

**L'ORGANE D'APPEL DE L'O.M.C. (*) :
UNE INSTITUTION ORIGINALE
INVESTIE D'UNE MISSION
CONSTITUTIONNELLE ET NORMATIVE
(OU DE LA STRUCTURATION D'UN DROIT
INTERNATIONAL DE LA CONCURRENCE)**

PAR

Minoarison Johary ANDRIANARIVONY

DOCTEUR EN DROIT

ADMIS AU TABLEAU DES PANELISTES DE L'O.M.C.
AVOCAT AU BARREAU DE PARIS

SOMMAIRE

INTRODUCTION

CHAPITRE I^{er}. UNE INSTITUTION ORIGINALE

SECTION 1^{re}. *L'instance plénière n'est pas l'instance de jugement*

SECTION 2. *Une mission spécifique : réformation ou cassation ?*

SECTION 3. *Un déroulement procédural quasi-juridictionnel*

SECTION 4. *L'adoption des rapports de l'Organe d'appel : un phénomène inédit*

SECTION 5. *Le style des rapports : mi-figue mi-raisin*

CHAPITRE II. UNE ALLURE JURIDICTIONNELLE AVÉRÉE

SECTION 1^{re}. *Le rôle « constitutionnel » de l'Organe d'appel*

SECTION 2. *Le rôle normatif de l'Organe d'appel*

CONCLUSION

(*) Cet article est un extrait — revu, corrigé et enrichi — de la Thèse de doctorat en droit intitulée *L'émergence progressive d'une juridiction internationale des échanges : contribution à l'étude du système de règlement des différends au sein de l'Organisation Mondiale du Commerce*, Université de La Réunion, année 1998.

Mes remerciements aux Professeurs Xavier PHILIPPE (Universités d'Aix-Marseille III et de Western Cape) et Valérie LE BIHAN-GOESEL (Université de La Réunion) ainsi qu'à M^{me} Gabrielle MARCEAU (Membre de la Division des Affaires juridiques du Secrétariat de l'O.M.C.) pour leurs conseils.

L'introduction d'un mécanisme de réexamen des rapports de *panel* par un Organe permanent d'appel constitue l'une des nouveautés les plus spectaculaires de la réforme du système de règlement des différends hérité du G.A.T.T., et cela au moins pour deux raisons fondamentales.

D'une part, l'appel tel qu'il existe dans les contentieux nationaux fait défaut en droit international public. Rappelons que cette voie de recours ordinaire par laquelle une partie qui a succombé en première instance demande à la juridiction hiérarchiquement supérieure de juger l'affaire une seconde fois, et de réformer la décision entreprise (elle est, dit-on, une voie de réformation) trouve sa justification dans la règle du double degré de juridiction. Etant donné qu'aucune hiérarchie de juridictions n'existe dans l'ordre juridique international — les juridictions étant isolées les unes des autres —, il est par conséquent logique qu'une telle voie de recours y soit étrangère. Si bien que là où le besoin de garantir une certaine rectitude juridique s'est fait sentir, seule l'institution d'un succédané de voie de réformation fut possible (1).

D'autre part, il peut paraître surprenant qu'une procédure d'appel soit greffée sur un mécanisme *a priori* non juridictionnel. En effet, l'appel porte, non pas sur une décision, mais sur une proposition de conciliation émanant d'un *panel* — une instance par essence non juridictionnelle (2).

En réalité, la raison d'être de cette nouveauté réside dans le rôle quasi-déci-soire exercé désormais par le groupe spécial. En effet, l'application de la nouvelle règle du « consensus négatif » confère au rapport de *panel* une sorte d'autorité proche de l'autorité de la chose jugée. D'après cette règle, l'adoption du rapport devient quasi-automatique dans les soixante jours suivant sa distribution sauf si l'O.R.D. décide par consensus de bloquer cette adoption (article 16 § 4). Pratiquement, le fait que la partie plaignante souhaite l'adoption suffit pour écarter toute possibilité d'un « consensus négatif ». La soupape de sécurité observée sous l'empire du G.A.T.T. a donc sauté au sein de l'O.M.C.

(1) Il en fut ainsi, par exemple, de l'introduction d'une « quasi-voie de recours » contre les décisions du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du travail et celui des Nations Unies. Ces décisions peuvent être portées pour *avis* devant la C.I.J., dont la délibération consultative possède, dans ce cas, une force obligatoire — ce qui revient à la mise en place indirecte d'une voie de réformation.

(2) Etymologiquement, le terme *panel* n'évoque pas un aspect contentieux. D'après *Le Grand Larousse universel*, *panel* se réfère à un échantillon permanent de personnes constitué en vue d'apprécier, par interrogations successives à intervalles réguliers, l'évolution d'attitudes et d'opinions. La deuxième signification du terme, toujours selon *Le Grand Larousse universel*, se réfère à une réunion informelle de spécialistes, de cadres, etc., pour discuter d'un problème en présence d'observateurs, d'auditeurs qui ne peuvent participer à la discussion. Suivant le même dictionnaire, *paneliste* se réfère à la personne qui participe à un *panel*.

Dans le cadre du GATT/O.M.C., un *panel* (ou groupe spécial en français) est un organe composé de trois personnes (ci-après les *panelistes*) choisies parmi une liste d'experts en commerce international, qui est chargé d'instruire un litige et de concilier les parties en leur proposant une solution. A l'inverse de ce qui se passe dans une juridiction internationale, les *panelistes* ne tranchent donc pas un litige. Leur rôle s'arrête, en principe, à la préparation de la décision; le pouvoir de décision revient à une instance politique, l'Organe de règlement des différends (ORD).

Nul doute que pareil système, à l'aspect juridictionnel, ne coule pas de source pour des sujets de droit particulièrement insoumis — les États. Pour faire passer la pilule, la voie de réformation utilisée en droit interne a été transposée, moyennant quelques aménagements, dans le cadre de l'O.M.C. Les parties en litige, qu'elle soit perdante ou victorieuse, peuvent faire rejuger par l'Organe d'appel le raisonnement juridique effectué en première instance par le groupe spécial. Ce réexamen a un effet suspensif de la force quasi-obligatoire qui s'attache normalement au rapport de *panel*.

Déjà à ce stade de la présentation, l'originalité de l'Organe d'appel par rapport aux Cours nationales d'appel saute aux yeux. Plusieurs autres paramètres viennent renforcer cette impression : son statut, sa mission spécifique, ses procédures de travail ainsi que l'autorité juridique de ses rapports. (Chap. 1^{er}) Il n'en reste pas moins que l'analyse de ceux-ci met en évidence son allure incontestablement juridictionnelle (Chap. 2). Il y sera surtout question de la mission « constitutionnelle » et normative des « juges » de Genève, cette dernière contribuant manifestement à la structuration d'un « droit jurisprudentiel de la concurrence », lequel est curieusement assez proche du droit communautaire à tel point qu'une analyse comparative avec ce dernier s'avère incontournable.

CHAPITRE I^{er}. — UNE INSTITUTION ORIGINALE

L'Organe permanent d'appel de l'O.M.C. présente plusieurs traits particuliers. D'une part, l'organe de « jugement » n'est en fait qu'une chambre restreinte de l'instance plénière. D'autre part, il ne s'agit pas de faire rejuger l'ensemble du litige comme le ferait un juge d'appel : le pourvoi est limité aux questions de droit. Enfin, il appartient toujours à l'organe politique (l'O.R.D.) d'adopter son « verdict » final.

SECTION 1^{re}. — *L'instance plénière n'est pas l'instance de jugement*

Aux termes de l'article 17 § 1^{er} du *Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends* (ci-après *Mémorandum d'accord*), l'Organe d'appel est composé de sept personnes représentatives de la composition de l'O.M.C. (3). Elles sont désignés par

(3) Il s'agit respectivement de M. James BACCHUS (Etats-Unis), M. Christopher BEEBY (Nouvelle-Zélande), M. Claus-Dieter EHLERMANN (Allemagne), M. Said EL-NAGGAR (Egypte), M. Florentino FELICIANO (Philippines), M. Julio LACARTE-MURO (Uruguay) et M. Mitsuo MATSUSHITA (Japon). Ces personnes, dont la moyenne d'âge est de 69 ans, ont été choisies sur une liste de 32 candidats originaires de 23 pays et en fonction notamment de leur expérience. Source : O.M.C., *PRESS/32* du 29 novembre 1995.

l'O.R.D. pour un mandat de quatre ans renouvelable une fois (article 17 § 2) (4).

Les membres de l'Organe d'appel doivent exercer leur mission dans une totale indépendance et une entière disponibilité (article 17 § 3). Pour ce faire, l'Organe d'appel est doté d'un Secrétariat distinct de celui de l'O.M.C. En outre, ils doivent agir en toute impartialité. A cet égard et à l'instar des panelistes, ils sont assujettis au respect des règles déontologiques adoptées par l'O.R.D. le 3 décembre 1996. Ces règles obligent les « juges » de Genève à dévoiler tout renseignement susceptible de créer des conflits d'intérêts (directs ou indirects), et donnent aux parties la possibilité d'intenter une procédure de *récusation*.

A la différence des panelistes, les membres de l'Organe d'appel doivent cependant posséder une expérience confirmée en droit.

Pratiquement, une section composée de trois membres a « *le plein pouvoir et la pleine liberté* » pour connaître d'un appel (art. 4 § 4 des Procédures de travail...) (5). Les membres de la section sont choisis par roulement, et ce indépendamment de leur nationalité (art. 6 § 1^{er} des mêmes procédures). Sur ce point, la solution retenue est à l'inverse de celle applicable aux membres des groupes spéciaux.

L'Organe d'appel est dirigé par un Président élu par ses pairs pour un mandat de douze mois. Il est chargé de la direction générale des activités de l'instance d'appel. A ce titre, il supervise le fonctionnement interne de l'Organe d'appel et exerce éventuellement toute autre attribution que les membres pourront lui confier.

Il appartient toutefois au Président de chaque section de coordonner la conduite générale de la procédure d'appel. Elu par les membres de la section, il préside toutes les séances et les réunions se rapportant à cet appel et coordonne la rédaction du rapport final.

En somme, l'existence d'une instance d'appel permanente et indépendante dont la composition bénéficie d'une certaine stabilité peut favoriser l'émergence d'une véritable jurisprudence. Toutefois, le mécanisme d'appel ainsi institué semble présenter un défaut. En effet, comment assurer l'uniformité et la cohérence de la jurisprudence rendue au cas par cas par différentes sections? On peut craindre notamment qu'il y ait des décisions divergentes sur des cas similaires suivant les sections saisies.

(4) D'après le texte, « *les mandats de trois personnes tirées au sort parmi les sept membres désignées immédiatement après l'entrée en vigueur de l'Accord sur l'O.M.C. arriveront à expiration après deux ans (c'est-à-dire donc le 1^{er} janvier 1997). Dès qu'ils deviendront vacants, les postes seront repourvus. (...)* » (art. 17 § 2). Or, jusqu'à ce jour, aucun changement n'est intervenu; tous les membres de l'Organe d'appel continuent à exercer leurs fonctions en vertu d'une décision prise par l'ORD, le 25 juin 1997, de reconduire jusqu'à son terme normal (*i.e.* 4 ans) le mandat des trois personnes concernées (à savoir MM. C.-D. EHLERMANN, F. FELICIANO et J. LACARTE-MURO). Source : WT/DSB/M/35 du 18 juillet 1997.

(5) WT/AB/WP/1 du 15 janvier 1996.

Ce problème, loin s'en faut, n'est pas propre à l'O.M.C. ; on peut le rencontrer dans tout organe structuré de la même façon. Toutefois, il pose en fait la question de la collégialité de l'instance d'appel, laquelle a été résolue, de façon imparfaite, par le texte régissant les procédures de travail. Ce texte dispose que l'Organe d'appel se réunit périodiquement pour examiner les questions de politique, de pratique et de procédure (article 4 § 1^{er}). Cette solution ne saurait suffire pour assurer un minimum d'uniformité et de cohérence jurisprudentielles. Il faudrait prévoir que le collège des sept juges soit compétent pour connaître de certains litiges, notamment ceux qui soulèvent une question de droit nouvelle présentant une difficulté sérieuse. Mais pour ce faire, il faudrait peut-être prévoir que les membres de l'Organe d'appel travaillent à plein temps.

SECTION 2. — *Une mission spécifique : réformation ou cassation ?*

L'Organe d'appel connaîtra des appels concernant les affaires soumises à des groupes spéciaux (article 17 § 1^{er}). L'effet dévolutif ne peut donc aller au-delà des questions litigieuses soumises aux panelistes. On le comprend facilement : l'appel consiste normalement à faire juger une seconde fois ce qui a été jugé en première instance ; dès lors, toute demande nouvelle constituerait en réalité une demande soumise pour la première fois au second juge.

L'Organe d'appel présente néanmoins quelques caractéristiques qui lui sont propres.

1. — L'action en appel n'est pas réservée uniquement à la partie qui a succombé en première instance. De même, la partie qui prend l'initiative d'attaquer le rapport de *panel* (l'appelant) peut en même temps soumettre des communications en tant qu'intimé, et *vice versa*. En donnant aux parties en litige (tant victorieuse que perdante) une marge de manœuvre suffisante pour contester le raisonnement juridique des panelistes, le mécanisme d'appel de l'O.M.C. a pour mission fondamentale de veiller à l'application régulière du droit (*due process*).

2. — L'examen en appel fait également participer les tierces parties. Celles qui ont un intérêt substantiel dans l'affaire pourront, en effet, présenter des communications écrites et auront la possibilité de se faire entendre. En clair, le mécanisme d'appel ainsi organisé présente, par ailleurs, des éléments de tierce-opposition. Pour comprendre l'utilité de cette combinaison, il faut souligner que les mécanismes de règlement de l'O.M.C. tendant principalement à préserver l'équilibre des intérêts négociés entre les parties contractantes, la relativité de la chose jugée ne protège pas nécessairement les tierces parties contre les incidences indirectes des « jugements » en appel. C'est pourquoi, il leur a été reconnu la possibilité d'échapper à

leurs conséquences ou au moins de les atténuer, en faisant valoir leurs propres droits.

3. — Surtout, il est précisé que « *l'appel sera limité aux questions de droit couvertes par le rapport du groupe spécial et aux interprétations du droit donné par celui-ci.* » (art. 17 § 6) En d'autres termes, les constatations de fait contenues dans le rapport initial ne peuvent en principe être modifiées.

Dès lors que la possibilité d'un réexamen total de l'affaire est exclue et que seule une expertise juridique est prévue, le Mémoire d'accord semble faire jouer à l'Organe d'appel le rôle d'un juge de cassation, à cette différence près que l'affaire ne sera plus renvoyée devant un nouveau groupe spécial. En effet, l'Organe d'appel, après avoir dit qu'il y a erreur en droit et contrairement à une Cour de cassation, peut le cas échéant trancher lui-même le litige au regard d'une nouvelle interprétation des éléments de droit.

Le mécanisme d'appel semble ainsi répondre à la définition d'un pourvoi en cassation; toutefois l'issue de la procédure par le prononcé d'un « verdict » définitif semble confirmer son caractère de juridiction de second degré.

Ce jugement doit toutefois être relativisé dans la mesure où en droit anglo-saxon, l'appel est dans la plupart des cas un recours en cassation : les Cours d'appel ne sont pas un second degré de juridiction, elles jugent de la bonne application du droit. Et même en France, le juge de cassation tranche parfois le litige (6). Un tel mécanisme existe également en droit communautaire : la Cour de justice est juge de réformation des points de droit tranchés par le Tribunal de première instance, et peut statuer elle-même définitivement sur le litige lorsque celui-ci est en état d'être jugé.

Reste que ce mécanisme de réexamen en appel peut sembler curieux en ce sens qu'il n'est pas toujours aisé, y compris dans le domaine du commerce international (7), de tracer une frontière nette entre les questions de fait et les questions de droit (8). Cela explique notamment qu'il soit généralement admis que le contrôle exercé par une juridiction de cassation ne signifie pas que sa mission se borne rigoureusement à veiller à ce que les juges donnent au texte son sens exact. Le contrôle est sensiblement plus large et porte sur l'application de ce texte; ce qui implique qu'il s'étende en réalité à la qualification des faits, c'est-à-dire au contrôle de la nature des faits susceptibles de justifier une prétention. La nature des faits que saisit la règle juridique devient alors une question de droit.

(6) Cette solution (cassation sans renvoi), qui reste relativement rare, est prévue par l'article 627 du Nouveau Code de procédure civile et l'article L. 131-5 du Code de l'organisation judiciaire pour la Cour de cassation, et par la loi du 31 décembre 1987 pour le Conseil d'Etat.

(7) Cf. Thiébaud FLORY, « Commerce international », *A.F.D.I.* 1993, p. 759.

(8) Pour aller plus loin, cf. M. VIRALLY, *La pensée juridique*, éd. L.G.D.J., 1960, pp. 11 et suiv.; G. MARTY, *La distinction du fait et du droit*, Thèse Toulouse, 1929.

Pour bien saisir la subtilité de la distinction, il convient de préciser qu'il y a entre le droit et les faits (*i.e.* des événements, des circonstances matérielles particulières qu'invoquent les parties à l'appui de leurs prétentions juridiques) un double rapport. D'une part, il y a un rapport de création : le droit naît, au moins en partie, des faits. D'autre part, il y a un rapport d'application : le droit se réalise dans les faits. La mission du juge consiste notamment à appliquer aux faits les règles de droit qui les régissent. Il doit donc rechercher comment on peut passer d'une situation de fait déterminée à la règle de droit ou, inversement, de la règle de droit à des situations de fait qui lui sont soumises. Il y a là un constant va-et-vient du droit au fait, les faits ayant vocation à être régis par le droit et le droit étant destiné à régir les faits. Cela explique que le droit et les faits soient constamment confondus.

Dans le domaine particulier du commerce international, M. F. Roessler semble ne pas partager cette position doctrinale dominante. En affirmant « *qu'en pratique, les faits ne jouent pas un grand rôle* » car même un *panel* se borne « *normalement (...) (à) examiner(r) les réglementations officiellement publiées* » (9), il semble vouloir dire que les questions de droit et les questions de fait soient isolées les unes des autres dans l'examen des litiges. On pourrait également en déduire que les groupes spéciaux sont déjà « *juge du droit* » dans la mesure où les questions de fait — peu abordées par les groupes spéciaux — n'ont jamais été déterminantes pour l'issue d'un litige.

Pour autant que cette observation soit (encore) valable dans le cadre de l'O.M.C., la situation peut paraître déconcertante. En effet, il semble que le partage opéré par l'article 17 § 6 se révèle en pratique artificiel.

Un passage du rapport de l'Organe d'appel dans *l'affaire des hormones* (10) vient toutefois clarifier le débat. Appelés à se prononcer sur la question fort délicate de la distinction entre question de fait et question de droit, les « *juges* » de Genève ont précisé, à titre d'exemple, que la question de la crédibilité d'un élément de preuve donné et de l'importance à lui accorder (c'est-à-dire l'appréciation dudit élément de preuve) fait partie intégrante du processus d'établissement des faits. Par conséquent, ils estiment qu'elle relève de la discrétion des panelistes. En revanche, la compatibilité ou l'incompatibilité d'un fait ou d'un ensemble de faits donné avec les prescriptions d'une disposition conventionnelle donnée est, selon eux, une question de qualification juridique, donc une question de droit. L'Organe d'appel en a déduit que la question de savoir si un groupe spécial a procédé ou non à une évaluation objective des faits dont il a été saisi est

(9) Intervention lors du colloque de Nice de la S.F.D.I., *La réorganisation mondiale des échanges*, Pédone, Paris, 1996, p. 321.

(10) Pour un commentaire détaillé de cette affaire, v. *infra*.

également une question de droit et entre ainsi dans le champ de l'examen en appel (11).

SECTION 3. — *Un déroulement procédural
quasi-juridictionnel*

Conformément à l'article 17 § 9 du Mémoire d'accord, l'Organe d'appel adopte lui-même ses procédures de travail. Ces règles sont entrées en vigueur le 15 février 1996 (12). Cependant, une section a le droit d'adopter une procédure spécifique chaque fois qu'un problème de procédure n'est pas prévu par les règles générales. C'est dire le caractère flexible de celles-ci qui pourront, par ailleurs, faire l'objet de modification toutes les fois que besoin se fera sentir. C'est aussi insister sur la compétence prétorienne des sections et sur la nature inquisitoriale de la procédure.

A la lumière de ce texte et des paragraphes 10 et 11 de l'article 17 du Mémoire d'accord, on constate que les caractéristiques de ces règles sont similaires à celles des règles applicables aux groupes spéciaux. En l'occurrence, la procédure est englobée dans des délais stricts, respecte le principe du contradictoire et reste confidentielle.

§ 1^{er}. *Le respect du contradictoire suivant des délais stricts*

L'ensemble de la procédure est englobé dans des délais stricts et relativement courts (art. 20, 21, 22, 23 des Procédures de travail). La durée totale de la procédure d'appel ne devra dépasser soixante jours. Dans des circonstances exceptionnelles, cette durée peut être prolongée de trente jours maximum.

Dans un délai de dix jours après la date de dépôt de la déclaration d'appel, l'appelant doit déposer auprès du Secrétariat une communication écrite et en signifiera une copie aux autres parties en litige et aux tierces parties. Cette communication doit contenir un exposé précis des motifs de l'appel et des dispositions des accords visés ainsi que la nature exacte de la décision demandée. L'intimé peut y répondre, par écrit, dans un délai de 25 jours après la date du dépôt de la déclaration d'appel. Cette réponse doit également contenir un exposé précis des motifs de l'opposition aux allégations de l'appelant et des dispositions des accords visés ainsi que la nature exacte de la décision demandée.

Toute autre partie au différend peut se joindre à l'appel initial ou former un appel sur la base d'autres erreurs alléguées dans les questions de droit couvertes par le rapport du groupe spécial et les interprétations de droit données par celui-ci. Pour ce faire, elles disposent d'un délai de 15 jours

(11) Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS26/AB/R, p. 56.

(12) *Op. cit.*

après la date du dépôt de la déclaration d'appel. Toute partie au différend peut y répondre dans un délai de 25 jours après la date du dépôt de la déclaration d'appel. De même, une tierce partie peut faire connaître son intention de participer à la procédure, et ce dans un délai de 25 jours après la date du dépôt de la déclaration d'appel.

Immédiatement après l'introduction d'un appel, la section établira un plan de travail devant contenir des dates précises pour le dépôt des documents, un calendrier pour l'examen et la date de l'audience (article 26 §§ 1^{er} et 2 des Procédures de travail). Dans tous les cas, la première audience doit se tenir dans les 30 jours après la date du dépôt de la déclaration d'appel.

A tout moment de la procédure, la section peut poser des questions oralement ou par écrit ou demander des mémoires additionnels à tout participant ou participant tiers. L'organe d'appel doit indiquer les délais dans lesquels les réponses ou mémoires écrits devront être reçus.

§ 2. Le caractère confidentiel des travaux

L'article 17 § 10 du Mémoire d'accord prévoit que les travaux de l'Organe d'appel sont confidentiels. De plus, les avis exprimés dans le rapport de l'Organe d'appel revêtent un caractère anonyme. Enfin, aucune communication *ex parte* avec l'Organe d'appel sur les questions faisant l'objet d'appel n'est permise tant que le rapport final n'aura pas été mis en distribution générale (article 18 § 1^{er} du MA).

Le principe de confidentialité est toutefois tempéré par l'obligation de tenir les communications écrites à la disposition des parties en litige, et par la faculté qu'ont celles-ci de communiquer leurs propres positions au public (article 18 § 2 du MA). D'après M. Yves Renouf, ces dispositions pourraient réduire à néant l'efficacité recherchée en ce sens que la publicité des positions respectives des parties en litige pourrait être une porte ouverte à la politisation de l'affaire, retardant ainsi la recherche d'une solution acceptable (13). De même, la publicité des débats ou des arguments des parties pourrait nuire aux intérêts de l'une des parties (14).

Cependant d'un autre côté, cette atténuation du principe de confidentialité s'avère conforme à l'allure juridictionnelle du règlement. L'idée de transparence contribue à la réalisation des principes de « l'égalité des parties » et du « respect des droits de la défense ». De même, elle participe à la rationalité recherchée et introduit un aspect démocratique au fonctionnement du système, souvent critiqué justement à cause de son allure par trop

(13) Cf. Y. RENOUF, « Le règlement des litiges », in Thiébault FLORY (sous la dir.), *La communauté européenne et le GATT — Evaluation des accords du cycle d'Uruguay*, éd. Apogée, Rennes 1995 (170 p.), p. 55.

(14) *Ibid.*

technocratique. S'il est vrai que la recherche d'une solution acceptable constitue la finalité première du règlement, le souci de rationalité et de cohérence de celui-ci ne devra pas être minimisé. D'ailleurs, ces deux considérations ne sont pas forcément antinomiques. Les éventuelles réactions extérieures engendrées par la publicité des prétentions respectives des parties pourraient être mises à profit par ces dernières pour peaufiner leurs arguments. Autrement dit, la publicité peut éclairer les parties sur le bien-fondé de leurs thèses. Ainsi, une partie convaincue de sa probable défaite peut être incitée à chercher plus facilement une entente à l'amiable.

SECTION 4. — *L'adoption des rapports de l'Organe d'appel :
un phénomène inédit*

Le rapport établi en appel sera accepté sans condition par les parties au différend « à moins que l'O.R.D. ne décide par consensus de ne pas l'adopter dans les 30 jours suivant sa distribution aux Membres ». Il y a ici application du nouveau procédé du consensus à front renversé. Le système est identique à celui par lequel l'O.R.D. adopte les rapports des groupes spéciaux. Pratiquement, les rapports de l'Organe d'appel ont un effet quasi-automatique.

Le fait que l'Organe d'appel se limite à une expertise juridique témoigne de la nouvelle fonction juridictionnelle qui lui est attribuée. Néanmoins, il appartient toujours à l'organe politique (l'O.R.D.) d'adopter son rapport final. Ce phénomène peut surprendre. En effet, il apparaît curieux qu'un « jugement » rendu par une « autorité judiciaire suprême » (15) n'ait pas l'autorité de la chose jugée et ne soit pas obligatoire *per se* pour les parties en litige. Cette procédure ne serait-elle alors qu'une seconde phase de conciliation ?

Si tel devait être le cas, il est probable qu'elle devienne fréquemment utilisée dans les années à venir, renforçant par là même l'approche traditionnelle de conciliation. La crainte d'une éventuelle remise en cause de la quintessence du règlement des différends du G.A.T.T. ne serait alors pas justifiée (16). Toutefois, dans cette optique, les parties perdantes devant les *panels* pourraient être tentées d'utiliser la procédure d'appel, de façon abusive, pour retarder le règlement du litige.

Un autre élément attestant de l'originalité de l'Organe d'appel a trait au style de ses rapports.

(15) O.M.C., *Press* 37 du 13 décembre 1995.

(16) Cf. E. CANAL-FORGUES, *L'institution de la conciliation dans le cadre du GATT — Contribution à l'étude de la structuration d'un mécanisme de règlement des différends*, Coll. Organisation Internationale et Relations Internationales, éd. Bruylant, Bruxelles, 1993, p. 704.

SECTION 5. — *Le style des rapports : mi-figue mi-raisin*

Alors que la structuration des rapports fait penser à une dissertation et le langage à un avis consultatif, le ton — plus proche de celui des juges — est néanmoins rigoureux, voire condescendant.

A) *Un langage simple*

Simple, tel est l'adjectif qui convient pour qualifier le vocabulaire de l'Organe d'appel. Combien même le droit du commerce international est doublement technique (le droit et la procédure représentant une catégorie de techniques; le commerce international possédant ses propres techniques), l'Organe d'appel a réussi à l'extraire de son hermétisme. Chaque fois qu'il est appelé à utiliser des concepts particuliers, les termes spécifiques qui les désignent sont longuement définis à tel point qu'ils sont rendus facilement intelligibles.

B) *Une syntaxe courante*

Plus proche de la langue écrite courante que du « style du Palais », la syntaxe utilisée par l'Organe d'appel s'explique par la démarche intellectuelle suivie. Le syllogisme qui caractérise le raisonnement juridictionnel y est absent. Les rapports de l'Organe d'appel sont rédigés en employant des motifs *très* développés et argumentés. En réalité, il s'agit d'une dissertation qui est soumise à un plan détaillé, et émaillée de références à des rapports ou décisions judiciaires antérieurs ainsi qu'à des ouvrages de doctrine. Cette présentation, un peu... à l'américaine, diverge avec celle des « Vi-con-dis » (c'est-à-dire les visas, les considérants distinguant la procédure et le fond, et le dispositif divisé en articles) qui caractérise les décisions juridictionnelles qu'on observe généralement dans les pays de la famille romano-germanique.

Ce style présente l'avantage de faciliter la compréhension des rapports. Une décision judiciaire à l'européenne, souvent plus courte et rendue en un style plus concentré, présente l'inconvénient majeur de n'être comprise que par des juristes éprouvés.

Reste cependant que la longueur de certains rapports (plusieurs centaines de pages) frise parfois le ridicule et n'en facilite pas pour autant la lecture en apportant parfois plus de confusion que de précision. Un peu plus de modération contribuerait à renforcer la crédibilité de l'Organe d'appel.

C) *Un ton judiciaire*

C'est ici qu'on peut le plus se faire une idée du rôle exercé par l'Organe d'appel vis-à-vis notamment des groupes spéciaux. Dès le premier rapport,

l'Organe d'appel a donné le « La ». Dans son expertise juridique, il ne s'embarrasse guère des formules utilisées. Ceci revient comme une litanie : « *Le groupe spécial a commis une erreur en interprétant* (telle ou telle disposition de la sorte) », « *il faut l'interpréter* (de telle façon) ». Parfois, le ton est carrément méprisant : tel passage du rapport de *panel* « *n'est pas un modèle de clarté* » (17).

Autre point important : le présent et l'impératif sont fréquemment utilisés. C'est dire que la forme optative ou suggestive (représentée par l'imparfait ou le conditionnel) est étrangère au mode de rédaction des « juges » de Genève.

Enfin, toutes les fois que l'Organe d'appel aborde une question fondamentale, il s'exprime de telle manière qu'il semble vouloir dire que la chose est jugée : « *nous précisons que...* », « *pour la clarté du...* », « *il nous semble évident que...* »...

Le ton de l'Organe d'appel est une chose, mais autre chose est la réaction des groupes spéciaux. A ce propos, la révérence est quasi-totale. Ces quelques passages des rapports de *panel* dans leur version originale (l'anglais est l'unique langue de travail des *panels* et de l'Organe d'appel) l'illustrent parfaitement : « *The Panel recalled in this respect the conclusions of the Appellate Body in its report on United States-Standard for Reformulated and Conventional Gasoline where it stated that 'an interpreter is not free to adopt a reading that would result in reducing whole clauses or paragraphs of a treaty to redundancy or inutility'* » (18); « *We note that the Appellate Body has made clear... The Appellate Body also concluded that...* » (19).

En somme, le jugement final est mitigé. Tandis que le langage et la syntaxe utilisés par l'Organe d'appel pourraient enlever un argument de poids à la thèse qui soutient le caractère juridictionnel de sa fonction, son rigorisme combiné avec la révérence des panelistes font apparaître une véritable Cour de cassation. En faisant un tri attentif des rapports de *panel* rendus sous l'empire du G.A.T.T., et en portant son examen critique sur les questions de droit tranchées par les *panels* de l'O.M.C., l'Organe d'appel cherche visiblement à réaliser — sans que le précédent ait valeur contraignante — l'unification dans l'interprétation des règles du commerce international.

Il importe à présent de procéder à l'analyse des règles jurisprudentielles, tant formelles que substantielles, dégagées par l'Organe d'appel. A ce propos, celui-ci empreinte une allure incontestablement juridictionnelle. Il est

(17) V. par exemple le Rapport de l'Organe d'appel sur l'affaire des chemises, chemisiers et blouses de laine tissés en provenance d'Inde, WT/DS33/AB/R, p. 14.

(18) C'est nous qui soulignons. V. le Rapport de *panel*, Affaire des boissons alcooliques, WT/DS8/R, WT/DS10/R, WT/DS11/R, § 6.23.

(19) C'est nous qui soulignons. V. le Rapport de *panel*, Affaire des chemises, chemisiers et blouses de laine tissés en provenance d'Inde, WT/DS33/R, § 7.15.

particulièrement frappant de constater qu'il se reconnaît un rôle à la fois « constitutionnel » et normatif.

CHAPITRE II. — UNE ALLURE JURIDICTIONNELLE AVÉRÉE

Comme tout juge, le raisonnement de l'Organe d'appel est bien motivé. En réalité, l'allongement des rapports s'explique par le fait que les « juges » de Genève se considèrent investis d'une mission pédagogique à l'égard des groupes spéciaux. Par conséquent, les standards secrétés par la jurisprudence de l'Organe d'appel participent du souci d'homogénéiser les règles d'interprétation, et partant de jouer un rôle normatif (Section 2).

Le juriste rencontre néanmoins une difficulté sérieuse dès lors qu'il s'agit de trouver dans ces rapports *très* volumineux des questions de procédures ou de compétence. En effet, ils traitent le plus souvent de questions de fond. Reste néanmoins que le traitement des rares questions processuelles atteste également de l'allure juridictionnelle de l'Organe d'appel (Section 1).

Cette étude couvre la période allant du 1^{er} octobre 1996 jusqu'au 1^{er} octobre 1998.

SECTION 1^{re}. — *Le rôle « constitutionnel » de l'Organe d'appel*

Il est notamment manifeste qu'à la différence des autres juridictions, l'Organe d'appel n'a pas de rôle d'auto-évaluation systématique. Pourtant, il est fréquent qu'avant de *juger au fond*, toute juridiction décide de sa propre compétence et de la recevabilité de la requête formée par les parties en litige. Elle s'assure également que les parties ont bien qualité et intérêt pour agir. Or, l'Organe d'appel ne le fait que très rarement et au cas par cas. Ceci paraît d'autant plus curieux que l'on pouvait, avec le nouveau système de juridiction quasi-obligatoire, s'attendre au développement des exceptions préliminaires.

Reste néanmoins que la façon dont les quelques aspects de questions préliminaires a été traitée montre bien l'importance de la fonction « constitutionnelle » de l'Organe d'appel.

§ 1^{er}. *Le traitement des questions processuelles*

A l'instar d'autres juridictions, l'Organe d'appel a eu recours à des principes généraux de procédure, et tente d'en imposer le respect. Il est vrai que la particularité de l'ordre juridique de l'O.M.C., plus soucieux par des consi-

dérations économiques que par des principes juridiques *per se*, influe sur la démarche — quelque peu hésitante — de l'Organe d'appel.

Tirailés entre le souci de perfectionner l'ordre juridique de l'O.M.C. et celui de sauvegarder sa spécificité par rapport aux ordres juridiques existants (international, communautaire et nationaux), les « juges » de Genève tentent de chercher ailleurs que dans les textes fondateurs de l'O.M.C. eux-mêmes des règles de procédure que rend nécessaire la réalisation de leur mission contentieuse.

A) *L'intérêt pour agir*

Cette question a été soulevée pour la première fois dans l'examen de l'*affaire des bananes*. La partie défenderesse (la CE) fit valoir que deux des plaignants (les Etats-Unis et le Mexique) n'auraient aucun intérêt commercial ou potentiel justifiant leurs allégations : les Etats-Unis n'ont jamais exporté de bananes vers la Communauté et le Mexique n'en a exporté que de petites quantités. En s'appuyant sur l'adage « point d'intérêt, point d'action », elle demanda au Groupe spécial puis à l'Organe d'appel de décider *in limine litis* qu'ils ne statueraient pas sur les questions soulevées en ce qui concernait les Etats-Unis et le Mexique.

Tant le Groupe spécial que l'Organe d'appel ont rejeté cette demande européenne. Les panelistes notèrent que le Mémoire d'accord ne prescrivait aucunement qu'un Membre devait avoir un intérêt juridique pour pouvoir demander l'établissement d'un groupe spécial (20). Ils rappelèrent que « les règles du G.A.T.T. ont toujours été interprétées comme protégeant les 'possibilités de concurrence' par opposition aux courants d'échanges effectifs » (21). En s'appuyant sur l'arrêt rendu par la C.P.J.I. dans l'*Affaire du Wimbledon* à travers lequel la Cour avait estimé qu'un Etat pouvait présenter une requête relative au Canal de Kiel même si sa flotte ne voulait pas l'utiliser (22), les panelistes furent d'avis que « l'intérêt potentiel d'un Membre (...) suffit (...) pour établir un droit de mener une procédure de règlement des différends dans le cadre de l'O.M.C. » (23). En l'espèce, le Groupe

(20) Voir Rapport du Groupe spécial, *op. cit.*, p. 336.

(21) *Ibid.* Cette vue a été notamment affirmée à travers le rapport du Groupe de travail de 1949 chargé de l'affaire *Taxes intérieures brésiliennes*, GATT/CP.3/42, adopté le 30 juin 1949, II/196, notamment p. 200, § 16; ou le rapport du Groupe spécial chargé de l'affaire *Mesures discriminatoires appliquées par l'Italie à l'importation de machines agricoles*, adopté le 23 octobre 1958, S7/64, p. 67, § 12; ou le rapport du Groupe spécial chargé de l'affaire *Etats-Unis — Article 337 de la loi douanière de 1930*, adopté le 7 novembre 1989, I.B.D.D. S36/386, § 5. 11.

(22) C.P.J.I., 1923, série A, n° 1, p. 20. Le Groupe spécial nota que la Cour a laissé entendre par là que l'intérêt juridique pouvait être fondé sur un intérêt potentiel. *Ibid.*, p. 337, note n° 688.

(23) *Ibid.*, p. 337. Il ajouta que « vu l'interdépendance croissante de l'économie mondiale, qui signifie que des mesures prises dans un pays auront probablement des effets importants sur les courants d'échanges et d'investissement étranger direct dans d'autres, les Membres ont plus que par le passé intérêt à faire respecter les règles de l'O.M.C. car il est probable, plus que jamais, que tout ce

spécial conclut que « *puisque'il est probable que le régime communautaire aura des incidences pour les Etats-Unis, ceux-ci ont intérêt à ce qu'il soit déterminé si le régime communautaire est incompatible avec les prescriptions des règles de l'O.M.C.* » (24).

En se fondant sur les termes de l'article XXIII § 1^{er} de l'Accord général, l'Organe d'appel s'est contenté d'affirmer qu'un membre est considéré comme ayant qualité pour agir dès lors qu'un avantage résultant pour lui directement ou *indirectement* de l'accord se trouve annulé ou compromis.

B) *La charge de la preuve*

Cette question a été soulevée dans le cadre d'une plainte de l'Inde concernant une mesure de sauvegarde transitoire imposée par les Etats-Unis à l'encontre des chemises, chemisiers et blouses de laine tissés en provenance de l'Inde (25).

Rappelons que l'Accord sur les textiles et les vêtements, l'un des accords multilatéraux figurant à l'Annexe 1A de l'Accord sur l'O.M.C., contient des dispositions que les membres de l'O.M.C. doivent appliquer pendant une période transitoire de dix ans qui aboutira à l'intégration du secteur des textiles et des vêtements dans le régime de l'Accord général. Les membres ont reconnu que, pendant cette période transitoire, il pourra être nécessaire « d'appliquer un mécanisme de sauvegarde transitoire spécifique » aux produits textiles et vêtements qui n'auront pas encore été intégrés dans le cadre de l'Accord général. Une mesure de sauvegarde transitoire est une mesure prise par un membre qui établit, pour une certaine période, une mesure de restrictions quantitatives à l'importation de catégories spécifiées de produits en provenance d'un autre membre.

Interrogé par les Etats-Unis, l'Organe de supervision des textiles (l'OSpT) avait conclu que la mesure de sauvegarde transitoire (qui prit effet le 18 avril 1995 pour une durée de un an et fut prorogée par la suite jusqu'au 17 avril 1997) avait été imposée conformément aux exigences de l'A.T.V. En l'occurrence, il a été constaté que « *la menace réelle de préjudice grave avait été démontrée et que (...) cette menace réelle pouvait être attribuée à l'accroissement brusque et substantiel des importations en provenance d'Inde* » (26).

A la demande de l'Inde, l'O.R.D. établit le 17 avril 1996 un Groupe spécial pour examiner la légalité de la mesure en cause. Les panelistes donnèrent gain de cause à la partie indienne en déjouant l'OSpT. Celle-ci décida

qui porte atteinte à l'équilibre négocié de droits et d'obligations aura des conséquences directes ou indirectes pour eux », *ibid.*, p. 336.

(24) *Ibid.*, p. 336.

(25) Voir le rapport dans le document WT/DS33/AB/R en date du 25 avril 1997.

(26) Constatation figurant dans le document G/TMB/R/3, confirmée dans le document G/TMB/R/6.

néanmoins d'interjeter appel. Les passages litigieux du rapport de *panel* se rapportaient, entres autres, à la question de savoir à quelle partie il incombaît de démontrer l'existence d'une infraction aux obligations découlant de l'article 6 de l'A.T.V.

Le Groupe spécial avait conclu que l'Inde étant la partie qui a engagé la procédure de règlement du différend, il lui incombait d'avancer des arguments de fait et de droit en vue d'établir que la restriction décidée par les Etats-Unis était incompatible avec l'article 2 de l'A.T.V. et que leur détermination aux fins de l'adoption d'une mesure de sauvegarde était incompatible avec les dispositions de l'article 6 de l'Accord (27).

L'Inde contesta cette conclusion en alléguant que la question de la charge de la preuve dépendait plutôt de la nature de la disposition invoquée. Prétendant que l'A.T.V. constituait une exception au G.A.T.T. de 1994, l'Inde fit valoir qu'il convenait d'appliquer la pratique bien établie du G.A.T.T. de 1947 selon laquelle la partie qui soulevait l'exception supporterait la charge de la preuve.

Les Etats-Unis affirmèrent *a contrario* qu'il appartenait à la partie plaignante de fournir un commencement de preuve. En outre, ils furent d'avis que le membre de phrase « *devrait être appliqué avec la plus grande modération possible* » figurant à l'article 6 § 1^{er} de l'A.T.V. infirmait l'idée indienne selon laquelle l'article 6 serait une disposition exceptionnelle. D'après eux, ce membre de phrase rappelait plutôt aux Membres de ne pas abuser du droit qu'ils avaient d'imposer des mesures de sauvegarde transitoires temporaires (28).

L'Organe d'appel confirma les constatations du Groupe spécial. Toutefois, il estima que le rapport « *n'est pas un modèle de clarté* » (29). Il a résolu le problème en reprenant tout simplement le critère de la preuve généralement admis dans la plupart des systèmes juridiques et appliqué par les différents tribunaux internationaux dont la C.I.J. : il appartient à la partie qui allègue un fait d'apporter la preuve de sa véracité (*actori incumbit probatio*), et à la partie adverse d'apporter la preuve du contraire. En l'espèce, il décida qu'il appartenait à l'Inde de présenter des éléments de preuve et des arguments juridiques suffisants pour démontrer que la mesure de sauvegarde transitoire prise par les Etats-Unis était incompatible avec les obligations que ceux-ci tenaient des articles 2 et 6 de l'A.T.V. Il incombait ensuite aux Etats-Unis de présenter des preuves et des arguments pour réfuter l'allégation. Ces derniers n'ayant pas été en mesure de le faire, l'Or-

(27) § 7.12 du rapport.

(28) Les Etats-Unis firent remarquer que l'Organe d'appel, dans son rapport sur l'affaire *Etats-Unis — Restrictions à l'importation de vêtements de dessous de coton et de fibres synthétiques ou artificielles*, AB-1996-3, adopté le 25 février 1997, WT/DS24/AB/R, pp. 15 et 16, n'avait interprété l'article 6 de l'A.T.V. ni de façon restrictive, ni au sens large et indiqué que l'expression « avec la plus grande modération possible » ne pouvait être examinée isolément.

(29) Voir Rapport, *op. cit.*, p. 14.

gane d'appel conclut que c'était à bon droit que le Groupe spécial avait constaté que la mesure de sauvegarde transitoire prise par les Etats-Unis était contraire aux dispositions des articles 2 et 6 de l'A.T.V. (30).

Une autre précision mérite d'être signalée. Reconnaisant que plusieurs groupes spéciaux avaient exigé la fourniture de la preuve par une partie invoquant des exceptions comme moyen de défense à l'égard d'une allégation d'infraction à des obligations découlant du G.A.T.T., l'Organe d'appel considéra néanmoins que ces rapports n'étaient pas pertinents en l'espèce car l'article 6 de l'A.T.V. ne constituait pas une exception. Reconnaisant que l'A.T.V. étant certes un arrangement transitoire, il estima néanmoins que le mécanisme de sauvegarde transitoire était une partie fondamentale des droits et obligations des Membres de l'O.M.C.

C) *L'admissibilité de conseillers juridiques aux réunions de l'Organe d'appel*

Par lettre du 9 juillet 1997, le gouvernement de Sainte-Lucie (participant tiers) exposa les raisons justifiant la participation de deux experts juridiques, qui n'étaient pas fonctionnaires à plein temps de Sainte-Lucie, à l'audience de l'Organe d'appel relative à l'examen de l'affaire des bananes. Il avança qu'aucune organisation internationale n'avait le droit de porter atteinte au droit souverain d'un gouvernement de désigner sa délégation ou d'accréditer des non-fonctionnaires en tant que représentants officiels. Le Canada et la Jamaïque ont appuyé cette prétention.

Les parties plaignantes firent valoir que l'O.M.C. n'était pas fondée à changer sa pratique établie en la matière sous peine de modifier radicalement le fondement du système de règlement des différends. Elles soutinrent qu'une telle prétention était également incompatible avec les règles du droit international régissant les relations diplomatiques, en particulier celles qui sont codifiées dans la *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques* (31).

Le 15 juillet 1997, l'Organe d'appel notifia aux participants et aux participants tiers dans le présent appel sa décision d'accéder à la demande de Sainte-Lucie. Il nota qu'aucune disposition conventionnelle de l'O.M.C., ni aucune pratique du G.A.T.T. — traitant de cette question dans le contexte des réunions des groupes spéciaux avec les parties —, ne permettait d'infirmer la prétention de Sainte-Lucie. Il affirma en outre que la représentation par des conseils qualifiés pouvait fort bien revêtir une importance particulière pour les pays en développement, d'autant plus que l'Organe d'appel avait pour mandat de n'examiner que des questions de droit ou des interprétations du droit figurant dans les rapports de *panel*.

(30) Rapport du Groupe spécial, § 8.1.

(31) Signée à Vienne le 16 avril 1961, 500 RTNU 95.

§ 2. La précision de l'étendue du contrôle

L'étendue du contrôle est déterminée tant par la profondeur que l'Organe d'appel entend donner à l'examen des litiges qu'à la façon dont cet examen devrait selon lui se dérouler.

A) L'économie jurisprudentielle

Dans la même *affaire des chemises*, l'Inde alléguait que l'article 11 du Mémoire d'accord permettait à une partie plaignante de prétendre à une constatation sur chacune des allégations qu'elle formulait devant un groupe spécial. Le Groupe spécial avait nié la pertinence de cette allégation en affirmant l'existence d'une pratique constante d'économie jurisprudentielle.

Le raisonnement de l'Organe d'appel est plus mitigé. Il constata que quelques groupes spéciaux établis dans le cadre du G.A.T.T. de 1947 et de l'O.M.C. avaient rendu des décisions d'une portée plus générale, en examinant et en tranchant des points qui n'étaient pas absolument nécessaires pour régler le différend à l'étude (32). Toutefois, il observa en même temps que plusieurs groupes spéciaux du G.A.T.T. (33) et de l'O.M.C. (34) avaient traité uniquement les points qu'ils jugeaient nécessaires pour régler la question opposant les parties, et avaient refusé de statuer sur d'autres points.

(32) Voir, par exemple, *C.E.E. - Restrictions à l'importation de pommes de table*, plainte du Chili, rapport adopté le 22 juin 1989, *I.B.D.D.*, S36/100, § 12.20, où le Groupe spécial indiquait expressément que vu sa constatation selon laquelle les mesures communautaires contrevenaient à l'article XI :1 du GATT de 1947 et n'étaient pas justifiées par l'article XI :2 c) i) ou ii) du GATT de 1947, un plus ample examen de l'application des mesures ne serait pas normalement nécessaire. Dans cette affaire, le Groupe spécial estimait néanmoins qu'il « convenait » d'examiner l'application des mesures communautaires au regard de l'article XIII du GATT de 1947 eu égard aux questions soulevées par les deux parties qui présentaient un grand intérêt sur le plan pratique.

(33) Voir, par exemple, *C.E.E. - Groupe spécial des restrictions quantitatives à l'importation de certains produits en provenance de Hong-Kong*, rapport adopté le 12 juillet 1983, *I.B.D.D.*, S30/135, § 33; *Canada - Administration de la loi sur l'examen de l'investissement étranger*, rapport adopté le 7 février 1984, *I.B.D.D.*, S30/147, § 5.16; *Etats-Unis - Importations de sucre en provenance du Nicaragua*, rapport adopté le 13 mars 1984, *I.B.D.D.*, S31/74, §§ 4.5 et 4.6; *Clause d'impression appliquée par les Etats-Unis*, rapport adopté le 15/16 mai 1984, *I.B.D.D.*, S31/82, § 40; *Groupe spécial sur les mesures appliquées par le Japon aux importations de cuirs*, rapport adopté le 15/16 mai 1984, *I.B.D.D.*, S31/102, § 57; *Japon - Commerce des semi-conducteurs*, rapport adopté le 4 mai 1988, *I.B.D.D.*, S35/126, § 122; *Japon - Restrictions à l'importation de certains produits agricoles*, rapport adopté le 22 mars 1988, *I.B.D.D.*, S35/180, § 5.4.2; *C.E.E. - Règlement relatif aux importations de pièces détachées et composants*, rapport adopté le 16 mai 1990, *I.B.D.D.*, S37/142, §§ 5.10, 5.22 et 5.27; *Canada - Importation, distribution et vente de boissons alcooliques par les organismes provinciaux de commercialisation*, rapport adopté le 22 mars 1988, *I.B.D.D.*, S35/38, § 5.6; et *Etats-Unis - Refus d'accorder le traitement N.P.F. aux chaussures autres qu'en caoutchouc en provenance du Brésil*, rapport adopté le 19 juin 1992, *I.B.D.D.*, S39/142, § 6.18.

(34) Voir, par exemple, rapport du Groupe spécial dans l'*Affaire Brésil - Mesures visant la noix de coco desséchée*, adopté le 20 mars 1997, WT/DS22/R, § 293; et rapport du Groupe spécial dans l'*Affaire Etats-Unis - Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, tel qu'il a été modifié par le rapport de l'Organe d'appel, AB-1996-1, adopté le 20 mai 1996, WT/DS2/9, § 6.43.

Par conséquent, l'Organe d'appel en déduisit que rien dans le Mémorandum d'accord ni dans la pratique antérieure du G.A.T.T. n'exigeait l'examen par le groupe spécial de toutes les allégations formulées par la partie plaignante.

En plus, l'Organe d'appel estima qu'une telle obligation était incompatible avec le but du système de règlement des différends de l'O.M.C. qui est d'arriver à une solution mutuellement acceptable pour les parties (article 3 § 7 du MA). Par conséquent, l'Organe d'appel conclut qu'un groupe spécial ne devait traiter que les allégations dont la réponse était nécessaire pour régler le différend.

B. *L'examen de bonne foi*

L'affirmation de cette règle constitue une constante dans la jurisprudence de l'Organe d'appel. Dans *l'affaire des hormones*, celui-ci a affirmé, de façon on ne peut plus claire, qu'« ignorer », « fausser » et « déformer » les éléments de preuve, au sens ordinaire que ces termes ont dans les procédures judiciaires et quasi-judiciaires, impliquait non pas une simple erreur de jugement dans l'appréciation des éléments de preuve mais une erreur fondamentale mettant en doute la bonne foi d'un groupe spécial (35). Autrement dit, alléguer qu'un groupe spécial a ignoré ou faussé les éléments de preuve qui lui ont été fournis reviendrait à alléguer qu'il a refusé à la partie ayant fourni les éléments de preuve l'équité élémentaire, les droits de la défense ou la justice naturelle (36). Son respect, semble-t-il, est consubstantiel à l'idéal de justice.

De la même façon que l'obligation de bonne foi s'impose aux parties (lesquelles doivent s'abstenir de tout acte visant à réduire à néant l'objet et le but du traité — c'est la règle de l'effet utile) (37), les organes de règlement de l'O.M.C. ont l'obligation de s'abstenir de toute tentative de fraude, toute ruse dans leur interprétation des faits litigieux.

SECTION 2. — *Le rôle normatif de l'Organe d'appel*

Il peut paraître paradoxal de parler de rôle normatif à propos d'un organisme dont les actes ne sont pas obligatoires *per se*, et dont la mission se borne à veiller au respect du droit, c'est-à-dire à être « la bouche qui prononce les paroles de la loi ». Une juridiction, comme le rappelait la C.I.J.,

(35) V. le Rapport, p. 57.

(36) *Ibid.*

(37) C.P.J.I., *Usines de Chorzow*, 1928, série A n° 17, p. 30; *Zones franches*, série A n° 24, p. 12 et A/B n° 46, p. 167; C.I.J., *Pêcheries norvégiennes*, Rec. 1951, p. 142; *Essais nucléaires*, Rec. 1974, pp. é§ 1 et 473; *Actions armées*, Rec. 1988, p. 105.

« n'est pas un organe législatif. Sa mission est d'appliquer le droit tel qu'elle le constate et non de le créer » (38).

Or, force est de reconnaître que la jurisprudence de l'Organe d'appel a indéniablement une valeur normative dans la mesure où elle contribue, de façon particulièrement manifeste, à combler les carences des instruments conventionnels, et participe par là même à la structuration d'un « droit international de la concurrence ».

§ 1^{er}. *De la clarification des règles d'interprétation*

L'Organe d'appel a maintes fois affirmé que les dispositions de la Convention de Vienne relatives à l'interprétation des traités, qualifiées unanimement de règles coutumières générales codifiées, sont applicables en droit du commerce international. Partant de là, il s'est livré, chaque fois que de besoin, à interpréter plusieurs instruments conventionnels.

A) *Les méthodes d'interprétation*

Deux tendances sont évidentes : tandis que l'Organe d'appel accorde une importance primordiale aux méthodes d'interprétation contenues dans la Convention de Vienne, il semble refuser aux rapports (même adoptés) de groupes spéciaux le statut de pratique subséquente.

1) *La priorité de la Convention de Vienne*

Pour rendre compte de la nature juridictionnelle de l'Organe d'appel, il faut prendre en considération les méthodes d'interprétation. A l'instar des juridictions internationales, l'Organe d'appel fait appel aux raisonnements classiques fondés sur les méthodes textuelle ou subjective. Il s'agit d'un recours au contexte élargi à l'économie des traités et à l'emploi de l'effet utile (art. 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités). Mais l'Organe d'appel attache aussi une certaine importance aux travaux préparatoires (art. 32 de la même Convention); le souci de conférer au texte le maximum d'efficacité en vue de la poursuite des objectifs des accords s'efface parfois devant la recherche de l'intention des négociateurs.

En fait, la particularité de la stratégie jurisprudentielle de l'Organe d'appel tient moins au choix des techniques interprétatives retenues qu'à leur grand éclectisme combiné avec la volonté de tirer de chacune d'elles une efficacité maximale. Cette stratégie lui a permis de jouer pleinement un rôle normatif, qui présente à l'égard des groupes spéciaux une vertu hautement pédagogique.

(38) C.I.J. 18 juil. 1966, *Sud-Ouest africain*, 2^e phase, *Rec. C.I.J.*, 1966, spéc. 48.

2) La méfiance à l'égard de l'acquis G.A.T.T.

L'affaire sur les boissons alcooliques a été l'occasion pour l'Organe d'appel de se prononcer sur la force juridique des rapports de *panel*. En rappelant la signification en droit international de la « pratique ultérieure » (39), l'Organe d'appel précisa qu'un acte isolé n'était pas suffisant pour constituer une pratique ultérieure (40), et que seule une suite d'actes établissant l'accord des parties pouvait être prise en considération (41).

Partant de ce critère de définition, il considéra que même si les rapports des groupes spéciaux institués dans le cadre du G.A.T.T. de 1947 étaient adoptés sur décision des Parties Contractantes, cette décision ne signifiait pas que les Parties Contractantes étaient d'accord à propos du raisonnement juridique sur lequel s'appuyait le rapport. Sur ce point, il a avalisé la position de la Communauté européenne.

L'Organe d'appel rappela ensuite qu'il était généralement admis, dans le cadre du G.A.T.T. de 1947, que les conclusions et les recommandations figurant dans le rapport d'un groupe spécial adopté liaient les parties au différend, mais les groupes spéciaux établis ultérieurement ne se sentaient pas liés juridiquement par les détails ni par le raisonnement du rapport d'un groupe spécial antérieur (42). Il ajouta enfin que lorsque les Parties contractantes du G.A.T.T. décidaient d'adopter le rapport d'un groupe spécial, leur objectif n'était pas d'en faire une interprétation définitive des dispositions pertinentes du G.A.T.T. de 1947. A ce propos, l'Organe d'appel a donné raison aux Etats-Unis et rejeté la prétention du Japon.

Fort de cette constatation, il estima que tel devait être également le cas dans le cadre du G.A.T.T. de 1994. A l'appui de sa thèse, il invoqua l'article IX § 2 de l'*Accord sur l'O.M.C.* aux termes duquel « la Conférence ministérielle et le Conseil général auront le pouvoir exclusif d'adopter des interprétations du présent accord et des Accords commerciaux multilatéraux. » Le fait que ce « pouvoir exclusif » d'interpréter le traité ait été établi de façon si précise dans l'*Accord sur l'O.M.C.* constituait, selon lui, un motif suffisant pour conclure que ce pouvoir n'était conféré nulle part ailleurs de façon implicite ou fortuite. En outre, l'Organe d'appel affirma, en s'appuyant sur

(39) « 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 », citée par l'Organe d'appel et tirée de l'ouvrage de SINCLAIR, *The Vienna Convention on the Law of Treaties* (2^e édition, 1984), p. 137; et celui de YASSEEN, « L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités » (1976-III) 151 *Recueil des cours*, page 1, voir p. 48.

(40) *Ibid.*, p. 137.

(41) *Annuaire de la Commission du droit international* (1966), volume II, pp. 241-242; SINCLAIR, *op. cit.*, p. 138.

(42) Communauté économique européenne — Restrictions à l'importation de pommes de table, I.B.D.D., S36/100, § 12.1.

l'article 3 § 9 du Mémorandum d'accord (43), que les décisions d'adopter des rapports de panel avaient un caractère différent des interprétations données par la Conférence ministérielle ou le Conseil général de l'O.M.C. du G.A.T.T. de 1994 et des autres Accords commerciaux multilatéraux relevant de l'Accord sur l'O.M.C.

Par conséquent, l'Organe d'appel infirma la conclusion du Groupe spécial selon laquelle « (...) les rapports de groupes spéciaux adoptés par les PARTIES CONTRACTANTES du G.A.T.T. et l'Organe de règlement des différends de l'O.M.C. constituaient une pratique ultérieure dans un cas spécifique en vertu de la décision qui avait été prise de les adopter. L'article 1 b) iv) du G.A.T.T. de 1994 assurait la reconnaissance institutionnelle du fait que les rapports de groupes spéciaux adoptés constituaient une pratique ultérieure. Ces rapports faisaient partie intégrante du G.A.T.T. de 1994, car ils constituaient d'autres décisions des PARTIES CONTRACTANTES du G.A.T.T. de 1947 » (44). Il conclut pour sa part que « ces rapports n'ont aucune force obligatoire, sauf pour ce qui est du règlement du différend entre les parties en cause » (45). Il précisa en note qu'une telle situation était semblable à ce que prévoit l'article 59 du Statut de la C.I.J. qui dispose que « la décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé ».

En réalité, l'Organe d'appel, en s'alignant sur la solution établie par le Conseil du G.A.T.T. selon laquelle « le rapport du groupe spécial est un avis consultatif et n'a pas de statut juridique tant que les Parties Contractantes n'ont pas pris une décision à son égard » (46), a refusé que des conclusions et recommandations figurant dans les rapports de panel puissent constituer une interprétation définitive des accords issus du cycle d'Uruguay.

La portée de ce principe est néanmoins tempérée par une note dans laquelle l'Organe d'appel reconnut que les rapports de panel suscitaient chez les Membres de l'O.M.C. des attentes légitimes et devraient donc être pris en compte lorsqu'ils avaient un lien avec un autre différend (47). A ce propos, la solution adoptée s'inspire également de l'expérience de la Cour de La Haye qui ne s'est pas privée de « créer une jurisprudence qui accorde de toute évidence une importance considérable à la valeur des décisions précédentes » (48).

(43) « 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'O.M.C. ou d'un accord visé qui est un Accord commercial plurilatéral ».

(44) Rapport du Groupe spécial, § 6.10.

(45) Voir Rapport de l'Organe d'appel, p. 15.

(46) L/5245, 16 nov. 1981, p. 28.

(47) Voir Rapport, déjà cité, p. 15.

(48) Ibid., p. 15, note.

B) *L'interprétation proprement dite*

1) *L'interprétation de la dérogation pour Lomé IV*

Cette question a été soulevée dans le rapport de l'Organe d'appel sur *l'affaire des bananes* portant sur le régime d'importation en vigueur à l'intérieur de la Communauté européenne. Cette affaire était, précisons-le, la suite d'une longue série d'affaires déjà traitées dans le cadre du G.A.T.T. Le contexte de ces affaires permet de comprendre le raisonnement de l'Organe d'appel quant au principal point de droit abordé, à savoir la portée exacte de la dérogation pour Lomé IV accordée par les Parties Contractantes du G.A.T.T.

a) *Le contexte de l'affaire*

La consommation de bananes dans la Communauté est couverte par trois sources : la production communautaire (Canaries, Guadeloupe et Martinique, Madère, Açores, Crète, Algarve et Laconie), la production des pays A.C.P. (Côte d'Ivoire, et Cameroun en Afrique, ainsi que diverses îles des Caraïbes) et la production de pays tiers (essentiellement des pays d'Amérique centrale et du Sud). Avant l'entrée en vigueur de l'organisation commune, il n'existait pas, à l'intérieur de la Communauté, de marché commun de la banane : les Etats producteurs (Espagne, France, Grèce et Portugal) possédaient des organisations nationales qui limitaient l'accès à leur marché respectif aux bananes communautaires et A.C.P. Parmi les Etats non producteurs, le Royaume-Uni assurait un écoulement privilégié aux bananes A.C.P., tandis que les autres s'approvisionnaient principalement en bananes de pays tiers, dont l'importation était soumise à un droit de douane de 20 %. Enfin, l'Allemagne bénéficiait d'un régime particulier lui permettant d'importer un contingent annuel de bananes en franchise de droits de douane.

Ces différents régimes appliqués par les Etats de la Communauté européenne avaient fait l'objet d'une plainte de la Colombie, du Costa Rica, du Guatemala, du Nicaragua et du Venezuela. Les panelistes chargés d'examiner le litige constatèrent que la Partie IV de l'Accord général (Commerce et développement) ne dispensait pas les parties de remplir leurs autres obligations au titre du G.A.T.T. Ils conclurent que ni l'article XXIV ni la lecture combinée de l'article XXIV avec la Partie IV ne permettaient de justifier juridiquement les préférences tarifaires accordées. Le rapport du Groupe spécial, remis le 3 juin 1993 mais pas adopté par les Parties

Contractantes du G.A.T.T. (49), conclut que ces mesures étaient incompatibles avec les dispositions de l'Accord général (50).

La coexistence de ces différents régimes portait atteinte à la libre circulation des bananes à l'intérieur de la Communauté et à la mise en œuvre d'un régime commun pour les échanges avec les pays tiers. Par conséquent, la Communauté a mis en place une organisation commune de marché qui se substituait ainsi aux différents régimes nationaux (Règlement n° 404/93 du 13 février 1993). Ce nouveau régime comprenait quatre volets principaux dont l'institution d'un régime commun d'importation à l'égard des pays tiers. Ce volet a été de nouveau contesté dans le cadre des procédures de règlement des différends du G.A.T.T. (51).

Le nouveau régime commun d'importation distinguait trois types de bananes importées : les bananes A.C.P. traditionnelles, c'est-à-dire les bananes provenant de pays qui, traditionnellement exportent vers la Communauté, les bananes A.C.P. non-traditionnelles et les bananes des pays tiers. Les premières n'étaient soumises à aucune restriction ni droit de douane à l'importation. Pour les autres catégories de bananes, le règlement ouvrait un contingent tarifaire de 2 millions de tonnes, révisable annuellement, dans le cadre duquel les bananes A.C.P. étaient soumises à un droit nul et les bananes des pays tiers à un droit de douane de 100 écus la tonne. Les importations dépassant ce contingent tarifaire étaient soumises à un droit de douane beaucoup plus élevé : 750 écus la tonne pour les bananes A.C.P. et 850 écus la tonne pour les bananes de pays tiers.

Les mêmes plaignants latino-américains alléguèrent que le Règlement communautaire, en établissant une différence de traitement entre les bananes A.C.P. et les bananes de pays tiers, portait atteinte à l'obligation de non discrimination entre les produits. La Communauté européenne invoqua les dispositions de la Partie IV du G.A.T.T. (Commerce et développement) pour justifier l'accès préférentiel accordé sans réciprocité aux pays en développement parties à des accords régionaux conclus avec eux — en l'espèce, les Conventions de Lomé. Le Groupe spécial conclut que la Partie IV du G.A.T.T. ne permettait pas d'établir une discrimination à l'égard d'autres pays en développement, au motif qu'elle approuvait un traitement spécial en faveur de tous les pays en développement et pas uniquement d'un sous-groupe. Cette position a été soutenue par plusieurs Etats qui,

(49) C.E.E. — *Régimes d'importation applicables aux bananes dans les Etats membres*, DS32/R (non adopté).

(50) Cf. (GATT) *Focus*, mars 1993, n° 97.

(51) Les autres volets, à savoir l'établissement de normes de qualité et de commercialisation, l'encouragement à la constitution d'organismes de producteurs ainsi que la mise en place d'un régime d'aide à la production ont été attaqués par l'Allemagne devant la Cour de justice des CE. Aff. C-280/93 en date du 5 octobre 1994, *Rec.*, p. 4973. Sur cette affaire, cf. Marianne DONY, « L'Affaire des bananes », *Cahiers de Droit européen*, n° 2-3 1995, pp. 461-496.

tout en reconnaissant que les Conventions de Lomé (52) étaient une initiative digne d'éloges, estimèrent qu'elles étaient contraires à la clause de la nation la plus favorisée (53). Toutefois, ce rapport n'a pas été adopté (54).

Ce deuxième rapport allait pourtant plus loin que le premier en ouvrant une porte de sortie aux parties concernées. En effet, le Groupe spécial indiqua la possibilité de recourir à une dérogation au titre de l'article XXV § 5 du G.A.T.T. pour remédier à une contradiction éventuelle entre les obligations de la Communauté européenne dans le cadre de la Convention de Lomé et ses autres obligations en vertu du G.A.T.T.

En se fondant sur ce rapport et à la demande de la Communauté européenne, les Parties Contractantes ont relevé celle-ci de certaines de ses obligations. Le mécanisme des « dérogations » (55) prévues par l'article XXV de l'Accord général permet à l'Europe de continuer à accorder un traitement préférentiel aux importations en provenance des pays A.C.P. au titre de la quatrième Convention de Lomé. La mesure dérogatoire a été prise le 9 décembre 1994 et prendra fin le 29 février 2000 (56), la décision des Par-

(52) Au moment de l'accession des anciennes colonies à l'indépendance, le régime d'association prévu pour les territoires d'outre-mer a été remplacé par l'article 131 du Traité instituant la C.E.E. Dénommée à l'origine Convention de Yaoundé, la convention a évolué à travers de nombreuses versions avec les orientations de la politique de développement pour aboutir à l'instrument actuel de coopération pour le développement, renfermant des dispositions sur la liberté d'accès, assorties de nombreuses dispositions très variées sur la coopération, d'un système de stabilisation pour les produits de base agricoles (« Stabex »), d'un système de financement spécial en faveur des pays très tributaires des activités minières (le « Sysmin »), ainsi que d'un fonds de développement (le « F.E.D. »). Signée en 1975 et régulièrement renouvelée depuis, la Convention de Lomé a été l'un des instruments les plus importants de la politique communautaire de coopération pour le développement.

L'inclusion depuis 1989 dans la Convention de Lomé IV d'un instrument relatif à l'ajustement structurel a néanmoins dénaturé l'approche originelle de la Convention. L'aide au développement est désormais soumise à la discipline budgétaire du FMI et de la Banque Mondiale, au respect des droits de l'homme et à l'instauration d'un régime démocratique. Cette dernière conditionnalité a été introduite par l'Accord portant modification de la Convention de Lomé IV, signée à Maurice le 4 novembre 1995.

Pour une prise de vue historique et juridique de cet instrument, cf. GAUTRON Jean-Claude, « De Lomé à Lomé », in *Mélanges Gilbert Apollis, Perspectives du droit international et européen*, éd. A. Pédone, Paris 1992, pp. 199-210.

(53) Document du GATT, L/7502.

(54) C.E.E. — *Régime d'importation applicable aux bananes*, DS38/R (non adopté).

(55) A noter qu'il y a actuellement trois autres dérogations en vigueur concernant un traitement préférentiel accordé à des groupes de pays en développement. Ces dérogations couvrent les préférences (tarifaires) accordées par le Canada à des pays des Caraïbes et par les Etats-Unis à des pays des Caraïbes et des pays andins. Programme CARIBCAN, WT/L/185; loi relative au redressement économique du Bassin des Caraïbes, WT/L/104; loi relative aux préférences commerciales en faveur des pays andins, WT/L/184.

(56) Document du GATT, L/7604. Bien que la dérogation pour Lomé ait été initialement approuvée par les Parties Contractantes du GATT pour une période allant jusqu'au 29 février 2000, le Conseil général de l'O.M.C. devait examiner la question de sa prorogation car, conformément au Mémorandum d'accord concernant les dérogations aux obligations découlant de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994, toutes les dérogations en application à la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'O.M.C. doivent prendre fin deux ans plus tard (c'est-à-dire le 1^{er} janvier 1997) à moins qu'elles ne soient prorogées. Prorogation de dérogation, décision du 14 octobre 1996, WT/L/186.

ties Contractantes disposant « *qu'il sera dérogé aux dispositions du paragraphe 1 de l'article premier de l'Accord général, jusqu'au 29 février 2000, dans la mesure nécessaire pour permettre aux Communautés européennes d'accorder le traitement préférentiel pour les produits originaires des Etats A.C.P. qu'exigent les dispositions pertinentes de la Quatrième Convention de Lomé, sans qu'elles soient tenues d'étendre le même traitement préférentiel aux produits similaires de toute autre partie contractante* » (57).

b) *L'examen devant le Groupe spécial de l'O.M.C.*

Le *modus vivendi* négocié dans le cadre du G.A.T.T. ne satisfaisait pas encore certains pays. Suite à la demande de l'Equateur, des Etats-Unis, du Guatemala, du Honduras et du Mexique (58), un nouveau groupe spécial fut établi le 8 mai 1996. Compte tenu de la complexité de l'affaire (59), le Groupe spécial n'a pu remettre son rapport que le 22 mai 1997, c'est-à-dire quatre mois après l'expiration du délai normal prévu par le Mémoire d'accord (art. 12 § 8).

Ce troisième rapport sur les affaires des bananes visait principalement à déterminer la portée de la dérogation accordée par les Parties Contractantes du G.A.T.T. (60). Ici, le Groupe spécial a fait œuvre prétorienne car il est allé au-delà de ce qu'avait prévu son mandat. En effet, le Groupe spécial interpréta la dérogation pour Lomé, qui était pourtant une décision des Parties contractantes du G.A.T.T. prorogée par la suite par une décision du Conseil général de l'O.M.C. En l'occurrence, la question à laquelle le Groupe spécial fut amenée à répondre était de savoir si la dérogation accordée pour

(57) § 1 du document du GATT L/7604, du 19 décembre 1994.

(58) Cf. (O.M.C.) *Focus*, juin-juillet 1996, p. 5.

(59) Six parties (dont l'une représentant 15 Etats membres) et 20 tierces parties ont participé à la procédure. Autrement dit, près du tiers des Membres sont impliqués dans l'affaire. Les communications des plaignants et de la CE représentaient plusieurs milliers de pages. Outre celles qui ont été présentées au titre du GATT de 1994, des allégations ont été formulées pour la première fois dans une procédure de règlement des différends au titre de quatre autres accords de l'O.M.C. : l'Accord sur l'agriculture, l'Accord sur les procédures de licences d'importation, l'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce et l'Accord général sur le commerce des services. En outre, les conclusions du Groupe spécial ont fait l'objet de quatre rapports différents établis pour chacune des parties plaignantes.

(60) Les constatations du Groupe spécial relatives aux autres questions de fond (attribution de parts du contingent tarifaire aux pays signataires de l'Accord-cadre sur les bananes, questions tarifaires, les procédures de licences d'importation de la CE applicables aux bananes, les licences d'importation et l'AGCS, la question relative à l'annulation ou réduction d'avantages) soulevées par les parties en litige ne sont pas étudiées ici. A noter, à titre d'information, que le Groupe spécial conclut que des aspects du régime d'importation des CE applicables aux bananes étaient incompatibles avec les obligations des CE au titre des articles I § 1, III § 4, X § 3 et XIII § 1 du GATT, de l'article 1^{er} : 3 de l'Accord sur les licences et des articles II et XVII de l'AGCS. Par conséquent, le Groupe spécial recommanda à l'ORD de demander aux CE de mettre leur régime d'importation applicable aux bananes en conformité avec leurs obligations au titre du GATT, de l'Accord sur les licences et de l'AGCS. A signaler également que les Communautés européennes ont notifié à l'ORD leur décision de faire appel de certaines questions de droit couvertes par les quatre rapports du Groupe spécial, cf. WT/DS27/9 du 13 juin 1997.

Lomé (qui ne faisait référence qu'à l'article I § 1^{er} du G.A.T.T. — traitement N.P.F.) englobait également une dérogation aux obligations découlant pour la Communauté européenne de toutes autres dispositions. En d'autres termes, quel était le traitement préférentiel « exigé » par la Convention de Lomé ?

Le Groupe spécial rappela d'abord les conclusions formulées par un *panel* du G.A.T.T. d'après lesquelles les dérogations ne devaient être accordées que dans des circonstances exceptionnelles (61) et que « *leurs modalités et conditions* (devaient) *en conséquence être interprétées strictement* » (62). Le Groupe spécial constata néanmoins que dans le cas d'espèce, « *si la dérogation pour Lomé est interprétée comme relevant uniquement des obligations de l'article I :1, elle limiterait effectivement le traitement préférentiel à des préférences tarifaires* » (63). Dès lors qu'il s'agissait en l'espèce d'un traitement préférentiel en général et non d'un seul traitement tarifaire, le Groupe spécial conclut que « *pour (lui) donner réellement effet (...), (la dérogation) doit s'appliquer à l'article XIII dans la mesure nécessaire pour permettre à la CE d'attribuer aux pays A.C.P. des parts spécifiques par pays de son contingent tarifaire, correspondant au meilleur chiffre des exportations de bananes de ces pays vers la CE effectuées avant 1991* » (64). A l'appui de son raisonnement, il invoqua l'interdépendance étroite entre les articles premier (régissant la réglementation et les formalités afférentes aux importations) et XIII § 1^{er} (régissant l'administration de restrictions quantitatives et de contingents tarifaires), qui interdisaient tous deux le traitement discriminatoire. L'article XIII § 1, précisa-t-il, était une application du principe général de non discrimination dans une situation spécifique.

Cette interprétation de l'article premier n'est pas nouvelle. En effet, il a été toujours interprété de façon large de telle sorte que le traitement N.P.F. s'agissant de « la réglementation et des formalités afférentes aux importations » pouvait déjà s'appliquer aux règles régissant l'abrogation de droits compensateurs (65).

En fait, l'innovation réside plutôt dans l'interprétation de la dérogation elle-même. Malgré l'affirmation du Groupe spécial selon laquelle sa conclusion était compatible avec la pratique suivie antérieurement dans le cadre du G.A.T.T., le raisonnement suivi en l'espèce a débouché sur une interpré-

(61) GATT, article XXV :5; Accord sur l'O.M.C., article IX :3 et IX :4.

(62) Rapport du Groupe spécial chargé de l'affaire *Etats-Unis — Restrictions à l'importation de sucre et de produits contenant du sucre appliquées au titre de la dérogation de 1955 et de la note introductive de la Liste de concessions tarifaires*, adopté le 7 novembre 1990, I.B.D.D., S37/227, § 5.9.

(63) Voir Rapport, *op. cit.*, p. 358.

(64) *Ibid.*

(65) Voir Rapport du Groupe spécial chargé de l'affaire *Etats-Unis — Refus d'accorder le traitement NPF aux chaussures autres qu'en caoutchouc en provenance du Brésil*, adopté le 19 juin 1992, I.B.D.D., S39/169, § 6.8. Notons que le droit compensateur est un droit perçu à l'importation pour compenser les effets perturbateurs d'une subvention (art. VI § 3 de l'Accord général).

tation large de la dérogation. L'avertissement lancé par la Communauté européenne et les Etats A.C.P. y était certainement pour quelque chose. Pour eux, le traitement préférentiel relevait du domaine politique et son application au secteur de la banane constituait un sujet de « sécurité nationale » pour les pays bénéficiaires. Par conséquent, ils firent savoir que le Groupe spécial devait s'en tenir à l'interprétation de la Convention de Lomé donnée par les parties à la Convention (66).

Le Groupe spécial nota cependant que *« puisque les Parties Contractantes du G.A.T.T. ont inclus une référence à la Convention de Lomé dans la dérogation, la signification de cette Convention est devenue une question relevant du G.A.T.T. ou de l'O.M.C., tout au moins dans cette mesure. Aussi, nous (le Groupe spécial) n'avons pas d'autre solution que d'examiner nous-mêmes les dispositions de la Convention de Lomé dans la mesure où cela est nécessaire pour interpréter la dérogation »* (67). En fait, ce fut par défaut que le Groupe spécial était amené à interpréter la Convention car *« la portée de la dérogation pour Lomé manque de précision »* (68). Conscient de ce dérapage, il annonça d'ores et déjà *« qu'à l'avenir, lorsque des dérogations seront négociées, il faudra traiter plus précisément les questions abordées en l'espèce afin de réduire les différences d'interprétation »* (69).

Les Communautés européennes, l'Equateur, les Etats-Unis, le Guatemala, le Honduras et le Mexique ont fait appel de certaines questions de droit et de certaines interprétations du droit figurant dans les rapports du Groupe spécial. La Colombie, le Nicaragua, le Costa Rica, le Venezuela et le Japon ont déposé des communications en tant que participants tiers.

c) *Le raisonnement de l'Organe d'appel*

L'Organe d'appel rejeta la conclusion du Groupe spécial sur la nécessité de donner « réellement effet » (70) à la dérogation pour Lomé et sur « l'interdépendance étroite » (71) entre les articles premier et XIII § 1^{er}. L'Organe d'appel insista sur la clarté du libellé de la dérogation pour Lomé : il n'était dérogé qu'aux dispositions du paragraphe 1 de l'article premier de l'Accord général « dans la mesure nécessaire » pour faire ce qu'« exigent » les dispositions pertinentes de la Convention de Lomé. Il conclut par conséquent que ni les circonstances entourant la négociation de la dérogation pour Lomé, ni la nécessité d'interpréter cette dernière de manière à lui permettre d'atteindre ses objectifs, n'autorisaient à négliger le libellé clair et sans équivoque de la dérogation pour Lomé en étendant son champ d'application à une

(66) Voir Rapport, *op. cit.*, p. 355.

(67) *Ibid.*

(68) *Ibid.*, p. 359, § 7.109.

(69) *Ibid.*

(70) *Ibid.*, § 7.106.

(71) *Ibid.*, § 7.107.

dérogação aux obligations énoncées à l'article XIII. Sur ce point, il a donné gain de cause aux parties plaignantes.

En outre, il affirma que l'interdépendance entre les deux articles n'était pas telle qu'une dérogation aux obligations énoncées à l'article premier impliquait une dérogation aux obligations énoncées à l'article XIII. Sur ce point, l'Organe d'appel a rejeté la prétention européenne selon laquelle refuser un tel lien serait vider de toute substance le libellé spécifique de la dérogation pour Lomé, lequel renvoie au « traitement préférentiel », et non pas simplement au « traitement tarifaire préférentiel ». Conformément à la pratique antérieure du G.A.T.T. ainsi qu'à la lumière des dispositions de l'article IX de l'Accord sur l'O.M.C. et le Mémoire d'accord, l'Organe d'appel souligna enfin le caractère exceptionnel et restrictif des dérogations. Il conclut que si les Parties Contractantes du G.A.T.T. avaient voulu, par la dérogation pour Lomé, exempter les Communautés européennes de leurs obligations au titre de l'article XIII, elles l'auraient dit de manière explicite.

En somme, ce rapport présente un intérêt certain en permettant de corriger certains flottements dans le raisonnement des panelistes. En effet, il apparaît que le Groupe spécial entendait rester dans les termes tracés par les groupes spéciaux antérieurs selon lesquels les dérogations devaient être interprétées strictement. La présence dans la dérogation d'une référence à la Convention de Lomé ainsi que la pression politique exercée par les parties concernées l'ont cependant obligé à aller plus loin dans son examen. D'après l'Organe d'appel, pareil développement est superfétatoire car le libellé de la dérogation est clair et sans équivoque.

L'habillage est beau et permet à l'Organe d'appel de ne pas se prononcer sur le sujet très délicat — évoqué par les Communautés européennes — relatif au rapport entre la Convention de Lomé et le G.A.T.T. de 1994. Il s'avère que le raisonnement des Communautés européennes est, à ce propos, particulièrement pertinent. En effet, elles estimèrent qu'étant un accord international autonome (et non pas une exception au G.A.T.T. de 1994 ni à d'autres accords de l'O.M.C.), la Convention de Lomé ne devait nullement s'inscrire dans un rapport de hiérarchie avec le G.A.T.T. de 1994; par conséquent, dans la mesure où les « organes quasi-judiciaires » de l'O.M.C. avaient besoin de comprendre la Convention de Lomé pour comprendre la dérogation, ils devaient faire preuve de circonspection judiciaire et, en principe, se ranger aux interprétations des parties à la Convention de Lomé.

2) *L'interprétation de l'Accord sur les aspects de propriété intellectuelle liés au commerce (Accord sur les A.D.P.I.C.)*

L'Accord sur les A.D.P.I.C. est un des nouveaux accords négociés et conclus lors des négociations commerciales multilatérales du Cycle d'Uru-

guay. L'accord intègre pour la première fois la propriété intellectuelle au système commercial mondial en imposant aux Membres de prévoir des moyens tendant à protéger les droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce. Signalons que cet objectif est complètement nouveau car le G.A.T.T. considérait les mesures de protection des droits de propriété intellectuelle comme une exception tolérée au principe général de non-discrimination.

Dans le but justement d'encourager la mise en œuvre des moyens de protection des droits de propriété intellectuelle, l'Accord sur les A.D.P.I.C. écarte l'application de certaines procédures pendant un certain temps. Son article 64 § 2 dispose notamment que la procédure de plainte pour non-violation (art. XXIII, al. 1 b et c du G.A.T.T. de 1994) ne s'appliquera pas au règlement des différends intervenus dans le secteur de la propriété intellectuelle, et ce pendant une période de cinq ans à compter de la date d'entrée en vigueur de l'Accord instituant l'O.M.C.

Parmi les nombreuses dispositions de l'Accord sur les A.D.P.I.C., certaines prévoient des obligations spécifiques concernant la protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture. En l'occurrence, l'article 70 § 8 a) impose à tous les Membres l'obligation d'offrir « un moyen » de déposer des demandes suivant le système de la boîte aux lettres « à compter de la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'O.M.C. ». Concernant les pays en développement, l'article 65 prévoit qu'ils peuvent différer jusqu'au 1^{er} janvier 2005 l'octroi de la protection par des brevets de produits dans des domaines de la technologie qui ne peuvent pas faire l'objet d'une telle protection sur leur territoire à la date d'application générale de l'Accord sur les A.D.P.I.C. pour ce Membre.

L'affaire Inde — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture est la première affaire intervenue en matière de propriété intellectuelle. En s'appuyant sur la disposition transitoire prévue à l'article 65 (précité), l'Inde a omis d'établir un système d'enregistrement transitoire destiné à garantir leur antériorité et des droits exclusifs de commercialisation en faveur de produits en attente de brevet dans un autre pays membre. Ces manquements furent condamnés tant par le Groupe spécial que par l'Organe d'appel.

Malgré cette concordance des vues entre les deux instances, l'Organe d'appel a néanmoins remis en cause la manière dont le Groupe spécial a énoncé et appliqué un principe général d'interprétation, à savoir celui de la protection des conditions de concurrence.

Le Groupe spécial a constaté que « lorsqu'il s'agit d'interpréter le texte de l'Accord sur les A.D.P.I.C., les attentes légitimes des Membres de l'O.M.C. concernant ledit accord doivent être prises en considération ainsi que les règles d'interprétation définies dans les rapports de précédents groupes spéciaux éta-

blis dans le cadre du G.A.T.T., en particulier celles qui énoncent le principe de la protection des conditions de concurrence découlant des accords commerciaux multilatéraux » (72). Et le Groupe spécial d'ajouter que « la protection des attentes légitimes des Membres concernant les conditions de concurrence est dans le cadre du G.A.T.T. un principe bien établi qui découle en partie de l'article XXIII où sont énoncées les dispositions fondamentales du G.A.T.T. (et de l'O.M.C.) en matière de règlement des différends » (73). Comme fondement de ce principe, il évoqua certains rapports de groupes spéciaux établis dans le cadre du G.A.T.T. de 1947 (74). Selon lui, alors que « l'acquis G.A.T.T. » visait essentiellement le traitement des marchandises des autres pays, le concept de la protection des attentes légitimes au regard de l'Accord sur les A.D.P.I.C. s'appliquait au rapport compétitif entre les propres ressortissants d'un Membre et ceux des autres Membres (et non entre les marchandises d'origine nationale et les marchandises des autres Membres, comme c'est le cas dans le secteur des marchandises) (75).

D'après l'Organe d'appel, même si le Groupe spécial a indiqué qu'il appliquait simplement un principe bien établi dans le cadre du G.A.T.T., son raisonnement ne correspondait pas exactement à la pratique du G.A.T.T./O.M.C. En particulier, l'Organe d'appel estima que le Groupe avait confondu deux concepts différents : le concept de la protection des attentes des parties contractantes quant au rapport compétitif entre leurs produits et les produits des autres parties contractantes, et celui de la protection des attentes raisonnables des parties contractantes concernant les concessions en matière d'accès aux marchés. Le premier, précisa l'Organe d'appel, fut élaboré dans le contexte de plaintes en situation de *violation* concernant les articles III et XI, formulées au titre de l'article XXIII § 1^{er} a) du G.A.T.T. de 1947, et le second dans le contexte de plaintes en situation de *non-violation* formulées au titre de l'article XXIII § 1^{er} b) du G.A.T.T.

L'Organe d'appel reconnut que dans le contexte de plaintes en situation de violation, des groupes spéciaux avaient effectivement indiqué que le but de ces articles était de protéger les attentes des Membres concernant le rapport compétitif entre les produits importés et les produits d'origine nationale, et non les attentes concernant le volume des échanges. Toutefois, il

(72) *Ibid.*, § 7.22.

(73) *Ibid.*, § 7.20.

(74) V. en particulier le rapport du Groupe spécial « *Mesures discriminatoires appliquées par l'Italie à l'importation de machines agricoles* », adopté le 23 octobre 1958, *I.B.D.D.*, S7/64, §§ 12 et 13; rapport du Groupe spécial « *Etats-Unis — Taxes sur le pétrole et certains produits d'importation* », adopté le 17 juin 1987, *I.B.D.D.*, S34/154, § 5.2.2; et rapport du Groupe spécial « *Etats-Unis — L'article 337 de la Loi douanière de 1930* », adopté le 7 novembre 1989, *I.B.D.D.*, S36/386, § 5.13.

(75) Rapport du Groupe spécial, § 7.21.

fut d'avis que cette indication était souvent donnée après la constatation par le groupe spécial d'une violation (76).

Or, étant donné que les procédures de plainte « en situation de non-violation » ne s'appliqueront pas au règlement des différends en matière de propriété intellectuelle pendant les cinq premières années à compter de la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'O.M.C. (art. 64 § 2 précité), l'Organe d'appel estima que le seul motif d'action autorisé dans le cadre de cet accord serait la procédure de plainte « en situation de violation » au titre de l'article XXIII § 1^{er} a) du G.A.T.T. de 1994. En invoquant les « attentes légitimes » des Membres concernant les conditions de concurrence, le Groupe spécial avait confondu, selon lui, les bases juridiquement distinctes des deux catégories de plainte. Il conclut dès lors que cela n'était compatible ni avec l'article XXIII du G.A.T.T. de 1994 ni avec l'article 64 de l'Accord sur les A.D.P.I.C.

3) *L'interprétation de l'Accord sur les textiles et les vêtements (A.T.V.)*

Le raisonnement de l'Organe d'appel dans l'Affaire Etats-Unis — Restrictions à l'importation de vêtements et dessous de coton et de fibres synthétiques ou artificielles est très intéressant. Certes, ce litige n'a qu'un caractère limité : le Costa Rica n'a fait appel que d'une constatation du Groupe spécial, celle qui a permis d'appliquer rétroactivement la mesure de sauvegarde transitoire en cause à la date de la publication de la demande de consultations. Reste néanmoins que le « verdict » final est révélateur de l'importance des pouvoirs de l'O.M.C. en matière de règlement des différends. En effet, en demandant aux instances de règlement de l'O.M.C. de vérifier l'interprétation des faits conduisant à l'imposition d'une mesure de défense commerciale, un petit pays comme le Costa Rica est parvenu à obtenir sa suppression quand bien même la partie incriminée n'est autre que les Etats-Unis.

Le 27 mars 1995, les Etats-Unis demandèrent l'ouverture de consultations avec le Costa Rica au sujet du commerce des vêtements de dessous de coton et de fibres synthétiques ou artificielles au titre de l'article 6 § 7 de l'Accord sur les textiles et les vêtements (A.T.V.). En même temps, ils

(76) Voir, par exemple, rapport du Groupe de travail, *Les taxes intérieures brésiliennes*, adopté le 30 juin 1949, I.B.D.D. II/196, § 16; rapport du Groupe spécial, *Etats-Unis — Taxes sur le pétrole et certains produits d'importation*, adopté le 17 juin 1987, I.B.D.D., S34/154, § 5.1.9; rapport du Groupe spécial, *Canada — Administration de la Loi sur l'examen de l'investissement étranger*, adopté le 7 février 1984, I.B.D.D., S30/147, § 6.6; rapport du Groupe spécial, *Mesures appliquées par le Japon aux importations de cuirs*, adopté les 15/16 mai 1984, I.B.D.D., S31/102, § 55; rapport du Groupe spécial, *Japon — Droits de douane, fiscalité et pratiques en matière d'étiquetage concernant les vins et les boissons alcooliques importés*, adopté le 10 novembre 1987, I.B.D.D., S34/92, § 5.11; rapport du Groupe spécial, *Communauté économique européenne — Restrictions à l'importation de pommes*, adopté le 22 juin 1989, I.B.D.D., S36/149, § 5.25; et rapport du Groupe spécial, *Etats-Unis — Mesures affectant l'importation, la vente et l'utilisation de tabac sur le marché intérieur*, adopté le 4 octobre 1994, DS44/R, § 99.

communiquèrent au Costa Rica un « état de la situation indiquant l'existence d'un préjudice grave », datée de mars 1995, sur la base duquel ils se proposaient d'appliquer une mesure de limitation à l'importation de vêtements de dessous en provenance du Costa Rica. Un avis annonçant la demande de consultations, la limitation envisagée et son niveau éventuel fut publiée dans le *Federal Register* des Etats-Unis le 21 avril 1995.

Suite à l'échec des consultations entre les deux parties, les Etats-Unis invoquèrent l'article 6 § 10 de l'A.T.V. et imposèrent, le 23 juin, une mesure de sauvegarde transitoire. La mesure devait être appliquée pendant une période de 12 mois, à compter du 27 mars 1995, c'est-à-dire à compter de la date de la demande de consultations.

Dans la même période, les Etats-Unis soumièrent la question à l'Organe de supervision des textiles (l'OSpT). Ce dernier constata qu'ils n'avaient pas démontré que la branche de production américaine avait subi un préjudice grave. En revanche, il ne pouvait ni parvenir à un consensus quant à l'existence d'une menace réelle de préjudice grave ni formuler de constatations sur la date d'application effective de la mesure de limitation imposée par les Etats-Unis. Aussi recommanda-t-il que les deux parties tiennent de nouvelles consultations en vue de régler la question. Les consultations eurent lieu, mais en vain. Les parties s'adressèrent à nouveau à l'OSpT, qui confirma ses constatations antérieures et estima que son examen de l'affaire était terminé.

Suite à l'échec de nouvelles consultations, le Costa Rica demanda en décembre 1995 l'établissement d'un groupe spécial. Ce dernier fut créé le 5 mars 1996. Entre temps, les Etats-Unis décidèrent de proroger la mesure de sauvegarde transitoire pour une deuxième période de 12 mois.

Sur la question précise qui fut soulevée en appel, le Groupe spécial constata que « (...) l'article 6 § 10 est muet quant à la date à partir de laquelle doit être calculée la période d'application de la limitation. (...) La question à trancher pour le Groupe spécial est donc de savoir si le silence de l'A.T.V. sur ce point doit être interprété comme l'interdiction d'une pratique qui était expressément admise dans le cadre de l'A.M.F. et, dans l'affirmative, quelle devrait être la date à compter de laquelle calculer la période d'application des limitations dans le cadre de l'A.T.V. » (77).

Ayant constaté que l'article 6 § 10 « est muet quant à la date à partir de laquelle doit être calculée la période d'application de la limitation » et ayant décrit le problème comme « une question technique concernant la date d'ouverture d'une période contingente » (78), le Groupe spécial se détournait en fait de l'A.T.V. pour passer aux dispositions de l'Accord général, en l'occurrence à l'article X § 2. Il estima en outre que la mesure de limitation

(77) Rapport du Groupe spécial, § 7.62. Souligné par l'Organe d'appel.

(78) *Ibid.*, § 7.63.

prise à des fins de sauvegarde était « une mesure d'application générale » au sens de l'article X § 2 (79) et conclut que

« ... la pratique habituellement suivie dans le cadre de l'A.M.F. qui consistait à fixer le début de la période d'application de la limitation à la date de la demande de consultations ne saurait être maintenue dans le cadre de l'A.T.V. Si le pays importateur publie la durée et le niveau de la limitation envisagés après sa demande de consultations, il pourra par la suite fixer la date du début de la période d'application de la limitation à celle de la publication de la limitation envisagée. En l'espèce, les Etats-Unis ont violé leurs obligations au titre de l'article X § 2 du G.A.T.T. et, par conséquent, de l'article 6 § 10 de l'A.T.V. en fixant au 27 mars 1995 le début des 12 mois de la période d'application de la limitation. En revanche, s'ils l'avaient fait débiter le 21 avril 1995, date qui était celle de la publication de l'information concernant la demande de consultations, ils n'auraient pas agi de manière incompatible avec le G.A.T.T. de 1994 ou l'A.T.V. relativement à la période d'application de la limitation. Les Etats-Unis font valoir qu'ils n'ont pas mis en vigueur la limitation avant le 23 juin 1995. Le Groupe spécial prend note de cet argument. Toutefois, dans la mesure où la limitation a été appliquée à des exportations costa-riciennes qui avaient été effectuées avant la publication, elle a été mise en œuvre et partant mise en vigueur au sens de l'article X § 2 du G.A.T.T. de 1994 » (80).

Le Groupe spécial recommanda à l'O.R.D. de demander aux Etats-Unis de mettre la mesure contestée en conformité avec l'Accord A.T.V. Il indiqua que la meilleure façon de réaliser cette mise en conformité était d'abroger dans les moindres délais la mesure incompatible avec les obligations des Etats-Unis et de supprimer immédiatement la restriction imposée par cette mesure.

Combien même le rapport lui était favorable, le Costa Rica notifia néanmoins à l'O.R.D. sa décision d'attaquer le rapport de *panel*. L'appel portait uniquement sur les conclusions du Groupe spécial relatives à la date d'application effective admissible pour la mesure de sauvegarde transitoire prise par les Etats-Unis. Il affirma que les panelistes ont commis une erreur en constatant que la mesure de limitation prise par les Etats-Unis pouvaient avoir un effet juridique entre la date de la publication de la demande de consultations dans le *Federal Register* et la date de l'application de la mesure. Il estima que, puisque l'article XIII § 3 b) de l'Accord général interdit d'une manière générale l'application rétroactive des contingents d'importation, une mesure de sauvegarde transitoire ayant pour effet de restreindre les importations ne pourrait être appliquée rétroactivement que si l'article 6 de l'A.T.V. l'autorisait expressément, ce qui n'était pas le cas. Il fut d'avis qu'une telle mesure de sauvegarde ne pouvait couvrir un contingent d'application rétroactive.

L'Organe d'appel était d'accord avec le Groupe spécial pour constater que la mesure de limitation des Etats-Unis était à juste titre considérée

(79) *Ibid.*, § 7.65. Souligné par l'Organe d'appel.

(80) *Ibid.*, § 7.69.

comme une « mesure d'application générale » aux fins de l'article X § 2 de l'*Accord général*. De même, il partageait l'avis du Groupe spécial sur le silence de l'article 6 § 10 de l'*A.T.V.* quant à la question de la rétroactivité d'une mesure de limitation prise à des fins de sauvegarde.

Pour autant, il ne confirma pas les conclusions du Groupe spécial. Selon lui, le silence de l'article 6 § 10 de l'*A.T.V.* n'autorisait pas les panelistes à s'en détourner pour passer aux dispositions de l'*Accord général*. Il estima que la réponse à la question devait être trouvée dans l'article 6 § 10 lui-même — dans son texte et son contexte — considéré à la lumière de son objet et de son but.

L'Organe d'appel estima que compte tenu du fait que l'article 6 § 10 de l'*A.T.V.* n'autorisait pas expressément à appliquer rétroactivement une mesure de limitation prise à des fins de sauvegarde, le texte même de l'article 6 § 10 donnait à penser qu'une telle mesure ne pouvait être appliquée que de manière prospective. L'Organe d'appel introduisait donc un élément de présomption qu'il jugeait approprié pour des mesures limitatives ou privatives.

Passant au contexte de l'article 6 § 10 — englobant selon lui l'ensemble de l'article 6 —, l'Organe d'appel précisa que les mesures de sauvegarde transitoires devaient être appliquées « avec la plus grande modération possible » (art. 6 § 11) d'une part, et en conformité avec les dispositions de l'article 6 et de la mise en œuvre effective de processus d'intégration résultant de l'*A.T.V.*, d'autre part. D'après lui, le fait de voir dans l'article 6 § 10 l'autorisation d'appliquer rétroactivement une mesure de limitation encouragerait un retour à la pratique de l'application rétroactive des mesures de limitation, qui semblait généralisée dans le régime de l'*A.M.F.* (régime qui a maintenant pris fin). Le fait que la disposition expresse figurant dans l'*A.M.F.*, qui permettait de donner effet rétroactivement à une mesure de limitation, n'est pas reprise dans l'*A.T.V.* renforce, selon l'Organe d'appel, la présomption qu'une telle application rétroactive n'est plus autorisée. Le *statu quo ante* reviendrait, ajoutait-il, à enlever de sa rigueur au libellé soigneusement négocié de l'article 6 § 10, qui reflète un équilibre établi de droits et d'obligations entre les Membres, en donnant plus de possibilités au Membre importateur de restreindre l'entrée sur son territoire de produits pour lesquels aucune pratique commerciale déloyale (dumping, fraude ou pratique destinée à induire en erreur quant à l'origine) n'est alléguée ou prouvée à l'exportation.

En outre, considérer que l'article 6 § 10 autorisait d'une manière ou d'une autre la mise en vigueur ou l'application rétroactive automatique d'une mesure de limitation reviendrait, aux yeux de l'Organe d'appel, à réduire l'utilité et l'importance des consultations préalables avec le membre exportateur concerné.

§ 2. De la structuration d'un « droit international de la concurrence »

Ce chapitre aborde l'analyse des règles substantielles dégagées jusqu'ici par la jurisprudence de l'Organe d'appel. Il est de plus en plus manifeste que les « juges » de Genève s'efforcent de donner aux règles fondatrices du G.A.T.T./O.M.C. (N.P.F., traitement national, non-discrimination) une cohérence et une efficacité évidentes à tel point qu'une certaine conception — intégrationniste ? — du commerce mondial commence à pointer son nez. Une étude comparative avec la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes semble corroborer cette impression.

Ce commentaire porte sur les 4 grands rapports — du point de vue des règles substantielles de concurrence qui y sont affirmées — rendus dans les affaires *essence, boissons alcooliques, hormones et périodiques*.

A) *L'Affaire Etats-Unis — Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules (Affaire de l'essence)*

Le litige posait le problème du contrôle, au regard des obligations commerciales, de la validité d'une réglementation environnementale d'un Etat membre. Dès ce premier rapport (81), l'Organe d'appel a confirmé les pouvoirs importants qui sont les siens en vertu de l'article 17 § 13 du *Mémorandum d'accord* : « (...) *confirmer, modifier ou infirmer les constatations et les conclusions juridiques du groupe spécial* ».

Pour lutter contre la pollution atmosphérique, les Etats-Unis décidèrent d'imposer le respect d'une série de normes de qualité à l'essence vendue sur leur marché national. A cet effet, seule la vente d'essence présentant un certain degré de propreté (« essence nouvelle formule ») était autorisée dans les régions les plus polluées des Etats-Unis. Dans le reste du pays, la même réglementation prévoyait que la charge polluante ne pouvait dépasser le niveau atteint par chaque opérateur en 1990 ou satisfaire à des normes générales plus strictes que les normes individuelles (« essence ancienne formule »).

Concrètement cela signifie, pour l'essence ancienne formule, qu'un raffineur national dont la qualité de l'essence vendue en 1990 était inférieure à celle exigée par le niveau de base réglementaire pouvaient continuer à écouler le même volume d'essence à partir de 1995. Par conséquent, en terme économique, le raffineur national n'était pas contraint de procéder rapidement à une modification coûteuse de ses installations de production.

(81) WT/DS2/AB/R et WT/DS4/AB/R. V. le commentaire de M. Gustavo NOGUEIRA, « The First WTO Appellate Body Review : United States — Standards for Reformulated and Conventional Gasoline », *Journal of World Trade*, vol. 30, n° 6, Décembre 1996, pp. 5-30; et celui de Eric ROBERT, « L'affaire des normes américaines relatives à l'essence — Le premier différend commercial environnemental à l'épreuve de la nouvelle procédure de règlement des différends de l'O.M.C. », *R.G.D.I.P.* 1997-1, pp. 92-140.

L'importateur et le mélangeur ne bénéficiaient pas du même régime. Ils étaient soumis au niveau de base réglementaire sauf s'ils pouvaient se prévaloir d'un niveau de base individuel. Par conséquent, les raffineurs étrangers étaient contraints soit d'améliorer la qualité de leur essence en procédant à des investissements considérables, soit d'abaisser leurs prix s'ils désiraient maintenir la même qualité.

Se posa dès lors le problème de la licéité de la loi en cause à l'égard du droit de l'O.M.C.

Le Venezuela et le Brésil n'ont pas manqué de soulever ce problème en alléguant que la mesure américaine violait les articles I (clause N.P.F.), III § 1^{er} et III § 4 (traitement national) du G.A.T.T. 1994 ainsi que l'article 2 § 2 de l'Accord sur les barrières non tarifaires. Les Etats-Unis soutinrent en revanche que la mesure en cause bénéficiait de l'exception de l'article XX du G.A.T.T. (exceptions générales) qui permet la prise de mesures dérogatoires notamment lorsque celles-ci sont nécessaires à la protection de la vie et de la santé (§ b), ou lorsque l'application des lois ou règlements non incompatibles avec l'Accord nécessite leur intervention (§ d) ou lorsque les mêmes mesure se rapportent à la conservation de mesures épuisables (§ g).

Aussi bien le Groupe spécial que l'Organe d'appel conclurent que la réglementation américaine en cause constituait « un moyen de discrimination arbitraire ou injustifié » et « une restriction déguisée au commerce international », circonstances qui interdisent d'invoquer les exceptions de l'article XX.

1) *L'examen devant le Groupe spécial*

Le Groupe spécial chargé d'examiner le litige avait basé l'essentiel de ses conclusions sur l'applicabilité de l'article III § 4 aux termes duquel « *les produits du territoire de toute partie contractante importés sur le territoire de toute autre partie contractante ne seront pas soumis à un traitement moins favorable que le traitement accordé aux produits similaires d'origine nationale en ce qui concerne toutes lois, tous règlements ou toutes prescriptions affectant la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution et l'utilisation de ces produits sur le marché intérieur. Les dispositions du présent paragraphe n'interdiront pas l'application de tarifs différents pour les transports intérieurs, fondés exclusivement sur l'utilisation économique des moyens de transport et non sur l'origine du produit* ».

Selon le Groupe spécial, cet article supposait de la part du plaignant la preuve que le traitement accordé par la mesure litigieuse était moins favorable au produit importé que celui accordé aux *produits similaires* d'origine nationale. Toutefois, le Groupe spécial dû trancher le litige préalable tenant aux critères de définition de l'expression « produits similaires ». Tandis que les plaignants s'en tinrent à l'expression « produits similaires », les

Etats-Unis utilisèrent un terme différent, celui de « parties en situation similaire ». Pour résoudre ce problème, le Groupe spécial fit appel aux règles coutumières d'interprétation visées à l'article 3 § 2 du Mémorandum d'accord. Il se pencha notamment sur la « *pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établie l'accord des Parties à l'égard de l'interprétation du traité* » conformément à l'article 31 § 3 c) de la Convention de Vienne. Invoquant le raisonnement des Groupes spéciaux antérieurs (82), le Groupe spécial avança que le terme « similaire » nécessitait une analyse au cas par cas en fonction de certains critères non limitatifs : l'utilisation finale sur un marché donné, les goûts et les habitudes des consommateurs, les propriétés, la nature et la qualité d'un produit ainsi que la place du produit dans la classification tarifaire.

De même, pour déterminer le sens des termes « *ne seront pas soumis à traitement moins favorable* » utilisées à l'article III § 4, le Groupe spécial s'inspira d'un rapport antérieur rendu en novembre 1988 dans l'affaire *de L'article 337 de la loi douanière de 1930* (83). D'après ce rapport, l'article III § 4 devait viser non seulement l'égalité formelle mais aussi l'égalité de fait entre les produits importés et les produits nationaux.

Fort de ces constatations, le Groupe spécial estima que l'article III § 4 de l'Accord général était applicable en l'espèce et que l'essence importée et l'essence américaine constituaient des produits similaires. Il affirma ensuite que la réglementation américaine en cause était effectivement incompatible avec l'article III § 4 dans la mesure où l'essence importée était soumise à un régime moins favorable que l'essence nationale. Par ces motifs, il donna gain de cause aux parties plaignantes et constata que, comme les méthodes d'établissement des niveaux de base empêchaient en fait l'essence importée de bénéficier de conditions de vente aussi favorables que celles accordées à l'essence nationale, l'essence importée était soumise à un traitement moins favorable que le traitement accordé à l'essence nationale (84).

Le Groupe spécial rejeta une à une les prétentions des Etats-Unis. Tout d'abord, il écarta la thèse américaine selon laquelle le traitement national serait respecté car globalement l'essence importée était soumise à un traite-

(82) Japon — Droits de douane, fiscalité et pratique en matière d'étiquetage concernant les vins et les boissons alcooliques importés, rapport adopté le 10 novembre 1987, I.B.D.D., S34/92 par. 5.6; Etats-Unis — Taxes sur le pétrole et certains produits d'importation, rapport adopté le 17 juin 1987, I.B.D.D., S34/75, par. 5.1.1.

(83) Etats-Unis — L'article 337 de la loi douanière de 1930, I.B.D.D., S36/486, § 5.11.

(84) Ce traitement moins favorable réservé à l'essence importée était illustré par le cas d'un lot d'essence importée qui était chimiquement identique à un lot d'essence nationale, lequel était conforme au niveau de base individuel de son raffineur, mais non au niveau de base réglementaire. Dans ce cas, la vente du lot d'essence importée le premier jour d'une période annuelle obligerait l'importateur pendant le reste de la période à vendre dans l'ensemble une essence plus propre afin de rester en conformité avec la réglementation sur l'essence, alors que l'essence nationale de même qualité pourrait être vendue pendant toute l'année.

ment similaire à celui qui était accordé à l'essence provenant des parties nationales en situation similaire.

Le Groupe spécial invalida également l'argument américain selon lequel il y aurait eu dans l'ensemble égalité de traitement entre l'essence nationale et l'essence importée. Confirmant les constatations établies dans une affaire antérieure (*Etats-Unis — L'article 337 de la Loi douanière de 1930*, rapport adopté en novembre 1989), il constata que, dans le cadre de l'article III, le traitement moins favorable de certains produits importés ne pouvait être équilibré par le traitement plus favorable d'autres produits importés.

De même, le Groupe spécial rejeta les allégations américaines tirées de la compatibilité de la réglementation incriminée avec l'article XX b). Cette disposition autorise les Membres de l'O.M.C. à prendre des mesures, par ailleurs incompatible avec d'autres dispositions de l'Accord général, si elles sont « *nécessaires à la protection de la santé, de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux* ». Ni les plaignants ni les panelistes ne refusèrent le point de vue américain selon lequel la Réglementation sur l'essence étaient nécessaires pour atteindre les objectifs généraux déclarés compte tenu des émissions des véhicules à moteur qui causaient environ la moitié de la pollution de l'air. Rappelant toutefois qu'une mesure ne pouvait être considérée comme « nécessaire » au sens de l'article XX b) « *que s'il n'y avait pas d'autres mesures compatibles, ou moins incompatibles, avec l'Accord général* » (*Thaïlande — restrictions à l'importation et taxes intérieures touchant les cigarettes*, rapport adopté en novembre 1990), le Groupe spécial constata que le fait d'avoir empêché l'essence importée de bénéficier de conditions de vente aussi favorables que celles qui résultaient, pour l'essence nationale, de l'établissement d'un niveau de base individuel propre au producteur n'était pas nécessaire pour atteindre l'objectif général de la Réglementation sur l'essence. Il aurait été possible, conclut le Groupe spécial, d'appliquer des méthodes d'établissement des niveaux de base aux entités intervenant dans le commerce de l'essence importée de façon à accorder à celle-ci un traitement compatible, ou moins incompatible, avec l'Accord général. Cette analyse s'appuya sur une interprétation restrictive de l'article XX b), confirmant en cela le raisonnement des groupes spéciaux du G.A.T.T.

En résumé, ce raisonnement exige que la partie soulevant l'exception prévue aux termes de l'article XX b) devra faire une triple démonstration. Elle doit prouver que la politique dans laquelle s'inscrit la mesure pour laquelle la disposition est invoquée entre dans les catégories des politiques visées à l'alinéa b) : protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou préservation des végétaux. Ensuite, elle doit prouver que la mesure est nécessaire pour atteindre les objectifs de ladite politique. Enfin, il doit être établi que la mesure en cause satisfait aux prescriptions du préambule de l'article XX, à savoir qu'elle ne constitue pas une discrimina-

tion arbitraire ou injustifiée entre les pays où les mêmes conditions existent ou une restriction au commerce international.

Ayant constaté l'absence de nécessité de la mesure en cause, le Groupe spécial estima qu'il était inutile d'aller plus loin dans l'analyse et décida de rejeter l'application de l'exception. Quant aux critères de définition de la « nécessité », il rappela la jurisprudence constante du G.A.T.T. : une mesure n'est jugée nécessaire que s'il apparaît que l'Etat ne dispose pas d'autres mesures compatibles ou moins incompatibles avec l'Accord général et dont on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'il les utilise. Il incombe à l'Etat qui invoque l'exception d'apporter la preuve contraire qu'il ne dispose raisonnablement d'aucune mesure compatible avec l'Accord général. Dans le cas d'espèce, le Groupe spécial estima qu'il aurait été possible d'adopter d'autres mesures que celles effectivement mises en œuvre par les Etats-Unis. Il cita l'exemple des mesures proposées par l'Agence de protection de l'environnement (EPA), pourtant refusées par le Congrès américain, mais qui aurait permis aux raffineurs étrangers de se prévaloir également d'un niveau de base individuel.

Enfin, le Groupe spécial rejeta le motif américain tiré de l'applicabilité de l'article XX g). Cette disposition autorise les Membres de l'O.M.C. à prendre des mesures, par ailleurs incompatibles avec l'Accord général, *« se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables, si de telles mesures sont appliquées conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales »*.

Les conditions d'admissibilité des mesures incompatibles au regard de l'exception prévue à l'article XX g) sont draconiennes. Le Groupe spécial rappela, à l'instar de ses prédécesseurs, l'obligation de fournir une quadruple démonstration. La mesure doit entrer dans le cadre des politiques relatives à la conservation des ressources naturelles épuisables. Elle doit ensuite se rapporter à cette politique de conservation des ressources naturelles épuisables. En outre, elle doit être appliquée conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales. Enfin, elle doit être appliquée de façon à respecter les conditions du paragraphe introductif de l'article XX.

Les Etats-Unis affirmèrent que l'air pur était une ressource naturelle épuisable au sens de l'article XX g) puisqu'il pouvait être épuisé par des polluants comme ceux qui étaient émis lors de la consommation d'essence. Par ailleurs, ils invoquèrent une atteinte indirecte à l'environnement, l'air pur contaminé pouvait lui-même engendrer la dégradation d'autres ressources naturelles épuisables comme les lacs, les cours d'eau, les forêts, etc. Les plaignants soutinrent que l'article XX g) visait les ressources naturelles susceptibles d'être épuisées d'un point de vue quantitatif (pétrole, charbon,...) et non point celles susceptibles d'être épuisées de façon qualitative.

Le Groupe spécial souscrit à la thèse défendue par les Etats-Unis : « *l'air pur était une ressource (il avait une valeur) et il était naturel. Il pouvait être épuisé* ». Ainsi, il fut d'avis qu'une politique visant à limiter l'épuisement de l'air pur était une politique visant à la conservation d'une ressource naturelle au sens de l'article XX g) (85). Toutefois, le Groupe spécial affirma qu'il n'existait aucun lien direct entre le traitement moins favorable de l'essence importée et l'objectif des Etats-Unis visant l'amélioration de la qualité de l'air dans le pays. Autrement dit, la Réglementation sur l'essence ne « *se rapportait (pas) à* » la conservation d'une ressource naturelle. Le Groupe spécial se référa à un rapport d'un Groupe spécial institué dans le cadre du G.A.T.T. de 1947 pour définir l'expression « *se rapporter à* » : « (...) *s'il n'était pas impératif qu'une mesure commerciale soit nécessaire ou essentielle pour la conservation d'une ressource naturelle épuisable, il fallait cependant que cette mesure vise principalement à la conservation d'une ressource naturelle épuisable pour qu'elle soit considérée comme* » se rapportant à « *la conservation, au sens de l'article XX g)* » (86).

En définitive, le Groupe spécial conclut que les méthodes d'établissement des niveaux de base utilisées par les Etats-Unis étaient incompatibles avec la « *clause du traitement national* » (article III) et ne pouvaient être justifiées au titre des exceptions générales des paragraphes b), d) ou g) prévues aux termes de l'article XX de l'Accord général. Le raisonnement du *panel* s'effectua en deux temps : la partie défenderesse était libre d'établir ses propres objectifs écologiques ; toutefois, elle était tenue de chercher à les atteindre par le biais de mesures compatibles avec les dispositions de l'Accord. Le *panel* demanda ainsi à l'O.R.D. de recommander aux Etats-Unis de mettre la mesure incriminée en conformité avec les obligations découlant de l'Accord général.

Le rapport du Groupe spécial fut rendu le 29 janvier 1996. Les Etats-Unis notifièrent à l'O.R.D., à sa réunion du 21 février 1996, leur décision de faire appel et saisirent l'Organe d'appel. Le motif du recours se rapportait à la contestation de certaines questions de droit concernant l'interprétation donnée par le Groupe spécial de l'article XX et en particulier de l'article XX g).

(85) Examinant si les méthodes d'établissement des niveaux de base « *se rapportaient à* » la conservation de l'air pur, le Groupe spécial rappela que des groupes spéciaux antérieurs (voir par exemple Canada — Mesures affectant l'exportation de harengs et de saumons non préparés, rapport adopté en mars 1988) avaient interprété les termes « *se rapportant à* » comme signifiant « *visant principalement à* » la conservation d'une ressource. Il examina si les aspects précis de la Réglementation sur l'essence visaient principalement à la conservation d'une ressource naturelle épuisable.

(86) *Affaire Canada — Mesures affectant l'exportation de harengs et de saumons non préparés*, rapport adopté le 22 mars 1988, I.B.D.D., S35/106, § 4.4.

2) *L'expertise juridique devant l'Organe d'appel*

Les reproches formulés à l'encontre du rapport de *panel* étaient de trois ordres. Le premier portait sur la signification de l'expression « se rapportant à ». Le deuxième avait trait à la liaison entre l'examen du critère « se rapporter à » et le principe de non-discrimination. Le troisième concernait l'omission par le Groupe spécial de prendre en compte le texte introductif de l'article XX.

a) *La signification de l'expression « se rapportant à »*

Les Etats-Unis estimèrent erronée la conclusion du Groupe spécial selon laquelle les règles d'établissement des niveaux de base ne constituait pas une « mesure se rapportant à » la conservation des ressources naturelles « épuisables » au sens de l'article XX g).

L'Organe d'appel accepta cette prétention américaine en reprochant au Groupe spécial de n'avoir pas appliqué la règle fondamentale d'interprétation en droit international, à savoir l'éclairage du contexte, de l'objet et du but du traité (art. 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités), pourtant encouragée par le Mémoire d'accord (art. 3 § 2). Il affirma qu'« *il ne faut pas lire l'Accord général en l'isolant cliniquement du droit international public* » (87).

Pour apprécier le type de rapport entre la mesure et l'objectif poursuivi, l'Organe d'appel s'appuya sur le contexte de l'article XX. Il conclut que l'interprétation de l'expression « se rapportant à » devait passer par un examen au cas par cas. Le critère traditionnellement utilisé par le G.A.T.T. n'était pas totalement abandonné, mais l'Organe d'appel appliqua des critères un peu différents. Il essaya de déterminer si la mesure en cause avait une *relation* avec l'objectif environnemental de conservation de l'air pur. Dans le cas d'espèce, la réponse était affirmative. L'Organe d'appel reprit à son compte l'argument américain selon lequel la mesure se rapportait bien à la conservation. Cette relation, précisa-t-il, devait être substantielle et non pas simplement incidente ou accidentelle.

b) *Le lien entre l'examen du critère « se rapportant à » et le principe de non-discrimination*

Quant au rapport entre le critère « se rapportant à » de l'alinéa g) et le principe de non-discrimination, l'Organe d'appel constata que le raisonnement du Groupe spécial posait problème. Quelle était la mesure visée par le préambule de l'article XX ? S'agissait-il de la disposition contraire à l'article III § 4 ou de la discrimination elle-même ? Le Groupe spécial opta pour

(87) Rapport de l'Organe d'appel, p. 19.

cette dernière. En effet, il se demanda « *si le traitement moins favorable de l'essence importée visait principalement à la conservation des ressources naturelles, et non pas si la 'mesure' c'est-à-dire les règles d'établissement (...), 'visait principalement à' la conservation de l'air pur* » (88). D'après l'Organe d'appel, cette analyse aurait pour conséquence de renverser l'article XX. (...) *A notre avis, le groupe spécial a commis ici une erreur en se référant à sa conclusion juridique relative à l'article III § 4 au lieu de se référer à la mesure en question. (...) Le texte introductif de l'article XX indique clairement que ce sont les « mesures » qui doivent être examinées au regard de l'article XX g) et non la constatation juridique d'un « traitement moins favorable »* (89). L'Organe d'appel affirma pour sa part que la mesure ne représentait pas l'ensemble de la Réglementation sur l'essence ; seules les règles d'établissement des niveaux de base devaient être prises en considération pour l'analyse du critère « se rapportant à ».

Les Etats-Unis estimèrent en outre que le Groupe spécial avait commis une erreur en n'allant pas plus loin dans l'interprétation et l'application de l'article XX g) et en ne constatant pas que les règles d'établissement des niveaux de base satisfaisaient aux autres prescriptions de l'article XX g).

L'article XX g) requiert en effet que les mesures se rapportant à la conservation des ressources soient prises *conjointement avec* des restrictions à la production ou à la consommation nationales. L'Organe d'appel s'était prononcé sur cet aspect et donna gain de cause aux Américains. En interprétant les termes dans leur sens ordinaire, il fut d'avis que les termes « conjointement avec » étaient synonymes de « de concert avec » ou « concurrentement avec ». De même, il affirma que le terme « appliqué » lorsqu'il est utilisé en relation avec une mesure « (...) *peut être considéré comme indiquant que ladite mesure est 'en application', est 'en vigueur' ou 'a pris effet'* » (90). Ainsi, l'Organe d'appel conclut que la prescription de l'alinéa g) « *exig(e) que les mesures concernées imposent des restrictions non seulement en ce qui concerne l'essence importée mais aussi en ce qui concerne l'essence nationale. Cette clause établit une obligation d'impartialité dans l'imposition de restrictions, au nom de la conservation, à la production ou à la consommation de ressources naturelles épuisables* » (91).

En fait, le raisonnement de l'Organe d'appel permet pour la première fois de préciser l'application des critères de l'article XX g) d'une façon plus convaincante que par le passé. L'Organe d'appel se montrait dans cette affaire moins sévère que ne l'avaient été les précédents groupes spéciaux du G.A.T.T. (92).

(88) *Ibid.*, p. 17.

(89) *Ibid.*, p. 17.

(90) *Ibid.*, p. 23.

(91) *Ibid.*

(92) Voir notamment le rapport (non adopté) rendu dans l'Affaire Etats-Unis — Restrictions à l'importation de thon mexicain, soumis aux parties le 16 août 1991, DS21/R.

c) *La conformité de la mesure par rapport au préambule de l'article XX*

L'Organe d'appel précisa que la preuve que la mesure incriminée relevait d'un alinéa particulier n'était pas suffisant pour invoquer l'application de l'article XX. La mesure devait en plus satisfaire aux conditions du préambule de l'article XX. Selon l'Organe d'appel, l'esprit de celui-ci consistait à éviter tout comportement constitutif d'une forme d'abus de droit. Dès lors, il affirma que l'article XX devait assurer la protection de certains intérêts légitimes jugés supérieurs à ceux du commerce international. Cette interprétation était basée sur les travaux préparatoires du traité (93).

En l'espèce, l'Organe d'appel contesta la conformité de la mesure américaine par rapport au préambule de l'article XX. Il estima que les prétentions américaines pour justifier l'application discriminatoire étaient insuffisantes. D'après l'Organe d'appel, les Etats-Unis se seraient au contraire rendus responsables de deux omissions qui *« vont bien au-delà de ce qui est nécessaire au Groupe spécial pour déterminer qu'il y avait eu en premier lieu violation de l'article III § 4 »* (94). D'une part, ils avaient omis de prendre les mesures qui auraient permis de faire face aux problèmes administratifs entraînés par la vérification et le contrôle des niveaux de base des raffineurs étrangers. D'autre part, ils avaient omis de tenir compte des intérêts des importateurs et des raffineurs.

Dans son rapport adopté par l'O.R.D. le 20 mai 1996, l'Organe d'appel infirma les conclusions du Groupe spécial concernant l'article XX g) et constata que celui-ci avait commis une erreur de droit en ne se prononçant pas sur la question de savoir si les règles d'établissement des niveaux de base entraient dans le champ d'application du texte introductif de l'article XX du G.A.T.T. 1994. L'Organe d'appel fut d'avis que les règles d'établissement des niveaux de base étaient des *« mesures se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables »* et que *« ces mesures (étaient) appliquées conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales »* au sens de l'article XX g).

La « Haute autorité » conclut néanmoins que ces règles d'établissement des niveaux de base ne répondaient pas aux prescriptions établies dans le texte introductif de l'article XX car, dans leur application, elles constituaient à la fois une « discrimination injustifiable » et « une restriction déguisée au commerce international ». En conséquence, il conclut que, même si ces règles entraient dans le cadre de l'article XX g), elles n'étaient pas justifiées par l'article XX dans son ensemble. Autrement dit, l'Organe d'appel laissa intactes les conclusions du Groupe spécial en modifiant substantiellement le raisonnement de celui-ci.

(93) EPCT/C.II/50, p. 6, in *Index analytique : Guide des règles et pratiques du GATT*, 1995, Volume I, p. 610.

(94) Rapport, déjà cité, p. 32.

En estimant que le Groupe spécial saisi du litige avait commis des erreurs de droit, l'Organe d'appel démontra sa nouvelle fonction juridictionnelle. Ce « jugement » en appel constitue le premier contrôle exercé à l'égard des raisonnements juridiques développés dans les rapports de conciliation. Sur un plan général, il renforce le système de règlement des différends par une interprétation plus rigoureuse des dispositions de l'Accord général. Aussi n'était-il pas surprenant que les Etats-Unis se déclarèrent satisfaits de ce premier « jugement » et annoncèrent à la réunion de l'O.R.D. du 19 juin 1996 leur intention de s'y conformer.

B) *L'Affaire Japon — Taxes sur les boissons alcooliques (Affaire des boissons alcooliques)*

Cette affaire illustre parfaitement ce qu'est un litige commercial. La CE, le Canada et les Etats-Unis se plaignirent au sujet des taxes intérieures appliquées par le Japon sur les boissons alcooliques au titre de la loi japonaise sur la taxation des boissons alcooliques (95).

Un Groupe spécial du G.A.T.T. établi à la demande de la Communauté européenne avait déjà conclu en 1987 que certains aspects de la loi sur la taxation des boissons alcooliques étaient incompatibles avec les obligations qui incombait au Japon au titre de l'article III § 2 (96).

En particulier et après avoir constaté que certains produits étaient « similaires » (notamment le *shochu* japonais et la vodka), et d'autres « directement concurrents ou directement substituables » (97), le rapport de 1987 avait conclu que l'application aux produits importés de taxes plus élevées que celles frappant les produits nationaux était incompatible avec l'article III du G.A.T.T.

Le raisonnement du *panel* du G.A.T.T. s'est effectué en deux temps. Il déterminait en premier lieu si les produits importés et nationaux imposés étaient « similaires » ou « directement concurrents ou directement substituables ». Les critères de définition de la « similarité » étaient à la fois objectifs (tels que la composition et les procédés de fabrication des produits) et subjectifs (comme la consommation et l'utilisation par les consomma-

(95) WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R.

(96) Rapport du Groupe spécial de 1987 chargé d'étudier la question *Japon — Droits de douane, fiscalité et pratiques en matière d'étiquetage concernant les vins et les boissons alcooliques importés*.

(97) Le Groupe spécial avait rappelé ses constatations selon lesquelles les boissons alcooliques distillées, y compris toutes les qualités de *shochu* des types A et B, étaient des « produits directement concurrents ou directement substituables » au sens de la Note interprétative de l'article III § 2.

teurs) (98). Il vérifiait ensuite si la taxation était discriminatoire (première phrase de l'article III § 2) ou protectrice (deuxième phrase de l'article III § 2) (99). A cet effet, le Groupe spécial avait d'abord rappelé que l'article III § 2 protégeait le rapport compétitif escompté entre les produits importés et nationaux plutôt que le volume d'échanges escompté (100). Par conséquent, il n'avait pas jugé nécessaire d'examiner les effets quantitatifs sur les échanges de cette taxation fortement différente. Pour conclure enfin que l'application par le Japon de taxes intérieures considérablement moins élevées au *shochu* qu'aux autres boissons alcooliques distillées « directement concurrentes ou directement substituables » faussait le commerce de manière à protéger la production nationale de *shochu*. La loi japonaise était donc jugée incompatible avec les dispositions de l'article III § 1^{er} et III § 2, deuxième phrase. De même, le Groupe spécial du G.A.T.T. avait conclu que l'imposition de taxes plus élevées sur les liqueurs classiques et les vins mousseux d'une plus forte teneur en matières premières était incompatible avec la première phrase de l'article III § 2.

Ce rapport de 1987 fut adopté par le Conseil du G.A.T.T. Deux ans plus tard, le gouvernement japonais notifia l'édiction de certaines modifications pour s'y conformer (101). Concrètement, le Japon avait assujetti toutes les qualités de whisky/brandy à un taux unique. De même, il avait réduit de

(98) D'après le premier critère, le Groupe spécial avait conclu que les boissons alcooliques ci-après devaient être considérées comme des « produits similaires » au sens de l'article III § 2 : gin d'importation et de fabrication japonaise; vodka d'importation et de fabrication japonaise; whisky d'importation et de fabrication japonaise et « eaux-de-vie similaires au whisky par leur couleur, leur goût et leurs autres propriétés », brandy de raisin d'importation et de fabrication japonaise; brandy de fruits d'importation et de fabrication; liqueurs « classiques » d'importation et de fabrication japonaise; vins non mousseux non sucrés d'importation et de fabrication japonaise; vins mousseux d'importation et de fabrication japonaise. D'après le deuxième critère, le Groupe spécial du GATT avait conclu que le *shochu* japonais (Groupe A) et la vodka pouvaient être considérés comme des produits « similaires » au sens de l'article III § 2, étant donné qu'il s'agissait dans les deux cas d'eaux-de-vie blanches/sans mélange à base de matières premières similaires et que leurs utilisations finales étaient virtuellement identiques (elles étaient consommées soit telles quelles en tant que boissons du type « schnaps », soit dans divers mélanges).

(99) Le Groupe spécial avait conclu que les whiskies/brandies importés de la C.E.E. étaient assujettis à des taxes intérieures japonaises « supérieures à celles qui frappent les produits nationaux similaires ». Dès lors, la loi japonaise est incompatible avec la première phrase de l'article III § 2. De même, le Groupe spécial a conclu que l'application aux vins, eaux-de-vie et liqueurs importés de la C.E.E. de taxes *ad valorem* considérablement plus élevées que les taxes spécifiques frappant les vins, eaux-de-vie et liqueurs nationaux « similaires », était incompatible avec la première phrase de l'article III § 2.

(100) Voir L/6175, § 5.1.9.

(101) Jusqu'en 1987, la loi sur la taxation des boissons alcooliques divisait la catégorie du whisky/brandy en whisky et en brandy et subdivisait le whisky en trois qualités : qualité spéciale, première qualité et deuxième qualité. La catégorie du *shochu* était subdivisée en groupe A et groupe B. Des taux de taxation spécifiques étaient prévus pour chaque catégorie et sous-catégorie de boissons alcooliques. En outre, une taxe *ad valorem* était applicable notamment aux whiskies de qualité spéciale et de première et deuxième qualités dont le prix dépassait un certain seuil. Cette taxe n'était applicable à aucun des deux groupes de *shochu*. Suite à donner au rapport du Groupe spécial Japon — Droits de douane, fiscalité et pratiques en matière d'étiquetage concernant les vins et les boissons alcooliques importés, communication du Japon datée du 27 janvier 1989, distribuée le 2 février 1989 (document du GATT L/6465).

façon sensible les différences fiscales existant entre le whisky/brandy et le *shochu*.

Nonobstant ces modifications, la CE, les Etats-Unis et le Canada alléguèrent qu'il existait encore des différences substantielles en ce qui concernait l'imposition des produits « similaires » et « directement concurrents ou directement substituables » selon qu'ils étaient nationaux ou étrangers, lesquelles enfreignaient l'article III § 2. En l'occurrence, les parties plaignantes invoquèrent que la taxe appliquée à la *vodka* était toujours supérieure à celle frappant le *shochu*.

Le Groupe spécial de l'O.M.C. se prononça en faveur des allégations fournies par les parties plaignantes. Le Japon rejeta en bloc les griefs qui lui étaient reprochés et décida d'interjeter appel. De même, les Etats-Unis refusèrent en partie le raisonnement développé par le *panel* et décidèrent de faire appel.

1) *L'examen devant le Panel de l'O.M.C.*

Le rapport du Groupe spécial de l'O.M.C. ne fit pas œuvre novatrice dans son interprétation de l'article III. Il reprit presque entièrement les solutions dégagées par les groupes spéciaux antérieurs. En particulier, il confirma la méthode d'interprétation ainsi que les conclusions établies en 1987 par un Groupe spécial du G.A.T.T. (102).

a) *Sur la compatibilité avec l'article III § 2 première phrase*

Comme ses prédécesseurs, le Groupe spécial conclut que l'expression « produits similaires » devait être interprétée au cas par cas; aucun critère particulier n'étant *a priori* décisif. Il estima néanmoins qu'une interprétation *stricto sensu* s'imposait dans le cas de l'article III § 2, première phrase dans la mesure où celui-ci faisait une distinction entre produits similaires et produits directement compétitifs ou directement substituables — les premiers constituant une catégorie beaucoup plus large que les seconds. Le Groupe spécial fut d'avis que deux produits pouvaient être qualifiés de « similaires » dès lors qu'ils partageaient des caractéristiques physiques et des utilisations finales essentiellement semblables.

Prenant comme référence le marché japonais, le Groupe spécial de l'O.M.C. constata que parmi les produits en question, seule la *vodka* pouvait être qualifiée de « produit similaire » à la boisson japonaise appelée *shochu*. Le reste des produits étaient « directement concurrents ou directement substituables ». Etant donné que la *vodka* était plus fortement taxée que

(102) V. *supra*.

le *shochu*, le Groupe spécial conclut que la loi japonaise était incompatible avec l'article III § 2, première phrase.

b) *Sur la compatibilité de la mesure avec l'article III § 2, deuxième phrase*

Le Groupe spécial affirma en premier lieu que le critère décisif pour déterminer si deux produits étaient directement concurrents ou directement substituables était de savoir s'ils avaient des utilisations finales communes, indépendamment des similitudes concernant les caractéristiques. Sur ce point, il s'inspira également du raisonnement dégagé par le Groupe spécial antérieur de 1987. Celui-ci avait déjà affirmé que les eaux-de-vie aussi bien blanches que brunes étaient des produits directement concurrents ou directement substituables par rapport au *shochu*, aux termes de l'article III § 2, deuxième phrase. Pour parvenir à cette conclusion, le Groupe spécial de 1987 se fonda essentiellement sur la substituabilité des produits en cause du fait « de leurs prix respectifs, de leur disponibilité dans le commerce et de leurs autres rapports compétitifs mutuels » (103). Dans le cas d'espèce, le Groupe spécial de l'O.M.C. conclut qu'étant donné que le whisky de fabrication étrangère et le *shochu* se disputaient le même marché, il y avait incontestablement élasticité de substitution entre ces deux produits.

Le Groupe spécial examina ensuite la question de savoir si le Japon manquait à ses obligations au titre de l'article III § 2, deuxième phrase. A cet égard, il rappela la note interprétative relative à l'article III § 2 selon laquelle :

« Une taxe satisfaisant aux prescriptions de la première phrase du paragraphe 2 ne doit être considérée comme incompatible avec les dispositions de la deuxième phrase que dans le cas où il y a concurrence entre, d'une part, le produit imposé et, d'autre part, un produit directement concurrent ou un produit qui peut lui être directement substitué et qui n'est pas frappé d'une taxe semblable ».

En d'autres termes, si les produits directement concurrents ou directement substituables n'étaient pas frappés « d'une taxe semblable », et si la taxe en question avantageait les produits nationaux, l'Organe d'appel estima qu'une protection serait alors assurée à ces produits et il y aurait violation de l'article III § 2, deuxième phrase. Il convient de préciser que même si le rapport du Groupe spécial de 1987 n'avait pas mis l'accent sur la note interprétative, ses conclusions sur l'expression « de manière à protéger » avaient été les mêmes, puisqu'il établissait que les taxes japonaises plus élevées (c'est-à-dire différentes) frappant les boissons alcooliques importées et l'existence d'une substituabilité étaient « des éléments de preuve suffisants de l'existence de distorsions fiscales du rapport compétitif entre les

(103) Voir le rapport du Groupe spécial de 1987, *op. cit.*, § 5.7.

boissons alcooliques distillées importées et le shochu de production japonaise et qu'il en résulterait une protection de la production nationale de shochu » (104). Le Groupe spécial de l'O.M.C. souscrit également à cette conclusion. Il nota que pour conclure qu'une taxation différente assurait une protection, la différence de taxation ne devait pas être *de minimis* (105). A l'instar de ses prédécesseurs (106), il estima qu'il n'était pas nécessaire de démontrer l'existence d'un effet défavorable sur le niveau des importations, car l'article III visait de manière générale à offrir à ces importations des « possibilités effectivement équivalentes » pour ce qui était des conditions de concurrence.

De même, il estima que les parties plaignantes, à qui incombait la charge de la preuve, ne devaient pas établir l'objectif ou le but de la législation fiscale pour conclure que la taxation différente assurait une protection à la production nationale. De l'avis du Groupe spécial, la note interprétative donna à cet égard une interprétation de l'expression « de manière à protéger » figurant à l'article III § 1; les termes « frappé d'une taxe semblable » constituaient le critère approprié pour déterminer s'il y avait ou non violation de l'article III § 2, deuxième phrase, tandis que les termes « supérieures à » constituaient le critère approprié pour déterminer s'il y avait ou non violation de l'article III § 2, première phrase. En l'occurrence, le Groupe spécial estima que les indicateurs suivants étaient, entre autres, à prendre en considération pour déterminer si les produits visés en l'espèce étaient frappés d'une taxe semblable : taxe par litre de produit, taxe par degré d'alcool, taxation *ad valorem* et ratio taxe/prix.

Le Groupe spécial conclut en conséquence que les produits en cause n'étaient pas frappés d'une taxe semblable et que les taxes sur le *shochu* étaient plus faibles que celles appliquées aux autres produits en cause. Dès lors, une protection était assurée au *shochu* d'une manière incompatible avec les obligations incombant au Japon au titre de l'article III § 2, deuxième phrase.

Le Japon et les Etats-Unis firent appel de certaines questions de droit et de certaines interprétations du droit qui figuraient dans ce rapport. Les Communautés européennes, le Canada les Etats-Unis et le Japon déposèrent des communications en tant qu'intimés.

(104) *Ibid.*, § 5.11.

(105) Le Groupe spécial décida qu'il n'avait pas à définir de manière plus précise l'expression « *de minimis* » car dans le cas d'espèce les différences de taxation étaient importantes.

(106) Voir le rapport du Groupe spécial « Etats-Unis — Taxes sur le pétrole et certains produits d'importation » *op. cit.*, § 5.1.9; voir également le rapport du Groupe spécial *Mesures discriminatoires appliquées par l'Italie à l'importation de machines agricoles*, *op. cit.*, § 12.

2) *L'examen en appel*

a) *Les arguments des parties*

i. *Les arguments du Japon*

Sur la première phrase de l'article III § 2, le Japon estima que le Groupe spécial avait commis une erreur en ne tenant pratiquement pas compte de l'article III § 1, en particulier le membre de phrase « de manière à protéger la production nationale », en tant qu'élément du contexte de l'article III § 2. Il soutint aussi que le titre de l'article III faisait partie du contexte de l'article III § 2 et que l'objet et le but du G.A.T.T. de 1994 et de l'*Accord sur l'O.M.C.* dans son ensemble devaient être pris en compte pour interpréter l'article III § 2. A la lumière de ces considérations, il considéra que l'interprétation de l'article III § 2, première phrase, appelait un examen à la fois du but et de l'effet de la mesure en question. Faisant valoir que les consolidations tarifaires correspondantes indiquaient que ces produits n'étaient pas « similaires », le Japon soutint en outre que le Groupe spécial avait commis une erreur en accordant une importance excessive à la classification tarifaire pour arriver à sa constatation que le *shochu* et la vodka étaient des « produits similaires » au sens de l'article III § 2, première phrase.

Quant à la deuxième phrase de l'article III § 2, le Japon affirma que le Groupe spécial avait commis une erreur en n'interprétant pas correctement le principe énoncé à l'article III § 1, en particulier le membre de phrase « de manière à protéger la production nationale », et en accordant à tort une importance excessive au membre de phrase « pas frappé d'une taxe semblable » figurant dans la Note interprétative relative à l'article III § 2. Le Japon soutint par ailleurs que le Groupe spécial avait commis une erreur en n'examinant pas la question des différences *de minimis* à la lumière du principe sous-tendant le membre de phrase « de manière à protéger la production nationale »; le Groupe spécial avait examiné la question des différences *de minimis* uniquement en comparant les taxes sur la base d'une taxation par kilolitre de produit et par degré d'alcool.

Répondant aux points soulevés par les Etats-Unis dans leur communication en tant qu'appelant, le Japon alléguait que les arguments avancés par les Etats-Unis n'étaient pas fondés sur une compréhension correcte du système japonais de taxation des boissons alcooliques. Le Japon fit valoir que la loi sur la taxation des boissons alcooliques avait pour objet légitime d'assurer la neutralité et l'équité, en particulier l'équité horizontale, et qu'elle n'avait ni pour but ni pour effet de protéger la production nationale. Ainsi, il n'était pas juste, estima-t-il, de conclure que toutes les boissons alcooliques distillées étaient des « produits similaires » au regard de l'article III § 2, première phrase, ou de conclure que la loi sur la taxation des boissons

alcooliques était incompatible avec l'article III § 2 au motif qu'elle frappait les boissons alcooliques distillées importées d'une taxe supérieure à celle qui frappait les produits nationaux similaires.

ii. *Les arguments des Etats-Unis*

Les Etats-Unis souscrivirent aux conclusions générales du Groupe spécial, mais formèrent néanmoins un recours en appel. Ils alléguèrent qu'il y avait plusieurs erreurs dans les constatations du Groupe spécial et dans les interprétations du droit qu'il avait données pour arriver aux conclusions figurant dans son rapport. Les Etats-Unis soutinrent que le Groupe spécial avait mal interprété l'article III § 2, première et deuxième phrases, principalement en raison d'une compréhension erronée du lien entre l'article III § 2 et l'article III § 1. Ils firent valoir que le Groupe spécial n'avait pas tenu compte de l'article III § 1, dont ils estimèrent qu'il faisait partie intégrante du contexte à prendre en considération pour interpréter l'article III § 2, et l'article III en général. Les Etats-Unis affirmèrent que l'article III § 1^{er} énonçait l'objet et le but de l'article III et qu'il devait, par conséquent, être pris en considération dans toute interprétation du texte de l'article III § 2. Ils estimèrent que le Groupe spécial avait commis une erreur en s'en tenant au texte de l'article III § 2 pour en donner une interprétation.

Plus précisément, les Etats-Unis soutinrent que le Groupe spécial avait commis une erreur en constatant que la « similitude » pouvait être déterminée sur la seule base des caractéristiques physiques, de l'usage fait des produits par les consommateurs et de la classification tarifaire sans prendre également en considération le contexte et le but de l'article III, tels qu'ils étaient énoncés à l'article III § 1^{er} et sans examiner, en particulier, si des distinctions réglementaires étaient faites, dans le libellé de l'article III § 1, « de manière à protéger la production nationale ». Les Etats-Unis conclurent que le Groupe spécial s'était trompé dans son interprétation de l'article III § 2, première phrase : en n'interprétant pas ce dernier à la lumière de l'article III § 1, en conformité avec l'analyse faite dans l'affaire *Etats-Unis — Mesures affectant les boissons alcooliques et les boissons à base de malt* (107); en ne constatant pas que toutes les eaux-de-vie distillées constituent des « produits similaires » au regard de l'article III § 2, première phrase; et en établissant un lien entre les obligations en matière de traitement national et les consolidations tarifaires.

Les Etats-Unis estimèrent également que le Groupe spécial avait commis une erreur dans son interprétation des termes « *un produit directement concurrent ou un produit qui peut lui être directement substitué* », en n'examinant pas si une taxation différente était appliquée « *d'une manière contraire aux principes énoncés au paragraphe premier [de l'article III]* », c'est-à-dire

(107) Rapport du Groupe spécial adopté le 19 juin 1992, *I.B.D.D.*, S39/233.

« de manière à protéger la production nationale ». De plus, les Etats-Unis firent valoir que le Groupe spécial avait commis une erreur en utilisant l'élasticité-prix croisée comme étant le critère décisif pour déterminer si des produits étaient « directement concurrents ou directement substituables ».

Les Etats-Unis soutinrent, par ailleurs, que le Groupe spécial avait commis une erreur en n'examinant pas toute la gamme des produits en cause. Ils considérèrent également que le Groupe spécial s'était trompé dans son évaluation de la relation entre l'article III § 2 et l'article III § 4 lorsqu'il avait indiqué que les produits visés par ces deux dispositions n'étaient pas identiques.

Répondant aux allégations d'erreur formulées dans la communication du Japon en tant qu'appelant, les Etats-Unis affirmèrent que les dispositions de l'article III du G.A.T.T. de 1994 relatives au traitement national pouvaient s'appliquer à des mesures neutres quant à l'origine. Toutefois, ils estimèrent que les taxes appliquées par le Japon au titre de la loi sur la taxation des boissons alcooliques avaient effectivement pour but et pour effet de protéger la production nationale, et les rapports taxe/prix cités par le Japon ne constituaient pas une base appropriée pour évaluer la compatibilité avec les dispositions de l'article III § 2 des taxes appliquées au titre de la loi sur la taxation des boissons alcooliques.

iii. Les arguments de la Communauté européenne

La Communauté européenne souscrivit aux conclusions du Groupe spécial et accepta dans une large mesure les interprétations juridiques de l'article III § 2, première et deuxième phrases employées par le Groupe spécial. En revanche, bien qu'elle n'ait pas été entièrement satisfaite des conclusions du Groupe spécial concernant la gamme de produits qualifiés de « similaires » au regard de l'article III § 2, première phrase, la Communauté européenne fit valoir que ces conclusions avaient essentiellement trait à l'évaluation des faits et, par conséquent, n'étaient pas susceptibles de révision de la part de l'Organe d'appel.

Concernant l'article III § 2, deuxième phrase, la Communauté européenne soutint que le Groupe spécial n'avait pas établi que l'élasticité-prix croisée était le critère décisif pour déterminer que deux produits étaient directement concurrents ou directement substituables, mais qu'il avait au contraire établi que cette élasticité n'était que l'un des critères à prendre en considération. Elle considéra comme factuelles les constatations du Groupe spécial sur la question des rapports taxe/prix. Toutefois, si l'Organe d'appel jugeait nécessaire de statuer sur cette question, la Communauté européenne soutint que les rapports taxe/prix ne seraient pas le critère le plus approprié pour comparer les charges fiscales imposées par un système de taxes spécifiques. Elle considéra en outre que le Groupe spécial avait rai-

son de ne pas tenir compte du lien entre les différences de taxation et l'origine des produits.

Elle affirma ensuite que l'argument du Japon selon lequel la loi sur la taxation des boissons alcooliques n'était pas appliquée « de manière à protéger la production nationale » de *shochu* parce que le *shochu* était également produit dans d'autres pays et, par conséquent, n'était pas un « produit intrinsèquement national » reposait sur deux thèses erronées. Premièrement, la « production nationale » de *shochu* ne serait pas protégée si le même traitement fiscal était accordé au *shochu* étranger. Deuxièmement, le simple fait que le *shochu* était produit dans des pays tiers aurait suffi pour conclure que le *shochu* étranger pouvait bénéficier d'une taxation plus faible comme le *shochu* national et, partant, que la protection n'était pas accordée uniquement à la production nationale.

La Communauté européenne fut également d'avis que les Etats-Unis avaient tort d'attribuer au Groupe spécial l'affirmation selon laquelle les produits visés à l'article III § 2 et ceux visés à l'article III § 4 n'étaient pas équivalents.

iv. *Les arguments du Canada*

Le Canada limita ses communications et arguments à l'appel concernant l'article III § 2, deuxième phrase. Il souscrit aux interprétations juridiques données par le Groupe spécial de l'article III § 2, deuxième phrase, ainsi qu'à sa conclusion selon laquelle la loi sur la taxation des boissons alcooliques était incompatible avec l'article III § 2, deuxième phrase. Il soutint que le Groupe spécial avait constaté à juste titre que le membre de phrase « de manière à protéger » figurant à l'article III § 1^{er} n'appelait pas un examen à la fois du but et de l'effet d'une mesure pour déterminer si cette mesure protégeait la production nationale.

b) *Le raisonnement de l'Organe d'appel*

L'Organe d'appel confirma les conclusions du Groupe spécial selon lesquelles le *shochu* et la vodka étaient des produits similaires et le Japon, en frappant les produits importés de taxes supérieures à celles qui frappaient les produits nationaux similaires manquait à ses obligations au titre de l'article III § 2, première phrase. Il approuva l'approche traditionnelle du G.A.T.T. suivie par le Groupe spécial pour déterminer que deux produits étaient « similaires » et rejeta l'approche des « buts et des effets » prônée par le Japon ainsi que l'approche du « motif » proposée par les Etats-Unis.

De même, l'Organe d'appel approuva le raisonnement juridique suivi par le Groupe spécial pour déterminer si les produits importés et les produits nationaux « directement concurrents ou directement substituables » étaient

ou non « frappés d'une taxe semblable ». La « Haute Autorité » constata néanmoins que le Groupe spécial avait commis une erreur de droit en ne tenant pas compte de l'article III § 1^{er} pour interpréter l'article III § 2.

Plus précisément, l'Organe d'appel reprocha au Groupe spécial d'avoir fait disparaître la distinction entre la question de savoir si « des produits directement concurrents ou directement substituables » n'étaient pas « frappés d'une taxe semblable » et celle qui consistait à vérifier si la mesure fiscale en cause étaient appliquée « de manière à protéger » la production nationale. D'après l'Organe d'appel, si les « produits directement concurrents ou directement substituables » étaient « frappés d'une taxe semblable », il n'y aurait pas lieu, aux termes de la deuxième phrase de l'article III § 2, de pousser l'examen plus loin pour savoir si la taxe était appliquée « de manière à protéger » la production nationale. Mais si ces produits n'étaient pas frappés d'une taxe semblable, un complément d'enquête serait nécessaire.

A cet égard, l'Organe d'appel avait repris le raisonnement adopté par le Groupe spécial dans l'affaire *Japon — Boissons alcooliques* de 1987. D'après ce « précédent », pour examiner si une taxation différente est appliquée de manière à protéger la production, il est nécessaire de procéder au cas par cas à une analyse globale et objective de la structure de la mesure en question et de la manière dont elle est appliquée aux produits nationaux par rapport aux produits importés (108).

Malgré cette erreur, l'Organe d'appel reconnut néanmoins que le Groupe spécial avait eu raison de déduire que la loi sur la taxation des boissons alcooliques n'était pas compatible avec l'article III § 2 (109).

C) *L'Affaire des mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (Affaire des hormones)*

L'affaire des hormones, ayant opposé les Communautés européennes d'une part aux Etats-Unis et au Canada d'autre part, est très complexe (110). Plus qu'un simple différend commercial, elle portait sur le droit

(108) *Japon — Droits de douane, fiscalité et pratiques en matière d'étiquetage concernant les vins et les boissons alcooliques importés*, I.B.D.D., S34/92, § 5.11.

(109) L'Organe d'appel apporta également d'autres modifications d'importance mineure. Il déclara par exemple que le Groupe spécial avait commis une erreur de droit en ne faisant pas mention dans ses conclusions de tous les produits sur lesquels portait son mandat. Il conclut ainsi que le *shochu* et d'autres eaux-de-vie distillées et liqueurs relevant de la position 2208 du SH, à l'exception de la vodka, étaient également des « produits directement concurrentes ou directement substituables ». De même, l'Organe d'appel ne souscrit pas à l'observation formulée par le Groupe spécial au § 6.22 de son rapport selon laquelle distinguer entre « produits similaires » et « produits directement concurrents ou directement substituables » relevait d'une décision arbitraire. Au contraire, l'Organe d'appel estima qu'il fallait prendre une décision discrétionnaire pour examiner les diverses caractéristiques des produits dans chaque cas.

(110) V. le Rapport dans les doc. WT/DS26/AB/R et WT/DS48/AB/R.

des Etats membres de déterminer eux-mêmes leurs propres niveaux de protection sanitaire.

L'inquiétude des consommateurs européens quant à l'utilisation d'hormones à des fins anabolisantes chez les bovins n'a cessé de grandir à la suite de l'utilisation illicite de *diethylstilboestrol* (DES) dans la production de viande de veau en France, et d'incidents concernant des adolescents qui auraient souffert d'irrégularités hormonales. Il a été soupçonné que la viande de veau pourrait en être la cause. Les associations européennes de consommateurs ont demandé que celle-ci soit boycottée.

Elles eurent gain de cause, les directives 81/602, 88/146 et 88/299 interdisant l'administration au bétail d'hormones de croissance ainsi que la commercialisation dans la Communauté d'animaux et de leurs viandes auxquels ces substances ont été administrés.

Cependant, ces mesures communautaires ont fait l'objet d'une série de procès : devant la C.J.C.E. elle-même, devant les instances du G.A.T.T. et devant l'O.R.D.

La validité de l'interdiction fut pour la première fois mise en cause dans l'affaire *Fedesa* (111). La Cour de Luxembourg jugea toutefois que le Conseil, même s'il ne disposait pas de données scientifiques certaines quant aux dangers pouvant résulter de l'utilisation de ces substances par des éleveurs, n'avait ni violé le principe de sécurité juridique ni porté atteinte à la confiance légitime des opérateurs économiques affectées par l'interdiction. Il avait agi dans le cadre du pouvoir discrétionnaire qui correspond aux responsabilités politiques que les articles 40 à 43 (Politique agricole commune) du Traité lui attribuent (112).

En mars 1987, les Etats-Unis soulevèrent la question de l'interdiction communautaire dans le cadre de l'Accord du cycle de Tokyo relatif aux obstacles techniques au commerce (Accord O.T.C.). Faisant valoir que la directive communautaire n'était pas étayée par des informations scientifiques, le plaignant demanda l'établissement d'un groupe d'experts techniques (G.E.T.) au titre de l'article 14 § 5 de l'Accord O.T.C. pour examiner la question. Cette demande fut rejetée à la suite de la réponse des CE selon laquelle l'utilisation d'anabolisants était un procédé et une méthode de production (P.M.P.) et que les parties à l'Accord O.T.C. n'avaient pour obligation que celle de ne pas utiliser les P.M.P. pour contourner l'Accord. Le différend n'a pas été réglé.

Le 1^{er} janvier 1989, les Etats-Unis mirent en place des mesures de rétorsion sous la forme de droits *ad valorem* de 100 % applicables à une liste de produits importés des CE, lesquelles demandèrent, en conséquence, l'éta-

(111) Aff. C-331/88, arrêt du 13 novembre 1990, *Rec.* 1990-10, I-4023.

(112) Le même motif est repris dans l'arrêt C.J.C.E. du 5 mai 1998 *Maladie dite « de la vache folle »*, Aff. C-157/96, *Rec.* I-2211, § 97.

blissement d'un groupe spécial. Cette demande fut refusée par les Etats-Unis. Un Groupe d'étude mixte Etats-Unis/CE autorisa l'importation dans les CE de viande des Etats-Unis certifiée ne pas avoir été produite à l'aide d'hormones. A la suite de cet arrangement, les Etats-Unis retirèrent certains produits de la liste des produits soumis aux mesures de rétorsion, les autres produits communautaires repris sur cette liste y restant soumis. Le 19 juin 1996, les CE demandèrent l'établissement d'un groupe spécial pour examiner cette question. Le 15 juillet 1996, les Etats-Unis levèrent toutes les mesures de rétorsion.

La même année, les Etats-Unis et le Canada portèrent le conflit devant l'O.R.D. Selon ces pays, la Communauté n'avait pas respecté ses obligations découlant de l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires (Accord S.P.S.), lequel prévoit notamment que les mesures sanitaires des membres seront prises sur la base des normes ou recommandations internationales, auquel cas elles jouissent d'une présomption de compatibilité avec l'Accord S.P.S. et le G.A.T.T. de 1994 (art. 3 al. 1 et 2). Un niveau de protection plus élevé requiert une justification scientifique effectuée selon les techniques d'évaluation des risques élaborées par les organisations internationales compétentes (art. 3 al. 3 et 5 al. 1).

Aussi bien les panelistes que les membres de l'Organe d'appel furent d'avis que l'interdiction communautaire visait un niveau de protection plus élevé que celui prescrit par les standards internationaux tels que le *Codex Alimentarius*. Par conséquent, une justification scientifique s'imposait. Or, il s'est avéré que les preuves fournies par la Communauté étaient insuffisantes. Le *panel* et l'Organe d'appel invitèrent celle-ci à rendre les mesures en cause conformes aux obligations découlant de l'Accord S.P.S.

Les points les plus importants soulevés, quant au fond, dans cette affaire sont sans conteste celui ayant trait au *principe de précaution*, et celui relatif à la portée de l'autonomie législative des Etats membres.

1) Sur le principe de précaution

Selon les Communautés européennes, le principe de précaution serait une règle coutumière générale du droit international ou du moins un principe général de droit (113). Se référant plus particulièrement à l'article 5 §§ 1^{er} et 2 de l'Accord S.P.S., elles alléguèrent que l'application du principe de précaution signifiait qu'il n'était pas nécessaire que *tous* les scientifiques du monde entier soient d'accord sur la possibilité et l'ampleur du risque ni que *tous* les Membres de l'O.M.C. ou la plupart d'entre eux perçoivent et évaluent le risque de la même façon (114). Elles soulignèrent également que l'article 5 §§ 1^{er} et 2 ne prescrivait pas un type particulier d'évaluation des

(113) Communication des CE en tant qu'appelant, § 91.

(114) *Ibid.*, § 88.

risques et n'empêchait pas les Membres de faire preuve de prudence dans leur évaluation des risques (115). Elles ajoutèrent enfin que les mesures communautaires en cause étaient des mesures de précaution et qu'elles satisfaisaient aux prescriptions de l'*Accord S.P.S.* (116).

Les Etats-Unis contestèrent l'allégation européenne selon laquelle le principe de précaution serait une règle de droit international coutumier. Ils estimèrent qu'il s'agissait plutôt d'une approche que d'un principe (117).

Le Canada considéra lui aussi que le principe de précaution ne faisait pas encore partie intégrante du droit international public. Toutefois, il reconnut que le concept ou l'approche de précaution était un principe de droit *naissant* pouvant devenir un des principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées au sens de l'article 38 al. 1 c) du Statut de la Cour internationale de Justice (118).

Eu égard à cette controverse, l'Organe d'appel estima superflu et imprudent de prendre position. Toutefois, confirmant l'approche du Groupe spécial, il reconnut que ce principe en tant que tel, et sans indications textuelles précises à cet effet, ne saurait relever un *panel* de l'obligation d'appliquer les principes du droit international coutumier pour interpréter les dispositions de l'*Accord S.P.S.* (§ 124 du rapport). Autrement dit, le principe de précaution ne pouvait l'emporter sur les dispositions de l'article 5 §§ 1^{er} et 2 de l'*Accord S.P.S.*.

2) Sur la portée de l'autonomie législative des Etats membres

L'Organe d'appel reconnut clairement le droit — important et autonome — pour un Membre de décider d'établir pour lui-même un niveau de protection différent de celui auquel correspondait implicitement la norme internationale et de l'appliquer dans le cadre d'une mesure ou de l'incorporer dans une mesure qui n'était pas établie « sur la base de » la norme internationale (119). Ce niveau de protection approprié du Membre pouvait être, selon lui, plus élevé que celui prévu dans la norme internationale.

Il s'empressa toutefois de préciser qu'il ne s'agissait nullement d'un droit absolu (120). L'objet et le but de l'article 3 consistaient, selon lui, à favoriser l'harmonisation la plus large possible des mesures S.P.S. des Membres, tout en reconnaissant que ces derniers avaient le droit et le devoir de protéger la vie et la santé de leur population. Il ajouta que l'harmonisation des mesures S.P.S. avait pour ultime objectif d'empêcher que ces mesures exercent une discrimination arbitraire ou injustifiable entre les Membres ou

(115) *Ibid.*, § 94.

(116) *Ibid.*, § 98.

(117) Communication des Etats-Unis en tant qu'intimé, § 92.

(118) Communication du Canada en tant qu'intimé, § 34.

(119) *Ibid.*, p. 77.

(120) Rapport de l'Organe d'appel, p. 78.

qu'elles constituent une restriction déguisée au commerce international, sans pour autant empêcher les Membres d'adopter ou de faire appliquer des mesures qui sont à la fois « nécessaires à la protection » de la vie et de la santé des personnes et « fondées sur des principes scientifiques », et cela sans les obliger à modifier leur niveau de protection approprié. L'obligation de procéder à une évaluation des risques (art. 5 § 1^{er}), et la prescription relative aux « preuves scientifiques suffisantes » énoncée à l'article 2 § 2 étaient, d'après l'Organe d'appel, essentielles pour maintenir l'équilibre fragile qui a été soigneusement négocié dans l'*Accord S.P.S.* entre les intérêts partagés consistant à promouvoir le commerce international et à protéger la vie et la santé des êtres humains (§ 177 du rapport).

Que penser de ce verdict ? M. Pierre Didier a affirmé que « l'O.M.C. a considéré avec beaucoup moins de déférence que ne l'avait fait la C.J.C.E. (dans l'affaire *Fedesa*) le pouvoir politique du législateur national » (121). Et l'on pourrait légitimement craindre que la jurisprudence de l'O.M.C. ne vienne à saper un des acquis de la PAC, à savoir la quasi-interdiction d'importations de viande bovine en provenance des principaux producteurs mondiaux (122). De même, la même crainte se pose quant au maintien de l'embargo à l'encontre des aliments transgéniques dont l'effet nocif paraît également discuté (123).

Reste toutefois que cette affirmation mérite d'être nuancée. Car globalement, l'Organe d'appel a accepté bon nombre d'arguments de fond de l'Union européenne et n'a retenu qu'un seul des arguments étayant la condamnation formulée par le *Panel*. Il s'agit de l'insuffisance des preuves scientifiques démontrant l'existence d'un risque pour les consommateurs. Or, les études scientifiques qui ont été élaborées ne se rapportaient pas aux résidus dans la viande provenant d'animaux traités aux hormones.

Dès lors, la condamnation est loin d'être irréversible. L'Organe d'appel l'a d'ailleurs prévue : un avis scientifique en ce sens, même minoritaire, serait suffisant. L'Union européenne a déclaré pouvoir le fournir. Et c'est en toute confiance qu'on table à Bruxelles sur le maintien de la politique d'embargo.

D) *L'Affaire Canada — Certaines mesures concernant les périodiques*

Le commentaire du présent rapport (124) de l'Organe d'appel ne pose aucune difficulté particulière dans la mesure où il ne faisait que reprendre de façon substantielle les méthodes de raisonnement utilisées dans les pre-

(121) Cf. P. DIDIER, « Le règlement des différends commerciaux internationaux par l'Organisation mondiale du commerce », *Journal des tribunaux Droit européen*, n° 56, fév. 1999, p. 27.

(122) *Ibid.*

(123) *Ibid.*

(124) WT/DS31/AB/R.

miers rapports sur l'essence et les *boissons alcooliques*, notamment à propos des critères de définition de ce qu'on entend par « produits similaires » et « produits directement concurrents ou substituables ».

Une loi fiscale canadienne interdit l'importation de périodiques étrangers dont le contenu éditorial est identique à celui publié dans d'autres pays, mais dont la partie publicitaire vise spécifiquement le public canadien. En outre, certains de ces périodiques sont soumis à une taxe d'accises tandis que — dans le cadre d'un programme dit « d'aides aux publications » — plusieurs périodiques nationaux bénéficient de tarifs postaux subventionnés.

Les Etats-Unis invoquèrent que la première de ces mesures constituait une restriction quantitative interdite par l'article XI du G.A.T.T., la deuxième une taxe discriminatoire prohibée par l'article III et la troisième une restriction discriminatoire affectant notamment la distribution de produits importés sur le marché intérieur.

L'incompatibilité de la première restriction avec l'article IX étant évidente, la question se posait devant le Groupe spécial de savoir si cette incompatibilité pouvait être rachetée par l'application de l'article XX d). Pour y répondre, il fallait procéder à une triple vérification. L'interdiction assurait-elle l'application des lois et règlements qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du G.A.T.T.? Etait-elle nécessaire pour l'assurer? Ne constituait-elle pas un moyen de discrimination arbitraire ou une restriction déguisée? A ces questions, les panelistes répondirent que l'article XX d) ne visait pas les mesures destinées à réaliser les objectifs de la loi incompatible (en l'occurrence favoriser la presse nationale), mais celles tendant à l'application de la loi en question. En l'espèce, l'interdiction d'importation ne constituait pas en tant que telle une mesure d'application de la loi fiscale (125).

S'agissant de la question de savoir s'il y avait violation de l'article III § 2 du G.A.T.T. de 1994, l'Organe d'appel confirma le raisonnement juridique du groupe spécial. En fait, celui-ci n'a fait que reprendre les critères servant à déterminer l'existence de « produits similaires » tels qu'ils avaient été établis dans le rapport de l'Organe d'appel sur les *boissons alcooliques*.

Malgré cette communauté d'analyse entre le Groupe spécial et l'Organe d'appel, ce dernier nota cependant que l'analyse factuelle était insuffisante. D'une part, il reprocha aux panelistes de ne pas avoir fondé ses constatations relatives à la similarité sur les pièces à conviction et les éléments de preuve qui lui ont été fournis. D'autre part, l'Organe d'appel infirma la constatation du Groupe spécial selon laquelle les périodiques importés à tirage dédoublé et les périodiques nationaux à tirage non dédoublé pouvaient être des produits similaires sur un seul exemple hypothétique établi

(125) § 5.10 du rapport de panel.

à partir d'un magazine d'appartenance canadienne (le *Harrowsmith Country Life*).

Enfin, l'accise et le régime postal subventionné furent considérés comme incompatibles. Malgré tout, le panel décida d'exempter celui-ci sur la base de l'article III § 8 b) du G.A.T.T. L'Organe d'appel s'y opposa en estimant qu'il ne s'agissait pas là de subventions accordées aux producteurs de périodiques mais aux postes canadiennes.

En définitive, force est de reconnaître que la politique de « préférence culturelle » menée par le gouvernement canadien dans le domaine particulier des périodiques n'a guère trouvé grâce aux yeux des instances de règlement des litiges de l'O.M.C. En l'occurrence, les exceptions prévues par l'article XX était d'une interprétation rigoureusement restrictive.

S'il est permis de donner une impression personnelle, non une conclusion, il est manifeste qu'un niveau plus élevé de libération des échanges semble réalisé par ces grands rapports résolus et cohérents de l'Organe d'appel. En effet, celui-ci a conféré à la notion de mesures d'effet équivalent des contours précis, participant dès lors à rendre les règles fondatrices du G.A.T.T./O.M.C. plus rationnelles et plus efficaces. Partant de cette constatation, il n'est pas interdit de prétendre que cette jurisprudence porte l'empreinte d'une certaine conception du commerce mondial. Et justement laquelle? Etablir un parallèle avec la jurisprudence de la Cour de Luxembourg relative à l'application des articles 30 à 36 du Traité de Rome permet de fournir des indications assez révélatrices.

§ 2. De la parenté de la pratique de l'Organe d'appel avec la jurisprudence communautaire

La suppression des barrières dans les échanges intra-communautaires a nécessité plus que la simple institution douanière. Davantage encore que par des obstacles tarifaires aux échanges, la circulation des marchandises entre les Etats membres peut être affectée par des restrictions quantitatives et plus particulièrement par des mesures d'effet équivalent à ces restrictions (MEERG). Celles-ci sont susceptibles de revêtir plusieurs aspects. Elles peuvent présenter le caractère de dispositions législatives et réglementaires ou de pratiques d'ordre social ou technique, d'orientation économique, ou de politique en matière de prix ou de réglementation administrative. L'interdiction de ces mesures occupe une place centrale dans la jurisprudence de la Cour de justice, les dispositions du Traité de Rome étant peu bavardes à ce propos.

Une analyse détaillée de cette jurisprudence, à la fois touffue et subtile, sort de l'objet de cette étude. L'on se bornera à indiquer ses aspects qui se rapprochent le plus de la pratique du G.A.T.T./O.M.C. Dans cette optique, et nonobstant le fait que le droit jurisprudentiel communautaire de la

concurrence et la pratique de règlement des différends de l'O.M.C. ne se confondent pas, deux éléments méritent d'être signalés : la connexité de certains concepts juridiques de base et la ressemblance de l'esprit général qui inspire les deux jurisprudences.

La C.J.C.E. a longtemps fait des règles de la libre circulation (art. 30 du Traité CEE) le « noyau dur » de l'Union économique (126). Ainsi, elle ne laissait que peu de marge de manœuvre aux Etats en soumettant leurs réglementations commerciales à un contrôle de nécessité et de proportionnalité (127). Ayant toujours déclaré illicite toute réglementation nationale susceptible d'entraver « *directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement* » le commerce intra-communautaire (128), la Cour avait considérablement limité l'application de l'article 30.

Le respect du critère de nécessité signifiait que les obstacles à la libre circulation des marchandises résultant de la disparité des législations nationales n'étaient acceptables que lorsqu'elles étaient « nécessaires » pour satisfaire à des exigences impératives de l'Etat d'importation (129). Le respect du critère de proportionnalité impliquait pour sa part que la réglementation

(126) Arrêt du 20 avril 1978, aff. jtes 80 et 81/77, *Commissionnaires Réunis et Ramel c. Receveur des douanes*, Rec., 1978, pp. 927-944; arrêt du 13 décembre 1983, aff. 218/82, *Commission c. Conseil*, Rec., 1983, pp. 4063-4075.

(127) Pareillement, le respect des articles 30 et suivants s'impose en matière d'aides d'Etat. La Cour a déclaré que « *le fait qu'une mesure nationale puisse être qualifiée d'aide au sens de l'article 92 n'est pas une raison suffisante pour l'exempter d'une interdiction de l'article 30* » car « *les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, celles relatives à l'élimination des discriminations fiscales et celles relatives aux aides poursuivent un objectif commun qui est d'assurer la libre circulation des marchandises entre Etats membres dans des conditions normales de concurrence* », arrêt du 7 mai 1985, aff. 18/84, *Commission c. France*, Rec., 1977, pp. 1339-1354, spéc. p. 1347, attendu n° 13; arrêt du 5 juin 1986, aff. 103/84, *Commission c. Italie*, Rec., 1986, pp. 1759-176, spéc. p. 1774, attendu n° 19.

Tel semble également le cas lorsque l'article 90 § 2, relatif aux entreprises chargées de la gestion de service d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal, s'applique. Arrêt du 10 juillet 1984, aff. 72/83, *Campus Oil*, Rec., 1984, pp. 2727-2757, spéc. p. 2747.

Toutefois, malgré leur portée générale, les articles 30 à 36 ne s'appliquent pas aux entraves aux échanges visées par d'autres dispositions du traité, notamment les entraves de nature fiscale ou d'effet équivalent (art. 95). Arrêt du 16 novembre 1977, aff. 13/77, *Inno c. Arab*, Rec., 1977, pp. 2115-2147; arrêt du 3 mars 1988, aff. 252/86, *Bergandi*, Rec., 1988, pp. 1343-1376. Reste cependant que ce texte entretient un rapport direct avec l'objectif général de libre circulation des marchandises. Et pour le point qui nous intéresse, la jurisprudence de la Cour présente également une parenté avec la pratique des groupes spéciaux. En précisant notamment les conditions d'application de l'article 95, la Cour semble accorder une place importante à deux notions bien connues du GATT de « produits similaires » et de « produits concurrents ». La discrimination entre les produits nationaux et les produits importés ne peut, selon la Cour, être mise en évidence que s'il y a une similitude ou tout au moins un « rapport de concurrence » entre les produits importés visés par la taxe, et les produits nationaux qui seraient favorisés. Le « rapport de concurrence » est plus fonction des usages des produits que de leur nature intrinsèque. Voir pour la bière et le vin, C.J.C.E., 9 juillet 1987, *Commission c. Royaume-Uni*, aff. 456-85, Rec. 3299; voir pour une différenciation ostensible des taux entre boissons nationales et d'origine extérieure, *Commission c. Grèce*, 18 avril 1991, aff. C. 230-89, Rec. I, 1909.

(128) Affaire *Dassonville* du 11 juillet 1974, Aff. 8/74, Rec. p. 837; Affaire *Cassis de Dijon* du 20 février 1979, Aff. 120/78, Rec. 649.

(129) Arrêt *Cassis de Dijon*, déjà cité.

tion devait être appropriée ou raisonnable (130) et non excessive par rapport à l'exigence visée (131). Il impliquait également que la mesure ne devait pas constituer une « discrimination arbitraire » ou une « restriction déguisée » (132).

Les développements de cette jurisprudence aboutissaient à soumettre à l'article 30 des mesures nationales purement internes, dès l'instant où elles affectaient les débouchés sur le territoire d'un autre Etat membre, même si elles ne visaient pas les opérations d'importation, ou les marchandises importées.

Dans son arrêt du 24 novembre 1993 rendu dans l'affaire *Keck et Mithouard*, la Cour a donné un coup d'arrêt brutal à cette jurisprudence (133). Cette affaire soulevait le problème de la compatibilité de la réglementation française interdisant la revente à perte dans la vente au détail de marchandises importées avec l'article 30 du Traité CEE (134). La question préjudicielle (art. 177 du Traité de Rome) posée à la Cour par le Tribunal de Grande Instance de Strasbourg, consistait à savoir si la mesure en cause constituait ou non une MEERQ à l'importation.

La Cour répondit qu'« *Etant donné que les opérateurs économiques invoquent de plus en plus l'art. 30 du Traité pour contester toute espèce de réglementations qui ont pour effet de limiter leur liberté commerciale, même si elles ne visent pas les produits en provenance d'autres Etats membres, la Cour estime nécessaire de réexaminer et de préciser sa jurisprudence en la matière* » (§ 14). Dorénavant, la Cour reconnût aux Etats le pouvoir légitime de réglementer, en l'espèce en matière de modalités de vente (135). Ainsi, l'exigence

(130) Arrêt du 17 décembre 1982, aff. 272/80, *Frans Nederlandse Maatschappij voor Biologische Produkten*, Rec., 1981, p. 3277, attendu n° 12.

(131) Arrêt du 12 mars 1983, aff. 155/82, *Commission c. Belgique*, Rec., 1983, pp. 531, 543, attendu n° 12; arrêt du 28 février 1984, aff. 247/81, *Commission c. RFA*, Rec., 1984, pp. 1111 et suiv., spéc. p. 1120, attendu n° 7.

(132) Arrêt du 10 novembre 1982, aff. 261/81, *Rau*, Rec., 1982, pp. 3961, 3961, 3973; arrêt du 15 décembre 1982, aff. 286/81, *Oosthoek's*, Rec., 1982, pp. 4575, 4600.

(133) Aff. C-267 et C-268/91. Pour un commentaire plus développé sur cet arrêt, cf. Emmanuel COULON, « Un revirement jurisprudentiel d'ampleur : l'Arrêt *Keck et Mithouard* », *Revue des Affaires Européennes*, n° 1/1994, pp. 59-62; cf. également le commentaire de M. A. MATTERA, « De l'arrêt *Dassonville* à l'arrêt *Keck* : obscure clarté d'une jurisprudence riche en principes novateurs et en contradictions », *Revue du Marché Unique Européen*, 1/1994, pp. 119-160.

(134) Il s'agit de l'art. 1^{er} de la loi de finances n° 63-628 du 2 juillet 1963 telle que modifiée par l'art. 32 de l'ordonnance n° 86-1234 du 1^{er} décembre 1986 prohibant la revente à perte.

(135) La Cour conclut que « *Contrairement à ce qui a été jugé jusqu'ici, n'est pas apte à entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce entre Etats membres, au sens de la jurisprudence Dassonville l'application à des produits en provenance d'autres Etats membres de dispositions nationales qui limitent ou interdisent certaines modalités de vente, pourvu qu'elles s'appliquent à tous les opérateurs concernés exerçant leur activité sur le territoire national, et pourvu qu'elles affectent de la même manière, en droit comme en fait, la commercialisation des produits nationaux et de ceux en provenance d'autres Etats membres* ». (§ 16) Ces législations échappent donc au domaine d'application de l'article 30. En revanche, continuent à tomber sous le coup de l'article 30 les mesures nationales qui sont de nature à « empêcher l'accès au marché », ou à entraver davantage la commercialisation des produits importés par rapport à celle des produits nationaux. De telles mesures demeurent interdites, sauf à être justifiées sur la base de l'article 36 ou

impérative de la libre circulation des marchandises a cessé d'être un élément de qualification des effets restrictifs. Par conséquent, le recours à l'article 30 devient inutile puisque la réglementation est présumée compatible avec le Traité (136). L'esprit qui a toujours guidé le raisonnement des *panels* du G.A.T.T./O.M.C. semble trouver son écho dans cette décision : les Etats peuvent légiférer en toute liberté si les mesures nationales préconisées ne gênent pas davantage les produits importés que les produits nationaux. Le critère devient alors l'aptitude d'une mesure à entraver le commerce intra-communautaire (137), et ce « *même si l'entrave est faible et s'il existe d'autres possibilités d'écoulement des produits importés* » (138).

Précisons que cette jurisprudence ne trouve à s'appliquer qu'en présence de mesures indistinctement applicables. Une mesure discriminatoire (qui vise les seuls produits importés, ou les seules opérations d'importation ou d'exportation) est en principe considérée comme une MEERQ prohibée. Toutefois, elle peut être rachetée pour des raisons exceptionnelles énumérées à l'article 36 (139). Cette disposition, qui recopie l'article XX de l'Accord général, se présente ainsi comme une dérogation à l'interdiction de principe des restrictions quantitatives et des MEERQ au sens de l'article 30 ou 34 du Traité de Rome. Selon une jurisprudence constante de la Cour, l'article 36 ne constitue pas une réserve de compétence exclusive des Etats membres. Il ne s'agit ni d'une clause de sauvegarde contre les répercussions économiques de l'ouverture des marchés ni une invitation à un protectionnisme caché. La Cour a précisé que l'article 36 ne vise que « *des hypothèses de nature non économique n'étant pas susceptibles de porter atteinte aux principes fixés par les articles 30 à 34* » (140). Ainsi, les Etats membres ne conservent qu'une marge de manœuvre minimale dans le domaine des mesures discriminatoires. Les seules mesures justifiées sont celles qui sont préalablement mises en évidence (141). Ensuite, l'article 36 ne permet d'autres causes de dérogation que celles qui y sont énumérées. Au surplus, les mesures nationales doivent être objectivement justifiées par la raison invoquée (142) et surtout respecter le principe de proportionnalité. Ce dernier signifie que, parmi plusieurs mesures intrinsèquement appropriées, les Etats doivent toujours choisir la plus inoffensive. Enfin, les restrictions ne

à répondre à des exigences impératives d'intérêt général de nature à primer les obligations découlant du principe de la libre circulation.

(136) Il en déduit un renversement de la charge de la preuve. L'Etat n'a plus à justifier la légitimité de sa mesure. Il incombe désormais à l'opérateur de démontrer l'existence d'une discrimination.

(137) C.J.C.E., 15 déc. 1993, *Hünernund e. a.*, aff. C. 292-92, *Rec. I*, 6787.

(138) C.J.C.E., 5 avril 1984, aff. jtes 177 et 178/80, *Van den Haar et Kavaka, Rec.*, 1984, pp. 1797-1813.

(139) Il s'agit des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé publique ou de la propriété industrielle et commerciale (art. 36, 1^{re} phrase).

(140) Arrêt du 19 déc. 1961, *Commission c. Italie*, 7/61, *Rec.* 1961, p. 693, à la p. 720.

(141) V. concl. CAPORTOTI devant l'arrêt *Gilli*, 26 juin 1980, aff. 788-79, *Rec.* 2071.

(142) C.J.C.E., *Commission c. France*, 23 fév. 1988, aff. 216-84, *Rec.* 793.

doivent comporter ni une discrimination arbitraire, ni une restriction déguisée dans le commerce intra-communautaire (art. 36, 2^e phrase du Traité de Rome). Le critère de la « discrimination arbitraire » peut s'entendre comme une inégalité de traitement grossière, non justifiée; le critère de la « restriction déguisée » vise principalement les cas de détournement d'un droit (143). Ces deux critères semblent ainsi rejoindre l'exigence du caractère objectivement justifiée de la mesure.

Il résulte de cette analyse de la jurisprudence de la Cour à propos de l'article 36 que celui-ci est d'interprétation stricte. Autrement dit, l'article 36 ne saurait en aucun cas permettre de tourner l'interdiction fondamentale d'entraver les échanges. Cette jurisprudence est en tous points semblable avec la pratique bien établie du G.A.T.T./O.M.C.

Ainsi, la mise en parallèle de la pratique du G.A.T.T./O.M.C. avec la jurisprudence de la Cour de Luxembourg démontre la communauté d'analyse de certains concepts juridiques de base. Visiblement, toutes les deux semblent partager la même conception du commerce interétatique. Dès lors, on peut prétendre que la réalisation d'un niveau élevé de libération du commerce mondial vise à promouvoir une vision « intégrationniste » des exigences de la libre circulation. Ce phénomène n'apparaît-il pas surprenant, voire choquant dans la mesure où les deux ordres juridiques réalisent des objectifs différents? Les Etats membres de l'O.M.C. n'ont que faire de la finalité « intégrationniste » du droit communautaire. La libre circulation ne se confond pas avec l'union économique et politique. Elle en constitue certes un élément essentiel (élimination des obstacles aux échanges intra-communautaires), mais guère suffisante.

CONCLUSION

La création de l'Organe permanent d'appel apparaît propre à limiter les risques de rapports juridiquement defectueux. Elle remplit trois missions fondamentales : garantir le sérieux du travail des groupes spéciaux, assurer le respect du principe de l'application régulière du droit (*due process*) dont l'absence est souvent invoquée pour se soustraire à la mise en œuvre des recommandations, et surtout assurer une certaine fixité de la jurisprudence.

Après quelques années seulement de fonctionnement, on comprend l'utilité, la nécessité même de posséder, dans le cadre de l'O.M.C., d'un « organe

(143) Arrêt du 12 mars 1987, *Commission c. République fédérale d'Allemagne et Commission c. Grèce*, (loi de pureté pour la bière), 178/84, *Rec.* 1987, p. 1227. La Cour a vu une pareille restriction déguisée dans le fait que les Etats membres défendeurs niaient que l'adjonction d'additifs à la bière répondait à un besoin technologique au motif que la bière brassée selon la loi de pureté pouvait également être fabriquée sans additifs. Selon la Cour, pareille interprétation de la notion de besoin technologique aboutit à privilégier de manière inacceptable les méthodes de production nationales.

suprême » destiné, sinon à aplanir les nuances, du moins à surmonter les contradictions entre les différents groupes spéciaux.

Si l'on veut bien se donner la peine de parcourir les rapports volumineux de l'Organe d'appel, on observe que ce dernier se montre très exigeant sur le respect des règles de procédure. Sur le plan des principes, il adopte des positions plus souples que les groupes spéciaux. Reste néanmoins qu'il tend souvent à confirmer et renforcer la ligne jurisprudentielle tracée par la majorité des groupes spéciaux institués aussi bien dans le cadre de l'ancien G.A.T.T. qu'au sein de l'actuelle O.M.C. Une véritable jurisprudence satisfaisant aux conditions requises de répétition, de durée, de continuité et de clarté semble ainsi émerger.

Toutefois, l'émergence de ce « droit jurisprudentiel de la concurrence » n'est pas sans poser des problèmes. En l'occurrence, le fait pour l'Organe d'appel d'interpréter des actes relevant de l'ordre juridique communautaire implique-t-il que la C.J.C.E. devra également se plier à cette interprétation ? Autrement dit, quels seront les rapports entre la Cour de Luxembourg statuant en qualité de juridiction de la Communauté européenne et la « juridiction mondiale » constituée par l'Organe d'appel ? Cette rencontre ne pourra aller sans points de friction. Il n'est guère concevable de concilier sans heurts les règles du droit communautaire et les exigences de l'O.M.C. Les deux institutions sont obligées d'apprendre à se connaître pour que s'établisse un dialogue. Ce temps nécessaire d'adaptation ne serait peut-être pas long dans la mesure où il existe déjà dans les deux jurisprudences une connexité des concepts utilisés. En plus, il n'est pas inutile de rappeler que la rédaction du Traité de Rome de 1957 s'est beaucoup inspirée de l'Accord général de 1947.

En tout cas, le hiatus logique entre l'inexistence d'une société supranationale et le nécessaire dialogue jurisprudentiel entre l'O.M.C. et la Communauté européenne constitue sans aucun doute l'une des complexités congénitales qui ne manqueront d'affecter dans un avenir proche le développement de la mission normative de l'Organe d'appel.

Sainte-Clotilde, le 30 avril 1999