le droit à une bonne procédure, avec l'application du principe du contradictoire, offre cette assurance.

§2 - Le droit à une bonne procédure, l'application du principe du contradictoire ?

Existe-t-il un principe de la contradiction dans les règles de procédure du système juridictionnel de règlement des différends de l'OMC, garantissant un procès équitable au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)²⁷, droit fondamental s'il en est, principe général du droit et « vache sacrée » du droit européen ?

Selon la professeure Frison-Roche – que nous suivons sur ce point – quatre éléments caractérisent le principe du contradictoire : l'insertion dans le débat des personnes et

²⁶ Il est en effet prévu que « Les juges doivent être des personnes de haute moralité, impartialité et intégrité possédant les qualifications requises, dans leurs pays respectifs, pour être nommés aux plus hautes fonctions judiciaires ».

²⁷ Rappelons que selon cet article 6.1 « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice ».

des allégations, la circulation des termes du débat, le débat en lui-même, la rédaction et la motivation²⁸. Sommes-nous en présence d'un clonage, d'une hybridation ou d'une métamorphose au regard de la conception retenue par le CEDH ? Il faut aussi souligner que le terme de « procès équitable » n'apparaît ni dans les textes de base de l'OMC, ni dans la jurisprudence des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel. Une enquête doit donc être menée indiquant la présence ou l'absence des caractères du procès équitable, dans le cadre du règlement juridictionnel des différends à l'OMC, à la fois dans ses dimensions formelle et substantielle. L'étude sera faite à un double niveau : *ratione personae* (A) et *ratione materiae* (B).

A- - Le principe du contradictoire *ratione personae*

Le principe du contradictoire est présent dans les textes de l'OMC. S'agissant des groupes spéciaux, l'article 12. 6 du MARD dispose que chaque partie au différend déposera ses premières communications écrites au Secrétariat de l'OMC qui les transmettra ensuite au groupe spécial et à l'autre ou aux autres parties au différend. La partie plaignante présente sa communication avant la partie défenderesse, à moins que le groupe spécial ne décide de la simultanéité des présentations²⁹. Puis, toutes les communications écrites sont présentées de manière simultanée. Au surplus, l'effectivité de la contradiction est garantie par la transparence des informations dans cette procédure. Selon les « Procédures de travail de l'Appendice 3 », la procédure est essentiellement accusatoire³⁰. En ce qui concerne la procédure devant l'Organe d'appel, les Procédures de travail contiennent des dispositions très précises en la matière. La règle 18: 2 dispose que « chaque document déposé par une partie au différend, un participant, une tierce partie ou un participant tiers sera signifié à chaque autre partie au différend, participant, tierce partie et participant tiers à la procédure ». La règle 19:2 ajoute qu'en matière de communication *ex parte*, ni la section d'appel ni aucun de ses membres ne se réunira ou ne se mettra en contact avec une partie en l'absence de l'autre partie au différend. La règle 28 :2 prescrit quant à elle que lors de l'audience, toutes les questions, réponses ou mémoires produits par l'une des parties seront mis à la disposition de l'autre ou

²⁸ V. M.-A FRISON-ROCHE., « Le principe du contradictoire et les droits de la défense devant l'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce », in H RUIZ-FABRI., J.-M SOREL., *Le principe du contradictoire devant les juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2004, p. 126 et s.

²⁹ En ce sens V.TOMKIEWICZ, *L'Organe d'appel de l'OMC*, *op.cit.*, p. 119 et s.

³⁰ En effet, d'après son paragraphe 10 « les parties seront présentes lors des différends exposés, réfutations et déclarations. Les exposés écrits de chacune des parties seront en outre mis à la disposition de l'autre partie ou des autres parties, de même que les observations sur la partie descriptive du rapport et les réponses aux questions posées par le Groupe spécial ».

des autres participants « auxquels il sera ménagé une possibilité de répondre ». Mais la pratique de l'Organe d'appel a développé le temps des débats, durant lesquels les parties sont soumises à une batterie de questions par cet organe, ce qui montre que le caractère accusatoire de la procédure est matiniée de procédure inquisitoire. Ce principe du contradictoire peut également s'exercer entre les membres de cet organe, grâce à des échanges de vues. Quant aux rapports de l'Organe d'appel, ils ont précisé des notions essentielles au procès équitable, les droits de la défense et l'égalité des armes, témoignant de la mise en œuvre d'une politique juridictionnelle.

En premier lieu, dans un rapport de 2001 *Thaïlande - Profilés en fer*, l'Organe d'appel a considéré qu'« une partie défenderesse a le droit de savoir à quelle argumentation elle doit répondre et quelles violations ont été alléguées afin qu'elle puisse commencer à préparer sa défense », ajoutant que cette « prescription relative à la régularité de la procédure » est « fondamentale pour assurer un déroulement équitable et harmonieux des procédures de règlement des différends »³¹. L'information du défendeur est ainsi garantie. En second lieu, dans un rapport de 1999 *Canada – Mesures visant l'exportation des aéronefs civils*, l'Organe d'appel a consacré, sans le nommer, le principe d'égalité des armes entre les parties, en jugeant que « si les parties plaignantes étaient autorisées à présenter de nouveaux arguments de faits en appel, cela pourrait aussi compromettre les droits des parties défenderesses à une procédure régulière, ces parties n'ayant pas eu la possibilité de réfuter ces allégations en présentant à leur tour des éléments de preuve »³². Ainsi, le défendeur a un droit de réponse nécessaire au maintien du contradictoire et à l'égalité des armes entre les parties. Ajoutons qu'un des moyens de rechercher l'égalité des armes entre les pays développés et les pays en développement consiste en un recours à des conseils privés, cette possibilité étant reconnue tant devant les groupes spéciaux que l'Organe d'appel³³. Pour autant, elle ne représente pas un moyen décisif pour accroître la participation des pays en développement au mécanisme de règlement des différends de l'OMC.

B - Le principe du contradictoire *ratione materiae*

³¹ Rapport de l'Organe d'appel, *Thaïlande – Profilés en fer*, 12 mars 2001, WT/DS122/AB/R, § 88.

³² Rapport de l'Organe d'appel, *Canada – Mesures visant l'exportation d'aéronefs civils*, 2 août 1999, WT/DS70/AB/R, § 211.

³³ Cette possibilité a été reconnue, devant l'Organe d'appel dans l'affaire *Communautés européennes – Bananes*, 9 septembre 1997, WT/DS27/AB/R.

Nous ne mettrons pas l'accent sur la charge de la preuve, même si l'Organe d'appel dans son rapport *Canada - Mesures visant l'exportation des aéronefs civils* a constaté que « la charge de la preuve est un concept procédural qui se rapporte à l'examen et au règlement équitables et ordonnés d'un différend »³⁴. Le principe de « bonne foi » ne fera pas non plus l'objet de développements substantiels. Le MARD reconnaît son caractère d'obligation dans l'engagement des procédures visant à régler le différend et ce principe favorise l'application du contradictoire comme l'a dit le rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – « Sociétés de ventes à l'étranger »* en disposant qu'« en respectant les prescriptions de bonne foi, les Membres plaignants accordent aux Membres défendeurs une protection intégrale et la pleine possibilité de se défendre, conformément à la lettre et à l'esprit des règles de procédure »³⁵, ce principe s'appliquant aussi au défendeur.

L'effectivité de la procédure équitable dans le mécanisme de règlement des différends à l'OMC est avérée, constituant même une obligation coutumière en raison de l'existence d'une *opinio juris* et du développement de la pratique en la matière. L'Organe d'appel a même reconnu son caractère fondamental, en ce qui concerne l'égalité des parties devant l'instance. Mais encore faut-il que ces règles de procédure soient efficaces afin d'« assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral », selon l'article 3 du MARD, et que leur nature fondamentale puisse être préservée en cas de violation, ce qui suppose la mise en place de contrôles et de sanctions en cas de non-respect.

SECTION II - UNE EFFICACITÉ DES RÈGLES PROCÉDURALES FONDAMENTALES À CONFORTER DANS LE RÈGLEMENT JURIDICTIONNEL DES DIFFÉRENDS À L'OMC

Selon le professeur Heuschling, l'efficacité peut se définir comme le « degré d'adéquation d'une norme de droit positif au but fixé par l'auteur de la norme »³⁶. Dans le cadre du mécanisme de règlement des différends à l'OMC, pour être efficaces les règles procédurales fondamentales doivent être confortées. La sanction en tant que critère de

³⁴ Rapport de l'Organe d'appel, *op.cit.*, § 198.

³⁵ Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Sociétés de ventes à l'étranger*, 24 février 2000, WT/DS108/AB/R, § 166.

³⁶ V. L HEUSCHLING. « " Effectivité," " Efficacité," " Efficience" et " Qualité" d'une norme/du droit. Analyse des mots et des concepts », in L GAY. et ali (dir.), *L'efficacité de la norme juridique – Nouveau vecteur de légitimité ?*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 52.

juridicité – comme l’a démontré Kant³⁷ – permet d’accroître l’efficacité. Cette efficacité concerne à la fois les règles relatives à un bon juge (§1) et à une bonne procédure (§2).

§1 - L’efficacité des règles procédurales relatives à un bon juge

Dans le mécanisme de règlement des différends de l’OMC, cette efficacité est recherchée (A) tout en devant encore être renforcée (B).

A- Une efficacité recherchée

Un mécanisme de vérification *a priori* a été mis en place pour garantir l’indépendance et l’impartialité de l’Organe d’appel. Ainsi, la section III des Règles de conduite prévoit que chacune des personnes visées doit « déclarer l’existence ou l’apparition de tout intérêt, relation ou sujet dont on pourrait raisonnablement s’attendre qu’il soit connu d’elle et qui est susceptible d’influer sur son indépendance ou son impartialité ou de soulever des doutes sérieux sur celle-ci »³⁸. Au surplus, toujours dans un souci d’efficacité, l’Annexe 2 des Procédures de travail précise que chaque personne visée « est constamment tenue de communiquer les renseignements » susceptible d’influer sur son indépendance ou son impartialité. Enfin, des prescriptions ont été mises en place pour pallier un manquement éventuel par l’intermédiaire d’un mécanisme de récusation des personnes visées par les Règles de conduite. En effet, selon la section VIII des Règles de conduite « toute partie à un différend faisant l’objet d’une procédure au titre de l’Accord sur l’OMC, qui possède ou vient à posséder une preuve de violation importante des obligations d’indépendance, d’impartialité ou de confidentialité ou de l’obligation, pour les personnes visées, d’éviter les conflits d’intérêt directs qui pourraient compromettre l’intégrité, l’impartialité ou la confidentialité du mécanisme de règlement des différends, présentera cette preuve... »³⁹. Mais cette efficacité des règles procédurales relatives à un bon juge revêt un caractère relatif.

B - Une efficacité à renforcer

³⁷ Dans son célèbre ouvrage *Critique de la faculté de juger*, paru en 1790.

³⁸ V. V TOMKIEWICZ., *L’Organe d’appel de l’OMC*, *op.cit.*, p. 107 et s.

³⁹ V. V TOMKIEWICZ., *L’Organe d’appel de l’OMC*, *op.cit.*, p. 108 et s.

La procédure de récusation ne résiste pas aux critiques : la mise en cause de la personne visée ne peut intervenir que par l'intermédiaire des règles de conduite, la preuve doit exister au sens matériel, nécessitant d'être « présentée » – il est par exemple difficile de prouver la corruption – et cette procédure ne peut être déclenchée que par les parties au différend. En particulier, les dispositions relatives aux preuves montrent la difficulté pour une partie de remettre en cause le membre de l'Organe d'appel initialement choisi pour siéger dans une section⁴⁰.

Afin d'accroître aussi l'efficacité des membres des groupes spéciaux, une proposition européenne vise à « constituer un corps permanent de 18 à 24 experts parmi lesquels les membres de ces panels seraient choisis », ce qui renforcerait selon cette proposition « la légitimité et la crédibilité des travaux des groupes spéciaux [...] puisque le risque de conflit d'intérêt serait éliminé et l'indépendance des membres des groupes spéciaux serait protégée, comme c'est le cas pour les procédures internes ou à l'Organe d'appel »⁴¹. Enfin, la généralisation de la publicité des audiences des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel ne pourrait que renforcer l'indépendance et l'impartialité de ces organes, même si cela porterait atteinte au principe de confidentialité, comme l'a montré l'*Affaire des produits biotechnologiques*⁴². L'efficacité des règles relatives à une bonne procédure doit également être confortée.

§2 - L'efficacité des règles relatives à une bonne procédure

Cette efficacité concerne les délais, rapportée au droit à la contradiction dans la procédure (A) mais doit être améliorée (B).

A - Une efficacité *ratione temporis* du droit à la contradiction dans la procédure

⁴⁰ En ce sens, V TOMKIEWICZ., *L'Organe d'appel de l'OMC*, *op.cit.*, p. 109 et s.

⁴¹ Sur ce point, v. P.-T STOLL., « L'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce », in H RUIZ FABRI, J.-M SOREL., *Indépendance et impartialité des juges internationaux*, *op.cit.*, p. 213.

⁴² Rapports du groupe spécial, *Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques*, 29 septembre 2006, WT/DS291/R ; WT/DS292/R ; WT/DS293/R. Un rapport intérimaire, adopté par un groupe spécial, a été rendu public le 28 février 2006 par l'ONG *Les Amis de la terre*. Elle n'a ainsi pas respecté le principe de confidentialité, pourtant essentiel au bon fonctionnement du mécanisme de règlements des différends à l'OMC. V. D WÜGER., « Biotech Products WTO Panel Report, *ASIL Insights*, vol. 10, Issue 5, march 8, 2006.

Le caractère raisonnable du délai dans la procédure juridictionnelle de règlement des différends, prévu d'ailleurs par l'article 21.3 du MARD, constitue une garantie d'efficacité s'agissant de l'application des recommandations et décisions des rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel par l'Organe de règlement des différends⁴³.

Il a aussi pour vertu d'empêcher les procédures dilatoires pouvant être mises en œuvre par les parties, comme c'est le cas devant la Cour internationale de justice. Plus encore, selon l'art. 22. 2 du MARD, si un Membre ne met pas en œuvre des recommandations et décisions « dans un délai raisonnable », des négociations devront avoir lieu entre les parties afin de trouver une compensation et si aucune compensation n'est décidée ledit Membre pourra voir des concessions suspendues ou infliger d'autres obligations. Cette relative rapidité de la procédure explique aussi, en partie, l'absence de procédure d'urgence⁴⁴.

B- Une efficacité à améliorer

Le calendrier des délais peut sembler encore trop long, notamment au regard des nécessités du commerce international. A ce titre, les *Procédures de travail pour l'examen en appel* ont été modifiées, le 15 septembre 2010, afin d'accroître l'efficacité *ratione temporis* de cette procédure, dans un double sens : les échéances pour les communications écrites de l'appelant – communication de l'appelant présentée le même jour que celle de la déclaration d'appel – de l'intimé – communication présentée 18 jours après le dépôt de la déclaration d'appel – et des tiers – communications déposées trois jours après le dépôt de la communication de l'intimé – sont réduites afin que le principe du contradictoire revête une plus grande efficacité⁴⁵ et les moyens électroniques sont généralisés, s'agissant du dépôt des documents, toujours dans une optique d'efficacité⁴⁶. Cependant, ces deux types de modifications ont pour inconvénient majeur de risquer de remettre en cause la confidentialité de la procédure.

L'existence de garanties procédurales fondamentales est due à la fois à la juridictionnalisation rampante et croissante du mécanisme de règlements des différends et aux

⁴³ V. P SHAHRJERDI, V TOMKIEWICZ., « Le procès équitable dans l'espace normatif de l'Organisation mondiale du commerce » *op.cit.*, p. 272.

⁴⁴ En ce sens, J.-M SOREL. *et al.*, *Droit processuel – Droit commun et droit comparé du procès équitable*, *op.cit.*, p. 1084.

⁴⁵ V. OMC, WT/AB/WP/W/11, 27 juillet 2010, p. 3 et p. 9.

⁴⁶ V. OMC, WT/AB/WP/W/11, 27 juillet 2010, p. 6.

contrôles manifestes et latents mis en œuvre par le cerbère du système de l'OMC, le groupe spécial, l'Organe d'appel et l'Organe de règlement des différends. La question fondamentale en suspens posée au sujet de cet organe concerne sa composition étatique qui relève davantage de la mise en œuvre de la politique juridique des États que du contrôle juridictionnel.