

LES FONCTIONS DE LA DÉMARCHE INTERPRÉTATIVE DANS LE CADRE DE L'ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE

Julien Burda

Volume 21, numéro 2, 2008

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1068877ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1068877ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (imprimé)

2561-6994 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Burda, J. (2008). LES FONCTIONS DE LA DÉMARCHE INTERPRÉTATIVE DANS LE CADRE DE L'ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 21(2), 1–24.
<https://doi.org/10.7202/1068877ar>

Résumé de l'article

Dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), la démarche interprétative remplit trois fonctions différentes. Comme toute démarche interprétative, la fonction première de l'interprétation réside dans la clarification du sens et dans la détermination de la portée des dispositions des différents accords de l'OMC. L'essentiel de cette tâche est aujourd'hui assurée par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel dans le cadre de la procédure de règlement des différends. Ceux-ci ont, au fil de leur jurisprudence, parfaitement intégré les règles coutumières d'interprétation, auxquelles ils font aujourd'hui référence de manière quasi systématique. À côté de cette première fonction, l'interprétation des accords de l'OMC poursuit également un deuxième objectif : la complexité des accords et l'enchevêtrement des différentes obligations qui en résultent, invitent l'interprète à préciser comment celles-ci s'articulent entre elles. L'interprétation assure ainsi la cohérence de l'ensemble du système commercial multilatéral. Enfin, en se référant aux règles coutumières d'interprétation du droit international public, l'interprète assume une dernière fonction qui consiste à enraciner le droit de l'OMC dans le cadre plus général du droit international public. Cette troisième fonction est toutefois révélatrice des tensions qui peuvent exister entre deux aspirations antagonistes, la préservation de l'équilibre des droits et avantages négociés d'un côté, et l'absence d'isolation clinique du droit de l'OMC par rapport au droit international de l'autre.

LES FONCTIONS DE LA DÉMARCHE INTERPRÉTATIVE DANS LE CADRE DE L'ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE

*Julien Burda**

Dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), la démarche interprétative remplit trois fonctions différentes. Comme toute démarche interprétative, la fonction première de l'interprétation réside dans la clarification du sens et dans la détermination de la portée des dispositions des différents accords de l'OMC. L'essentiel de cette tâche est aujourd'hui assurée par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel dans le cadre de la procédure de règlement des différends. Ceux-ci ont, au fil de leur jurisprudence, parfaitement intégré les règles coutumières d'interprétation, auxquelles ils font aujourd'hui référence de manière quasi systématique. À côté de cette première fonction, l'interprétation des accords de l'OMC poursuit également un deuxième objectif : la complexité des accords et l'enchevêtrement des différentes obligations qui en résultent, invitent l'interprète à préciser comment celles-ci s'articulent entre elles. L'interprétation assure ainsi la cohérence de l'ensemble du système commercial multilatéral. Enfin, en se référant aux règles coutumières d'interprétation du droit international public, l'interprète assume une dernière fonction qui consiste à enraciner le droit de l'OMC dans le cadre plus général du droit international public. Cette troisième fonction est toutefois révélatrice des tensions qui peuvent exister entre deux aspirations antagonistes, la préservation de l'équilibre des droits et avantages négociés d'un côté, et l'absence d'isolation clinique du droit de l'OMC par rapport au droit international de l'autre.

The interpretation of the WTO Agreements fulfills three objectives. As any interpretative process, the first goal of the interpretation is to define and/or determine the meaning and the scope of the various provisions of the WTO Agreements. Interpretation of these agreements is mainly given by the panels and the Appellate Body, in the framework of the dispute settlement mechanism. WTO Case law reveals that they almost systematically and skillfully refer to the customary rules of interpretation. Beside this first objective, the interpretation of the WTO Agreement aims at fulfilling a second objective. Considering the complexity of the entangled obligations arising out of the WTO Agreements, the interpret has inevitably to clarify their articulation. The interpretation of the WTO Agreements aims therefore at ensuring the coherence of the whole multilateral trading system. Finally, the use of the general customary rules of interpretation tends to enshrine WTO Law in general international law. However, this third objective of the interpretative process reveals the existing tensions between two antagonist aspirations: the preservation of the equilibrium of the negotiated rights and advantages on the one hand, and the absence of clinical isolation of WTO Law vis-à-vis international law on the other.

* Élève-avocat, Salans Paris, département arbitrage international. Docteur en droit, Paris II Panthéon Assas, Docteur en relations internationales, HEID, Genève.

Le droit international régissant les échanges internationaux a connu ces dernières années ce que certains ont qualifié de « révolution »¹, en raison notamment de la création de l'Organisation mondiale du commerce (OMC)². Considérée comme un des « moteurs » de la mondialisation³, cette organisation dédiée à la libéralisation des échanges a marqué un véritable tournant : la « réorganisation mondiale des échanges »⁴ a eu pour ambition de créer un « système commercial multilatéral intégré »⁵, caractérisé par une triple unité⁶.

Cette unité se veut tout d'abord formelle : toutes les dimensions du commerce international, des marchandises aux services, en passant par les droits de propriété intellectuelle relèvent désormais du champ de compétence de l'Organisation. Ces questions font l'objet d'accords spécifiques annexés à un traité unique⁷, l'*Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce (Accord sur l'OMC ou Accord de Marrakech)*⁸. Les États qui ratifient cet accord deviennent non seulement membres de l'Organisation, mais également parties aux différents accords qui lui sont annexés⁹.

¹ Voir Joel P. Trachman, « The International Economic Law Revolution » (1996) 17 *J.Int'l Econ. L.* 33.

² La signature par 123 pays de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1867 R.T.N.U. 3 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1995) [*Accord instituant l'OMC*] le 15 avril 1994 a mis un terme au Cycle de l'Uruguay débuté en 1986 et a donné naissance à l'OMC. Cet accord, ainsi que tous les accords qui lui sont annexés sont disponibles sur le site de l'OMC, à l'adresse <http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/legal_f.htm>.

³ Pour reprendre ici l'expression du Professeur Jacques Le Cacheux dans « Mondialisation économique et financière : de quelques poncifs, idées fausses et vérités » (2002) hors série *Revue de l'OFCE* 19 à la p. 22.

⁴ Pour reprendre le titre du Colloque organisé par la Société française pour le droit international en 1995 au sujet de la création de l'OMC. Voir « La réorganisation mondiale des échanges », Colloque de la Société française pour le droit international, Nice, 1995.

⁵ Voir le Préambule de l'*Accord instituant l'OMC*, *supra* note 2.

⁶ Voir sur cette question, Yves Nouvel, « L'unité du système commercial multilatéral » (2000) 46 *A.F.D.I.* 654.

⁷ L'Organe d'appel l'a très clairement rappelé par cette courte formulation : « Il est important de comprendre que l'*Accord sur l'OMC* est un traité ». Voir l'affaire *Corée – Mesure de sauvegarde définitive appliquée aux importations de certains produits laitiers* (1999), OMC Doc.WT/DS98/AB/R au para. 74 (Rapport de l'Organe d'appel) [*Corée – Produits laitiers*].

⁸ La marche du système est donc réglée de manière homogène; *Accord instituant l'OMC*, *supra* note 2 à l'art. 2 dispose que « les Accords commerciaux multilatéraux “font partie intégrante” dudit accord “et sont contraignants pour tous les Membres”. L'engagement unique ressort aussi des articles de l'Accord sur l'OMC qui traitent des Membres originels, de l'accession, de la non application, de l'acceptation et du retrait ». Voir l'affaire *Brésil – Mesures visant la noix de coco desséchée* (1997), OMC Doc. WT/DS22/AB/R aux pp. 19-20 (Rapport de l'Organe d'appel) [*Brésil – Noix de coco desséchée*].

⁹ On dénombre trois annexes. La première se décompose en trois, 1A (*Accord sur les marchandises*), 1B (*Accord sur le commerce des services*) et 1C (*Accord sur les droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*). Voir *Accords multilatéraux sur le commerce des marchandises, Annexe 1A de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1867 R.T.N.U. 410; *Accord général sur le commerce des services, Annexe 1B de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1869 R.T.N.U. 219; *Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, Annexe 1C de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1869 R.T.N.U. 332. Les annexes 2 et 3 sont quant à elles dédiées au mécanisme de règlement des différends, *Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, Annexe 2 de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 14 avril 1994, 1869 R.T.N.U. 426 [*Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*] à l'art. 3.9, et à l'examen des politiques commerciales. Seuls deux accords – sur les marchés publics et les aéronefs civils – sont dits

L'unité est ensuite fonctionnelle. Cette dimension se retrouve dans un premier temps dans les normes du « système OMC » qui convergent toutes vers un but unique, à savoir la réduction ou la suppression des obstacles aux échanges commerciaux. La finalité des accords de l'OMC est ainsi de réduire les droits de douane, d'éliminer les quotas et de supprimer les autres barrières non tarifaires. Mais cette dimension résulte également de la procédure de règlement des différends intégrée au système, qui canalise tous les litiges qui en sont nés¹⁰.

L'unité est enfin matérielle : il appartient au système de gérer lui-même les rapports de cumul ou d'exclusion entre les différentes dispositions des accords.

L'Organisation instituée par l'*Accord de Marrakech* a ainsi pour fonction d'administrer le système commercial multilatéral¹¹, c'est-à-dire, de préserver cette triple unité. La préservation de ce système apparaît d'ailleurs comme la finalité de l'Organisation, « un principe fondamental qui sous-tend l'*Accord sur l'OMC* »¹² et qui encadre nécessairement son application. Dans cette perspective, l'interprétation des accords, préalable indispensable à leur mise en œuvre, est directement au service de cette finalité.

Il est vrai que, de manière générale, l'interprétation vise à jeter un « pont » afin de relier la règle générale et abstraite à la situation concrète à laquelle elle cherche à s'appliquer. En ce sens, « il n'y a[urait] pas d'application sans interprétation »¹³. Aussi, et de prime abord, toute démarche interprétative consiste en une « opération intellectuelle » dont le but est de « comprendre [un] traité » afin « d'en préciser le sens et d'en déterminer la portée: elle dégage ce qui est et n'énonce

« plurilatéraux », et ne lient à l'heure actuelle que ceux parmi les États membres qui les ont expressément ratifiés. Si l'on se penche sur la première Annexe 1A, le GATT de 1994, *Accord instituant l'OMC*, *supra* note 2, est le premier accord qui apparaît ; « il comprend les dispositions du GATT de 1947, tel qu'il a été rectifié, amendé ou modifié par les dispositions des instruments juridiques qui sont entrés en vigueur avant l'entrée en vigueur de l'*Accord sur l'OMC*; les dispositions de certains instruments juridiques, tels que protocoles et certifications, décisions sur les dérogations et autres décisions des parties contractantes du GATT de 1947, qui sont entrés en vigueur en vertu du GATT de 1947 avant l'entrée en vigueur de l'*Accord sur l'OMC*; certains Mémoires d'accord du Cycle d'Uruguay relatifs à des articles précis du GATT ; et le *Protocole de Marrakech* annexé au GATT de 1994 qui contient les Listes de concessions des Membres ». Voir l'affaire *Argentine – Mesures de sauvegarde à l'importation de chaussures* (1999), OMC Doc. WT/DS121/AB/R au para. 80 (Rapport de l'Organe d'appel) [*Argentine – Chaussures (CE)*].

¹⁰ L'Organe d'appel de l'OMC l'a par ailleurs rappelé en précisant que « l'article premier du *Mémoire d'accord* vise à établir un système de règlement des différends intégré et global pour tous les accords visés faisant partie de l'*Accord sur l'OMC* dans leur ensemble ». Voir l'affaire *Guatemala – Enquête antidumping concernant le ciment Portland en provenance du Mexique* (1998), OMC Doc. WT/DS60/AB/R au para. 66 (Rapport de l'Organe d'appel) [*Guatemala – Ciment I*].

¹¹ Voir l'*Accord instituant l'OMC*, *supra* note 2 à l'art. 3.1 : « L'OMC facilitera la mise en œuvre, l'administration et le fonctionnement du présent accord et des Accords commerciaux multilatéraux et favorisera la réalisation de leurs objectifs ».

¹² Voir l'affaire *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes* (1998), OMC Doc. WT/DS58AB/R au para. 116 (Rapport de l'organe d'appel) [*États-Unis – Crevettes*].

¹³ Voir Georges Scelle, *Précis de droit des gens*, Paris, Dalloz-Sirey, 1934 à la p. 488.

pas ce qui devrait être »¹⁴. L'interprétation du droit de l'OMC s'inscrit bien entendu dans cette perspective : par le recours fréquent aux règles coutumières d'interprétation du droit international public, les organes en charge du règlement des différends – qui sont amenés à interpréter de manière effective les accords – s'attachent à clarifier le sens et la portée des dispositions souvent complexes des différents accords (I). Il reste cependant que la démarche interprétative ne saurait se limiter, dans le cadre de cette organisation, à cette « simple » perspective de clarification.

La complexité des accords et l'enchevêtrement des différentes obligations qui en résultent, invitent en effet l'interprète à préciser comment celles-ci s'articulent entre elles. À cette fin, l'interprète, en clarifiant le sens et la portée des dispositions des différents accords, joue également un autre rôle fondamental : il est l'artisan de la cohérence de l'ensemble du système commercial multilatéral (II).

Enfin, en se référant aux règles coutumières d'interprétation du droit international public, l'interprète assume une dernière fonction qui est d'enraciner le droit de l'OMC dans le cadre plus général du droit international public dont il ne peut être « lu en totale isolation clinique » (III).

I. Première fonction : la clarification du sens et de la portée des dispositions des accords de l'OMC

À la différence du GATT de 1947 qui ne contenait aucune indication sur les méthodes d'interprétation¹⁵, l'*Accord instituant l'OMC de 1994* intègre plusieurs dispositions sur cette question. L'interprétation repose principalement sur deux dispositions : l'article IX:2 de cet accord jette les bases d'une interprétation authentique (A), alors que les articles 3:1 et 3:2 du *Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*¹⁶ autorisent les organes en charge du règlement des différends à préciser le sens et la portée des dispositions des différents accords (B).

A. L'interprétation authentique des accords de l'OMC

Lors de la conclusion de l'*Accord de Marrakech*, les délégations ont souhaité conférer une plus grande sécurité et prévisibilité au nouveau système commercial multilatéral. Elles ont, à cette fin, défini des règles d'interprétation authentique¹⁷. Les négociateurs ont directement inséré dans l'ensemble conventionnel un certain nombre

¹⁴ Voir Mustafa Kamil Yasseen, « L'interprétation des traités d'après la *Convention de Vienne sur le droit des traités* » dans *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 151, La Haye, 1976, 1 à la p. 9.

¹⁵ Voir *Affaire de Jaworzina (Frontière Polono-Tchécoslovaque)* (1923), Avis consultatif, C.P.J.I. (sér. B) n° 8 à la p. 17 [*Jaworzina*].

¹⁶ Voir *Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, supra note 9.

¹⁷ Elles ont ainsi conservé à l'esprit le principe dégagé par la Cour permanente de justice internationale selon laquelle « le droit d'interpréter authentiquement une règle juridique appartient à celui là seul qui a le pouvoir de la modifier ou de la supprimer », voir *ibid.*, à la p. 37.

de notes¹⁸ ou d'annexes interprétatives, tels que les mémorandums sur l'interprétation des articles II-1-b, XII, XVII, XXIV, XXV et XXVIII. Annexés à l'*Accord instituant l'OMC*, ils font partie intégrante du droit de l'Organisation et lient, de fait, tous les Membres.

Parallèlement à ces notes et annexes interprétatives, l'*Accord instituant l'OMC* ouvre également la voie à une interprétation authentique, opérée par un vote à la majorité des trois quarts des Membres de l'Organisation. Il s'agit, selon l'article IX:2, d'un « pouvoir exclusif » reconnu à la Conférence ministérielle et au Conseil général. Pour l'Organe d'appel, « le fait que ce “pouvoir exclusif” d'interpréter le traité a été établi de façon si précise dans l'*Accord sur l'OMC* est un motif suffisant pour conclure que ce pouvoir n'est conféré nulle part ailleurs de façon implicite ou fortuite »¹⁹. Ainsi, toute autre interprétation des accords, réalisée notamment par les organes en charge du règlement des différends, ne lie pas l'ensemble des Membres de l'OMC²⁰, mais uniquement les parties à l'instance²¹. Il est pourtant vrai que ce « pouvoir exclusif » n'a, pour l'heure, jamais été véritablement mis en œuvre²².

Mais, à défaut de se fonder sur l'article IX:2, les Membres de l'OMC ont parfois eu l'occasion de clarifier la portée de telle ou telle disposition à travers les décisions qu'ils adoptent. Ce fut en particulier le cas de la *Déclaration sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique* adoptée le 14 novembre 2001²³. Cette *Déclaration* reconnaissait que « les Membres de l'OMC ayant des capacités de fabrication

¹⁸ Comme la note interprétative générale relative à l'*Accord sur les marchandises*, *supra* note 9, qui précise qu'« en cas de conflit entre une disposition de l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994* et une disposition d'un autre accord figurant à l'Annexe 1A de l'*Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce* (dénommé dans les accords figurant à l'Annexe 1A l'« Accord sur l'OMC »), la disposition de l'autre accord prévaudra dans la limite du conflit ». Cette note s'apparente à une « règle de conflit », destinée à assurer la cohérence entre les différentes dispositions des accords.

¹⁹ Voir l'affaire *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques* (1996), OMC Doc. WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R et WT/DS11/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel) [*Japon – Boissons alcooliques II*].

²⁰ Ceci ressort d'ailleurs clairement du *Mémorandum d'accord sur les le règlement des différends*, *supra* note 9, qui prévoit que « les dispositions du présent mémorandum d'accord sont sans préjudice du droit des Membres de demander une interprétation faisant autorité des dispositions d'un accord visé, par la prise de décisions au titre de l'*Accord sur l'OMC* ou d'un accord visé qui est un Accord commercial plurilatéral ».

²¹ Dans l'affaire *Japon – Boissons alcooliques II*, *supra* note 19, l'Organe d'appel a refusé de reconnaître aux rapports de groupes spéciaux une quelconque force obligatoire (*Binding effect*), sauf pour ce qui est du règlement du différend entre les parties en cause. L'Organe d'appel a en effet précisé que les « décisions [des organes en charge du règlement des différends] ont un caractère différent des interprétations données par la Conférence ministérielle ou le Conseil général de l'OMC du GATT de 1994 et des autres Accords commerciaux multilatéraux relevant de l'*Accord sur l'OMC* ».

²² Une seule requête aux fins d'interprétation a toutefois été introduite le 21 janvier 1999. Cette requête, introduite par l'Union européenne, portait sur les articles 3:7, 21:5, 22:2, 22:6, 22:7 et 23 du *Mémorandum d'accord*, *supra* note 9, sur le règlement des différends. L'Union européenne souhaitait que le Conseil général se réunisse mais aucune réunion ne s'est malheureusement tenue : *Request for an Authoritative Interpretation Pursuant to Article IX:2 of the Marrakech Agreement* (1999), OMC Doc. WT/GC/W/133, WT/GC/W/143; voir sur ce point, Claus-Dieter Ehlermann et Lothar Ehring, « The Authoritative Interpretation Under Article IX:2 of the Agreement Establishing the World Trade Organization: Current Law, Practice and Possible Improvements » (2005) 8 J. Int'l Econ. L. 813.

²³ OMC, *Déclaration sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique* (2001), OMC Doc. WT/MIN(01)/DEC/2 [*Accord sur les ADPIC*].

insuffisantes ou n'en disposant pas dans le secteur pharmaceutique pourraient avoir des difficultés à recourir de manière effective aux licences obligatoires dans le cadre de l'*Accord sur les ADPIC*». La *Déclaration* visait à prendre en considération la situation particulière des pays en développement dans la mise en œuvre de l'ADPIC afin de leur accorder un accès aux médicaments, malgré leur incapacité à les produire. Une des questions les plus délicates concernait les licences obligatoires permettant, sur autorisation gouvernementale, l'utilisation d'un brevet sans l'accord préalable de son détenteur²⁴. Le débat portait à cette fin sur le droit, pour un État membre, d'octroyer

de telles licences afin de garantir un accès plus équitable aux médicaments²⁵. La *Déclaration de Doha sur la santé publique* est ainsi venue renforcer la flexibilité des ADPIC, mais a surtout clarifié les droits des Membres quant aux motifs présidant à l'octroi de ces licences. En ce sens, cette *Déclaration* – qui s'apparente à un accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation d'un traité ou de l'application de ses dispositions au sens de l'article 31.3 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*²⁶ – s'analyse comme une « règle d'interprétation spécifique »²⁷, invitant « les groupes spéciaux et l'Organe d'appel [à] opter pour les interprétations qui appuient le droit des Membres de l'OMC de protéger la santé publique »²⁸. Ce type de déclaration témoigne de la possibilité que les Membres ont de contourner l'article IX:2 pour interpréter authentiquement les différentes dispositions des accords de l'Organisation²⁹. L'interprétation authentique des accords demeure toutefois rare,

²⁴ Cette question avait donné lieu à un conflit retentissant entre 39 des plus grandes firmes pharmaceutiques mondiales contre le gouvernement d'Afrique du Sud qui avait adopté une loi en 1997 autorisant l'importation de médicaments génériques à bas prix et mettant en place un mécanisme de contrôle des prix. Cette loi visait à faciliter l'accès aux médicaments pour les personnes atteintes du sida. La question de l'interprétation de l'*Accord sur les ADPIC* et le droit de procéder à des importations parallèles de médicaments à des prix plus bas étaient au cœur de ce litige. Voir sur ce point, Faizel Ismail, « The Doha Declaration on TRIPS and Public Health and the Negotiations in the WTO on Paragraph 6 : Why Phrma Needs to Join the Consensus! » (2003) 6 J.W.I.P. 397.

²⁵ *Accord sur les ADPIC*, *supra* note 23, art. 31.

²⁶ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 R.T.N.U. 331 (entrée en vigueur : 27 janvier 1980) [*Convention de Vienne*]. Pour une position contestable selon laquelle la *Déclaration* constituerait une « pratique subséquente » des parties, voir Jean-Charles Van Eeckhaute et Paul Vandoren, « The WTO Decision on Paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health Making it Work » (2003) 6 *Journal of World Intellectual Property* 780.

²⁷ On doit à ce titre se référer aux *Accord sur les ADPIC*, *supra* note 23 aux para. 4 et 5, qui précisent, respectivement : « Nous convenons que l'*Accord sur les ADPIC* n'empêche pas et ne devrait pas empêcher les Membres de prendre des mesures pour protéger la santé publique. En conséquence, tout en réitérant notre attachement à l'*Accord sur les ADPIC*, nous affirmons que ledit accord peut et devrait être interprété et mis en œuvre d'une manière qui appuie le droit des Membres de l'OMC de protéger la santé publique et, en particulier, de promouvoir l'accès de tous aux médicaments [...] Dans l'application des règles coutumières d'interprétation du droit international public, chaque disposition de l'*Accord sur les ADPIC* sera lue à la lumière de l'objet et du but de l'*Accord* tels qu'ils sont exprimés, en particulier, dans ses objectifs et principes ».

²⁸ Voir sur ce point le document préparé par Carlos Correa, « Implications de la déclaration sur l'accord sur les ADPIC et la santé publique adoptée à Doha » (2002) 12 *Economie de la Santé et Médicaments* 12.

²⁹ On rappelle que la *Déclaration de Doha*, OMC, Conférence ministérielle, *Déclaration ministérielle de Doha* adoptée le 14 novembre 2001, (OMC Doc. WT/MIN(01)/DEC/1), a par la suite donné lieu à l'adoption d'une décision relative à la mise en œuvre de son paragraphe 6 permettant aux pays en développement d'importer plus facilement des médicaments génériques – et donc à un meilleur

pour ne pas dire exceptionnelle, au point que l'essentiel de cette tâche est aujourd'hui assurée par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel dans le cadre de la procédure de règlement des différends³⁰.

B. L'interprétation non authentique lors du règlement des différends

Dans le cadre du GATT de 1947, l'absence de codification des règles d'interprétation couplée aux lacunes institutionnelles et à l'absence d'un véritable mécanisme de règlement des différends institutionnalisés³¹, avait conduit les groupes spéciaux à adopter une démarche interprétative relativement pragmatique³², fondée dans les premières années sur l'historique des négociations et les travaux préparatoires³³. Cette préférence avait parfois paru excessive, mais était sans doute inévitable. À partir des années 1980, et alors que le nombre de procédures augmentait, les groupes spéciaux ont diversifié leurs méthodes, donnant tantôt la préférence à la textualité³⁴, tantôt à l'intentionnalité³⁵, tout en s'appuyant sur les rapports de groupes

marché – fabriqués dans le cadre de licences obligatoires dès lors qu'ils ne sont pas en mesure de les produire eux-mêmes. Voir la décision du Conseil général du 30 août 2003 relative à la mise en œuvre de son paragraphe 6 de la *Déclaration de Doha*. Voir OMC, *Une décision permet de lever le dernier obstacle constitué par les brevets à l'importation de médicaments bon marché*, OMC Doc. PRESS/350/Rev.1 (30 août 2003), en ligne : OMC <http://www.wto.org/french/news_f/pres03_f/pr350_f.htm>.

³⁰ Sur la contestation du caractère de juridiction internationale de l'Organe de Règlement des Différends, voir Carlo Santulli, « Qu'est-ce qu'une juridiction internationale? des organes répressifs internationaux à l'ORD » (2000) 46 A.F.D.I 58; Julien Burda, « L'efficacité du mécanisme de règlement des différends de l'OMC : vers une meilleure prévisibilité du système commercial multilatéral » (2005) 18.2 R.Q.D.I 1; Hélène Ruiz Fabri, « Le règlement des différends au sein de l'OMC : naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit » dans *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XXe siècle : à propos de 50 ans de recherches au CREDIMI – Mélanges offerts à Philippe Kahn*, Paris, Litec, 2000, 303 [*Le règlement des différends au sein de l'OMC*].

³¹ L'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce* ne contenait qu'une disposition, l'article XXIII, qui portait sur la protection des concessions et des avantages. Il précisait que, « dans le cas où une partie contractante considérerait qu'un avantage résultant pour elle directement ou indirectement du présent *Accord* se trouve annulé ou compromis, ou que la réalisation de l'un des objectifs de l'*Accord* est entravée du fait a) qu'une autre partie contractante ne remplit pas les obligations qu'elle a contractées aux termes du présent *Accord*; b) ou qu'une autre partie contractante applique une mesure, contraire ou non aux dispositions du présent *Accord*; c) ou qu'il existe une autre situation, ladite partie contractante pourra, en vue d'arriver à un règlement satisfaisant de la question, faire des représentations ou des propositions écrites à l'autre ou aux autres parties contractantes qui, à son avis, seraient en cause. Toute partie contractante ainsi sollicitée examinera avec compréhension les représentations ou propositions qui lui auront été faites ». *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, 30 octobre 1947, 55 R.T.N.U. 187 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1948).

³² Voir Pär Hallström, *The GATT Panels and the Formation of International Trade Law*, Stockholm, Juristforl, 1994, à la p. 179.

³³ Voir l'affaire *États-Unis – Restrictions à l'importation de crème glacée et de yogourt* (1989), OMC Doc. IB/DD36S/71 (Rapport du Groupe spécial).

³⁴ Voir l'affaire *Suède – Droits antidumping* (1955), OMC Doc. IB/DD3S/90 71 (Rapport du Groupe spécial).

³⁵ Voir l'affaire *Italie – Mesures discriminatoires appliquées par l'Italie à l'importation de machines agricoles* (1958), OMC Doc. IB/DD7S/64 (Rapport du Groupe spécial).

spéciaux précédents³⁶. Un modèle d'interprétation a ainsi progressivement émergé, tenant compte des « mots sous étude, du contexte dans lequel ces mots apparaissent, du but de l'*Accord général* et de l'intention des rédacteurs de l'*Accord général* »³⁷.

Les accords de l'OMC ont procédé à un recadrage de la démarche interprétative, sans toutefois s'écarter totalement de ce qui avait été élaboré dans le contexte précédent. L'article XVI de l'*Accord instituant l'OMC* dispose tout d'abord que l'Organisation demeure « guidée par les décisions, les procédures et les pratiques habituelles des PARTIES CONTRACTANTES du GATT de 1947 et des organes établis dans le cadre », ce qui permet, d'après l'Organe d'appel, de « transmettre à la nouvelle OMC la jurisprudence et l'expérience juridique du GATT de 1947 » et de donner « des gages de continuité et de cohérence pour un passage sans heurt d'un système à l'autre »³⁸. C'est ensuite le *Mémorandum d'accord sur le règlement des différends* qui détermine deux principes interprétatifs aux articles 3:1 et 3:2. Ces articles invitent respectivement à ce que les « principes du règlement des différends » appliqués dans le cadre du GATT de 1947 – à savoir les pratiques procédurales qui avaient été progressivement développées³⁹ – et les « règles coutumières d'interprétation du droit international public »⁴⁰ – en particulier les principes et méthodes codifiés aux articles 31 et 32 de la *Convention de Vienne*⁴¹ – soient pris en compte dans le cadre de la procédure de règlement des différends⁴².

Si on se focalise plus spécialement sur ces deux articles, force est de constater qu'ils répondent à une sorte de compromis entre une approche objective – référence au texte – et une approche subjective – recherche de l'intention des parties.

³⁶ Voir par exemple l'affaire *Chili – Restrictions appliquées par la CEE à l'importation de pommes en provenance du Chili* (1980), OMC Doc. IBDD27S/107 (Rapport du Groupe spécial).

³⁷ Voir Voir Isabelle Seroin, « L'application des règles d'interprétation de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* dans le cadre de l'ALE, l'ALENA, du GATT et de l'OMC » (2000) 34 R.J.T. 227 à la p. 265.

³⁸ *Japon – Boissons alcooliques II*, supra note 19 à la p. 14.

³⁹ Voir sur ce point Gabrielle Marceau, « Pratique et pratiques dans le droit de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) » dans *La pratique et le droit international, Colloque de la Société française pour le droit international – Colloque de Genève sur la pratique et le droit international*, Paris, A. Pedone, 2004, 159.

⁴⁰ L'article 3:2 précise en effet que « les Membres reconnaissent qu'il [le système de règlement des différends de l'OMC] a pour objet de préserver les droits et les obligations résultant pour les Membres des accords visés, et de clarifier les dispositions existantes de ces accords conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public ».

⁴¹ Il ne pouvait toutefois être fait expressément référence à la *Convention de Vienne sur le droit des traités* dans la mesure où plusieurs Membres de l'OMC ne l'avaient pas ratifiée (cas des États-Unis) ou ne pouvaient le faire (cas des Communautés européennes).

⁴² On notera toutefois que, dans plusieurs affaires, d'autres règles de la *Convention de Vienne*, supra note 26 à l'art. 28 ont été appliquées, à titre coutumier, par l'Organe d'appel. Ainsi, le principe de non-rétroactivité des traités, codifié à l'article 28 de la *Convention de Vienne*, a été appliqué dans l'affaire *Brésil – Noix de coco desséchée*, supra note 8 à la p. 15, et dans l'affaire *Communautés européennes – Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés, plainte déposée par le Canada* (1997), Doc. WT/DS48/R/CAN au para. 8.28 (Rapport du Groupe spécial) [*CE – Hormones (Canada)*]. Dans la même affaire, les arbitres ont fait usage du principe de l'application de traités successifs portant sur la même matière codifié à l'article 30 de la *Convention de Vienne* (*CE – Hormones (Canada)*) ; *Recours des Communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, décision des arbitres, au para. 51).

En effet, si l'article 31 invite principalement à interpréter « de bonne foi, suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de leur objet et de leur but », l'article 32 met quant à lui des « moyens complémentaires d'interprétation » à la disposition de l'interprète – à savoir les travaux préparatoires et les circonstances dans lesquelles le traité a été conclu – lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31 laisse le sens ambigu ou obscur, ou conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable. Ces deux articles, selon l'Organe d'appel lui-même, « imposent certaines disciplines communes aux interprètes des traités, quelle que soit la teneur de la disposition du traité qui est examinée et quel que soit le domaine du droit international considéré »⁴³. Dans la grande majorité des affaires⁴⁴, ces articles sont invoqués « selon une formule presque incantatoire »⁴⁵, et l'Organe d'appel « en a fait, au fil de ses rapports, la matrice de ses raisonnements, la référence à la fois première et prioritaire »⁴⁶.

Les groupes spéciaux et l'Organe d'appel se réfèrent ainsi consciencieusement aux termes du traité et en analysent le sens ordinaire. Dans l'affaire des *Crevettes*, l'Organe d'appel a ainsi expliqué que « celui qui interprète un traité doit commencer par fixer son attention sur le texte de la disposition particulière à interpréter. C'est dans les termes qui constituent cette disposition, lus dans leur contexte, que l'objet et le but des États parties au traité doit d'abord être cherché »⁴⁷. La détermination du sens ordinaire des termes du traité conduit d'ailleurs souvent l'Organe d'appel à en rechercher leur signification dans des dictionnaires⁴⁸. Un tel recours a été parfois considéré comme excessif⁴⁹, au point qu'un groupe spécial et l'Organe d'appel ont entendu minimiser l'importance qui mérite de leur être donnée⁵⁰.

⁴³ Voir l'affaire *Etats-Unis – Mesures antidumping appliquées à certains produits en acier laminés à chaud en provenance du Japon* (2001), OMC Doc. WT/DS184/AB/R au para. 60 (Rapport de l'Organe d'appel) [*États-Unis – Produits en acier laminés à chaud*].

⁴⁴ Voir entre autres, l'affaire *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules* (1996), OMC Doc. WT/DS2/AB/R à la p. 17 (Rapport de l'Organe d'appel) [*États-Unis – Essence*]; l'affaire *Japon – Boissons alcooliques II*, *supra* note 19 aux pp. 11-12; l'affaire *Communautés européennes – Mesures affectant l'importation de certains produits provenant de volailles* (1998), OMC Doc. WT/DS69/AB/R au para. 26 (Rapport de l'Organe d'appel) [*CE – Volailles*]; l'affaire *CE – Classement tarifaire de certains matériels informatiques* (1998), OMC Doc. WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R à la p. 15 (Rapport de l'Organe d'appel) [*CE – Matériels informatiques*].

⁴⁵ Selon la formule employée par Eric Canal-Forgues dans « Sur l'interprétation dans le droit de l'OMC » (2001) 5 R.G.D.I.P 20.

⁴⁶ Voir Hélène Ruiz-Fabri, « Le mécanisme général de règlement des différends » dans Jean-Marc Thouvenin, dir., *Droit international et communautaire des subventions : le cas de l'aéronautique civile*, Paris, Presses universitaires de France, 2001, 121.

⁴⁷ Voir l'affaire *États-Unis – Crevettes*, *supra* note 12 au para. 114.

⁴⁸ Voir entre autres, l'affaire *États-Unis – Détermination finale en matière de droits compensateurs concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada* (2004), OMC Doc. WT/DS257/AB/R au para. 59 (Rapport de l'Organe d'appel) [*États-Unis – Bois de construction résineux IV*]; *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant* (2001), OMC Doc. WT/DS135/AB/R au para. 92 (Rapport de l'Organe d'appel) [*CE – Amiante*]; *Canada – Mesures visant l'exportation des aéronefs civils* (1999), OMC Doc. WT/DS70/AB/R au para. 153 (Rapport de l'Organe d'appel) [*Canada – Aéronefs*]; l'affaire *CE – Hormones (Canada)*, *supra* note 42 au para. 163.

⁴⁹ Henrik Horn et Joseph Weiler, « *European Communities – Trade Description of Sardines: Textualism and its Discontent* » dans Henrik Horn et Petros C. Mavroidis, dir., *The WTO Case Law of 2002*,

Pour confirmer l'interprétation première qu'il donne des termes des accords de l'OMC, ou pour éviter les difficultés qui en surgissent, l'Organe d'appel se fonde également sur le contexte, l'objet et le but de ces accords⁵¹. À propos du contexte, l'Organe d'appel a par exemple précisé que celui-ci peut couvrir un large champ, dans la mesure où il inclut l'intégralité du texte du traité mais peut aussi s'étendre à « tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité » et à « tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité »⁵². Dans l'affaire *Communautés européennes – Morceaux de poulet*, l'Organe d'appel s'est ainsi penché sur le Système harmonisé de désignation et de codification des marchandises élaboré et administré par l'Organisation mondiale des douanes (OMD), afin de déterminer s'il relève du contexte général dans lequel les accords de l'OMC ont été conclus. Bien que ce Système harmonisé ne fasse pas formellement partie de l'*Accord sur l'OMC*, l'Organe d'appel a considéré qu'il existait un lien étroit entre certains accords de l'OMC – notamment le GATT – et ce système harmonisé qui a recueilli un large consensus de la part des Membres. Le Système harmonisé a ainsi été considéré comme « ayant un rapport » avec les accords de l'OMC, intervenu entre toutes les parties au sens de l'article 31.2.a) de la *Convention de Vienne*⁵³.

Cambridge, Cambridge University Press, 2005, 253. William Davey relate avec humour que le recours quasi systématique au *New Oxford Shorter English Dictionary* l'aurait transformé en un véritable accord de l'OMC (*covered agreement*). Voir William Davey, « The WTO Dispute Settlement System: The First Ten Years » (2005) 8 *J.Int'l Econ. L.* 22.

⁵⁰ L'Organe d'appel s'est déjà prononcé sur ce point en précisant : « Pour mettre en évidence le sens ordinaire [à attribuer aux termes d'un traité], un Groupe spécial peut commencer par les définitions que donnent les dictionnaires des termes à interpréter. Mais les dictionnaires, à eux seuls, ne permettent pas nécessairement de résoudre des questions complexes d'interprétation, car ils visent habituellement à cataloguer tous les sens des termes – que ceux-ci soient courants ou rares, universels ou spécifiques ». Voir l'affaire *États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontière de services de jeux et paris* (2005), OMC Doc. WT/DS285/AB/R au para. 164 (Rapport de l'Organe d'appel) [*États-Unis – Jeux*]. Dans le même sens, voir l'affaire *États-Unis – Bois de construction IV*, *supra* note 48 au para. 59; l'affaire *Canada – Aéronefs*, *supra* note 48 au para. 153; l'affaire *CE – Amiante*, *supra* note 48 au para. 92.

⁵¹ Dans l'affaire *États-Unis – Crevettes*, *supra* note 12 au para. 114, l'Organe d'appel a ainsi expliqué que « lorsque le sens imparti par le texte lui-même est ambigu et n'est pas concluant, ou lorsque l'on veut avoir la confirmation que l'interprétation du texte lui-même est correcte, il peut être utile de faire appel à l'objet et au but du traité dans son ensemble. » Voir également l'affaire *CE – Volailles*, *supra* note 44 aux para. 146-147; l'affaire *CE – Hormones (Canada)*, *supra* note 42 au para. 172; voir l'affaire *États-Unis – Droits compensateurs sur certains produits plats en acier au carbone traité contre la corrosion en provenance d'Allemagne* (2002), OMC Doc. WT/DS213/AB/R au para. 89 (Rapport de l'Organe d'appel) [*États-Unis – Acier au carbone*]; voir l'affaire *CE – Matériels informatiques*, *supra* note 44 au para. 89. Dans l'affaire *Turquie – Restrictions à l'importation de produits textiles et de vêtements* (1999), OMC Doc. WT/DS34/AB/R au para. 9 (Rapport de l'Organe d'appel), les préambules du GATT de 1947 et de l'*Accord instituant l'OMC*, *supra* note 2 ont été analysés comme faisant partie du contexte.

⁵² Voir sur ce point l'affaire *Chine – Mesures affectant les importations de pièces automobiles* (2008), OMC Doc. WT/DS339/AB/R, WT/DS340/AB/R, WT/DS342/AB/R au para. 151 (Rapport de l'Organe d'appel).

⁵³ L'Organe d'appel s'est exprimé comme suit : « aussi bien avant que pendant et après les négociations du Cycle d'Uruguay, il y avait un large consensus parmi les Parties contractantes au GATT pour utiliser le Système harmonisé comme base de leurs Listes établies dans le cadre de l'OMC, notamment

Dans une perspective similaire, les organes en charge du règlement des différends recherchent parfois l'existence d'une pratique ultérieure des parties ou pratique subséquente (au sens de l'article 31.3.b) de la *Convention de Vienne*⁵⁴) pour interpréter les dispositions des accords. L'Organe d'appel a certes refusé de reconnaître aux rapports des organes en charge du règlement des différends un tel caractère⁵⁵, avant d'admettre toutefois qu'ils constituent une partie importante de l'« acquis » du GATT⁵⁶. À ce titre, les groupes spéciaux, comme l'Organe d'appel sont invités à les examiner pour « s'[en] inspirer utilement »⁵⁷.

L'Organe d'appel a également eu l'occasion d'affiner la notion de pratique ultérieure, en précisant qu'il s'agit d'« une suite d'actes ou de déclarations "concordants, communs et d'une certaine constance", suffisante pour que l'on puisse discerner une attitude qui suppose l'accord des parties [à un traité] à l'égard de l'interprétation du traité »⁵⁸. Alors que deux éléments doivent être recherchés pour identifier l'existence d'une telle pratique⁵⁹, l'Organe d'appel s'est penché sur l'étendue

en ce qui concerne les produits agricoles. À notre avis, ce consensus constitue un "accord" entre les Membres de l'OMC "ayant rapport" à l'*Accord sur l'OMC* et qui est "intervenu [...] à l'occasion de la conclusion [de]" l'*Accord*, au sens de l'article 31.2a) de la *Convention de Vienne*. En tant que tel, cet accord est un "contexte" au sens de l'article 31.2a) aux fins de l'interprétation des Accords de l'OMC, dont la Liste des CE fait partie intégrante. À la lumière de ce qui précède, nous considérons que le Système harmonisé est pertinent aux fins de l'interprétation des engagements tarifaires repris dans les Listes des Membres de l'OMC. » Voir l'affaire *Communautés européennes – Classification douanière des morceaux de poulet désossés et congelés* (2005), OMC Doc. WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R aux para. 198-199 (Rapport de l'Organe d'appel) [*CE – Morceaux de poulet*].

⁵⁴ Selon la définition de Sir Ian Sinclair, souvent citée, « une pratique est généralement considérée comme ultérieure aux fins de l'interprétation d'un traité lorsqu'elle correspond à une suite d'actes ou de déclarations concordants, communs et d'une certaine constance, suffisante pour que l'on puisse discerner une attitude qui suppose l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité. » Voir Sir Ian McTaggart Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2^e éd., Manchester, Manchester University Press, 1984 à la p. 137. Voir également Mustafa Kamil Yasseen, « L'interprétation des traités d'après la *Convention de Vienne sur le droit des traités* » 3 R.C.A.D.I 48.

⁵⁵ L'Organe d'appel a rejeté la considération selon laquelle « les rapports de groupes spéciaux adoptés par les Parties contractantes du GATT et l'Organe de règlement des différends de l'OMC [constituent] une pratique ultérieure dans un cas spécifique, au sens où l'expression "pratique ultérieurement suivie" est entendue à l'article 31 de la *Convention de Vienne* », *Convention de Vienne*, supra note 41 à l'art. 31. Voir l'affaire *Japon – Boissons alcooliques II*, supra note 19 aux pp. 16-17.

⁵⁶ Les rapports des groupes spéciaux non adoptés dans le cadre du GATT de 1947 ou de l'OMC n'ont en revanche aucun statut juridique car ils n'ont pas été approuvés sur décision des Parties contractantes du GATT ou des Membres de l'OMC

⁵⁷ Voir le rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire précitée *Japon – Boissons alcooliques II*, supra note 19 aux pp. 16-17. Cette approche a été confirmée dans les affaires *États-Unis – Crevettes*, supra note 12 aux pp. 16-17; *Recours de la Malaisie à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends* (2001), OMC Doc. WT/DS58/AB/RW aux para. 107-109 (rapport de l'Organe d'appel). Voir également sur ce point l'étude de Raj Bhala qui plaide pour une réforme du droit de l'OMC afin de conférer un *binding effect* aux décisions de l'Organe de règlement des différends. Raj Bhala, «The Power of the Past: Towards *De Jure Stare Decisis* in WTO Adjudication» (2000-2001) 33 Geo. Wash. Int'l L. Rev 873.

⁵⁸ Voir le rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *Japon – Boissons alcooliques II*, supra note 19 à la p. 15, rappelé par l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Morceaux de poulet*, supra note 53 au para. 256.

⁵⁹ À savoir l'existence d'actes ou de déclarations communs et d'une certaine constance, et l'existence d'un accord quant à l'interprétation de la disposition en cause. Voir sur ce point l'affaire *États-Unis – Jeux*, supra note 50 au para. 192.

de la pratique. Il a conclu, à la suite de la Commission du droit international⁶⁰, que « l'accord des parties » désigne nécessairement « les parties dans leur ensemble » sans qu'il ne soit besoin que « chaque partie [ait] individuellement [...] suivi cette pratique ; il suffit qu'elle l'ait acceptée »⁶¹.

À côté de l'analyse du texte dans son contexte, les organes en charge du règlement des différends font également référence, de manière fréquente, à l'intention des parties au travers des moyens complémentaires prévus par l'article 32. Si l'Organe d'appel en a rappelé le caractère coutumier⁶², il a surtout souligné qu'il est parfois nécessaire de recourir aux « circonstances dans lesquelles le traité a été conclu »⁶³, c'est-à-dire au « cadre historique que forme l'ensemble des événements qui ont porté les parties à conclure le traité pour maintenir ou confirmer le *statu quo* ou apporter un changement qu'une nouvelle conjoncture nécessite »⁶⁴. Il est également utile de se référer parfois au contexte historique des concessions accordées lors de la négociation ou encore, de manière plus traditionnelle, à « l'historique des négociations »⁶⁵ lorsque le texte des accords est ambigu, trop général ou pas suffisamment clair⁶⁶.

Les organes en charge du règlement des différends ont donc parfaitement intégré les règles coutumières d'interprétation, auxquelles ils font aujourd'hui référence de manière quasi systématique. Cependant, en se penchant de plus près sur ces rapports, l'analyse révèle que cette application successive de ces règles laisse en réalité la place à une approche beaucoup plus « personnelle » et orientée de la part des organes en charge du règlement des différends.

II. Deuxième fonction : la cohérence du système commercial multilatéral

Dans le cadre de l'OMC, l'interprétation des accords ne procède pas uniquement d'une fonction de clarification du sens et de la portée des dispositions des

⁶⁰ Voir l'*Annuaire de la Commission du droit international*, 1996, vol. 2, New York, NU, à la p. 242 (Doc. A/CN.4/SER.A/1966/Add.1).

⁶¹ Voir l'affaire *CE – Morceaux de poulet*, *supra* note 53 aux para. 258-259.

⁶² Voir l'affaire *Japon – Boissons alcooliques II*, *supra* note 19 à la p. 12.

⁶³ Pour des références aux « circonstances dans lesquelles le traité a été conclu », voir l'affaire *CE – Matériels informatiques*, *supra* note 44 aux para. 86-92; des références au contexte historique des concessions accordées lors de la négociation, voir l'affaire précitée *CE – Volailles*, *supra* note 44 au para. 83.

⁶⁴ Selon la définition du Professeur Yasseen, citée par l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Morceaux de poulet*, *supra* note 53 au para. 288.

⁶⁵ Sur le recours à l'historique de la négociation, voir les affaires *Inde – Restrictions quantitatives à l'importation de produits agricoles, textiles et industriels* (1999), OMC Doc. WT/DS90/AB/R au para. 94 (Rapport de l'Organe d'appel); *République de Corée – Mesures affectant les marchés publics (Plainte des États-Unis)* (2000), OMC Doc. WT/DS163/R au para. 7.74 (Rapport du Groupe spécial); *États-Unis – Subventions concernant le coton upland* (2005), OMC Doc. WT/DS267/AB/R au para. 623 (Rapport de l'Organe d'appel) [*États-Unis – Coton upland*].

⁶⁶ Voir sur ce point l'affaire *Canada – Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers* (2001), WT/DS103/AB/R, WT/DS113/AB/R au para. 138 (Rapport de l'Organe d'appel) [*Canada – Produits laitiers*]. À l'inverse, l'Organe d'appel a parfois estimé qu'il n'était pas nécessaire d'invoquer l'article 32, voir l'affaire *États-Unis – Acier au carbone*, *supra* note 51 au para. 89.

différents accords; elle s'inscrit également dans le cadre général de la finalité du mécanisme de règlement des différends destiné à « préserver les droits et les obligations résultant [...] des accords »⁶⁷. L'interprétation a ainsi pour objet de « produire le tissu conjonctif sans lequel l'articulation des accords concernés se transformerait en château de cartes »⁶⁸. Il s'agit, par la démarche interprétative, de « donner corps » à l'ensemble de l'édifice OMC, c'est-à-dire d'assurer, au moyen d'une interprétation orientée vers la préservation de l'équilibre des droits et avantages négociés (B), une véritable « harmonie » entre les règles des différents accords (A).

A. L'interprétation « harmonieuse » des accords de l'OMC

Si les Membres ratifient, pour entrer à l'OMC, un engagement unique, ils acceptent surtout d'être liés par toutes les obligations qui découlent des accords annexés à l'*Accord sur l'OMC*. Ils s'engagent à se conformer simultanément et cumulativement à toutes les obligations issues de ces différents accords⁶⁹. Malgré la complexité et la spécificité des accords d'une part, et le caractère cumulatif et simultané des obligations d'autre part, les organes en charge du règlement des différends n'ont eu de cesse de chercher à préserver l'« harmonie » entre les différentes dispositions des accords. À cette fin, différents groupes spéciaux, confortés par l'Organe d'appel, se sont appuyés sur le caractère cumulatif et simultané des obligations pour établir une sorte de présomption contre l'absence de conflit entre les règles des différents accords⁷⁰. Pour cela, ces organes ont interprété de manière restrictive la notion de conflit en considérant qu'un conflit existe

i) [...] entre des obligations découlant du GATT de 1994 et des obligations contenues dans des accords figurant à l'Annexe 1A, parce que ces obligations s'excluent mutuellement, en ce sens qu'un Membre ne peut pas s'acquitter simultanément des unes et des autres, et ii) [lorsqu'] une règle

⁶⁷ *Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, supra note 9 à l'art. 3(2).

⁶⁸ Pour reprendre l'expression employée par le Pierre-Marie Dupuy, « L'unité de l'ordre juridique international : Cours général de droit international public (2000) » (2002) 297 R.C.A.D.I 445.

⁶⁹ L'Organe d'appel a eu l'occasion de rappeler qu'« 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 ». Voir l'affaire *Corée – Produits laitiers*, supra note 7 au para. 74. Voir également l'affaire *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes* (1997), OMC Doc. WT/DS27/AB/R aux para. 157-158 (Rapport de l'Organe d'appel) [CE – Bananes III].

⁷⁰ Voir sur ce point Gabrielle Marceau, « Balance and Coherence by the WTO Appellate Body: Who could do better? » dans Jan Bohanes, Giorgio Sacerdoti et Alan Yanovich, dir., *WTO at Ten: The Role of the Dispute Settlement System*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, 341 [Balance and Coherence by the WTO Appellate Body: Who could do better?]. On note toutefois que les Membres ont reconnu la possibilité d'un tel conflit entre les dispositions du *Accord instituant l'OMC*, supra note 2 à l'art. 21 et l'*Accord sur l'agriculture* (disponible à l'adresse <http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/legal_f.htm>). L'article 21 de ce dernier accord prévoit que celui-ci doit alors prévaloir. Voir également sur ce point l'affaire *CE – Subventions à l'exportation de sucre* (2005), OMC Doc. WT/DS265/AB/R, WT/DS266/AB/R, WT/DS283/AB/R au para. 221 (Rapport de l'Organe d'appel).

énoncée dans un accord interdit ce qu'autorise expressément une règle énoncée dans un autre.⁷¹

De manière constante, les groupes spéciaux, comme l'Organe d'appel, ont ainsi fait application de cette interprétation restrictive pour souligner la compatibilité des obligations découlant, par exemple, du GATT de 1994 et des autres accords de l'Annexe 1A⁷², ou encore entre les dispositions spéciales et les dispositions générales du *Mémorandum d'accord*⁷³, ou entre certaines dispositions de ce *Mémorandum* et l'*Accord antidumping*⁷⁴.

Cette interprétation restrictive a permis aux organes en charge du règlement des différends de promouvoir l'« harmonie » entre les dispositions des différents accords. L'Organe d'appel l'a rappelé à maintes reprises, en soulignant notamment que « celui qui interprète un traité doit lire toutes les dispositions applicables du traité de façon à donner un sens à toutes, harmonieusement »⁷⁵. Une interprétation « harmonieuse » vise ainsi à, certes, préciser le sens et la portée des différentes dispositions, mais également à éviter les contradictions entre elles, afin d'assurer la cohérence de l'ensemble du système⁷⁶. Il ne s'agit finalement, pour l'Organe d'appel, que de suivre la volonté des « négociateurs du Cycle d'Uruguay [qui] voulaient que les dispositions des Accords commerciaux multilatéraux figurant aux Annexes 1, 2 et

⁷¹ Voir le rapport du Groupe spécial dans l'affaire *CE – Bananes III*, *supra* note 69 au para. 7.159.

⁷² Comme l'*Accord sur les subventions et les mesures compensatoires*, en ligne : OMC <http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/legal_f.htm> [*Accord SMC*] ou encore l'accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce. Voir sur ce point l'affaire *Indonésie – Certaines mesures affectant l'industrie automobile* (1998), OMC Doc. WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R aux para. 14 (29)-14 (36) et 14 (97)-14 (99) (Rapport de l'Organe d'appel).

⁷³ Voir sur ce point l'affaire *Guatemala – Ciment I*, *supra* note 10 au para. 65.

⁷⁴ *Accord sur la mise en œuvre de l'article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994*, en ligne : OMC <http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/legal_f.htm> [*Accord antidumping*]. Voir sur ce point l'affaire *États-Unis – Produits en acier laminé à chaud*, *supra* note 43 aux para. 55-62.

⁷⁵ Voir l'affaire *États-Unis – Coton upland*, *supra* note 65 au para. 549. Dans le même sens, voir les affaires *Inde – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture* (1997), OMC Doc. WT/DS50/AB/R au para. 45 (Rapport de l'Organe d'appel) [*Inde – Brevets (États-Unis)*]; *Argentine – Chaussures (CE)*, *supra* note 9 au para. 81; *Corée – Produits laitiers*, *supra* note 7 au para. 81.; *États-Unis – Essence*, *supra* note 44 aux pp. 25-26; *Japon – Boissons alcooliques II*, *supra* note 19 à la p. 14.

⁷⁶ Voir le rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Maintien en existence et application de la méthode de réduction à zéro* (2009), OMC Doc. WT/DS350/AB/R aux para. 273-82 (Rapport de l'Organe d'appel) : « les règles et principes de la *Convention de Vienne* ne sauraient prévoir des interprétations ayant des résultats contradictoires. En fait, l'exercice d'interprétation vise à déterminer le sens correct d'une disposition, c'est-à-dire un sens qui cadre harmonieusement avec les termes, le contexte ainsi que l'objet et le but du traité. Un tel exercice a donc pour but de réduire l'éventail d'interprétations, et non de donner lieu à des interprétations divergentes et concurrentes. Les moyens d'interprétation ne peuvent pas être appliqués de façon sélective ou séparément les uns des autres. Les disciplines en matière d'interprétation de la *Convention de Vienne* seraient perverties si leur application donnait lieu à des contradictions au lieu d'assurer cohérence et harmonie entre toutes les dispositions conventionnelles pertinentes et de leur donner effet [...] l'exercice d'interprétation prescrit par la *Convention de Vienne* est un exercice holistique et intégré, qui ne peut pas aboutir à des interprétations contradictoires ».

3 de l'*Accord sur l'OMC* soient lues dans leur ensemble»⁷⁷. Cet objectif d'« harmonie » explique dès lors que la démarche se fonde parfois sur d'autres règles que celles figurant aux articles 31 et 32 de la *Convention de Vienne*, tel que le principe *in dubio mitius*⁷⁸ ou encore le principe de l'effet utile⁷⁹. Ce dernier, souvent invoqué, invite à ne pas interpréter d'une façon qui rendrait redondants ou inutiles des clauses ou des paragraphes entiers d'un traité⁸⁰, à choisir, parmi plusieurs interprétations possibles, celle qui conduit à son application effective, en harmonie avec les autres dispositions⁸¹.

Aussi, l'approche restrictive de la notion de conflit et la mise en œuvre du principe d'interprétation « harmonieuse », les organes en charge du règlement des différends ont réussi à renforcer la cohérence et l'architecture du « *single undertaking* » et à préserver les droits et avantages négociés.

B. La préservation de l'équilibre des droits et avantages négociés

Dans la perspective d'assurer l'équilibre des avantages et concessions négociés, les organes en charge du règlement des différends mettent en œuvre ce qu'il conviendrait d'appeler « une véritable politique interprétative ». Celle-ci est au service de cet équilibre et explique que les organes en charge du règlement des différends n'hésitent pas à combiner différents moyens d'interprétation, c'est-à-dire à faire application à la fois du texte et du contexte⁸², à la lumière de l'objet et du but, tout en

⁷⁷ Voir l'affaire *Corée – Produits laitiers*, *supra* note 7 au para. 81. L'Organe d'appel se fonde à ce titre sur l'article II:2 de *Accord instituant l'OMC*, qui précise que « les accords et instruments juridiques connexes repris dans les Annexes 1, 2 et 3 (ci-après dénommés les “Accords commerciaux multilatéraux”) font partie intégrante du présent accord et sont contraignants pour tous les Membres. »

⁷⁸ On note également que, dans une perspective similaire, les organes en charge du règlement des différends font application du principe de droit international *in dubio mitius*, selon lequel il ne faut pas exagérer la portée des obligations issues des accords de l'OMC. Ce principe participe également à préserver l'harmonie entre les différentes dispositions des accords. Pour une application du principe *in dubio mitius*, voir notamment l'affaire *Hormones (Canada)*, *supra* note 42 au para. 165.

⁷⁹ Voir, entre autres, l'affaire *États-Unis – Essence*, *supra* note 44 à la p. 18; l'affaire *Japon – Boissons alcooliques II*, *supra* note 19 à la p. 14; l'affaire *États-Unis – Restrictions à l'importation de vêtements de dessous de coton et de fibres synthétiques ou artificielles* (1997), OMC Doc. WT/DS24/AB/R au pp. 16-17 (Rapport de l'Organe d'appel); l'affaire *Canada – Produits laitiers*, *supra* note 66 au para. 133; l'affaire *États-Unis – Article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits* (2002), OMC Doc. WT/DS176/AB/R au para. 338 (Rapport de l'Organe d'appel); l'affaire *États-Unis – Coton upland*, *supra* note 65 au para. 549.

⁸⁰ Selon la définition donnée par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Loi de 2000 sur la compensatoire pour continuation du dumping et maintien de la subvention* (2003), OMC Doc. WT/DS217/AB/R, WT/DS234/AB/R au para. 271 (Rapport de l'Organe d'appel).

⁸¹ Voir sur ce point l'affaire *Argentine – Chaussures (CE)*, *supra* note 9 au para. 81: « celui qui interprète un traité doit lire toutes les dispositions applicables du traité de façon à donner un sens à toutes, harmonieusement. Et une lecture appropriée de cet “ensemble indissociable de droits et de disciplines” doit en conséquence donner un sens à toutes les dispositions pertinentes de ces deux accords également contraignants ».

⁸² Par exemple, dans l'affaire *États-Unis – Jeux*, *supra* note 50 au para. 81, l'Organe d'appel a du déterminer la portée, pour l'interprétation, de deux documents élaborés par le secrétariat du GATT de 1947. Il s'agissait de préciser si la note explicative intitulée *Services Sectoral Classification List* (1991), relevaient du « contexte » et de l'article 32 de la *Convention de Vienne*, ou, au contraire, des «

se référant, en parallèle – et alors que l'interprétation textuelle est suffisamment claire – aux moyens complémentaires d'interprétation, notamment les travaux préparatoires⁸³.

Cette utilisation croisée des articles 31 et 32 de la *Convention de Vienne*, que l'Organe d'appel conjugue avec habileté, se retrouve dans plusieurs affaires⁸⁴. Si cela répond, pour une part, aux termes mêmes de la *Convention de Vienne* qui, « en dépit d'une apparente préférence pour la textualité, [...] donne une place non négligeable à l'intentionnalité, sans ignorer non plus la finalité »⁸⁵, il faut surtout y déceler la preuve de cette politique. Quelle que soit la méthode sur laquelle elle se fonde, la démarche interprétative se trouve en réalité au service d'un double « équilibre voulu par les négociateurs »⁸⁶ : un équilibre juridique tout d'abord, c'est-à-dire l'« harmonie » et la cohérence entre les dispositions des différents accords déjà mentionnés; un équilibre commercial ensuite, garanti par les différentes dispositions et reposant sur les avantages et les concessions négociés et échangés par les Membres⁸⁷. La démarche interprétative se trouve ainsi orientée, mais également encadrée, dans la mesure où les constatations et les recommandations des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel « ne pourront pas accroître ou diminuer les droits et obligations énoncés dans les accords visés »⁸⁸.

La recherche de ce double équilibre semble expliquer dès lors certaines positions adoptées par l'Organe d'appel, telles que le rejet de la notion d'attentes légitimes pour les plaintes en violation⁸⁹ ou encore le rejet de l'interprétation stricte des exceptions⁹⁰ qui auraient pu le remettre en cause.

moyens complémentaires d'interprétation » de l'article 32. Voir OMC, *Services Sectoral Classification List* (1991), OMC Doc. MTN.GNS/W/120 aux para. 171-196.

⁸³ Dans l'affaire *Canada – Périodiques*, l'Organe d'appel s'est par exemple fondé sur le texte et le contexte avant de préciser que l'objet et le but de la disposition en cause étaient « confirmés par l'historique de [sa] rédaction ». *Canada – Certaines mesures concernant les périodiques* (1997), OMC Doc. WT/DS31/AB/R à la p. 39 (Rapport de l'Organe d'appel).

⁸⁴ Voir, entre autres, l'affaire *CE – Volailles*, *supra* note 44 au para. 100; ou encore l'affaire *CE – Matériels informatiques*, *supra* note 44 aux para. 88-89.

⁸⁵ Voir Jean Combacau et Serge Sur, *Droit international public*, 3^e éd, Paris, Montchrestien, 1999 à la p. 174.

⁸⁶ Voir *Le règlement des différends au sein de l'OMC*, *supra* note 30 à la p. 124.

⁸⁷ On rappelle que l'interprétation des accords s'inscrit dans le cadre du mécanisme de règlement des différends, mécanisme essentiel « pour assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral. [...] et a pour objet de préserver les droits et obligations résultant pour les Membres des accords visés. » *Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, *supra* note 9 à l'art. 3.2.

⁸⁸ Selon *ibid.*, à l'art. 19.2. Explicitation du principe selon lequel la démarche interprétative n'a pas pour objet de créer mais de clarifier la règle de droit.

⁸⁹ Voir l'affaire *Inde – Brevets (États-Unis)*, *supra* note 75 au para. 45. Dans cette affaire, l'Organe d'appel a déjugé le panel en rejetant la notion d'attentes légitimes. Cette notion repose sur les attentes que fait naître telle ou telle disposition conventionnelle et constitue une expression particulière de l'exigence de prévisibilité imposée par le principe de sécurité juridique. L'Organe d'appel a donc rejeté cette notion dans le cadre des plaintes en violations, estimant que « les attentes légitimes des parties à un traité ressortent de l'énoncé du traité lui-même ». En effet, toute interprétation se doit d'établir les intentions communes des parties, intentions qui ne sauraient être établies sur la base des attentes subjectives et déterminées de manière unilatérale par l'une des parties.

⁹⁰ L'Organe d'appel a en effet précisé que « le simple fait de qualifier une disposition conventionnelle d'exception ne justifie pas en soi une interprétation “plus stricte” ou “plus étroite” de cette disposition »

Si cette deuxième fonction de la démarche interprétative participe à une plus grande prévisibilité et sécurité du système commercial multilatéral, elle se doit toutefois d'éviter un écueil important. En effet, une telle démarche orientée comporte le risque de voir le système commercial se refermer sur lui-même, au point qu'il doive être considéré comme un système « clos ». La préservation de la cohérence juridique et de l'équilibre commercial des avantages et concessions négociés serait susceptible d'induire un renfermement du système sur lui-même, au point de ne répondre qu'à sa logique propre, en totale désincarnation des autres règles du droit international. La mise en œuvre de la politique interprétative des organes en charge du règlement des différends contribuerait ainsi au mythe du caractère autosuffisant du droit de l'OMC (« *self-contained régime* »)⁹¹.

Une telle approche ne résiste toutefois pas à la troisième fonction de la démarche interprétative qui vise à intégrer le droit de l'OMC dans le droit international général.

III. Troisième fonction : l'enracinement du droit de l'OMC dans le droit international

La démarche interprétative procède enfin d'une dernière fonction : par la référence aux règles coutumières, l'interprétation entend enraciner le droit de l'OMC dans le cadre plus général du droit international. Cette démarche se fonde plus particulièrement sur l'article 31.3c) de la *Convention de Vienne (A)* dont l'application par les organes en charge du règlement des différends témoigne néanmoins des tensions qui peuvent exister entre deux aspirations antagonistes, à savoir la préservation de l'équilibre des droits et avantages négociés et l'absence d'isolation clinique par rapport au droit international (B).

Voir l'affaire *CE – Hormones (Canada)*, *supra* note 42 au para. 104. Pour Gabrielle Marceau, l'Organe d'appel a entendu, par cette prise de position, saisir l'équilibre global des concessions. *Balance and Coherence by the WTO Appellate Body: Who could do better?*, *supra* note 70 à la p. 335.

⁹¹ Le débat tourne autour du caractère autosuffisant du système OMC et la possibilité pour l'Organe d'appel d'appliquer du droit qui n'appartient pas à l'OMC. Certains auteurs estiment ainsi que l'article 3:2, en ne mentionnant que les règles coutumières d'interprétation du droit international public, exclut *de facto* l'application de toute autre règle coutumière (Voir par exemple Donald M. McRae, « The Contribution of International Trade Law to the Development of International Law » (1996) 260 R.C.A.D.I. 103 ; Joel P. Trachtman, « The Domain of WTO Dispute Resolution » (1999) 40 Harv. Int'l L.J. 333. D'autres, au contraire, estiment que le droit de l'OMC ne constitue pas un système autosuffisant et que d'autres règles coutumières peuvent être appliquées par l'Organe d'appel. Voir Mariano García-Rubio, *On the Applicability of Customary Rules of State Responsibility by the WTO Dispute Settlement Organs – A General International Law Perspective*, Genève, I.U.H.E.I., 2001; Mariano García-Rubio, « Unilateral Measures as a Means of Enforcement of WTO Recommendations and Decisions » dans Laura Picchio Forlati et Linos-Alexander Sicilianos, dir., *Economic Sanctions in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2004, 445.

A. L'article 31.3c) et la prise en compte de « toute règle pertinente de droit international »

Par la référence aux règles coutumières d'interprétation, les rédacteurs des accords de l'OMC ont entendu conférer à la démarche interprétative une fonction sans doute plus ambitieuse que la clarification du sens et de la portée des accords. En prenant appui sur les règles coutumières d'interprétation, les groupes spéciaux et l'Organe d'appel voient leur démarche être directement légitimée par le droit international public⁹². C'est dans cette perspective que la formulation de l'Organe d'appel selon laquelle « il ne faut pas lire l'*Accord général* en l'isolant cliniquement du droit international public » prend tout son sens⁹³. Pour l'Organe d'appel, le droit de l'OMC ne peut en effet être considéré comme un système clos; il importe, au contraire, de prendre appui sur les règles interprétatives pour articuler les règles de l'OMC avec les obligations qui découlent du droit international général. Cette articulation induit l'enracinement du droit de l'OMC dans le droit international général dont il ne constitue, finalement, qu'une branche spécifique⁹⁴.

L'article 31.3c) de la *Convention de Vienne* est amené à jouer un rôle central à cette fin⁹⁵. En précisant que « toute règle pertinente de droit international » devrait être prise en compte dans la démarche interprétative, cette disposition est destinée, dans un système international caractérisé par la décentralisation de la production

⁹² Voir Petet C. Maki, « Interpreting the GATT Using the Vienna Convention on the Law on Treaties: A Method to Increase the Legitimacy of the Dispute Settlement System » (2000) 9 *Minn. J. Global Trade* 343.

⁹³ Dans son premier rapport, l'Organe d'appel avait en effet affirmé « qu'il ne faut pas lire l'*Accord général* en l'isolant cliniquement du droit international public. ». Voir l'affaire *États-Unis – Essence*, *supra* note 44 à la p. 19.

⁹⁴ Il est toutefois important de noter que cet enracinement ne repose pas exclusivement sur ces règles coutumières d'interprétation. D'autres règles de droit international public sont également appliquées par les organes en charge du règlement des différends, notamment en matière d'admission des preuves ou de garanties offertes aux droits de la défense. En matière de preuve, voir l'affaire *États-Unis – Mesure affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés en provenance d'Inde* (1997), OMC Doc. WT/DS33/AB/R à la p. 15 (Rapport de l'Organe d'appel): « 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. » Voir également, dans le même sens, l'affaire *CE – Volailles*, *supra* note 44 au para. 126. En matière de droits de la défense, voir *Australie – Mesures visant les importations de saumons* (1998), OMC Doc. WT/DS18/AB/R au para. 278 (Rapport de l'Organe d'appel): « Il est en matière de régularité de la procédure un principe fondamental voulant qu'une partie se voit accorder la possibilité de répondre aux allégations formulées contre elle ».

⁹⁵ Voir par ex. les articles de Jiaxiang Hu, « The Role of Public International Law in the Development of WTO Law » (2004) 7 *J. Int'l Econ L.* 143; Joost Pauwelyn, « The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go ? » (2001) 95 *A.J.I.L.* 535; Lorand Bartels, « Applicable Law in WTO Dispute Settlement Proceedings » (2001) 35 *J.W.T.* 499; Gabrielle Marceau, « A Call for Coherence in International Law – Praises for the Prohibition Against “Clinical Isolation” in WTO Dispute Settlement » (1999) 33 *J. World Trade* 87; Joel P. Trachman, « The Domain of WTO Dispute Resolution » (1999) 40 *Harv. Int'l L.J.* 333; David Palmeter et Petros C. Mavroidis, « The WTO Legal System: Sources of Law » (1998) 92 *A.J.I.L.* 398.

normative, à assurer l'unité et la cohérence, ou dit autrement, la « défragmentation » du droit international dans son ensemble⁹⁶.

De manière plus générale, la prise en compte de « toute règle pertinente de droit international » constitue un principe aujourd'hui bien admis en droit international. La Cour internationale de Justice, dans son avis sur les *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie*, a en effet eu l'occasion de rappeler « la nécessité primordiale d'interpréter un instrument donné conformément aux intentions qu'ont eues les parties lors de sa conclusion », avant d'affirmer que « tout instrument international doit être interprété et appliqué dans le cadre de l'ensemble du système juridique en vigueur au moment où l'interprétation a lieu »⁹⁷. Il s'agit surtout pour l'interprète, comme l'a rappelé la Commission du droit international, d'une véritable obligation qui s'impose à lui⁹⁸. Le Groupe spécial établi dans l'affaire des *OGM* (affaire relative aux *Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques*) l'a également confirmé en précisant que l'article 31.3c) « ne donne pas simplement à celui qui interprète un traité la possibilité de le faire », même si aucun résultat particulier n'est prescrit⁹⁹. D'ailleurs, dans la perspective du droit de l'OMC, cette disposition a pour vocation de procéder à l'intégration systémique de ce droit dans l'ordre juridique international, c'est-à-dire, pour reprendre les termes employés par le Groupe spécial établi dans l'affaire *OGM*, « d'assure[r] ou renforce[r] la compatibilité des règles de droit international applicables [...] et contribue[r] ainsi à éviter des conflits entre les règles pertinentes »¹⁰⁰. Cette disposition n'en reste pas moins difficile à appliquer dans le contexte de l'OMC, comme l'affaire *OGM* l'a démontré.

⁹⁶ Sur la fragmentation du droit international, la portée générale et la pratique de l'article 31.3c), voir Campbell McLachlan, « The Principle of Systemic Integration and Article 31 (3) (C), of the Vienna Convention » (2005) 54 I.C.L.Q. 279.

⁹⁷ Voir l'avis sur les *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, Avis consultatif, [1971] C.I.J. rec. 102 à la p. 131. Elle a par la suite fait application de ce principe dans l'affaire du *Projet de Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie)*, Ordonnance du 5 février 1997, [1997] C.I.J. rec. 3 au para. 112.

⁹⁸ Voir sur ce point le commentaire de l'article 27 du projet de *Convention de Vienne*, supra note 26 à l'art. 27 (devenu par la suite article 31 dans la version définitive). La Commission du droit international précisait en effet que les trois alinéas de cet article « présentent tous un caractère obligatoire et, de par leur nature même, ils ne sauraient être considérés comme des normes d'interprétation inférieures en quoi que ce soit à celles qui les précèdent. » Voir *Annuaire de la Commission du droit international*, 1966, vol. 2, New York, NU, à la p. 240 (Doc. A/CN.4/SER.A/1966/Add.1).

⁹⁹ Voir l'affaire *CE – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques (Plainte des États-Unis)* (2006), OMC Doc. WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R au para. 7.69 (Rapport du Groupe spécial) [*CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*].

¹⁰⁰ *Ibid.*, au para. 7.70.

B. L'article 31.3c), révélateur des aspirations antagonistes de la démarche interprétative?

L'invocation de l'article 31.3c) dans le cadre de la procédure de règlement des différends a soulevé certaines interrogations qui ont mis en lumière les difficultés qui président à son application et les tensions persistantes entre deux aspirations *a priori* antagonistes, à savoir la préservation du système commercial et la volonté d'intégrer le droit de l'OMC dans le droit international.

Tout d'abord, l'obligation de prendre en compte les règles pertinentes ne paraît pas limitée temporellement, à savoir uniquement à celles qui existaient au moment de la conclusion des dispositions objet de l'interprétation¹⁰¹. Il peut donc logiquement s'agir des règles applicables entre les parties à cette époque ou de celles qui sont nées par la suite, ouvrant en ce sens la voie à une interprétation tenant compte du développement du droit international.

L'article renvoie ensuite à « toute règle [...] de droit international », sans en limiter la source formelle. Pour le Groupe spécial établi dans l'affaire *OGM*, il peut tout aussi bien s'agir d'une règle d'origine conventionnelle que d'une règle d'origine coutumière, voire même d'un principe général de droit international¹⁰². Ceci avait d'ailleurs été établi par l'Organe d'appel dans l'affaire *Crevettes* à propos du principe de bonne foi¹⁰³.

Enfin, il faut que cette règle soit non seulement « pertinente », mais qu'elle soit également « applicable dans les relations entre les parties ». La pertinence de la règle invoquée devrait être « déterminée en fonction du type et de la nature de l'obligation OMC en question »¹⁰⁴. À ce titre, la règle devrait présenter un lien suffisant avec la disposition des accords de l'OMC soumise à interprétation¹⁰⁵. L'interprète ne devrait donc évaluer *in concreto* la pertinence de la règle invoquée et la disposition de l'OMC en cause « que dans la mesure où cela est nécessaire pour interpréter »¹⁰⁶.

La détermination des parties au sens de l'article 31.3c) constitue en revanche un point particulièrement délicat. Que faut-il entendre par « parties »? Vise-t-on, dans

¹⁰¹ Dans la même perspective, il n'est pas possible de soutenir que la règle impose de prendre en compte uniquement les règles pertinentes qui se sont développées au cours de l'application du traité à interpréter. Voir Joost Pauwelyn, « The Nature of WTO Obligations », en ligne : The Jean Monnet Center for International and Regional Economic Law & Justice <<http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/02/020101.html>>.

¹⁰² « Textuellement, cette référence semble suffisamment large pour englober toutes les sources de droit international public généralement acceptées, c'est-à-dire i) les conventions internationales (traités), ii) la coutume internationale (droit international coutumier) et iii) les principes généraux de droit reconnus. » Voir l'affaire *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*, *supra* note 99 au para. 7.67.

¹⁰³ Voir l'affaire *États-Unis – Crevettes*, *supra* note 12 au para. 158.

¹⁰⁴ Voir Gabrielle Marceau, « WTO Dispute Settlement and Human Rights » (2002) 13 E.J.I.L. 782.

¹⁰⁵ C'est précisément ce qui ressort de l'affaire *Corée – Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée* (2001), OMC Doc. WT/DS161/R, WT/DS169/R au para. 539 (Rapport du Groupe spécial).

¹⁰⁶ Voir l'affaire *CE – Bananes III*, *supra* note 69 au para. 162.

le cadre de l'OMC, uniquement les Membres parties à un différend ou tous les Membres de l'OMC, sans exception?

Force est de constater tout d'abord que l'article 31.3c) ne fait pas référence à « une ou plusieurs parties » – à la différence d'ailleurs de l'article 31.2.b) –, pas plus qu'il ne vise toute « partie à un différend » – à la différence cette fois de l'article 66 de la *Convention de Vienne*¹⁰⁷. Dans une affaire *Thon mexicain II* rendue sous l'empire de l'ancien GATT¹⁰⁸, le Groupe spécial avait refusé d'interpréter les dispositions de l'article XXg) au regard de la *Convention sur le commerce international des espèces de faune et flore sauvages menacées d'extinction (Convention CITES)*¹⁰⁹. Cet accord, signé par quelques Parties contractantes uniquement, n'a pas été considéré comme applicable « dans les relations entre les parties »¹¹⁰. Bien que la décision ne fût pas adoptée, elle laissait penser que les règles doivent lier toutes les parties au GATT, sans exception, pour pouvoir être prises en compte.

Plus récemment, dans l'affaire des *OGM*, le Groupe spécial a eu à interpréter certaines dispositions de l'*Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires (Accord SPS)*¹¹¹. Les Communautés européennes, visées par une plainte du Canada, des États-Unis et de l'Argentine concernant le moratoire général imposé depuis 1998 sur les demandes d'approbation pour des produits biotechnologiques et les mesures de sauvegardes adoptées par certains pays membres, avaient invoqué la *Convention de 1992 sur la diversité biologique*¹¹² et son *Protocole* conclu à Carthagène et relatif à la biosécurité¹¹³, pour justifier ces mesures. Pour les Communautés européennes, ce Protocole autorisait les États parties à adopter des mesures fondées sur le principe de précaution compte tenu de l'incertitude scientifique qui demeure quant à ces produits. Le Groupe spécial a donc été amené à s'interroger s'il devait prendre en compte, en tant que « règles pertinentes », ces différentes conventions pour interpréter les dispositions de l'*Accord SPS* (notamment les articles 2:2, 5:1, 5:7 et 8).

¹⁰⁷ En revanche, l'article 66 de la *Convention de Vienne*, qui porte sur les procédures de règlement judiciaire, d'arbitrage et de conciliation, fait référence à toute « partie à un différend ». Nous notons que l'absence de référence à toute « partie à un différend » à l'article 31 n'est pas surprenante étant donné que l'article 31 ne vise pas à énoncer des règles d'interprétation qui sont applicables uniquement dans le contexte de procédures (quasi) judiciaires internationales.

¹⁰⁸ Voir l'affaire *États-Unis – Restrictions aux importations de thon mexicain* (1994), OMC Doc. DS29/R, 33 I.L.M à la p. 936 (Rapport du Groupe spécial non adopté) [*États-Unis – Thon mexicain*].

¹⁰⁹ *Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction*, 3 mars 1973, 933 R.T.N.U. 243 (entrée en vigueur : 1^{er} juillet 1975).

¹¹⁰ Voir l'affaire *États-Unis – Thon mexicain*, *supra* note 108 au para. 5.19 : « *the agreements cited by the parties to the dispute were bilateral or plurilateral agreements that were not concluded among the contracting parties to the General Agreement, and that they did not apply to the interpretation of the General Agreement or the application of its provisions* ».

¹¹¹ *Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires, Annexe IA de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 14 avril 1994, 1867 R.T.N.U. 508 [*Accord SPS*].

¹¹² *Convention sur la diversité biologique*, 5 juin 1992, 1760 R.T.N.U. 79, R.T. Can. 1993 n° 24 (entrée en vigueur : 29 décembre 1993).

¹¹³ *Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique*, 29 janvier 2000, 39 I.L.M. 1027 (entrée en vigueur : 11 novembre 2003).

Le problème résidait ici dans le fait que la *Convention sur la diversité biologique* ne liait que les Communautés européennes¹¹⁴ et que le *Protocole sur la biosécurité* avait été seulement signé par les Communautés européennes, l'Argentine et le Canada. Le Groupe spécial a estimé que

les règles de droit international applicables dans les relations entre « les parties » sont les règles de droit international applicables dans les relations entre les États qui ont consenti à être liés par le traité qui est interprété, et à l'égard desquels ce traité est en vigueur. Cette compréhension de l'expression "les parties" amène logiquement à penser que les règles de droit international dont il faut tenir compte pour interpréter les Accords de l'OMC en cause en l'espèce sont celles qui sont applicables dans les relations entre les Membres de l'OMC.¹¹⁵

À la lumière de cette position, il est *a fortiori* impossible de tenir compte des règles de droit international qui ne lient pas toutes les parties au différend, comme c'était le cas dans la présente espèce¹¹⁶.

Une telle position reste cependant critiquable, en particulier au regard de la fonction assignée à l'article 31.3c). L'approche retenue conduit en effet à réduire la portée de cette disposition en limitant considérablement le nombre de règles extérieures qui peuvent être utilisées aux fins d'interprétation. Alors que peu de règles conventionnelles lient l'ensemble des membres de l'OMC, seuls les principes généraux du droit international et les règles coutumières qui lient l'ensemble des États – et qui n'y ont pas objecté de manière persistante – pourraient trouver application. Il en résulte qu'un faible nombre de dispositions peut potentiellement être pris en compte, au point de se demander si l'interprétation de l'article 31.3c) qui a été donnée ne risque pas, de manière paradoxale, d'isoler cliniquement le droit de l'OMC du reste du droit international¹¹⁷. Le Professeur Martti Koskeniemi précisait à propos de cette affaire, dans son rapport à la Commission du droit international sur la fragmentation du droit international, que cette

affirmation rend pratiquement impossible de jamais trouver un contexte multilatéral où il serait permis de faire référence à d'autres traités internationaux pour faciliter l'interprétation en vertu du paragraphe 3c) de l'article 31. Le Groupe spécial assure ce qu'il appelle la « cohérence » de son interprétation du traité de l'OMC au prix de la cohérence du régime des traités internationaux dans son ensemble. Il cherche à atténuer cette conséquence en acceptant que d'autres traités puissent néanmoins être pris en compte comme faits permettant d'éclaircir le sens ordinaire de certains termes du traité pertinent de l'OMC, ce qui est naturellement toujours

¹¹⁴ Les États-Unis l'avaient signée en 1993, mais pas ratifiée.

¹¹⁵ Voir l'affaire *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*, *supra* note 99 au para. 7.68.

¹¹⁶ Le Groupe spécial préconisait alors de prendre en compte les traités extérieurs à l'OMC comme des faits permettant d'éclaircir le sens ordinaire de certains termes du traité pertinent de l'OMC, ce qui est différent des prescriptions de la *Convention de Vienne*, *supra* note 26 à l'art. 31.3c).

¹¹⁷ Voir Marceau, *supra* note 104 aux pp. 781-82.

possible et, comme on l'a fait observer plus haut, s'est déjà fait dans le passé. Mais tenir compte d'« autres traités » pour prouver le « sens ordinaire » des termes d'un traité semble être un moyen plutôt emberlificoté d'empêcher l'isolement clinique contre lequel l'Organe d'appel mettait en garde.¹¹⁸

Il est toutefois vrai que pour l'heure, l'Organe d'appel ne s'est pas véritablement penché sur la question, et les conclusions adoptées par le Groupe spécial dans l'affaire *OGM* ne lient que les parties à ce différend. Peut-être l'Organe d'appel adopterait-il une autre position afin de garantir l'absence d'isolement clinique du droit de l'OMC... L'interprétation pourrait par exemple prendre en compte toutes les règles de droit international qui reflètent une « intention commune » de la part de tous les membres, que ces Membres les aient acceptées explicitement ou qu'ils les tolèrent implicitement¹¹⁹. Dans l'affaire des *Crevettes*, l'Organe d'appel, bien qu'il n'a pas pris appui sur l'article 31.3c), s'est référé aux « préoccupations actuelles de la communauté des nations en matière de protection et de conservation de l'environnement »¹²⁰, préoccupations traduites dans des règles acceptées explicitement par certains, implicitement par d'autres. Le silence – et non l'opposition – de certains Membres sur ces règles traduirait ainsi des intentions communes, et n'empêcherait pas qu'elles soient prises en compte pour l'interprétation des dispositions OMC.

* * *

À la lumière de la pratique développée dans le cadre de l'OMC, force est de reconnaître que les groupes spéciaux et l'Organe d'appel se sont véritablement – et efficacement – emparés de l'interprétation des accords, dans le triple souci d'assurer la clarification des dispositions, de sauvegarder la cohérence et l'équilibre des droits négociés, tout en enracinant le droit de l'Organisation dans le droit international général.

Bien entendu, les positions adoptées par ces organes ne sont nullement figées. Il suffit de conserver à l'esprit les fréquentes contradictions qui existent entre les interprétations développées par les groupes spéciaux et celles retenues, en définitive, par l'Organe d'appel. De même, les groupes spéciaux et l'Organe d'appel ne cessent d'affiner leur interprétation au fil des cas dont ils ont à connaître – comme l'affaire *Crevettes* l'a par exemple révélé à propos du test de nécessité de l'article XX du GATT – si bien que la préservation de la cohérence de l'ensemble OMC ne ferme pas la porte à une évolution de l'interprétation.

¹¹⁸ Voir le Rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international, *Rapport sur la Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Doc. off. CDI NU, 58^e sess., A/CN.4/L.682 (2006).

¹¹⁹ Voir Joost Pauwelyn, *supra* note 95 au pp. 575-76.

¹²⁰ Voir l'affaire *États-Unis – Crevettes*, *supra* note 12 au para. 129.

En définitive, la mise en œuvre de la triple fonction de la démarche interprétative s'avère souvent délicate; l'interprète est amené à trouver un subtil équilibre afin de concilier ces différentes fonctions et aspirations : il en va, en réalité, de la prévisibilité, de la cohérence et surtout, de la légitimité du système commercial multilatéral.